



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

AREA JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA

CARRERA DE DERECHO

TITULO:

**“LAS IMPUGNACIONES EN LOS CONTRATOS PÚBLICOS Y LA
IMPLEMENTACIÓN DE UNA UNIDAD ESPECIALIZADA QUE
LAS ANALICE.”**

*Tesis previa a optar por
el Título de Abogado*

AUTOR:

Camilo Hernán Rivas Guamán.

DIRECTOR DE TESIS:

Dr. Hugo Monteros Paladines.

**LOJA – ECUADOR
2014**



CERTIFICACIÓN

Dr. Hugo Monteros Paladines

DOCENTE DE LA CARRERA DE DERECHO, DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA.

CERTIFICO:

Que la presente investigación jurídica de autoría del señor **Camilo Hernán Rivas Guamán**, bajo el título; **“LAS IMPUGNACIONES EN LOS CONTRATOS PÚBLICOS Y LA IMPLEMENTACIÓN DE UNA UNIDAD ESPECIALIZADA QUE LAS ANALICE.”**, ha sido dirigida y revisada prolijamente en su forma y contenido de acuerdo a las normas de graduación vigentes en la Universidad Nacional de Loja, por lo que autorizo su presentación ante el respectivo Tribunal de Grado.

Loja, 28 de febrero de 2013.



.....
Dr. Hugo Monteros Paladines.

DIRECTOR DE TESIS

AUTORÍA

Yo, **Camilo Hernán Rivas Guamán**; declaro ser autor del presente trabajo de tesis y eximo expresamente a la Universidad Nacional de Loja y a sus representantes jurídicos de posibles reclamos o acciones legales, por el contenido de la misma.

Adicionalmente acepto y autorizo a la Universidad Nacional de Loja, la publicación de mi tesis en el Repositorio Institucional-Biblioteca Virtual.

Autor: Camilo Hernán Rivas Guamán

Firma: -----



Cédula: 110413616-4

Fecha: Loja, Marzo de 2014

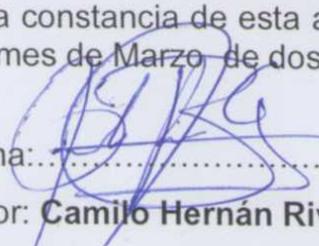
CARTA DE AUTORIZACIÓN DE TESIS POR PARTE DEL AUTOR, PARA LA CONSULTA, REPRODUCCIÓN PARCIAL O TOTAL Y PUBLICACIÓN ELECTRÓNICA DEL TEXTO COMPLETO.

Yo, **Camilo Hernán Rivas Guamán**; declaro ser autor de la tesis titulada "**LAS IMPUGNACIONES EN LOS CONTRATOS PÚBLICOS Y LA IMPLEMENTACIÓN DE UNA UNIDAD ESPECIALIZADA QUE LAS ANALICE**" como requisito para optar al grado de Abogado; autorizo al Sistema Bibliotecario de la Universidad Nacional de Loja para que con fines académicos, muestre al mundo la producción intelectual de la Universidad, a través de la visibilidad de su contenido de la siguiente manera en el Repositorio Digital Institucional:

Los usuarios pueden consultar el contenido de este trabajo en el RDI, en las redes de información del país y del exterior, con las cuales tenga convenio la Universidad.

La Universidad Nacional de Loja, no se responsabiliza por el plagio o copia de la tesis que realice un tercero.

Para constancia de esta autorización, en la ciudad de Loja, a los 25 días del mes de Marzo de dos mil catorce, firma el autor.

Firma:.....


Autor: **Camilo Hernán Rivas Guamán**

Cédula: 110413616-4

Dirección: Av. 8 de Diciembre y Eduardo Puertas

Correo Electrónico: c_riv86@hotmail.com

Celular: 0995909370

DATOS COMPLEMENTARIOS.

Director de Tesis: Dr. Hugo Monteros Paladines

Tribunal de Grado: Dr. José Riofrio Mora Mg. Sc.

Dr. Máximo Armijos-Mg. Sc.

Dr. Paulo Arrobo Mg. Sc.

AGRADECIMIENTO

Una vez culminada satisfactoriamente la presente investigación, dejo constancia de mi imperecedera gratitud a la Universidad Nacional de Loja, al Área Jurídica Social y Administrativa, en forma especial a la Carrera de Derecho, en la persona de sus dignísimas autoridades.

Mi gratitud de igual forma a todos mis Docentes, los mismos que fueron apoyo fundamental en mi formación académica, de la misma forma dejo expreso mi profundo agradecimiento al Dr. Hugo Monteros Paladines, Director de Tesis, maestro que supo compartir sus conocimientos de forma desinteresada y que gracias a sus sugerencias pude concluir con éxito el presente trabajo investigativo.

El Autor

DEDICATORIA.

Papito José Guamán yo sé que uno de tus sueños fue, verme como profesional, a ti que estas en el cielo guiando mi vida y protegiéndome, te dedico el presente trabajo, a Dios que cada día llena de bendiciones mi vida, a mis padres, Edgar Rivas y Josefina Guamán, a mi esposa Rosemary Tenesaca y mis hijos Jaime y Matt, a mis hermanos; Mónica, Edgar Augusto, Natalia, Paul, Rivas Guamán; a mis sobrinos; Pablo, Daniel y Domenica Rivas Román; a Gabita Mejía Rivas; a, Xavier, Marco Alexander y María José Banda Rivas, a mis abuelitas Elsa Riofrío y Teresa Vélez, a mis cuñados, a toda mi familia y amigos que siempre estuvieron a mi lado apoyándome, a ellos les doy mis más sinceros agradecimientos por haberme impulsado y apoyado para culminar la presente tesis, y poder contribuir a la sociedad con mis conocimientos adquiridos en el transcurso de mi carrera profesional.

Mi tesis para todos ellos.

El Autor.

TABLA DE CONTENIDOS.

1. TITULO

2. RESUMEN

ABSTRACT

3. INTRODUCCIÓN

4. REVISIÓN DE LITERATURA

4.1. MARCO CONCEPTUAL

4.1.1. Acto y Hecho Jurídico.

4.1.1.1. Acto Jurídico.

4.1.1.2. Hecho Jurídico.

4.1.2. El Acto Administrativo.

4.1.3. Validez del Acto Administrativo.

4.1.4. El RUP.

4.1.5. Concurso.

4.1.6. Contrato.

4.1.6.1. Contratos Públicos o de la Administración.

4.1.6.1.1. Contrato de Obras.

4.1.6.1.2. Contrato de Prestación de Servicios.

4.1.6.1.3. Contrato de Consultoría.

4.1.6.1.4. Contrato de Suministros.

4.1.7. Entidad Contratante.

4.1.8. Procedimientos Contractuales.

- 4.1.9. Pliegos.
- 4.1.10. La Oferta.
- 4.1.11. Adjudicación.
- 4.1.12. Estudios.
- 4.1.13. Especificaciones Técnicas.
- 4.1.14. Términos de Referencia.

4.2. MARCO DOCTRINARIO

- 4.2.1. Naturaleza jurídica de la Contratación Pública.
- 4.2.2. Requisitos de la Contratación Pública.
- 4.2.3. Elementos del Contrato Público.
 - 4.2.3.1. Los Sujetos.
 - 4.2.3.2. Capacidad y Competencia.
 - 4.2.3.3. Voluntad y Consentimiento.
 - 4.2.3.4. Objeto.
 - 4.2.3.5. Causa.
 - 4.2.3.6. Forma.
- 4.2.4. Objetivos de la Contratación Pública.
- 4.2.5. Procesos de Contratación.
 - 4.2.5.1. Procedimientos Dinámicos.
 - 4.2.5.1.1. Compras por Catalogo.
 - 4.2.5.1.2. La Subasta Inversa.
 - 4.2.5.2. Procedimientos Especiales
 - 4.2.5.2.1. Contratación Integral por Precio Fijo.

- 4.2.5.2.2. Contratación en situaciones de Emergencia
- 4.2.5.2.3. Adquisición de bienes Inmuebles.
- 4.2.5.2.4. Arrendamiento de bienes inmuebles.
- 4.2.5.3. De acuerdo al monto del presupuesto Referencial.
 - 4.2.5.3.1. Licitación.
 - 4.2.5.3.2. Cotización.
 - 4.2.5.3.3. Menor Cuantía.
 - 4.2.5.3.4. Ínfima Cuantía.
- 4.2.5.4. Consultoría.
- 4.2.6. Elementos del Acto Administrativo.
- 4.2.7. De la Reclamación y Recursos dentro de la Contratación Pública.
 - 4.2.7.1. Recurso de Reposición.
 - 4.2.7.2. Recurso de Apelación.
 - 4.2.7.3. Recurso de Revisión.
 - 4.2.7.4. Recursos en Sede Judicial.
 - 4.2.7.4.1. De Plena Jurisdicción o Subjetivo.
 - 4.2.7.4.2. De Anulación u Objetivo de Exceso de Poder.
- 4.2.8. Suspensión del Acto Administrativo Impugnado.

4.3. MARCO JURÍDICO

- 4.3.1. Legislación Nacional.

- 4.3.1.1. Legislación Constitucional.
- 4.3.1.2. Ley Orgánica del Sistema nacional de contratación Pública.
- 4.3.1.3. Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.
- 4.3.1.4. Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva.
- 4.3.1.5. Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y prestación de Servicios Públicos por parte de la iniciativa Privada y su respectivo Reglamento.
- 4.3.1.6. Ley de la Procuraduría General del Estado.
- 4.3.2. Legislación Comparada.
 - 4.3.2.1. Con respecto a la suspensión provisional del acto impugnado.
 - 4.3.2.2. Con respecto a quien resuelve las impugnaciones dentro de los contratos públicos.

5. MATERIALES Y MÉTODOS

- 5.1. Materiales y Métodos.

6. RESULTADOS

- 6.1. Presentación de los resultados de la encuesta.
- 6.2. Presentación de los resultados de la entrevista.
- 6.3. Estudio de caso de reclamación en sede administrativa.

7. DISCUSIÓN.

7.1. Verificación de objetivos.

7.2. Contratación de Hipótesis.

7.3. Fundamentación jurídica para la propuesta de solución

8. CONCLUSIONES

8.1. Conclusiones

9. RECOMENDACIONES

9.1. Recomendaciones

10. PROPUESTA JURÍDICA.

10.1. Propuesta

BIBLIOGRAFÍA

ANEXOS

ÍNDICE

1. TITULO:

“LAS IMPUGNACIONES EN LOS CONTRATOS PÚBLICOS Y LA IMPLEMENTACIÓN DE UNA UNIDAD ESPECIALIZADA QUE LAS ANALICE”.

2. RESUMEN

La Administración Pública para la consecución de sus fines, entre otras actividades debe efectuar actos contractuales, a fin de contratar obras, bienes o servicios que aseguren el bienestar de la colectividad. Con ese propósito, los actos preparatorios y precontractuales son los establecidos en las leyes y reglamentos vigentes, observando todos los procedimientos, con apego al principio de legalidad.

La adjudicación de una obra pública, surge como una exigencia de la buena administración, una condición de moralidad y también una oportunidad para que el oferente, que acredite las mejores condiciones en la oferta, así como en los requerimientos técnicos-económicos y demás prerrogativas exigidas por la entidad contratante, sea adjudicatario del contrato a licitarse.

Nuestra legislación en materia de contratación pública ha sufrido un cambio profundo con la expedición de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, y la implementación del portal de compras públicas, lo que ha modernizado la Contratación Pública en el Ecuador.

Si bien es cierto la contratación pública en nuestro país se ha visto envuelta en innumerables casos de corrupción, en donde los contratos se

adjudican a dedo, sin un análisis exhaustivo de los oferentes adjudicatarios, e inclusive con claros y notables indicios de sobre precio, perjudicando de esta manera al Estado y contraviniendo los objetivos de la contratación pública, en cuyo espíritu pretende adjudicar una obra o contrato, a aquel oferente que determine las mejores condiciones tanto técnicas, económicas y contractuales en favor del Estado, proceso de adjudicación que debe desarrollarse con total transparencia, procurando contratar obras, adquirir bienes o servicios de calidad a menor precio, siempre con apego al principio de legalidad y observancia de los cuerpos normativos pertinentes.

Aunque la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública dispone y regula el procedimiento para realizar una impugnación o reclamación en sede administrativa, salvaguardando además el derecho que tiene el oferente a recurrir a la instancia judicial pertinente; son muy pocos los casos que estos impugnan o reclaman, ya sea en sede administrativa o judicial, de acuerdo a las causas establecidas en la ley antes mencionada; puesto que consideran que al realizar un reclamación en sede administrativa no obtendrán ningún resultado ya que existe conflicto de intereses entre la autoridad que ya emitió su criterio al declarar ganador a un oferente en forma indebida, lo que genera duda sobre su imparcialidad; y el impugnar el acto en proceso contencioso administrativo implica el transcurso extenso de tiempo, prefiriendo dejar

las cosas de esa manera ya que igualmente consideran que no servirá de nada y más bien será una pérdida de tiempo.

Ante esta problemática es necesario reflexionar y procurar lograr soluciones a corto plazo, para que la inversión pública sea eficiente, y se reduzcan y eliminen los casos de corrupción en la adjudicación de contratos públicos; mediante la implantación de reformas legales en donde se establezca, que, quien resuelva las impugnaciones en sede administrativa sea un organismo independiente de quien realice el trámite precontractual para de esta forma no exista conflictos de intereses, favoritismos, amarres, en si evitar toda clase de irregularidad tendiente a perjudicar al Estado y a los administrados.

ABSTRACT

The Public Administration for the attainment of his ends, between other activities must effect contractual acts, in order to contract works, goods or services that assure the well-being of the collectivity. With this intention, the preparatory acts and pre contractual they are the established ones in the laws and in force regulations, observing all the procedures, with I become attached initially of legality.

The adjudication of a public work, it arises as an exigency of the good administration, a condition of morality and also an opportunity in order that the offerer, who accredits the best conditions in the offer, as well as in the technical - economic requirements and other prerogatives demanded by the entity contractor, is a successful bidder of the contract to bidding.

Our legislation as for public contracting has suffered a deep change with the expedition of the Organic Law of the National System of Public Contracting, and the implementation of the portal of public purchases, which has modernized the Public Contracting in the Ecuador.

Although public procurement in our country has been involved in numerous cases of corruption, where contracts are awarded to toe, without a thorough analysis of the successful bidders, and even with clear

and significant evidence on price, hurting thus contravening the State and the objectives of public procurement, in whose spirit intends to award a work or contract, that bidder determine the most favorable conditions, economic and contractual techniques in favor of the state procurement process to be developed with full transparency, trying to procure works, purchase goods or services quality at lower prices, always adhering to the principle of legality and compliance with the relevant regulatory bodies.

Although the Organic Law of the National System of Public Procurement provides and regulates the procedure for an appeal or complaint in administrative proceedings, besides safeguarding the right of the offeror to appeal to the relevant judicial body; are very few cases these challenges or claim, either administrative or judicial proceedings, according to the grounds specified in the above Act, since they consider it to perform in the administrative complaint will not get any results because there is conflict of interest between the authority and issued its criteria to declare a winning bidder improperly, leading to doubts about his impartiality and challenge the act in administrative proceedings involving the extensive course of time, preferring to leave it that way since also consider that it will not do and nothing more will be a waste of time.

Faced with this problem you need to think and to pursue short-term solutions, so that public investment is efficient, and reduce and eliminate

corruption in the awarding of public contracts, by introducing legal reforms where it is established, that who solves challenges in administrative proceedings is an independent agency who perform pre processing in this way there is no conflict of interest, favoritism, moorings, whether to avoid any kind of irregularity tending to harm the state and administered.

3. INTRODUCCIÓN.

La Contratación Pública es uno de los instrumentos más eficaces en la consecución de los fines y propósitos de un Estado, en el Ecuador, la promulgación de una nueva Ley de Contratación Pública, marco un punto importante en el afán de modernizar al Estado y lograr transparentar los procesos de contratación y con esto también transparentar y optimizar el gasto público,

Más aun, pese con contar con una Ley de Contratación Pública con pocos años de vigencia esta no ha logrado el objetivo de transparentar la adjudicación de los procesos de contratación en especial al momento de plantear reclamaciones o impugnaciones, convirtiendo a estas como una forma de apantallar los actos de corrupción que realizan ciertas autoridades y tratando de dar cierto grado de legalidad a sus actos irregulares, en especial al momento de resolver las impugnaciones administrativas sobreponiendo los intereses Estatales e Institucionales a los derechos de los oferentes y del resto de los administrados.

Al considerar que es un derecho constitucional el gozar de una administración libre de corrupción, y dada la importancia que tiene la contratación pública dentro de un Estado he propuesto como tema de tesis **“LAS IMPUGNACIONES EN LOS CONTRATOS PÚBLICOS Y LA**

IMPLEMENTACIÓN DE UNA UNIDAD ESPECIALIZADA QUE LAS ANALICE.”, para así de esa forma procurar dar soluciones efectivas a los problemas y vacíos que presenta la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública , y de esta forma procurar proteger el derecho que tenemos los administrados y oferentes a la seguridad jurídica y a tener una administración pública libre de corrupción.

Para el desarrollo del presente trabajo investigativo y para lograr un mejor tratamiento de la temática relacionada al tema planteado, se ha estructurado el presente trabajo de la siguiente manera:

El presente trabajo inicia con la portada, autorización, autoría, agradecimiento, dedicatoria; el ítem N°. 1 consta el **TITULO**; 2 se presenta el **RESUMEN** tanto en español como en inglés; 3 **INTRODUCCIÓN**, la misma que consiste en un preámbulo para entender la presente investigación de una manera general;

La **REVISIÓN DE LITERATURA** y básicamente contiene tres partes: El ítem 4.1 corresponde al **Marco Conceptual** en el que se detalla y desarrolla conceptos básicos como: Acto y Hecho Jurídico; Acto Jurídico; Hecho Jurídico; El Acto Administrativo; Requisitos para la validez del Acto Administrativo; El Registro Único de Proveedores (RUP); Concurso; Contrato; Contratos Públicos o de la Administración; Entidad Contratante;

Pliegos; La Oferta; Adjudicación; Estudios; Especificaciones Técnicas; Términos de Referencia. El ítem 4.2 corresponde al **Marco Doctrinario** constituye el estudio y análisis que los doctrinarios han aportado a la temática en estudio para cuyo efecto se ha tratado los siguientes aspectos: Naturaleza jurídica de la Contratación Pública; Requisitos de la Contratación Pública; Elementos del Contrato Público; Objetivos de la Contratación Pública; Procesos de Contratación; Elementos del Acto Administrativo; De la Reclamación y Recursos dentro de la Contratación Pública; Suspensión del Acto Administrativo Impugnado. El ítem 4.3 corresponde al **Marco Jurídico** es el estudio y análisis jurídico a las reclamaciones dentro de los procesos de contratación, para ello he recurrido a diferentes cuerpos legales, tanto nacionales como extranjeros realizando además un análisis comparativo entre legislaciones de México, Argentina, Chile y España con la Legislación nacional en relación a la temática;

El ítem N° 5 corresponde al detalle de los **MATERIALES Y METODOS** que he utilizado para desarrollar el presente trabajo;

El ítem N° 6 corresponde a los **RESULTADOS** para ello he desarrollado en el ítem 6.1 el análisis de los resultados de las encuestas; el ítem 6.2 el análisis de los resultados de las entrevistas; y, en el ítem 6.3 he detallado y analizado el estudio de un caso de reclamación en sede administrativa;

El ítem N°. 7 está conformado por la DISCUSIÓN, y se ha desarrollado temas como: 7.1 Verificación de Objetivos; 7.2 Contrastación de Hipótesis y 7.3 Fundamentación jurídica para la propuesta de solución;

En el ítem N° 8 he expuesto las **CONCLUSIONES** que constituyen una síntesis de los aspectos más relevantes de la investigación;

Las **RECOMENDACIONES** se encuentran desarrolladas en el ítem N° 9 las mismas que se encuentran orientadas a las funciones del Estado en Universidades, profesionales y la sociedad en general, a fin de lograr transparentar la contratación pública en nuestro país;

Finalmente en el ítem N°. 10 se encuentra la **PROPUESTA DE REFORMA** la misma que está encaminada a lograr la creación de un organismo especializado que analice y resuelva las impugnaciones dentro de los contratos públicos así como a determinar la suspensión provisional del acto impugnado.

Además al final de este informe se da a conocer de forma detallada la **BIBLIOGRAFIA** empleada para el desarrollo de la temática planteada así como los **ANEXOS** y el **ÍNDICE**.

A continuación pongo a consideración de los lectores un trabajo completo, claro, detallado sobre **“LAS IMPUGNACIONES EN LOS CONTRATOS**

PÚBLICOS Y LA IMPLEMENTACIÓN DE UNA UNIDAD ESPECIALIZADA QUE LAS ANALICE.”, esperando que el tema propuesto sea de interés para todos, tomando en cuenta la gran trascendencia económica, social y política que este posee.

4. REVISIÓN LITERARIA.

4.1. Marco Conceptual

Previo al tratamiento del problema planteado, se expone y conceptualiza en una forma clara y concreta diferentes definiciones que permitirán desarrollar y entender de mejor forma la temática planteada.

4.1.1. Acto y hecho Jurídico.

El acto jurídico es la manifestación de la voluntad que se hace con la intención de crear, modificar, transferir o extinguir un derecho, mientras que el hecho jurídico son hechos de la naturaleza que originan efectos jurídicos.

4.1.1.1. Acto Jurídico.

Cabanellas de Torres en su Diccionario Jurídico Elemental manifiesta: “Todo hecho productor de efectos para el derecho se denomina hecho jurídico: cuando este hecho procede de la voluntad humana, se denomina acto jurídico. Ha sido definido este último como el hecho dependiente de la voluntad humana que ejerce algún influjo en el nacimiento, modificación o extinción de las relaciones jurídicas”¹

Son las decisiones o declaraciones que producen un efecto jurídico, esto es, que producen el nacimiento, modificación o extinción de un derecho o

¹ CABANELLAS, De Torres Guillermo. DICCIONARIO JURÍDICO ELEMENTAL, Ed. HELIASTA, Buenos Aires - Argentina, 2003, pág. 23-24.

un deber. Es una expresión consiente de la conciencia, la voluntad del autor del acto jurídico, es necesaria para que tal acto jurídico exista.

Víctor Vial del Río lo define como: “la manifestación de voluntad hecha con el propósito de crear, modificar o extinguir derechos, y que produce los efectos queridos por su autor o por las partes, porque el derecho sanciona dicha manifestación de voluntad.”² Este acto supone la aparición de elementos, uno interno que se perfecciona con la voluntad del individuo y otro externo que se refleja en la exteriorización de su voluntad o manifestación; además de la voluntad conjuntamente con su exteriorización, para que el acto jurídico sea plenamente válido se requiere que intervenga y exista un objeto lícito y jurídicamente posible además de ser celebrado con la solemnidad que la Ley exige para que sea legalmente válido.

Cuando un acto jurídico este legalmente constituido podrá ser eficaz, a lo que Aníbal Torres Vásquez, manifiesta: “El acto jurídico es eficaz cuando produce los actos jurídicos que le son propios (consistentes en la creación, regulación, modificación u extinción de relaciones jurídicas), tales efectos son los contemplados por el ordenamiento jurídico (efectos legales) y los queridos por las partes (efectos voluntarios).³ Por lo que este acto jurídico produce una modificación en las cosas o en el mundo exterior pues así lo dispone el ordenamiento jurídico, es

² VIAL del Río, Víctor. TEORÍA GENERAL DEL ACTO JURÍDICO. Editorial Jurídica de Chile, Santiago – Chile, 2003, Pág. 26

³ TORRES Vásquez, Aníbal. ACTO JURÍDICO. Edit. IDEMSA. Segunda Edición. Lima-Perú, Pág. 63-64

productor de derechos y obligaciones. Para que se dé el acto jurídico no basta con que haya un sujeto y un objeto con bastante capacidad, se necesita algo que los ponga en relación estableciendo un lazo o un vínculo que los una, haciendo pasar la relación jurídica del estado de posibilidad al estado de existencia, en este caso el simple hecho de presentar una oferta para la adjudicación de una obra, no quiere decir que el oferente ya es adjudicatario de la obra, sino que la resolución de adjudicación conjuntamente con la suscripción del contrato darán origen a la obligación jurídica de cada una de las partes, la una de pagar un valor por la ejecución de una obra, prestación de un servicio, ejecución de una consultoría o adquisición de bienes o suministros y la otra cumplir con dicho contrato entregando la obra, prestando el servicio, realizando la consultoría o entregando los bienes o los suministros, esto a entera satisfacción del contratante, solamente ahí la obligación contraída entre las partes quedará extinta extinguiendo de esta forma el vínculo contractual que los unía a los suscriptores de un contrato.

El acto jurídico se presenta como un instrumento reconocido por el derecho, para que el sujeto pueda crear la situación jurídica necesaria y apropiada para satisfacer su necesidad y las obligaciones generadas por un acto jurídico, los efectos del mismo se derivan en forma inmediata de las partes y en forma mediata de la Ley, que permite la libertad jurídica y facultad de las personas para dar nacimiento a relaciones jurídicas.

4.1.1.2. Hecho Jurídico.

De forma general el hecho constituye un “fenómeno, suceso o situación que da lugar al nacimiento, transmisión, o extinción de los derechos y obligaciones”⁴ siendo así que hecho es todo acto realizado por el hombre sea cual fuere la finalidad perseguida con la ejecución de estos.

El termino hecho, “tomado en un sentido amplio, es comprensivo de todo tipo de acontecimientos, actuaciones, sucesos o situaciones.”⁵ Pero estos hechos no son todos de relevancia para el derecho, pues estos tienen que cambiar una realidad preexistente, generando de esta forma relevancia y produciendo verdaderos efectos jurídicos.

Vial del Rio manifiesta que “se define el hecho jurídico como el acontecimiento de la naturaleza o del hombre que produce efectos jurídicos. La producción de efectos jurídicos es lo que caracteriza a los hechos relevantes.”⁶ Una vez realizado el hecho jurídico, éste produce efectos de derecho, tales como la creación, modificación, transmisión o extinción de derechos y obligaciones. Los hechos jurídicos se caracterizan, porque los efectos que generan se producen sin la intervención de la voluntad humana y se manifiestan por disposición de la Ley, pero ésta, es elaborada por la voluntad del hombre y de acuerdo al régimen político.

⁴ Ob. Cit.. DICCIONARIO JURÍDICO ELEMENTAL, Ed. HELIASTA, Buenos Aires – Argentina, 2003, pág. 184.

⁵ Ob. Cit. TEORÍA GENERAL DEL ACTO JURÍDICO. Editorial Jurídica de Chile, Santiago – Chile, 2003, Pág. 12

⁶ Ob. Cit. TEORÍA GENERAL DEL ACTO JURÍDICO. Editorial Jurídica de Chile, Santiago – Chile, 2003, Pág. 12-13

Haciendo una distinción entre hecho jurídico y acto jurídico, un hecho jurídico no tiene por qué ser voluntario más si controlable por la persona, mientras que en un acto jurídico, la voluntad de la persona es esencial. Por lo tanto, todos los actos jurídicos son hechos jurídicos, pero no todos los hechos jurídicos son actos jurídicos, pero si las consecuencias del acto jurídico.

“Ahora bien ¿cuándo se entiende que un acontecimiento o un hecho produce consecuencias de derecho? Se dice que un hecho o suceso produce consecuencias jurídicas y es jurídicamente relevante, cuando en virtud de una norma de derecho objetivo, su acaecimiento tiene la virtud o aptitud de producir el nacimiento, la extinción o la modificación de un derecho subjetivo.”⁷

Es decir, una vez ejecutado el supuesto jurídico, la hipótesis prevista en la norma jurídica se vuelve un acontecimiento real, a este hecho real se le denomina hecho jurídico, el acontecimiento ejecutado no es producto de la voluntad humana, pero la ejecución de este dará origen a una consecuencia jurídica; por ejemplo: Una persona da muerte a otra, este es el Hecho Jurídico, y el efecto es el que el asesino será sancionado con una pena de privativa de su libertad por el delito cometido.

⁷ CIFUENTES Ovalle, Ramón. TEORIA GENERAL DEL ACTO JURÍDICO. Editorial Jurídica de Chile, Santiago – Chile, 2010, Pág. 13

4.1.2. El Acto Administrativo.

“Es un acto jurídico y uno de los medios que se vale la administración pública para expresar su voluntad. Todo acto administrativo que emana de un órgano del sector público central, institucional o seccional, con poder legal, produce efectos jurídicos.”⁸

El acto administrativo, es una declaración unilateral del representante de la Administración, sometidas al Derecho Administrativo, presupone la existencia de un actuar por parte del funcionario de la Administración, puede ser impugnada administrativa o jurisdiccionalmente. Por lo tanto, sólo tiene lugar y sentido el acto administrativo en una Administración subordinada a la Ley y controlada con base a ella.

Acto Administrativo es “la decisión general o especial que, en ejercicio de sus funciones, toma la autoridad administrativa, y que afecta a derechos, deberes e intereses de particulares o de entidades públicas.”⁹

El acto realizado por el funcionario, refleja un obrar intencional de la administración con posible trascendencia y efectos en los administrados, estos actos suponen un accionar correcto de la administración enmarcada

⁸ JARAMILLO Ordoñez, Hernán, MANUAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO, Editorial Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Nacional de Loja, Loja – Ecuador, 1999. Pág. 189

⁹ Ob. Cit.. DICCIONARIO JURÍDICO ELEMENTAL, Ed. HELIESTA, Buenos Aires – Argentina, 2003, págs. 22-24

en la legalidad de todo acto y el respeto a todo el ordenamiento jurídico para que los mismos puedan ser eficaces.

Marco Morales Tobar, manifiesta que: “acto administrativo, es una declaración unilateral de la voluntad de autoridad competente que versa sobre asuntos de la administración pública y que tiene efectos jurídicos de orden particular.”¹⁰ Así entonces, se debe entender que acto administrativo es todo aquel emitido de un órgano administrativo, integrado por personas naturales, sin importar la naturaleza del órgano de quien emana el acto administrativo, si no que el mismo es emitido con el fin de desarrollar y ejecutar una actividad ejecutiva concreta en bien de los administrados. Es de carácter unilateral por parte de la administración, ya que, no es necesaria la voluntad concordante o discrepante del administrado, ya que por ejemplo, en el caso de la contratación pública si una persona, participa en un proceso de contratación con la presentación de una oferta, esto no constituye un elemento determinante en la decisión adoptada por la administración, pues la autoridad que resuelve tal petición o emite el acto administrativo de adjudicación, adquiere convicción y expresa su declaración en representación del Estado, en base a distintos elementos uno de ellos, que su accionar este concordante al principio de legalidad y en el caso de la contratación pública que dicha adjudicación se la realice a la mejor oferta, ya sea por

¹⁰ MORALES Tobar, Marco. MANUAL DE DERECHO PROCESAL ADMINISTRATIVO. Ed. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito – Ecuador, 2011, Pág. 120.

ser conveniente por la aplicación e innovación de algún método de construcción que permita extender la vida útil de una obra, o que se economice en la ejecución de dicha obra.

Esteban Mora y Alfonso Rivera, citan a García de Enterría y Fernández y dicen: “que acto administrativo, es la declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o deseo, realizada por la administración, en ejercicio de una potestad administrativa distinta a la potestad reglamentaria.”¹¹

Declaración emitida por una autoridad administrativa, pues, aunque los actos jurídicos producidos por los administrados son también regulados por la Ley, son tratados por otro régimen diferente. La potestad administrativa la posee el Ejecutivo conjuntamente con los demás órganos que conforman al Estado, y puede operar de forma directa o por delegación siendo esta una forma indirecta del accionar del Estado.

El Art. 65 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo 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.”¹² Así también el mismo reglamento, establece que tales actos administrativos son notificados al administrado para que surtan los efectos jurídicos, así como de la presunción de legalidad que gozan los actos administrativos, se presume

¹¹ MORA Caicedo, Esteban - RIVERA Martínez, Alfonso. DERECHO ADMINISTRATIVO Y PROCESAL ADMINISTRATIVO. Ed. LEYER, Bogotá – Colombia, 2009, Pág. 194.

¹² Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva.

que estos nacen y se establecen conforme a derecho, observando el debido proceso, la legítima defensa y la legalidad de estos, para que de esta manera puedan ser actos jurídicos plenamente válidos.

En los procesos contractuales con el Estado, al acto administrativo de adjudicación se lo define como aquel por el “cual la entidad contratante resuelve designar al proveedor con el que considera es más conveniente firmar un contrato. En su calidad de acto administrativo, consiste en una declaración unilateral mediante la cual la entidad exterioriza su voluntad, la cual tiene efectos jurídicos directos y particulares.”¹³ El acto administrativo genera derechos y obligaciones directas; tanto a la entidad contratante, como al oferente; es un acto unilateral ya que el interés del oferente no importa para la adjudicación, sino, solo el de la entidad contratante que en representación del Estado pretende buscar, seleccionar y declarar ganador al oferente que presente una mejor oferta, acorde a los intereses institucionales y estatales, estos actos administrativos tienen validez a partir de su notificación, para que sea adjudicada una obra a un oferente debe cumplir con los requisitos preestablecidos por la Ley y por la entidad contratante.

Marco Morales Tobar en su obra, Manual de Derecho Procesal Administrativo, explica: que el acto administrativo persigue la consecución

¹³ PÉREZ, Antonio José; LÓPEZ, Daniel; AGUILAR, José Luis. MANUAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2011, Pág. 281.

de un objetivo concreto, que es el de generar relaciones jurídicas entre la administración y los administrados; siendo específico el caso de la contratación pública se genera derechos y obligaciones entre la entidad contratante y el adjudicatario. Este acto administrativo puede ser expedido por cualquier órgano estatal, que actué en ejercicio de la función ejecutiva e incluso por entes públicos no estatales.

4.1.3. Validez del Acto Administrativo.

Los actos administrativos por mandato de la Ley en el Ecuador, se presumen válidos, produciendo efectos desde la fecha que se dicten y sean notificados, salvo en aquellos que exista disposición en contrario; esta “presunción de validez es *iuris tantum*”¹⁴, o sea que se presume la existencia de un hecho, salvo que se pruebe lo contrario. Para la validez del acto administrativo es necesario que concurren los requisitos para que de esta forma sean plenamente válidos y eficaces, siendo estos los siguientes:

Emitido por un órgano competente; la **COMPETENCIA** es esencial, la falta de ésta, afecta la validez sustancial del acto; competencia es, el conjunto de atribuciones y potestades que la norma jurídica otorga a un órgano que es un ente ficticio que a su vez actúa a través de la autoridad.

¹⁴ <http://www.ijeditores.com.ar/articulos.php?idarticulo=29849&print=2>

La competencia nace de la Constitución, tratados y convenios internacionales, la Ley, los estatutos; y, de los reglamentos; proviene y nace de la norma jurídica positiva; la misma se distribuye en razón de la materia, territorio u otro aspecto de interés público.

La **MOTIVACIÓN**, es una garantía básica del debido proceso, además de ser un requisito esencial para la plena validez del acto administrativo; la falta o ausencia de ésta acarrea la nulidad del acto por mandato constitucional. La motivación en el acto administrativo, consiste en la exposición de razones o motivos que realiza el administrador para adoptar su decisión; analiza el hecho o hechos que generan el acto administrativo relacionándolos con las disposiciones legales que le correspondan; constituye una especie de fundamentación o explicación que la administración da al administrado con respecto de una decisión tomada, que permite conocer las razones que llevaron a la autoridad a emitir un pronunciamiento determinado; como manifestaba en líneas anteriores, la falta o defectuosa motivación de un acto administrativo no es una cuestión de forma sino una cuestión de fondo puesto que la motivación es una parte esencial en el nacimiento de un acto administrativo; deben converger además relaciones entre el hecho causal y la juridicidad entre las causas que forzan la emisión del acto administrativo con la norma jurídica o principios jurídicos que se invocan para su nacimiento.

El **OBJETO O FINALIDAD** es “la intencionalidad de la administración pública encaminada a señalar el alcance o el propósito de la resolución que emite, para de esa forma crear un efecto jurídico y práctico determinado. Se presume que el objeto o causa superior de la administración pública es el logro del bien común, pero por medio del acto administrativo es factible determinar de qué manera la administración está protegiendo ese bien común.”¹⁵

En el objeto el peticionario establece pretensiones que permitirán la creación, extinción o modificación de las situaciones jurídicas que afecten o perjudiquen al reclamante, el objeto debe ser material y jurídicamente posible de ejecutarse, debido a que cumple una función de orden público en tutela de los derechos de los administrados y como se manifestó anteriormente su finalidad superior es el cumplimiento del bien común ese es su razón de ser.

La **CAUSA**, es la justificación del fin que persigue el órgano con la ejecución de determinado acto, comprende el por qué y está compuesta por antecedentes facticos, circunstancias y normas que se concentran y evalúan su contenido como fuente creadora del acto administrativo.

El **PROCEDIMIENTO**, es un elemento sustancial puesto que si es omitido produce la ineficacia del acto administrativo y consecuentemente su

¹⁵ SECARIA Durango, Patricio. CURSO BREVE DE DERECHO ADMINISTRATIVO. Editorial Universitaria, Quito – Ecuador, 2004, Pág. 126

nulidad; son un conjunto de pasos secuenciales previstos en la Ley y que la autoridad pública debe cumplir en los trámites que conoce y resuelve, es una garantía que poseen los administrados para que hagan efectivos sus derechos y es además una obligación que se le impone a la administración.

El **PLAZO**, hace relación con la obligación que la administración tiene para actuar en forma oportuna, esto es, dentro de los términos que la ley establece para su accionar, si su actuación es en forma extemporánea el acto pierde eficacia jurídica pues su intervención se produjo fuera de término, esta actitud también es sancionada por la Ley, y, además otorga seguridades jurídicas al administrado como el silencio administrativo ante la falta de celeridad del órgano estatal para resolver, que hoy está en duda por la norma constitucional.

Es un principio que la administración debe cumplir inevitablemente por su cometido de servicio a la colectividad y en aras de la consecución del bien común; pues, de que serviría la intervención del órgano en forma extemporánea, más aun en los casos en donde se establecen términos o plazos para el accionar de la administración.

La **FORMA**, se refiere a la estructura, a la manera de cómo debe configurarse el origen de un acto administrativo, para lo cual debe cumplir con los requisitos del Art. 123 del Estatuto del Régimen Jurídico y

Administrativo de la Función Ejecutiva, en el que constan, que dichos actos administrativos deberán ser producidos de forma escrita, suscrito y legalizado por el titular del órgano, además deberá contener el lugar en que fue emitido y la fecha en la que fue emitida; este acto deberá contener una parte expositiva, otra motivadora y finalmente una parte resolutive, la falta de los requisitos anteriormente descritos conllevará a la nulidad o ilegalidad del acto; si la resolución se emite sin el señalamiento de lugar y fecha el acto es inexistente, pues no cuenta con vida jurídica debido a que no se puede determinar cuando tuvo vida o se originó, peor aún si la persona que suscribió el acto administrativo ejercía la titularidad del cargo público al momento de que se originó el acto.

La **FORMALIDAD**, se refiere a una serie de solemnidades que dan forma y eficacia al acto administrativo; encontramos tres clases de solemnidades:

Esenciales: son todos aquellos requisitos de forma necesarios para que el acto administrativo exista. La inexistencia total o parcial de estas determina la inexistencia del acto jurídico.

Sustanciales: Son imperativas para la validez del acto. La ausencia de estas, determina la nulidad del acto aunque el acto se considere existente.

Integrales: el cumplimiento de éstas determina la eficacia del acto administrativo. Éstas son posteriores al otorgamiento mismo del acto y no

afectan a su existencia ni a su validez, pero mientras no se cumplen obstan a que el acto produzca sus efectos. Si faltan estas formalidades el acto existe y es válido; pero no produce sus efectos; para que produzca el efecto deseado es necesario que sea notificado o publicado el contenido del acto, y así de esa forma el acto pueda ser exigible.

El Art. 121 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva establece como elementos sustanciales del acto administrativo los siguientes:

- “Indicación del titular del órgano;
- Indicación de la norma que atribuye la potestad al órgano y a su titular para expedirlo;
- Indicación clara de los fundamentos de hecho y las normas aplicables al caso, así como su relación; e,
- Indicación de los actos de simple administración, informes, estudios, o actos de trámite que han conformado el procedimiento administrativo previo a la expedición del acto.”¹⁶

La **PUBLICIDAD** es un elemento posterior a la emisión del acto administrativo, pues consiste en la forma legal de ponerlo en conocimiento al administrado; se relaciona con la eficacia del acto

¹⁶ Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva.

administrativo, pues la falta de notificación oportuna de la decisión de la autoridad pública hace perder su eficacia.

La administración para dar a conocer sus decisiones administrativas se vale de diferentes medios como: notificaciones escritas, a través de la publicación del acto en el Registro Oficial, en periódicos de amplia circulación, en gacetas, o a través de cualquier otro medio tecnológico si así la Ley lo permite.

Considerando que el acto administrativo es aquel que produce efectos jurídicos inmediatos, y estos, no surten efecto mientras el acto administrativo no sea publicitado, o sea que, el acto que no ha sido aún publicado, no produce efectos jurídicos inmediatos, aun cuando este exista, sea válido y perfecto pero la falta de publicidad lo convierte en ineficaz.

4.1.4. El Registro Único de Proveedores (RUP).

El Art. 6 Núm. 29 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública lo define como: “la Base de Datos de los proveedores de obras, bienes y servicios, incluidos los de consultoría, habilitados para participar en los procedimientos establecidos en esta Ley. Su administración está a cargo del Instituto Nacional de Contratación Pública y se lo requiere para poder contratar con las Entidades

Contratantes.”¹⁷ Este es el único modo de contratar con el Estado y resultar adjudicatario de un contrato, de ejecución de una obra, prestación de servicios, de consultoría, o, venta suministros al mismo; todo proveedor debe estar registrado en el Registro Único de Proveedores (RUP) así lo determina la Ley, salvo en el caso de los contratos de menor cuantía, que el proveedor puede participar en el concurso, pero si resultase adjudicatario del contrato deberá registrarse en el sistema como proveedor de servicios.

El Registro Único de Proveedores (RUP), “es un sistema público de información y habilitación de las personas naturales y jurídicas nacionales y extranjeras, con capacidad para contratar, cuya administración corresponde al Instituto Nacional de Contratación Pública”¹⁸ Este sistema de contratación certifica que personas se encuentran acreditadas para contratar con el Estado y demás entidades del sector público, además de hacer efectivo el principio de publicidad, ya que cualquier persona tendrá acceso a los procesos de contratación contenidos en la página Web Oficial del Instituto Nacional de Contratación Pública.

4.1.5. Concurso.

Cabanellas de Torres lo define como: “Convocatoria o llamamiento para elegir entre los que deseen ejecutar una obra o prestar un servicio”¹⁹

¹⁷ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública,

¹⁸ Ob. Cit. MANUAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2011, Pág. 281.

¹⁹ Ob. Cit. DICCIONARIO JURÍDICO ELEMENTAL, Ed. HELIASTA, Buenos Aires – Argentina, 2003, pág. 95.

convocatoria que está aperturada para todas aquellas personas que cumplen o llenan requisitos establecidos por el contratante. Es una “rivalidad u oposición entre los que aspiran a ejecutar una obra o a prestar un servicio bajo determinadas condiciones a fin de elegir la propuesta que ofrezca mayores ventajas.”²⁰ Concurso que tiene el carácter de público y en el que toda persona sea esta natural o jurídica tiene derecho a participar en el mismo, siempre y cuando cumpla con los requisitos exigidos por la Ley y en especial por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. El fin de llamar a concurso la licitación, adjudicación y ejecución de una obra es el transparentar el gasto público, Roberto Dromi explica que “Tales licitaciones o concursos dan también legitimidad”²¹, y sobre todo otorgar igualdad de oportunidades a todos los proveedores de servicios así como también a los ejecutores de obras que suscribieren contratos con el estado evitando de esta forma parcialización o actos de corrupción en los procesos de adjudicación de los contratos públicos.

Este concurso es convocado por los organismos que pertenecen a la administración, dado que el Estado tiene esa facultad reguladora y de esta forma se deberá seleccionar la oferta más conveniente para los intereses estatales y ciudadanos dado que lo que se pretende es conseguir obras de buena calidad a un bajo precio y para esto, los

²⁰ <http://www.wordreference.com/definicion/concurso%20p%C3%BAblico>

²¹ DROMI, Roberto. DERECHO ADMINISTRATIVO, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires - Argentina, 1998, Edición Electrónica.

participantes deberán ofertar un precio por el cual ejecutaran la obra siempre y cuando observando las especificaciones técnicas requeridas por la entidad contratante.

4.1.6. Contrato.

El Código Civil ecuatoriano lo define como al:” acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas.”²²

Lo que se desprende de esta definición, es, que el contrato es un acto voluntario, sin importar que este (el contrato) sea verbal o escrito, originando un vínculo jurídico entre las partes intervinientes. Un contrato genera y transmite derechos tanto personales como reales. Las obligaciones que se generan pueden ser de tres clases: obligaciones de dar, obligaciones de hacer y obligaciones de no hacer. Luis Parraguez en su obra apuntes de Código Civil, Libro Cuarto Obligaciones, explica que una obligación es una situación de deber, en la que todo sujeto está obligado a la observancia de determinada conducta, la misma que deberá encontrarse determinada o pactada previamente entre los intervinientes.

Esta obligación es un vínculo jurídico de trascendencia económica, ya que es una relación que se encuentra amparada por el Derecho; Luis

²² Código Civil. Corporación de Estudios y Publicaciones. Primera Edición, Quito – Ecuador, 2006, pág. 421.

Parraguez dice: “que este amparo se expresa en una doble consecuencia: primeramente en la facultad con que se inviste al acreedor para forzar al deudor al cumplimiento de la obligación, ya sea exigiendo el objeto específico de la prestación o mediante el recurso substitutivo de la indemnización de perjuicios; en segundo lugar, en el poder del acreedor para retener lo que ha recibido en pago de la obligación.”²³

El vínculo jurídico se establece entre sujetos determinados, es así que el deudor queda ligado más que solamente con su acreedor, existiendo la posibilidad que pueda existir pluralidad de deudores así como de acreedores.

El Art. 1453 del Código Civil dispone que “las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones, ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga... .. ya por disposición de la Ley...”²⁴

Para lo cual la persona que adquiere una obligación compromete su propio patrimonio para garantizar el cumplimiento de la obligación que se le impone.

4.1.6.1. Contratos Públicos o de la Administración.

Al tratar sobre los contratos de la Administración primeramente es necesario definir que es la Administración Pública, Guillermo Cabanellas

²³ PARRAGUEZ Ruiz, Luis. APUNTES AL CODIGO CIVIL ECUATORIANO LIBRO CUARTO: TEORIA DE LAS OBLIGACIONES, Ed. UTPL, Loja - Ecuador, 1999, pág. 13

²⁴ Código Civil. Corporación de Estudios y Publicaciones. Primera Edición, Quito – Ecuador, 2006, pág. 428.

la define como “el poder ejecutivo en acción con la finalidad de cumplir y hacer cumplir cuanto interesa a la sociedad en las actividades y servicios públicos”²⁵ Son acciones del Estado, así como de las demás entidades que conforman a éste, representadas por personas naturales, encargadas de ejecutar actividades administrativas, originando de esa forma la potestad administrativa del Estado misma que pretende regular las relaciones jurídicas entre los administrados y la administración.

Omar Guerrero manifiesta que “la administración pública está caracterizada por atributos propiamente Estatales. Dicha administración por principio es una cualidad del Estado y solo se puede explicar a partir del Estado”²⁶ En la que la administración pública determina una relación directa entre la ciudadanía y las instituciones y organismos que conforman al Estado y por ende a la Administración Pública, así lo explica Agustín Gordillo y dice que “la administración no puede ni debe administrar sola: el pueblo administrativo debe participar en la decisión administrativa misma.”²⁷ Esto en virtud, de que el pueblo es el mandante de una autoridad elegida mediante voto popular y este debe tomar y aplicar decisiones que más favorezcan a este, y así de esa forma lograr el bienestar común de una colectividad.

²⁵ Ob. Cit. DICCIONARIO JURÍDICO ELEMENTAL, Ed. HELIASTA, Buenos Aires – Argentina, 2003, pág. 27.

²⁶ GUERRERO Orozco, Omar. INTRODUCCION A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, Ed. Harper and Row Latinoamérica México - Distrito Federal, 1994, pág. 23

²⁷ GORDILLO, Agustín. TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, TOMO I. Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires – Argentina, 1998, Pág. II-23.

El Dr. Hernán Jaramillo Ordoñez al analizar a la administración pública en una publicación electrónica manifiesta que esta es “Es la actividad racional, técnica, jurídica y permanente, ejecutada por el Estado, que tiene por objeto planificar, organizar, dirigir, coordinar, controlar y evaluar el funcionamiento de los servicios públicos”.²⁸

Explicando que es un proceso técnico – jurídico debido a que planifica, organiza, direcciona, orienta ordena, vigila, coordina y controla diversos aspectos necesarios para la correcta administración de un Estado, puesto que este conjunto de órganos e instituciones jerárquica o funcionalmente subordinados y coordinados de acuerdo con la Ley, tienen como misión constitucional el asegurar las prestaciones públicas necesarias para el desarrollo de la vida en común.

Al referirse a la administración pública no solo es la función ejecutiva, al respecto el Art. 225 de la Constitución de la República establece que: “El sector público comprende:

1. Los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social.
2. Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado.
3. Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de

²⁸ http://derechoecuador.com/index.php?option=com_content&view=article&id=2379:la-administracioacuten-pauacutepublica&catid=23:derecho-administrativo&Itemid=420

servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado.

4. Las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos.”²⁹

La administración pública se manifiesta e través de hechos, actos, resoluciones, contratos y procedimientos administrativos, los mismos que son producidos por todos los órganos que la integran en sus niveles y de acuerdo a la competencia que la Ley les atribuye.

La Administración Pública, con el fin de realizar y cumplir un plan de ejecución de obras, debe recurrir a la contratación pública para la ejecución de obras y prestación servicios, necesarios para el correcto desarrollo de un Estado. Por lo que estas relaciones económicas entre la Administración y personas naturales o jurídicas ajenas a la administración dan origen a relaciones de carácter Jurídico. Dromi, al explicar los contratos administrativos manifiesta: “el contrato público o el negocio jurídico de derecho público, es un acuerdo creador de relaciones jurídicas.”³⁰

²⁹ Constitución de la república del Ecuador, Art. 225

³⁰ Ob. Cit. DERECHO ADMINISTRATIVO, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires - Argentina, 1998, Edición Electrónica.

Relaciones jurídicas que además son de carácter económico y generadoras de obligaciones, una de las partes a pagar un precio por la obra ejecutada, servicio suministrado, bien adquirido, etc. denominada entidad contratante; y la otra a entregar un bien, proporcionar un servicio, ejecutar una obra, etc. a entera satisfacción de la entidad contratante que es denominado como contratista o adjudicatario.

Producto de las relaciones jurídicas y económicas descritas en el párrafo anterior “nace un vínculo jurídico que coloca a una persona determinada en la necesidad de dar, hacer o no hacer alguna cosa, con respecto a otra persona también determinada. Una persona puede ser un sujeto activo y otra un sujeto pasivo. Es activo, cuando es titular de un derecho, y tiene la facultad de exigir algo; y, es pasivo cuando está en obligación de ejecutar una obra.”³¹ Al originarse el vínculo jurídico entre dos o más personas, la parte acreedora adquiere un real derecho a exigir a la parte deudora el cumplimiento de la obligación adquirida, siendo para esta un derecho personal activo, debido a que a este, el deudor debe cumplir con una obligación jurídica adquirida, mientras que para el deudor es un derecho personal pasivo en virtud de la obligación contraída, si bien esta obligación representa réditos económicos para el deudor la misma debe ser cumplida a cabalidad de acuerdo a las exigencias del acreedor para

³¹ Ob. Cit. MANUAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO, Ed. Facultad de Jurisprudencia de la Universidad nacional de Loja, Loja – Ecuador, 199, Pág. 216.

que dicha obligación pueda ser extinguida, caso contrario el deudor se constituirá en mora.

Roberto Dromi, en su obra Derecho Administrativo, define al contrato administrativo de la siguiente manera: “El Contrato de la Administración, una de las formas jurídicas por las cuales se exterioriza la actividad Administrativa, es una especie dentro del género contrato, cuya especificidad está dada por la singularidad de sus elementos, caracteres y efectos; en suma, por su régimen jurídico. No hay armonía doctrinaria ni legislativa en cuanto a su denominación, y es así como se les llama «Contratos Públicos», «Acuerdos Administrativos», y «Contratos en la Función Administrativa».”³² Actividad administrativa que comprende la generación de actos, hechos, reglamentos y simples actos administrativos, dictados para la preparación de la voluntad administrativa contractual o precontractual; se debe recalcar que los contratos administrativos tienen un régimen jurídico único, dado que el Estado tiene una sola personalidad, misma que es de ser de carácter público, se encuentran regulados por la administración, por lo tanto son regidos por el derecho público.

Esta clase de contratos origina vínculos de carácter jurídicos entre particulares o personas naturales o jurídicas con el Estado, encaminados

³² Ob. Cit. DERECHO ADMINISTRATIVO, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires - Argentina, 1998, Edición Electrónica.

a la prestación de servicios, entre estos la construcción y ejecución de obras; el mismo autor manifiesta que el contrato administrativo “es toda declaración bilateral o de voluntad común, productora de efectos jurídicos entre dos personas, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa.”³³

Es una declaración de la voluntad dado que convienen dos personas, una de carácter jurídica como lo es el Estado, representado por algún órgano estructural de este, en representación y en ejercicio de la función administrativa, por una parte, y de una persona natural o jurídica, Estatal o no, por otra. Convención que es productora de efectos jurídicos, en los que, se determina recíprocamente atribuciones y obligaciones entre los suscriptores del contrato.

Cabanellas de Torres lo define como aquel “...regido por el orden público...”³⁴, la página de internet Wikipedia define a este contrato como “un tipo de contrato en el que al menos una de las partes es una Administración pública cuando actúa como tal, y en el que está sometida a un régimen jurídico que coloca al contratante en una situación de subordinación jurídica frente a la Administración.”³⁵

³³ Ob. Cit. DERECHO ADMINISTRATIVO, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires - Argentina, 1998, Edición Electrónica.

³⁴ Ob. Cit. DICCIONARIO JURÍDICO ELEMENTAL, Ed. HELIESTA, Buenos Aires – Argentina, 2003, pág. 95.

³⁵ http://es.wikipedia.org/wiki/Contrato_publico

Si no fuere un órgano de la administración una de las partes que constituya el contrato, no estaríamos hablando de un contrato administrativo, o un contrato público sino que de un contrato privado el mismo que está regido por un ordenamiento jurídico diferente; no existe contrato privados en la administración pública, ni tampoco existe dos Estados dentro de un mismo Estado; el Estado es uno solo y está constituido por órganos e instituciones representadas por personas naturales que actúan por representación o delegación a nombre del Estado.

Finalmente el Art. 75 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva manifiesta que contrato administrativo: “Es todo acto o declaración multilateral o de voluntad común; productor de efectos jurídicos, entre dos o más personas, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa. Su regulación se regirá por las normas jurídicas aplicables.”³⁶

La declaración de la voluntad, queda demostrada en el oferente, con la presentación de la oferta y la suscripción del contrato; con la presentación de la oferta, el proponente, expresa su voluntad de contratar con el Estado la ejecución de una obra, prestación de un servicio, la venta de suministros, etc.; con la suscripción del contrato el oferente acepta las

³⁶ Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva.

condiciones impuestas por la entidad contratante, aun a sabiendas que con estas condiciones, la entidad contratante se coloca en un estado de superioridad ante el contratista, teniendo este que aceptarlas en virtud de la necesidad que tiene por trabajar y generar ingresos para el y su grupo familiar. Por otra parte, en la entidad contratante, la voluntad se ve reflejada al momento de la calificación de las ofertas, en donde se declara ganador del concurso al oferente que presentare la oferta más conveniente a los intereses de la entidad contratante, del Estado y de la colectividad en general, y resolución sea notificada.

Es generador de efectos jurídicos en virtud de los derechos y obligaciones que adquieren las partes al momento de suscribir el contrato, la una de pagar un precio por la obra ejecutada, servicio prestado o suministro vendido y la otra de ejecutar la obra, prestar el servicio, o entregar el suministro, esto a entera satisfacción de la entidad contratante.

De las definiciones citadas finalmente se desprende lo siguiente: que en todo contrato administrativo tiene que participar por lo menos un órgano estatal en ejercicio de función administrativa, en el que la administración se encarga de regular ciertas prerrogativas en cuanto a su ejecución, extinción, etc. procurando no afectar el interés público que tiene la suscripción de un contrato administrativo, para la ejecución de una obra,

la prestación de un servicio, o la compra o arriendo de suministros en un Estado.

El Contrato Administrativo se caracteriza por las siguientes razones:

- Su validez está supeditada a cumplimiento de formalidades exigidas por las disposiciones vigentes en cuanto a la forma y procedimientos de contratación.
- Se puede aseverar que el contrato administrativo es un contrato de adhesión, en el que el Estado impone las condiciones, términos, plazos, multas, hasta en alguno de los casos los precios o montos de las obras, entre otras; debiendo el contratista allanarse a las condiciones exigidas por la administración.
- La libertad de las partes queda circunscripta o limitada por la norma que fija el procedimiento para elegir al contratista; la aprobación o autorización legislativa o administrativa, y la subordinación del objeto al interés público.
- El contratista no tiene la libertad de discernir respecto de las condiciones del contrato, solo puede aceptarlas o rechazarlas, prevaleciendo siempre el interés público al particular sin importar el perjuicio que este provoque a los contratistas.
- Estado de superioridad de la administración ante el contratista; pues este puede adaptar a las necesidades públicas, lo puede

ejecutar por si misma o por intermedio de un tercero, dejarlo sin efecto de forma unilateral.

- El contrato administrativo no es rígido y muta constantemente de acuerdo a las necesidades del estado; la administración aparece en una situación de superioridad jurídica con respecto al contratista al momento de la imposición de un sin número de prerrogativas y condiciones que subordinan jurídicamente al contratista, puesto que la administración puede introducir modificaciones en ellos, y que son de obligatorio cumplimiento para el contratista. Esta desigualdad se traduce en la competencia que tiene la Administración para adaptar el contrato a las necesidades públicas, variando ciertos límites las obligaciones del contratista (modificación unilateral, mutabilidad del contrato). Es decir, que el contrato administrativo carece de la rigidez e inmutabilidad del contrato civil, porque cede ante el interés público.

4.1.6.1.1. Contrato de Obras.

“Tiene por objeto la construcción, reforma, reparación, conservación o demolición de un bien inmueble o la realización de trabajos que modifiquen la forma o sustancia del suelo o del subsuelo por cuenta de la Administración y a cambio de un precio, ya sean de establecimiento o creación, reforma, reparaciones menores, y obras de conservación y mantenimiento (por ejemplo, carreteras, ferrocarriles, puertos, presas,

dragados, prospecciones, etc.).”³⁷ En si comprende la ejecución obras civiles, implica la intervención de un espacio físico en el que para su ejecución se requiere el empleo de mano de obra calificada y no calificada, tales como profesionales en ingeniería, arquitectos, técnicos electricistas, etc. así como peones, maestros albañiles, entre otros.

Se deberá entender al contrato de obras a aquel que es suscrito entre la Administración y el Contratista, para la ejecución de obras cuyo objeto sea la ejecución de obras civiles.

Por obra se entenderá “el resultado de un conjunto de trabajos de construcción o de ingeniería civil, destinado a cumplir por si mismo una función económica o técnica, que tenga por objeto un bien inmueble.”³⁸

Nelson López y Libia Rivas manifiestan que el contrato de ejecución de obras es aquel en el que “la administración conviene con un contratista la construcción o el mantenimiento de un inmueble de interés público.... a cambio de un precio”³⁹ Este tipo de contrato tiene gran importancia dentro de la administración, ya que es uno de los más comunes, debido a las cuantiosas cantidades de dinero que un Estado invierte en la

³⁷<http://roble.pntic.mec.es/cgar0136/TEMA%209%20La%20contrataci%F3n%20administrativa.%20Los%20contatos%20p%FAblicos%20%20-3%AA--PUBLICA.pdf>

³⁸https://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:BGUiwAaezn8J:ofcontrolinterno.ugr.es/pages/normativa/Manualexpedientescontratacion2/!+el+contrato+de+obra+en+la+administracion+publica&hl=es&gl=ec&pid=bl&srcid=ADGEEsi_jAJcr8_BYM-K3mDBasqRsJ7hvHEWwVw1i0_GwmjdUnvUesMJbQh_j9QRru98exo8sh5oCeVRoZdEx8-t9LGaqmIYR5bzqRiDe3BHyt-5NIx1AkrNYNgjoQtx-PW9Kiyj57&sig=AHIEtbQ_Wa4KWCBi68nKbLAtNgC8FZmS4g

³⁹ LOPEZ Jacome, Nelson, RIVAS Ordoñez; Libia. INTERROGANTES Y RESPUESTAS SOBRE LA NUEVA LEY DE CONTRATACIÓN PÚBLICA. Ed. Jurídica del Ecuador, Quito – Ecuador, 2011, Pág. 67

ejecución de obras civiles, como la construcción de vías, hospitales, escuelas, puentes, puertos, casas, etc.

Son el resultado, del desarrollo de un proceso de participación y adjudicación, en el que previamente se debe cumplir con requisitos preestablecidos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Legalmente el plazo de exigibilidad de la culminación de la obra empieza una vez que se ha entregado legalmente el anticipo al contratista.

4.1.6.1.2. Contrato de Prestación de Servicios.

Dentro de esta clase de contratos deben incluirse a todos aquellos que contengan como objeto la gestión de un servicio público. En donde el empresario puede gestionar el servicio a su riesgo o ventura, o que el riesgo sea solidariamente compartido entre el administrado y la administración, o a su vez puede ocurrir que se constituya una empresa de economía mixta con el fin de dotar y suministrar un servicio a un determinado sector.

López y Rivas manifiestan que es un “contrato mediante el cual la entidad contratante conviene con un contratista en la prestación de un servicio requerido para la satisfacción de una necesidad institucional. Dentro de estos servicios no se encuentran aquellos especializados que

corresponden al contrato de consultoría.”⁴⁰ Es una actividad independiente en la cual no existe un elemento de subordinación laboral o de dependencia entre la entidad beneficiaria del servicio y la persona que desarrolla dicho servicio, mas, si existe una relación de dependencia laboral entre la persona que desarrolla el servicio y la persona natural o jurídica adjudicataria del contrato de prestación de servicios como por ejemplo servicios de limpieza, seguridad privada, etc.

“El o los contratistas tienen la responsabilidad de: Cuidar el servicio a ellos concesionados para la dotación del mismo; Prestar el servicio en forma eficiente y oportuna, Responder por los daños ocasionados a terceros por el incumplimiento o deficiencia en la prestación de servicio, y, finalmente, Respetar acuerdos internacionales en los que el país sea suscriptor.”⁴¹ El objeto de esta clase de contratos es la prestación de servicios técnicos, profesionales, de apoyo, etc. y basadas en la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia o de la persona jurídica. Este tipo de contratos son empleados por las entidades que requieren que un tercero les preste un servicio determinado. La empresa o el profesional que presta el servicio a la entidad contratante no se obliga a un resultado concreto con la ejecución del contrato, sino a realizar determinadas actividades o dotar ciertos servicios según corresponda al objeto del contrato. El contratista

⁴⁰Ob. Cit. INTERROGANTES Y RESPUESTAS SOBRE LA NUEVA LEY DE CONTRATACIÓN PÚBLICA. Ed. Jurídica del Ecuador, Quito – Ecuador, 2011, Pág. 67

⁴¹<http://es.scribd.com/doc/16389795/LOS-CONTRATOS-PUBLICOS>

tiene autonomía e independencia desde el punto de vista técnico y científico, por lo que este, puede ejecutar el contrato en la forma más conveniente a sus intereses.

En conclusión la Administración encomienda a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio público; “que comprende una pluralidad de figuras contractuales como son la concesión, la gestión interesada, el concierto y la sociedad de economía mixta.”⁴² Entendiéndose a la concesión como: al derecho de explotación de bienes y servicios por un tiempo determinado por parte de una persona natural o jurídica, pública o privada y concesionada por parte de un órgano perteneciente a la Administración Pública; así como al uso y aprovechamiento de instalaciones, construcciones edificadas o por edificar, terminales, puertos, etc. siendo el concesionario el obligado a prestar servicios de calidad en favor de los administrados y a cobrar un precio determinado por la prestación del servicio; el contrato de gestión interesada es una figura contractual mediante la cual la Administración Pública, explota los servicios y construye las obras necesarias para dicha explotación, sirviéndose de un gestor a quien retribuirá fundamentalmente mediante una participación en los ingresos generados como resultado de su gestión. Esta clase de contratación se caracteriza por el hecho de que a pesar de que el servicio se presta por un particular (como en el caso de la

⁴²<http://roble.pntic.mec.es/cgar0136/TEMA%209%20La%20contrataci%F3n%20administrativa.%20Los%20contatos%20p%FAblicos%20%20-3%AA--PUBLICA.pdf>

concesión) sin embargo el riesgo económico es compartido por la Administración y el particular. El particular se transforma en una especie de socio, mismo que participa de los beneficios generados con la ejecución de la obra; el concierto es un servicio, que lo presta un particular en sus propias instalaciones y con sus propia organización, percibiendo de la Administración un canon preestablecido; el concierto es una figura contractual que permite convenir a la Administración con una persona natural o jurídica en la prestación de un servicio público, por medio del aprovechamiento de locales o instalaciones que posea el particular para la prestación de la actividad limitándose únicamente a otorgarle la condición jurídica de gestor de servicio público; finalmente, la sociedad de economía mixta, es una relación económica - jurídica entre empresas públicas y empresas privadas y/o personas naturales, cuyo fin es el desarrollo de actividades económicas enfocadas a la gestión de sectores estratégicos, prestación de servicios públicos, aprovechamiento de recursos naturales o de bienes públicos, entre otras actividades de carácter económico; en donde la participación estatal en la constitución de esta clase de empresas debe ser mayoritaria.

4.1.6.1.3. Contrato de Consultoría.

Esta clase contratos 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, además

de la supervisión, fiscalización auditoria 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, elaboración de estudios económicos, financieros de organización, administración, auditoria e investigación.”⁴³ Una consultoría es un servicio de ayuda a las instituciones para mejorar su funcionamiento, se lleva a cabo por empresas o personas, llamadas consultores o consultoras, que son profesionales o empresas, especialistas en las materias que una organización necesita mejorar o que considera problemas a solucionar.

El consultor no tiene derecho de tomar decisiones, siendo la institución contratante la que tome esas decisiones en base a las recomendaciones realizadas por el consultor. Entonces, se considera al consultor como un asesor o consejero, siendo la principal característica de esta que la asesoría brindada al contratante o a la administración tiene el carácter de técnico – científico. Una consultoría puede tener un enfoque experto o facilitativo. “En el enfoque experto, la consultoría está muy involucrada con el contratante y le proporciona un consejo o ayuda experta. En el enfoque facilitativo, la consultoría sólo aconseja, su colaboración es menor y se enfoca menos en conocimientos específicos o técnicos.”⁴⁴

⁴³ Ob. Cit. INTERROGANTES Y RESPUESTAS SOBRE LA NUEVA LEY DE CONTRATACIÓN PÚBLICA. Ed. Jurídica del Ecuador, Quito – Ecuador, 2011, Pág. 68

⁴⁴ <http://www.misrespuestas.com/que-es-una-consultoria.html>

En el enfoque experto los consultores poseen una especialización dentro de su actividad, por ejemplo un consultor contable, con un nivel de especialización mayor en los aspectos relacionados con la contabilidad o economía de una institución, el conocimiento en el enfoque experto en una consultoría es profundo para lo cual se vale de un grupo multidisciplinario para efectuar su consultoría; en el enfoque facilitativo el consultor ayuda a generar estrategias a través de la movilización e implementación de procedimientos tendientes a aconsejar sobre el empleo de ciertas técnicas tendientes a mejorar la calidad de un servicio, este posee un conocimiento general pero no necesariamente profundo en algunas áreas.

Las consultorías se consideran un recurso necesario previo a la ejecución de un proyecto, en el cual, estos trabajos son ejecutados por profesionales, a fin de que brinden conocimientos específicos, sobre una determinada materia o campo profesional, e inclusive, se puede pretender y recomendar por parte del consultor la aplicación técnicas especiales e innovación de nuevas tecnologías, destinadas a mejorar la prestación de un servicio o a su vez extender la vida útil de una construcción.

4.1.6.1.4. Contrato de Suministro.

Es aquel que en la Administración Pública adquiere bienes, sean estos muebles o inmuebles. Se considera contrato de suministro la compra de bienes muebles por la Administración, además se deberá incluir a los

contratos en el que la administración requiera el arrendamiento de un bien o a su vez la adquisición de productos o materiales necesarios para el desarrollo de la potestad administrativa del Estado. Los contratos de adquisición de bienes o suministros “tiene por objeto la adquisición de bienes muebles”⁴⁵, así lo manifiestan López y Rivas, especialistas en Contratación Pública.

4.1.7. Entidad Contratante.

Entidad es una colectividad, institución, establecimiento agrupación o empresa; “es una unidad identificable que realiza actividades económicas, constituida por combinaciones de recursos humanos, recursos naturales y capital, coordinados por una autoridad que toma decisiones encaminadas a la consecución de los fines para los que fue creada.”⁴⁶

Administrativamente la entidad contratante en una institución perteneciente a la Administración, la misma que tiene la autonomía de realizar sus propias adquisiciones, sean estos bienes muebles, inmuebles, suministros, etc. y en algunos casos la facultad de contratar la ejecución de obras civiles o la suscripción de contratos de consultoría.

Roberto Dromi manifiesta, que Entidad Contratante o Licitante es la “persona que en ejercicio de la función administrativa utiliza el

⁴⁵ Ob. Cit. INTERROGANTES Y RESPUESTAS SOBRE LA NUEVA LEY DE CONTRATACIÓN PÚBLICA. Ed. Jurídica del Ecuador, Quito – Ecuador, 2011, Pág. 67 - 68

⁴⁶ <http://html.rincondelvago.com/entidades-contables.html>

procedimiento de licitación pública, efectuando el llamado, recepcionando las ofertas y adjudicando en su consecuencia. El licitante es siempre un sujeto de derecho, una persona jurídica pública, estatal o no estatal. Además, también pueden serlo los particulares, pero en ese caso el procedimiento se rige por el derecho privado, a menos que la persona privada ejerza función administrativa por delegación estatal.”⁴⁷ El régimen de contratación pública, establece y requiere el establecimiento de precios justos en el presupuesto referencial, de esta manera el contratista pueda obtener beneficios económicos, constituyéndose así la contratación estatal en un elemento dinamizador de la economía tanto local como nacional; los pliegos deben asegurar la concurrencia de la mayor cantidad de oferentes, para lo cual, las exigencias requeridas por la entidad contratante en cuanto a las especificaciones técnicas, personal requerido, equipo mínimo requerido, plazos, etc. deben estar de acuerdo a la realidad de la obra o servicio prestado, no deben ser establecidos o estructurados con el afán de favorecer a determinado oferente, sino más bien deberían procurar estimular la participación de oferentes individuales y de pequeñas empresas, de esa forma se logrará establecer una verdadera redistribución de la riqueza así como la dinamización de la economía local y nacional.

⁴⁷ Ob. Cit. DERECHO ADMINISTRATIVO, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires - Argentina, 1998, Edición Electrónica.

El 04 de Agosto del 2008, entra en vigencia la nueva Ley de Contratación Pública mediante publicación en el Registro Oficial Nro. 395; el 30 de Diciembre del 2008, mediante comunicado publicado por la prensa, el Instituto Nacional de Contratación Pública, comunica a todas las entidades contratantes lo siguiente:

“A partir del 1 de enero de 2009, toda contratación se realizará utilizando obligatoriamente las herramientas y procedimientos establecidos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCPP) y su Reglamento General.

A partir del 1 de enero de 2009, el Registro Único de Proveedores (RUP) será verificado obligatoriamente en el portal durante las etapas del proceso de contratación, salvo las excepciones establecidas en la mencionada Ley.

De conformidad con el Art. 22 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, la máxima autoridad de cada entidad contratante aprobará el Plan Anual de Contrataciones – PAC- del 2009, hasta el 15 de diciembre del año en curso, y de acuerdo al Art. 22 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCPP), deberá publicarlo en la página web institucional y en el Portal www.compraspublicas.gov.ec hasta el 15 de enero del 2009, para lo cual

deberá seguir los pasos que constan en el manual correspondiente que se encuentra publicado en el portal.

Todas las contrataciones efectuadas desde el 4 de agosto hasta el 31 de diciembre del año en curso, que no hubieren utilizado las herramientas del portal o no se hubieran publicado, deberán publicarse junto con los contratos suscritos, en el Portal www.compraspublicas.gov.ec, de conformidad con el inciso segundo de la Disposición Transitoria Sexta de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCP),⁴⁸

Disposiciones que tienen concordancia con lo establecido en la mencionada Ley, en virtud del principio de libre participación, y de que la contratación pública es tomada como un elemento dinamizador de la economía local y nacional, así como un elemento que impulsa la generación de fuentes de empleo, de la industria, y, de redistribución de la riqueza. Además de procurar transparentar el gasto público y evitar actos de corrupción en la adjudicación de contratos con el Estado.

Roberto Dromi explica que “ La competencia del órgano estatal para contratar se extiende a las siguientes facultades: 1) aprobar y modificar los pliegos de condiciones; 2) suspender el procedimiento de selección; 3)

⁴⁸http://capacitacion.compraspublicas.gov.ec/index.php?option=com_content&task=view&id=146&Itemid=102

adjudicar; 4) acordar la recepción definitiva, y 5) disponer la resolución y rescisión contractual.”⁴⁹

Explicación muy valedera, ya que lo que se pretende con el concurso entre varios ofertantes es que resulte ganadora la oferta que más convenga a los intereses Estatales y colectivos, para lo cual si la entidad contratante lo considera conveniente podrá declarar desierto el proceso de adjudicación de una obra, por resultar perjudicial a los intereses del Estado, pero tal declaratoria no podrá darse si este proceso llegare a la etapa de adjudicación; la entidad contratante podrá dar por recibida la obra siempre y cuando satisfaga las especificaciones técnicas establecidas previamente por la entidad contratante, finalmente, si el contratista o ejecutor no cumpliera con los cronogramas de construcción y si existiere retraso en la construcción de la misma, o a su vez se hallare gran perjuicio al Estado en la adjudicación de una obra se podrá rescindir la relación contractual unilateralmente esto para evitar que se siga perjudicando al Estado.

4.1.8. Procedimientos Contractuales.

La Legislación de contratación pública en el Ecuador prevé los siguientes procedimientos de contratación, para lo cual hay que considerar que el

⁴⁹ Ob. Cit. DERECHO ADMINISTRATIVO, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires - Argentina, 1998, Edición Electrónica.

presupuesto establecido para el año fiscal 2013 es de 26.109'270.275,91

USD:

Contratación de Consultoría: Base Legal.- Arts. 36, 37 y 38 del
Reglamento General de la Ley Orgánica
del Sistema Nacional de Contratación
Pública.

- Contratación Directa.- En este Tipo de contratación el Presupuesto Referencial del Contrato (PRC) debe ser inferior o igual al valor que resultare de multiplicar el coeficiente 0,000002 por el monto del Presupuesto Inicial del Estado (PIE), este valor es de 52.218,54 Dólares.
- Contratación mediante Lista Corta.- Se aplica este procedimiento cuando el Presupuesto Referencial del Contrato (PRC) sea superior al valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,000002 por el monto del Presupuesto Inicial del Estado (PIE) y sea inferior al valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,000015 por el monto del Presupuesto Inicial del Estado (PIE); valores que se fijan entre 52.218,54 Dólares y 391.639,05 Dólares.
- Contratación mediante Concurso Público.- Se aplica este procedimiento cuando el Presupuesto Referencial del Contrato

(PRC) sea igual o superior al valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,000015 por el monto del Presupuesto Inicial del Estado (PIE); estableciéndose el valor en 391.639,05 Dólares en adelante.

Bienes y Servicios Normalizados: Base Legal.- Arts. 44, 47. 48 Núm. 1, 50

Núm. 1, 51 Núm. 3 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; y, Arts. 43, 44, 45, 53, 54, 56, 58, 60 37 y 38 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

- Catálogo electrónico.- No hay límite del monto de contratación.
- Ínfima Cuantía.- Se aplica cuando el Presupuesto Referencial del Contrato (PRC) sea menor o igual al valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,0000002 por el monto del Presupuesto Inicial del Estado (PIE), fijándose este valor hasta en 5.221,85 Dólares o menos.
- Subasta inversa electrónica.- Procedimiento se aplica cuando el Presupuesto Referencial del Contrato (PRC) supere el valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,0000002 por el Presupuesto

Inicial del Estado (PIE), estableciéndose este valor en 5.221,85 Dólares o mayor a este.

- Menor Cuantía.- En este tipo de contratación el Presupuesto Referencial del Contrato (PRC) debe ser igual o menor al valor obtenido de multiplicar el coeficiente 0,000002 por el Presupuesto Inicial del Estado (PIE), siendo esta cantidad 52.218,54 Dólares o menor a esta.
- Cotización.- Procedimiento que se aplica cuando el Presupuesto Referencial del Contrato (PRC) resulte de multiplicar el coeficiente 0,000002 por el Presupuesto Inicial del Estado (PIE) y sea inferior al valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,000015 por el Presupuesto Inicial del Estado (PIE). Estableciéndose este valor en 52.218,54 Dólares y 319.639,05 Dólares.
- Licitación.- Procedimiento que se lo utiliza cuando el Presupuesto Referencial del Contrato (PRC) es igual o mayor al valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,000015 por el Presupuesto Inicial del Estado (PIE), siendo el valor 391.639,05 Dólares o más.

Bienes y Servicios No Normalizados: Base Legal.- Arts. 48 Núm. 2; 50 Núm. 3; 51 Núm. 1; de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; y, Arts. 49 al 55; 56 al 57; y, 58, del

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

- Menor Cuantía.- En este tipo de contratación el Presupuesto Referencial del Contrato (PRC) debe ser igual o menor al valor obtenido de multiplicar el coeficiente 0,000002 por el Presupuesto Inicial del Estado (PIE), siendo esta cantidad 52.218,54 Dólares o menor a esta.
- Cotización.- Procedimiento que se aplica cuando el Presupuesto Referencial del Contrato (PRC) resulte de multiplicar el coeficiente 0,000002 por el Presupuesto Inicial del Estado (PIE) y sea inferior al valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,000015 por el presupuesto Inicial del Estado (PIE). Estableciéndose este valor en 52.218,54 Dólares y 319.639,05 Dólares.
- Licitación.- Procedimiento que se lo utiliza cuando el Presupuesto Referencial del Contrato (PRC) es igual o mayor al valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,000015 por el Presupuesto Inicial del Estado (PIE), siendo el valor 391.639,05 Dólares o más.

Contratación de Obras: Base Legal.- Arts. 48 Núm. 3; 50 Núm. 2; 51 Núm. 2; 53 al 56; y, 57 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación

Pública; y, Arts. 49 al 55; 56 al 57; 59; y, 60 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

- Menor Cuantía.- En este tipo de contratación el Presupuesto Referencial del Contrato (PRC) debe ser igual o menor al valor obtenido de multiplicar el coeficiente 0,000007 por el Presupuesto inicial del Estado (PIE), siendo esta cantidad 182.764,89 Dólares o menor a esta.
- Cotización.- Procedimiento que se aplica cuando el Presupuesto Referencial del Contrato (PRC) resulte de multiplicar el coeficiente 0,000002 por el Presupuesto Inicial del Estado (PIE) y sea inferior al valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,000015 por el Presupuesto Inicial del Estado (PIE). Estableciéndose este valor en 52.218,54 Dólares y 319.639,05 Dólares USD.
- Licitación.- Procedimiento que se lo utiliza cuando el Presupuesto Referencial del Contrato (PRC) es igual o mayor al valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,000015 por el Presupuesto Inicial del Estado (PIE), siendo el valor 391.639,05 Dólares o más.
- Ínfima Cuantía.- Se aplica cuando el Presupuesto Referencial del Contrato (PRC) sea menor o igual al valor que resulte de multiplicar

el coeficiente 0,0000002 por el monto del Presupuesto Inicial del Estado (PIE), fijándose este valor hasta en 5.221,85 Dólares o menos.

- Contratación integral por precio fijo.- Se aplica cuando el Presupuesto Referencial del Contrato (PRC) sea igual o superior al valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,1 % por el monto del Presupuesto Inicial del Estado (PIE), fijándose este valor hasta en 26'109.270,28 Dólares o más.

Contrataciones en situaciones de emergencia.: Base Legal.- Art. 57 de la

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; y, Art. 71 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Contratación de forma directa sin límites de monto de contratación.

Adquisiciones de bienes inmuebles.- Base Legal.- Art. 58 de la Ley

Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; y, Arts. 61 al 63 del Reglamento General de la Ley Orgánica

del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Mediante declaratoria de utilidad pública, se procura llegar a un acuerdo por 90 días. El precio se fijara en base al avalúo catastral, y, su incremento no podrá ser mayor al 10 % de dicho avalúo. Se puede impugnar el precio, más no el acto administrativo; vía sede administrativa.

Arrendamiento de bienes inmuebles.- Base Legal.- Art. 59 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; y, Art. 64 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

No existe monto establecido de esta clase de contrataciones.

Entidades contratantes como arrendadoras. Base Legal.- Art. 59 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; y, Arts. 65 - 66 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Las entidades contratantes podrán dar en arrendamiento bienes inmuebles de su propiedad, más no se establece el procedimiento para fijar el precio de los mismos, o en base a qué aspectos se fijara el canon ya sea mensual o anual.

Adquisición de fármacos: Base Legal.- Arts. 72 al 85 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

- Emergencia.

- Subasta Inversa Corporativa.- Se establece un catálogo de medicamentos.

- Subasta Inversa Institucional.- Se aplica cuando los medicamentos no consten dentro del catálogo.

- Contratación Directa.- Se aplica cuando el fabricante o proveedor sea exclusivo para un tipo de fármaco y no esté disponible en el Repertorio de Medicamentos.

Para ninguno de estos tipos de contratación se establece montos mínimos o máximos de contratación para cada uno de ellos, entendiéndose para lo cual que no hay límite.

Contrataciones para seguridad interna o externa.- Base Legal.- Arts. 86 – 87, del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Su ejecución es confidencial, previo establecimiento de su necesidad por parte del Presidente de la República.

Contratación de espacios publicitarios en medios de comunicación.- Base Legal.- Arts. 88 al 91 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

- Contratación Directa.
- Proceso de selección.

Asesoría y patrocinio jurídico: Base Legal.- Art. 92 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

- Consultas puntuales y específicas.- Siempre y cuando estas tengan un presupuesto estimado que no supere en el año por cada proveedor el valor que resulte de multiplicar el coeficiente

0,0000005 por el Presupuesto inicial del Estado (PIE); valor que asciende a la cantidad de 13.054,64.

Contratación de obra Artística, Literaria o Científica. Base Legal.- Arts. 93 y 93.1 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Adquisición de Repuestos o accesorios. Base Legal.- Art. 94 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Bienes y servicios únicos en el mercado o proveedor único. Base Legal.- Arts. 95 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Transporte de correo interno institucional. Base Legal.- Arts. 96 – 97 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Contratos entre entidades del sector público o sus subsidiarias. Base Legal.- Arts. 98 al 100 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Contratación de Seguros. Base Legal.- Art. 107 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Arrendamiento de bienes muebles. Base Legal.- Art. 108 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

4.1.9. Pliegos.

El Art. 6 numeral 24 de la Ley Orgánica del Sistema del Sistema de Contratación Pública define a los pliegos como: “Documentos precontractuales elaborados y aprobados para cada procedimiento, que se sujetarán a los modelos establecidos por el Instituto Nacional de Contratación Pública.”⁵⁰ Dromi manifiesta que: “Los pliegos de condiciones, en suma, deben establecer reglas generales e impersonales que mantengan fielmente el principio de igualdad, lo cual no excluye que se establezcan otras preferencias en favor de determinadas categorías de

⁵⁰ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

oferentes. Son nulas las cláusulas que impliquen monopolio, salvo excepciones previstas por la Ley. Tampoco pueden fijarse cláusulas determinantes de circunstancias subjetivas, ni señalar marcas de fábricas o rótulos comerciales preferenciales. Es así mismo, nula toda formula de tanteo, retracto o mejora de proposición una vez conocidas las de los demás concurrentes, salvo excepción normativa expresa, como es el caso del “empate de ofertas”, consecuentemente, la adjudicación o la formalización del contrato respectivo debe hacerse exacta y precisamente sobre las bases del pliego de condiciones sobre el que se hizo la licitación. Si se lo hace es ilegal y viola el principio de igualdad.”⁵¹

La Constitución aprobada en el año 2008 en los Arts. 335 y 336, estipulan como responsabilidad del Estado la adopción de medidas que eviten la práctica del monopolio en la producción, así como el impulso de prácticas comerciales justas, en donde prime la transparencia y eficiencia en todo proceso comercial, estableciendo la igualdad de condiciones y oportunidades, estableciéndose de esta forma la libertad de empresa, dinamizando de esta forma la economía nacional. Dentro de los procesos contractuales la entidad contratante no puede especificar marcas de casas comerciales y de esta forma beneficiar a cierto grupo comercial, lo que puede realizar, es establecer normas de calidad y especificaciones que la obra, bien mueble, inmueble o suministro debe cumplir y así de

⁵¹ Ob. Cit. DERECHO ADMINISTRATIVO, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires - Argentina, 1998, Edición Electrónica.

esta forma fomentar la libre competencia entre proveedores. Por ejemplo si el Municipio de Loja requiere adquirir un vehículo tipo Jeep, 4x4, de 2000 CC, año 2012, 5 puertas; esas son las especificaciones técnicas que el vehículo debe cumplir, pero, mas no se puede especificar la marca del vehículo, pues se estaría fomentando prácticas monopólicas al darse preferencia a cierta marca de vehículos, declarándose prácticamente como ganador en el proceso de licitación a cierta casa comercial, violentando de esta forma las disposiciones Constitucionales y Legales que prohíben el monopolio, y buscan generar una libre competencia entre los proveedores que vendan o arrienden bienes al estado o a su vez suscriban contratos de ejecución de obras, y así de esta forma procurar de que exista un buen manejo y correcto uso de los fondos públicos.

4.1.10. La Oferta.

El Diccionario Enciclopédico Universal, la define a la oferta como una “promesa que se hace de dar, cumplir o ejecutar una cosa.”⁵² Cabanellas de Torres tiene un criterio similar al establecerla como una promesa en la que se promete hacer, dar, cumplir o ejecutar algo, además agrega que es una “iniciativa contractual. Objeto o cosa que se da como regalo. Mercadería que se propone en venta.”⁵³

⁵² DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO UNIVERSAL AULA.

⁵³ Ob. Cit. DICCIONARIO JURÍDICO ELEMENTAL, Ed. HELIASTA, Buenos Aires – Argentina, 2003, pág. 280.

La oferta es la respuesta de un licitador a una licitación, esta contiene entre otras cosas la descripción del producto, servicio y el precio, la misma que es de carácter vinculante, es decir que el proponente declarado como ganador en la adjudicación de un contrato, este esta obligado a cumplir lo que se encuentra escrito en aquella oferta.

Roberto Dromi explica que “la presentación de la propuesta es un acto jurídico particular, unilateral del oferente, que contiene una "oferta de contrato" a favor del licitante, ajustada a las normas reglamentarias del procedimiento.”⁵⁴ Es esta oferta el proponente procurara realizar una cotización de costos por la ejecución de una obra, una consultoría, un bien, suministros, autos, etc. además de cumplir con los requisitos establecidos por la Ley y por la entidad contratante en los pliegos, tales como: justificar la experiencia del oferente, así como del personal que el oferente va a ocupar en la ejecución del proyecto, justificación de la maquinaria requerida por la entidad contratante para la ejecución de la obra, realización de un cronograma de trabajo, el respectivo análisis de precios unitarios, mismo que derivara en la cantidad de dinero por la cual el oferente va a ejecutar una obra, una consultoría, etc.

“La presentación de la oferta traduce una declaración de voluntad que tiene por fin inmediato establecer, crear y modificar relaciones jurídicas

⁵⁴ Ob. Cit. DERECHO ADMINISTRATIVO, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires - Argentina, 1998, Edición Electrónica.

entre el proponente con el licitante y demás oferentes que participan en el procedimiento.”⁵⁵ Es una declaración, ya que en esta se encuentra reflejada la voluntad del oferente por realizar o ejecutar una obra, prestar un servicio, o entregar un bien por un precio acordado por el oferente, declaración de voluntad que generará derechos y obligaciones entre la entidad contratante que representa al Ejecutivo y el oferente.

Roberto Dromi, en su obra Tratado de Derecho Administrativo, en lo que respecta a la oferta explica que, todos los interesados en concurrir a la licitación estudian la obra, servicio o suministro licitado, calculan su costo mediante la realización de un análisis de precios unitarios debiendo concluir por llenar y cumplir los demás requisitos establecidos por la Ley y la entidad contratante. La misma que será entregada en el lugar, día y hora indicado en los pliegos así como colocarla en el sistema de contratación pública.

Además explica que la oferta debe llenar y contener ciertos recaudos de orden jurídico entre los cuales están: requisitos subjetivos, objetivos y formales.

Los requisitos subjetivos, tiene relación a la persona sea esta natural o jurídica que puede ofertar, esta debe ser legalizada personalmente por el

⁵⁵ *Ibíd.*

oferente o de ser el caso por parte del representante legal del consorcio, compañía o sociedad, etc.

Los requisitos objetivos, deben llenar recaudos atinentes al objeto y contenido, estos requisitos se los puede dividir en presupuestos objetivos en requisitos del objeto y requisitos del precio. En el caso de los presupuestos objetivos, la oferta debe ajustarse a las cláusulas generales y particulares de los pliegos y demás cuerpos normativos pertinentes, el contenido de la oferta es variable, aunque en muchos de los casos el oferente debe aceptar el presupuesto referencial del contrato y llenar los demás requisitos establecidos en los pliegos y la Ley. Es interesante y aceptable la idea que tiene Dromi al manifestar que aunque la oferta debe ajustarse a lo establecido en los pliegos si el oferente cambiara o modificara en parte su oferta apartándose de lo establecido en los pliegos, se debe entender que es una oferta válida ya que se está proponiendo una oferta plenamente válida, libre de vicio alguno, que pudiera conllevar a la descalificación del oferente en el proceso de licitación. Finalmente el precio en la oferta es la contraprestación solicitada por el ejecutor del contrato al licitante, debe estar sujeta a las exigencias establecidas en la normativa concerniente a la contratación administrativa y supletoriamente ha demás cuerpos normativos pertinentes aplicables al establecimiento de una prestación en los contratos públicos.

Finamente manifiesta que en los requisitos formales se, encierran las pautas de trámite, documentación e instrumentación de la propuesta, incluyendo dentro de esta las exigencias legales, además de las previstas en los pliegos, dentro de estos requisitos formales están el incluir una oferta escrita la misma que estará firmada, será clara e incondicionada, secreta; además en el caso del Ecuador la oferta será elevada al Sistema de Contratación Pública para de esta forma dar mayor transparencia a los procesos contractuales Estatales.

4.1.11. Adjudicación

Es un acto oficial en el que el organismo decide cuál de las ofertas presentadas por los licitadores es la ganadora, es decir, acto en el que se decide quién es el adjudicatario de esa licitación, en base a la evaluación de las ofertas.

La adjudicación es un acto administrativo, con diversas formalidades de procedimiento que consiste en la asignación de un contrato para la prestación de servicios, adquisición de bienes o la ejecución de un contrato de obra o de consultoría.

En este sentido, debe tenerse presente que el procedimiento de contratación administrativa, es un mecanismo legal especial para formar la voluntad contractual de la administración y del administrado.

“La presentación de la oferta traduce una declaración de voluntad que tiene por fin inmediato establecer, crear y modificar relaciones jurídicas entre el proponente con el licitante y demás oferentes que participan en el procedimiento. Dichas relaciones jurídicas están reguladas por las normas de derecho público...”⁵⁶, pues este acto es productor de actos de significación jurídica, ya que un proceso de adjudicación comienza con una etapa de planeación en la que se desarrollarán estudios de pre factibilidad y factibilidad y se determinará la conveniencia de la ejecución de la obra; estudios económicos, en los que se establecerá el costo de la ejecución de la obra mediante un análisis de precios unitarios mismo que servirá para determinar el precio referencial del costo de ejecución; y finalmente una certificación por parte del departamento financiero de la entidad contratante acerca de la disponibilidad de fondos para la ejecución del proyecto.

Una etapa pre contractual es, la que comenzará con la elaboración de los pliegos, especificaciones técnicas, diseño de planos de la obra a ejecutarse, archivos que serán elevados a la página del Sistema de Contratación Pública, así como también se deberá hacer constar los correspondientes formularios, mismos que serán llenados por el oferente y contendrán: una carta de aceptación, los datos del oferente, domicilio del oferente, la oferta económica con el correspondiente análisis de

⁵⁶ Ob. Cit. DERECHO ADMINISTRATIVO, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires - Argentina, 1998, Edición Electrónica.

precios unitarios, disponibilidad de maquinaria, especificación del personal a utilizarse en la ejecución de la obra, para lo cual la entidad contratante deberá establecer y hacer constar previamente, en los pliegos, tanto el equipo mínimo como el personal técnico mínimo a utilizarse; se hará constar y adjuntar los documentos necesarios que acrediten la experiencia del oferente en la obra a desarrollarse; un cronograma en el que se detallara una proyección de avance de obra durante el tiempo de ejecución del proyecto, finalmente existirá un formulario en el que se detallara los integrantes o socios de una sociedad en el caso de que el oferente sea una persona jurídica haciendo constar los porcentajes de participación o acciones que cada integrante de la sociedad posean dentro de la compañía, consorcio, etc. y así queden determinadas claramente las reglas de adjudicación del proyecto y los oferentes elaboren sus propuestas en base a los requerimientos precontractuales establecidas por la entidad contratante y por los cuerpos normativos pertinentes.

Agustín Gordillo manifiesta que “en cualquier contrato administrativo hallamos así: *a)* una propuesta u oferta de los interesados en celebrar el contrato con la administración; *b)* la adjudicación administrativa, que es la aceptación de aquella propuesta, y *c)* la notificación de dicha adjudicación: esta última perfecciona el contrato.”⁵⁷ Este proceso se

⁵⁷ Ob. Cit. TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, TOMO I. Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires – Argentina, 1998, Pág. XIII-31.

establece para generar una libre y sana competencia entre proveedores, y de esta forma adquirir o contratar bienes, servicios u obras de mejor calidad y a un bajo precio, de esta forma el Estado busca administrar de mejor forma los recursos estatales, procurando además que todo proceso de contratación se dé con estricta transparencia tutelando de esa forma los derechos de los oferentes. La notificación es un elemento sustancial en el nacimiento del acto administrativo, dado que, desde ese momento este acto administrativo jurídicamente tiene vida, generando derechos y obligaciones entre las partes suscriptoras del contrato.

Dándose así una libre competencia entre ofertantes los mismos que busquen reducir sus ganancias para resultar ser adjudicatario de un contrato, sea de la clase que sea, dándose de esta forma una competencia desleal entre proveedores, consultores y contratistas de obra, ya que resulta muy difícil para los proveedores y contratistas individuales o para los micros empresarios competir con grandes compañías, mismas que poseen gran cantidad de maquinaria, además de los recursos económicos, técnicos y de infraestructura necesarios para emprender en desarrollo de cualquier obra, consultoría o venta de suministros, pudiendo inclusive reducir el margen de ganancia ya que son adjudicatarios de varios contratos con el Estado.

La transparencia en la fase pre-contractual y en todas las fases hasta llegar a la adjudicación permite que todos los participantes interesados en

la contratación puedan conocer y comprender los mecanismos por medio de los cuales los contratos van a ser adjudicados y administrados, y la manera como se han aplicado en desarrollo de un proceso cualquiera. Esto implica:”1) Que existan procedimientos y regulaciones claras, definidas y expuestas a la evaluación pública. 2) Pliegos claros y estandarizados elaborados por la administración. 3) Documentos licitatorios que contengan toda la información necesaria. 4) Informes de evaluación y actos de adjudicación motivados.”⁵⁸ Para estos objetivos el Estado usa todos los mecanismos de publicidad para poner a disposición de los interesados la información relacionada con el proceso que se pretende adjudicar, y así de esta manera lograr que todo proceso de contratación, este enmarcado en lo dispuesto en el cuerpo legal pertinente, en especial en los principios en ella contenidos tales como: principio de legalidad, trato justo, igualdad, transparencia, publicidad, participación nacional, entre otros.

Ya que al ser considerada la Contratación Pública como un elemento dinamizador de la economía local y nacional, además de fomentar la generación de empleo, y estimular la creación de nuevas industrias, el Estado debe otorgar garantías económicas – jurídicas necesarias para fomentar una política pública de transparencia en la licitación de contratos con el Estado, además de equiparar las condiciones jurídicas entre el

⁵⁸ Revista Digital. MANUAL DE CONTRATACION PÚBLICA ELECTRONICA PARA AMERICA LATINA. Publicación de las Naciones Unidas. Pág. 14

Estado y el contratista ya que “el contratista no tiene, la libertad de disentir respecto de las *condiciones* del contrato; sólo puede aceptarlas o rechazarlas, prevaleciendo siempre el interés público sobre los intereses privados.”⁵⁹

El Estado no debe ver al contratista como un enemigo, sino más bien con un instrumento de generación de empleo y producción, ya que su meta es la colocación productiva de su capacidad, de sus productos o de su actividad mediante una competencia leal entre oferentes pues no se debe sacrificar la calidad de una obra, servicio, o suministro por la tratar de disminuir los costos de ejecución de una obra, una consultoría, prestación de un servicio o la adquisición de un suministro.

4.1.12. Estudios.

“Los estudios son la determinación clara del objeto de la contratación, vale decir, que los mismos nos permiten determinar con claridad y precisión qué desea contratar la entidad.”⁶⁰

Como bien explica el autor en esta fase se logra determinar de manera real la obra a ejecutarse así como se podrán cuantificar las necesidades para la ejecución de una obra, adquisición de materiales, contratación de

⁵⁹ Ob. Cit. DERECHO ADMINISTRATIVO, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires - Argentina, 1998, Edición Electrónica.

⁶⁰ Ob. Cit. MANUAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2011, Pág. 84.

servicios, etc. Así como lograr determinar un presupuesto referencial o de la ejecución de dicho proyecto, adquisición de bienes, prestación de servicios, etc. Requisito que es indispensable para obtener la correspondiente certificación presupuestaria y así poder determinar el procedimiento precontractual que corresponde. De acuerdo a la necesidad y a la complejidad de la contratación estos estudios se reducirán en especificaciones técnicas las mismas que serán realizadas por el área requirente de la entidad, así como también de acuerdo a la complejidad de la contratación se requerirán la realización de estudios más profundizados como: diseños y planos, cuadro de cantidades, entre otras, mismos que serán realizados por especialistas en el tema o rama a contratar.

Vale mencionar que cuando los estudios no puedan ser formulados por los funcionarios, servidores o empleados de la entidad contratante, se procederá a contratar a consultores especializados en la materia y así de esta forma se realicen los estudios necesarios y así proceder a la respectiva contratación y posterior ejecución de la obra o realización de la compra o contratación de algún servicio.

4.1.13. Especificaciones Técnicas.

Guillermo Cabanellas en su Diccionario de Derecho Usual define a la especificación como: “Concretar, detallar, señalar con pormenores,

declarar o explicar con individualidad.”⁶¹ se las puede entender como concreciones o declaraciones requeridas y exigidas por un comprador o persona contratante sea esta pública o privada a fin de exigir al vendedor o contratista ciertas características en productos, bienes o servicios, mismas que garantizaran la calidad de estos.

La enciclopedia libre Wikipedia explica que la “especificación representa un documento técnico oficial que establezca de forma clara todas las características, los materiales y los servicios necesarios para producir componentes destinados a la obtención de productos. Estos incluyen requerimientos para la conservación de dichos productos, su empaquetamiento, almacenaje y marcado, así como, los procedimientos para determinar su obtención exitosa y medir su calidad.”⁶²

De la cita arriba citada se entiende que una especificación técnica es un documento en el que se describen de forma detallada características determinadas o ciertas condiciones mínimas que debe cumplir un producto, una estructura o un servicio, con el fin de crearlo, proveerlo y usarlo; estas especificaciones pretenden maximizar, tecnificar y producir bienes, edificaciones y servicios de calidad. En el Ecuador el Instituto Ecuatoriano de Normalización (INEN) es el organismo técnico competente en la implementación de normas y reglamentos técnicos encaminados a

⁶¹ CABANELLAS de Torres, Guillermo; DICCIONARIO DE DERECHO USUAL, Editorial Heliasta Tomo II 8ª. Edición. Buenos Aires – Argentina, 1974. Pág. 105.

⁶² <http://es.wikipedia.org/wiki/Especificaci%C3%B3n>

la consecución del mejoramiento de la producción y competitividad de las empresas constituidas en el Ecuador.

La misma enciclopedia define a las especificaciones técnicas como: “documentos en los cuales se definen las normas, exigencias y procedimientos a ser empleados y aplicados en todos los trabajos de construcción de obras, elaboración de estudios, fabricación de equipos.”⁶³

Estas especificaciones técnicas deben estar lo suficientemente desarrolladas y detalladas para que de esa forma el comprador, contratante o requirente de un servicio este enteramente satisfecho con el producto, construcción o servicio. Vale enfatizar que las especificaciones técnicas constituyen un núcleo fundamental dentro de los pliegos de condiciones en virtud de las repercusiones económicas y de carácter civil y penal que puede acarrear la incorrecta redacción o la falta de especificaciones dentro de los pliegos de condiciones, así como también las responsabilidades que genera al vendedor o contratista el incumplimiento de las especificaciones requeridas por la entidad contratante.

En el caso de la realización de estudios, o construcción de obras forman parte integral del proyecto y complementan lo indicado en los planos

⁶³ http://es.wikipedia.org/wiki/Especificaciones_t%C3%A9cnicas

respectivos, y en el contrato. Son muy importantes para definir la calidad de los acabados.

En general las Especificaciones Técnicas hacen referencia a:

- Especificaciones nacionales oficiales de cada país;
- Reglamentos nacionales de construcciones de cada país;
- Manual de Normas ASTM (American Society for Testing and Materials) (Sociedad Americana para Pruebas y Materiales);
- Manual de Normas ACI (American Concrete Institute) (Instituto Americano de Hormigón); y;
- Manual de Normas AASHTO (American Association of State Highway and Transportation Officials) (Asociación Americana de Carreteras Estatales y Oficiales del Transporte);
- Manual de Normas AISC (American Institute of Steel Construction) (Instituto Americano de Construcción en Acero);
- Standard Specifications for Construction of Roads and Bridges on Federal Highway (Especificaciones Estandar para Construcción de carreteras y puentes de la carretera Federal);
- Normas de la Comisión Electrotécnica Internacional (IEC);
- Administración de alimentos y Medicamentos de los Estados Unidos (FDA);
- Oficina Internacional de pesas y Medidas (BIPM);
- Manuales y normas propias de cada país en particular (Instituto de Radioastronomía Milimétrica (IRAM); Organización Internacional

de Normalización (ISO), etc); entre otras que establezcas ordenanzas y leyes y reglamentos expedidos par un mejor ejecución de obras y servicios.

Dromi explica que “el pliego de especificaciones técnicas particulares contiene una regulación práctica especial de cada obra o suministro que requiera bases de esta clase.”⁶⁴ Frente a esto la entidad contratante se encuentra limitada a especificar ciertos requerimientos del bien a adquirir, resistencia de hormigones, Cumplimiento de normas del Instituto Ecuatoriano de Normalización (INEN), capacidad y potencia de cierta maquinaria, modelos, año de fabricación, etc. Pero mas no se puede determinar marcas ya que estaría violentando con las disposiciones Normativas vigentes.

4.1.14. Términos de Referencia.

Los Términos de referencia contienen las especificaciones técnicas, objetivos y estructura de cómo ejecutar un determinado estudio, trabajo, proyecto, comité, conferencia, negociación, etc. Describe el ámbito espacial donde ha de ejecutarse el estudio o trabajo. Se definen objetivos para la ejecución del proyecto además de establecer los plazos en los cuales se ejecutaran las obras. Establecen los requisitos de los técnicos que han de participar, como especialidades.

⁶⁴ Ob. Cit. DERECHO ADMINISTRATIVO, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires - Argentina, 1998, Edición Electrónica.

Conforman una especie de mapa. Dan un camino claro para el progreso. Son creados antes de cada una de las etapas del ciclo de proyecto. Se redactan términos de referencia para el diseño preliminar, posteriormente para el estudio de factibilidad, para el estudio definitivo de ingeniería, y finalmente para la construcción. Generalmente el encargado de elaborar una de las etapas redacta también los términos de referencia para el desarrollo de la etapa siguiente. Así, el encargado del diseño preliminar también elaborará los términos de referencia para el estudio de factibilidad, y así sucesivamente.

Los términos de referencia definen con claridad los objetivos y las metas, así como suministrar información básica relacionada directamente con el trabajo a contratar (lista de estudios y datos básicos existentes). En los términos de referencia se deberán enumerar los servicios y los estudios necesarios para llevar a cabo el trabajo, así como los resultados esperados, proporcionando un grado de detalle tal, que los concursantes tengan libertad de proponer su propia metodología y el personal asignado para el desarrollo del trabajo, en el caso de las firmas de consultores.

4.2. Marco Doctrinario.

Analizados los conceptos previos, proseguiré a realizar el correspondiente análisis doctrinario de la temática y del problema planteado referente a las

impugnaciones en los contratos públicos y la implementación de una unidad especializada que las analice.

4.2.1. Naturaleza Jurídica de la Contratación Pública.

En todo contrato administrativo o del Estado la Administración procura la satisfacción del interés público, a diferencia de los contratos regidos por el derecho privado. Esto explica la gran diferencia existente en su generación. Un contrato civil es producto de un proceso volitivo, en el cual la motivación de las manifestaciones de voluntad, desde el punto de vista jurídico, es esencialmente irrelevante; la decisión entonces es por completo subjetiva. En cambio, un contrato administrativo “se sustenta en un procedimiento cognitivo, denominado proceso de selección”⁶⁵ en el cual las razones por las cuales se decide contratar con una persona determinada, sea natural o jurídica, son de particular importancia. La decisión tomada se basa en criterios objetivos, los mismos que son susceptibles de control, sea administrativo, sea jurisdiccional, a través de un eventual proceso contencioso administrativo.

Las razones de la existencia de un proceso de selección y de un contrato público estriban, en un primer término, en asegurar la debida transparencia y probidad en la determinación de aquel con el cual la Administración va a contratar, que se va a convertir en contratista una vez

⁶⁵ <http://blog.pucp.edu.pe/item/16561/los-contratos-administrativos>

que efectivamente se celebre el contrato administrativo respectivo y la ejecución de obras, las mismas que estarán destinadas a un beneficio común y de uso público, constituyéndose así los bienes públicos, mismos que son de uso común.

Pero además, la razón más relevante es asegurar que aquel con el que se contrate sea el más idóneo, en términos técnicos y económicos, a fin de emplear de manera eficiente los recursos públicos en una contratación que generará beneficios efectivos. Esto evidentemente no pasa por contratar a aquel que brinde el menor precio, sino por escoger aquel que brinde la mayor calidad al mejor costo posible.

Una causa fundamental de la trascendencia de la contratación pública, proviene precisamente de la idea de la colaboración de los sujetos privados con la Administración, en donde el particular no se comporta como un contratista ordinario, sino como un coadyuvante en la satisfacción de necesidades públicas por parte de la Administración Pública. La contratación pública constituye una de las más relevantes técnicas de colaboración de los administrados con la administración. El contratista, no obstante que pretende un beneficio económico, y obtiene dicho beneficio cumpliendo con la tarea de formar parte esencial del cumplimiento de cometidos públicos por parte del Estado. Caso contrario, el contratista es pasible de consecuencias negativas, que no se reducen a

la resolución de contrato y la ejecución de la respectiva garantía, sino además a la posibilidad de inhabilitación por parte del Instituto Nacional de Contratación Pública (INCOP).

Para este objetivo la Administración que representa al pueblo soberano, ejerce un sin número de prerrogativas, especiales frente al contratista, las que no poseería en el contexto de un contrato de derecho privado. Prerrogativas, que han ido disminuyendo a través del tiempo, tienen por finalidad permitir que la Administración Pública pueda salvaguardar el interés público con la mayor eficiencia posible. En esta consideración se incluyen conceptos como las garantías, las penalidades como resultado del incumplimiento contractual, la resolución de controversias, la posibilidad de modificar unilateralmente determinados aspectos contractuales, así como la posibilidad de que los incumplimientos sean sancionados administrativamente por parte de la entidad contratante o por el Instituto Nacional de Contratación pública (INCOP).

En orden a la colaboración que venimos describiendo debe conjurarse y corregirse el eventual conflicto entre quienes emplean el sistema de contratación pública y la administración con respecto a las reclamaciones e impugnaciones, pues aunque el ordenamiento jurídico vigente establece mecanismos de solución de conflictos, en vía administrativa y judicial administrativa, con las peculiaridades que las mismas poseen, en el caso

de la etapa de adjudicación; así como la conciliación y el arbitraje en el caso de la etapa de ejecución del contrato, y así de esta forma precautelar los intereses Estatales y de la sociedad, para esto considero conveniente la suspensión provisional del proceso de adjudicación de una obra en el caso de presentarse reclamo o impugnación alguna en asuntos relacionados con la oferta, respecto al trámite precontractual o de la adjudicación, hasta que un organismo especializado adscrito al Instituto Nacional de Compras Públicas las analice y emita el correspondiente informe sobre la reclamación o impugnación realizada, la misma que será de carácter vinculante, y así de esta forma precautelar intereses públicos y no particulares, los mismos que pueden existir dentro de una entidad contratante.

4.2.2. Requisitos de la Contratación Pública.

Para la existencia de un contrato administrativo, se cumplen los siguientes requisitos:

Sujeto; El contrato ha tenido que ser concluido por una persona jurídica pública establecidas y definidas en el artículo 1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Objeto; El contrato ha de tener por objeto la organización o el funcionamiento de un servicio público, entendiendo por servicio público, toda aquella actividad que ha sido asumida por una colectividad pública por estimar que esta es necesaria al

interés general. Forma; mismo que se estipula y indica en documento administrativo.

Además de estos requisitos la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública establece los siguientes:

- “Art. 68.- ...1. La competencia del Órgano de Contratación;
2. La capacidad del adjudicatario;
 3. La existencia de disponibilidad presupuestaria y de los Recursos financieros necesarios para el cumplimiento de las obligaciones; y,
 4. La formalización del contrato, observando el debido proceso y los requisitos constantes en la presente Ley y su Reglamento.”⁶⁶

La competencia del Órgano de Contratación: la Institución Estatal que va a contratar tiene que estar en uso de sus funciones, estar legalmente reconocida por el Organismo Estatal, puesto que será esta la que de inicio a todo el procedimiento precontractual y contractual hasta llegar a la adjudicación, debiendo ser hasta esa instancia todos los actos plenamente valederos conforme a derecho.

⁶⁶ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Capacidad del Adjudicatario: para esto el adjudicatario no debe estar inmerso, o incurrir en algunas de las inhabilidades contempladas en el Art. 63 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Existencia de disponibilidad presupuestaria y de los recursos financieros necesarios para el cumplimiento de las obligaciones: Con este requisito se establece la solvencia de la institución Estatal que va a contratar, tiene que poseer los recursos económicos necesarios para cubrir los desembolsos financieros al contratista producto del avance de obra previa presentación y aprobación de las planillas correspondientes, presentación de factura, y demás requisitos legales para el pago.

Formalización del Contrato, observando el debido proceso y los requisitos constantes en la presente Ley y su reglamento: es decir que dentro del contrato a suscribirse las cláusulas deben estar plenamente determinadas así como también debe ser legalizado para que de esta forma tenga plena validez, además de cumplir con las formalidades que la Ley exija para el caso.

4.2.3. Elementos del Contrato Público.

Entre los principales elementos de la Contratación Pública tenemos los siguientes:

4.2.3.1. Los sujetos.

Son la parte esencial dentro de un contrato público, a una se denomina “Contratante”, representada por una institución pública o al Estado en general, y a la otra “Contratista” constituida por el oferente adjudicatario de una obra, el que suscribe el contrato, etc., constituyen y dan vida al contrato público, en donde una de las partes necesariamente debe ser una Entidad Estatal, Empresa de Economía Mixta, Gobierno Autónomo Descentralizado (GAD), etc.

4.2.3.2. Capacidad y Competencia.

Estos elementos integran al elemento «Sujeto»; “la capacidad es la aptitud legal para ejercer derechos y contraer obligaciones.”⁶⁷ Se refiere a la aptitud que otorga el ordenamiento jurídico a las personas para adquirir derechos y contraer obligaciones, es inherente a la calidad de la persona. El Art. 1461 del Código Civil en su inciso final dispone “La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra.”⁶⁸ El mismo artículo también establece los siguientes requisitos para que una persona pueda obligarse: “Que sea legalmente capaz; Que consienta en dicho acto o declaración, y su consentimiento no adolezca de vicio; Que recaiga sobre un objeto lícito; y, Que tenga una causa lícita.”⁶⁹ Al hablar de persona hay que considerar

⁶⁷ Ob. Cit. MANUAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2011, Pág. 3.

⁶⁸ Código Civil. 1461

⁶⁹ *Ibíd*em

que esta puede ser natural o jurídica, y se deben hallar en plena posesión de su capacidad jurídica y de obrar. La capacidad jurídica no consiste sólo en la autonomía del querer o en la libertad, sino que supone también el sentido de la responsabilidad; el Código Civil rige la capacidad de las personas, pero en materia administrativa ésta se determina también por normas del derecho administrativo. Por lo que, para que una persona pueda contratar con el Estado, a más de no estar contemplado entre las personas consideradas como incapaces según el Art. 1463 del Código Civil debe cumplir con los requisitos exigidos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Con respecto a la competencia se refiere al órgano Estatal, el mismo que está en ejercicio de la Función Administrativa. Ante esto el Art. 1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública establece que tienen capacidad para contratar administrativamente los siguientes organismos:

- ✓ “Los Organismos y dependencias de las Funciones del Estado.
- ✓ Los Organismos Electorales.
- ✓ Los Organismos de Control y Regulación.
- ✓ Las entidades que integran el Régimen Seccional Autónomo.
- ✓ Los Organismos y entidades creados por la Constitución o la Ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de

servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado.

- ✓ Las personas jurídicas creadas por acto legislativo seccional para la prestación de servicios públicos.
- ✓ Las corporaciones, fundaciones o sociedades civiles en cualquiera de los siguientes casos: a) estén integradas o se conformen mayoritariamente con cualquiera de los organismos y entidades señaladas en los números 1 al 6 de este artículo o, en general por instituciones del Estado; o, b) que posean o administren bienes, fondos, títulos, acciones, participaciones, activos, rentas, utilidades, excedentes, subvenciones y todos los derechos que pertenecen al Estado y a sus instituciones, sea cual fuere la fuente de la que procedan, inclusive los provenientes de préstamos, donaciones y entregas que, a cualquier otro título se realicen a favor del Estado o de sus instituciones; siempre que su capital o los recursos que se le asignen, esté integrado en el cincuenta (50%) por ciento o más con participación estatal; y en general toda contratación en que se utilice, en cada caso, recursos públicos en más del cincuenta (50%) por ciento del costo del respectivo contrato.
- ✓ Las compañías mercantiles cualquiera hubiere sido o fuere su origen, creación o constitución que posean o administren bienes, fondos, títulos, acciones, participaciones, activos, rentas,

utilidades, excedentes, subvenciones y todos los derechos que pertenecen al Estado y a sus instituciones, sea cual fuere la fuente de la que procedan, inclusive los provenientes de préstamos, donaciones y entregas que, a cualquier otro título se realicen a favor del Estado o de sus instituciones; siempre que su capital, patrimonio o los recursos que se le asignen, esté integrado en el cincuenta (50%) por ciento o más con participación estatal; y en general toda contratación en que se utilice, en cada caso, recursos públicos en más del cincuenta (50%) por ciento del costo del respectivo contrato. Se exceptúan las personas jurídicas a las que se refiere el numeral 8 del artículo 2 de esta Ley, que se someterán al régimen establecido en esa norma.”⁷⁰

Para que se produzca un contrato administrativo necesariamente una de las partes debe ser una Institución Estatal, caso contrario se tratara de un contrato privado.

Dromi explica que “Entre las condiciones de competencia del órgano Estatal debe incluirse la “capacidad subjetiva del órgano -individuo físico-” y la capacidad de obrar en el sentido del Código Civil. Así, por ejemplo, carece de valor jurídico el acto realizado por un funcionario mentalmente

⁷⁰ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

enajenado.”⁷¹ La competencia delimita el obrar de los órganos en forma legalmente válida en determinado territorio y en determinada materia, este es un requisito indispensable para la celebración de un contrato administrativo y proviene exclusivamente de la norma jurídica, sea ésta Constitucional o legal y, en algunos casos, a través de acuerdos y resoluciones administrativas, que contienen delegaciones de competencias para la ejecución de ciertos actos.

4.2.3.3. Voluntad y Consentimiento.

En los contratos administrativos la voluntad de la “Administración se evidencia al momento de verificarse una serie de actos previos tales como: Plan Anual de Contrataciones, estudios económicos, legales y técnicos para la factibilidad de la contratación y los demás pasos previos necesarios a esta.”⁷² Esto ya que aunque el contratista tenga la voluntad de querer contratar con el Estado en el caso de que no se encuentre habilitado en el Registro Único de Proveedores no lo podrá hacer además que para que un contrato se adjudique debe cumplirse con una serie de requisitos técnicos como legales y en el caso de no cumplírseles tampoco se podrá adjudicar dicho contrato.

⁷¹ DROMI, Roberto. DERECHO ADMINISTRATIVO. 10^{ma} Edición. Ed. Cuidad Argentina. Buenos Aires - Madrid, 2004, Pág. 477.

⁷² Ob. Cit. MANUAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2011, Pág. 4.

En la contratación el consentimiento está dado por dos partes o etapas “la oferta que hace una persona a otra para celebrar un contrato y la aceptación de la otra parte”⁷³ La oferta se hace efectiva a partir del momento en que se realiza la apertura de los sobres presentados por los participantes. Y en el caso de que esta oferta cumpla con todos los requisitos legales y mediante informe de la Comisión de calificación sea declarada como ganadora se constituirá la aceptación de la entidad contratante por resultar esta beneficiosa para los intereses de la misma entidad y del Estado.

El acto jurídico es por definición una manifestación de voluntad encaminada directa y reflexivamente a la producción de efectos jurídicos, para esto se requiere la voluntad real, entendiendo a esta la intención de hacer o no hacer una cosa y para esto se requiere la declaración externa de la misma (voluntad), mismo que debe estar exento de vicios ya sea de error, fuerza o dolo, esto sin “perjuicio del poder de imperium o prerrogativas especiales que ostentan las entidades en la contratación administrativa”⁷⁴ en las que las entidades Estatales imponen condiciones y términos contractuales a los participantes, los que deciden en participar o consienten en aceptar o no dichas condiciones requeridas por la entidad contratante.

⁷³ ABELIUK MANASEVICH, René, LAS OBLIGACIONES, Santiago de Chile, 2005, Tomo I, Pág. 54.

⁷⁴ Ob. Cit. MANUAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2011, Pág. 4 – 5.

4.2.3.4. Objeto.

Es la razón o la finalidad para celebrar el contrato y satisfacer las intenciones de las partes. Roberto Dromi explica que “el objeto del Contrato es la obligación que por él se constituye. Obligación que tiene por contenido una prestación de dar, hacer o no hacer, querida por las partes.”⁷⁵ Es la consecuencia o efecto que produce y que se persigue al celebrarlo. El objeto en los contratos públicos deben ser cierto, lícito y determinado, ya que no puede contrariar al Derecho Positivo, ni guardar incongruencia con la función administrativa de los órganos estatales o apartarse de la finalidad pública que le es innata.

Es decir, el objeto constituye requisito esencial de toda declaración de voluntad, y para que tenga validez jurídica debe ser lícito y no estar viciado de nulidad absoluta.

4.2.3.5. Causa.

“Todo acto producido por un ser humano está determinado por un móvil que lo impulsa a prestar su consentimiento, aun cuando el mismo no coincida con su verdadera intención, y, por lo tanto, puede derivarse un vicio en el consentimiento que afecte la validez del acto.”⁷⁶

⁷⁵ DROMI, Roberto, LA LICITACIÓN PÚBLICA. Editorial ASTREA, Buenos Aires – Argentina, 1985 Pág. 27

⁷⁶ DUSSÁN, Hitscherich Jorge, ELEMENTOS DEL CONTRATO ESTATAL, Ed. Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano, Bogotá – Colombia, 2005, Pág. 117 -118

Es el motivo que conlleva a la celebración de un contrato. Para este objeto la entidad contratante justifica y define la necesidad de ejecución de una obra, contratación de un servicio, una consultoría, etc. y así incluirla dentro del Plan anual de Contrataciones.

Es la situación de hecho que han considerado las partes y que las determina a contratar para satisfacerlas, en otras palabras es el porqué del contrato. Manifiesta que la causa es lícita y real (no simulada). La causa irreal “es considerada como una disfunción entre el origen de una obligación y la intención del Agente, se percibe externamente como un vicio de la voluntad por lo que se ha dado en llamar genéricamente este vicio como “error en la causa””⁷⁷

Ante esta explicación se entiende entonces que no existe causa o que ésta no es real, cuando el móvil determinante del actor al contratar está dado por la cosa, por la persona con la que se contrata, por el negocio que se pretende y en fin cuando las razones determinadas para contratar no coinciden con la realidad. Por lo tanto, en la contratación pública, cualquier clase de contrato que realicen las autoridades, la causa, debe ser legítima, verdadera y efectiva, de manera que responda a las necesidades del pueblo o de la entidad pública que realizó el contrato.

⁷⁷ *Ibíd.* Pág. 118 - 119

4.2.3.6. Forma.

Al ser la contratación pública un proceso reglado, se aplican a los procedimientos establecidos en la Ley, “la forma” hace referencia a los requisitos que hay que cumplir para realizar una contratación esto bajo pleno regimiento y apego a lo dispuesto en el principio de legalidad, debiendo hacer cumplir la entidad estrictamente lo establecido en los pliegos estipulados en cada proceso de contratación.

4.2.4. Objetivos de la Contratación Pública.

La contratación pública es la materialización de la inversión económica de un país, es el mecanismo de crecimiento concreto, un mecanismo de desarrollo por el cual se pretende generar un cambio en la contratación, aplicando los principios de transparencia, equidad, entre otros; adquiriendo bienes y servicios de calidad, a menor precio y en el menor tiempo, fomentando la demanda interna de bienes y servicios para diversificar la producción nacional, impulsando la economía local, la libre ciencia, vigencia tecnológica, descentralización, desconcentración y simplificación administrativa.

La contratación pública pretende generar crecimiento sostenido a largo plazo, generar fuentes de empleo y de trabajo, favorecer el desarrollo de empresas capaces de explotar las posibilidades ofrecidas por el mayor mercado integrado del mundo y de afrontar eficazmente la competitividad en los mercados globales y permitir que el administrado y los usuarios

obtengan servicios públicos de mejor calidad a menor costo. Genera condiciones de competencia necesarias para que no haya discriminación en la adjudicación de contratos, la utilización racional del dinero público a través de la selección de la mejor oferta presentada, el acceso de los proveedores a un mercado interior que ofrece oportunidades importantes y el refuerzo de la competitividad de las empresas. Busca un mejor costo en bienes o servicios normalizados, mejor costo en Obras, o en Bienes o Servicios No Normalizados, sin que el precio más bajo sea el único parámetro de selección, pues lo que se pretende es la calidad en obras y que estas tengan un mayor tiempo de vida útil. El Art. 9 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública establece que: “Son objetivos prioritarios del Estado, en materia de contratación pública, los siguientes:

- ✓ “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;
- ✓ Agilizar, 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 Sistema Nacional de Contratación Pública (SNCP).⁷⁸

Con la expedición de la nueva Ley de Contratación Pública, desde mi punto de vista, se ha estimulado la participación nacional en los

⁷⁸ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

procedimientos que el Estado realiza para la satisfacción de las necesidades sociales y cumplimiento de sus objetivos, más aun, no ha sido la solución a las irregularidades presentadas en los procesos de contratación pública, más en las impugnaciones presentadas por los oferentes, debido a la falta de seriedad de las personas que se encargan de analizar y resolver dichas impugnaciones, a lo cual expongo el siguiente análisis al Art. 9 de la Ley Orgánica del sistema Nacional de Contratación Pública:

El Estado, al establecerse como objetivos y garantías, la correcta inversión del gasto público, ejecución plena de los contratos, así como, la transparencia en la contratación pública, implica que el Estado debe respetar la normativa contractual vigente y ceder ciertas prerrogativas que este tiene en su favor, para de esa forma procurar equilibrar el estado de superioridad que posee la Administración frente al contratista. La idea garantizar la calidad del gasto público no solo implica la obtención y contratación de bienes, obras o servicios a un bajo precio, sino que las obras, bienes o servicios posean un alto grado de calidad y que los mismos se obtengan a un bajo precio; además que la contratación y ejecución de un contrato sea este de obra, bienes o servicios se encuentre plenamente sustentado por proyecto previo de pre factibilidad y factibilidad, es decir que debe cumplir plenamente un objetivo de interés social y se justifique su ejecución, por ejemplo no se puede justificar la

construcción de una piscina olímpica en una población en donde ni siquiera cuentan con los servicios básicos como alcantarillado, agua potable, etc. Para esto, la transparencia en los procesos precontractuales, contractuales y de adjudicación en los contratos públicos tiene una gran importancia, de esta forma se podrá controlar y determinar la existencia de irregularidades; como la presencia de sobre precio en la ejecución de la obra, adquisición del bien o en la prestación del servicio; la falta de experiencia del contratista, la existencia del personal técnico así como de la mano de obra calificada y no calificada necesaria para la ejecución y cumplimiento del contrato. No se puede hablar de transparencia y calidad de gasto público, si la Administración no garantiza al oferente el derecho, a que las reclamaciones administrativas sean analizadas y resueltas de forma correcta, sin que primen los intereses estatales o personales de determinado funcionario de la administración, y así de esa manera el contrato sea adjudicado a la persona que verdaderamente gano el concurso público, para evitar estas irregularidades es necesaria la implementación de una oficina adscrita al Instituto Nacional de Contratación Pública y que goce de toda la independencia, necesaria para poder resolver todas las impugnaciones en sede administrativa que se generen producto de la contratación pública, en los casos que la misma Ley determina; además se debería establecer en la normativa contractual la suspensión condicional del acto impugnado, de esa manera precautelar

los intereses del oferente presuntamente perjudicado como así también del Estado.

Por otra parte la participación de artesanos, profesionales, micro, pequeñas y medianas empresas, se ve afectada mediante la promulgación del Decreto Ejecutivo 841 del 2 de Agosto de 2011, y publicada en el Registro Oficial Nro. 512 de 15 de Agosto de 2011, en donde se reforma el Art. 59 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública estableciendo en el inciso segundo lo siguiente:

“Art. 59 Inc. 2: Aquellos proveedores que a la fecha de la publicación del procedimiento mantuvieran vigentes contratos de construcción de obra pública cuyas cuantías individuales o acumuladas igualaren o superaren el coeficiente establecido en el numeral 2 del artículo 51 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, no podrán participar en ningún procedimiento de menor cuantía de obras hasta la entrega recepción definitiva de el o los contratos vigentes. Si por efectos de la entrega recepción de uno o varios contratos el monto por ejecutar fuere inferior al coeficiente antes indicado, deberá ser invitado y podrá participar en los siguientes procedimientos de menor cuantía de obras.”⁷⁹

⁷⁹ Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Art. 59 Inciso 2.

Si bien hay que acotar que la normativa citada es aplicable solamente en los contratos de obra, pero se debe considerar que la misma es quizá una de las formas de contratación más empleada por parte de la administración, es por esto que afecta a un gran número de contratistas. Ya que en el procedimiento de adjudicación de menor cuantía, es en donde más contratistas existen y participan en los procesos de adjudicación, pues para estos resulta imposible poder participar en otra clase de procesos de adjudicación, debido a las mismas prerrogativas y exigencias solicitadas por la misma Administración, y competir con grandes empresas dedicadas a la construcción; así también se debe tener en consideración que la misma Ley prevé que luego de realizada la recepción provisional de la obra, se procederá a realizar la recepción definitiva de la misma, para lo cual deberá transcurrir el término previsto en el contrato, mismo que no podrá ser menor a seis meses, contados desde que se efectuó la recepción provisional de la obra, es decir, si consideramos que en las contrataciones por menor cuantía el Presupuesto Referencial del Contrato (PRC) debe ser igual o menor al valor obtenido de multiplicar el coeficiente 0,000007 por el Presupuesto inicial del Estado (PIE), tenemos que el contrato no debe tener un Presupuesto Referencial superior a 182.764,89 Dólares, monto que se lo puede cubrir en su totalidad solamente con un contrato, lo que significaría seis meses de suspensión al contratista, puesto que no transcurre el término legal para poder suscribir el acta de recepción definitiva,

vulnerando de esta forma el derecho al trabajo, a la libre participación, al trato justo, entre otros y sobre todo a la tutela administrativa.

El Instituto Nacional de Contratación Pública tiene una estructura estratégica cuyos objetivos están entrelazados por la relación causa efecto, sus perspectivas buscan entregar una propuesta de valor al sistema con una perspectiva nacional para de esa forma satisfacer al Estado y a la ciudadanía, una perspectiva de los usuarios satisfaciendo a los proveedores y entidades contratantes para alcanzar resultados exitosos es necesario un Sistema de Contratación Pública que articule y armonice a todas las instancias, organismos e instituciones en los ámbitos de planificación, programación, presupuesto, control, administración y ejecución de las adquisiciones de bienes y servicios así como en la ejecución de obras públicas que se realicen con recursos públicos, para de esa forma si propender a una buena inversión del gasto público, y sobre todo que el Estado garantice la transparencia con la que se efectúan todos los procesos contractuales.

4.2.5. Procesos de Contratación.

La celebración de un Contrato Público implica la realización de una serie de acciones previas a su suscripción y posteriores al mismo, como son: la planeación, la determinación del proceso de selección y la forma misma del acto contractual, por eso, el proceso de contratación, es el producto

de una sucesión de etapas que deben ser desarrolladas con toda la responsabilidad e importancia, ya que todos están íntimamente relacionados y deben ser evacuadas en estricta observancia de normas legales, empleando los siguientes procesos de contratación según los requerimientos de la entidad contratante:

4.2.5.1. Procedimientos Dinámicos.

Se tratan de procedimientos desarrollados en su integridad mediante una herramienta tecnológica que ha revolucionado el comercio, la economía y sobre todo las sociedades, esta es el Internet.

“Como regla general, todos los bienes y servicios normalizados se adquieren a través de los procedimientos dinámicos, solo en el caso de que no se puedan aplicar dichos procedimientos o que estos hayan sido declarados desiertos, se optará por los demás procedimientos de contratación previstos en la Ley y su reglamento General.”⁸⁰

La transcripción explica que es necesaria la normalización de los bienes y servicios que pueden ser adquiridos mediante esta modalidad de contratación. Con este procedimiento lo que se pretende es reducir los tiempos y fases de contratación y así de esta forma simplificar la contratación estatal, procurando de esta forma reducir los tiempos de

⁸⁰ Ob. Cit. MANUAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2011, Pág. 119

entrega de dichos bienes y servicios, esta clase de procedimientos busca además lograr bienes y servicios de calidad a un mejor precio, esto en beneficio de los intereses nacionales y de cada entidad contratante.

Debe entenderse por bienes y servicios normalizados a aquellos cuyas características o especificaciones técnicas se hallen homologados y catalogados. Los procedimientos dinámicos son las Compras por Catálogo y la Subasta Inversa, es estos procedimientos prima el precio como factor preponderante para la adjudicación.

4.2.5.1.1. Compras por Catalogo.

El Catalogo electrónico es el registro de bienes y servicios normalizados publicados en el portal de contratación pública, para esto el Instituto Nacional de Contratación Pública debe suscribir convenios marco. El Art. 6 Núm. 9 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública define a los convenios marco como: “Es la modalidad con la cual el Instituto Nacional de Contratación Pública selecciona los proveedores cuyos bienes y servicios serán ofertados en el catálogo electrónico a fin de ser adquiridos o contratados de manera directa por las Entidades Contratantes en la forma, plazo y demás condiciones establecidas en dicho Convenio.”⁸¹ Para la celebración de convenios marco se debe efectuar periódicamente procesos públicos de selección de proveedores,

⁸¹ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

sobre la base de parámetros objetivos establecidos en la normativa que para el efecto dicte, así como en los pliegos que deben emitirse para dichos procesos. Una vez seleccionado el proveedor o proveedores, el Instituto Nacional de Contratación Pública (INCOP) suscribirá los convenios marco, uno con cada proveedor e incluirá los bienes o servicios del mismo en el catálogo electrónico, desde el cual las Entidades Contratantes podrán, a partir de ese momento realizar sus adquisiciones en forma directa.

Antonio José Pérez, Daniel López y José Luis Aguilar en su obra Manual de Contratación Pública explican que para que se aplique este procedimiento deben concurrir los siguientes elementos:

- “Existencia de una necesidad de adquirir bienes o servicios normalizados por parte de una entidad contratante;
- Previamente dichos bienes o servicios deben constar en un registro llamado catálogo electrónico y estar publicados en el portal www.compraspublicas.gov.ec, producto de la celebración de convenios marco.”⁸²

La referencia explica que, para poder realizar cualquier contratación de bienes o servicios, la entidad contratante debe verificar si los bienes y

⁸² Ob. Cit. MANUAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2011, Pág. 121.

servicios se encuentran normalizados y constan dentro del catálogo electrónico, además de constar dentro del Plan Anual de Contratación, para su inicio el área requirente elaborará los pliegos en los que se determinen los requerimientos y especificaciones técnicas de dichos bienes y servicios, los mismos que serán aprobados por la máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado y deberá acompañarse de la correspondiente certificación presupuestaria.

4.2.5.1.2. La Subasta Inversa.

Consiste en la puja hacia la baja del precio ofertado, por parte de los proveedores de bienes y servicios normalizados equivalentes, en acto público o por medio del portal de contratación pública, se aplica cuando estos bienes y servicios no se encuentren normalizados en el catálogo electrónico y cuando su cuantía supere al 0,0000002 del Presupuesto Inicial del Estado, y cuando no supere este monto se realizara por intermedio del procedimiento de ínfima cuantía.

En términos generales, la subasta es una venta pública de bienes que se hace al mejor postor, pero la subasta inversa, es un proceso de selección, mediante el cual la entidad contratante adquiere un bien o servicio a menor precio.

Existen dos clases de subasta inversa:

- Subasta Inversa Electrónica, y;

- Subasta Inversa Presencial.

i. Subasta Inversa Electrónica.

Para Antonio José Pérez, Daniel López y José Luis Aguilar este procedimiento puede dividirse en dos fases las mismas que las explican de la siguiente forma:

- “Evaluación técnica y legal sobre aspectos relacionados a la capacidad de los proveedores de bienes y servicios normalizados para contratar con el estado y cumplimiento de los requerimientos de la entidad contratante.
- Puja hacia la baja de precios, en acto público o por medios electrónicos a través del Portal de COMPRAS PÚBLICAS.”⁸³

Para que un proveedor pueda ser partícipe de esta clase de procedimientos de contratación, este debe estar registrado dentro del Registro Único de Proveedores. Cuando una institución requiera contratar mediante este procedimiento en la convocatoria deberá establecer lo siguiente:

⁸³ *Ibíd*em Pág. 124-125

- El cronograma para las preguntas y aclaraciones respecto del contenido de los pliegos;
- El presupuesto referencial;
- La fecha y la hora límites para que la oferta técnica se suba al portal www.compraspublicas.gob.ec;
- El periodo en que los oferentes calificados subirán la oferta económica inicial al portal www.compraspublicas.gob.ec;
- La fecha y la hora en que se iniciarán las pujas a la baja a través del portal y la duración de las mismas, y;
- La fecha de adjudicación.

ii. Subasta Inversa Presencial.

Se aplica cuando no fuere posible realizar la adquisición de bienes y servicios normalizados por intermedio del catálogo o subasta inversa electrónica, por causas técnicas debidamente justificadas y enunciadas por el Instituto Nacional de Contratación Pública (INCOP).

Para la realización de este tipo de subasta se debe aplicar todo cuanto fuere posible sobre el procedimiento de subasta inversa electrónica y observando los siguientes procedimientos:

- Se realiza a través de una oferta pública presencial y directa, sin utilizar el portal de compras públicas.
- Los oferentes calificados presentarán su propuesta económica inicial por escrito en el lugar establecido en la convocatoria, en sobre cerrado y hasta las 15h00 del día fijado. El término entre la convocatoria y la presentación de la oferta no será menor a 5 días. Y la subasta se procederá a realizar una hora posterior a la hora fijada para la presentación de las ofertas.
- En la puja podrán intervenir solamente los oferentes acreditados, previa presentación de cédula de identidad en el caso de las personas naturales, o de la copia de la cédula de identidad y del nombramiento debidamente inscrito en el Registro Mercantil del Cantón en el caso de las personas jurídicas.
- El período para la realización de la puja es de 15 minutos y un máximo de 60 minutos, en los que los oferentes realizar nuevas ofertas sucesivas tendientes a la baja del monto ofertado en la oferta original.

Es necesario tener presente que en este procedimiento al igual que en los demás se deben cumplir con requisitos comunes establecidos para todas las modalidades de contratación, como son:

- Constar en el Plan Anual de Contratación previamente aprobado por la entidad pública, del año o años en los que se ejecutará el proyecto;
- Constar con la respectiva disponibilidad;
- Debe constar con la respectiva planificación, programación, estudios, cálculos, y especificaciones generales y técnicas correspondientes, los cuales serán objetivos, no discriminatorios, y específicos para la contratación no podrán ser dirigidos o constar con marcas previamente seleccionadas;
- Incentivar y priorizar la participación nacional;
- Elaborarse el pliego de condiciones;
- Establecerse el presupuesto referencial, mismo que permitirá determinar el procedimiento y la forma de contratación;

Una vez ejecutados los requisitos arriba descritos y demás que exige la Ley, se procede con la publicación en el Portal de Compras Públicas, con la cual se inicia el procedimiento propiamente dicho. Posteriormente se encuentra la etapa en la cual los posibles interesados pueden realizar preguntas a la entidad pública convocante respecto del proceso. A la par que la entidad pública tiene que contestar todas y cada una de las inquietudes propuestas por los posibles interesados o de oficio emitir aclaraciones o modificaciones a la contratación, siempre que estas no afecten sustancialmente ni al objeto de la contratación ni al presupuesto

referencial. Después nos encontramos con la etapa de la presentación de las ofertas en el día, lugar y hora señalados en los Pliegos (pliego de condiciones, bases, documentos precontractuales) para tal efecto, en esta etapa es cuando los posibles interesados pasan de ser interesados a ser oferentes, sin que generen derechos a ser adjudicados pero si eventuales derechos como oferente como el derecho a reclamar.

Posteriormente y si es del caso, corresponde la etapa de convalidación de errores de forma, respecto de las ofertas presentadas.

Una vez que se han aclarado o subsanado las ofertas, la entidad pública procede al análisis de las ofertas presentadas en el concurso, en el cual principalmente verifica el cumplimiento o no de las ofertas con relación a los requerimientos generales y técnicos constantes en los Pliegos del concurso.

Los oferentes calificados presentan su oferta económica inicial, la cual debe realizarse de forma presencial en el lugar establecido por la entidad contratante y previamente dada a conocer en los pliegos publicados por la misma; es aquí en donde empieza la etapa de Puja, en la cual únicamente los proveedores calificados pueden participar, reglamentariamente establecida, tiene una duración determinada, y se encuentra previamente establecida por la entidad contratante, dentro del

rango de 15 a 60 minutos. En esta etapa es cuando los proveedores calificados ingresan su oferta económica inicial y durante el tiempo establecido ofertan su precio hacia la baja tantas veces consideren necesario, con una variación determinada, a fin de mejorar su precio con relación de los otros oferentes.

Terminada la etapa de puja, se señala cual es el oferente que ha presentado su oferta económica más baja, y por lo tanto más conveniente a la entidad contratante, por lo que corresponde proceder con la adjudicación de los bienes o servicios ofertados, con lo cual se da por finalizado el procedimiento.

4.2.5.2. Procedimientos Especiales.

4.2.5.2.1. Contratación integral por precio fijo.

Es un procedimiento conocido y utilizado en la construcción y edificación a nivel internacional y en el Ecuador es utilizado principalmente por las compañías Petroleras, estas la utilizan para la contratación privada de construcción y edificación de plantas, en este procedimiento el contratista oferta el diseño de detalle de la ingeniería del proyecto, adquiere los componentes y edifica la planta por un precio único e invariable. “En este género de contratos también pueden existir opciones de operación de la planta por un cierto tiempo.”⁸⁴

⁸⁴ Ibídem Pág. 230

Este procedimiento consiste en que el contratista realiza la totalidad de la obra por un precio fijo, incluyendo un sin número de estudios previos a la ejecución estructural de la obra como son diseños estructurales, de impacto ambiental, geológicos, etc. la misma que deberá ser entregada en funcionamiento por parte del contratista y conforme a los requerimientos acordados en un contrato previo.

4.2.5.2.2. Contrataciones en situaciones de emergencia.

Esta clase de procedimientos se aplican en razón de existencia de circunstancias imprevistas y graves, que necesitan una solución urgente, para evitar los daños que se están produciendo o se podrían generar. Se aplican debido a que la entidad contratante no puede esperar a que transcurra el tiempo que normalmente demora un trámite precontractual común debiendo aplicarse un procedimiento rápido que de pronta solución a la situación de emergencia.

La situación de emergencia provienen tanto de acontecimientos graves como de otras situaciones que provengan de fuerza mayor o caso fortuito, debiendo la entidad contratante justificar y motivar la correspondiente resolución que conlleve a realizar la contratación mediante un procedimiento emergente.

En forma general este procedimiento empieza con la identificación de la emergencia, así como con su declaración mediante una resolución motivada, la misma que será publicada dentro del portal de compras públicas para de esta forma realizar las contrataciones requeridas para superar la emergencia, en el caso de que la emergencia sea superada se realizarán informes detallando las contrataciones realizadas para superar esta situación de emergencia, especificando los resultados obtenidos, estos informes serán publicados y con esto terminará la situación de emergencia; y en el caso de que no se supere el estado o situación de emergencia se seguirá contratando hasta que se supere esta emergencia.

4.2.5.2.3. Adquisición de bienes inmuebles.

Para que las entidades estatales puedan adquirir bienes inmuebles, la Ley de Contratación Pública dispone el procedimiento de declaratoria pública o de interés social; con esto la entidad estatal adquiere mediante juicio de expropiación un inmueble que satisfaga sus necesidades aplicando un procedimiento que no es de mutuo acuerdo entre las partes, tendiendo la potestad de determinación del bien e incluso del valor a pagarse lo establece el Juez Civil, ante esto el dueño del bien inmueble no puede negarse a la venta, más si puede solicitar mayor precio sobre el bien a venderse.

La declaratoria de utilidad pública es inscrita inmediatamente en el Registro de la Propiedad del cantón en donde se realizará la

expropiación, inscrita el inmueble queda inmovilizado, por lo que el propietario no podrá venderlo ni gravar el mismo con ninguna limitación al dominio de propiedad.

El precio se fijará, tanto para bienes ubicados en el sector urbano como en el rural, en función del avalúo realizado por la Dirección de Avalúos y Catastros de la Municipalidad donde se encuentre el bien, en donde se considerará los precios comerciales actualizados de la zona.

En el caso de que el vendedor y la entidad no llegaren a un acuerdo a un acuerdo, se sustancia el juicio de expropiación conforme a lo previsto en el Código de Procedimiento Civil, sin que el Juez en su resolución este obligado a sujetarse al avalúo fijado por la Dirección de Avalúos y Catastros de la Municipalidad.

4.2.5.2.4. Arrendamiento de bienes inmuebles.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, tiene como objetivo además el regular los procedimientos de arrendamiento de bienes tanto muebles como inmuebles ante esto la entidad Estatal puede actuar como arrendadora y como arrendataria.

En el caso de que las Entidades Contratantes actúen como arrendatarias deberán concurrir tres aspectos obligatorios:

- Condiciones mínimas del inmueble requerido;
- Referencia al sector y lugar de ubicación del mismo;
- Para la presentación de la oferta, adjudicación y posterior celebración del contrato el adjudicatario no requiere estar inscrito y habilitado en el Registro Único de Proveedores.

En esta clase de procesos se envían invitaciones de forma directa.

En el caso de que las entidades contratantes actúen como arrendadoras, la entidad deberá elaborar y publicar en el portal de compras públicas los pliegos, y por una sola vez se publicara en la prensa nacional o local estableciéndose los siguientes aspectos:

1. Condiciones en las que se dará el arrendamiento;
2. Indicación de la ubicación y características del bien;
3. Posibilidad de que el interesado realice un reconocimiento previo al bien ofrecido en arrendamiento;
4. En este procedimiento no se requiere estar inscrito y habilitado en el Registro Único de Proveedores, ni para la presentación de la oferta ni para la suscripción del contrato respectivo.

En este procedimiento al igual que en el anterior se podrán realizar invitaciones de forma directa.

4.2.5.3. De acuerdo al monto del presupuesto referencial.

4.2.5.3.1. Licitación.

Este es uno de los procedimientos de los más largos y complejos que establece la Ley de Contratación Pública, esto en razón de la naturaleza y de la cuantía de las contrataciones que se realizan. Esta clase procedimiento se aplican en las contrataciones de bienes y servicios no normalizados o a su vez que siendo normalizado el proceso dinámico no tuvo acogida ni éxito.

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

- ❖ 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;
- ❖ 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,

- ❖ 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.

Debido a la cuantía mínima manejada en este procedimiento, se ordena la conformación de una Comisión Técnica además de la publicación de una convocatoria pública a participar, entre otros requisitos exigidos por la Ley.

4.2.5.3.2. Cotización.

Se trata de un proceso al que se aplican las contrataciones de bienes y servicios no normalizados, o que siendo normalizados su proceso dinámico no tuvo éxito, y la ejecución de las obras.

Este procedimiento se aplica en los siguientes casos:

- ❖ 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 oscile entre 0,000002 y 0,000015 del Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente Ejercicio Económico;

- ❖ 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,
- ❖ La contratación para la adquisición de bienes y servicios no normalizados, exceptuando los de consultoría, cuyo presupuesto referencial oscile entre 0,000002 y 0,000015 del Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente Ejercicio Económico.

Igual que en el proceso de licitación, en el proceso de cotización, siempre será necesaria la conformación de una Comisión Técnica, y demás requisitos exigidos por la Ley. En el proceso de cotización no se realiza una convocatoria pública, sino invitaciones a 5 proveedores, contrario al proceso de Licitación.

4.2.5.3.3. Menor Cuantía.

Este procedimiento se aplica en los siguientes casos según el Art. 51 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública:

- ⊗ En contrataciones de bienes y servicios no normalizados, exceptuando los de consultoría cuyo presupuesto referencial sea al 0,000002 del Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico;

- ⌘ En contrataciones de obras, cuyo presupuesto referencial sea inferior al 0,000007 del Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico;
- ⌘ Si fuera imposible aplicar los procedimientos dinámicos previstos en el Capítulo II del Título III o, en el caso que una vez aplicados dichos procedimientos, estos hubiesen sido declarados desiertos; siempre que el presupuesto referencial sea inferior al 0,000002 del Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico.

El artículo 51 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, divide este procedimiento en dos, en el caso de que la contratación sea de bienes o servicios o si se trata de contratación de obras. Así también el mismo artículo manifiesta que en el caso de los numerales 1 y 3 se podrá contratar directamente, y en el caso del numeral 2 deberá ser adjudicado el contrato a un proveedor registrado en el RUP, escogido por sorteo público previa participación en dicha contratación.

i. Bienes y Servicios.

En la contratación de bienes y servicios, por menor cuantía el presupuesto referencial no debe ser menor al valor que resulta de la aplicación del coeficiente 0,000002 por el Presupuesto Inicial del Estado. Además de cumplir obligatoriamente lo dispuesto en el Art. 52 de Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de

Contratación Pública, en el dispone la contratación preferente con micros y pequeñas empresas, con artesanos o profesionales, domiciliados en el cantón en donde se ejecutará el contrato; de no existir proveedores que cumplan los requisitos señalados, se seleccionará un proveedor de las mismas características a nivel provincial, y en el caso de que tampoco existiera, se procederá a la búsqueda de un proveedor a nivel nacional, procurando de igual forma privilegiar la contratación con micro y pequeñas empresas salvo que el bien o servicio no pueda ser provisto por estas se podrá contratar con medianas y grandes empresas.

ii. Obras.

En la contratación de obras por menor cuantía, el presupuesto referencial de la obra a ejecutarse no debe superar el valor que resulta de aplicar el coeficiente 0,000007 por el Presupuesto Inicial del Estado.

Lo particular de este procedimiento es que en el término de 5 días debe manifestar su interés presentando sus ofertas técnicas además de una carta de aceptación del presupuesto referencial. Determinadas las ofertas que cumplen los requisitos técnicos y aquellos exigidos por la Ley se procederá a realizar un sorteo, mismo que determinará cual es el adjudicatario del proceso de entre los ofertantes participantes.

4.2.5.3.4. Ínfima Cuantía.

Este procedimiento de Ínfima Cuantía, es un proceso de contratación el cual su monto de ejecución es relativamente bajo, se lo tramita de una forma más ágil y flexible.

Este procedimiento se realizará de forma directa con un proveedor seleccionado por la entidad contratante, sin que sea necesario que el proveedor esté inscrito en el Registro Único de Proveedores; dichas contrataciones se formalizarán con la entrega de la correspondiente factura, es decir que no necesitan de contrato suscrito por las partes.

Este procedimiento puede ser aplicado para obras, bienes y servicios; independientemente de si son normalizados o no.

4.2.5.4. Consultoría.

i. Contratación directa.

Se utiliza este procedimiento 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.

ii. Contratación mediante lista corta.

Procedimiento empleado cuando el presupuesto referencial del contrato supere el fijado en el procedimiento de contratación directa y sea inferior

al valor que resultare de multiplicar el coeficiente 0,000015 por el monto del presupuesto inicial del Estado correspondiente al ejercicio económico.

iii. Contratación mediante concurso público.

Este procedimiento es aplicable cuando el presupuesto referencial del contrato supere el fijado en el procedimiento mediante lista corta y sea superior al valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,000015 por el monto del Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico.

4.2.6. Elementos del Acto Administrativo.

Ramón Cifuentes, define al acto administrativo como “la manifestación de voluntad realizada con la intención de crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones, y que produce los efectos queridos por su autor porque el derecho objetivo sanciona esta manifestación”⁸⁵

Es una manifestación de voluntad puesto que la voluntad sola como fenómeno psicológico interno de la mente del sujeto no basta para configurar el acto jurídico, sino que es necesario que la voluntad se manifieste o declare, es decir se exteriorice, la misma que está encaminada a producir el efecto jurídico deseado por el declarante, autor

⁸⁵ Ob. Cit. TEORIA GENERAL DEL ACTO JURÍDICO. Editorial Jurídica de Chile, Santiago – Chile, 2010, Pág. 2

del acto jurídico, en donde el efecto buscado y deseado es un efecto jurídico, para de esa forma constituir un acto jurídico.

Roberto Dromi explica, que “las decisiones administrativas se expresan a través de operaciones materiales y también mediante declaraciones intelectuales de origen unilateral o bilateral, de alcance individual o general y de efecto directos o indirectos”⁸⁶

Son declaraciones materiales e intelectuales, puesto que para su expresión y exteriorización se utilizan procedimientos convencionales escritos, hablados; es unilateral debido a que toda declaración depende de la voluntad de un solo sujeto de derecho en este caso el Estado.

Son individuales cuando producen efectos de alcance individual y son generales cuando sus efectos son de aplicación general para todo un conglomerado; son directos cuando surgen de él, no están subordinados a la emanación de un acto posterior y son indirectos cuando no son propios de él y están sujetos a la existencia de un acto anterior.

El Acto administrativo posee los siguientes elementos:

- Competencia.

⁸⁶ Ob. Cit. DERECHO ADMINISTRATIVO. 10^{ma} Edición. Ed. Ciudad Argentina. Buenos Aires - Madrid, 2004, Pág. 477.

Roberto Dromi, explica que “la competencia es la esfera de atribuciones de los entes y órganos, determinada por el Derecho objetivo o el ordenamiento jurídico positivo.”⁸⁷ Las facultades y obligaciones que un órgano ejerce en forma legítima, debe estar de forma expresa en la Constitución de la República, la competencia es irrenunciable e improrrogable y debe ser ejercida de forma directa y exclusivamente por la institución que la tiene atribuida como propia.

“La competencia, siempre está atribuida al órgano y éste ejerce su imperio a través de sus representantes.”⁸⁸ Representantes que pueden ser de libre nombramiento o remoción o elegidos mediante concurso de méritos y oposición y elegidos por voto popular.

“La competencia que ejerce la autoridad, es propia del órgano, de manera que, cuando esa persona natural, física, deja de ejercer la representación del órgano, pierde todas las potestades”⁸⁹ El órgano o la institución estatal no puede por sí sola ejercer ningún tipo de facultad; quienes poseen estas atribuciones son las autoridades y cuando este (Autoridad) o los representantes del órgano no ejercen sus potestades, el órgano no tiene razón de ser.

⁸⁷ Ob. Cit. DERECHO ADMINISTRATIVO. 10^{ma} Edición. Ed. Ciudad Argentina. Buenos Aires - Madrid, 2004, Pág. 361.

⁸⁸ Ob. Cit. MANUAL DE DERECHO PROCESAL ADMINISTRATIVO. Ed. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito – Ecuador, 2011, Pág. 141.

⁸⁹ *Ibidem*.

El acto administrativo emana de un órgano competente, que ejerza las atribuciones conferidas en razón de la materia, el territorio, el tiempo y el grado.

Las atribuciones en razón de la materia, son todas aquellas actividades o tareas que puede desempeñar un órgano en forma legítima, en concordancia con lo establecido en el principio de especialidad aplicable a los entes administrativos, en los que estos, solo pueden actuar para el cumplimiento de los fines que motivaron su creación y de esta forma aplicar las facultades necesarias para cumplir satisfactoriamente su cometido por el cual existen. En razón del territorio es el ámbito espacial en el cual es legítimo el ejercicio de su función. La atribución por el tiempo comprende el ámbito temporal en que es legítimo el ejercicio de la función. Esta competencia comúnmente es permanente, pues el órgano puede ejercer en cualquier tiempo las atribuciones que le son conferidas, más aún en ciertos casos la institución puede ejercer la atribución sólo por un lapso determinado. Estas competencias tanto la permanente como la temporaria están atribuidas a un órgano determinado. Las atribuciones de acuerdo al grado se refieren al orden jerárquico que poseen los órganos estatales dentro de un Estado; este rango culmina en un órgano supremo, en el que los órganos de rango inferior se subordinan a este.

- Objeto.

Es la materia o contenido sobre el cual se decide, certifica, valora u opina. “El objeto tiene que ser cierto, claro, preciso y posible física y jurídicamente... debe decidir, certificar o registrar todas las cuestiones propuestas en el curso del procedimiento”⁹⁰ También es conocido con el nombre de finalidad, es: la intencionalidad de la administración pública, encaminada a señalar el alcance o el propósito de la resolución que emite, para crear un efecto jurídico y práctico determinado, todo esto encaminado hacia una finalidad concreta que es lograr el bien común.

“El objeto es el contenido del acto administrativo, la situación jurídica de que se trata de crear, reconocer, modificar o extinguir. El contenido del acto administrativo debe ajustarse a las normas jurídicas. Es un elemento esencial para la validez del acto. La causa debe ser lícita, es decir de acuerdo con la Ley, la moral y las buenas costumbres y el orden público. El objeto, en cambio debe ser física y moralmente posibles. En cuanto al fin lícito, el administrador no debe perseguir sino fines de interés general.”⁹¹

El acto administrativo para su eficacia, existencia y validez no solamente ha de ser emitido por un funcionario competente, sino que también es necesario que lo que se va a realizar u obtener, tenga un objeto lícito y

⁹⁰ Ob. Cit. DERECHO ADMINISTRATIVO. 10^{ma} Edición. Ed. Ciudad Argentina. Buenos Aires - Madrid, 2004, Pág. 367.

⁹¹ Ob. Cit. MANUAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO, Editorial Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Nacional de Loja, Loja – Ecuador, 1999. Pág. 48 - 49.

causa lícita; caso contrario nos encontraremos ante un acto ilícito, mismo que está prohibido por la Ley y toda norma. La causa consiste en las circunstancias y antecedentes de hecho y de derecho que justifican para dictar un acto administrativo. La causa de los actos se encuentra en los supuestos de hecho, a los que las normas, ligan consecuencias jurídicas para que se cumplan los fines de las potestades administrativas específicas de cada órgano de la administración pública

El Objeto requiere los siguientes requisitos para su existencia; debe ser lícito, cierto, posible y determinado; no debe ser prohibido por el ordenamiento normativo, ni estar contrario a disposiciones constitucionales, reglamentarias, contractuales, o, estar contrario a un acto administrativo anterior estable o a la moral, puesto que un acto inmoral es nulo y su vicio es insanable.

- Voluntad.

Es la capacidad legal que posee la administración pública, por medio de sus autoridades o representantes, para decidir y resolver los asuntos puestos a su conocimiento, bajo sujeción a lo dispuesto en la Constitución y la ley debido al principio de legalidad y con miras al bien común.

Marco Morales Tobar explica que la voluntad es la declaración de autoridad competente y que esta se forma en base de los antecedentes

que la motivan, de tal forma que todo acto administrativo sirve para llenar o satisfacer una necesidad administrativa de orden general o individual. Decide sobre los asuntos de competencia de la Administración, haciendo siempre alguna cosa con sujeción a la Ley y en función del bien común. Es la capacidad de ejecución de la Ley en donde se manifiesta la capacidad de mando u ordenación.

Morales Tobar cita a Jaime Santofimio Gamboa y explica que “la manifestación de la voluntad debe provenir del ejercicio de la función administrativa, realizada por la administración o por quien haga sus veces”⁹² Por lo que este ejercicio de la función administrativa debe estar vinculado plenamente con el principio de legalidad y el principio de competencia y así de esta forma ejercer las funciones administrativas que le correspondan.

Dromi manifiesta que “la voluntad del acto administrativo está compuesta por la voluntad subjetiva del funcionario y la voluntad objetiva del legislador”⁹³

La voluntad se circunscribe al ordenamiento jurídico y no podrá confundirse con la voluntad del servidor público; que se encuentra en

⁹² Ob. Cit. MANUAL DE DERECHO PROCESAL ADMINISTRATIVO. Ed. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito – Ecuador, 2011, Pág. 134.

⁹³ Ob. Cit. DERECHO ADMINISTRATIVO. 10^{ma} Edición. Ed. Ciudad Argentina. Buenos Aires - Madrid, 2004, Pág. 368

ejercicio de funciones administrativas, ya que este solo es un intérprete y ejecutor de dicha voluntad administrativa.

La voluntad puede ser expresa o tácita; es expresa cuando la conducta administrativa se exterioriza por medio de la palabra oral o escrita, o por medio de símbolos o signos; es tácita cuando por expreso mandamiento del ordenamiento jurídico es considerado como acto administrativo. Dromi explica que “La voluntad expresa es la Regla. La voluntad tácita es la excepción.”⁹⁴ Puesto que el Silencio Administrativo es una presunción de la voluntad y también sustitución de voluntad para de esta forma no dejar en estado de indefensión al administrado, pero obedece a la negligencia de la autoridad en resolver, causando daño ante público.

- Forma.

“La forma es el modo en que se documenta y da a conocer la voluntad administrativa. Hay así dos tipos de formas: a) La que constata la existencia de la voluntad administrativa, b) la que da a publicidad esa voluntad.”⁹⁵

Es el modo como se instrumenta y se da a conocer la voluntad administrativa, es decir el modo de exteriorización de la voluntad administrativa.

Es la forma exigida obligatoriamente por la ley para dar cumplimiento y emitir la voluntad de la administración pública. Así un acto administrativo

⁹⁴ *Ibíd.*

⁹⁵ Ob. Cit. TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, TOMO I. Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires – Argentina, 1998, Pág. EAA-IV-28.

debe estar conformado de tres partes: expositiva, motivadora y resolutive; igualmente, debe darse por escrito, con indicación del lugar, fecha e inclusive la hora de emisión y suscrito por la autoridad pública competente, ya que de faltar uno de estos requisitos el acto administrativo sería ilegal o nulo.

“Toda actividad administrativa está revestida de una serie de formalidades y solemnidades que hay que cumplir para que su realización sea legítima, y estructuren el acto administrativo.”⁹⁶

De la transcripción es preciso diferenciar los términos:

Forma y formalidades; la forma del acto administrativo, se refiere a la estructura del mismo, o sea como debe realizarse dicho acto; mientras que la formalidad, es aquella serie de solemnidades que dan forma y eficacia del acto.

La forma que se expresan los actos administrativos es de las siguientes formas:

- ✓ Escrita.- según Dromi deberá manifestarse conteniendo los siguientes requisitos “1) lugar y fecha de emisión; 2) mención del órgano y entidad de quien emana; 3) expresión clara y precisa del

⁹⁶ Ob. Cit. MANUAL DE DERECHO PROCESAL ADMINISTRATIVO. Ed. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito – Ecuador, 2011, Pág. 164.

contenido de la voluntad administrativa y 4) individualización y firma del agente interviniente.”⁹⁷

- ✓ Oral.- pues podrá ser posible que en ciertas oportunidades el acto no se documente por escrito, sino que solamente de forma verbal.
- ✓ Signos.
- ✓ Firma digital.

- Motivación.

“Es la exigencia que toda resolución de autoridad pública se fundamente en las razones de hecho y de derecho sobre las cuales ésta se hubiera emitido”⁹⁸

El acto administrativo debe contener la exposición de los motivos que indujeron a la Administración Pública a emitirlo, pues, como lo expresé en otra oportunidad, "*motivación*" es la expresión o constancia de que el motivo existe o concurre en el caso concreto. La "*motivación*" tiende a poner de manifiesto la juridicidad del acto respectivo. La falta de tal motivación vicia el acto pertinente.

Dromi explica que la motivación “es la declaración de las circunstancias de hecho y de derecho que han inducido a la emisión del acto.... La constituyen, por tanto, los “presupuestos” o “razones” del acto. Es la

⁹⁷ Ob. Cit. DERECHO ADMINISTRATIVO. 10^{ma} Edición. Ed. Ciudad Argentina. Buenos Aires - Madrid, 2004, Pág. 374.

⁹⁸ Ob. Cit. MANUAL DE DERECHO PROCESAL ADMINISTRATIVO. Ed. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito – Ecuador, 2011, Pág. 152.

fundamentación fáctica y jurídica de él, con que la administración sostiene la legitimidad y oportunidad de su decisión.”⁹⁹

Las exposiciones de las circunstancias de hecho y de derecho dan sustento legal a la emisión de un acto administrativo, las mismas que aclaran y facilitan la interpretación de su sentido y alcance; siempre debe basarse en hechos ciertos, verdaderos y existentes al momento de su emisión, en caso de no suceder se estaría viciando la falta de causa o motivo; La motivación es una exigencia del Estado de Derecho.

Morales Tobar cita la Resolución N. 011-2002-AA del Tribunal Constitucional en la que se manifiesta:

“La motivación es un requisito esencial que determina la relación de la causa y el objeto del acto, la causa es la razón que justifica o determina la toma de una decisión y el objeto hace relación entre la causa y objeto del acto, la causa es la razón que justifica o determina la toma de una decisión y el objeto hace relación con la finalidad para la que se toma una determinación. El análisis de la motivación toma en cuenta la razón por la que se adopta una decisión y la finalidad de tal decisión, con el objeto de

⁹⁹ Ob. Cit. DERECHO ADMINISTRATIVO. 10^{ma} Edición. Ed. Ciudad Argentina. Buenos Aires - Madrid, 2004, Pág. 376.

determinar si el acto ha sido o no de manera arbitraria, debiendo aparecer del acto esa motivación, tanto de modo formal como material.”¹⁰⁰

Así también, la ex Corte Suprema de Justicia en sentencia del 9 de Noviembre de 1999, al analizar el principio de motivación establece:

“La motivación es, en todo caso, uno de los elementos fundamentales en el control de la arbitrariedad. Por consiguiente, actúa como un elemento de prevención y control frente a la misma. La falta de motivación es un expediente de hipocresía formal establecido, por así decirlo, para otorgar un disfraz lógico a la voluntad nacida de otros móviles, que pueden ser inclusive la arbitrariedad y la injusticia.”¹⁰¹

Es por ello que con todo acierto se ha señalado que la motivación permite, en suma; conocer sobre todo la causa y el fin del acto administrativo, pero también el Derecho con el que se pretende legitimar la decisión, y el procedimiento para su adopción. De ahí el carácter fundamental que se asigna a este requisito, que excede su condición de mero formalismo, pues se ha dicho, con razón, que, motivar un acto es reconducir la decisión que en el mismo se contiene a una regla de Derecho, que autoriza tal decisión o de cuya aplicación surge.

¹⁰⁰ Ob. Cit. MANUAL DE DERECHO PROCESAL ADMINISTRATIVO. Ed. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito – Ecuador, 2011, Pág. 152.

¹⁰¹ *Ibidem* p. 153

4.2.7. De la reclamación y recursos dentro de la Contratación Pública.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública manifiesta que aquellos oferentes que crean ser afectados por actos administrativos emitidos por las entidades previstas en el artículo 1 de la Ley antes mencionada en asuntos relacionados con su oferta, respecto al trámite precontractual o de la adjudicación, tendrán el derecho de presentar las reclamaciones y los recursos administrativos de los que se crean asistidos, de conformidad con la Ley.

Los recursos en sede administrativa contemplados en la doctrina y en el Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva son: reposición, apelación y extraordinario de revisión; pues aunque no se encuentran determinados en forma expresa en la Ley de Contratación Pública; la Constitución aprobada mediante referéndum del 2008, dispone que “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.”¹⁰² Así como “a recibir atención o respuestas motivadas”¹⁰³

4.2.7.1. Recurso de Reposición.

¹⁰² Constitución de la República del Ecuador 2008 Art. 173.

¹⁰³ Constitución de la República del Ecuador 2008 Art. 66 Núm. 23.

Se lo puede proponer ante la autoridad pública que emitió el Acto Administrativo, con la finalidad de obtener la revocatoria, reforma o sustitución del acto que afecta derechos subjetivos del administrado.

El objetivo de este recurso es otorgar al administrado el poder de impugnar las resoluciones y los actos de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio de difícil o imposible reparación a derechos e intereses legítimos. El plazo para interponer este recurso es de 15 días si el acto fuera expreso y de 2 meses si el acto fuere presunto, la autoridad competente tendrá el plazo de 2 meses para resolver y notificar tal resolución. El Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, establece como termino para plantear este recurso de 5 días, a partir de la notificación del acto, y el órgano emisor del acto administrativo tendrá el término máximo de 15 días para resolver.

Morales Tobar; analiza este recurso y explica que este, se caracteriza por que se interpone ante la misma autoridad que dictó la resolución a impugnarse; además cita a Garrido Falla y escribe “que tanto la doctrina como la práctica jurídica subrayen el escaso valor que este recurso tiene (por la rigurosa coincidencia que en el órgano decisor se da de la

circunstancia de ser juez y parte) en el conjunto de garantías del administrado.”¹⁰⁴

Criterio con el que comparto ya que aunque el recurso administrativo es una forma de otorgar la oportunidad al ente estatal que emitió un acto administrativo contrario a derecho o lesivo al administrado; de reaver, revocar o sustituir su contenido, resulta difícil, por no decir imposible, encontrar una autoridad que reconozca su propio error, ya que la misma autoridad que emitió el acto lesivo deberá resolver sobre la impugnación realizada al mismo.

En referencia al tema de tesis planteado el Art. 151 del Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública dispone que: “Las resoluciones que atiendan los reclamos podrán ser recurridas en recurso de reposición ante el propio órgano que las expidió. Son susceptibles de este recurso los actos administrativos que afecten derechos subjetivos directos del oferente.”¹⁰⁵

Disposición que otorga la competencia de resolver la impugnación realizada a la misma entidad contratante existiendo a mi criterio el mismo problema detallado en anteriores líneas.

¹⁰⁴ Ob. Cit. MANUAL DE DERECHO PROCESAL ADMINISTRATIVO. Ed. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito – Ecuador, 2011, Pág. 453.

¹⁰⁵ Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Art. 151.

4.2.7.2. Recurso de Apelación.

El Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva define a este recurso como aquel que es propuesto ante la máxima autoridad del órgano que emitió el acto impugnado; al igual que el recurso anteriormente analizado es procedente con respecto a los actos que afecten derechos subjetivos del administrado; podrán ser recurridos en recurso de apelación ante los Ministros de Estado o ante el máximo órgano de dicha administración. Este recurso podrá ser interpuesto directamente sin que medie reposición o también podrá interponerse contra la resolución que niegue la reposición, si se negare la apelación no cabe recurso ulterior alguno en vía administrativa.

Al respecto Hernán Jaramillo manifiesta que “es un acto administrativo de carácter ordinario, por el cual una persona afectada en sus derechos subjetivos solicita a un órgano de mayor jerarquía de la propia administración, estudie, revise la resolución adoptada por un órgano inferior con el fin de que la reforme o revoque por ser lesivo a sus intereses. El Recurso de Apelación se fundamenta en el principio de la jerarquía administrativa que permita a los órganos superiores de la administración conocer y revisar los actos de los órganos inferiores.”¹⁰⁶

¹⁰⁶ Ob. Cit. MANUAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO, Editorial Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Nacional de Loja, Loja – Ecuador, 1999. Pág. 189

La interposición de este recurso no es obligatorio sino optativo previo al ejercicio de la acción judicial correspondiente, pues lo que se pretende es que administrativamente el superior del funcionario que emitió el acto lesivo revea tal decisión.

4.2.7.3. Recurso de Revisión.

Con respecto a este recurso Morales Tobar cita a Eduardo García de Enterría el mismo que explica “que tal herramienta procedimental, constituye en un principio,” más que un recurso propiamente dicho, un remedio excepcional frente a ciertos actos que han ganado firmeza, pero de cuya legalidad se duda en base a datos o acaecimientos sobrevenidos con posterioridad al momento en que fueron dictados.”¹⁰⁷

Puesto que la interposición de este recurso está restringida a aquellos casos de los cuales se desprenda que los actos impugnados adolecen de errores jurídicos y fácticos, o sea que no responden a su verdad material y objetiva. El recurso administrativo de revisión es un recurso extraordinario, lo cual hace referencia a dos cuestiones: en primer lugar, que procede tan sólo contra actos firmes y, en segundo lugar, que los motivos de impugnación estén prescritos en la Ley; a diferencia de lo que ocurre con los recursos administrativos ordinarios de reposición y de apelación cuyos motivos de impugnación pueden ser cualquier causa

¹⁰⁷ Ob. Cit. MANUAL DE DERECHO PROCESAL ADMINISTRATIVO. Ed. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito – Ecuador, 2011, Pág. 460.

de nulidad o anulabilidad de las previstas en la Ley, en virtud de lo manifestado el recurso de revisión sólo podrá fundarse en la concurrencia de alguna de las causas que se enumeran a continuación:

- a) “Que hubieren sido dictados con evidente error de hecho o de derecho que aparezca de los documentos que figuren en el mismo expediente o de disposiciones legales expresas;
- b) Cuando con posterioridad aparecieren documentos de valor trascendental ignorados al expedirse el acto o resolución que se trate;
- c) Cuando en la resolución hayan influido esencialmente documentos o testimonios falsos declarados en sentencia judicial, anterior o posterior a aquella resolución; y,
- d) Cuando la resolución se hubiere expedido como consecuencia de uno o varios actos cometidos por funcionarios o empleados públicos tipificados como delito y así declarados en sentencia judicial firme.”¹⁰⁸

Este recurso se podrá interponer en el plazo de tres años a partir del inicio de su vigencia en los casos de los literales a y b de la cita arriba especificada, y de tres meses a partir de la ejecutoria de la sentencia

¹⁰⁸ Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva.

condenatoria, siempre que no hayan transcurrido cinco años desde el inicio de la vigencia del acto de que se trate en los otros casos.

4.2.7.4. Recursos en Sede Judicial.

En sede judicial la impugnación procede vía recurso contencioso administrativo, en sus dos clases, mismas que son: de Plena Jurisdicción o Subjetivo y de Anulación u Objetivo o de Exceso de Poder, que no son recursos sino, acciones de impugnación o rechazo a los actos administrativos.

4.2.7.4.1. De Plena Jurisdicción o Subjetivo.

El Doctor Herman Jaramillo Ordóñez considera que el Recurso de Plena Jurisdicción o Subjetivo es: “Uno de los mecanismos de control en el régimen democrático que nos ofrece el Estado social de derecho, a favor de toda persona que ha sufrido agravio por voluntad de la Función Administrativa, restableciendo los derechos vulnerados reconocidos por el ordenamiento jurídico y declarando al mismo tiempo la nulidad del acto transgredido.”¹⁰⁹

Jaramillo Ordoñez cita a Rafael Bielsa mismo que considera que el recurso de plena jurisdicción o subjetivo es: “Aquel con el cual se protege el derecho subjetivo que emana de la Ley, reglamento, ordenanza,

¹⁰⁹ JARAMILLO Ordoñez, Hernán. LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA, Editorial GRAFIMUNDO, Loja – Ecuador, 2003. Pág. 27

decreto o del contrato administrativo, no basta la lesión de un mero interés legítimo.”¹¹⁰ Siendo acciones judiciales con objetivo propio.

El segundo inciso del artículo 3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa respecto a este recurso señala: “El recurso de plena jurisdicción o subjetivo ampara un derecho subjetivo del recurrente, presuntamente negado, desconocido o no reconocido total o parcialmente por el acto administrativo de que se trata”¹¹¹

En conclusión, la finalidad es solicitar la anulación o ilegalidad del acto impugnado ante el órgano jurisdiccional, así como el reconocimiento del derecho declarado y que ha sido negado; es decir, procede en la defensa del derecho subjetivo cuando se considera que este derecho existente en la Ley y este ha sido violado.

Además, el Recurso Subjetivo o de Plena Jurisdicción permite determinar si el acto administrativo es válido y eficaz, cuando un acto administrativo es personal es decir que afecta directamente al derecho del administrado, tiene como consecuencia la declaratoria de la nulidad o su ilegalidad reconociendo los derechos; con este recurso el administrado debe probar que el acto carece de valor jurídico porque está en contraposición de las normas legales, permitiendo que en sentencia se anule o se declare la

¹¹⁰ *Ibidem*, Pág. 23

¹¹¹ Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

ilegalidad del acto administrativo emanado de autoridad pública, excluyéndoselo de la vida jurídica y disponiéndose el restablecimiento o reconocimiento de los derechos violentados.

4.2.7.4.2. De Anulación u Objetivo de Exceso de Poder.

El Recurso o demanda judicial de Anulación u Objetivo conocido también por Exceso de Poder, es utilizado para impugnar una decisión administrativa de carácter general cuya finalidad principal es obtener la nulidad de la resolución pública, restableciendo la norma jurídica que fue afectada, en el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

El inciso tercero del artículo 3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa dispone: “El Recurso de Anulación, objetivo o por exceso de poder, tutela el cumplimiento de la norma jurídica objetiva, de carácter administrativo, y puede proponerse por quien tenga interés directo para deducir la acción, solicitando al Tribunal la nulidad del acto impugnado por adolecer de un vicio legal.”¹¹²

El recurso objetivo de igual forma tiene competencia para en sentencia disponer la anulación de la resolución con efectos generales, es decir con la sentencia de anulabilidad se puede dejar sin efecto la vida jurídica del acto emanado de autoridad pública que está violando las disposiciones legales correspondientes.

¹¹² Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

El recurso objetivo o de anulación puede ser interpuesto únicamente por los individuos que demuestren su interés directo y que han sido afectados con el acto administrativo, Interés Directo que a criterio del Doctor Patricio Secaira es: “el vínculo subjetivo público del demandante o recurrente frente a la resolución administrativa.”¹¹³

Significando que a la fecha de que el recurrente interponga dicho recurso, este, está vinculado al acto que se está impugnando, además también se puede interponer dicho recurso en las circunstancias de interés general es decir en asuntos ambientales, y como consecuencia, la sentencia tendrá efectos de carácter general la misma debe ser publicada como se hizo con el acto administrativo anulado.

4.2.8. Suspensión del Acto Administrativo Impugnado.

Por principio decimos que suspensión significa detener, paralizar, modificar, o diferir temporalmente una acción, eficacia, obra o algo que está en actividad de manera positiva, esta suspensión es una excepción dado que la ejecutoriedad, y legalidad del acto administrativo es la regla; presunciones que permiten el inmediato cumplimiento por coacción propia, sin necesidad de auxilio judicial.

Eduardo García y Tomás Ramón manifiestan que “Todos los actos administrativos, salvo aquellos a que expresamente la ley se lo niegue,

¹¹³ SECAIRA Durango.- CURSO BREVE DE DERECHO ADMINISTRATIVO. Editorial Universitaria, Quito – Ecuador. 2004, Pág. 249.

son ejecutorios; esto es, obligan al inmediato cumplimiento aunque otro sujeto discrepe sobre su legalidad.”¹¹⁴ Al hablar de la discrepancia del acto administrativo, necesariamente nos referimos a la impugnación que puede recurrir una persona ya sea en sede administrativa o sede judicial, para de esa forma reclamar sobre la legalidad de un acto administrativo.

Ante la ilegalidad la Administración o la autoridad judicial puede suspender provisionalmente la eficacia del acto administrativo, para así de esa forma precautelar intereses superiores, más aun pese al ser la Contratación Pública una cuestión de interés social el Código Orgánico del Sistema Nacional de Contratación Pública en su artículo 102 inciso segundo dispone que pese a la presentación de recurso administrativo alguno no suspenderá la ejecución del acto impugnado, lesionando de esta forma derechos de los administrados.

El acto administrativo posee los siguientes caracteres jurídicos esenciales:

- Presunción de legitimidad, es la presunción de validez del acto administrativo; mientras su posible invalidez no sea declarada por autoridad competente; presupone que el acto administrativo fue emitido conforme a derecho y dictado en armonía con el ordenamiento jurídico.

¹¹⁴ GARCÍA de Enterría, Eduardo - RAMÓN Fernández, Tomás. CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, TOMO I. Ed. TEMIS S.A. Bogotá - Lima, 2008, Pág. 494 – 495.

“La legalidad justifica y avala la validez de los actos administrativos”¹¹⁵; dado que significa que reunió todos sus requisitos que regulan su nacimiento; en especial se considera que ha sido emitido con total apego a las disposiciones legales pertinentes, por lo que no necesitará ser declarada por alguna autoridad judicial o administrativa; la nulidad de los actos administrativos no puede ser declarada de oficio sino que solo a petición de parte.

- La Presunción de Ejecutividad, se refiere a la obligatoriedad, exigibilidad e imposición del cumplimiento a partir de su notificación. Todo acto administrativo tiene la propiedad de ser ejecutivo, para lo cual debe ser regular y estar notificado; el acto administrativo regular es ejecutivo y su cumplimiento es exigible a partir de su notificación, desde ese instante su cumplimiento es obligatorio, es decir que debe ser respetado por todos como válido mientras subsista su vigencia hasta que se declare su futura irregularidad.

La Ejecutividad es sinónimo de eficacia del acto; esta es la regla general de todos los actos administrativos, puesto que se presume el cumplimiento de todos los requisitos que anteceden a la existencia del acto y que una vez notificado su contenido será de cumplimiento inmediato por parte del o los administrados

¹¹⁵ Ob. Cit. DERECHO ADMINISTRATIVO. 10^{ma} Edición. Ed. Ciudad Argentina. Buenos Aires - Madrid, 2004, Pág. 384.

- La presunción de ejecutoriedad permite a que la propia administración con fundamento en el ordenamiento jurídico, puede ejecutar un acto administrativo, o a su vez puede recurrir a medios coercitivos para su cumplimiento. Los actos ejecutoriados son exigibles, pero no todos los actos exigibles son ejecutorios dado que pueden estar viciados de nulidad.

La presunción de legitimidad avala la ejecutoriedad, pero a la vez la limita, dado que solo son ejecutorios aquellos actos que la administración puede ejecutar, la ejecutoriedad da por sobreentendida la ejecutividad y a su vez la ejecutividad presupone la presunción de legitimidad. Para que un acto administrativo sea ejecutorio, tiene que tratarse de un acto presumiblemente válido que goza de presunción de legitimidad ejecutividad y sobre todo que haya sido notificado, esta notificación deberá ser anterior a la ejecución del acto administrativo y deberá realizarse por los medios idóneos para que el acto adquiera eficacia.

Suspender un acto supone bloquear todos sus efectos, incluso los ya cumplidos; suspender la ejecución del acto, supone solamente detener los efectos futuros del cumplimiento del mismo. En doctrina, se sostiene que la denominada “suspensión de la ejecución del acto administrativo ya sea en vía administrativa o jurisdiccional, supone técnicamente la cesación temporal, provisional o transitoria de la eficacia del acto administrativo.”¹¹⁶

¹¹⁶ GARCÍA de Enterría, Eduardo y RAMÓN Fernández.- CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, Tomo I, Octava edición, Ed. CIVITAS, Madrid- España, 1998, Pág. 543.

Se trata de una medida que tiende a asegurar la integridad del objeto del litigio, en tanto se produce la decisión definitiva acerca de la anulabilidad del acto. La eficacia es la idoneidad del acto para producir efectos jurídicos: constitutivos, declarativos o preclusivos; e individualiza el momento operativo del acto perfecto, en el cual éste despliega sus efectos, en tanto se han integrado sus elementos esenciales y de eficacia.

Dromi al respecto explica que “a la prerrogativa de la Administración para obtener el cumplimiento del acto por sus propios medios o ejecutarlo por sí (ejecutoriedad), le corresponde como contrapartida la garantía otorgada al administrado de la suspensión de la ejecución del acto administrativo”¹¹⁷

Puesto que esta medida es una forma eficaz de no perjudicar ni al contratista reclamante, ni al Estado; por malas decisiones administrativas, puesto que tal como lo explica el Doctrinario antes mencionado la medida que arbitra el derecho es la suspensión provisional de la ejecución de tal acto administrativo, en este caso la suspensión provisional del acto administrativo de adjudicación, y en el caso que no se suspenda la ejecución de tal acto y que tal reclamación pase al órgano jurisdiccional correspondiente para que este decida sobre tal y siendo favorable tal reclamación; la garantía no puede ser otra que la indemnización

¹¹⁷ Ob. Cit. DERECHO ADMINISTRATIVO. 10^{ma} Edición. Ed. Ciudad Argentina. Buenos Aires - Madrid, 2004, Pág. 390

reparatoria de los daños ocasionados por la ejecución. “El ejercicio del poder debe ir indisolublemente ligado a un adecuado sistema de garantías. Por ello, junto a las prerrogativas se arbitran las garantías.”¹¹⁸

Ante esto porque perjudicar al Estado asumiendo una indemnización por malas actuaciones administrativas de los órganos Estatales en los contratos públicos, cuando se puede suspender provisionalmente el acto de adjudicación de un contrato administrativo hasta que un órgano especializado adscrito al Instituto Nacional de Contratación Pública dirima sobre la reclamación realizada, considero que debe ser quien resuelva tal reclamación un órgano distinto al que emitió tal resolución de adjudicación para que no exista conflictos de intereses, puesto que como lo analizaba en líneas anteriores resulta difícil, por no decir imposible, encontrar una autoridad que reconozca su propio error, pues la misma autoridad que emitió el acto lesivo deberá resolver sobre la impugnación realizada al mismo.

Emilio Biasco cita a Piero Calamandrei y dice que “el concepto de provisoriedad al igual que el de interinidad es más restringido que el temporalidad; temporal, es lo que no dura siempre, lo que tiene duración limitada; provisorio es lo que está destinado a durar hasta tanto sobrevenga un evento sucesivo, en vista y en espera del cual el estado de

¹¹⁸ Ob. Cit. DERECHO ADMINISTRATIVO. 10^{ma} Edición. Ed. Ciudad Argentina. Buenos Aires - Madrid, 2004, Pág. 390

provisoriedad subsiste durante el tiempo intermedio; provisorio equivale a interino, pues ambas expresiones indican lo que está destinado a durar solamente el tiempo intermedio que precede al evento.”¹¹⁹

4.3. Marco Jurídico.

“El Marco Jurídico, es un conjunto de disposiciones, reglamentos y acuerdos a los que debe establecerse un estado de dependencia e interrelación entre un problema jurídico y la normativa que justifica dicha problemática, proporcionando de esta forma una base jurídica sobre la temática planteada.”

4.3.1. Legislación Nacional.

“Se denomina legislación al cuerpo de leyes que regularán determinada materia o ciencia, la Legislación Nacional es el conjunto de leyes a través del cual se ordena la vida en un país, es decir es un ordenamiento jurídico, mismo que establece aquellas conductas y acciones aceptables o rechazables de un individuo, institución, empresa, entre otras.”

4.3.1.1. Legislación Constitucional.

“Son preceptos legales encargados de analizar y controlar las leyes fundamentales que rigen al Estado, estableciendo además la forma

¹¹⁹ Doc. Digital. LA SUSPENSIÓN JURISDICCIONAL DE LA EJECUCIÓN NDEL ACTO ADMINISTRATIVO Y OTRAS MEDIDAS CAUTELARES. <http://www.ccee.edu.uy/ensenian/catderpu/material/ACTO.PDF>

de Estado, forma de gobierno, derechos fundamentales así como el establecimiento de los poderes públicos, incluyendo además las relaciones entre los poderes públicos y los ciudadanos.”

El derecho a dirigir quejas a las autoridades Estatales así como a que estas se encuentren plenamente motivadas es un derecho Constitucional que lo encontramos en el Art 66 referente a los Derechos de Libertad Núm. 23 mismo que textualmente dice:

Art. 23 Núm. 23 “El derecho a dirigir quejas y peticiones individuales y colectivas a las autoridades y a recibir atención o respuestas motivadas.”¹²⁰

La respuesta a esta queja o petición deberá ser necesariamente motivada ya que de esta forma se explicara de forma pormenorizada la aceptación o negación de lo solicitado por el administrado en virtud de la queja o petición presentada. Comentario que concuerda con lo establecido en el Art. 76 De los Derechos de Protección literal L en el que textualmente manifiesta:

Art. 76 Lit. “I”: “Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las

¹²⁰ Constitución de la República del Ecuador

normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se consideraran nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.”¹²¹

De la transcripción se encuentra, que la constitución dispone que los actos administrativos podrán ser impugnados tanto en vía administrativa como en vía jurisdiccional, derecho que se le otorga al administrado con el fin de que no se vea perjudicado por las decisiones administrativas que afecten los derechos que le asisten al administrado tanto en la constitución como en los demás cuerpos normativos pertinentes y de esta forma los administrados no queden en la indefensión, Art. 173 “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.”¹²²

La Constitución de la Republica, en el Art. 3 explica que es deber del Estado garantizar el goce efectivo de los derechos establecidos en la Constitución y demás instrumentos internacionales, así como, a la seguridad integral y vivir en una sociedad libre de corrupción, es necesario indicar que la misma Constitución establece el principio de

¹²¹ Ibidem.

¹²² Ibidem.

igualdad, en el que todos los ecuatorianos gozamos de los mismos derechos, deberes y oportunidades, por ende todos estamos facultados a impugnar los actos administrativos que agraven al administrado y afecten sus derechos fundamentales, así también el núm. 5 del Art. 11 de la Ley *ibídem* establece que “en materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia.”¹²³ Debiendo tener en consideración que los derechos y principios que se encuentran estipulados en la Constitución y demás tratados internacionales legalmente reconocidos por el país son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía. Si bien hay que considerar que los actos administrativos se presumen legítimos y por ende los mismos son de inmediata ejecutoria, los mismos no siempre están dictados conforme a derecho, afectando principios y derechos de los administrados, ante esto el legislador garantiza al administrado el derecho a impugnar dichas resoluciones para lo cual la misma normativa establece que dicha reclamación se puede hacer de dos formas:

La primera, mediante la interposición de recurso administrativo, en donde el administrado, pretenderá que la máxima autoridad que representa a la institución que emitió en acto administrativo contrario a derecho, sea este

¹²³ *Ibídem*.

mismo quien declare su invalidez, siendo esta una forma rápida y eficaz de lograr el objetivo querido por parte del administrado; más la administración por intermedio de sus autoridades siempre pretenden tener la razón y en muchos de los casos no aceptan la equivocada posición en determinado acto administrativo, procurando favorecer los intereses estatales e institucionales, sin importar que se afecten los derechos constitucionales que favorecen al administrado. El hecho de interponer una reclamación en sede administrativa no extingue el derecho que tiene el recurrente a plantear las acciones jurisdiccionales correspondientes para de esa forma hacer vales sus derechos, así lo manifiesta el Art. 31 del Código Orgánico de la Función Judicial, mismo que textualmente señala lo siguiente: “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.”¹²⁴ En sede administrativa la autoridad que promulgo el acto impugnado tiene la oportunidad de rectificar dicho error, acción que no implica la renuncia a poder entablar las acciones judiciales ante el Tribunal Contencioso Administrativo correspondiente;

¹²⁴ Código Orgánico de la Función Judicial.

La segunda forma es a través de la concurrencia por parte del administrado al órgano judicial correspondiente, siendo en este caso el Tribunal Contencioso Administrativo, para de esa forma demandar la declaratoria de nulidad del acto impugnado para de esa forma dejar las cosas en igual estado como antes del nacimiento del acto administrativo lesivo. La Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en el Art. 1 dispone que: “El recurso contencioso-administrativo puede interponerse por las personas naturales o jurídicas contra los reglamentos, actos y resoluciones de la Administración Pública o de las personas jurídicas semipúblicas, que causen estado, y vulneren un derecho o interés directo del demandante.”¹²⁵ El recurso contencioso-administrativo puede interponerse por las personas naturales o jurídicas contra los reglamentos, actos y resoluciones de la Administración Pública o de las personas jurídicas semipúblicas, que causen estado, y vulneren un derecho o interés directo del demandante. El recurso Contencioso Administrativo solamente puede promoverse contra un acto o un hecho administrativo, la resolución que se impugna por el recurso debe haber sido dictada por la administración pública y que esta haya obrado como tal, es decir como entidad administrativa.

¹²⁵ Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

El Art. 3 de la Ley ibídem establece que: “El recurso contencioso-administrativo es de dos clases: de plena jurisdicción o subjetivo, y de anulación u objetivo.”¹²⁶

El recurso de plena jurisdicción o subjetivo ampara un derecho subjetivo del recurrente, presuntamente negado, desconocido o no reconocido total o parcialmente por el acto administrativo de que se trata.

El recurso de anulación, objetivo o por exceso de poder, tutela el cumplimiento de la norma jurídica objetiva, de carácter administrativo, y puede proponerse por quien tenga interés directo para deducir la acción, solicitando al Tribunal la nulidad del acto impugnado por adolecer de un vicio legal

4.3.1.2. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Con respecto de la temática planteada al inicio de esta Tesis la Ley de Contratación pública dispone la siguiente normativa:

El Art. 4 del cuerpo normativo antes señalado manifiesta que:

Art. 4: “Para la aplicación de esta Ley y de los contratos que de ella deriven, se observarán los principios de legalidad, trato justo, igualdad,

¹²⁶ Ibidem

calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad; y, participación nacional.”¹²⁷

El principio de Legalidad establece que solo puede hacerse todo aquello que está previsto en la Ley. Por lo que debe entenderse que al hablar de los procedimientos precontractuales y contractuales; las actuaciones que se desprendan de estos deben ceñirse estrictamente a las disposiciones legales de la materia, además de las disposiciones Constitucionales y demás cuerpos legales pertinentes.

Al referirse al trato justo e igualdad establece que debe darse el mismo trato a todos los oferentes; no pueden existir tratos preferenciales para ciertas personas. La calidad está dada por criterios de eficiencia y calidad en la contratación pública; es decir que las obras, bienes o servicios que se contraten, deben ser de calidad a un mejor precio sin que el Estado deba gastar exorbitantes cantidades de dinero para que las obras de uso común para los administrados sean excelente calidad y que tengan un mayor tiempo de vida útil. La vigencia tecnológica está vinculada e impone la obligación de que la Ley Orgánica del Sistema Nacional Contratación Pública, establezca procedimientos precontractuales acordes con los avances tecnológicos de la humanidad extendiéndose esta concepción a que los procesos de contratación deben realizarse

¹²⁷ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

utilizando avances tecnológicos en este caso por intermedio del denominado portal de compras públicas.

La oportunidad se refiere a que los procedimientos precontractuales deben ser ágiles y rápidos es decir que la entidad contratante al contratar obras, bienes o servicios, busca satisfacer directa o indirectamente satisfacer una necesidad jurídica. La concurrencia es de gran importancia dentro de la contratación pública, puesto que dentro de un proceso precontractual debe contarse con el mayor número de oferentes posibles; a mayor número de oferentes la entidad contratante podrá contar con mayor cantidad de ofertas de entre las cuales se determinara cual es la más conveniente para os interés de la Institución y del Estado.

La transparencia permite a la ciudadanía conocer de los procedimientos de contratación que llevan delante las entidades contratantes, garantizando con esto el debido control social en la actividad pública, para de esta forma utilizar de mejor forma la inversión pública. El principio de publicidad se cumple cuando la entidad contratante publica en el Portal de Compras Públicas todo el procedimiento precontractual, para de esta forma la ciudadanía pueda tener acceso a dicha información y pueda ver el valor por el cual se contrató la obra, a quien se le fue adjudicada, detalles de la oferta económica, y más. Finalmente el principio de participación nacional propende beneficiar a los proveedores locales

sobre los nacionales además de fomentar la participación de las micro y pequeñas empresas.

Así también el Art. 9 de cuerpo legal *ibídem* manifiesta que son objetivos prioritarios del Estado, en materia de contratación pública, los siguientes:

Art. 9: “Son objetivos prioritarios del Estado, en materia de contratación pública, los siguientes:

- 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;
- Agilizar, 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 Sistema Nacional de Contratación Pública.”¹²⁸

El garantizar la calidad del gasto público significa no solo lograr un bajo precio en las obras que ejecute el Estado, o en los bienes o servicios que este adquiera, sino que esas obras, bienes o servicios sean de calidad, cumplan con estándares o normas que acrediten su funcionalidad, pues de que sirve que el estado adquiera cierta clase de suministros y un precio ultra económico, si al cabo de poco tiempo ese suministro deberá ser desechado por la mala calidad de este. Lo que se pretende es que el

¹²⁸ Ibidem.

estado adquiera bienes y servicios y ejecute obras de calidad y que estén al servicio de los administrados para que de esta forma no deba incurrir en un doble gasto.

Con respecto a este comentario el Art. 6 numeral 18 del mismo cuerpo legal manifiesta que “el mejor costo en obras, en bienes o servicios no normalizados”¹²⁹ exige que la oferta ofrezca a la entidad contratante mejores condiciones presentes y futuras, en los aspectos técnicos, financieros y legales, condiciones que van a favorecer a la entidad contratante, pues el oferente puede ampliar la garantía dada a ciertos productos, mayor calidad, implementación de técnicas científicas y de mejor calidad en la ejecución de ciertas obras entre otras. El mismo artículo termina diciendo que el precio más bajo sea el único parámetro de calificación. Pues de que sirve que gane la oferta más baja si el adjudicatario no cuenta con la debida experiencia en obras similares, o no cuenta con la capacidad operativa necesaria para el correcto desarrollo del contrato.

Garantizar la transparencia en el desarrollo de todo proceso precontractual, adjudicación y en si en todos los trámites desde la planificación de la realización de una obra pública hasta la adjudicación de la misma, es otro de los objetivos del Estado y de la Ley Orgánica del

¹²⁹ Ibidem

Sistema Nacional de Contratación Pública. Con esto se logrará incentivar a los proveedores a que se inscriban en el Registro Único de Proveedores debiendo la entidad contratante garantizar la participación de todos los participantes y que estos sean confiables; como resultado de esta libertad de participación en la adjudicación de los contratos públicos se generará un ambiente competitivo entre los proveedores lo que provocará un mejor mercado en donde el Estado tendrá que contratar con aquel proveedor más favorable a los intereses Institucionales y Estatales.

Esta dinamización del mercado generará mayor fuentes de trabajo, así como otorgará mayores beneficios a los micro y pequeños proveedores de una circunscripción territorial, puesto que la Administración es uno de los principales inversores dentro de un Estado, ya que la inversión y adquisición de bienes y obras públicas implica una inversión cuantiosa.

El Art. 10 numeral 1 del mismo cuerpo normativo dispone: “Asegurar y exigir el cumplimiento de los objetivos prioritarios del Sistema Nacional de Contratación Pública.”¹³⁰

Esta es una atribución que la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación pública posee, e implica que este debe ser el principal veedor del cumplimiento de las disposiciones que en esta se encuentran

¹³⁰ Ibidem.

contempladas. Entre estas se debe mencionar que los procesos de contratación sean públicos, se lleven con total transparencia, que no se discriminen a ciertos proveedores por cualesquiera que fueren las causas, e inclusive se debe considerar que este organismo está llamado a revisar las actuaciones de las entidades contratantes y esta revisión debería tener el carácter de vinculante, pues la transparencia y el interés público están sobre los intereses particulares que pueda tener cierta persona en que se le adjudique cierto contrato a un determinado contratista.

Con respecto a la temática planteada en la presente tesis referente a **“LAS IMPUGNACIONES EN LOS CONTRATOS PÚBLICOS Y LA IMPLEMENTACIÓN DE UNA UNIDAD ESPECIALIZADA QUE LAS ANALICE.”** la ley Orgánica del Sistema Nacional de contratación Pública dispone lo siguiente:

Con respecto a las reclamaciones el Art. 102 inciso primero y el Art. 103 establece que:

Art. 102: “Los oferentes que se consideren afectados por actos administrativos emitidos por las entidades previstas en el artículo 1 de la presente Ley por asuntos relacionados con su oferta, respecto al trámite precontractual o de la adjudicación, tendrán el derecho de presentar las

reclamaciones y los recursos administrativos de los que se crean asistidos, de conformidad con la Ley.”¹³¹

Art. 103: “Exclusivamente para deducir la impugnación prevista en esta Ley, los oferentes tendrán el término de cinco (5) días contados desde la notificación de la adjudicación, la Entidad Contratante en el término de cinco (5) días calificará el recurso como procedente o mandará a ampliarlo, debiendo expedir, de manera motivada, su resolución en un término no mayor a quince (15) días contados a partir de la providencia de calificación del recurso presentado.”

De la normativa descrita se establece tres aspectos por los cuales el oferente puede reclamar; estos son:

- ❖ Por asuntos relacionados con su oferta.
- ❖ Respecto del trámite precontractual; y,
- ❖ Con respecto de la adjudicación.

Además concluye diciendo que el oferente puede presentar las reclamaciones y recursos administrativos que el considere asistidos de conformidad con la Ley. Derecho que además se encuentra dispuesto en la Constitución del Estado. Los recursos en sede administrativa

¹³¹ Ibidem.

contemplados en la doctrina y en el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva son: reposición, apelación y extraordinario de revisión. La misma Ley establece que en el caso de disputas entre las partes podrán resolver sus disputas mediante procesos de mediación y arbitraje o su vez el proceso se lo ventilará ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo.

Con respecto a la suspensión del acto impugnado el Art. 102 inciso segundo del mismo cuerpo legal dispone que:

Inciso 2: “La reclamación o recurso presentado no suspende la ejecución del acto impugnado.”¹³²

Esta suspensión del acto administrativo impugnado es la regla común dentro de la Legislación Ecuatoriana, mas, hay que considerar que la Constitución garantiza la aplicación de medidas cautelares en el caso de violentación de derechos del Administrado.

Con respecto de quien resuelve la impugnación realizada el inciso tercero del Art. 102 manifiesta:

¹³² Ibidem.

Inciso 3: “De la resolución que tome la entidad se podrá presentar demanda contencioso administrativa.”¹³³

Disposición que es clara y determina que quien resuelve dicha impugnación será la entidad que emitió el acto administrativo, en este caso la autoridad quien declaro como ganador a un determinado oferente dentro de un concurso público. Mas como analizaba anteriormente la temática, es necesario que quien resuelva tal impugnación debería ser una entidad diferente a quien emitió dicho acto, para de esta forma salvaguardar los intereses del Estado y de la Sociedad, y así de esta forma no favorecer a ciertos contratistas; haciendo que los procesos de contratación sean más transparentes, logrando así también una verdadera economía en la ejecución de obra pública así como en la adquisición de bienes y servicios.

Es casi imposible, encontrar una autoridad que reconozca su propio error, para esto y para salvaguardar los intereses estatales y sociales considero que quien debería resolver estas impugnaciones es una unidad diferente de quien emitió el acto de adjudicación y demás preparatorios hasta llegar a la misma, la que deberá estar adscrita al Instituto Nacional de Compras Públicas y resolverá en un término prudencial dicha impugnación para lo cual se deberá suspender provisionalmente todo acto u hecho que

¹³³ Ibidem.

conlleven a la suscripción del contrato y a la ejecución material del mismo. Puesto que, al Estado garantizar un sin número de derechos al oferente como: legalidad, transparencia, trato justo, igualdad, entre otros, la suspensión provisional del acto impugnado sería la forma eficaz de no perjudicar al contratista reclamante ni al Estado como tal, ya que dado el caso, que no se suspenda la ejecución de tal acto y que tal reclamación pase al órgano jurisdiccional correspondiente para que este decida sobre tal y siendo favorable tal reclamación; la acción del Estado ante tal hecho debe ser reparatoria para el oferente perjudicado debido al perjuicio que le causo al perjudicado por la no adjudicación correcta de un contrato.

El Art. 3 numeral 8 de la Constitución de la República establece que es un deber primordial del Estado garantizar a todos los administrados, “una cultura de paz, a la seguridad integral y vivir en una sociedad democrática libre de corrupción”¹³⁴. Entonces al adjudicarse un contrato de forma indebida no solo se lesionan derechos e intereses del oferente perjudicado o del Estado, sino que se atenta contra la seguridad jurídica de toda la sociedad en general, puesto que el Estado no protege el derecho a contar con una sociedad y una administración libre de corrupción en donde imperan intereses particulares y no intereses sociales. Lo mismo ocurre al momento de que la administración resuelve un recurso administrativo presentado por un oferente perjudicado, cuando

¹³⁴ Constitución de la República del Ecuador.

un contrato ha sido adjudicado de forma irregular inobservando los más elementales principios del derecho y sobre todo vulnerando derechos constitucionales que facultan a los administrados a gozar de una administración libre de corrupción, que vele por el bienestar común de toda la ciudadanía y en el caso de la contratación pública que adjudique contratos con total transparencia para de esa forma lograr bienes de calidad a un bajo precio y de esa forma la administración pueda lograr su objetivo primordial que es lograr el bienestar común y en especial de los grupos vulnerables.

4.3.1.3. Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

El Art. 150 inciso segundo con respecto a las reclamaciones dispone:

Inciso 2: “En las reclamaciones los oferentes podrán petitionar o pretender:

- ❖ La formulación de observaciones, consideraciones, y reservas de derechos, cuando se impugnen los actos de simple administración; y,
- ❖ La enmienda, derogación, modificación o sustitución total o parcial de actos administrativos relacionados con los procedimientos de contratación en los que intervengan.”¹³⁵

¹³⁵ Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Para este objeto se tiene presente las tres causas por las cuales se puede presentar cualquier reclamación o interponer alguno de los recursos administrativos que las Leyes pertinentes lo permitan.

Más adelante el mismo artículo dispone que toda reclamación, deberá ser propuesta ante el órgano autor del hecho, comportamiento u omisión u emisor del acto administrativo a impugnar.

El Art. 151, del mismo cuerpo normativo dispone:

Art. 151: “Las resoluciones que atiendan los reclamos podrán ser recurridas en recurso de reposición ante el propio órgano que las expidió.

Son susceptibles de este recurso los actos administrativos que afecten derechos subjetivos directos del oferentes.”¹³⁶

Al hablar de vulneración de los derechos del oferente se puede considerar a estos los siguientes: trato justo, igualdad, transparencia y a reclamar e impugnar todos los actos que afecten al oferente y sean emitidos con notable violentación al principio de legalidad, en virtud de lo establecido en la Constitución de la República y demás cuerpos normativos pertinentes.

Finalmente el Art. 158 del reglamento *Ibidem* ratifica y dispone que:

¹³⁶ *Ibidem*.

Art. 158: “La interposición de cualquier reclamo o recurso no suspenderá la ejecución del acto impugnado, salvo decisión en contrario de la autoridad.”¹³⁷

Disposición analizada anteriormente, de la que se resalta la parte final que faculta a la autoridad el poder de suspender la ejecución del acto impugnado. Disposición mantenida en el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva y que será analizada más adelante.

4.3.1.4. Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva.

Con respecto de las impugnaciones este cuerpo normativo en el título denominado DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, en el Art. 77 dispone:

Art. 77: “Las diferentes manifestaciones jurídicas que han intervenido en la formación y ejecución de un contrato administrativo son susceptibles de ser impugnadas en sede administrativa o judicial de conformidad con este estatuto y la ley respectiva.”¹³⁸

Una vez más, ratificando el derecho a que tiene el interesado u oferente en realizar las reclamaciones pertinentes a las cuales se creyere asistido.

¹³⁷ *Ibidem*

¹³⁸ Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función ejecutiva

Pero esta normativa no hace referencia a las tres causas por las que se puede presentar reclamación en sede administrativa y judicial, causas relacionadas con la oferta respecto al trámite precontractual, o con respecto al trámite precontractual; sino que este cuerpo normativo va mucho más allá al establecer que todas las diferentes manifestaciones que han intervenido en la formación y ejecución de un contrato administrativo serán susceptibles de impugnaciones tanto en sede administrativa como en sede judicial, por lo que se supone que serán impugnables inclusive aquellos actos de simple administración puesto que así lo establece el Art. 77 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. .

Con respecto a los reclamos y recursos administrativos el Art. 172 dispone lo siguiente:

Art. 172: “En las reclamaciones los interesados podrán petitionar o pretender:

- a) La formulación de observaciones, consideraciones y reservas de derechos, cuando se impugnaren los actos de simple administración;
- b) La cesación del comportamiento, conducta o actividad; y,
- c) La enmienda, derogación, modificación o sustitución total o parcial de actos normativos o su inaplicabilidad al caso concreto.

En cuanto a la tramitación de una reclamación, ésta debe ser presentada ante el órgano autor del hecho, comportamiento u omisión; emisor del acto normativo; o ante aquél al cual va dirigido el acto de simple Administración. El órgano puede dictar medidas de mejor proveer, y otras para atender el reclamo.”¹³⁹

Como manifestamos anteriormente dicha reclamación deberá ser analizada y resuelta por la autoridad o funcionario que emitió el acto que se impugna, en donde sigo dejando claro mi criterio ante esta disposición, puesto al ser la Contratación Pública un sector estratégico, dinamizador de la economía de un Estado este debe propender a dar mayores seguridades ante estas reclamaciones; dada la existencia de conflictos de intereses que pudiera existir dentro de la entidad contratante. De esta forma se propondrá a asegurar al administrado y garantizar un equitativo, justo y legal proceso de contratación.

Con respecto a la competencia el Art. 84 de la norma *Ibidem* manifiesta:

Art. 84: “La competencia administrativa es la medida de la potestad que corresponde a cada órgano administrativo. La competencia es irrenunciable y se ejercerá por los órganos que la tengan atribuida como

¹³⁹ *Ibidem*.

propia, salvo los casos de delegación o avocación, cuando se ejerzan en la forma prevista en este estatuto.”¹⁴⁰

Entre estas competencias que tiene cada órgano administrativo está el resolver todos aquellos actos que emitió y que fueren impugnados; más en materia de contratación debido al interés público que existe considero que va a existir un tratamiento especial, ya que el adjudicar un contrato con notables actos de corrupción, y sin observancia a los principios de legalidad, trato justo, no discriminación, entre otros, aparte de perjudicar al oferente quien más se perjudica es el Estado, puesto que puede existir sobreprecio en la ejecución del contrato o a su vez que a quien se le adjudica dicho contrato no tenga la suficiente capacidad tanto técnica como financiera para que pueda ejecutar de forma correcta dicha obra.

Con respecto de la suspensión del acto impugnado la presente normativa dispone:

Art. 189: “1. La interposición de cualquier recurso, excepto en los casos en que una disposición establezca lo contrario, no suspenderá la ejecución del acto impugnado.

2. No obstante lo dispuesto en el numeral anterior, el órgano a quien compete resolver el recurso, previa ponderación, suficientemente

¹⁴⁰ Ibidem.

razonada, entre el perjuicio que causaría al interés público o a terceros dispondrá la suspensión y de oficio o a solicitud del recurrente suspenderá la ejecución del acto impugnado cuando la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación. Si el recurso se fundamenta en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 130 de este estatuto, la ejecución del acto se suspenderá inmediatamente con la presentación del recurso.

3. La ejecución del acto impugnado se entenderá suspendida si transcurridos quince días desde que la solicitud de suspensión haya sido presentada ante el registro del órgano competente para decidir sobre la misma, éste no hubiese dictado resolución expresa al respecto.

4. La suspensión se prolongará después de agotada la vía administrativa y los efectos de ésta se extenderán a la vía contencioso - administrativa. Si el interesado interpusiera acción contencioso administrativa, la administración se abstendrá de ejecutar el acto impugnado hasta que se produzca el correspondiente pronunciamiento judicial sobre la solicitud. Para lo cual, una vez interpuesta la acción contencioso administrativa, el órgano de la Administración Central se abstendrá de ejecutar el acto sobre el cual dispuso su suspensión hasta la finalización de la vía judicial.

5. Cuando el recurso tenga por objeto la impugnación de un acto administrativo que afecte a una pluralidad indeterminada de personas, la

suspensión de su eficacia beneficiará incluso a quienes no hubieren recurrido del acto.”¹⁴¹

La intensión con el desarrollo de la temática de investigación planteada, es que en materia de contratación pública la interposición de alguna reclamación o de algún recurso administrativo se constituya como regla general la suspensión provisional del acto impugnado hasta que en un término no mayor a 15 días una entidad especializada analice y se pronuncie acerca de la reclamación realizada o decida sobre recurso administrativo planteado. De esta forma como lo dije se evitará que se encuentren de manifiesto conflictos de interés que pudiera tener la autoridad que adjudica un contrato público.

4.3.1.5. Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada y su respectivo Reglamento

Con respecto de la motivación este cuerpo normativo dispone:

Art. 31: “Todos los actos emanados de los órganos del Estado, deberán ser motivados. La motivación debe indicar los presupuestos de hecho y las razones jurídicas que han determinado la decisión del órgano, en relación con los resultados del procedimiento previo. La indicación de los

¹⁴¹ Ibidem.

presupuestos de hecho no será necesaria para la expedición de actos reglamentarios.”¹⁴²

Así también el Art. 20 del Reglamento Sustitutivo del Reglamento General de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada dispone:

Art. 20: “De conformidad con el artículo 38 de la Ley de Modernización los actos que emanen de un órgano del Estado y que no se encuentren debidamente motivados se considerarán como actos violatorios de ley.

La motivación de una decisión, resolución o fallo debe comprender tanto los antecedentes o presupuestos de hecho y las razones jurídicas que la determinaron. Tanto los unos como los otros deberán constar en el documento u oficio en que se materialice la decisión de manera que los interesados los puedan conocer directamente.”¹⁴³

Con lo transcrito queda evidenciado que la motivación es una cuestión preponderante dentro del derecho, puesto que todo acto administrativo, resolución, reclamo, recurso, debe estar plenamente motivado, exponiendo claramente argumentos tanto de hecho como de derecho que

¹⁴² Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada.

¹⁴³ Reglamento Sustitutivo del Reglamento General de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada

expliquen los motivos por qué de una resolución, acto administrativo, o sobre la decisión de la resolución de una reclamación o recurso.

Con respecto a la formación, extinción o reforma de los actos administrativos el Art. Innumerado de la Ley ibídem manifiesta:

Art. ...“La formación, extinción y reforma de los actos administrativos de las instituciones de la Función Ejecutiva, se regirán por las normas del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva.”¹⁴⁴

Disposición que hace entender que aunque en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública no se encuentre plenamente establecidos los recursos en sede administrativa, a que el oferente puede plantear, más en virtud de esta norma se puede interponer aquellos recursos contemplados y determinados en el Estatuto del Régimen Administrativo de la Función Ejecutiva y de esta forma no dejar en estado de indefensión al oferente reclamante. La norma antes citada concuerda con lo manifestado en el Art. 2 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva en donde manifiesta que dicha norma es aplicable a todas las Instituciones y entidades que conforman la Función Ejecutiva, determinando además que la aplicación de las

¹⁴⁴ Ibidem.

disposiciones contenidas en este Estatuto es supletorio en aquellas materias no reguladas por la Ley y Reglamentos Especiales.

El Art. 38 de la misma Ley de Modernización del Estado en su parte pertinente establece:

Art. 38“....No se exigirá como requisito previo para iniciar cualquier acción judicial contra las entidades del sector público la proposición del reclamo y agotamiento en la vía administrativa. Empero, de iniciarse cualquier acción judicial contra alguna institución del sector público, quedará insubsistente todo reclamo que sobre el mismo asunto se haya propuesto por la vía administrativa.”¹⁴⁵

Por lo que la interposición del reclamo administrativo ante la autoridad que emite el acto lesivo es potestativo del reclamante pudiendo comparecer directamente en Juicio Contencioso Administrativo.

4.3.1.6. Ley de la Procuraduría General del Estado.

Al ser la Procuraduría General del Estado un órgano de control encargado de ejercer el patrocinio del estado y de sus Instituciones en toda clase de procesos que se plantee en contra de este es importante analizar la normativa existente con respecto del tema de tesis planteado.

¹⁴⁵ Ibidem.

El Art. 13 inciso sexto de la Ley de la Procuraduría General del Estado dispone:

Art. 13 inciso 6: “En todo caso, al emitir sus pronunciamientos, el Procurador General del Estado está obligado, bajo las responsabilidades previstas en la Constitución Política de la República y la ley, a precautelar el control de la legalidad de los actos del sector público y los intereses del Estado.”¹⁴⁶

El artículo citado hace referencia a la absolución de consultas, dado que este Órgano Estatal podrá asesorar y absolver consultas Jurídicas las mismas que tendrán el carácter de vinculante, puesto que este órgano vela por los intereses Estatales además de precautelar y controlar los actos del sector público. Pero esta defensa de los intereses del Estado no puede irse en contra de los derechos que poseen los administrados y en el caso que me corresponde a los oferentes dentro de un proceso de contratación, puesto que en algunos casos el accionar de la Procuraduría es reprochable, pues lo que intenta es ocultar una ilegalidad poniéndose de parte de la entidad que emitió un acto contrario a Derecho. El accionar de la procuraduría debe ser imparcial en donde se priorice la defensa de los derechos del administrado ante una ilegalidad que cometió un órgano del Estado por sobre los intereses del Estado.

¹⁴⁶ Ley de la Procuraduría General del Estado.

La Disposición General Séptima manifiesta que “El Procurador General del Estado podrá solicitar de las autoridades, funcionarios, organismos, entidades, o dependencias del sector público, la rectificación o modificación de los actos o contratos que se hubieren adoptado con violación de la Constitución de la República o de la ley.”¹⁴⁷ Esto para salvaguardar los intereses del Estado y así estas malas decisiones administrativas no perjudiquen en forma más grave al mismo, puesto que al ser un Organismo que vela y protege los interés del Estado propende a que toda actuación administrativa se desarrolle en virtud de los dispuesto en el principio de legalidad.

4.3.2. Legislación Comparada.

“La expresión legislación comparada es sinónimo de Derecho Comparado. El Derecho Comparado, se basa en la comparación normativa de las distintas soluciones que ofrecen los diversos ordenamientos jurídicos para los mismos casos o problemas jurídicos planteados. El derecho comparado es una disciplina que confronta las semejanzas y las diferencias de los diversos sistemas jurídicos vigentes en el mundo con el propósito de comprender y mejorar el sistema jurídico de un determinado país.

El derecho comparado obedece a que el ordenamiento jurídico difiere de un país a otro. Así, su estudio es necesario para apreciar

¹⁴⁷ Ibidem.

tanto las diferencias y las semejanzas como los defectos y los aciertos de ese orden, esto con el fin de perfeccionar las instituciones de un país y, por ende, su sistema jurídico.”

4.3.2.1. Con respecto a la suspensión provisional del acto impugnado.

- Con respecto a esta temática la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, publicada en el Diario oficial de la Federación el 4 de Agosto de 1004 y reformada el 09 de Abril del 2012, de los Estados Unidos Mexicanos, en el Art 87 dispone:

Art. 87: “La interposición del recurso suspenderá la ejecución del acto impugnado, siempre y cuando:

- I. Lo solicite expresamente el recurrente;
- II. Sea procedente el recurso;
- III. No se siga perjuicio al interés social o se contravengan disposiciones de orden público;
- IV. No se ocasionen daños o perjuicios a terceros, a menos que se garanticen éstos para el caso de no obtener resolución favorable; y
- V. Tratándose de multas, el recurrente garantice el crédito fiscal en cualesquiera de las formas prevista en el Código Fiscal de la Federación.

La autoridad deberá acordar, en su caso, la suspensión o la denegación de la suspensión dentro de los cinco días siguientes a su interposición, en cuyo defecto se entenderá otorgada la suspensión.”¹⁴⁸

En este caso la petición del solicitante suspenderá provisionalmente la ejecución del acto administrativo, es lógico que para este objetivo el peticionario fundamente en forma adecuada su queja o reclamación pues en el caso de que no se suspenda el daño podrá ser mayor para el administrado reclamante.

La norma exige que la petición tiene que ser resuelta por la autoridad competente en un término no mayor a 5 días, disposición que exige la celeridad de las actuaciones administrativas con respecto del acto que se impugna.

- Las normas de Procedimiento Administrativo de la República Argentina con respecto a la suspensión del acto administrativo manifiestan:

Art. 86: “Toda decisión administrativa final, interlocutoria o de mero trámite que lesione un derecho o interés legítimo de un administrado o importe una transgresión de normas legales o reglamentarias o adolezca de vicios

¹⁴⁸ <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/112.pdf>

que la invalidan, es impugnabile mediante los recursos establecidos en este capítulo.”¹⁴⁹

Disposición muy amplia pues establece que será sujeto de impugnación toda decisión administrativa final, interlocutoria o de mero trámite, siempre y cuando hayan sido dictadas en discordancia del procedimiento legal, constituyéndose es ese momento en un acto u hecho de nulidad absoluta, dada su falta de legalidad en su emisión.

Art. 88: “Los recursos deberán proveerse y resolverse cualquiera sea la denominación que el interesado les dé, cuando resulte indudable su impugnación o disconformidad con el acto administrativo.”¹⁵⁰

Determinando la responsabilidad del órgano Estatal aceptar, analizar y resolver el recurso interpuesto por el administrado y resolver en base al argumento y requerimiento del mismo, esta resolución deberá ser motivada, argumentando elementos de convicción plenos tanto de hecho como de derecho para sustentar la aceptación o negación de dicho recurso.

El numeral 2 del Art 98 establece que la interposición del recurso tiene por objeto “facultar a la administración a suspender la ejecución del acto

¹⁴⁹ <http://www.gob.gba.gov.ar/legislacion/legislacion/l-7647.html>

¹⁵⁰ *Ibidem*.

impugnado cuando el interés público lo aconseje o la petición del interesado invoque fundadamente perjuicio irreparable.”¹⁵¹

El pronunciamiento sobre la suspensión de la ejecución del acto, supone una valoración comparativa entre dos bienes jurídicamente protegibles como son: primero el necesario cumplimiento de la función pública; y segundo la intangibilidad de los derechos y el patrimonio del interesado. Esta suspensión es de carácter provisorio y cautelar, hasta que la autoridad que emitió el acto jurídico impugnado o el órgano judicial competente se pronuncie sobre tal impugnación.

4.3.2.2. Con respecto a quien resuelve las impugnaciones dentro de los contratos públicos

La Ley de Contratación Pública de Chile dispone:

Art. 22.- “Créase un tribunal, denominado "Tribunal de Contratación Pública", que tendrá su asiento en Santiago. El Tribunal estará integrado por tres abogados designados por el Presidente de la República, con sus respectivos suplentes, previas propuestas en terna hechas por la Corte Suprema. Las ternas serán formadas sucesivamente, tomando los nombres de una lista, confeccionada especialmente para tal efecto por la Corte de Apelaciones de Santiago, a través de concurso público. En la

¹⁵¹ Ibidem.

señalada lista sólo podrán figurar abogados que sean chilenos; se hayan destacado en la actividad profesional o universitaria; acrediten experiencia en la materia, y tengan no menos de diez años de ejercicio profesional o hayan pertenecido al Escalafón Primario del Poder Judicial, siempre y cuando hubieran figurado durante los últimos cinco años en Lista Sobresaliente. En ningún caso, podrán figurar en las ternas aquellos profesionales que hayan sido separados de sus cargos como funcionarios judiciales, sea en la calificación anual o en cualquier otra oportunidad.”¹⁵²

Tribunal que se encargara de resolver las impugnaciones realizadas por los oferentes, en sede administrativa; lo que se pretende con la creación de este tribunal es que no exista parcialidad en las resoluciones emitidas por una autoridad ante una reclamación o impugnación dentro de un proceso de contratación, de esta forma el Estado chileno otorga mayores seguridades jurídicas a los oferentes dentro de un proceso de contratación y transparenta la inversión pública mediante procesos de contratación transparentes, lícitos, acorde a las necesidades del Estado y de los administrado.

Entre las atribuciones que posee el Tribunal están:

¹⁵²http://www.chilecompra.cl/index.php?option=com_phocadownload&view=category&id=10&Itemid=548

Art. 24.- “El Tribunal será competente para conocer de la acción de impugnación contra actos u omisiones, ilegales o arbitrarios, ocurridos en los procedimientos administrativos de contratación con organismos públicos regidos por esta ley.”¹⁵³

Además esta ley explica que tal impugnación procederá contra cualquier acto u omisión ilegal o arbitrario que tenga lugar entre la aprobación de las bases de la respectiva licitación y su adjudicación, ambos inclusive. Concordando con lo establecido en Ley Orgánica del Sistema nacional de Contratación Pública ecuatoriana, dado que esta Ley admite reclamación en base a tres aspectos fundamentales como son: por asuntos relacionados con la oferta, con respecto al trámite precontractual o con respecto a la adjudicación. Siento la diferencia que en este caso la impugnación realizada la realiza un órgano distinto de quien realiza en proceso precontractual y de adjudicación en si quien emite el acto de adjudicación, en cambio en la legislación ecuatoriana lo realiza la autoridad que emite el acto administrativo.

Así también la Ley de Contratos del Sector Público de España en el Art. 41 dispone: “En el ámbito de la Administración General del Estado, el conocimiento y resolución de los recursos a que se refiere el artículo anterior estará encomendado a un órgano especializado que actuará con

¹⁵³ Ibidem

plena independencia funcional en el ejercicio de sus competencias. Este Tribunal conocerá también de los recursos especiales que se susciten de conformidad con el artículo anterior contra los actos de los órganos competentes del Consejo General del Poder Judicial, del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Cuentas.

A estos efectos se crea el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales que estará adscrito al Ministerio de Economía y Hacienda y compuesto por un Presidente y un mínimo de dos vocales. Reglamentariamente podrá incrementarse el número de vocales que hayan de integrar el Tribunal cuando el volumen de asuntos sometidos a su conocimiento lo aconseje. ...”¹⁵⁴

En virtud de los que establece esta normativa se debe conocer el contenido del anterior artículo, ante esto el Art. 40 del referido cuerpo normativo dispone:

Art. 40. “Serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación previo a la interposición del contencioso-administrativo, los actos relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran a los siguientes tipos de contratos que pretendan concertar las

¹⁵⁴ <http://www.boe.es/boe/dias/2011/11/16/pdfs/BOE-A-2011-17887.pdf>

Administraciones Públicas y las entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores:

- 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 193.000 euros y c) 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.

Serán también susceptibles de este recurso los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 17.

2. Podrán ser objeto del recurso los siguientes actos:

- 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.

Sin embargo, no serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación los actos de los órganos de contratación dictados en relación con las modificaciones contractuales no previstas en el pliego que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 105 a 107, sea preciso realizar una vez adjudicados los contratos tanto si acuerdan como si no la resolución y la celebración de nueva licitación.

3. Los defectos de tramitación que afecten a actos distintos de los contemplados en el apartado 2 podrán ser puestos de manifiesto por los interesados al órgano al que corresponda la instrucción del expediente o al órgano de contratación, a efectos de su corrección, y sin perjuicio de que las irregularidades que les afecten puedan ser alegadas por los interesados al recurrir el acto de adjudicación.

4. No se dará este recurso en relación con los procedimientos de adjudicación que se sigan por el trámite de emergencia regulado en el artículo 113 de esta Ley.

5. No procederá la interposición de recursos administrativos ordinarios contra los actos enumerados en este artículo, salvo la excepción prevista en el siguiente con respecto a las Comunidades Autónomas.

Los actos que se dicten en los procedimientos de adjudicación de contratos administrativos que no reúnan los requisitos del apartado 1, podrán ser objeto de recurso de conformidad con lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

6. El recurso especial regulado en este artículo y los siguientes tendrá carácter potestativo.”¹⁵⁵

¹⁵⁵ Ibidem.

5. MATERIALES Y MÉTODOS

Para la realización de la Tesis, me he servido de los distintos materiales, métodos, procedimientos y técnicas que la investigación científica proporciona, los mismos que permiten descubrir, sistematizar, enseñar y ampliar nuevos conocimientos.

Los materiales empleados para el desarrollo del presente trabajo investigativo, han sido obtenidos de diversas formas y clases; la recopilación literaria se la realizó en base a diversas fuentes bibliográficas de autores reconocidos tales como: Roberto Dromi (Derecho Administrativo, La Licitación Pública); Agustín Gordillo (Tratado de Derecho Administrativo); Antonio Pérez, Daniel López, José Luis Aguilar (Manual de Contratación Pública); Marco Morales Tobar (Manual de Derecho Procesal Administrativo); Hernán Jaramillo; Guillermo Cabanellas, entre otros. El internet fue una de las herramientas primordiales que me permitieron recopilar información para el desarrollo del Marco Conceptual y el Marco Doctrinario, así como para recopilar y localizar Leyes tanto nacionales como extranjeras necesarias para realizar un análisis comparativo con la Legislación Nacional. De la misma forma fue indispensable la utilización de materiales de oficina tales como: papel bond, esferográficos, computadora, impresora; así también la utilización de fichas tanto bibliográficas como nemotécnicas fue requerida

para el levantamiento de información y de esta forma estructurar el presente informe final de Tesis de Grado.

La utilización de **Método Científico**, fue el instrumento adoptado como método general del conocimiento, mismo que me permitió llegar al conocimiento de los fenómenos que se producen en la sociedad, mediante la conjugación de la reflexión comprensiva y el contacto directo con la realidad objetiva.

El **Método Deductivo**, partiendo de conocimientos generales me ayudo al tratamiento del problema de una manera general, para así examinar la Contratación Pública y la factibilidad de que una institución especializada analice las reclamaciones e impugnaciones en sede administrativa. El método Inductivo nos permitió primero conocer la realidad del problema partiendo de casos particulares a casos generales y de esta manera analizar los pensamientos de varios tratadistas que se refieren al tema del presente trabajo y de esta forma corroborar o discrepar sobre la existencia o no del problema planteado con relación al título del presente trabajo de Tesis. La investigación fue documentada, utilizando los instrumentos tecnológicos que se encuentren al alcance, y además fue comparativa, de esta manera logre encontrar normas jurídicas comunes en el ordenamiento jurídico, nacional e internacional, para encontrar sus relaciones, diferencias o semejanzas.

Los procedimientos de **observación, análisis, síntesis y dialogo** fueron los que me permitieron realizar la investigación jurídica propuesta, permitiéndome obtener información correcta del objeto a investigar, la lectura científica, análisis de contenidos me permitieron obtener la información necesaria para la correcta estructura de la investigación jurídica, además de interrelacionarme con abogados e ingenieros civiles con los cuales puede conocer su criterio acerca de la temática planteada

La **Técnica de la Entrevista**, desarrollada de una manera directa a profesionales como abogados, doctores en jurisprudencia, ingenieros civiles y de más personas relacionadas con la contratación pública en nuestro país, permitió recabar información la impugnación en sede administrativa en la contratación pública, aplique una entrevista a 15 profesionales tanto Abogados como Ingenieros Civiles y demás personas que contratan con el Estado. La **Técnica de la Encuesta** se aplicó a 40 profesionales del derecho como a funcionarios públicos, contratistas y proveedores los mismos que proporcionaron información precisa de la problemática objeto del presente estudio, mediante un formato compuesto de cinco preguntas que presento en la sección de anexos.

Al concluir, los resultados de la investigación recopilados durante su desarrollo, son expuestos mediante la presentación del presente informe final, en el que consta la recopilación bibliográfica, análisis de los

resultados, los mismos que son expresados mediante cuadros estadísticos, redacto y pongo a consideración conclusiones, recomendaciones, finalizando con propuesta de reforma a la normativa jurídica vinculada al tema **“LAS IMPUGNACIONES EN LOS CONTRATOS PÚBLICOS Y LA IMPLEMENTACIÓN UNA UNIDAD ESPECIALIZADA QUE LAS ANALICE”**.

6. RESULTADOS

Para el desarrollo de la presente trabajo investigativo, me he servido del método de la encuesta y la entrevista y que fueron aplicadas a diversos profesionales para de esta forma comprobar y verificar la problemática planteada, obteniendo los siguientes resultados:

6.1. Presentación de los resultados de la encuesta.

Los resultados obtenidos son los siguientes:

PREGUNTA N°. UNO.- *¿Considera usted que el actual sistema de contratación pública es el adecuado, y contribuye a transparentar la inversión fiscal?*

CUADRO N°. 1

ACTUAL SISTEMA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.

Variable	Frecuencia	Procentaje
Adecuado	12	30,00 %
Inadecuado	28	70,00 %
TOTAL	40	100,00 %

FUENTE: Camilo Hernán Rivas Guamán.



FUENTE: Camilo Hernán Rivas Guamán.

Análisis: De los cuarenta encuestados; doce han respondido positivamente y representan el 30% los mismos que manifiestan que el actual Sistema de Contratación **si es adecuado** y transparenta el gasto público; mientras que veinte y ocho que representan el 70% manifiestan que el actual sistema de contratación **no es el adecuado** ni contribuye en la transparencia del gasto público. Al solicitar a los encuestados que fundamenten su respuesta nueve de ellos opinan que el actual sistema de contratación pública es el adecuado, debido al incremento de la inversión pública en la ejecución de grandes y pequeñas obras, es para ellos un síntoma de que las cosas están cambiando y en cinco años que lleva de vigencia la presente Ley está logrando transparentar la contratación pública en el país mediante la publicidad de todos los procesos de contratación, incentivando la participación de muchos oferentes, para de esta forma lograr la ejecución de obras; adquisición de bienes, suministros o servicios a un menor precio y de una buena calidad, logrando así una sana competencia entre los oferentes los cuales deben reducir sus ganancias para que el contrato les sea adjudicado sin que esto implique que la calidad de la obra se vea afectada, logrando de esa forma un verdadero ahorro en la ejecución y contratación de bienes, obras y servicios; tres de ellos argumentan que el sistema de contratación es correcto debido al fomento que hace esta Ley a proveedores locales de un determinado sector fomentado de esta manera la micro, pequeña y mediana empresa, haciendo que se generen fuentes de empleo en una

pequeña población, lo cual ayuda a que los moradores de una pequeña población mejoren su calidad de vida, además indican que es importante el fomento y promoción de participación a contratistas locales los cuales tienen preferencia para que resulten adjudicatarios de un contrato . Doce de los encuestados opinan que el actual sistema de contratación no es el correcto, puesto que es un sistema injusto, que da preferencia a los grandes oferentes; siete de ellos opinan que la entidad contratante usa y manipula el procedimiento para tratar de favorecer a ciertos contratistas, por medio de la imposición de requisitos exagerados en los pliegos de condiciones, e indican que se debe considerar lo complicado que es adquirir gran cantidad de maquinaria así como realizar su arrendamiento por lo cual deberían exigir la maquinaria así como el personal técnico y de apoyo de acuerdo a los requerimientos del contrato así como a su tamaño y no imponer un número exagerado de maquinaria así como de personal en el lugar de la obra, cinco de los encuestados manifiestan que el establecimiento de prerrogativas o requisitos previos como: visitas al lugar de obra, gran cantidad de maquinaria, montos de contratación entre otras, lo único que pretenden es tratar de beneficiar a un determinado contratista, finalmente los cuatro encuestados restantes opinan que este sistema de contratación es inadecuado debido a las limitantes que el mismo Estado ha colocado, que lo único que hacer es incapacitar a un sinnúmero de contratistas puesto que no cumplen con los requisitos establecidos en los pliegos, como experiencia, experiencia del personal

técnico, solvencia económica, entre otras. Dado que estas limitantes no dan un trato justo a contratistas ya experimentados y a contratistas que recién incursionan en la contratación pública.

Interpretación: La presente pregunta demuestra la necesidad de una reforma legal a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, puesto que a criterio de los encuestados y mía la presente Ley no es el indicado dado que no permite transparentar el gasto público, esto debido al vacío normativo que presenta el régimen de las reclamaciones en los contratos públicos que dejan en estado de indefensión a los oferentes puesto que no cumplen con el objetivo de velar y resguardar los derechos que afectan a los oferentes.

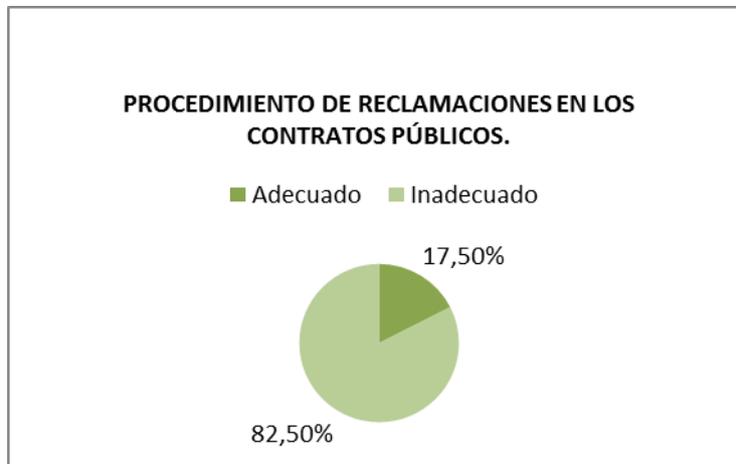
PREGUNTA N°. DOS.- *¿Considera usted adecuado el procedimiento establecido en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública así como en el Reglamento a dicha Ley, para efectuar reclamaciones dentro de los contratos públicos?*

CUADRO N°. 2

PROCEDIMIENTO DE RECLAMACIONES EN LOS CONTRATOS PÚBLICOS.

Variable	Frecuencia	Procentaje
Adecuado	7	17,50 %
Inadecuado	33	82,50 %
TOTAL	40	100,00 %

FUENTE: Camilo Hernán Rivas Guamán.



FUENTE: Camilo Hernán Rivas Guamán.

Análisis: De los cuarenta encuestados, siete de ellos que representan el 17,50% manifiestan que el procedimiento establecido en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento para realizar reclamaciones en los Contratos Públicos **si es el adecuado**; mientras que treinta y tres, que representan el 82,50% manifiestan que el procedimiento establecido para las reclamaciones en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento **es inadecuado**. Al argumentar su respuesta cuatro de los encuestados opinan que el actual régimen de impugnaciones establecido en la Ley

Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su respectivo Reglamento está perfectamente desarrollado, en los mencionados cuerpos normativos puesto que se trata de una Ley prácticamente nueva la mismo que ha sido creada en base a las necesidades legales del país. Tres de ellos manifiestan que no se violenta ningún derecho de los oferentes puesto que estos mantienen el derecho a impugnar aquellos actos por los cuales se creyeren afectados, pudiendo los perjudicados acudir administrativa o judicialmente para reclamar por tal vulneración. Así mismo veinte de los encuestados manifiestan que este procedimiento no es adecuado, puesto que al ser la Contratación Pública un elemento dinamizador de la economía nacional, productor de fuentes de trabajo directas e indirectas en donde el Estado invierte inmensas cantidades de dinero en la construcción de obras y adquisición de bienes; su control debe ser más riguroso y con esto las seguridades jurídicas que el Estado debe brindar a los oferentes deben ser mayores, diez de los encuestados consideran que se debería establecer plenamente los recursos que le asisten al oferente en sede administrativa, y finalmente tres de los encuestados explican que una Ley que este elaborada de forma correcta no dará rienda a malas interpretaciones y más bien se procurará dar mayores seguridades jurídicas a los oferentes para de esa forma transparentar el gasto público y los procedimientos de contratación.

Interpretación: Al respecto la presente pregunta permitió establecer la inconformidad de los encuestados con respecto al procedimiento establecido para las reclamaciones en los contratos administrativos. Una vez más quedando en evidencia la necesidad de reformar e implementar nueva normativa con respecto a las reclamaciones en los contratos públicos para de esta forma precautelar los derechos de los oferentes y que estas reclamaciones surtan el efecto deseado, esto no se trata de dar la razón en todo momento al oferente sino que más bien, dichas reclamaciones sean analizadas de forma imparcial y con apego al principio de legalidad, debido proceso, entre otros.

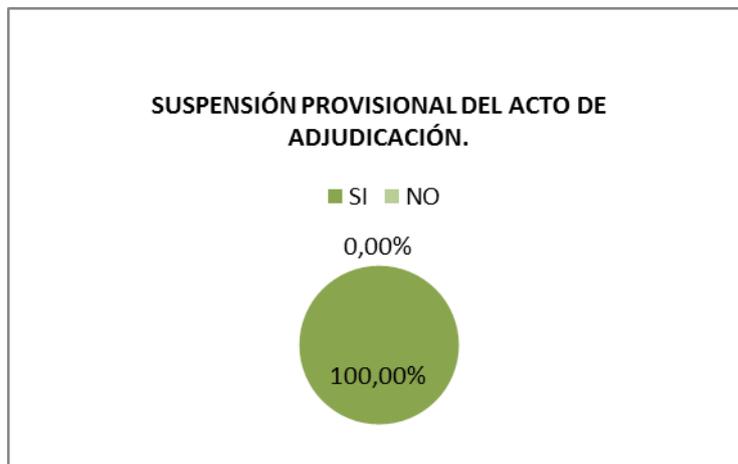
PREGUNTA N°. TRES.- *¿Cree usted que en el caso de que exista alguna reclamación en la adjudicación de un contrato público, se debería suspender provisionalmente el Acto de adjudicación, para de esta forma precautelar los intereses del Estado y de la Sociedad en general?*

CUADRO N°. 3

SUSPENSIÓN PROVISIONAL DEL ACTO DE ADJUDICACIÓN.

Variable	Frecuencia	Procentaje
SI	40	100,00 %
NO	0	0,00 %
TOTAL	40	100,00 %

FUENTE: Camilo Hernán Rivas Guamán.



FUENTE: Camilo Hernán Rivas Guamán.

Análisis: De los cuarenta encuestados, en su totalidad, que representan el 100% opinan que **SI** se debería suspender provisionalmente el acto de adjudicación en caso de alguna reclamación en sede administrativa, ningún encuestado se opone a esta idea de la suspensión provisional del acto de adjudicación. Unánimemente los encuestados manifiestan que la suspensión provisional del acto impugnado es una alternativa lógica para precautelar intereses estatales, pues, qué sentido tiene impugnar, reclamar o proponer juicio Contencioso Administrativo si el contrato será adjudicado de igual manera al oferente que se le adjudicó el contrato de forma arbitraria, quedando únicamente para para el oferente perjudicado

la reclamación pecuniaria por los daños y perjuicios provocados por la mala decisión administrativa, generando otro problema para la administración, pues al adjudicarse el contrato con total arbitrariedad y asumir el pago de indemnizaciones a los perjudicados hace incurrir en gastos innecesarios a la administración, contraviniendo de esta forma uno de los principios de la contratación pública como la legalidad y transparencia en todos los procesos precontractuales y contractuales.

Interpretación: con esta pregunta se logra comprobar que la problemática planteada con respecto a la suspensión del acto impugnado es correcta, dado que esta suspensión permitirá asegurar intereses tanto estatales como sociales, suspensión que será provisional hasta que un organismo independiente diferente a quien emitió el acto motivo de la impugnación analice y resuelva dicha impugnación. Esta suspensión será una medida precautelar que tendrá como objeto asegurar la correcta adjudicación de los contratos públicos y que el Estado ni el oferente perjudicado no se vean perjudicados por las malas decisiones administrativas.

PREGUNTA N°. CUATRO.- *¿Considera usted conveniente que quien conozca y resuelva una reclamación realizada en sede administrativa, sea la misma entidad que conoció y desarrollo todo el proceso precontractual hasta llegar hasta la adjudicación?*

CUADRO N°. 4

RESOLUCIÓN DE LAS RECLAMACIONES EN SEDE ADMINISTRATIVA.

Variable	Frecuencia	Procentaje
SI	11	27,50 %
NO	29	72,50 %
TOTAL	40	100,00 %

FUENTE: Camilo Hernán Rivas Guamán.



FUENTE: Camilo Hernán Rivas Guamán.

Análisis: De los cuarenta encuestados; once que representan el 27.50% manifiestan que **SI** están de acuerdo que la autoridad que emitió el acto impugnado sea quien deba analizar y resolver dicha impugnación; mientras que veinte y nueve, que representan el 72,50% dejan expreso su criterio que **NO** están de acuerdo con que la autoridad que emitió el acto que se impugna sea quien deba resolver tal impugnación o reclamación. A criterio de los 11 encuestados que consideran que, la autoridad que emitió el acto administrativo debe ser la que resuelva o analice las impugnaciones realizadas, se debe a que en virtud del Principio de Auto tutela administrativa debe ser este el encargado de resolver dicha impugnación, puesto que este principio básicamente otorga a la

administración o a la autoridad que emitió el acto administrativo que se impugna a corregir dicho error o a ratificar su resolución, quedando a salvo el derecho que tiene el oferente a comparecer a las instancias judiciales pertinentes e impugnar dicho acto administrativo lesivo en sede judicial; contrario a esto quince de los encuestados opinan que al constituirse la autoridad en juez y parte es muy complicado que esta autoridad acepte su propio error, existiendo de esta forma conflicto de intereses; diez de los encuestados aseveran que en muchos de los casos se sigue manteniendo el cobro de comisiones por parte de autoridades del sector público en la adjudicación de contratos. Finalmente los cuatro encuestados restantes manifiestan que la poca credibilidad que tienen estas autoridades es la principal causa por la cual se debe implementar una institución que analice las impugnaciones en los contratos públicos, pues aún se encuentran presentes memorias de los casos de corrupción en las que se han visto envueltas un sinnúmero de autoridades.

Interpretación: Interrogante que permite corroborar la pretensión querida con el desarrollo de la presente tesis, que es la creación de una institución que se encargue de analizar las impugnaciones dentro de los contratos públicos, para de esa forma lograr establecer una administración libre de corrupción en especial con enfoque a la licitación de los contratos públicos debido a la gran cantidad de dinero que es empleado en la ejecución de obras de carácter público.

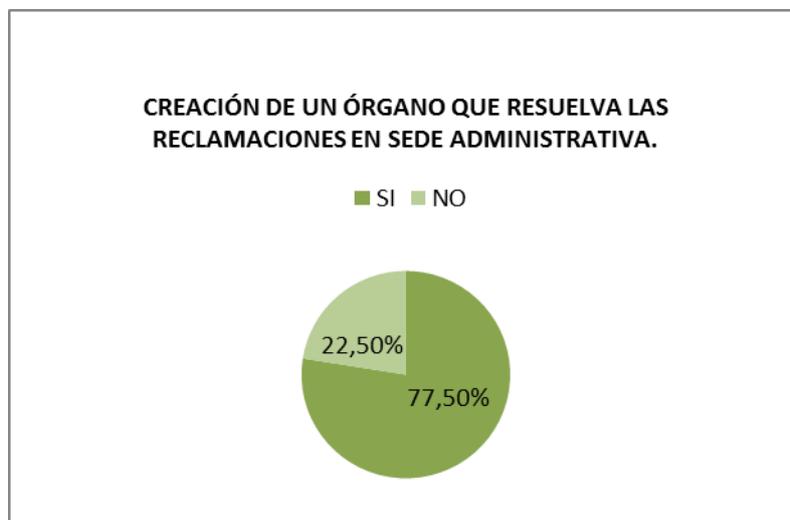
PREGUNTA N°. CINCO.- *¿Cree usted conveniente la creación de un Órgano especializado adscrito al Instituto Nacional de Contratación Pública que analice y resuelva toda reclamación en sede administrativa realizada por un oferente?*

CUADRO N°. 5

CREACIÓN DE UN ÓRGANO QUE RESUELVA LAS RECLAMACIONES EN SEDE ADMINISTRATIVA.

Variable	Frecuencia	Procentaje
SI	31	77,50 %
NO	9	22,50 %
TOTAL	40	100,00 %

FUENTE: Camilo Hernán Rivas Guamán.



FUENTE: Camilo Hernán Rivas Guamán.

Análisis: De los cuarenta encuestados, treinta y un, que representan el 77.50% manifiestan que **SI** están de acuerdo con la creación de un organismo especializado que analice las reclamaciones e impugnaciones que realicen los oferentes en sede administrativa, contrastando con estas

respuestas nueve en, que representan el 22,50% manifiestan que **NO** están de acuerdo, con que otra persona que no sea aquella que emitió el acto administrativo sea la que resuelva las reclamaciones e impugnaciones en sede administrativa. Al fundamentar sus respuestas los encuestados, veintidós de estos opinan que si es necesaria la creación de un organismo especializado que se encargue de analizar y resolver las impugnaciones en materia de contratación, para que de esta forma se logre transparentar la contratación pública en nuestro país la misma que se ha visto envuelta en innumerables casos de corrupción; sobreprecio en obras, bienes, suministros, servicios; amarres en la adjudicación de contratos; prerrogativas y requisitos exagerados procurando favorecer a grandes contratistas y no a los pequeños, medianos y micro empresarios y contratistas; nueve encuestados opinan que esta es una alternativa válida ya que de esta forma se logrará que un organismo independiente analice las reclamaciones de forma independiente, transparente e imparcial para de esta forma surtan el efecto deseado que es de resguardar y proteger a los oferentes que se consideren afectados por las malas decisiones de la entidad contratante. Contrario a las respuestas anteriormente dadas, cinco de los encuestados dejan clara su idea que esto contravendría con lo estipulado en el principio de autotutela administrativa y que el recurso administrativo perdería su espíritu. Dos encuestados manifiestan que de suceder esto ya no nos encontraríamos frente a un recurso en sede administrativa sino de otra clase de recurso,

que necesitaría un extenso análisis y tratamiento; y, los dos encuestados restantes manifiestan que esto, no cambiaría en nada los actuales índices de corrupción en los contratos públicos, dado que los integrantes del organismo estarán sujetos igualmente a cometer actos de corrupción.

Interpretación: Así también esta interrogante permite establecer la necesidad de la implementación de un organismo independiente y autónomo que analice y resuelva las impugnaciones dentro de los contratos públicos. Situación que durante el desarrollo de la presente tesis se la ha venido proponiendo puesto que a mi criterio con esto se logrará incrementar el control sobre las decisiones administrativas y de esa forma el Estado no se vea perjudicado por el pago de indemnizaciones que lo único que hacen es perjudicar al Estado y a la sociedad en general.

6.2. Presentación de los resultados de la entrevista.

El resultado de la esta temática fue producto de la participación de profesionales de trascendencia dentro de nuestro medio, tanto en el campo de la construcción como en materia legal, así también con criterios de ciertos funcionarios públicos, los mismos que han servido para fundamentar de mejor forma el presente trabajo investigativo.

PREGUNTA N°. UNO.- *¿Considera usted que los procesos de Contratación Pública se llevan con total transparencia, y en concordancia con los Objetivos establecidos en la Constitución y Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública?*

Análisis: Al respecto siete de los entrevistados opinan que hasta la actualidad una gran cantidad de autoridades públicas siguen cobrando comisiones o coimas para el otorgamiento de un contrato, teniendo el contratista que aceptar tal condición para poder contratar y trabajar, generando en estos, grandes problemas de índole económico, puesto que esas coimas van desde el 10 al 20 % del monto del contrato, teniendo el contratista que asumir con el déficit económico que dejó la entrega de la coima para poder culminar la obra de acuerdo a los plazos establecidos y así no sea sancionado, lo cual sería perjudicial para el contratista. Cuatro de los entrevistados manifiestan que los pliegos son la forma por el cual procuran amarrar los contratos pretendiendo desde ese momento ya tener el ganador que ellos desean, explican que los requisitos mínimos exigidos por la entidad contratante no están acorde a la realidad, puesto que para la ejecución de contratos pequeños solicitan infinidad de maquinaria pesada, el empleo de gran cantidad de mano de obra calificada y no calificada, se establecen plazos cortos para la realización de obras complejas, se fijan visitas técnicas de un día para el otro, esto con el objetivo de que ya desde ese momento se vayan descalificando un sin

número de participantes, dado que el certificado de visita al lugar de la obra es requisito indispensable para poder continuar dentro del proceso de contratación caso contrario será automáticamente eliminado. Contrario a esto dos de los entrevistados, opinan que no existe ninguna irregularidad en la adjudicación de los contratos públicos, y que dicha adjudicación se la hace en base a los requerimientos establecidos en los pliegos y en la Legislación pertinente. Además manifiestan que las prácticas de corrupción son cosas del pasado, que la presente Ley, beneficia enormemente a los oferentes, puesto que, da la libertad para que estos participen en casi cualquier concurso de adjudicación de una obra pública, generando de esta forma una sana competencia entre los participantes, ya que, será este, quien deba ofertar y proponer el precio de ejecución de la obra, del bien, del suministro, entre otros, los otros dos entrevistados opinan que la comisión calificadora por comisión del representante de la entidad contratante deberá calificar las ofertas presentadas, y, sugerirá el nombre del oferente con el cual se deba suscribir el contrato, esto observando los intereses institucionales para de esa forma lograr obras de buena calidad a un menor precio.

PREGUNTA N°. DOS.- *¿Qué opinión le amerita el procedimiento para las impugnaciones en los Contratos Públicos?*

De la misma manera los entrevistados tienen un criterio variado con respecto de formulación de la presente pregunta, cinco de los entrevistados son muy críticos al manifestar que la presente Ley es producto del interés de beneficiar a determinados grupos sociales, la misma que inclusive existen grandes vacíos legales puesto que ni la Ley ni el reglamento hacen un análisis extensivo de los recursos en sede administrativa que le asisten al oferente reclamante. Cuatro entrevistados manifiestan que la reclamación e sede administrativa es más una pérdida de tiempo puesto que es claro que no van a obtener ningún resultado con dicha reclamación. Dos de los entrevistados manifiesta que es un procedimiento ilógico puesto que no es posible considerar que la misma persona que emite una resolución irregular acepte su propio error teniendo el oferente que recurrir a otras instancias de carácter judicial para hacer valer sus derechos y reclamar sobre alguna resolución que le afecte. Muy contrario a estos cuatro de los entrevistados opinan que el procedimiento establecido en la Ley y Reglamento del Sistema Nacional de Contratación Pública es el correcto debido a que en ninguna parte de este cuerpo normativo se vulnera derechos de los oferentes, manifiestan además que la Ley es clara, estableciendo inclusive términos en los cuales el oferente tiene que hacer uso de su derecho a impugnar los actos que considere que le son lesivos a sus intereses y que han sido producto de actos irregulares contrarios a derecho.

PREGUNTA N°. TRES.- *¿Considera usted que de la forma que se encuentran reguladas actualmente en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y en su Reglamento contribuyen a que los contratos públicos se desarrollen con mayor transparencia?*

Al respecto nueve de los entrevistados manifiestan que de ninguna manera esto es sinónimo de transparencia, puesto que al ser la autoridad juez y parte, no va a admitir su propio error más aun cuando existen intereses particulares de por medio. Cuatro de los entrevistados manifiestan que esta es una de las principales causas por las cuales los oferentes en un gran número no presentan reclamación alguna, pues la falta de credibilidad de las autoridades públicas disminuye el interés de los oferentes por hacer efectivo un derecho que les asiste. Contrario a esto, dos de los entrevistados manifiestan que si contribuyen a dar mayor transparencia a los contratos públicos, puesto que al oferente interponer algún recurso administrativo la autoridad que resuelve dicha reclamación está obligada a remitir la información necesaria relacionada a dicha reclamación y su resolución al Instituto Nacional de Contratación Pública y de esta forma esta sea puesta a conocimiento mediante su publicación en la página web de dicha institución, cuestión que para criterio de varios entrevistados es una muestra de la transparencia con las que se hacen las cosas.

PREGUNTA N°. CUATRO.- *¿En su vida profesional ha interpuesto alguna vez una reclamación (ha patrocinado algún juicio o ha asesorado a algún oferente), de acuerdo a las causas por las cuales se puede presentar reclamación administrativa y posterior Juicio Contencioso Administrativo de acuerdo a lo establecido en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.?*

Con respecto a la presente interrogante es necesario clasificar en grupos la muestra tomada para la aplicación de las entrevistas, dando como resultado que dos de los Abogados entrevistados manifiestan que si han asesorado a oferentes con respecto a las reclamaciones establecidas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento. Un contratista manifiesta que si ha presentado reclamación administrativa pero esto antes de que entre en vigencia la actual ley de Contratación Pública, especificando que dicha reclamación la realizo en el año 2007. Con respecto a los funcionarios públicos, dos de estos manifiestan que no se han presentado reclamaciones en sede administrativa en las jurisdicciones donde ellos laboran, acotan además que para la adjudicación de dichos contratos se realizan análisis exhaustivos de acuerdo a los requerimientos establecidos por la entidad contratante y de acuerdo a los parámetros de calificación establecidos en los pliegos del contrato a adjudicar. Los restantes diez entrevistados no han recurrido a las instancias pertinentes para reclamar en sede

administrativa o judicial aquellos actos que contravienen y atentan los derechos de los oferentes dentro de la contratación pública.

PREGUNTA N°. CINCO.- *Si su respuesta fue afirmativa en la pregunta anterior ¿qué resultado obtuvo de esta reclamación?. Si fue negativa ¿Por qué motivo no lo realizó, considerando que es un derecho el impugnar tanto en sede administrativa como Judicial aquellos actos que se consideren que son emitidos de forma irregular, contrario a derecho, lesionando de esta forma interés del oferente?*

Al respecto uno de los Abogados que respondieron afirmativamente anteriormente uno de ellos manifiesta que el cliente que acudió hacia él, decidió no presentar la reclamación ni en sede administrativa ni en sede judicial puesto que considero que dicha reclamación resultaría infructuosa y más bien lo conllevaría a mayores gastos; otro de los abogados entrevistados manifiesta que su cliente bajo recomendación profesional suya concordaron en comparecer directamente a juicio Contencioso Administrativo, dado que debido a rumores que a la Compañía a la que se le adjudicó el contrato materia del litigio que el patrocina, pertenece a altos miembros del actual gobierno; dada esa circunstancia consideraron inútil el recurrir a la instancia administrativa pertinente y esperan que por intermedio de la justicia ordinaria se logre obtener un fallo favorable para su cliente y se marque precedentes históricos en nuestro país

sancionando a malos funcionarios que lo único que pretenden es perjudicar a los administrados y sobre todo al Estado. El único contratista que contestó que si ha presentado reclamación en sede administrativa, manifiesta que si obtuvo un resultado favorable con dicha reclamación, puesto que a la final le calificaron correctamente su oferta, declarándolo como ganador, adjudicándosele el contrato en el cual se encontraba participando; pero además manifiesta que dicha reclamación tuvo efecto una vez que amenazó con denunciar a la Contraloría y a la prensa sobre la irregularidad que estaban cometiendo. Diez de los entrevistados en especial los contratistas manifiestan que no recurren a estas instancias administrativas o judiciales ya que es preferible no ganarse de enemigos puesto lo que pretenden y requieren ellos es trabajar; y si acudieren a estas instancias es muy probable dos cosas, la primera no obtener ningún resultado y la segunda, en el caso de que lo obtuvieran los problemas se les presentarían en el desarrollo de la obra.

PREGUNTA N°. SEIS.- *¿Aunque la Ley de Contratación Pública y el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva disponen que la interposición de algún recurso administrativo no suspenderá la ejecución del acto impugnado, considera usted conveniente que se realice alguna reforma a este aspecto, considerando la importancia que tiene la contratación pública dentro de un Estado?*

Al respecto siete de los entrevistados opinan que frente al privilegio que tiene la administración de consagrar, organizar y poner en funcionamiento nuestro ordenamiento jurídico, aparte de expedir actos jurídicos unilaterales, generales o particulares, los mismo que se presumen legales y están dotados de fuerza obligatoria, es decir, con carácter ejecutivo y ejecutorio, sería muy importante que previa fundamentación motivada se suspenda provisionalmente los actos que se consideren lesivos, cuatro entrevistados manifiestan que al momento que exista alguna reclamación es una voz de alerta de que algo no está bien, y no se le puede dar toda la verdad o la razón a la administración; además que al ser la contratación una cuestión de interés social es indispensable que se suspenda provisionalmente la eficacia del acto impugnado para de esa forma salvaguardar la integridad e intereses estatales y sociales. Por otra parte cuatro de los entrevistados opinan que el suspender provisionalmente la eficacia del acto de adjudicación significaría un perjuicio no solo para la institución sino para la colectividad, puesto que si dicha resolución no es satisfactoria para el reclamante, este recurrirá a la instancia judicial, en la que también fundamentara y solicitara la suspensión provisional del acto de adjudicación o a su vez de la ejecución de las obras, provocando que esa obra no se ejecute en los plazos establecidos, debiendo iniciar nuevamente un análisis de precios pues una obra no tendrá el mismo valor al cabo de varios años que puede durar un proceso Contencioso Administrativo.

PREGUNTA N°. SIETE.- *¿Usted cree factible que quien resuelva una reclamación en sede administrativa, sea una institución diferente a aquella que emitió el acto administrativo impugnado para de esta forma salvar los intereses estatales dentro de los procesos de Contratación Pública?*

Al respecto ocho de los entrevistados manifiestan que esta sería una buena opción, pues de esta forma un organismo independiente, libre de presiones particulares sería la que resuelva un asunto de mucho interés tanto para el oferente perjudicado como para los intereses social y estatales, además que esta sería un forma de dar seguridades jurídicas a participantes y contratistas, dado que este organismo deberá actuar de forma imparcial, conformado por un grupo multidisciplinario de profesionales mismos que acrediten vasta experiencia ya sea en temas constructivos, legales, económicos ,entre otros para de esta forma sus resoluciones sean motivadas y expliquen de una forma clara el porqué de las cosas. Contrario a esto tres de los entrevistados manifiestan que esta no es la solución y que más bien sería una forma de incrementar la burocracia dentro de nuestro país, dos de los entrevistados manifiestan que al concentrarse en una sola institución la facultad de resolver las impugnaciones en los contratos públicos el sistema sería más propenso a cometer actos de corrupción. Finalmente dos de los entrevistados sostienen que eso contravendría principios constitucionales y legales que

tiene la administración limitando de esta manera el poder que este tiene para rectificar los errores cometidos recalcando que los errores que se cometen no son de mala fe ni se los hace con el afán de perjudicar a nadie, sino más bien son cuestiones aisladas producto de descuidos.

6.3. Estudio de caso de reclamación en sede administrativa.

1. Datos referenciales.

Contrato Nro. SIE-CG-PN-16-2012

Entidad Contratante: Comandancia General de la Policía Nacional.

Asunto. Impugnación de Acto Administrativo

Legitimado Activo: J.P.A.P.

Legitimado Pasivo; DELEGADO DEL MINISTRO DEL INTERIOR
PARA COMPRAS PÚBLICAS DE LA
COMANDANCIA GENERAL DE LA POLICIA
NACIONAL.

Acto Impugnado: Derogatoria parcial del acto administrativo contenido en la resolución de Adjudicación Nro. 2012-DGP-162-AJ-PN del 30 de julio del y subsidiariamente la derogatoria total del acto administrativo contenido en la resolución No. 2012-DGP-171-AJ-PN expedida el 13 de agosto del 2012,

2. Antecedentes.

Con fecha 09 de abril del 2012, y mediante resolución No. 54-DCP-CP-2012, la Comandancia General de la Policía Nacional del Ecuador, mediante convocatoria llama a las personas legalmente capaces para contratar a que presenten sus ofertas para la ejecución del proceso de contratación para la “ADQUISICIÓN DE MATERIALES ELECTRICOS QUE SERIAN USADOS PARA EL MANTENIMIENTO PREVENTIVO Y CORRECTIVO DEL EDIFICIO DE LA COMANDANCIA GENERAL DE LA POLICIA MECANICA Y GUARDALMACEN DE LA DIRECCION GENERAL DE LOGISTICA DE POLICIA: convocatoria que es publicada en el portal de COMPRAS PUBLICAS el día 8 de junio del 2012 bajo el procedimiento de contratación de Subasta Inversa Electrónica y signado bajo en código SIE-CG-PN-16-2012.

Desarrollado el proceso precontractual, mediante resolución de adjudicación No. 119-DCP-CGpn-2012 del 27 de junio del 2012 la entidad contratante decidió adjudicar el contrato al oferente que alcanzo el primer lugar y resultare ganador de la puja electrónica, esto es al señor M.W.M.

En vista de que el oferente declarado ganador no suscribió el contrato, mediante nueva resolución de adjudicación No. 2012-DCP-162-AJ-PN, del 30 de Julio del 2012 decide adjudicar el contrato a la señora J.P.A.P. ante esto la reclamante presenta el respectivo justificativo respectivo para

abstenerse de suscribir el contrato aduciendo que la oferta que ella presenta ya no se encontraba en vigencia, dado que había fenecido el plazo de treinta días de vigencia de la misma además de existir variación de los precios ofertados puesto que estos habían sufrido cambios en el mercado; a lo que mediante resolución 2012-DCP-171-AJ-PN de fecha 13 de agosto del 2012 la entidad contratante decide: Art. 1 DECLARAR a la señora economista J.P.A.P. como adjudicatario fallido.../, en razón de que una vez adjudicada a su favor la contratación en orden de prelación como segundo oferente y luego de haber sido debidamente notificada, se ha negado en forma expresa a suscribir el contrato como correspondía hacerlo al tenor de lo establecido en el Art. 69 de la Ley Orgánica del Sistema nacional de Contratación Pública, en concordancia con el Art. 114 de su Reglamento General...

3. Pretensión de la Reclamante.

En base a los antecedentes mencionados la reclamante solicita la derogatoria parcial del acto administrativo contenido en la resolución de Adjudicación Nro. 2012-DCP-162-AJ-PN del 30 de julio del 2012 en lo tocante al numeral 2 de la parte resolutive que dice: "ADJUDICAR el contrato al oferente que ha presentado la segunda oferta de mejor costo esto es la oferente J.P.A.P.... y subsidiariamente solicita la derogatoria total del acto administrativo contenido en la resolución No. 2012-DCP-171-AJ-PN expedida el 13 de agosto del 2012, cuyo articulado dice: "Art.

1 DECLARAR a la señora economista J.P.A.P., como ADJUDICATARIO FALLIDO..., en la razón que una vez adjudicada a su favor la contratación en orden de prelación como segundo oferente y luego de haber sido debidamente notificada , se ha negado en forma expresa a suscribir el contrato como correspondía hacerlo al tenor de lo establecido en el Art. 69 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

4. Resolución de la entidad contratante.

DESECHAR: el reclamo administrativo interpuesto por J.P.A.P.de 01 de enero del 2013, a las 13h45, en virtud que las Resoluciones No. 2012-DCP-162-AJ-PN DEL 30 DE JULIO DEL 2012 y No. 2012-DCP-171-AJ-PN del 13 de agosto del 2012, gozan de legalidad y legitimidad al habérselas emitido la primera ante la negativa del primer adjudicatario de suscribir el contrato y la segunda emitida ante la negativa de suscribir el contrato como la segunda mejor oferta dentro del Proceso SIE-CGPN-16-2012 para la adquisición de materiales que serán usados para el mantenimiento preventivo y correctivo del edificio de la Comandancia General de la Policía, Mecánica y Guardalmacén de la DGL, considerándose que se han sustentado en las disposiciones establecidas en la Ley Orgánica del Sistema nacional de Contratación Pública y su Reglamento General, específicamente en lo dispuesto en los Arts. 35,69 y 98 de la LOSNCP, en concordancia con los Arts. 113 y 114 de su Reglamento General.

5. Análisis.

Al respecto debo manifestar y analizar lo siguiente. Una vez analizada documentación que el sistema de contratación pública permite acceder es notorio el error en el que incurre el Departamento Jurídico de la Comandancia General de la Policía debido a los siguientes aspectos.

- El artículo 30 de la Ley de Contratación Pública manifiesta: Las ofertas se entenderán vigentes durante el tiempo que para el efecto prevean los Pliegos precontractuales. De no preverse el plazo de vigencia se entenderá que la oferta está vigente hasta la fecha de celebración del contrato, pudiendo prorrogarse el plazo previsto por disposición de la Entidad Contratante.

Al respecto en el ítem 4.2 denominado Vigencia de la Oferta, desarrollado en los pliegos precontractuales del proceso de contratación en análisis, claramente determina que la oferta se entenderá vigente hasta 30 días contados a partir de la fecha de presentación de la oferta; siendo así, que si consideramos que la fecha establecida en el portal de compras públicas para la presentación de la oferta es en la que se presentó la misma, esta fecha se fijaría el 18 de junio del 2012, por tal razón en virtud de lo establecido en el artículo antes mencionado la misma tendría vigencia hasta el 18 de julio del 2012, dado que dentro de los pliegos se encuentra establecido el tiempo de vigencia de la oferta mismo que es de 30 días.

Por lo tanto si se trata de una adjudicación extemporánea según lo argumentado por la reclamante, dado que la nueva Resolución de Adjudicación es emitida el 30 de julio del 2012, doce días posteriores a la vigencia de la oferta, ante esto la entidad contratante debió declarar la cancelación de dicho proceso de contratación y convocar a un nuevo concurso para la suscripción dicho contrato para la adquisición de los bienes que la institución pretendía adquirir.

- A mi criterio la resolución que emite la institución carece de motivación puesto que solamente hace énfasis a la normativa referente a declaración de contratista fallido, debiendo analizar y resolver en base a lo solicitado por la reclamante que es la extemporaneidad de la adjudicación y subsidiariamente la derogación de la resolución en la que se declara a la oferente como contratista fallido. El análisis que hacen del Art. 69 inciso primero es erróneo ya que al tratarse de bienes normalizados debió considerarse el análisis del mismo Art. 69 pero del inciso segundo que textualmente manifiesta “Las contrataciones que se realicen por el sistema de catálogo se formalizarán con la orden de compra y el acta de entrega.”

Analizado el presente caso se puede evidenciar la incompetencia e ineptitud de ciertos funcionarios públicos al momento de resolver esta clase de reclamaciones que lo único que pretenden tratar de beneficial al

Estado y no velar por los intereses y derechos que tiene el oferente y todo esto sin medir los perjuicios que genera a la reclamante la Resolución de declaratoria de contratista fallido.

7. DISCUSIÓN.

7.1. Verificación de objetivos.

- Objetivo General.

“Realizar un análisis jurídico al régimen legal previsto para las reclamaciones derivadas del procedimiento precontractual y contractual, reguladas por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.”

Este objetivo se lo ha podido verificar con el desarrollo de la cuarta sección, denominada Revisión Literaria, en especial en el desarrollo de los ítems 4.2 y 4.3 denominados Marco Doctrinario y Marco Jurídico.

En el marco doctrinario se desarrolló temática como: la naturaleza jurídica de la contratación pública; acerca de los requisitos de la contratación pública, sus elementos y objetivos; sobre los elementos del acto administrativo, así también se trató sobre las reclamaciones y recursos dentro de la contratación pública y la suspensión del acto administrativo impugnado, temática que se conoció y desarrollo de acuerdo a concepciones doctrinarias de diversos autores para de esta forma dar cumplimiento a lo establecido en el presente objetivo, y así conocer y

tratar sobre los recursos administrativos que asisten a los oferentes dentro la contratación pública.

Al desarrollar el marco jurídico se da cumplimiento al objetivo, desarrollando temática jurídica en lo concerniente a la contratación pública, acerca de los recursos administrativos y sobre quiénes son los competentes para resolver esta reclamación en sede administrativa; haciendo también un análisis comparativo de la legislación ecuatoriana con legislaciones de países como: México, Argentina, Chile y España.

El presente objetivo también ha podido ser verificado con los resultados de la investigación de campo, en donde se ha podido establecer la existencia de un problema jurídico, mismo que no solo afecta a intereses estatales sino de todos los ecuatorianos, puesto que, cuando se adjudica un contrato con inobservancia a los procedimientos establecidos se ven envueltos intereses sociales de todos los administrados.

- Objetivos Específicos.

Primer Objetivo Específico.

Determinar el perjuicio que provoca la no suspensión del acto impugnado en lo que concierne a la oferta, al trámite precontractual o a la adjudicación de un proyecto, así como la calificación de pertinente o no,

de la reclamación o interposición del recurso, realizado por la misma entidad contratante.

El objetivo se verifica con el desarrollo del ítem 4.2.8 referente a la Suspensión del acto impugnado en donde se analiza doctrinariamente la mencionada temática y se explica en forma motivada que si existe perjuicio tanto al oferente perjudicado como al Estado, puesto que al no adjudicarse de forma correcta un contrato se perjudica al reclamante significando para este pérdidas económicas, por lo que al acudir a la instancia judicial correspondiente su principal objetivo será la reposición de este perjuicio de forma pecuniaria, debiendo el Estado recurrir a gastos innecesarios debido a las malas actuaciones administrativas, problema que se podría solucionar si se implementara la suspensión provisional del acto impugnado para que de esta forma la autoridad competente analice dicha reclamación y en forma motivada acepte o niegue la pretensión requerida por el reclamante.

Así también el presente objetivo se justifica con la aplicación de la pregunta Nro. 3 de la encuesta y Nro. 6 de la entrevista en donde se determina que es ilógico acudir a instancias administrativas o judiciales si a la final no será adjudicado el contrato al oferente reclamante en el caso que determine que existió error al adjudicar dicho contrato a otro oferente. Determinándose de esta manera que el perjuicio para el Estado, radica al

momento de tener que indemnizar al oferente perjudicado por las malas decisiones administrativas. Incurriendo prácticamente en un doble gasto, el primero en la ejecución de la obra que se adjudicó de forma arbitraria y el segundo al momento de tener la obligación de indemnizar al reclamante por aquellas malas decisiones administrativas.

Segundo Objetivo Específico.

Establecer la necesidad de contar con un organismo específico, independiente, que tramite y analice las impugnaciones realizadas por los oferentes, con respecto a la presentación de la oferta, del trámite precontractual y de la adjudicación del mismo proyecto.

Se lo verifica mediante la aplicación de la pregunta Nro. 5 de la encuesta y Nro. 7 de la entrevista en donde de forma unánime los encuestados y los entrevistados dejan clara su opinión a la propuesta realizada en dicha pregunta; pues consideran que al establecerse este organismo, las reclamaciones se analizarán con mayor transparencia, en donde no existirá intereses particulares de por medio, permitiendo de esta forma que los contratos públicos sean adjudicados de forma transparente.

Tercer Objetivo Específico.

Demostrar la inexistencia de un marco jurídico idóneo que regule las reclamaciones, realizadas por los oferentes, con respecto a la

presentación de la oferta, del trámite precontractual y de la adjudicación del mismo proyecto.

Se lo logra verifica mediante el desarrollo del ítem 4.3.1 denominado Legislación Nacional, en el que se desarrolla y analiza la legislación existente con respecto a la contratación pública, así como a las reclamaciones, determinando así que tanto la Ley como el Reglamento no hacen un extenso tratamiento acerca de las reclamaciones e inclusive se ha podido observar la existencia de un vacío jurídico dado que los cuerpos legales antes nombrados no especifican ni dan a conocer todos los recursos a los que puede recurrir un oferente para de esa forma impugnar o reclamar en sede administrativa todos aquellos actos q se consideren lesivos.

Las preguntas 4 y 5 de la entrevista son un indicador claro de que el régimen actual de reclamaciones no es el correcto, dada la poca recurrencia de los oferentes que se consideren afectados a interponer reclamación administrativa, esto debido a la falta de un sistema que permita y demuestre la obtención de resultados claros y sobre todo que se lleve con transparencia, igualdad, equidad, etc., sin procurar de favorecer a alguien en particular si no que, dicha reclamación se resuelva de forma motivada y en virtud del debido proceso, legalidad, transparencia, etc., y procurando no establecer perjuicios al Estado.

Cuarto Objetivo Específico.

Presentar una alternativa de solución encaminada a lograr el efecto suspensivo en las reclamaciones o impugnaciones que se presenten respecto de la presentación de la oferta, al trámite precontractual o a la adjudicación; y que estas sean analizadas y resueltas por un organismo independiente a la entidad contratante.

El objetivo se lo verifica con el desarrollo del ítem Nro. 10 en el cual se elabora una propuesta de reforma a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, tendiente a la creación de un organismo especializado de análice y resuelva las reclamaciones dentro de los Contratos Públicos así como al establecimiento de la suspensión del acto impugnado previa motivación que determine un daño ulterior para el Estado.

7.2. Contrastación de Hipótesis.

Con el desarrollo del proyecto de Tesis me plante la hipótesis siguiente: “El actual régimen de impugnaciones y reclamaciones administrativas, contemplado en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, respecto a la presentación de la oferta, al trámite precontractual y de la adjudicación, vulnera el derecho a la seguridad jurídica de los oferentes e interesados de los procesos de contratación”.

La hipótesis se contrasta con el desarrollo de ítem 4.2.7 denominado De la Reclamación y Recursos Administrativos dentro de la Contratación Pública y sus subtemas, en donde se analiza doctrinariamente los recursos en sede administrativa que proceden dentro de la contratación pública, analizando detenidamente cada uno de estos. En el Marco Jurídico ítem 4.3, puesto que dentro de este ítem se analiza la normativa existente con respecto de las reclamaciones dentro de la contratación pública y sobre el órgano encargado de analizar estas reclamaciones. Con la legislación comparada ya que aquí se demuestra como diversos países jurídicamente otorgan mayores seguridades jurídicas a los oferentes y tratan de precautelar intereses estatales y sociales, y, no particulares, mediante la suspensión provisional del acto impugnado y mediante la implementación de órganos especializados que analicen las reclamaciones propuestas por los oferentes para de esta forma no perjudicar al oferente supuestamente perjudicado, la sociedad ni al Estado.

La contrastación procede con la pregunta Nro. 1 de la encuesta y la entrevista, puesto que, los encuestados al considerar, que la Contratación Pública no se lleva de una forma correcta, debido al gran número de casos de corrupción no se está otorgando seguridades jurídicas al resto de oferentes. Con la pregunta Nro. 4 y 5 de la misma encuesta, pues al mencionar los encuestados que, la autoridad de donde emana la

reclamación desprendida de la presentación de la oferta, del trámite precontractual o de la adjudicación, no debe conocer ni resolver dicha reclamación y que si se debe implementar una institución especializada que se encargue de resolver las reclamaciones, que se deriven de la presentación de la oferta, del trámite precontractual y de la adjudicación de un contrato público, es una clara evidencia que los administrados no están de acuerdo al tratamiento actual al régimen de las reclamaciones que da la legislación ecuatoriana al respecto.

La hipótesis se contrasta con las preguntas 2 y 3 de la entrevista pues al no estar los entrevistados de acuerdo al tratamiento que le da la actual Ley de Contratación Pública y su Reglamento no está cumpliendo con el fin por el cual fueron constituidas, dejando al oferente reclamante en un cierto grado de indefensión, y violentando derechos del administrado como el de convivir en un ambiente libre de corrupción.

7.3. Fundamentación jurídica para la propuesta de solución

La expedición de una nueva Ley de Contratación Pública en el año 2008, sin lugar a dudas marco una gran expectativa en la colectividad ecuatoriana, pues de entre los principales retos que tiene esta Ley es la de transparentar la inversión fiscal en la contratación de bienes, obras o servicios; transparencia que hasta la actualidad se ve opacada por la aparición de un sin número de casos de corrupción en la adjudicación de

contratos estatales, producto de varios vacíos legales con los que cuenta la presente Ley en especial con respecto a las reclamaciones dentro de los contratos públicos.

Con el desarrollo del presente trabajo, se pretende demostrar el problema jurídico y social que provoca la inexistencia normativa, con respecto a las reclamaciones dentro de los contratos públicos, y que ha originado la falta de confianza de los oferentes para recurrir a las instancias administrativas y judiciales correspondientes, para de esa forma hacer valer su derecho de impugnar y reclamar sobre aquellos actos que el oferente considere que son lesivos a sus intereses, por lo cual he desarrollado una propuesta de reforma jurídica a la Ley de Contratación Pública, encaminada a la conformación de un organismo especializado que se encargue de analizar y resolver todas las reclamaciones en sede administrativa, que se originen de los procesos precontractuales y contractuales de los contratos públicos, así como, el establecimiento de la suspensión provisional del acto impugnado como medida preventiva a los perjuicios que puede provocar la errónea adjudicación de un contrato público, tanto al Estado como al oferente perjudicado.

Si bien es cierto que la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su respectivo reglamento, disponen que para analizar las impugnaciones derivadas de los contratos públicos, será

competente el órgano administrativo que emitió el acto impugnado, cuestión que a mi criterio es inviable debido a la importancia que tiene la contratación pública dentro de un Estado, razón por la cual en el presente trabajo investigativo se enfoca a establecer soluciones en dos aspectos que a mi criterio son primordiales para lograr una total transparencia en la adjudicación de contratos públicos;

Al proponer la implementación de un órgano especializado que se encargue de analizar las impugnaciones y reclamaciones suscitadas o derivadas de los procesos precontractuales y contractuales, pretendo primeramente, que el órgano que emitió el acto impugnado no conozca y resuelva la impugnación planteada, para de esa manera evitar que el órgano que resuelve la impugnación sea juez y parte en la resolución del recurso o impugnación propuesta por el afectado, para de esa forma lograr un verdadero análisis tanto técnico como jurídico sobre dicha reclamación, la cual sea emitida con observancia a los principios elementales del debido proceso y en concordancia con las demás normas Constitucionales y derechos reconocidos en tratados internacionales.

Al asegurar el Estado el efectivo acceso a una administración libre de corrupción, en especial en la contratación pública, constituye un efectivo resguardo a las normativas constitucionales, en especial a lo dispuesto en

el Art. 288 de la Constitución de la República del Ecuador que manifiesta: “las compras públicas cumplirán con criterios de eficiencia, transparencia, calidad, responsabilidad ambiental y social. ...” No se puede hablar de eficiencia y transparencia si de por medio se observa como las reclamaciones administrativas en la contratación pública, no cumplen con su naturaleza jurídica, pues lejos de ser una forma eficaz y rápida de remediación a los agravios de la administración y una forma en la que la administración enmiende tales violaciones a los derechos del administrado agraviado, estas se han convertido en un medio por el cual la administración pretende justificar su mal accionar en la resolución de los recursos en sede administrativa, debiendo el agraviado acudir a instancias jurisdiccionales y concurrir a juicio contencioso administrativo para hacer valer sus derechos, implicando para el perjudicado el transcurso de un tiempo mayor para así conocer la resolución pronunciada por los jueces competentes. Los derechos de trato justo, igualdad, legalidad, transparencia, debido proceso, también son vulnerados al momento de emitirse resoluciones carentes de argumentación y motivación causando gran perjuicio al oferente pues la no adjudicación de un contrato significa pérdidas económicas a este, estando el Estado en la obligación de indemnizar económicamente al oferente por el perjuicio producido producto de malas y erróneas decisiones administrativas.

Lo que se pretende con esta propuesta es que el recurso administrativo en la contratación pública sirva verdaderamente para impugnar los actos y resoluciones lesivos a los derechos subjetivos o intereses legítimos de los oferentes, promoviendo de esa forma la legalidad del accionar de la administración y en cuyo objeto propende al restablecimiento del derecho subjetivo o interés legítimo lesionado por el acto irregular.

La suspensión provisional del acto impugnado es una acción complementaria a la propuesta de implementar una unidad especializada que analice las reclamaciones, generadas de los procedimientos precontractuales y contractuales, lo que se busca al implementar la suspensión provisional del acto impugnado, es tratar de precautelar los derechos del oferente presuntamente afectado por las malas decisiones administrativas, es decir que si se adjudica un contrato a un oferente que no es legítimamente ganador de un concurso público el oferente que se creyere perjudicado de una forma motivada podrá solicitar a la Oficina de Reclamaciones y Apelaciones Administrativas, la suspensión del acto de adjudicación, y así de esta manera el Estado no sea gravemente perjudicado por tales ilegalidades, originadas en diversas instituciones que conforman la Administración Estatal, pues a más de asumir con el gasto de la ejecución de la obra pública, deberá asumir con la indemnización correspondiente al oferente perjudicado, significando reducción en presupuesto estatal mismo que puede servir en la ejecución

de otras obras que contribuyan a mejoramiento de la calidad de vida de los ciudadanos en general.

Contrastando con lo manifestado en líneas anteriores el Art. 87 establece que: “Se podrán ordenar medidas cautelares conjunta o independientemente de las acciones constitucionales de protección de derechos, con el objeto de evitar o hacer cesar la violación o amenaza de violación de un derecho.”

En virtud de la fundamentación realizada se origina la presente propuesta de reforma jurídica a la Ley de Contratación Pública la misma que está encaminada a precautelar no solo los derechos de los oferentes sino de todos los ecuatorianos y sobre todo del Estado, para de esa manera si lograr en verdadero ahorro en la contratación estatal y de esa manera lograr un correcto manejo del gasto público

8. CONCLUSIONES

- ⊗ Que las reclamaciones administrativas, solo están limitadas a los postores que han resultado afectados, en una licitación, en virtud de la complicación de las reclamaciones;
- ⊗ Que la no atención a las reclamaciones, podría considerarse como una medida que toma el Estado y los entes públicos, para permitir la continuación del proceso de contratación;
- ⊗ Que la contratación pública, tal como está reglada favorece a personas naturales o jurídicas que disponen de abundante patrimonio en desmedro de micro y pequeños empresarios;
- ⊗ Que las resoluciones a los reclamos administrativos, en la aplicación de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública resulta ineficaz en razón de que la Administración actúa como juez y parte, tal como esta reglado, donde se presume la direccionalidad de la administración;
- ⊗ Que a pesar de haberse informatizado el Sistema Nacional de Contratación Pública, no existe imparcialidad en las reclamaciones que se derivan de la contratación pública;

- ⊗ Tal como está reglado el sistema de reclamaciones en el Sistema de Contratación Pública y por tratarse que la administración resuelve cuando la decisión implica egreso de recursos públicos se hallan afectados los administrados;
- ⊗ Que aun en la actualidad los procesos de contratación no se realizan con total transparencia, existiendo preferencia entre las autoridades adjudicatarias y ciertos contratistas;
- ⊗ Que la entidad encargada de resolver un acto impugnado, de acuerdo al criterio de encuestados y entrevistados, las resoluciones dadas por la administración contratante en las reclamaciones administrativas, no se las hace con transparencia, sino en razón de carácter personal;
- ⊗ Que se concluye, que las decisiones o reclamaciones en el sistema de Contratación Pública, no son remitidas a la autoridad respectiva, a fin de que se publiquen y estén al alcance de todos;
- ⊗ Que debido a las fallas en la Administración de Justicia Administrativa, se requiere que estas pasen a la competencia y resolución de jueces constitucionales y comunes.

9. RECOMENDACIONES

- ⊗ A las Universidades públicas y privadas del país a fin de que fomenten en los programas de estudio y en sus estudiantes principios éticos y morales, encaminados a erradicar la corrupción como en todos los niveles de nuestra sociedad y estructura administrativa;
- ⊗ A la sociedad en general a fin de incentivar a denunciar a los organismos de control todos los actos de corrupción que se susciten en los contratos públicos, puesto que esto es un deber social, para así lograr tener una sociedad libre de corrupción;
- ⊗ A la misma Contraloría para que de ser el caso establezcan veedores que observen los procesos de calificación de los oferentes y que la asignación de las calificación se la realice en forma proporcional a los requisitos cumplidos y no se trate de beneficiar a determinado oferente;
- ⊗ A la Procuraduría General del Estado, a fin de que según lo establecido en el Art. 13 Núm. 6, en donde se establece que el Procurador General del Estado está obligado, bajo responsabilidades previstas en la Constitución de la República y la

Ley, a precautelar el control de la legalidad de los actos del sector público y los intereses del Estado, se establezcan controles a la Entidades Contratantes para de esa forma determinar legalidad o no de los procedimientos realizados para la adjudicación de un contrato público;

- ⊗ Al Instituto Nacional de Compras Públicas, para que se constituya un veedor de los procesos de contratación y de las reclamaciones que se den dentro de estos procesos, a fin de lograr transparentar la contratación pública en nuestro país;
- ⊗ A la misma, Asamblea Nacional a fin de que considere el presente trabajo en futuras reformas a la Ley de Contratación Pública.

9.1. PROPUESTA JURÍDICA.

LA ASAMBLEA NACIONAL DEL ECUADOR

CONSIDERANDO:

Que, en el Art. 3 numeral 8, de la Constitución de la República del Ecuador establece que, es deber primordial del Estado, garantizar a sus habitantes el derecho a una cultura de paz, a la seguridad integral y a vivir en una sociedad democrática y libre de corrupción;

Que, la Constitución de la República del Ecuador garantiza el sometimiento de las Administraciones Públicas al principio de legalidad, tanto con respecto a las normas que rigen su propia organización, como al régimen jurídico, el procedimiento administrativo y el sistema de responsabilidad, con respecto a la contratación pública;

Que, la ausencia de políticas claras en la Contratación Pública y regulación de las reclamaciones en los contratos públicos ha derivado en discrecionalidad y desperdicio de recursos públicos por parte de las instituciones contratantes del Estado;

Que, los recursos públicos que se emplean en la ejecución de obras, adquisición de bienes, prestación de servicios y suministros, deben servir

como un elemento dinamizador de la economía local y nacional, para lo cual se deben desarrollar con total apego al principio de legalidad, debido proceso, entre otros siendo la transparencia la principal característica en el desarrollo de los procesos de contratación;

Que, en lo relacionado a las reclamaciones derivadas de los contratos públicos determinadas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, es necesario, aclarar, derogar y expedir articulados que permitan salvaguardar intereses estatales y sociales, y, así de esa forma asegurar a los administrados el Derecho a la seguridad Jurídica que constitucionalmente les asiste;

En uso de las atribuciones conferidas en el Art. 120 numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador;

Resuelve:

Expedir la siguiente Ley Reformatoria a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Artículo 1.- En el Título II denominado SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, capítulo I DEL SISTEMA Y SUS ÓRGANOS a continuación del Art. 13 agréguese un Artículo Innumerado que dirá:

DE LA OFICINA DE RECLAMACIONES Y APELACIONES

ADMINISTRATIVAS.- En cada jurisdicción provincial créase una oficina de Reclamaciones y Apelaciones, como un organismo independiente adscrito al Instituto Nacional de Contratación Pública, el mismo que estará conformado por tres profesionales; un Abogado o Doctor en Jurisprudencia, un Ingeniero Civil, Eléctrico o Arquitecto, y un contador o economista, seleccionados mediante concurso de méritos y oposición, y, veeduría ciudadana en base a los siguientes requerimientos:

- 1) Ser ecuatoriano de nacimiento, mayor de 35 años y estar en el pleno ejercicio de los derechos de ciudadanía;
- 2) No encontrarse en estado de interdicción civil o hallarse en concurso de acreedores o estado de insolvencia fraudulenta declarada judicialmente;
- 3) No estar comprendido en alguna de las causales de prohibición para ejercer cargos públicos;
- 4) No haber sido sancionado como contratista incumplido con el Estado;
- 5) Poseer Título Académico de Cuarto Nivel o superior, otorgado por alguna de las Universidades legalmente constituidas en el país o del exterior y que se encuentren registrados y validados por el SENACYT;

- 6) Tener conocimientos en Contratación Pública, administración Pública, calidad de obras, en temas contables, análisis financieros y demás relacionados;
- 7) Acreditar 6 años de experiencia profesional, en las profesiones descritas en el inciso primero del presente artículo, y;
- 8) Cumplir con todos aquellos requisitos exigidos por la Constitución y la Ley Orgánica del Servicio Público para ostentar un cargo público.

Artículo 2.- A continuación del artículo 1 de la presente Ley Reformatoria a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública agréguese el siguiente artículo:

COMPETENCIA DE LA OFICINA DE RECLAMACIONES Y APELACIONES ADMINISTRATIVAS.- El Tribunal será competente para conocer en sede administrativa, las impugnaciones generadas de los procedimientos de contratación para la adquisición o arrendamiento de bienes o suministros, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultoría, que realicen las entidades señaladas el artículo 1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Artículo 3.- Refórmese el inciso primero del Art. 102 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública cuyo contenido original es el siguiente: *“Reclamaciones y Recursos Administrativos.- Los oferentes que se consideren afectados por actos administrativos emitidos por las entidades previstas en el artículo 1 de la presente Ley por asuntos relacionados con su oferta, respecto al trámite precontractual o de la adjudicación, tendrán el derecho de presentar las reclamaciones y los recursos administrativos de los que se crean asistidos, de conformidad con la Ley.”* por el siguiente:

RECLAMACIONES Y RECURSOS ADMINISTRATIVOS: Las reclamaciones y recursos administrativos procederá contra cualquier acto u omisión ilegal o arbitraria que tenga lugar por asuntos relacionados con su oferta, respecto al trámite precontractual o respecto a la adjudicación de un contrato público, producido por cualquiera de las entidades descritas en el artículo 1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Artículo 4.- Deróguese el inciso segundo del Art. 102 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública cuyo contenido original es el siguiente: *“La reclamación o recurso presentado no suspende la ejecución del acto impugnado.”* y en su lugar incorpórese el siguiente inciso:

La presentación de alguna reclamación o recurso administrativo, suspenderá la ejecución del acto impugnado siempre y cuando el reclamante, motive y argumente, razonada y jurídicamente de forma clara la aparición de un perjuicio ulterior al Estado o al reclamante, de mayor o imposible solución y reparación.

Artículo 5.- Refórmese el inciso tercero del Art. 102 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública cuyo contenido original es el siguiente: *“De la resolución que tome la entidad se podrá presentar demanda contencioso administrativa.”* por el siguiente:

De la resolución que tome la Oficina de Reclamaciones y Apelaciones Administrativas, el reclamante podrá presentar demanda Contencioso Administrativa.

DISPOSICIONES FINALES.

Quedan derogadas las demás disposiciones que contravengan a la presente reforma:

Las disposiciones de esta Ley Reformatoria a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de contratación Pública, sus reformas y derogatorias entrarán en vigencia una vez sea publicadas en el Registro Oficial.

Dado y suscrito en la sede de la Asamblea Nacional, ubicada en el Distrito Metropolitano de Quito, Provincia de Pichincha, a los tres días del mes de marzo de dos mil catorce.

Gabriela Rivadeneira Burbano.

Dra. Libia Rivas Ordoñez.

PRESIDENTA DE LA ASAMBLEA

SECRETARIA

NACIONAL

10. BIBLIOGRAFÍA

- CABANELLAS, De Torres Guillermo. DICCIONARIO JURÍDICO ELEMENTAL, Ed. HELIASTA, Buenos Aires - Argentina, 2003.
- CABANELLAS de Torres, Guillermo; DICCIONARIO DE DERECHO USUAL, Editorial Heliasta Tomo II 8ª. Edición. Buenos Aires – Argentina, 1974.
- DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO UNIVERSAL AULA.
- VIAL del Río, Víctor. TEORÍA GENERAL DEL ACTO JURÍDICO. Editorial Jurídica de Chile, Santiago – Chile, 2003.
- TORRES Vásquez, Aníbal. ACTO JURÍDICO. Edit. IDEMSA. Segunda Edición. Lima-Perú,
- CIFUENTES Ovalle, Ramón. TEORIA GENERAL DEL ACTO JURÍDICO. Editorial Jurídica de Chile, Santiago – Chile, 2010.
- JARAMILLO Ordoñez, Hernán, MANUAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO, Editorial Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Nacional de Loja, Loja – Ecuador, 1999.
- MORALES Tobar, Marco. MANUAL DE DERECHO PROCESAL ADMINISTRATIVO. Ed. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito – Ecuador, 2011.

- GARCÍA de Enterría, Eduardo y RAMÓN Fernández.- CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, Tomo I, Octava edición, Ed. CIVITAS, Madrid- España, 1998.
- MORA Caicedo, Esteban - RIVERA Martínez, Alfonso. DERECHO ADMINISTRATIVO Y PROCESAL ADMINISTRATIVO. Ed. LEYER, Bogotá – Colombia, 2009.
- PÉREZ, Antonio José; LÓPEZ, Daniel; AGUILAR, José Luis. MANUAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2011.
- SECARIA Durango, Patricio. CURSO BREVE DE DERECHO ADMINISTRATIVO. Editorial Universitaria, Quito – Ecuador, 2004.
- ROMI, Roberto. DERECHO ADMINISTRATIVO, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires - Argentina, 1998, Edición Electrónica.
- DROMI, Roberto. DERECHO ADMINISTRATIVO. 10^{ma} Edición. Ed. Ciudad Argentina. Buenos Aires - Madrid, 2004.
- DROMI, Roberto, LA LICITACIÓN PÚBLICA. Editorial ASTREA, Buenos Aires – Argentina, 1985.
- PARRAGUEZ Ruiz, Luis. APUNTES AL CODIGO CIVIL ECUATORIANO LIBRO CUARTO: TEORIA DE LAS OBLIGACIONES, Ed. UTPL, Loja - Ecuador, 1999.

- GORDILLO, Agustín. TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, TOMO I. Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires – Argentina, 1998.
- GUERRERO Orozco, Omar. INTRODUCCION A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, Ed. Harper and Row Latinoamérica México - Distrito Federal, 1994.
- LOPEZ Jácome, Nelson, RIVAS Ordoñez; Libia. INTERROGANTES Y RESPUESTAS SOBRE LA NUEVA LEY DE CONTRATACIÓN PÚBLICA. Ed. Jurídica del Ecuador, Quito – Ecuador, 2011.
- ABELIUK MANASEVICH, René, LAS OBLIGACIONES, Santiago de Chile, 2005, Tomo I.
- DUSSÁN, Hitscherich Jorge, ELEMENTOS DEL CONTRATO ESTATAL, Ed. Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano, Bogotá – Colombia, 2005.
- JARAMILLO Ordoñez, Hernán. LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA, Editorial GRAFIMUNDO, Loja – Ecuador, 2003.
- GARCÍA de Enterría, Eduardo - RAMÓN Fernández, Tomás. CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, TOMO I. Ed. TEMIS S.A. Bogotá - Lima, 2008.

- Constitución de la República del Ecuador.
- Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública,
- Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.
- Código Civil. Corporación de Estudios y Publicaciones. Primera Edición, Quito – Ecuador, 2006.
- Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva.
- Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.
- Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada.
- Reglamento Sustitutivo del Reglamento General de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada
- Ley de la Procuraduría General del Estado.
- Revista Digital. MANUAL DE CONTRATACION PÚBLICA ELECTRONICA PARA AMERICA LATINA. Publicación de las Naciones Unidas.

- Doc. Digital. LA SUSPENSIÓN JURISDICCIONAL DE LA EJECUCIÓN NDEL ACTO ADMINISTRATIVO Y OTRAS MEDIDAS CAUTELARES.

<http://www.ccee.edu.uy/ensenian/catderpu/material/ACTO.PDF>

<http://www.ijeditores.com.ar/articulos.php?idarticulo=29849&print=2>

- <http://www.wordreference.com/definicion/concurso%20p%C3%BAblico>

- http://derechoecuador.com/index.php?option=com_content&view=article&id=2379:la-administraciooacuten-pauacuteblica&catid=23:derecho-administrativo&Itemid=420

- <http://roble.pntic.mec.es/cgar0136/TEMA%209%20La%20contrataci%F3n%20administrativa.%20Los%20contratos%20p%FAblicos%20%20-3%AA--PUBLICA.pdf>

- https://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:BGUiwAaezn8J:ofcontrolinterno.ugr.es/pages/norativa/Manualexpedientescontratacion2/!+el+contrato+de+obra+en+la+administracion+publicA&h=es&gl=ec&pid=bl&srcid=ADGEESi_jAJcr8_BYMK3mDBasqRsJ7hvHEWwVw1i0_GwmjdUnvUesMJbQh_i9QRru98exo8sh5oCeVRoZdEx8-t9LGaqmIYR5bzqRiDe3BHyt-5NIx1AkrNYNgjoQtxPW9Kiyj57&sig=AHIEtbQ_Wa4KWCBI68nKbLAtNgC8FZmS4g

- <http://es.scribd.com/doc/16389795/LOS-CONTRATOS-PUBLICOS>
- <http://roble.pntic.mec.es/cgar0136/TEMA%209%20La%20contrataci%F3n%20administrativa.%20Los%20contratos%20p%FAblicos%20%20-3%AA--PUBLICA.pdf>
- <http://www.misrespuestas.com/que-es-una-consultoria.html>
- <http://html.rincondelvago.com/entidades-contables.html>
- http://capacitacion.compraspublicas.gov.ec/index.php?option=com_content&task=view&id=146&Itemid=102
- <http://es.wikipedia.org/wiki/Especificaci%C3%B3n>
- http://es.wikipedia.org/wiki/Especificaciones_t%C3%A9cnicas
- <http://blog.pucp.edu.pe/item/16561/los-contratos-administrativos>
- <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/112.pdf>
- <http://www.gob.gba.gov.ar/legislacion/legislacion/l-7647.html>
- http://www.chilecompra.cl/index.php?option=com_phocadownload&view=category&id=10&Itemid=548
- <http://www.boe.es/boe/dias/2011/11/16/pdfs/BOE-A-2011-17887.pdf>

11. ANEXOS



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
AREA JURIDICA SOCIAL Y ADMINISTRATIVA
CARRERA DE DERECHO
ENCUESTA

Con la finalidad de continuar con el desarrollo del presente trabajo de tesis cuyo teme se titula “LAS IMPUGNACIONES EN LOS CONTRATOS PÚBLICOS Y LA IMPLEMENTACION DE UNA UNIDAD ESPECIALIZADA QUE LAS ANALICE”; para lo cual solicito se digne responder al siguiente cuestionario.

1.- ¿Considera usted que el actual sistema de contratación es el adecuado, y contribuye a transparentar la inversión fiscal?

SI () NO ()

Porque?.....
.....
.....
.....
.....
.....

2.- ¿Considera usted adecuado el procedimiento establecido en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública así como en el Reglamento respectivo, para efectuar reclamaciones dentro de los contratos públicos?

SI () NO ()

Porque?.....
.....
.....
.....
.....

3.- ¿Cree usted que en el caso de que exista alguna reclamación en la adjudicación de un contrato público, se debería suspender provisionalmente el Acto de adjudicación, para de esta forma precautelar los intereses del Estado y de la Sociedad en general?

SI () NO ()

Porque?.....
.....
.....
.....

.....
.....

4.- ¿Considera usted conveniente que quien conozca y resuelva una reclamación realizada en sede administrativa, sea la misma entidad que conoció y desarrollo todo el proceso precontractual hasta llegar hasta la adjudicación?

SI () NO ()

Porque?.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....

5.- ¿Cree usted conveniente la creación de un Órgano especializado adscrito al Instituto Nacional de Contratación Pública que analice y resuelva toda reclamación en sede administrativa realizada por un oferente?

SI () NO ()

Porque?.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....

¡Gracias por su colaboración!



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
AREA JURIDICA SOCIAL Y ADMINISTRATIVA
CARRERA DE DERECHO
ENTREVISTA

Con la finalidad de continuar con el desarrollo del presente trabajo de tesis cuyo teme se titula **“LAS IMPUGNACIONES EN LOS CONTRATOS PÚBLICOS Y LA IMPLEMENTACION DE UNA UNIDAD ESPECIALIZADA QUE LAS ANALICE”**; para lo cual solicito se digne contestar en base al siguiente cuestionario.

1.- ¿Considera usted que los procesos de Contratación Pública se llevan con total transparencia, y en concordancia con los Objetivos establecidos en la Constitución y Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública?.

.....
.....
.....
.....
.....
.....

2.- ¿Qué opinión le amerita el procedimiento para las impugnaciones en los Contratos Públicos?.

.....
.....
.....
.....
.....

3.- ¿Considera usted que de la forma que se encuentran reguladas actualmente en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y en su Reglamento contribuyen a que los contratos públicos se desarrollen con mayor transparencia?

.....
.....
.....
.....

4.- ¿En su vida profesional ha interpuesto alguna vez una reclamación (ha patrocinado algún juicio o ha asesorado a algún oferente), de acuerdo a las causas por las cuales se puede presentar reclamación administrativa y posterior Juicio Contencioso Administrativo de acuerdo a lo establecido en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.?

.....
.....
.....
.....
.....

5.- Si su respuesta fue afirmativa en la pregunta anterior ¿qué resultado obtuvo de esta reclamación?. Si fue negativa ¿Por qué motivo no lo realizó, considerando que es un derecho el impugnar tanto en sede administrativa como Judicial aquellos actos que se consideren que son emitidos de forma irregular, contrario a derecho, lesionando de esta forma interés del oferente?

.....
.....
.....
.....
.....

6.- ¿Aunque la Ley de Contratación Pública y el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva disponen que la interposición de algún recurso administrativo no suspenderá la ejecución del acto impugnado, considera usted conveniente que se realice alguna reforma a este aspecto, considerando la importancia que tiene la contratación pública dentro de un Estado?

.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....

7.- ¿Usted cree factible que quien resuelva una reclamación en sede administrativa, sea una institución diferente a aquella que emitió el acto administrativo impugnado para de esta forma salva guardar los intereses estatales dentro de los procesos de Contratación Pública?

.....
.....
.....
.....
.....

¡Gracias por su colaboración

ÍNDICE

PORTADA	I
CERTIFICACIÓN	II
AUTORÍA	III
CARTA DE AUTORIZACIÓN.....	IV
DEDICATORIA.....	V
AGRADECIMIENTO.....	VI
TABLA DE CONTENIDOS	VII
1. TÍTULO	1
2. RESUMEN	2
ABSTRACT	5
3. INTRODUCCIÓN	8
4. REVISIÓN DE LITERATURA.....	13
5. MATERIALES Y MÉTODOS.....	193

6. RESULTADOS.....	197
7. DISCUSIÓN	227
8. CONCLUSIONES	240
9. RECOMENDACIONES.....	242
9.1 PROPUESTA DE REFORMA JURÍDICA.....	244
10. BIBLIOGRAFÍA	251
11. ANEXOS	257
INDICE	261