



**UNIVERSIDAD DE ESPECIALIDADES ESPÍRITU SANTO**

**FACULTAD DE DERECHO, POLÍTICA Y DESARROLLO**

**“Afectación a los intereses del Estado, oferentes y contratistas por la inoportuna aplicación de la tutela efectiva ocasionada por los funcionarios públicos en los procesos de contratación pública y las reformas legales para su aplicación”**

**Trabajo de titulación que se presenta como requisito previo para optar el grado de Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República**

**Autor:**

**Francisco Alejandro Moreno Kayser**

**Tutor:**

**Ab. Tito Quintero Jaramillo, MSC**

**SAMBORONDÓN, OCTUBRE DE 2013**

Samborondón, 25 de Octubre de 2013

Señor Doctor  
Juan Trujillo Bustamante  
Decano de la Facultad de Derecho, Política y Desarrollo  
Universidad de Especialidades Espíritu Santo  
En su despacho.-

De mis consideraciones:

Por medio de la presente, en virtud de la designación como tutor del Trabajo de Titulación como consecuencia del Seminario de Fin de carrera del Sr. Francisco Alejandro Moreno Kayser, con código estudiantil No. 2005080669, informo a usted lo siguiente:

El día 05 de agosto de 2013, luego de haber consensuado el tema en una reunión previa, el alumno en mención denunció el siguiente tema como Trabajo de Titulación como consecuencia el Seminario de Fin de carrera **“Afectación a los intereses del Estado, oferentes y contratistas por la inoportuna aplicación de la tutela efectiva ocasionada por los funcionarios públicos en los procesos de contratación pública y las reformas legales para su aplicación”**.

Una vez obtenida la aprobación del trabajo mediante el oficio de fecha 27 de agosto de 2013 emitido por usted tuvimos las siguientes reuniones para discutir los avances del trabajo:

No.	Fecha de Reunión	Lugar de Reunión	Tema tratado:
1	03-09-2013	UEES	Definición de esquema de trabajo
2	04-09-2013	UEES	Alumno presentó la introducción, justificación y objetivos
3	05-09-2013	UEES	Alumno presenta correcciones y terminación de marco teórico.
4	11-09-2013	UEES	Alumno presenta resumen del proceso y avance.
5	12-09-2013	UEES	Alumno presentó conclusiones y recomendaciones.

6	19-09-2013	UEES	Alumno presentó correcciones solicitadas de citas y bibliografía
7	23-09-2013	UEES	Alumno presentó trabajo de investigación finalizado para revisión final.

Por consiguiente de la revisión efectuada al Trabajo de Titulación como consecuencia de Seminario de Fin de Carrera **“Afectación a los intereses del Estado, oferentes y contratistas por la inoportuna aplicación de la tutela efectiva ocasionada por los funcionarios públicos en los procesos de contratación pública y las reformas legales para su aplicación”**, en mi calidad de Tutor, manifiesto que el Sr. Francisco Alejandro Moreno Kayser, con código estudiantil No. 2005080669, ha cumplido con todas las exigencias de la Guía de Trabajo de Titulación.

Atentamente,

**Ab. Titio Quintero Jaramillo. MSC.**

## **DEDICATORIA**

A Dios, por darme salud y fortaleza para dar cada paso en mi vida.

A mi madre Patricia, por su infinito sacrificio y paciencia para con su hijo mayor y que a lo largo de mi vida me impulsó cada día a ser un hombre de bien.

A mi padre Francisco, por su incondicional e incansable apoyo en mi vida personal y profesional, heredándome una sabiduría de mundo que me permitirá llegar lejos en la vida.

A mi hermano Juan José, por su lealtad y paciencia para conmigo, queriendo que este logro le sirva de inspiración para que alcance todas sus metas.

A aquellas personas especiales en mi vida, que con sus pequeños detalles influyeron en mí para darme ese impulso tan necesario para culminar mi carrera.

## **AGRADECIMIENTO**

A todos mis maestros, colaboradores, familia y personas que me rodean de quienes recibí siempre apoyo y aliento, los cuales se transformaron en los hitos señalando que caminaba por el sendero correcto.

A la Universidad de Especialidades Espíritu Santo, por haberme abierto sus puertas y permitirme ser parte de su comunidad.

## INDICE GENERAL

CARTA DE APROBACIÓN DEL TUTOR.....	ii
DEDICATORIA.....	iv
AGRADECIMIENTO.....	v
INDICE GENERAL.....	vi
RESUMEN.....	vii
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPITULO	
I EL PROBLEMA	
Planteamiento del Problema.....	3
Objetivos de la Investigación.....	5
Objetivos General.....	5
Objetivos Específicos.....	5
Justificación.....	6
II MARCO TEORICO	
Antecedentes de la Investigación.....	7
Base Teórica.....	8
Base Legal.....	50
Definición de términos básicos.....	51
III MARCO METODOLÓGICO	
Tipo de Investigación.....	53
IV ANALISIS E INTERPRETACION DE LOS RESULTADOS.....	54
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	56
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	59
BIBLIOGRAFIA.....	61

**UNIVERSIDAD DE ESPECIALIDADES ESPIRITU SANTO  
FACULTAD DE DERECHO, POLITICA Y DESARROLLO**

**“AFECTACIÓN A LOS INTERESES DEL ESTADO, OFERENTES Y  
CONTRATISTAS POR LA INOPORTUNA APLICACIÓN DE LA TUTELA  
EFECTIVA OCASIONADA POR LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS EN LOS  
PROCESOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA Y LAS REFORMAS  
LEGALES PARA SU APLICACIÓN”**

**Autor: Francisco Moreno Kayser**

**Tutor: Tito Quintero Jaramillo**

**RESUMEN**

Esta investigación se centra en diagnosticar e investigar las afectaciones a los intereses y derechos del Estado, oferentes y contratistas en los procesos de contratación pública desde la promulgación de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en el año 2008 por la Asamblea Nacional Constituyente. Previo a una adjudicación de un contrato, los oferentes no tienen aún derechos que puedan ser justiciables según la ley pero en cambio sí pueden verse afectados sus intereses como consecuencia de decisiones arbitrarias, erróneas o incluso indicios de corrupción por parte de los servidores públicos que tienen a su cargo el desarrollo de los procesos de contratación. Es así que siendo la Constitución Política del Ecuador garantista de derechos de la tutela efectiva se encuentra latente la necesidad imperativa de establecer mecanismos precontractuales para prevenir la vulneración de los oferentes. De la misma manera una vez suscrito un contrato entre contratista y Estado ambas partes contraen derechos y obligaciones, sin embargo en muchas ocasiones los derechos de los contratistas no son justiciables de manera expedita sino a través de un juicio contencioso administrativo, el cual adolece de celeridad. Finalmente existen casos en que el Estado se ve afectado en sus intereses a mediano o largo plazo por la falta de procedimientos que le permitan detectar y prevenir problema futuros con los bienes y servicios adquiridos. Este proyecto buscará identificar las etapas precontractuales y contractuales públicas en las que se afecte los derechos e intereses de los actores del sistema nacional de contratación pública y proponer posibles mecanismos para minimizar el impacto que generan.

**Palabras claves:** afectación derechos e intereses, contratación pública, oferente, contratista.

## **INTRODUCCION**

El proyecto de investigación que a continuación se presenta busca identificar las etapas o fases dentro de los procesos de contratación pública de bienes y servicios en que, por falta de normativa expresa, algunos funcionarios públicos cometen arbitrariedades empleando una discrecionalidad excesiva.

Este accionar por parte de las entidades contratantes da como consecuencia que los derechos e intereses de los oferentes y contratistas en ocasiones sean vulnerados y que se queden en la indefensión por la falta de control y procedimientos que los prevengan.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCP) establece que a partir de la adjudicación de un contrato es el momento en que se crean derechos y obligaciones para el oferente que resultare ganador. Sin embargo antes de que se adjudique el contrato los oferentes que participan en el concurso sí tienen intereses en el proceso de contratación. Estos intereses deben ser tutelados por el Estado con sujeción a los principios de inmediación y celeridad de acuerdo con el artículo 75 de la Carta Magna.

A lo largo de la investigación se identifican tres etapas principales dentro del proceso de contratación. La etapa precontractual en donde se dan casos en que, por información privilegiada, se puede favorecer a un oferente en particular por su cercana relación con la entidad contratante en el inicio del requerimiento. Luego, en el desarrollo del proceso de contratación, las acciones u omisiones de la entidad contratante suelen inclinar la balance para los oferentes con información privilegiada. Finalmente las arbitrariedades de los funcionarios públicos que conforman la Comisión Técnica traen como consecuencia violaciones al debido proceso que afectan a los oferentes.

La etapa contractual, luego de la cual el oferente que resultó adjudicado pasa a ser contratista, es también el momento en que se vulneran los derechos, principalmente en la indefensión que pudiera caer un contratista que incumpla su contrato y que es sancionado con la suspensión del RUP sin tener opción a impugnar la resolución que causa estado.

En cambio en la etapa post contractual, donde el contratista ha cumplido con el objeto del contrato, es decir la entrega de los bienes o servicios, resulta que el perjuicio por la falta de una normativa clara y precisa es ocasionado al propio Estado ecuatoriano y muchas veces sin un procedimiento claro para poder ejercer su reclamación por incumplimiento.

Es así como a lo largo de la presente investigación se explorará con mayor profundidad cada una de las etapas identificando las fases en que se comenten las mayores afectaciones a los derechos de los oferentes, contratistas y finalmente al Estado.

## **CAPITULO I**

### **EL PROBLEMA**

#### **Descripción Detallada del Tema**

A través de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública se establecen las normas y reglas para que el Estado pueda adquirir bienes y servicios a personas naturales, jurídicas y consorcios aplicando los principios de lealtad, buen fe, trato justo, oportunidad e igualdad entre todos los potenciales oferentes.

Sin embargo existen casos en que durante los procesos precontractuales y contractuales se producen arbitrariedades por parte de servidores públicos de las entidades contratantes que afectan directa o indirectamente los derechos e intereses de los oferentes y finalmente del Estado.

El Estado ecuatoriano, siendo el mayor comprador de bienes y servicios, para cumplir con sus obligaciones para con los ciudadanos, se rige por los principios igualdad, trato justo y buena fe en los procedimientos precontractuales y contractuales en concordancia a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Sin embargo durante el desarrollo de estos procedimientos no existen mecanismos idóneos y ágiles que protejan los derechos e intereses de los contratistas ante posibles abusos de discrecionalidad o arbitrariedades de los funcionarios públicos y que prevengan perjuicios a los contratistas y al Estado.

Desde el año 2008 rige en el país la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su respectivo reglamento, la cual, trajo consigo novedosos y modernos métodos de contratación, como la subasta

inversa electrónica y la implementación de un portal web electrónico a través del cual se realizan la mayoría de trámites precontractuales restringiendo el contacto de proveedores con la entidad contratante. Sin embargo aún se dan casos en que la arbitrariedad de funcionarios públicos que tienen a su cargo el desarrollo de los procesos precontractuales trae como consecuencias el alejamiento de los principios de trato justo, igualdad y buena fe. La falta de mecanismos idóneos para proteger oportunamente los intereses y derechos de los oferentes trae como consecuencia la indefensión de los mismo y la ausencia de justicia oportuna que puede a mediano o largo plazo perjudicar al Estado.

### **Enunciado del Tema**

“Afectación a los intereses del Estado, oferentes y contratistas por la inoportuna aplicación de la tutela efectiva ocasionada por los funcionarios públicos en los procesos de contratación pública y las reformas legales para la aplicación de la tutela efectiva”.

### **Formulación del Problema**

¿Como implementar reformas legales para la aplicación de la tutela efectiva que eviten la afectación de los intereses del Estado, oferentes y contratistas ocasionada por los funcionarios públicos en los procesos de contratación pública?

## **Objetivos de la Investigación**

### **Objetivo General**

- Establecer mecanismos sumarios para tutelar oportunamente los derechos e intereses del Estado, oferentes y contratistas en todas las etapas de la contratación pública.

### **Objetivos Específicos**

- Identificar las etapas en los procesos precontractuales y contractuales en que no existe normativa clara sobre procedimientos de tutela efectiva.
- Determinar las causas y consecuencias de la afectación de derechos.
- Definir que procedimientos administrativos que podrían tutelar los derechos e intereses de los contratistas de manera oportuna y expedita.

## **Justificación e Importancia**

Este proyecto es importante para la sociedad porque intenta precautelar y hacer cumplir los derechos establecidos en la leyes del país apegados a los lineamientos del Buen Vivir establecidos en la Constitución de la República. El desarrollo económico de una nación está íntimamente ligado al crecimiento de la empresa privada pudiendo esta vender sus bienes y servicios a clientes nacionales o exportando sus productos a clientes extranjeros. Sin embargo el cliente nacional más grande y potencial siempre será el propio Estado por el volumen de compras que pudiese llegar a tener.

En el Ecuador a lo largo de los últimos años se ha visto un incremento exponencial de la inversión pública en todos los sectores sobre todo la inversión social en salud, educación, infraestructura, renovación tecnológica, etc., y como consecuencia el Estado ha tenido que adquirir bienes y servicios, a proveedores en su mayoría locales, para abastecerse de productos y soluciones para el equipamiento. En consecuencia el gasto público se ha incrementado acorde a esta demanda de bienes y servicios, los mismos que son adquiridos a través de procesos de contratación pública que se deben regir por los principios de transparencia, igualdad, oportunidad, trato justo y buena fe.

Para poder aplicar estos principios es necesario establecer mecanismos que eviten la arbitrariedad y discrecionalidad de los funcionarios públicos de las entidades contratantes al momento de realizar los procedimientos precontractuales, contractuales y post contractuales. En la actualidad la falta de normativa trae como consecuencia la indefensión de los oferentes y contratistas del Estado y en algunos casos inclusive llegan a afectar los intereses del propio Estado a mediano y largo plazo.

## CAPITULO II

### MARCO TEÓRICO

#### **Antecedentes de la Investigación**

Desde el momento que nace un Estado requiere adquirir bienes y servicios, primero para su cotidiano funcionamiento y segundo para satisfacer las necesidades de sus ciudadanos. La actividad de adquisición de bienes y servicios al sector privado involucra el gasto de grandes cantidades de recursos públicos que deben ser manejados con mesura y de manera eficiente procurando siempre la vigencia tecnológica y el mejor costo beneficio para el Estado.

Sin embargo por ser recursos públicos se han creado mecanismos y sistemas para la selección de proveedores idóneos, que, no sean escogidos por consideraciones de quienes ostentan el poder temporalmente sino por los propios méritos en cuanto a calidad, precios y beneficios a posterior para la entidad contratante. El tratadista argentino Miguel Marienhoff expone: *“la licitación consiste en un procedimiento de selección del contratista de la administración, que sobre la base de una previa justificación de idoneidad moral, técnica y financiera, tiende a establecer qué persona o entidad es la ofrece el precio más conveniente para la administración pública.”* (Página 163)

Enmarcado en los principios de igualdad ante la ley, trato justo y oportunidad, las distintas leyes de contratación pública han servido para establecer los procedimientos para seleccionar a proveedores por medio de concursos y licitaciones que aseguren la idoneidad del proveedor, hasta llegar a la promulgación de la Ley orgánica del sistema nacional de contratación pública por parte de la Asamblea Nacional Constituyente. Pero a pesar de que esta ley ayudó a evitar la discrecionalidad y arbitrariedad de los servidores públicos encargados de llevar adelante los procesos de contratación público aún existen etapas en las cuales se vulneran los principios por los cuales se debe regir

## **BASE TEÓRICA**

### **DETERMINACION DEL PROCEDIMIENTO CORRECTO DE CONTRATACION**

La licitación, concurso público o cualquier otro procedimiento contractual constituye la forma en que el Estado procede a seleccionar a sus proveedores. El tratadista Caetano afirma: *“La licitación no sólo no es una oferta, sino que al contrario es un llamado, un pedido, para que los particulares formulen sus ofertas para la contratación administrativa, llamado que se efectúa en forma impersonal, y que no es sino una “invitación ad offerendum”. La administración no hace propuestas, en esta etapa, sino que las requiere.”* (Página 312.) Estos procesos son el punto de partida de cualquier contrato público de provisión de bienes y servicios al Estado y constituyen la etapa precontractual del sistema nacional de contratación pública.

De acuerdo con la normativa de la LOSNCP existen procedimientos especiales de contratación, los mismos que responden a situaciones de emergencia, cuando el financiamiento provenga de convenios internacionales y los procedimientos de régimen especial enumerados en el artículo 2 de la LOSNCP. Estos últimos responden han sido considerados por el legislador como casos especiales debido a exige que sea suministrado por un oferente en particular de acuerdo con su condición, habilidad, exclusividad, naturaleza reservada, entre otros.

Para la adquisición del resto de bienes y servicios que no entran en estas excepciones, el legislador constituyente estableció en la Ley procedimientos que deben regirse por los principios de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad y participación nacional. Estos procedimientos se clasifican según el tipo de bien o servicio a adquirir y por el monto de

contratación, siendo de esta manera que se pueden realizar compras por catálogo electrónico, ínfima cuantía, subasta inversa electrónica, menor cuantía, cotización, y licitación.

Al tratarse de compras por catálogo electrónico está bien definido que una entidad contratante debe aplicarlo sin dilación, siendo el procedimiento con mayor celeridad y automatizado. En cambio según la clasificación por el tipo de bien o servicio se tiene que según la Ley estos se pueden clasificar en normalizados y no normalizados, lo que trae como consecuencia la aplicación o no de una subasta inversa electrónica para los casos en que los bienes o servicios estén normalizados.

La subasta inversa electrónica es un procedimiento en el que los oferentes deben simplemente cumplir con las características técnicas mínimas solicitadas en los pliegos y luego de esta calificación los oferentes que queden habilitados pasan a pujar a la baja en precio a través del portal de compras públicas. Este modelo de proceso recién fue aplicado con la LOSNCP y que superficialmente ha servido al Estado para obtener el precio más bajo posible en la adquisición de bienes y servicios. Sin embargo este método no siempre es el más idóneo, transparente ni conveniente para el Estado. *Leonardo Hernández Walker (2012) afirma que: “La falsa homologación, como justificación del procedimiento de subasta inversa, crea un círculo vicioso en donde siempre ganarán los peores, y en consecuencia se crea en los proveedores un desincentivo a la inversión, a la calidad, y a la innovación” (Página 2.)*

Una de las primeras ambigüedades en la Ley que surge en este proyecto es que según el artículo 42 del reglamento a la LOSNCP quien es responsable de la estandarización de los bienes y servicios es la entidad contratante. Sin embargo no está claro si la entidad contratante está obligada siempre a normalizar los bienes y servicios antes de iniciar un proceso de compra o es que el espíritu de la norma reglamentaria indica quién debe realizar esta tarea más no su realización obligatoria siempre.

En el supuesto caso de que sea el espíritu de Ley el que es la “obligación” de la entidad contratante el de realizar la estandarización las características de los bienes y servicios previo a un proceso de contratación tendríamos como resultado que todos los procesos de adquisición de bienes y servicios que no se encuentren en el catálogo electrónico se deberían realizar mediante una subasta inversa electrónica por tratarse de bienes normalizados según el artículo 47 de la LOSNCP.

Pero este supuesto caso se encuentra apartado de la realidad puesto que no siempre es posible lograr una normalización adecuada de las características de los bienes y servicios a adquirirse puesto que esta normalización debe ajustarse a los principios de trato justo, igualdad, buena fe, vigencia tecnológica y comparable en igualdad de condiciones para todos los oferentes. Nuevamente el tratadista ecuatoriano comenta:

*Leonardo Hernández Walker (2012): Constituyendo una aberración del sistema, para cualquier proveedor malicioso, la forma más fácil de ganar una subasta inversa de bienes falsamente homologados, es declarar en la oferta que se cumple con todo lo que los pliegos piden. Como los pliegos contienen especificaciones genéricas o imprecisas, que no pueden ser verificadas antes, y tampoco ex post, se puede ganar la subasta con un precio ínfimo y un producto pésimo, dejando fuera del juego a todos los proveedores serios. (página 2).*

El jurista ecuatoriano ratifica que en la actualidad suceden actos dolosos por parte de quienes están llamados a realizar estudios y pliegos de bienes y servicios a contratarse mediante sutiles pero incorrectas homologaciones. De la misma manera no siempre resulta conveniente para el Estado y la entidad contratante el homologar las características técnicas y proceder con una subasta inversa electrónica debido a que existen bienes y servicios que son complejos por su naturaleza en los que su adquisición no debe regirse únicamente por la oferta más baja sino que se deben analizar

las mejores ventajas presentes y futuras para el Estado sin que el precio sea el único factor decisorio.

Es así como se tiene la pista de que el espíritu de la Ley plasmado por el legislador constituyente deja entrever que el enunciado del artículo 42 del reglamento a la LOSNCP trata específicamente sobre quién es el responsable de la normalización de las características de los bienes y servicios a contratarse y no sobre la obligación de hacerlo como requisito previo a la contratación. Coadyuvante a esta hipótesis se tiene el listado de casos en que procede un procedimiento de licitación acorde con el artículo 48 de la LOSNCP y que menciona que procede una licitación cuando se pretenda contratar la adquisición de bienes o servicios no normalizados..., es decir que la propia Ley propone el caso en que se puede contratar la adquisición de un bien no normalizado.

A pesar de que la Ley da las opciones a las entidades contratantes de escoger el procedimiento más adecuado éstas optan consuetudinariamente por normalizar todas las características técnicas del bien para así poder llevar adelante una subasta inversa electrónica únicamente con el objetivo de ahorrar dinero al Estado. Pero la consecuencia real de este accionar es que frecuentemente se realizan normalizaciones inadecuadas o inclusive direccionando a marcas específicas, atentando así contra los principios por los que se debe regir la contratación pública según el artículo 4 de la LOSNCP.

Volviendo a los procedimientos especiales se tiene que aquí es donde también suelen ocurrir arbitrariedades notorias de los funcionarios públicos a cargo de los procesos de contratación. Es así como existen procesos de contratación que son adjudicados sin previo concurso justificados en supuestas emergencias que a veces son injustificadas o inclusive existen casos en que no existe el acto administrativo que declare la emergencia con suficiente motivación.

Un ejemplo real de arbitrariedad del funcionario público fue el proceso de régimen especial 283-2012 iniciado por el Municipio de Quito el 12 de diciembre del 2012, mediante este acto administrativo justifica la adquisición del equipamiento de la sala de cine, es decir bienes muebles, aduciendo que el objeto de la contratación es la ejecución de una obra artística literaria o científica. Es por demás notorio determinar que la compra de un proyector de cine o butacas no es la ejecución de una obra artística literaria o científica y que el acto administrativo que da inicio al proceso de contratación adolece de vicios en su motivación y por consiguiente es nulo.

En los procedimientos de régimen especial solo es invitado un solo oferente a través del portal de compras públicas (el que designa la entidad contratante) y por lo tanto resulta muy difícil que otros oferentes que posean los mismos productos solicitados puedan conocer acerca del requerimiento. De la misma manera, el procedimiento de régimen especial no permite que participen otros oferentes que no sea el invitado por la entidad contratante, lo que a la finales perjudica tanto a los oferentes y al propio Estado.

Los hechos consumados como este ejemplo, lastimosamente, se dan con frecuencia en la actualidad, principalmente por la falta de control previo de un organismo de control que tenga atribuciones para hacerlo, puesto que la Contraloría General del Estado realiza un control posterior y a destiempo muchas veces.

## **ESTUDIOS PARA ELABORACION DE PLIEGOS**

Cuando una entidad contratante decide que requiere adquirir un bien o servicio uno de los primeros pasos que debe dar es determinar cuáles son las características técnicas y descripción que debe tener el bien. Es así como lo más lógico es comparar y analizar especificaciones técnicas de dos o más marcas disponibles en el mercado local. De este análisis y comparación se

desprende y escoge las especificaciones mínimas necesarias de acuerdo al requerimiento. Sin embargo es lógico inferir que si el funcionario público a cargo de realizar el estudio no cuenta con la pericia ni conoce a profundidad sobre el producto y sus características, éste toma necesariamente contacto con proveedores que puedan explicar, hacer presentaciones, comparaciones y hasta demostraciones de sus productos y servicios. El tratadista ecuatoriano Hernández una vez más reseña los procesos aplicados en la legislación colombiana:

*Leonardo Hernández Walker (2012): Superando nuestras taras coloniales de la cultura del papel, el temor reverencial a la auditoría, y la suspicacia del contacto con el proveedor, antes del concurso convocan en forma pública a los proveedores para realizar un “estudio de mercado”. Se les entrega la información de los objetivos de la contratación, y posteriormente en un evento público, cada proveedor realiza una presentación detallada de varias horas (grabada), mostrando y comprobando las bondades de su producto o servicio, y respondiendo a todas las preguntas, incluyendo las de los otros proveedores. Constituye una “prueba de la verdad”, en vivo y en directo. Al finalizar el evento, los funcionarios responsables de la contratación disponen de toda la información comparada, que les permitirá determinar con precisión, las especificaciones mínimas aceptables del bien o servicio que quieren contratar, y resolver si los servicios o bienes son evidentemente diferentes. Si son diferentes o no cumplen con los mínimos requeridos, NO SON HOMOLOGADOS, y la subasta inversa no procede. Por la sencilla razón de que se aseguraría la peor compra, dejando en desventaja al proveedor de mejor calidad. (Página 3)*

Ratificando lo dicho por el jurista ecuatoriano y siendo lógico, el proveedor siempre tratará de convencer al funcionario que su producto es el mejor, ya sea por sus características técnicas o por otros factores como marca, soporte técnico o precio. Pero es aquí donde puede empezar a contaminarse un proceso de compra, dejando en desventaja a otros competidores que hasta el momento no conocen del requerimiento del cliente y no pueden presentar sus productos para comparación.

Se suma a esta práctica el hecho que muchas veces los funcionarios públicos se encuentran bajo presión de comprar los bienes de manera expedita, tomando en cuenta que un procedimiento de adjudicación puede tomar entre 30 a 45 días como mínimo. Esto conlleva a que el funcionario se “deje ayudar” por el proveedor en la elaboración de los términos de referencia y características técnicas de los bienes a adquirirse, de esta manera, direccionando el proceso hacia un oferente que le pueda proveer del bien.

Y es aquí en esta etapa cuando es común observar que existen procesos de contratación por subasta inversa electrónica en que las características técnicas que deben cumplir los oferentes son direccionada a una marca y modelo en especial, lo cual se contrapone a las disposiciones de la Resolución INCOP 054-2011 del 12 de noviembre de 2011. Sin embargo esta misma resolución también manda a que las especificaciones deben ser claras, completas e inequívocas. Es decir que se debe tener mucha pericia y conocimiento técnico para poder establecer una característica técnica de un bien si que ésta dirija a una marca en particular; pericia que muchas de las veces es inexistente en el funcionario público. Sobre este punto la jurista María Patricia Miravé (2013) indica: *“El procedimiento de elaboración de los pliegos, donde se establecen las condiciones de las contrataciones del Estado, se encuentra desprovisto de herramientas que permitan a los organismos contratantes hacerse de la información necesaria y suficiente para ello, lo que lleva a contrataciones*

*más que incompletas, deficientes.”* (Página 561.) En la legislación ecuatoriana sobre materia de contratación pública no existe un reglamento claro sobre cuál debe ser el método más idóneo para obtener información veraz y clara para poder elaborar los pliegos y por lo tanto siempre se corre el riesgo de una contratación incompleta y deficiente, sobre todo cuanto más complejo son los bienes y servicios a contratar.

Como contraparte también se dan casos en que hay marcas de productos que sus características homologadas son iguales a las de otra marca pero que a mediano o largo plazo presenta fallas, averías frecuentes y un desempeño deplorable versus otras marcas de renombre internacional. En estos casos es el Estado quien se ve perjudicado por la adquisición de productos de mal desempeño.

## **DISCRECIONALIDAD EN LA FIJACION DE MONTOS DE ANTICIPOS**

De acuerdo con el último inciso del artículo 75 de la LOSNCP son las propias entidades contratantes quienes regularán el monto del anticipo en consideración de la naturaleza de la contratación. Es decir que el legislador constituyente otorgó la discrecionalidad a las entidades contratantes para que fije el monto de anticipos, hasta un máximo del 70% permitido por la Ley o inclusive que disponga que no haya ningún anticipo. ¿Pero debe la entidad contratante justificar motivadamente el otorgamiento de un anticipo o no?

La Ley solo menciona, escuetamente, que la decisión será en base a la naturaleza de la contratación. Es así que, por casuística, algunas entidades fijan el monto de los anticipos proporcionalmente en base al monto del presupuesto referencial. En la práctica se traduce a que los montos de anticipos pueden ser entre el 50% a 70%. Cuando el presupuesto referencial de un proceso aumenta a una cifra inusual para la entidad contratante, muchas veces se otorgan hasta el 70%.

La motivación principal que puede aducir una contratante para otorgar un anticipo del 70% radica en la real imposibilidad e incapacidad que puedan tener los oferentes de cumplir con la provisión de bienes y servicios sin el anticipo debido al monto de contratación, en particular para las micro, y pequeñas empresas. Otro factor frecuente es que es común que los bienes a adquirirse deban ser importados por el oferente, para lo cual éste debe, casi siempre, pagarlos en su totalidad al exterior, teniendo que soportar esta carga financiera hasta recibir el pago del saldo por parte de la entidad contratante.

Sin embargo existen otras entidades contratantes que, en uso de la discrecionalidad dada por el legislador constituyente, deciden no otorgar ningún anticipo y que la totalidad del pago sea efectuado al momento de la entrega recepción de los bienes. Luego de haber investigado con algunas entidades contratantes, muchas fundamentan esta decisión a resoluciones internas del departamento financiero o administrativo. Algunas entidades aducen que el trámite para el desembolso de anticipos demora demasiado tiempo y ante la prisa de recibir los bienes optan por no otorgar anticipos. Otras, en cambio, han fijado un tope de otorgamiento de anticipo del 50% para cualquier tipo de contratación sin importar su monto.

Estas prácticas, si bien es cierto se encuentran enmarcadas dentro de la legalidad y ámbito de discrecionalidad de cada entidad contratante, por demás ocasiona que micro y pequeñas empresas muchas veces se vean imposibilitadas de participar en procesos de contratación pública al no contar con los recursos económicos para financiar la adquisición de los bienes y esperar a que la entidad pague la factura luego de los respectivos trámites internos. Es decir que sólo la empresas que cuenten con inventario o capital propio podrían participar en estos procesos, lo cual excluye a las que no cuentan con recursos suficientes. De esta manera existe un doble perjuicio de intereses tanto para los oferentes que no pueden participar en los concursos y el Estado que quizás no obtiene el mejor precio del producto

## **EXIGIBILIDAD DE REQUISITOS DOCUMENTALES DE PARTICIPACION**

Los pliegos elaborados por la entidad contratante para la adquisición de bienes o servicios son los que incluyen los requisitos exigidos a los oferentes que deseen participar. Este documento se rige por un formato preestablecido por el INCOP y que ha sufrido múltiples modificaciones desde la promulgación de la LOSNCP a través de resoluciones. Además de las características técnicas solicitadas la entidad contratante comúnmente exige requisitos adicionales, los mismo que deberán ser de cumplimiento obligatorio o que serán calificados con puntaje específico según los parámetros fijados.

Estos requisitos adicionales pueden ser de diversa naturaleza, como por ejemplo certificados de experiencia; de ser distribuidor autorizado de los productos ofertados; de calidad; actas de entrega que demuestren experiencia; certificados de no adeudar a la entidad contratante; de laboratorio; de técnicos calificados y hasta muestras físicas del producto entre otros.

No se puede negar que estos requisitos adicionales pueden estar orientados hacia el comprobación y mejor identificación de la idoneidad del oferente en la provisión de los bienes solicitados, sin embargo aquí también existe una línea muy fina y subjetiva entre lo correcto y lo antiético en donde el factor tiempo juega un papel decisivo.

Es así que, sólo un oferente que habitualmente participa en procesos de contratación pública puede conocer que por lo general ciertas entidades contratantes exigen este tipo de requisitos adicionales y ya han provisionado su tenencia con anticipación. Asimismo los oferentes que han estado en contacto con la entidad contratante durante los estudios previos y en la elaboración de los pliegos conocen y hasta convienen de los requisitos

adicionales exigibles en los pliegos inclusive para tratar de disuadir a la competencia de su participación.

Al conocimiento de esta información privilegiada se suma el cortísimo tiempo que puede dar la entidad contratante desde la publicación del proceso en el portal de compras públicas hasta la fecha límite de presentación de oferta y se tiene como resultado la afectación de los intereses de los potenciales oferentes al no tener tiempo para reunir todos los requisitos y la del Estado al no lograr una mayor participación de oferentes ampliando la oferta y ventajas de productos a adquirir.

Debido a que ni la LOSNCP ni su reglamento han reglado los requisitos que pueden ser exigibles o no a los oferentes ni los tiempos prudenciales para lograr su obtención, la arbitrariedad y discrecionalidad de los funcionarios públicos puede llegar a camuflarse en lograr la adquisición de bienes y servicios a los oferentes más idóneos.

## **PREGUNTAS, RESPUESTAS Y ACLARATORIAS**

Un proceso de contratación inicia con su publicación en el portal de compras públicas y es a partir de este momento en que todos los oferentes habilitados pueden conocer el contenido de los pliegos. Aquí se da paso a la etapa de preguntas, respuestas y aclaratorias sobre cualquier duda o consulta que puedan tener los oferentes acerca del contenido de los pliegos.

De acuerdo con la Ley, sólo en esta etapa existe la posibilidad de reformar los requisitos, características técnicas o condiciones del posible contrato, ya sea a petición de parte por medio de preguntas o aclaratorias de oficio por parte de la entidad contratante.

El espíritu de esta etapa del proceso radica en que la entidad contratante deba aclarar cualquier error, ambigüedad o imprecisión que existe en los pliegos que pueda obstaculizar que un oferente pueda

presentar su oferta, aplicando los principios de igualdad y buena fe. En la mayoría de los casos ha servido justamente para la detección de errores de escritura, aclaración de abreviaturas, y corrección de contradicciones del proceso.

Sin embargo los problemas ocurren cuando, por parte de los oferentes se utiliza esta etapa para comunicar opiniones que no son preguntas propiamente o consultas impertinentes y hasta en algunos casos injuriosas contra la entidad contratante. Por la otra parte cuando el funcionario público a cargo no contesta todas y cada una de las preguntas o lo hace de manera insatisfactoria.

Pero en los casos en que los oferentes sí hagan preguntas pertinentes orientadas a la aclaración de ambigüedades en los pliegos, éstas muchas veces no eran ni siquiera respondidas. Para el efecto el INCOP a través una circular en agosto de 2011 dictaminó que las entidades contratantes tienen la obligación de contestar todas y cada una de las preguntas realizadas por los oferentes so pena que de no hacerlo tendrían que cancelar el proceso e iniciarlo nuevamente.

A pesar de esta clara disposición aún se dan casos en que las entidades contratantes responden a preguntas como “remítase a los pliegos” o “sujetarse al contenido de los pliegos” sin explicación ni motivación alguna. De aquí se desprende la pregunta ¿podrá considerarse este hecho una falta de motivación del funcionario público ante una petición de un ciudadano?

Para tratar de responder esta pregunta primero hay que remitirse al literal l) del artículo 76 de la Constitución de la República en la que ratifica el derecho básico al debido proceso y que enuncia que *“Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren*

*debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.”*

La resolución que da inicio al proceso de contratación pública y la aprobación de los pliegos son actos administrativos y las respuestas y aclaraciones realizadas en el proceso pasan a formar parte integral del acto administrativo modificándolo o no, toda vez que las preguntas son comparables a peticiones que realiza un ciudadano a la función pública y que su respuesta siempre debe ser motivada estableciendo un nexo de causalidad entre los antecedentes enunciados por el peticionario y las normas pertinentes.

Es así que la ausencia de una motivación en la respuesta a una pregunta debería ser causal de nulidad del acto administrativo o su efecto de cancelación del proceso para realizar reformas sustanciales. De la misma manera las respuestas que ocasionan mayor confusión y no contribuyen a la aclaración de la inquietud. Las frases “remitirse a los pliegos” constituyen una forma inapropiada de la entidad contratante de arbitrariamente imponer su voluntad de continuar un proceso ambiguo y atentatorio a los principios de buena fe, igualdad y oportunidad para todos los oferentes.

Existen casos en que se han realizado preguntas orientadas a conocer la pertinencia de una especificación técnica de un producto que se infiere es de una marca en especial y que la entidad contratante simplemente no da ninguna explicación entorno a su justificación con la frase “remítase a los pliegos”, con lo cual una vez terminada la etapa de preguntas no hay otro momento ni oportunidad de aclaración previo a la fecha límite de presentación de ofertas.

Es decir que en esta etapa es cuando podría empezar a afectarse notoriamente los derechos e intereses de los oferentes, que previamente no conocían del requerimiento de la contratante y que no tendrán oportunidad de aclarar dudas acerca del proceso y por consecuencia probablemente se abstendrán de presentar una oferta ante la desigualdad de condiciones.

Pero más nefasto aún es cuando se dan casos en que el funcionario realiza por iniciativa propia aclaraciones en las que prohíbe ciertas características técnicas que son propias de una marca determinada y que por lo tanto imposibilita su participación sin ninguna explicación y peor aún mediante una justificación o motivación que sustente su decisión arbitraria. Es así que se cita el ejemplo de un proceso para la adquisición de GPS, en que la Agencia Nacional de Tránsito responde a las preguntas realizadas en el portal de tal forma que prohíbe la participación de una marca que utiliza estas características en sus productos.

## **CRONOGRAMA DEL PROCESO VS COMPLEJIDAD DE OFERTA**

Los pliegos de un proceso de contratación pública contienen el cronograma a seguir de las etapas del concurso. La LONSCP y su reglamento establecen los rangos de plazos y términos que la entidad contratante debe aplicar para cada etapa. Sin embargo éste es un aspecto que ha quedado a la discrecionalidad del funcionario público a cargo del proceso. Normalmente los plazos que se fijan atienden a la prisa con la que se desea contratar y recibir los bienes y también al hecho de compras reiterativas de bienes que son de poca complejidad. Para el efecto,

*Héctor Jorge Escola (1977) afirma: Por otro lado, y siempre dentro de este concepto, la administración debe ejecutar sus prestaciones dentro de los plazos que se hayan fijado para ello, o a falta de un término normativa o convencionalmente fijado, dentro del plazo razonable que corresponda a la naturaleza de cada una y que favorezca la mejor marcha del contrato. (Página 442).*

El tratadista argentino menciona que el plazo debe ser razonable de acuerdo a la naturaleza de cada requerimiento, es decir en la mayoría de casos a su complejidad. Pero existen procesos, en cambio, en que el objeto

de la contratación, por ejemplo, es una solución tecnológica que requiere de un estudio por parte del oferente, como potencial proveedor, para poder determinar todos los insumos, materiales y equipos que necesita para cumplir con el objeto del contrato. De la misma manera requiere a veces mayores detalles e información que no siempre se he entregado con los pliegos, como el caso de planos y usos de la entidad contratante. Si bien es cierto que el oferente puede solicitar mayor información durante la etapa de preguntas, respuestas y aclaratorias, esta información es proporcionada al final de esta etapa, restándole al oferente apenas uno o dos días para poder analizar el proyecto completo, determinar todos los componentes necesarios para su realización y preparar en definitiva una oferta precisa sin ningún error de fondo que pueda servir como causal de descalificación.

Aún teniendo toda la información necesaria para poder elaborar una propuesta técnica y oferta económico en un proceso de contratación pública siempre existe la variable de la complejidad del objeto del contrato, ya que la contratante puede solicitar que los bienes o conjunto de bienes realicen funciones específicas, se desempeñen de cierta manera especial, se adapten y sean compatibles con otros bienes que ya posee la entidad contratante y que se configure de cierta manera acorde con las exigencias establecidas en los pliegos. Esto conlleva, a que la mayoría de veces, únicamente los oferentes con amplia experiencia y conocimientos técnicos se atrevan a presentar una oferta estimando posibles costos ocultos, proponiéndose posibles escenarios imprevistos o en su defecto que sólo el oferente que conocía previamente del proyecto y que tuvo más tiempo para diseñar su propuesta pueda participar.

Otro obstáculo que enfrentan los oferentes es la exigencia de presentación de documentos, en un plazo mínimo, que validen su idoneidad o experiencia por parte de los fabricantes o clientes respectivamente. Ocurren casos en que la documentación solicitada para poder participar en el

proceso resulta imposible de obtener en un plazo de dos o tres días y por lo tanto trae como consecuencia la descalificación automática del oferente.

El origen de la voluntad de la exigencia de este tipo de requisitos documentales puede provenir, ya sea de los conocimientos y experiencia técnica del funcionario público encargado de la elaboración de los pliegos para lograr que el oferente posea dichas cualidades; o que uno de los proveedores con quien, previo al inicio del proceso oficial, el funcionario público tomó contacto en el mercado local haya sido quien persuadió e influyó para que estos documentos sean exigibles en los pliegos. Obviamente este proveedor al persuadir al funcionario incluir estos documentos como requisitos para participar en el proceso, de antemano tiene conocimiento y tendrá un plazo holgado para su obtención, si es que ya no los posee con anterioridad.

## **COMISION TECNICA Y SUBCOMISION DE APOYO**

Para precautelar el apego a los principios establecidos en el artículo 4 de la LOSNCP el legislador constituyente estableció que el desarrollo e impulso del proceso de contratación sea llevado a cabo por una comisión técnica, conformada de acuerdo a la Ley por funcionarios públicos de la propia entidad contratante, quienes también tendrán la tarea de calificar todas las ofertas recibidas.

La LOSNCP y su reglamento quienes pueden conformar esta comisión, sus atribuciones y la posibilidad de nombrar una subcomisión de apoyo, a quien se le podrá delegar el análisis de las ofertas presentadas. El informe que se desprenda del trabajo de la subcomisión de apoyo servirá a la comisión técnica como ayuda al proceso de selección, pero no tendrá el carácter de vinculante y podrá ser avalado o rectificado por la comisión técnica.

Sin embargo en caso de que la comisión técnica encargue el análisis de las ofertas presentadas, la etapa de convalidación de errores de forma es única y debe seguir el cronograma preestablecido en los pliegos, con lo cual, casi siempre es únicamente la subcomisión de apoyo quien a esas alturas del proceso ha podido revisar las ofertas y determina si existen errores que se puedan convalidar o no. Luego de fenecida esta etapa y de presentado el informe de análisis a la comisión técnica, ésta no tiene oportunidad de realizar una convalidación de errores de forma si los encontrara. En la practica las subcomisiones de apoyo se remiten a la revisión de aspectos altamente técnicos de las ofertas o cuando los miembros de la comisión técnica se encuentran con sobrecarga de trabajo.

Según el reglamento a la LOSNCP, en su artículo 18, la comisión técnica se integrará por: un profesional designado por la máxima autoridad, quien la presidirá; el titular del área requirente o su delegado; y un profesional afín al objeto de la contratación designado por la máxima autoridad o su delegado. La misma disposición legal continua diciendo que para los procesos de licitación “intervendrán con voz pero sin voto, el Director Financiero y el Director Jurídico o quien haga sus veces o sus respectivos delegado” y la designación de un secretario de la comisión fuera de su seno. Asimismo el décimo inciso del mismo artículo establece que “La comisión técnica se reunirá con la presencia de al menos dos de sus miembros, uno de los cuales será obligatoriamente el Presidente, quien tendrá voto dirimente. Adoptará decisiones válidas por mayoría simple.”

Analizando esta disposición legal se puede inferir que la decisión final sobre el avance y calificación de las ofertas recae sobre tres funcionarios de la entidad contratante, pero como la Ley establece que es válida la reunión de solo dos de sus miembros, siendo uno de ellos su Presidente, finalmente recae sobre éste la decisión que adopte la comisión técnica por tener el voto dirimente.

El mismo artículo 18 del reglamento a la LOSNCP establece que no podrán ser miembros de la comisión técnica aquellos funcionarios que tengan conflictos de intereses con los oferentes. Por obvias razones lo primero que se debe tomar en cuenta es si existe algún grado de afinidad o consanguinidad para presentar su excusa. Sin embargo se plantea la siguiente pregunta: ¿Es un conflicto de intereses la participación del funcionario público quien tomó previamente contacto con proveedores del mercado local para lograr la elaboración de los pliegos como miembro de la comisión técnica?

Existe la posibilidad de que este funcionario ya tenga su decisión o criterio formado de cual es el mejor producto ofertado de acuerdo sus reuniones con los proveedores o proveedor previo al inicio del proceso o inclusive pueden darse hasta casos de corrupción por parte de algún proveedor quien haya ofrecido “recompensas” al funcionario por inclinar la calificación hacia su producto. No resulta ético por demás decirlo que el funcionario que conozca al proveedor participe como miembro de la comisión técnica, sin embargo para precautelar los principios de igualdad y trato justo por los cuales se rige la contratación pública sería necesario excluir a este funcionario como miembro de la comisión técnica.

Una vez finalizada la revisión de la ofertas la comisión técnica deberá dejar asentado si estas, primero cumplen con los requisitos formales exigidos en la Ley y los pliegos; y segundo verificar el cumplimiento de los requisitos técnicos o en su defecto calificar con puntajes mínimos y máximos de acuerdo a los parámetros preestablecidos en los pliegos. Finalmente deberá recomendar a la máxima autoridad o su delegado que adjudique el proceso al oferente ganador por puntaje o que declare desierto el proceso si ningún oferente logra cumplir con los requisitos mínimos. En los procesos de subasta inversa electrónica, la comisión técnica se remite solo a verificar si los oferentes cumplen con lo solicitado para luego esperar los resultados de

la subasta inversa electrónica realizada por los oferentes a través del portal de compras públicas.

## **CONVALIDACION DE ERRORES DE FORMA Y SU USO DISCRECIONAL**

La etapa de convalidación de errores rige para todos los procesos de contratación pública. Su razón principal es que siempre pueden existir errores de forma que pueden ser subsanados sin alterar el contenido o la esencia de la oferta y de esta manera lograr mayor participación y oportunidad a todos los oferentes. El artículo 23 del reglamento a la LOSNCP establece el mecanismo para realizar la convalidación de errores de forma y los rangos de términos de acuerdo con la complejidad del objeto del contrato.

La primera oración de este artículo es muy clara al decir *“Las ofertas, una vez presentadas no podrán modificarse.”* Esta disposición inequívocamente prohíbe que las ofertas sean modificadas una vez presentadas, es decir que resulta improcedente que la oferta se modifique a través de una convalidación de errores.

¿Pero que sucede si un oferente omite un detalle o característica del bien ofertado? De acuerdo con el último inciso del artículo 23 del reglamento establece que los oferentes podrán integrar a su oferta documentos que puedan subsanar las omisiones sobre su capacidad legal, técnica o económica. Es decir que si el oferente “omite” una característica o detalle sobre el bien ofertado puede subsanarlo mediante la presentación de la documentación respectiva si la entidad contratante lo manda a convalidar.

Sin embargo este procedimiento viola el principio de igualdad ya que si todos los oferentes tuvieron el mismo tiempo para preparar sus ofertas no resulta justo que se otorgue una “segunda oportunidad” para emendar un error de “forma”. El mismo artículo 23 determina que *“se entenderán por errores de forma aquellos que no implican modificación alguna al contenido*

*sustancial de la oferta, tales como errores tipográficos, de foliado, sumilla o certificación de documentos.”*

Ante esta ambigüedad de la Ley, el INCOP expide la Resolución INCOP 083-2013 con fecha 27 de marzo de 2013 para la regulación de la etapa de convalidación de errores. Es aquí donde el INCOP profundiza los errores de naturaleza convalidable y los errores no subsanables. Incluye como errores de subsanables a los documentos que sean ilegibles o cuando exista contradicciones entre dos informaciones presentadas en la misma oferta.

Pero asimismo incluye como error no subsanable la omisión del formulario que contiene la carta de presentación y compromiso; la no presentación de alguno de los formularios exigidos en los pliegos y la alteración o modificación del contenido de la carta de presentación y compromiso o de cualquier otro formulario de tal manera que se pueda entender la existencia de una oferta condicional.

Sin embargo el INCOP, a través de la resolución INCOP 83-2013, estaría modificando la disposición del inciso final del artículo 23 del reglamento a la LOSNCP que textualmente dice: “ *Así mismo, dentro del período de convalidación los oferentes podrán integrar a su oferta documentos adicionales que no impliquen modificaciones del objeto de la oferta, por lo tanto podrán subsanar las omisiones sobre su capacidad legal, técnica o económica.*” Es decir que esta resolución estaría en contradicción de una norma jerárquica superior como lo es el reglamento a la LOSNCP, y por lo tanto ilegal. Para poder subsanar esta ilegalidad es necesario la reforma al reglamento e incluir las disposiciones de la resolución INCOP 83-2013 y así legalizar el procedimiento.

## **CALIFICACION DE OFERTAS DE FORMA DETALLADA**

La principal función de la comisión técnica es la de evaluar la ofertas y calificarlas para poder determinar el oferente ganador mediante un acta de calificación debidamente motivada. Para cumplir con los principios de publicidad y transparencia este acto debe cumplir con ciertas solemnidades, como por ejemplo reunir el quórum de miembros de la comisión incluyendo la presencia obligatoria del Presidente como lo establece el artículo 18 del reglamento.

Pero ni en la Ley, ni en su reglamento se exige que esta acta contendrá una calificación detallada, es decir ítem por ítem de las características solicitadas en los pliegos. Es por esto que algunas entidades contratantes, en su acta de calificación someramente se remiten a poner si el oferente cumplió o no con los requisitos técnicos. De aquí que el oferente descalificado no tiene la posibilidad inmediata de determinar en qué es lo que no cumple su oferta, pues esto sólo lo podría lograr peticionando a la entidad contratante el desglose de la calificación.

Más aún, se dan casos en que los funcionarios, ya sea por desconocimiento o por dolo califican equivocadamente a un oferente y éste jamás se llega a enterar por la falta de una acta de calificación detallada. En otros casos la comisión técnica rápidamente habilita y califica a todos los oferentes que presentaron su oferta para que luego se determine un ganador mediante la subasta inversa electrónica, lo cual también atenta contra los principios que se rige la contratación pública en el país.

El hecho de que el proceso de subasta inversa electrónica determine el ganador del proceso por tener la oferta económica más baja no quiere decir que el proceso se ha manejado con transparencia ni velando los intereses del Estado. Sino más bien va en deterioro de los principios preestablecidos pudiendo llegar a causar perjuicios futuros al Estado como lo es la adquisición de bienes y servicios de mala calidad.

La calificación detallada de las ofertas permite asegurar el principio de transparencia y trato justo para todos los oferentes, de tal forma que sea pública la información y oferta ganadora para que cualquier ciudadano pueda ser veedor del sistema de contratación pública. Tampoco resulta válido una acta de calificación en la que solo se enuncia la característica técnica solicitada y seguido de las columnas con los nombres de los oferentes indicando su cumple o no cumple. Este forma de calificación lo que hace es ocultar la marca, modelo y características técnicas de los bienes y servicios ofertados por los participantes y viola el principio de transparencia y publicidad.

El Manual de Buenas Prácticas para la Gestión Contractual Pública de Colombia (2004) establece la siguiente recomendación: *Elaboración de pliegos de condiciones tipo en los que establezcan factores de admisión o rechazo de las propuestas y de evaluación comunes, sin que la sugerencia implique la estandarización de los criterios de ponderación de dichos factores de evaluación, respecto de los cuales puedan establecerse indicadores y reglas de aplicación que permitan su interpretación unívoca tanto para funcionarios como para contratistas. (Página 14).*

Esta investigación coincide con la recomendación del manual Buenas Prácticas para la Gestión Contractual Pública en el sentido de que se deben establecer reglas para una interpretación unívoca para todos los actores. La forma correcta para poder establecer inequívocamente los oferentes que cumplen o no con lo solicitado en los respectivos pliegos es que el acta de calificación contenga el parámetro solicitado, el parámetro ofertado por cada oferente y junto a esto una columna con el resultado de la comparación entre ambos, ratificando si cumple o no de acuerdo a lo solicitado en los pliegos. De ser la opción de que no cumpla, se debería enunciar los motivos y razones técnicas.

Ni la LOSNCP ni su reglamento el momento en el cual se deberán publicar el acta de calificación, sin embargo el sistema del portal de compras públicas da la opción a la entidad contratante de hacerlo a la llegada de la fecha establecida para la calificación en el cronograma, cuando se trate de procesos de cotización, menor cuantía, régimen especial y licitación. Para los procesos de subasta inversa electrónica el acta de calificación deberá subirse al portal al momento de habilitar a los oferentes para la puja.

Es así como en el proceso de subasta existe un plazo, quizás mínimo, para poder revisar el acta de calificación antes de que se notifique la resolución de adjudicación del proceso. Pero en cambio en los demás procesos ocurre que muchas veces que el acta de calificación es elevado al portal de compras públicas al mismo tiempo que la resolución de adjudicación. De esta manera si impide que el oferente afectado pueda ejercer su derecho al reclamo administrativo previo a la adjudicación o declaratoria de desierto del proceso, lo que en definitiva también perjudica al Estado por haber perdido tiempo y recursos en un proceso.

En el proceso de subasta inversa, el oferente que resulte ganador de la puja, por el hecho, aún no es conferido derechos ni obligaciones de adjudicatario y por lo tanto la entidad contratante aún puede declarar desierto el proceso si es que se detecta que se ha violado el debido proceso y que esta violación puede repercutir en contra de los intereses de la institución.

## **DECLARATORIA DE DESIERTO DEL PROCESO**

La finalización de la etapa precontractual tiene dos posibilidades, la primera siendo la declaratoria de desierto, en la cual ninguno de los oferentes que participaron cumplieron con lo solicitado en los pliegos o ninguna oferta se recibió; o que se adjudique el contrato al oferente ganador según la calificación. Estas terminaciones de la etapa precontractual son

disyuntivas, es decir que no pueden darse a la vez las dos sino que se debe optar por la una o la otra.

María Patricia Miravé (2013) expone: *Justificar la decisión de compra es fundamental: Es decir, no basta con decidir cuál es el mejor producto a comprar desde un punto de vista técnico-económico, sino que es necesario además, tener la capacidad de explicar dicha decisión a los competidores no adjudicados, en justificar ante todos los interesados que se gasta adecuadamente el presupuesto del Estado y a responder las consultas de los ciudadanos en general. (página 567.)*

La tratadista coincide con la Constitución y la Ley en que toda decisión o acto administrativo debe ser motivado y más aún cuando se trata de una justificación del uso de fondos públicos. Esta motivación antes que nada debe satisfacer a los oferentes que participaron en el proceso y que no resultaron ganadores y luego a la ciudadanía en general que puede actuar de veedora en cualquier momento.

El artículo 33 de la LOSNCP enumera taxativamente las causales por las cuales se podrá declarar desierto un proceso, que son: 1. Por no haberse presentado oferta alguna; 2. Por haber sido inhabilitada las ofertas presentadas por incumplimiento de las condiciones o requerimientos establecidos en los pliegos; 3. Por no celebrarse el contrato por causas imputables al adjudicatario, siempre que no sea posible adjudicar el contrato a otro oferente y; 4. Por considerarse inconvenientes para los intereses nacionales e institucionales todas las ofertas o la única presentada. La declaratoria de inconveniencia deberá estar sustentada en razones económicas, técnicas o jurídicas.

Las primeras tres causales son bastante explícitas y claras en lo que se refiere al hecho que debe suceder para su aplicación, sin embargo la cuarta causal se presta para la arbitrariedad y muchas veces abuso de discrecionalidad por parte de los funcionarios públicos. Es común observar

que en resoluciones de declaratoria de desierto la máxima autoridad invoca el numeral cuatro del artículo 33 pero no hace ninguna relación de los hechos con la norma. Es decir que no sustenta ni motiva su decisión y peor aún enuncia cuales las razones por las cuales se considera inconveniente para los intereses nacionales e institucionales.

La declaratoria de desierto de un proceso de contratación es un acto administrativo, que según la Constitución debe ser plenamente motivado so pena de nulidad absoluta, tal como lo dicta en su artículo 76 literal I) en la que ratifica el derecho básico al debido proceso y que enuncia que *“Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.”*

Complementariamente se sustenta en el artículo 3 del Reglamento para el Control de la Discrecionalidad en los Actos de la Administración Pública que dice textualmente: *“Art. 3.- Del control de los hechos determinantes.- De forma previa a la expedición de los actos administrativos, los funcionarios cuidarán que exista una adecuada y correcta apreciación de los presupuestos de hecho determinantes, y una acertada valoración que conduzca a que la toma de decisión se ajuste plenamente a los hechos que determinan la expedición del acto.”*

De la misma manera el artículo 4 ibídem: *“Art. 4.- De la motivación.- Siempre que la administración dicte actos administrativos es requisito indispensable que motive su decisión, en los términos de la Constitución y este reglamento. La motivación no es un requisito de carácter meramente formal, sino que lo es de fondo e indispensable, porque sólo a través de los motivos pueden los interesados conocer las razones que justifican el acto, porque son necesarios para que pueda controlarse la actividad de la*

*administración, y porque sólo expresándolos puede el interesado dirigir contra el acto las alegaciones y pruebas que correspondan según lo que resulte de dicha motivación que, si se omite, puede generar la arbitrariedad e indefensión prohibidas por la Constitución. La motivación se constituye como la necesaria justificación de la discrecionalidad reglada administrativa, que opera en un contexto diferente al de la propia decisión. Aquella será atacable en materialidad a través de la desviación de poder o la falta de causa del acto administrativo, pero en el caso de los actos discrecionales encontrará su principal instrumento de control en la justificación, precisamente por la atenuación de la posible fiscalización sobre los otros elementos del acto administrativo.”*

A pesar de que la Constitución y la Ley son claras e inequívocas en cuanto a los requisitos sine qua non que deben cumplir los actos administrativos a diario de violan estas normas. Inclusive en múltiples ocasiones el funcionario público se ampara en el último inciso del artículo 33 en la que dispone que la declaratoria de desierto o cancelación no dará lugar a ningún tipo de reparación o indemnización a los oferentes. Sin embargo esta disposición es mal interpretada por algunas entidades contratantes al pensar que por esta salvedad no deben motivar su decisión.

Por lo tanto resulta totalmente viable exigir la reparación de daños y perjuicios del oferente que se haya visto vulnerado sus derechos por una declaratoria de desierto con falsa o falta de motivación ya que se estaría alegando la nulidad del acto administrativo y no su consecuencia. Muchas veces la resolución de declaratoria de desierto de un proceso es utilizada por la entidad contratante para desistir de la adquisición de los bienes después de haber recibido las ofertas cuando ya no es posible aplicar la cancelación del proceso según el artículo 34 de la LOSNCP.

Pero la problemática de una eventual reclamación por la declaratoria de desierto en cuando en ésta se haya dispuesto la reapertura del proceso,

lo cual dejaría al oferente afectado sin tiempo para proponer su reclamo y más bien sería más conveniente volver a participar en el nuevo proceso que se inicie para así tener opción a ser adjudicado.

Para los casos en que en la etapa final del proceso de contratación la entidad contratante desea desistir de la adquisición de los bienes o en su defecto requiere características distintas o adicionales a las solicitadas, es aquí cuando se aplica erróneamente la resolución de declaratoria de desierto del proceso intentando emular una cancelación del proceso establecido en el artículo 34 de la LOSNCP y en especial sus causales 1 y 2. La tercera causal de la misma disposición legal más bien dispone la opción de la cancelación del proceso cuando haya existido una violación sustancial de un procedimiento contractual. Esta situación muchas veces es más frecuente que se de luego de que los oferentes hayan entregado sus ofertas y a destiempo a la aplicación del artículo 34.

Sin embargo con la finalidad de evitar actos de discrecionalidad o arbitrariedad, el legislador constituyente no incluyó esta causal para la declaratoria de desierto del proceso de contratación ya que pueden darse casos que se cometan violaciones sustanciales al procedimiento precontractual de manera premeditada al momento de conocer las ofertas presentadas para así lograr la reapertura del proceso conociendo información privilegiada de los competidores.

Otras situaciones en la que la entidad contratante se ve forzada a declarar desierto un proceso ocurren en la subasta inversa electrónica, cuando la entidad contratante no respondió todas las preguntas realizadas en la respectiva etapa y cuando no logra elevar al portal el acta de calificación de oferentes habilitados para la puja hasta la fecha límite. Esto en razón de las resoluciones del INCOP mas no por que así lo establezca explícitamente en la Ley.

## **ADJUDICACION DEL PROCESO Y LA FALTA DE PROCEDIMIENTO EFECTIVO DE IMPUGNACION.**

De acuerdo con la LONSCP la adjudicación se define como *“el acto administrativo por el cual la máxima autoridad o el órgano competente otorga derechos y obligaciones de manera directa a oferente seleccionado, surte efecto a partir de su notificación y solo será impugnabile a través de los procedimientos establecidos en esta Ley.”* Por lo tanto las cualidades más importantes que resaltan es que es un acto administrativo y que otorga derechos y obligaciones directas al oferente seleccionado o ganador del proceso.

Pero el hecho de resultar adjudicado de un proceso no significa que el oferente se convierta ni ostente la calidad de contratista ipso facto. Para el efecto es necesario la suscripción de un contrato con la entidad contratante. La adjudicación, el único derecho que establece es que ratifica que el oferente seleccionado ha cumplido con el debido proceso y es con él con quien se suscribirá el contrato, siempre y cuando cumpla con las solemnidades que exige la Ley.

El artículo 69 de la LOSNCP claramente ha establecido el término de 15 días para que la entidad contratante y oferente suscriban el respectivo contrato, so pena que de no hacerlo dentro del término por causas imputables al oferente adjudicado se lo sancionará como adjudicatario fallido y la suspensión del RUP por un lapso de 3 años. En este caso de existir otro oferente con la segunda mejor calificación o segunda mejor oferta en la puja se lo invitará a este para que suscriba el contrato.

La resolución de adjudicación, por ser un acto administrativo, debe ser motivado. Se deben enunciar los antecedentes que llevaron a la decisión de adjudicar. El artículo 32 de la LOSNCP establece que *“la máxima autoridad de la Institución de acuerdo al proceso a seguir en base al tipo de contratación, adjudicará el contrato, al oferente cuya propuesta represente el*

*mejor costo, de acuerdo a lo definido en los números 17, 18 y 19 del artículo 6 de esta Ley; y, a los parámetros objetivos de evaluación previstos en cada procedimiento.”*

Complementariamente se tiene el artículo 5 del Reglamento para el Control de la Discrecionalidad en los Actos de la Administración Pública dice: *“Art 5.- Adjudicaciones de contratos.- En los actos de adjudicación de contratos no basta con la adjudicación sin más, es necesario que la administración valore íntegramente el contenido de las ofertas y del expediente administrativo y que exteriorice justificadamente su decisión. El control de la discrecionalidad permitirá determinar si la administración hizo un correcto uso de sus potestades, la discrecionalidad reglada se ha de ejercer ponderada y racionalmente, debiendo decidir sin sobrepasar el ámbito de la legalidad.”*

La resolución de adjudicación es por excelencia el requisito previo sine qua non para la suscripción de un contrato con el Estado, salvo las excepciones en que se requiere la contratación directa por emergencia y otros casos especiales establecidos en la Ley. Pero cuál es el procedimiento para impugnar el acto administrativo de adjudicación?

De acuerdo con el artículo 102 de la LOSNCP son los oferentes que se consideren quienes podrán presentar las reclamaciones y los recursos administrativos de los que se crean asistidos de conformidad con la Ley. De acuerdo con el reglamento a la LOSNCP se puede presentar un reclamo administrativo, en el que se pueden formular observaciones, consideraciones y reservas de derechos cuando se impugnaren los actos de simple administración; o pretender la enmienda, derogación, modificación o sustitución total o parcial de los actos administrativos relacionados con los procedimientos de contratación en los que intervengan. La siguiente disposición legal, artículo 151, señala que las resoluciones que atiendan los reclamos podrán ser recurridas en recurso de reposición ante el propio órgano que las expidió.

Por lo tanto la Ley sólo permite, en sede administrativa, la reclamación de la afectación de un derecho o el planteamiento del recurso de reposición ante el mismo órgano que lo expidió. Es decir que la entidad contratante se convierte en juez y parte en el proceso, lo que afecta en principio de imparcialidad que debe tener un juzgador. Para agravar la situación del reclamante, según la Ley, la reclamación o recurso presentado no suspende la ejecución del acto impugnado. Esto quiere decir que, en el eventual caso de obtener un fallo favorable, lo más probable es que el contrato ya se haya suscrito y ejecutado con el oferente que fue adjudicado por error, arbitraria o dolosamente.

Adicionalmente la vía de reclamación administrativa es de instancia única, pudiendo solamente continuar la reclamación por la vía contencioso administrativa. Como bien se conoce, esta vía no es expedita en el país y sus fallos pueden tardar varios años en darse, lo que se traduce en una falta de justicia oportuna. La pretensión que se aspira mediante la demanda contenciosa administrativa es la reclamación de daños y perjuicios por el derecho violentado.

## **ETAPA CONTRACTUAL**

### **CALIDAD DE CONTRATISTA**

#### **INICIO DEL PLAZO CONTRACTUAL**

Una vez que el oferente ostenta la calidad de adjudicatario, por medio del acto administrativo de adjudicación, adquiere derechos y obligaciones para con la entidad contratante. El principal derecho adquirido es el de acceder a firmar el contrato con el objeto del cual participó en el proceso precontractual, bajo las mismas condiciones preestablecidas en los pliegos y

su oferta. Es de esta manera como el oferente pasa a ostentar la calidad de contratista.

La LOSNCP establece que el oferente tiene un término de 15 días para suscribir el respectivo contrato, lapso durante el cuál deberá rendir las garantías respectivas como requisito sine qua non y entregar la documentación habilitante. Este término empieza a correr a partir de la notificación de la adjudicación en el portal de compras públicas.

Solo una vez que el adjudicatario suscribe efectivamente el contrato es que existe una relación contractual entre contratista y contratante. Por lo tanto los efectos del contrato deben regir exclusivamente a partir de la suscripción del contrato. Sin embargo existen casos en que las entidades contratantes establecen en los pliegos que el plazo contractual correrá a partir de la adjudicación. En ocasiones los oferentes solicitan que se aclare esta incongruencia a través de las preguntas en el portal de compras públicas pero en otras ocasiones los adjudicatarios, por falta de conocimiento de la Ley, aceptan estos términos y empiezan a proveer el bien o servicio a partir de la notificación de la adjudicación, quedando vulnerables a una posible negativa de la entidad contratante a firmar el contrato por cualquier motivo técnico, económico o legal que pudiese darse. Asimismo, si el tiempo de entrega del objeto del contrato es corto, algunos adjudicatarios aprovechan el término de 15 días que otorga la Ley para suscribir el contrato para empezar con los preparativos y hasta entrega de los bienes y servicios solicitados en el contrato a suscribirse por su propia cuenta y riesgo.

Para aquellos contratos en que se ha fijado un monto de anticipo como condición para el cumplimiento del objeto del contrato. Por lógica se puede inferir que la recepción del anticipo es necesario para poder así financiar al contratista, al menos en parte, para la obtención de los bienes o servicios objetos del contrato. Según Guillermo Cabanellas de Torres (2006) un anticipo es: *“Acción o efecto de anticipar o anticiparse, más concretamente dinero que se adelanta a un hecho; Cantidad de dinero que*

*se adelanta a una persona para que, con cargo a esa suma, efectúe, gastos más o menos previstos y rinda oportunamente cuenta". (Página 330.)*

De esta manera se puede concluir que primero es necesario que la entidad contratante desembolse el anticipo al contratista y que a partir de este hecho comience a correr el plazo contractual. Pero existen algunos procesos en que las entidades contractuales que contemplan anticipo económico y que establecen que el plazo corre a partir de la suscripción del contrato. De acuerdo con la Ley, la entidad contratante tiene hasta treinta días para el pago del anticipo al contratista, pero si el plazo corre desde la suscripción del contrato se genera un problema para el contratista y finalmente para el plazo de cumplimiento del contrato.

## **DEMORA EN RECEPCION DEL ANTICIPO Y EL TIEMPO DE VIGENCIA DE LAS GARANTIAS**

El artículo 69 de la LOSNCP establece el término de 15 días para que las partes suscriban el respectivo contrato con el objeto del cual ha sido adjudicado el oferente ganador. Para el efecto el quinto inciso del mismo artículo 69 aclara que para la suscripción del contrato será requisito previo la rendición de las garantías correspondientes. Es decir que el oferente, con el acto administrativo de adjudicación como único respaldo, debe tramitar las garantías de fiel cumplimiento de contrato y buen uso de anticipo en caso de haberlo. Estas garantías podrán ser las establecidas taxativamente en el artículo 73 de la LOSNCP, siendo la más común las fianzas, instrumentadas en pólizas de seguros.

Pero si el mismo día de ser emitidas las pólizas de buen uso de anticipo y fiel cumplimiento de contrato se suscribe el contrato con la entidad contratante empiezan a correr la vigencia de las garantías económicas sin que el contratista haya recibido el valor del anticipo. Los procedimientos

internos de las entidades contratantes retardan el desembolso de un anticipo al tener que el trámite pasar por varios departamentos como legal, financiero, tesorería, etc.

En estos casos los contratistas efectivamente reciben los anticipos entre una a cuatro semanas desde la rendición de garantías y suscripción del contrato. Sin embargo este lapso de tiempo no es reconocido por la Ley ni por la entidad contratante, lo que va en perjuicio directo económico del contratista al tener que rendir una fianza como garantía de un valor de anticipo que aún no recibe.

Si el contratista instruye a su compañía aseguradora que establezca la vigencia de las fianzas por el mismo plazo contractual son altas las probabilidades de que deba renovar dichas garantías antes que se venzan para no incurrir en una causal de terminación unilateral de contrato. Por lo tanto se ha convertido en una práctica común que los contratistas instruyan a su aseguradora que establezcan un mayor tiempo de vigencia en sus fianzas. Estos costos adicionales no son reconocidos ni por la Ley ni por la entidad contratante en ningún caso.

*Héctor Jorge Escola (1977): Es por ello que el contratista particular tiene el derecho de exigir que la administración cumpla las obligaciones que por el contrato haya contraído. Este derecho va más allá del mero hecho de que la administración ejecute sus obligaciones, sino que implica, además, que las cumpla de manera correcta, en la forma en que son debidas, llevándolas a cabo dentro de un plano de buena fe, que es inexcusable, puesto que no puede concebirse que la administración pública actúe de otra manera, alegando un interés circunstancial, un pretendido beneficio económico u otra causal semejante. (Página 442.)*

Reafirmando lo mencionado por este tratadista argentino, es necesario no solo que la institución pública cumpla con sus obligaciones contractuales, sino que estas obligaciones sean cumplidas de manera correcta, a tiempo y de buena fe.

## **DESIGNACIÓN DEL ADMINISTRADOR DEL CONTRATO**

La Ley y los lineamientos emanados de las resoluciones del INCOP establecen que en todos los contratos públicos se debe nombrar un administrador de contrato por parte de la entidad contratante. De acuerdo con el artículo 80 de la LOSNCP el o los administradores del contrato son responsables de tomar todas las medidas necesarias para la adecuada ejecución del contrato, con estricto cumplimiento de sus cláusulas, programas, cronogramas, plazos y costos previstos.

Existen contratos en que el administrador del contrato es nombrado particularmente; en otros casos es enunciado el cargo que ostenta. Pero también existen contratos en que la entidad contratante solo se remite a decir que nombrará un administrador de contrato oportunamente, sin que exista una formalidad o procedimiento formal para el efecto. En estos casos y hasta que se efectúe la designación, la opción más idónea que le queda al contratista es dirigir sus peticiones a la máxima autoridad de la entidad contratante.

¿Pero que pasa cuando, por causa de una reestructuración interna de la entidad contratante, el cargo del administrador del contrato desaparece? Se produce la falta del administrador del contrato hasta que la entidad nombre a su reemplazo. En este caso cabría alegar la suspensión tácita del plazo por parte de la entidad contratante cuando existan peticiones que hayan sido formuladas a la entidad y que no tengan respuesta por parte del administrador del contrato. Sin embargo la Ley no contemplan este escenario

y por lo tanto el contratista se ve perjudicado al momento de no tener soluciones a la peticiones planteadas y que el plazo contractual siga transcurriendo.

Uno de los problemas puntuales que pueden suscitarse a raíz de la falta del administrador del contrato es quien resulta responsable de recibir el objeto del contrato. Héctor Jorge Escola (1977) afirma que: “Los procedimientos en que consista la recepción deben ser simples, ciertos y sobre todo, rápidos, ya que hasta tanto se concrete el pronunciamiento de la administración, está en suspenso el derecho del proveedor a percibir la remuneración a que sea acreedor.” (Página 543)

Es decir que el simple hecho de la falta del administrador del contrato conlleva un perjuicio económico grave para el contratista al no poder ejercer su derecho de cobro del precio del contrato, lo cual puede traer una cadena de consecuencias para con sus propios proveedores.

## **TERMINACION UNILATERAL DEL CONTRATO POR CAUSAS IMPUTABLES AL CONTRATISTA Y SUS EFECTOS FRENTE A LA PRESUNCION DE INOCENCIA**

La mayoría de los contratos públicos, comúnmente terminan cuando se cumplen con todas las obligaciones contractuales. Pero existen excepciones como los casos de incumplimiento del contratista, en los cuales la entidad contratante puede declarar la terminación unilateral del contrato por causas imputables al contratista.

Para los contratos de provisión de bienes y servicios, la principal obligación del contratista es dar el bien o servicio objeto del contrato dentro del plazo establecido en el mismo. Sin embargo pueden existir ocasiones en que por motivos ajenos a la voluntad, por fuerza mayor o por causas

imputables a la entidad contratante, el contratista no pueda con el plazo contractual.

Existen casos en que la entidad contratante inicia el proceso de terminación unilateral del contrato por causas imputables al contratista, acorde con el artículo 95 de la LOSNCP pero que en realidad no se le debería imputar como culpa del contratista. En ocasiones la mala administración del contrato; falta de atención a los problemas para su efectiva ejecución; y suspensiones del plazo por parte de la entidad contratante son las reales causantes del incumplimiento por parte de la contratista.

En otros casos extremos se puede evidenciar que el contratista ha cumplido con casi todas sus obligaciones contractuales dentro del plazo convenido pero en cambio se ve imposibilitado de cumplir con cierta cualidad o característica menor en los bienes que está suministrando. En estricto apego a la ley, el contratista no cumple con su contrato “al pie de la letra” y estaría sujeto al incumplimiento del mismo expuesto al poder excesivo del Estado. Con relación a este dilema,

*El Manual de Buenas Prácticas para la Gestión Contractual Pública de Colombia (2004) establece la siguiente recomendación: Con el fin de precaver la ocurrencia de excesos en el uso de poderes exorbitantes (por parte del Estado, se recomienda), por criterio de precaución, cabe sugerir que no se declare la caducidad de contrato o su terminación unilateral sin surtir antes una etapa de requerimientos o llamados de atención al contratista incumplido, que respete la regulación de la actuación administrativa prevista en el Código Contencioso Administrativo y, en esa medida, le garantice al contratista el debido proceso y el pleno ejercicio de su derecho de defensa, como tampoco cuando el contrato se ha ejecutado en su mayor parte y a satisfacción de la entidad. (Página 50.)*

La recomendación del Manual de Gestión colombiano hace una reflexión importante a favor del interés final de las partes que consiste en una revisión previa o quizás una pre mediación antes de la terminación de un contrato. Siendo que el trámite de declaratoria de terminación unilateral del contrato es hecha por la misma entidad contratante, ésta se convierte en juez y parte en un procedimiento sumario que termina con la declaratoria de contratista incumplido. Esta declaración trae como consecuencia ipso facto la suspensión del RUP del contratista por el lapso de 5 años, durante el cual no podrá contratar con ninguna entidad pública.

Pero lo más grave y que deja al contratista en indefensión es la disposición del segundo inciso del artículo 95 de la LOSNCP que dice textualmente: “... *La resolución de terminación unilateral no se suspenderá por la interposición de reclamos o recursos administrativos, demandas contencioso administrativas, arbitrales o de cualquier tipo o de acciones de amparo de parte del contratista*”

Es decir que esta disposición viola el principio de inocencia consagrado en la Constitución de la República al sancionar al contratista con la suspensión del RUP antes de que un juez imparcial lo declare culpable luego de analizar las pruebas del caso. En este punto coincide el tratadista argentino Héctor Jorge Escola cuando afirma que: “*Es obvio que esa declaración (terminación unilateral del contrato), dictada de esa manera, si bien es ejecutoria no hace cosa juzgada, ya que el contratista particular puede impugnarla ante el Poder Judicial, sosteniendo los derechos e intereses que a su juicio puedan haber sido indebidamente vulnerados.*” (Página 483).

La vía para lograr esta impugnación es la contenciosa administrativa, no siendo esta expedita en el sistema judicial ecuatoriano, puede demorar entre 2 a 3 años un fallo, sin embargo “la pena” o sanción de estar inhabilitado persistirá hasta que el juez pueda fallar a favor del contratista de

ser el caso.

Por su parte el INCOP, quien es la entidad encargada de llevar el registro de los contratistas incumplidos y adjudicatarios fallidos no tiene la facultad de revisión, arbitraje ni puede revisar la legalidad o contenido de la declaratoria de terminación unilateral de contrato por causas imputables al contratista, sino que solo se remite a disponer la suspensión del RUP del contratista por el lapso de 5 años que establece la Ley.

### **TERMINACION UNILATERAL DEL CONTRATO POR CAUSAS IMPUTABLES A LA ENTIDAD CONTRATANTE Y SU EJECUCIÓN**

Para los casos en que el incumplimiento de las condiciones contractuales provenga de la entidad contratante la Ley en su artículo 96 ha previsto las siguientes causales: *1. Por incumplimiento de las obligaciones contractuales por más de sesenta (60) días; 2. Por la suspensión de los trabajos por más de sesenta (60) días, dispuestos por la entidad sin que medie fuerza mayor o caso fortuito; 3. Cuando los diseños definitivos sean técnicamente inejecutables o no se hubieren solucionado defectos de ellos, en este caso, la Entidad Contratante iniciará las acciones legales que correspondan en contra de los consultores por cuya culpa no se pueda ejecutar el objeto de la contratación; y, 4. Cuando, ante circunstancias técnicas o económicas imprevistas o de caso fortuito o fuerza mayor, debidamente comprobadas, la Entidad Contratante no hubiere accedido a terminar de mutuo acuerdo el contrato.*

Sin embargo el Legislador Constituyente no contempló un procedimiento expreso en la Ley, como el artículo 95 para dar por terminado el contrato por parte del contratista afectado. Simplemente se remite a decir que el contratista podrá “demandar” la terminación unilateral del contrato, es decir que tendrá que acudir a un juez de los contencioso administrativo para

formular su petición. Mientras tanto que se ventile el litigio el contrato seguirá vigente y las obligaciones del contratista seguirán vigentes, como por ejemplo la de mantener vigentes las garantías presentadas para la suscripción del contrato.

Esta falta de un procedimiento expedito una vez más denota una inclinación y desventaja hacia los contratistas del Estado, viéndose agravada en los últimos años por las injerencias políticas en la administración de justicia ecuatoriana. Más aún, la demanda de la terminación unilateral del contrato por parte del contratista, según la Ley no detendría los efectos del acto en que la entidad contratante pueda declarar al contratista como incumplido.

## **ETAPA POST CONTRACTUAL**

### **EJECUCION DE LA GARANTIA TECNICA DE LOS BIENES POR PARTE DE LA ENTIDAD CONTRATANTE**

Una vez que el contratista haya cumplido con todas las obligaciones contractuales, es decir la entrega de los bienes o servicios, el contrato termina de acuerdo con el artículo 92. Esto es ratificado por el artículo 118 del reglamento a la LOSNCP en el que se establece que la garantía de fiel cumplimiento de contrato será devuelta al contratista cuando se haya suscrito el acta de entrega recepción definitiva o única. El cuarto inciso de la misma disposición legal en cambio dice que la devolución de la garantía técnica observará las condiciones en las que se emite. ¿Pero qué sucede cuando la entidad contratante debe ejecutar la garantía técnica por un defecto de fábrica de los bienes y servicios proveídos? Antes, como referencia, el tratadista Guillermo Cabanellas de Torres da el concepto de garantía: *“En términos comerciales se llama asimismo garantía la seguridad*

*de buen funcionamiento, respaldada por la reparación gratuita, que los vendedores de ciertos productos, especialmente máquinas, dan durante un lapso determinado a los compradores.” (Página 170)*

En la legislación ecuatoriana la garantía técnica para bienes como equipos, maquinarias o vehículos son rendidas en forma de una carta o documento suscrito por el contratista o fabricante, por lo tanto no constituye una garantía real. Si bien es cierto que esta garantía subsistirá por el plazo establecido en el contrato, al no ser una garantía real, la entidad contratante no puede ejecutarla forzosamente en caso de que el contratista incumpla con la reparación o reposición de los bienes sujetos a la garantía técnica.

Asimismo como la garantía de fiel cumplimiento fue devuelta al contratista al momento de la suscripción del acta de entrega recepción definitiva, la entidad contratante tampoco tiene la posibilidad de aplicar multas o sancionar al contratista que incumpla con su garantía técnica. Esto causa que el Estado pueda verse perjudicado al haber adquirido bienes o servicios que por algún motivo se haya averiado o dejado de funcionar y que el contratista no lo reponga acorde con la garantía técnica.

## **COSTOS OCULTOS DE BIENES Y SERVICIOS ADQUIRIDOS**

Los pliegos y términos de referencia son elaborados por los funcionarios públicos de las entidades contratantes que no siempre son peritos ni expertos especializados en los bienes y servicios a adquirirse. Por lo tanto pueden darse casos en que no se tomen en cuenta los suministros, insumos, o mantenimientos que los bienes y servicios requieran para su normal funcionamiento.

En numerosas ocasiones ni siquiera son tomados en cuenta los costos

que pueden representar los insumos y mantenimientos de los bienes adquiridos. Cualquier equipo o maquinaria requiere que se le realice mantenimiento cada cierto tiempo para mantenerse y alargar su vida útil pero si la entidad contratante no ha previsto este costo en su plan anual de compras.

De la misma manera la vigencia de la garantía técnica de un bien puede venir condicionada, por ejemplo, a que deben realizarse con una determinada periodicidad o la compra de insumos originales. El problema para la entidad contratante puede surgir cuando estos insumos o mantenimientos conlleven un costo muy elevado que inclusive puede ser impuesto arbitrariamente por el contratista al ser un único distribuidor del bien en el país o ser una condición de la garantía técnica.

Para tratar de detener de cierta manera los costos ocultos en los mantenimientos de bienes en este año el INCOP publicó la Resolución No. RE-INCOP-2013-085, Normas para la Aplicación del Principio de Vigencia Tecnológica en la Adquisición, Arrendamiento y Prestación de Servicios en los que se requiera de Equipos informáticos, Equipos de Impresión, Vehículos y Equipos Médicos. Esta resolución intenta normar el contenido de las garantías técnicas de los bienes informáticos pero al mismo tiempo exige que la adquisición de los bienes sea junto con su respectivo mantenimiento mientras dura la garantía y que en caso de que surjan defectos de fabricación el contratista quede obligado a la reposición inmediata del bien por otro de igual o mejores características.

Esta resolución se refiere específicamente a los bienes informáticos, equipos de impresión, vehículos y equipos médicos, sin embargo no se refiere a equipos industriales u otro tipo de bienes. En el caso de computadoras puede resultar viable que el contratista tenga stock de los bienes proveídos, pero para el caso de bienes industriales, que muchas veces son fabricados bajo pedido resultaría inaplicable la reposición inmediata con otro bien de iguales características.

Asimismo la resolución manda a que la garantía técnica debe estar vigente durante toda la vida útil del bien. Este mandato es de igual manera inaplicable porque confunde los conceptos de garantía y vida útil. Ningún fabricante en el mundo otorga una garantía de fábrica por toda la vida útil del bien ya que la segunda es siempre mayor y va a depender del cuidado, uso, mantenimiento, etc. Un equipo electrónico puede llegar a tener una vida útil de diez años, pero una garantía técnica jamás podrá garantizar defectos de fábrica en los últimos años o sería muy costosa. Es así como los oferentes son los que ahora deberán suplir y asumir este riesgo o en su defecto reducir la vida útil.

## **Base Legal**

- Constitución de la República del Ecuador
- Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCP)
- Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva
- Reglamento para el Control de la Discrecionalidad en los Actos de la Administración Pública
- Reglamento a la LOSNCP
- Resoluciones externas del INCOP

## **Definición de Términos Básicos**

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

**Arbitrariedad:** Acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado solo por la voluntad o el capricho.

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

**Contratista:** Es la persona natural o jurídica, nacional o extranjera, o asociación de éstas, contratada por las Entidades Contratantes para proveer bienes, ejecutar obras y prestar servicios, incluidos los de consultoría.

**Declaratoria de desierto:** Acto administrativo por el cual la entidad contratante declara que el concurso o proceso de compra no tiene ganador o adjudicatario por motivos técnicos, económicos o legales.

**Discrecionalidad:** Se dice de la potestad gubernativa en las funciones de su competencia que no están regladas. La potestad discrecional de la

administración en la producción de actos administrativos se justifica en la presunción de racionalidad con que aquella se ha utilizado en relación con los hechos, medios técnicos y la multiplicidad de aspectos a tener en cuenta en su decisión, a fin de que la potestad discrecional no sea arbitraria, ni sea utilizada para producir una desviación de poder sino, antes al contrario, ha de fundarse en una situación fáctica probada, valorada a través de previos informes que la norma jurídica de aplicación determine e interpretados y valorados dentro de la racionalidad del fin que aquella persigue.

**Indefensión:** Es la situación en que se encuentra quien no ha sido defendido o no se ha defendido, sin culpa por su parte, en un juicio que lo afecta. Esa indefensión vulnera el principio de la inviolabilidad de la defensa, que suele presentar una garantía constitucional. Esta norma resulta particularmente importante en materia penal, ya que ni siquiera queda librado a la voluntad del imputado el derecho de no defenderse. Si él no designa defensor, el tribunal está obligado a nombrarle uno de oficio.

**Ipsa facto:** Por el mismo hecho. En el acto, al momento, incontinentemente, inmediatamente.

**LOSNCP:** Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública

**Oferente:** Persona natural o jurídica que, estando habilitado en el RUP, presenta una oferta para participar en un proceso de contratación pública.

**Pliegos:** Documentos precontractuales elaborados y aprobados para cada procedimiento, que se sujetarán a los modelos establecidos por el Instituto Nacional de Contratación Pública.

**Sine qua non:** sin lo cual no

## **CAPITULO III**

### **MARCO METODOLÓGICO**

#### **Tipo de Investigación**

La presente investigación se enmarca dentro del tipo descriptiva, la misma que trabaja sobre realidades de hecho y su característica fundamental es la de presentar una interpretación correcta. Mediante un estudio exploratorio se ha podido aproximar a los fenómenos desconocidos, con la finalidad de aumentar el grado de conocimiento y formar ideas respecto a la forma correcta de abordar la investigación. Se busca describir el fenómeno estudiado a partir de sus características.

El diseño de esta investigación se ubica como transversal descriptivo. Tiene como objetivo indagar la incidencia y los valores en que se manifiestan una o más variables. Proporciona una visión de la situación actual de la contratación pública en el país.

## **CAPITULO IV**

### **ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS**

Los resultados encontrados en la presente investigación apuntan a que la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su reglamento intentaron brindar mayor transparencia a la contratación pública desde su promulgación en el año 2008 por parte de la Asamblea Nacional Constituyente, sin embargo luego de cinco años es necesaria una reforma que prevenga y norme situaciones que se dan día a día a fin de evitar la discrecionalidad y arbitrariedad de los funcionarios públicos.

Los resultados indican claramente que en casi todas las etapas de los procesos pre contractuales y contractuales ocurren arbitrariedades por parte de los funcionarios públicos de las entidades contratantes y que no existen procedimientos o mecanismos para lograr una tutela efectiva que oportunamente restauren o ajusticien los derechos lesionados.

La posible justificación del Estado por la falta de procedimientos de impugnación que detengan los procesos pre contractuales suele ser el interés del bien común que impulso el Estado en su necesidad de contratar bienes y servicios de manera expedita. Sin embargo no es admisible que se sacrifique la justicia oportuna ni los derechos constitucionales del debido proceso en aras de procesos de contratación públicos ágiles.

En la actualidad no existe una institución gubernamental que realice un control efectivo y preventivo de las acciones y omisiones de las entidades contratantes ya que el Instituto Nacional de Contratación Pública INCOP únicamente se remite al manejo y administración del portal web en donde se publica la información de los procesos y no tiene la atribución de ordenar a ninguna entidad contratante la cancelación, declaratoria de desierto o decisión sobre cualquier proceso de contratación. La propia Ley establece que la responsabilidad de los procesos recae única y exclusivamente sobre los funcionarios públicos y máxima autoridad de la entidad contratante,

dejando solo a la Contraloría General del Estado como un ente auditor y sancionador posterior a los procesos, es decir mucho después de que ocurra una indefensión o violación del debido proceso.

Esta realidad ocasiona de que no exista una justicia oportuna para los oferentes y contratistas del Estado en la actualidad, teniendo solamente la opción de una demanda ante los tribunales contenciosos administrativos, de cuyas cualidades no resalta la celeridad.

## **CAPITULO V**

### **CONSLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

La presente investigación ha develado que los oferentes y contratistas del sistema nacional de contratación pública del Ecuador están propensos a no recibir un trato justo ni igualitario cuando presentan sus ofertas de bienes y servicios. Los contratistas, en cambio, suelen ser víctimas de la vulneración de sus derechos constitucionales al momento de que no se les permite el legítimo derecho a la defensa.

Luego de haber identificado las diferentes etapas del proceso de contratación pública se destacan las fases en que inclusive antes que se de inicio al proceso precontractual formal existen formas de favorecer a un oferente, lo que a su vez causa perjuicio a otros oferentes. No existe un manual de conducta ni de procedimiento ético que permita a las entidades contratantes regirse a lineamientos que aseguren la transparencia absoluta en la selección de contratistas idóneos.

De la misma manera existen muchos vacíos legales que no precisan cuáles son los documentos necesarios como requisitos para poder participar en un proceso de contratación públicas y que posiblemente impidan que algunos oferentes participen en el proceso por el poco tiempo que se tiene para la obtención de dicha documentación por parte de los fabricantes en el exterior.

Las omisiones en las respuestas que puedan dar las entidades contratantes cuando se les pregunta aclaraciones acerca de los pliegos generan dudas y mayores confusiones para los oferentes que desean participar. En la actualidad no existe una segunda instancia para solicitar a la entidad contratante la aclaración de una pregunta mal contestada que ponga en desventaja a un oferente sin previos conocimientos del requerimiento.

Pero más allá de las omisiones que por desconocimiento pueda cometer el funcionario público a cargo del proceso de contratación está la

posible mala fe que pudiese darse al momento de calificar las ofertas. No se puede descartar por completo la existencia del error humano involuntario como la causa de una calificación errónea, sin embargo no existe un procedimiento expedito sumario que permita la revisión, por más mínima que sea, del acta de calificación antes que sea adjudicado el contrato. La Ley claramente establece que ningún reclamo que se interponga podrá detener los efectos del acto administrativo.

En la etapa contractual, a pesar de que el oferente pasa a ser adjudicatario y luego contratista con la suscripción del contrato, también existen fases en que sus derechos son vulnerados. Es así como se tiene que la Ley no indica cual de las partes debe asumir los gastos que se generan por las fianzas o garantías económicas rendidas para poder suscribir el contrato frente al tiempo que transcurre entre este hecho y la recepción efectiva del anticipo. De la misma manera el rol del administrador del contrato por parte de la entidad contratante no solo debe ser a favor de la misma sino que debe perdurar hasta que se finalicen todas las obligaciones contractuales de las partes, en especial con la culminación de las obligaciones económicas de la contratante en cuanto al pago del saldo pendiente o de planillas finales del contrato.

La terminación unilateral del contrato por parte de la entidad contratante sin motivación suficiente y que el contratista se vea imposibilitado de impugnar este acto administrativo para lograr suspender sus efectos hasta que se revisado por un juez o instancia superior genera una de las mayores violaciones a los derechos constitucionales del contratista, en especial a su derecho a la legítima defensa y a la presunción de inocencia del que gozan todos los procesados hasta ser condenados respetando el debido proceso.

En la etapa post contractual es donde en cambio el Estado es el más propenso a sufrir afectaciones a sus intereses cuando no existe un procedimiento para aplicar las garantías técnicas de una manera efectiva. En

caso de incumplimiento de la garantía técnica por parte del contratista debería de promulgarse un procedimiento para la ejecución efectiva acompañado de la respectiva sanción por incumplimiento. Los costos ocultos que puedan tener los bienes adquiridos también influyen en negativamente en la entidad contratante que muchas veces no ha previsto dichos gastos en su plan anual de compras y presupuesto. Sin embargo este punto tiene su solución con un estudio más profundo del bien a contratarse por parte de los funcionarios públicos de la entidad contratante.

Finalmente como conclusión se propone una reforma a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su reglamento para incluir procedimiento explícitos que deberán seguir las entidades contratantes a fin de evitar los actos discrecionales de los funcionarios públicos y establecer mecanismos de control previo para evitar la violación de derechos de los oferentes y contratistas. En las reformas a la Ley se debe ampliar las facultades y atribuciones del INCOP a fin de que esta institución pueda ejercer un control previo y que sus dictámenes sean vinculantes para las entidades contratantes. No basta con el control que realiza la Contraloría General del Estado puesto que éste es posterior a la suscripción de los contratos y no presenta celeridad, lo que genera injusticias para con los oferentes que no son subsanadas oportunamente. Si bien es cierto que los oferentes y contratistas pueden demandar ante los tribunales contenciosos administrativos y reclamar daños y perjuicios, no es lo mismo que la corrección oportuna de una violación de derechos constitucionales antes que sigan en la impunidad y se conviertan en un perjuicio al Estado.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

**Hernández Walker, Leonardo** (2012), *Los Errores de la Subasta Inversa*, Quito, Ecuador. Página 1

**Cabanellas de Torres, Guillermo** (2006), *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Edición 29*, Santa Fe de Bogotá, Colombia. Páginas 170

**Miravé, María Patricia** (2013), *La Conformación Participada de los Pliegos y su Impacto en las Contrataciones del Estado Nacional*, Buenos Aires, Argentina. Página 561

**Escola, Héctor Jorge** (1977), *Tratado Integral de los Contratos Administrativos, Tomo I, II*, Buenos Aires, Argentina. Página 442

**Cabanellas de Torres, Guillermo** (2006), *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Edición 29*, Santa Fe de Bogotá, Colombia. Página 330

**Departamento Nacional de Planeación de Colombia** (2004), *Manual de Buenas Prácticas para la gestión Contractual Pública*. Bogotá, Colombia. Página 14

**Hernández Walker, Leonardo** (2012), *Los Errores de la Subasta Inversa*, Quito, Ecuador. Página 3

**Marienhoff, Miguel** (1970), *Tratado de Derecho Administrativo, Tomo III* Buenos Aires, Argentina. Página 163

**Escola, Héctor Jorge** (1977), *Tratado Integral de los Contratos Administrativos, Tomo I, II*, Buenos Aires, Argentina. Página 543

**Departamento Nacional de Planeación de Colombia** (2004), *Manual de Buenas Prácticas para la gestión Contractual Pública*. Bogotá, Colombia. Página 50

**Hernández Walker, Leonardo** (2012), *Los Errores de la Subasta Inversa*, Quito, Ecuador. Página 2

**Miravé, María Patricia** (2013), *La Conformación Participada de los Pliegos y su Impacto en las Contrataciones del Estado Nacional*, Buenos Aires, Argentina. Página 567

**Caetano, Marcelo** (1965), *Manual de Derecho Administrativo*, Lisboa, Portugal. Página 312

**Escola, Héctor Jorge** (1977), *Tratado Integral de los Contratos Administrativos, Tomo I, II*, Buenos Aires, Argentina. Página 546

## **BIBLIOGRAFÍA**

**Constitución Política del Ecuador, 2008**

**Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008**

**Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008**

**Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, 2002**

**Reglamento para el Control de la Discrecionalidad en los Actos de la Administración Pública, 2002**

**Rivas Ordóñez, Libia; López Jácome, Nelson (2009), *Interrogantes y Respuestas sobre la Nueva Ley de Contratación Pública*. Quito, Ecuador.**

**Gordillo, Agustín (2009), *Tratado de Derecho Administrativo, 9na Edición*. Buenos Aires, Argentina.**

**Cabanellas de Torres, Guillermo (2006), *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Edición 29*, Santa Fe de Bogotá, Colombia.**

**Departamento Nacional de Planeación de Colombia (2004), *Manual de Buenas Prácticas para la gestión Contractual Pública*. Bogotá, Colombia.**

**Hernández Walker, Leonardo (2012), *Los Errores de la Subasta Inversa*, Quito, Ecuador.**

**Miravé, María Patricia (2013), *La Conformación Participada de los Pliegos y su Impacto en las Contrataciones del Estado Nacional*, Buenos Aires, Argentina.**

**Marienhoff, Miguel (1970), *Tratado de Derecho Administrativo, Tomo III* Buenos Aires, Argentina.**

**Caetano, Marcelo (1965), *Manual de Derecho Administrativo*, Lisboa, Portugal.**

**Escola, Héctor Jorge (1977), *Tratado Integral de los Contratos Administrativos, Tomo I, II*, Buenos Aires, Argentina.**