

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

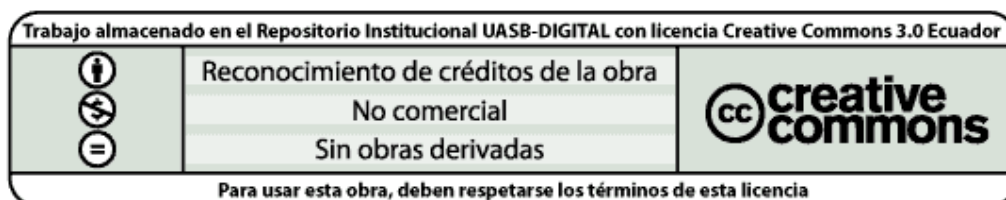
Maestría en Derecho

Mención en Contratación Pública y Modernización del Estado

Efectos jurídicos de la resolución de adjudicación y su relación con la firma del contrato

Gabriela Alexandra Molina Molina

2014



CLAÚSULA DE CESIÓN DE DERECHO DE PUBLICACIÓN DE TESIS.

Yo, Gabriela Alexandra Molina Molina, autora de la tesis titulada “Efectos jurídicos de la resolución de adjudicación y su relación con la firma del contrato”, mediante el presente documento de constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magister en Derecho con mención en Contratación Pública y Modernización del Estado, en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.

2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.

3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Quito, viernes 09 de mayo del año 2014.

Gabriela Alexandra Molina Molina.

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría en Derecho

Mención en Contratación Pública y Modernización del Estado

Efectos jurídicos de la resolución de adjudicación y su relación con la firma del contrato

Gabriela Alexandra Molina Molina

Tutor: Abogado Marco Morales Andrade

Quito – Ecuador

2014

ABSTRACT

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública fue dictada por la Asamblea Nacional Constituyente de Montecristi en el mes de agosto del año 2008, meses antes de que sea expedida la actual Constitución de la República del Ecuador, lo que ha hecho que existan ciertas incongruencias entre los dos cuerpos normativos.

Múltiples problemas se han suscitado desde que esta ley entró en vigencia, debido en gran parte al profundo desconocimiento que existe sobre la materia de parte de todos quienes pasaron a integrar el Sistema Nacional de Contratación Pública.

Es por ello que hemos entendido necesario hacer un breve análisis de uno de los aspectos más relevantes de la materia, como son los actos administrativos emanados de las entidades contratantes: sus elementos, características y naturaleza jurídica; así como los mecanismos con los que cuentan las entidades y los particulares para dejarlos sin efecto por diversos motivos, y los medios con los que cuentan los administrados para defenderse en caso de que vean vulnerados sus intereses o el interés colectivo.

Adicionalmente hemos pensado pertinente analizar un caso práctico y su desarrollo dentro del ordenamiento jurídico vigente, a fin de entender mejor el proceder de los oferentes, entidades y autoridades de control.

Dedicatoria

A Julito, cuya sola idea me hace sonreír...

ÍNDICE

Introducción	8
CAPÍTULO I	
ACTO ADMINISTRATIVO	
1.1.Concepto	12
1.2.Elementos del Acto Administrativo	16
1.3.Características del Acto Administrativo.	21
1.4.Clasificación	24
1.5.Vigencia y validez	27
1.6.Ejecución	28
CAPÍTULO II	
ACTOS ADMINISTRATIVOS DICTADOS EN PROCESOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.	
2.1.Naturaleza Jurídica	29
2.2.Resoluciones de las Empresas Públicas	30
2.3.Notificación	31
2.4.Tipos	32
2.4.1. Resolución de cancelación del procedimiento	32
2.4.2. Resolución de declaratoria de procedimiento desierto	33

CAPÍTULO III

LA RESOLUCIÓN DE ADJUDICACIÓN.

3.1.Concepto	35
3.2.Competencia	36
3.3.Criterios de Adjudicación	37
3.4.Efectos Jurídicos de la Resolución de Adjudicación	39
3.5.Motivos para dejarla sin efecto	41
3.6.Formas para dejarlas sin efecto	43
3.6.1. Extinción	43
3.6.2. Reforma	45
3.6.3. Acción de Lesividad	48
3.7.Posibles perjuicios que puede sufrir el adjudicatario	51

CAPÍTULO IV

MECANISMOS DE DEFENSA DEL ADJUDICATARIO

4.1.Impugnación en vía administrativa	52
4.1.1. Según la LOSNCP	52
4.1.1.1. Reclamo o queja ante el SERCOP	52
4.1.1.2. Recurso de Apelación establecido en la LOSNCP.	54
4.1.2. Según el ERJAFE	55

4.1.2.1. Recurso de Reposición.	56
4.1.2.2. Recurso de Alzada.	56
4.1.2.3. Recurso de Revisión	57
4.1.3. Diferencias entre los diferentes tipos de reclamos y recursos en vía administrativa	59
4.1.4. Caso Chileno	61
4.2. Impugnación en vía judicial.	64
4.2.1. Recurso Contencioso de plena jurisdicción o subjetivo.	65
4.2.2. Recurso de anulación, objetivo o por exceso de poder.	66
4.2.3. Principales diferencias entre estos dos recursos.	68
4.2.4. Acción de Protección.	70
4.3. Medios Alternativos de Solución de Conflictos.	75
4.3.1. Arbitraje.	75
4.3.2. Mediación.	78
4.4. Estudio de un caso práctico.	79
CAPÍTULO V	87
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.	
Bibliografía	92

INTRODUCCIÓN.

“El proceso de compras y contrataciones públicas, es uno de los procesos transversales de mayor importancia en la Administración del Estado, debido a que se trata por una parte, de un proceso que es aplicado por la mayoría de las entidades de la Administración del Estado y por otra, a la cantidad de recursos que tal proceso considera. El citado proceso de compras, presenta una gran cantidad de riesgos operacionales, ya que se trata de un proceso fuertemente regulado, en el cual todas las actividades, así como las distintas situaciones de compra se encuentran normadas. Lo anterior implica que los procesos deben llevarse a cabo con rigurosidad para cumplir adecuadamente la normativa vigente”.¹

El Ecuador no se escapa de esta realidad, ya que por ejemplo en el año 2012, el 38% del presupuesto general del estado, es decir cerca del 12% del producto interno bruto, se gastó a través de procedimientos de contratación pública; dinamizando enormemente la economía nacional, dado a que hoy en día se encuentran registradas más de 5.500 entidades contratantes.

En agosto del año 2008 entró en vigencia la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que derogó la anterior Ley de Contratación Pública, que se encontraba vigente desde el año 2001. Esta ley vino a establecer una serie de nuevos procedimientos para la contratación de bienes, obras y servicios, incluidos los de consultoría; con importantes novedades como son: la inserción de la Subasta Inversa Electrónica que era completamente desconocida en nuestro país, misma que ha reportado grandes ahorros a las entidades contratantes; aunque no siempre, cabe también decirlo, se han adquirido los mejores bienes y servicios; otra novedad es la implementación del portal

¹Módulo “Control y Seguimiento en los Procesos de Compra”, dictado en el Curso Teórico Práctico en Compras y Contrataciones Públicas, Instituto Nacional de Educación y Capacitación, Santiago de Chile, 2012.

institucional www.compraspublicas.gob.ec, que permite una mejor interacción entre los contratantes, los contratistas, la comunidad y los órganos de control; así como la creación de un organismo técnico de apoyo como es el Servicio Nacional de Contratación Pública, más conocido como SERCOP; entre otras.

La nueva Ley además procura controlar de alguna manera la discrecionalidad en los procesos de contratación, pues antes las entidades estaban en la facultad de cada una crear su propia normativa interna al respecto; hoy las entidades públicas, e incluso las personas de derecho privado sujetas a esta normativa, deben someter su quehacer en materia de contratación, exclusivamente a lo determinado en la ley. Pese a ello la misma ley faculta a las Empresas Públicas a establecer su “giro del negocio”, lo que constituye un arma de doble filo si no es utilizada con transparencia y responsabilidad; mediante esta determinación las empresas públicas pueden establecer sus propios procedimientos de contratación, a fin de dar agilidad a sus compras y no restarle competitividad frente a las empresas privadas. Sin embargo aún persisten ciertas modalidades de contratación que no se encuentra reguladas en la LOSNCP sino en leyes especiales como por ejemplo la Ley de Hidrocarburos.

Mediante decreto ejecutivo No. 1700 de 30 de abril de 2009, publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 588, de los mismos mes y año, se emitió el Reglamento General de esa Ley para dar curso a su aplicación, y con ello al nuevo Sistema Nacional de Contratación Pública; sin embargo, al margen de lo que constituye la jerarquía normativa, el Reglamento incluía aspectos y modalidades de contratación no previstas en la ley, como el procedimiento precontractual de ínfima cuantía, y el arrendamiento de bienes muebles. Adicionalmente y en el mismo estilo, el SERCOP, ha emitido más de cien resoluciones, muchas de ellas ampliatorias del reglamento; por lo que han sido objeto de

cuestionamiento en cuanto a su legalidad, no obstante, en su mayoría se encuentran vigentes y son de aplicación obligatoria.

Con todo, la nueva normativa no ha terminado con las arbitrariedades por parte de las entidades contratantes y evidentemente subsisten convenios de pago, procesos claramente dirigidos, violación de procedimientos, resoluciones sin motivación, etc. Es por ello que se pretende analizar los actos administrativos emanados de las entidades contratantes, su naturaleza jurídica, la forma de dejarlos sin efecto y la normativa que ampara a los oferentes cuando se ven vulnerados sus derechos por transgresiones a la ley y a los principios de la Contratación Pública.

Dentro de este estudio también me parece pertinente hablar del sistema de contratación pública chileno, ya que como país ha sido el pionero en instaurar ciertas prácticas, convirtiéndose en un referente para América Latina. La Dirección Chile Compra se creó hace más de diez años con las principales premisas de: consolidar el modelo de compras, aumentar el número de proveedores del estado e involucrar en los procesos de contratación a las micro y pequeñas empresas; meta que se ha alcanzado con éxito, ya que actualmente se contabilizan 116 mil proveedores de 850 organismos públicos, con transacciones de más de US\$ 10.000 millones al año y una amplia participación de las micro y pequeñas empresas (Mipes) en el mercado público.

El éxito alcanzado les ha permitido a los chilenos plantearse nuevas metas, hoy en día se busca la profesionalización de compradores y vendedores, con compradores que liciten con bases claras, criterios de evaluación objetivos y pagos oportunos; y con proveedores que entreguen productos y servicios de calidad, a buen precio y con eficiencia.

Sin embargo y pese a ser el modelo chileno tan exitoso, aún mantienen los típicos problemas que se presentan en esta actividad como son:

- El 50% de los pedidos tienen carácter de urgente.
- El 25% de las compras no respeta procedimientos.
- Los criterios de evaluación están mal elaborados.
- Los procesos no se adjudican dentro de un tiempo prudente.
- Se evalúan mal las ofertas.
- Hay procesos de contratación cuyas adjudicaciones han sido previamente convenidas.
- Existe fragmentación de compras para eludir procedimientos.
- Los criterios de evaluación vulneran el principio de igualdad.
- Se modifican las condiciones después de la adjudicación.
- Persisten compras fuera del sistema y de todo control.²

Circunstancias que sin duda hacen de la contratación pública un importante campo de estudio e investigación.

² Módulo "*Control y Seguimiento en los Procesos de Compra*", dictado en el Curso Teórico Práctico en Compras y Contrataciones Públicas.

CAPÍTULO I

ACTO ADMINISTRATIVO

1.1. Concepto.

El concepto de Acto Administrativo se origina en la revolución francesa, en la que nace el Estado moderno que involucra las tres funciones clásicas, con el claro propósito de evitar que los actos de la Función Ejecutiva sean conocidos por la Función Judicial; lo que a criterio de Agustín Gordillo ha propiciado que muchas veces esas decisiones se expidan únicamente para favorecer al poder y someter al individuo; arbitrariedades administrativas que no controladas oportunamente, constituyen ambiente propicio para actos reñidos con la moral y el derecho.

Existen dos conceptos de Acto Administrativo:

- El concepto Orgánico, subjetivo o formal, según el cual el acto administrativo es toda actividad que realicen órganos administrativos.
- El concepto Material, sustancial u objetivo, indica que acto administrativo es toda actuación del Estado realizada por cualquiera de sus órganos.³

Hoy, varios autores defienden el criterio objetivo, entendiendo en consecuencia que acto administrativo no solo es la actividad de los órganos administrativos, sino también la actividad administrativa de los órganos legislativos y judiciales, e incluso las actividades de los particulares que se encuentran investidos de potestades públicas, como los concesionarios de obras o servicios públicos que pueden recaudar tarifas por cuenta del concedente (Estado, lato sensu).

³Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2003, página I-6.

Pero la actividad administrativa se convierte en acto administrativo, en el momento que produce efectos jurídicos directos e inmediatos, quedando así excluidos los actos preparatorios, tales como informes. Ahora bien, el acto administrativo será eficaz solo una vez cumplida la notificación.

Para mayor claridad, cabe citar la noción de Acto Administrativo de Juan Francisco Linares, para quien “Acto Administrativo es la declaración unilateral realizada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales en forma inmediata”.⁴

- Declaración, es una exteriorización intelectual.
- Unilateral, que excluye a los contratos que involucran un acuerdo de voluntades.
- Realizada en ejercicio de la función administrativa (lato sensu); esto es, no solo por órganos de la función ejecutiva, sino también por la función legislativa, judicial, electoral, de control, etc.
- Que produce efectos, por lo que no basta la voluntad del agente, es necesario que se materialice lo dispuesto en el acto.
- Esos efectos tienen relevancia jurídica.
- Son individuales, aunque los destinatarios sean varias personas; quedando por tanto excluidos los reglamentos que son de efecto erga omnes.
- Lo hacen de forma inmediata, es decir, tienen ejecutoria propia, no supeditada a ratificación o acto posterior.

⁴ Juan Francisco Linares, *Procedimiento Administrativo*, La Plata, Colegio de Abogados, página 5.

Noción que ha sido acogida por nuestra legislación, puesto que el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva en su artículo 65 define al Acto Administrativo como “Toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma directa”.

No así por la legislación chilena, la que define al Acto Administrativo como “las decisiones formales que emitan los órganos de la Administración del Estado en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública [...]”;⁵ acogiéndose así al criterio subjetivo, al considerar como actos administrativos únicamente a los emitidos por el Presidente de la República, los Ministros de Estado y demás autoridades administrativas.

Por ser conexo, vale la pena recordar que la actividad administrativa tiene varias manifestaciones como son:

- a. Reglamentos administrativos, que son actos normativos unilaterales y de efectos generales.
- b. Contratos administrativos, que son actos bilaterales o plurilaterales y que solo atañen a los otorgantes. O como indica Casagne, “[...] responden a la idea de que los particulares colaboren con la misión que persigue la administración mediante la institución contractual. En el contrato administrativo, a diferencia de los contratos regidos por el derecho privado, la Administración procura la satisfacción de un interés público relevante, de realización inmediata o directa [...]”.⁶
- c. Actos jurídicos, que son decisiones de la administración que producen el nacimiento, modificación o extinción de un derecho o de un deber de forma directa

⁵Ley N° 19.880 de Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado, Artículo 3 (Diario Oficial Chileno de fecha 29 de mayo de 2003).

⁶Juan Carlos Casagne, *El Contrato Administrativo*, Segunda Edición, Buenos Aires, Lexis Nexis Abeledo- Perrot, 2005, página 21.

e inmediata. Son actos administrativos propiamente dichos, ya que los demás son actos de simple administración.

- d. Actos no jurídicos, conocidos también como actos preparatorios, interlocutorios, procedimentales, iniciales o de mero trámite; son decisiones de la administración que no pretenden producir efecto jurídico alguno y se emiten para iniciar un trámite o hacer posible la existencia de un acto principal.
- e. Hechos jurídicos, son las “actuaciones de la administración que producen un efecto jurídico”;⁷ sin embargo para ser reconocido como tal debe estar previsto de alguna manera en la norma jurídica.
- f. Hechos no jurídicos, actuaciones de la administración que no producen efecto jurídico directo.

Por otro lado los gobiernos autónomos descentralizados tienen la potestad de emitir “resoluciones”, las que a criterio de José Suing “versan sobre temas particulares o específicos, se aprueban en un solo debate y surten efecto desde su notificación al interesado”.⁸

Sin embargo todos éstos “están sometidos a los principios fundamentales del régimen jurídico administrativo: sumisión a la ley y a las normas jerárquicamente superiores y posibilidad de una fiscalización jurisdiccional para hacer efectiva dicha sumisión”.⁹

Ya que han sido enunciados, cabe diferenciar el acto y el hecho:

⁷ Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III, ..., página III-2.

⁸ José Suing Nagua, *Gobiernos Autónomos Descentralizados*, Loja, Editorial UTPL, 2010, página 212.

⁹ Falla Garrido, *Tratado de Derecho Administrativo*, Volumen III, Madrid, 1963, página 380.

- Acto: “Tiene como objetivo operar una modificación en el orden jurídico”¹⁰ y goza de presunción de legitimidad.
- Hecho: “No siempre trae consigo efectos jurídicos y cuando los tiene, son más débiles”.¹¹

Sin embargo para la ejecución material de un acto es necesario un hecho administrativo, aunque bien pueden existir actos sin hechos y hechos sin actos.

1.2. Elementos del Acto Administrativo.

Son elementos esenciales del Acto Administrativo los siguientes:

1) Competencia:

Es el conjunto de facultades derivadas de la ley que una persona o un órgano puede ejercer en razón del territorio, materia, grado, persona y tiempo. Pudiendo darse lo que Jaime Vidal Perdomo denomina “dislocación competencial”, al trasladarse la misma a otro órgano o autoridad, por ejemplo a través de una delegación.

2) Voluntad:

Que a criterio de Agustín Gordillo puede hallarse aquejada de ciertos vicios, a saber:

- a. Vicios de índole objetiva.
 - En el origen de la voluntad, al proceder de un usurpador o de un funcionario de hecho.
 - En la preparación de la voluntad, por incumplir pasos, requisitos o formalidades que deben cumplirse antes de exteriorizar la voluntad administrativa.
 - En la propia enunciación de la voluntad.
- b. Vicios de índole subjetiva.

¹⁰ Jean Rivero, *Droit Administrative*, Paris, Dalloz, 1962, página 88.

¹¹ Julio Rodolfo Comadira, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Depalme, 1997, página 126.

- Desviación de poder, que no es más que el abuso de las facultades legales para consumir arbitrariedades; sea procurando un beneficio personal; con la finalidad de favorecer a un tercero; o con la finalidad de beneficiar a la comunidad.
- Arbitrariedad, es decir lo que se origina al margen de la normativa,
- Error, siempre que verse sobre un aspecto esencial del acto, causará su nulidad. Es error esencial aquel que si la autoridad lo hubiere conocido, se habría abstenido de dictarlo; o lo habría hecho con un contenido esencialmente diverso.
- Dolo, que es el manifiesto afán de irrogar injuria, e involucra la nulidad del acto.¹²

Sin embargo, coincido con ciertos autores que señalan que en los actos administrativos no se dan tales vicios, porque lo más importante en ellos no es la voluntad psicológica del funcionario sino la adecuación de los hechos a la normativa, como única condición de legitimidad.

3) Objeto:

Es el fin que persigue el acto y que también puede verse afectado por ciertos vicios que son generalmente causa de nulidad:

- Por estar prohibido por la normativa.
- Por ser violatorio de las facultades regladas.
- Por ser impreciso u oscuro.
- Por imposibilidad del hecho.
- Por ser irrazonable.
- Por ser inmoral.
- Por violar precedentes al respecto.

¹² Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo IX, ..., páginas IX-1 a IX-64.

4) Forma:

“Así como en el procedimiento o trámite administrativo existe el principio de informalismo a favor del administrado, en materia de acto administrativo cabe postular que las reglas son las formalidades del acto, en el sentido de que ellas están concebidas como garantía del ciudadano y como tales deben ser aplicadas e interpretadas”.¹³

El informalismo del que se habla a favor del administrado se lo conoce también como “indubio pro actione” lo que el doctor Marco Morales Tobar define como “la superación de obstáculos de índole formal, privilegiando el tratamiento de cuestiones de fondo”.¹⁴

Así como también “existen ciertos actos administrativos que por su importancia adoptan una presentación más formal que debe llenar ciertos requisitos, como por ejemplo revestir un formato determinado (Decreto Ejecutivo, Acuerdo Ministerial, etc.) y pueden publicarse en el Registro Oficial”.¹⁵

La administración no debe actuar:

- Intempestivamente, ya que está obligada a dar aviso.
- Inconsultamente, por lo que siempre debe requerir informes.
- Inauditamente, debe escuchar a los interesados.
- Irreflexivamente, ya que está obligada a motivar.¹⁶

El Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva no indica explícitamente cuales son los requisitos que debe contener un Acto Administrativo para su

¹³ Jaime Vidal Perdomo, *Derecho Administrativo*, Bogotá, Legis, 2008, página 152.

¹⁴ Marco Morales Tobar, *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011, página 106.

¹⁵ Efraín Pérez, *Manual de Derecho Administrativo*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2008, página 90.

¹⁶ Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo X, ..., página X-2.

plena validez; sin embargo de la lectura del texto de la norma se deduce que el mismo debe reunir, so pena de nulidad, cuando menos los siguientes requisitos:

- a. Competencia del órgano o autoridad que lo emana.
- b. Seguir un proceso pre establecido.
- c. Objeto posible y que no constituya delito.
- d. Notificación al administrado.
- e. No ser contrario a la constitución y la ley.

Por otro lado la doctrina dice que el Acto Administrativo debe reunir las siguientes formalidades:

- a. Procedimiento previo al acto.
- b. Motivación, fundamentación fáctica y jurídica con que la administración pretende sostener la legitimidad y oportunidad de la decisión tomada. No basta con hacer un relato de los hechos, es necesario justificar el acto y establecer la pertinencia o conexión del hecho con una norma que lo prevea o secunde, so pena de nulidad.
- c. Notificación o publicidad, que torna eficaz al acto.
- d. Forma escrita, aunque hoy se utilizan las herramientas o registros electrónicos; en todo caso, debe quedar constancia del acto.
- e. Lugar y fecha de emisión.
- f. Órgano o autoridad de la que emana el acto.
- g. Parte dispositiva o resolutive; esto es lo que el acto resuelve, decide o certifica, constituye el objeto mismo del acto.
- h. Firma, al respecto hay quienes sostienen que su omisión no constituye un vicio de forma, si no que más bien podría considerarse como la inexistencia de la voluntad administrativa de dictar el acto. Al respecto Hutchinson sostiene que “si un decreto o una resolución no están firmados, significa que no hay decreto o resolución. Hay

un papel escrito, sin trascendencia jurídica alguna. Podría verse en ello un proyecto de acto, a lo sumo”.¹⁷ Ahora bien, hoy bajo el concepto de administración electrónica y “cero papeles”, se tienen como válidas las firmas electrónicas, incluso los correos electrónicos sin firma, cuya aptitud o idoneidad son a mi juicio cuestionables.

- i. Publicidad, sin ella el acto existe pero no crea derechos ni deberes para el destinatario. Por lo que vale la pena diferenciar la publicación de la notificación:
 - Publicación: Conocimiento ficto del acto de carácter general, cuyo efecto es respecto de todos.
 - Notificación: Conocimiento cierto del acto singular.¹⁸ Los puntos que debería contener la notificación son los siguientes:
 - Transcripción íntegra del acto.
 - Recursos, plazos y efectos.
 - Vista de las actuaciones.
 - Plazo para la notificación válida.
 - No puede añadir nada al acto notificado.
 - Escrita (obviamente cuando así se hubieren expedido).

Otras formas de instrumentación:

- Oral, de corta vigencia.
- Mediante signos convencionales, por ejemplo un semáforo en rojo.
- Medios telemáticos, por medio de fax o correo electrónico.
- Actos tácitos, cuando uno posterior contradice a uno anterior, se entiende que lo revoca tácitamente.

¹⁷Hutchinson, *Régimen de Procedimientos Administrativos*, Buenos Aires, Astrea, 1995, página 90.

¹⁸ Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo X, ..., página X-34.

- Silencio Administrativo en positivo, como ocurre en nuestro sistema: ante el silencio del órgano, transcurrido cierto plazo, se considera que la petición ha sido aceptada, entonces el silencio se tiene como un acto administrativo; sin embargo estaríamos frente a un acto carente de motivación.

“El silencio, pues, no es nada en sí; materialmente es inactividad, vacío en el obrar; pero esta ausencia es coloreada por el ordenamiento, dándole una significación determinada. Esta significación puede ser positiva o negativa”.¹⁹ Un ejemplo de la concepción del “silencio administrativo negativo”, es la legislación chilena, al manifestar que “se entenderá rechazada una solicitud que no sea resuelta dentro del plazo legal cuando ella afecte el patrimonio fiscal”.²⁰

Respecto al silencio administrativo en materia de contratación pública, la Procuraduría General del Estado ha señalado que “no se puede considerar al contratista como administrado a fin de beneficiarse del silencio, por cuanto al haberse celebrado un contrato administrativo, las relaciones entre las partes se rigen por lo estipulado en el contrato”.²¹

Y son elementos accidentales, accesorios o eventuales: la condición, el modo y el término, que “aunque no afectan su existencia, si conciernen a su eficacia, estos pertenecen al cuándo y al cómo de la producción de los efectos jurídicos del acto”.²²

1.3. Características del Acto Administrativo.

- Presunción de legitimidad (ejecutividad):

¹⁹ Ramón Martín Mateo, *Manual de Derecho Administrativo*, Madrid, Trivium, 1998, página 330.

²⁰ Ley N° 19.880 de Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado, Artículo 65.

²¹ Pronunciamento de la Procuraduría General del Estado, Oficio No. 13521 de 19 de abril de 2010 (R.O. 233 de 12 de julio de 2010).

²² Luis Trujillo Soto, *El Acto Administrativo en la Contratación Pública*, Quito, Editorial Jurídica del Ecuador, 2011, página 36.

Todo acto administrativo se presume legítimo mientras no se pruebe judicialmente lo contrario; dándose lo que se conoce comúnmente como la “inversión en la carga de la prueba”, ya que quien esté interesado en que se declare su ilegitimidad, está en la obligación de recabar todas las pruebas para ello.

Esta presunción trae consigo la obligatoriedad del acto y por tanto el deber jurídico del sujeto pasivo de cumplirlo; a excepción de aquellos actos administrativos que presenten vicios manifiestos y por lo tanto resulten nulos-lo que no siempre será factible establecer inmediatamente-, ya que la presunción de forma amplia, fomentaría la arbitrariedad administrativa.

Vale la pena además hacer una distinción entre acto administrativo e instrumento público, puesto que éste último solo documenta los actos, otorgándoles un alto valor probatorio. En este caso, “el funcionario que dicta un acto administrativo actúa entonces en una doble faz: como órgano emisor del acto y como órgano de la fe pública que certifica que el acto ha sido verdaderamente dictado por él en esa fecha y lugar”.²³ Es por ello que “el acto administrativo es plena prueba de su autenticidad en cuanto a fecha, firmas, otorgamiento, pero no de su contenido, ni de los hechos afirmados en el texto del funcionario, incluso si son relatados como de su directa visión”.²⁴ Al reconocer el carácter de instrumento público a todo acto administrativo en cuanto a su contenido, los servidores públicos corren el riesgo de incurrir en el delito de falsedad ideológica.

- Ejecutoriedad (ejecución de oficio):

Al particular le corresponde demandar la suspensión de los efectos del acto. Sin embargo hay circunstancias en que “la ejecutoriedad del acto, está negada por una norma

²³ Manuel María Díez, y otros, *Acto y Procedimiento Administrativo*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1975, página 83.

²⁴ Eduardo Ortiz, *Los privilegios de la Administración Pública*, San José, 1973, página 102.

superior, cual es la constitución”²⁵. Lo recomendable es que mientras se desarrolla un proceso en el que se discute la legalidad de un acto administrativo, los órganos de la Administración Pública se abstengan de ejecutar el acto que está siendo conocido por el juzgador.

Los actos se pueden cumplir por diversos medios:

- Coerción directa, cuando la administración le fuerza al administrado a cumplir el acto. Por ejemplo, detener el vehículo ante orden policial.
 - Coerción indirecta, cuando la administración aplica sanciones para forzar al administrado que cumpla el acto.
 - Ejecución directa por la misma administración o por terceros, con cargo al obligado a cumplir el acto.
- Estabilidad:

Luis Trujillo manifiesta que “las resoluciones causan estado o se encuentran firmes cuando han sido dictadas por autoridad competente y se ha agotado la vía administrativa”.²⁶

Y Juan Francisco Linares indica que “el acto administrativo es en principio irrevocable, máxime si reconoce o afecta derechos subjetivos”;²⁷ sin embargo es indispensable que reúna los requisitos esenciales de validez (forma y competencia).

En referencia a la suspensión del acto administrativo hay dos categorías:

- ✓ La suspensión del acto que confiere derechos, es prohibida.

²⁵Fiorini, *Teoría Jurídica del Acto Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1969, página 147.

²⁶Luis Trujillo Soto, *El Acto Administrativo en la Contratación Pública*,..., página 110.

²⁷Juan Francisco Linares, *Fundamentos del Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 1975, página 341.

- ✓ La suspensión del acto que impone cargas o deberes, es obligatoria en los casos en que exista nulidad absoluta.

- Impugnabilidad:

En un estado de derecho no pueden existir actos “no recurribles”. Son impugnables tanto los actos con efectos definitivos, como aquellos que tienen efectos provisionales, denominados también interlocutorios o de mero trámite; los únicos actos no impugnables son las sentencias ejecutoriadas y aquellos que no producen efectos jurídicos directos.

La impugnación puede ocurrir:

- En sede administrativa, por razones de legitimidad, oportunidad, mérito o conveniencia.
- En sede judicial, solo por razones de legitimidad.

1.4. Clasificación.

Existe una gran variedad de Actos Administrativos, por lo que me parece pertinente citar la clara clasificación dada por el doctor Pablo Cordero Díaz en clases de pregrado:

- ❖ Actos terminales o principales, son aquellos que expresan la voluntad de la administración y están destinados a causar efectos jurídicos.
- ❖ Actos complementarios, los que se dictan cuando el acto previo no es perfecto, o contiene errores subsanables.
- ❖ Actos de convalidación, se dictan para remediar o reparar un acto con vicios de nulidad relativa.
- ❖ Actos de ratificación, los que dicta el superior jerárquico, cuando el inferior ha suscrito un acto sin competencia.
- ❖ Acto de ejecución, es el que se deriva de un precedente y viabiliza su ejecución.
- ❖ Acto ejecutorio, es aquél que se cumple inmediatamente.

- ❖ Acto definitivo, el que pone fin a un procedimiento.
- ❖ Acto firme, respecto del cual no es posible aplicar ningún recurso, administrativo, ni judicial.
- ❖ Actos simples, manifestaciones de voluntad que nacen de un solo órgano o autoridad.
- ❖ Actos complejos, manifestaciones de voluntad que nacen de dos o más autoridades u órganos administrativos diferentes, que actúan en forma conjunta o sucesiva.
- ❖ Actos internos, son aquellos que producen efectos jurídicos dentro del órgano que generó el acto, sin entrar en contacto con terceras personas ajenas al órgano.
- ❖ Actos externos, son aquellos que producen efectos jurídicos fuera del órgano que generó el acto.
- ❖ Actos discrecionales, cuando la propia ley le concede al órgano o autoridad la facultad discrecional de actuar, sin embargo son excepcionales.
- ❖ Actos reglados, cuando la autoridad solo puede hacer lo que expresamente se encuentra determinado en el ordenamiento jurídico.
- ❖ Actos aparentes, son aquellos que a simple vista no tienen vicios que los invaliden, pero que una vez analizados con detenimiento, incurren en ellos o en elementos constitutivos.
- ❖ Actos simulados, la autoridad lo emite utilizando ciertas formalidades, para hacerlo parecer legítimo.
- ❖ Actos de contenido favorable, son aquellos que tienden a incrementar las potestades o atribuciones de la administración. Y a su vez pueden ser:
 - Actos de autorización, aquellos que habilitan al administrado el ejercicio de un derecho preexistente.

- Actos de aprobación, se presentan cuando el órgano jerárquicamente superior aprueba un acto al jerárquicamente inferior.
- Actos de concesión, constituyen la manifestación de voluntad por la cual la administración transfiere una potestad al administrado.
- Actos de admisión, a través de los cuales se incorpora a un particular a la función pública.
- Actos de renuncia, en virtud de los cuales se exonera a un particular del cumplimiento de una obligación.

❖ Actos de contenido desfavorable:

- Actos de orden, a través de los cuales se impone la obligación de hacer o no hacer algo.
- Actos de prohibición, a través de los cuales la administración prohíbe hacer algo.
- Actos de sanción, a través de los cuales se manifiesta la capacidad sancionadora de la administración.

❖ Actos regulares, que a su vez se clasifican en:

- Actos válidos, aquellos emitidos enteramente conforme al ordenamiento jurídico o que incurrir en errores circunstanciales.
- Actos anulables, son actos que tienen vicios pero no demasiado capitales. Y se caracterizan porque:
 - a. Se presumen legítimos y deben ser tenidos como válidos hasta que sean anulados o revocados.
 - b. Se requiere de una investigación para que el juez pueda detectar la invalidez.
 - c. Vicio que lo aqueja es subsanable.

- d. Su anulación o revocación provoca efectos solo para el futuro.
- e. Cuentan con estabilidad.

❖ Actos irregulares o nulos, son aquellos que tienen un vicio grave.²⁸ Y se caracterizan porque:

- a. Gozan de presunción de legitimidad y estabilidad.
- b. No se requiere mayor investigación para constatar la nulidad.
- c. Vicio que lo afecta resulta insanable.
- d. La extinción del acto produce efectos retroactivos.

Sobre los tipos de vicio, Juan Francisco Linares sostiene que “La relación entre los tipos de vicio que darán lugar a las consecuencias señaladas es una cuestión de práctica jurisprudencial y de política jurídica. En la práctica, el vicio leve no suele afectar la validez del acto, el vicio grave lo hace anulable, el vicio muy grave lo torna nulo y solo el vicio de excepcional gravedad lo hace inexistente”.²⁹

1.5. Vigencia y validez.

Respecto a la vigencia de los Actos Administrativos, el artículo 66 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, señala que “los actos administrativos, para su plena validez deberán ser obligatoriamente notificados al administrado y mientras no lo sean no tendrán eficacia con respecto a quienes se haya omitido la notificación. La ejecución de actuaciones ordenadas en actos administrativos no notificados constituirán, para efectos de la responsabilidad de los funcionarios públicos, vías de hecho”. En tal virtud, para que los Actos Administrativos tengan validez, vigencia y eficacia, deben cumplir con la condición de ser notificados al administrado y la ejecución

²⁸Pablo Cordero Díaz, *Apuntes del Módulo “Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva”,* dictado en el Curso Alterativo de Graduación.

²⁹Juan Francisco Linares, *Cosa Juzgada Administrativa*, Buenos Aires, Editorial Guillermo Kraft, 1946, página 43.

de actuaciones ordenadas en actos administrativos no notificados, conlleva la obligación de reparación y reconocimiento de los daños y perjuicios causados.

1.6. Ejecución.

La ejecución de los actos administrativos tiene directa relación con los efectos que generan; permite entonces, que dichos efectos jurídicos puedan hacerse efectivos. “En tal sentido, los actos de ejecución son en gran medida hechos administrativos, pues son manifestación de los efectos jurídicos de los actos administrativos generados por la propia Administración Pública”.³⁰

El Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, en el artículo 68, prescribe: “Los actos administrativos se presumen legítimos y deben cumplirse desde que se dicten y de ser el caso, se notifiquen, salvo los casos de suspensión previstos en este estatuto”.

³⁰ Christian Guzmán Napuri, *El Procedimiento Administrativo*, Perú, ARA Editores, 2007, página 217.

CAPÍTULO II

ACTOS ADMINISTRATIVOS DICTADOS EN PROCESOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.

2.1. Naturaleza Jurídica.

La legislación colombiana establece que “los actos de los empleados, de carácter general, se denominan comúnmente decretos; los de carácter especial, resoluciones”³¹, de donde se infiere que las resoluciones constituyen actos administrativos de carácter particular que sirven para resolver cuestiones concretas, que por cierto deben estar revestidas de todas las formalidades legales.

Se trata también de resoluciones de carácter subjetivo, y no de carácter objetivo; “la importancia de diferenciarlas, radica en los medios de impugnación que pueden ejercitarse contra ellas. Si se trata de una resolución de carácter subjetivo, la acción pertinente será la nulidad y de restablecimiento del derecho [...] tratándose de una resolución de carácter general, en el cual el interés de su impugnación es el de conservar el orden jurídico, la acción pertinente sería la de nulidad”.³²

Teoría de los Actos Separables.

Actos separables son aquellos que pueden ser impugnados separadamente, es decir independientemente unos de otros. Conforme lo indicado por Dromi podríamos decir que son actos administrativos separables: la elaboración de las especificaciones técnicas, la elaboración de pliegos, la selección del proceso de contratación, la convocatoria, la preselección de oferentes, la recepción y evaluación de ofertas, las actuaciones de la comisión técnica, los actos administrativos preparatorios a la celebración del contrato, la

³¹ Código de Régimen Político y Municipal Colombiano, Artículo 3.

³² Gustavo Penagos, *El Acto Administrativo*, Tomo II, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1997, página 190.

cancelación de un proceso, la declaratoria de desierto, la adjudicación del contrato, etc. Sin embargo se reconoce también que no todos los actos separables son propiamente actos administrativos, existiendo hechos administrativos separables o cuestiones de mero trámite, como por ejemplo las publicaciones en la prensa, la apertura de ofertas, etc.³³

2.2. Resoluciones de las Empresas Públicas.

“Los actos, hechos y contratos que expidan, ejecuten o celebren las empresas públicas para la construcción de obra pública e infraestructura exclusivamente, son de naturaleza administrativa”.³⁴

Es motivo de elucubración la real intención del legislador; no sabemos si se buscó quitarle la naturaleza de administrativos a muchos de los actos por ellas operados, bajo el argumento de que la legislación existente es una atadura innecesaria a la eficacia de la gestión empresarial, o si simplemente es una disposición complementaria que no se contraponen a las constantes en los artículos 60 de la LOSNCP, 34 numeral 2 de la Ley Orgánica de Empresas Pública, 364 del Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía y Descentralización; y, 75 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva.

En nuestra opinión la equivocada utilización del término “exclusivamente” en la LOEP, no debe ni puede trastocar la naturaleza jurídica de las cosas, por lo que consideramos que disposiciones ambiguas como la comentada deberían eliminarse, puesto que inducen a la especulación.

Por otro lado vale la pena mencionar que los contratos para la adquisición de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultoría,

³³ Roberto Dromi, *Licitación Pública*, Buenos Aires, Fundación Centro de Estudios Políticos y Administrativos, 1999, página 267.

³⁴ Ley Orgánica de Empresas Públicas, Disposición General Primera (R.O. 48 de fecha 16 de octubre de 2009).

celebrados por las Empresas Públicas; son administrativos y se diferencian de los contratos civiles en función del sujeto, del objeto y de la causa del contrato. Sin embargo, bien podrían ser contratos privados, dependiendo de la voluntad del legislador quien deberá determinar las modalidades de contratos que en un momento social determinado, adquieran la condición de administrativos, en función de la propia evolución histórica de la actividad administrativa.

2.3. Notificación.

Todas las resoluciones surten efecto a partir de que han sido notificadas a todos los oferentes, para ello el RGLOSNCP ha previsto que “todas las notificaciones que deban efectuarse en virtud de las disposiciones de la Ley y del presente Reglamento General, incluso respecto de la resolución de adjudicación, se entenderán realizadas, desde que la entidad publique en el portal institucional www.compraspublicas.gob.ec el documento, acto o resolución objeto de la notificación, para lo cual deben existir los registros informáticos correspondientes, salvo que fuese imposible notificar electrónicamente, en cuyo caso, ésta se realizará por medios físicos”.³⁵ Sin embargo existen inconvenientes de orden práctico, ya que en la página del SERCOP no se indica el día y hora en el que un documento fue cargado al portal, lo que impide determinar correctamente los términos y plazos.

De igual manera la legislación chilena indica que, las resoluciones se entenderán notificadas, luego de las 24 horas transcurridas desde que la entidad publique en el sistema de información el documento, acto o resolución objeto de la notificación. Al respecto el artículo 41 del Reglamento a la Ley 19.886 señala “las entidades licitantes deberán publicar oportunamente en el Sistema de Información los resultados de sus procesos de

³⁵Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Artículo 17(R.O No. 512 de fecha 15 de agosto del 2011).

licitación o contratación. Asimismo, deberán publicar la resolución fundada que declare la inadmisibilidad y/o la declaración de desierto del proceso. Cuando la adjudicación no se realice dentro del plazo señalado en las bases de licitación, la entidad deberá informar en el Sistema de Información las razones que justifican el incumplimiento del plazo para adjudicar e indicar un nuevo plazo para la adjudicación, debiendo estar contemplada en las bases esta posibilidad [...]”;³⁶ lo que constituye una gran ventaja para los proveedores, ya que les permite estar mejor informados acerca del estado del procedimiento.

2.4. Tipos.

2.4.1. Resolución de cancelación del procedimiento.

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

1. De no persistir la necesidad, en cuyo caso se archivará el expediente;
2. Cuando sea necesario introducir una reforma sustancial que cambie el objeto de la contratación; en cuyo caso se deberá convocar a un nuevo procedimiento; y,
3. Por violación sustancial de un procedimiento precontractual”.³⁷

A nuestro juicio éstas son circunstancias que se pueden presentar a lo largo de todo el proceso precontractual y no únicamente hasta antes de la fecha de presentación de oferta, por lo que sería conveniente ampliar la posibilidad de cancelar un procedimiento hasta antes de la fecha de adjudicación del contrato; reconociendo también la posibilidad

³⁶Reglamento a la Ley N° 19.886 de Bases Sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, Artículo 41.

³⁷ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Artículo 34 (R.O No. 395 de fecha 04 de agosto del 2008).

de indemnizar al oferente por los gastos en los que haya incurrido para la preparación de su oferta.

2.4.2. Resolución de declaratoria de procedimiento desierto.

La máxima autoridad de la Entidad Contratante, declarará desierto el procedimiento de manera total o parcial, en los siguientes casos:

1. Por no haberse presentado oferta alguna;
2. Por haber sido inhabilitadas todas las ofertas o la única presentada, de conformidad con la ley;
3. Por considerarse inconvenientes para los intereses nacionales o institucionales todas las ofertas o la única presentada. La declaratoria de inconveniencia deberá estar sustentada en razones económicas, técnicas o jurídicas.
4. Si una vez adjudicado el contrato, se encontrare que existe inconsistencia, simulación o inexactitud en la información presentada por el adjudicatario, detectada por la Entidad Contratante, la máxima autoridad de ésta o su delegado, de no existir otras ofertas calificadas que convengan técnica y económicamente a los intereses nacionales o institucionales, declarará desierto el procedimiento sin perjuicio del inicio de las acciones que correspondan en contra del adjudicatario fallido; y,
5. Por no celebrarse el contrato por causas imputables al adjudicatario, siempre que no sea posible adjudicar el contrato a otro oferente.³⁸

La declaratoria de desierto de un proceso de contratación pública constituye una potestad reglada, que cabe únicamente ante la verificación de alguna de las causales

³⁸ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Artículo 33.

descritas en la ley. Una vez declarado desierto el procedimiento, la máxima autoridad podrá disponer su reapertura; mientras que si lo declara desierto de manera definitiva, se archivará el expediente, sin que ello dé lugar a reparación o indemnización a favor de los oferentes.

Con las reformas a la LOSNCP publicadas en el Registro Oficial No. 100 del 14 de octubre de 2013, se subsanó la contradicción que existía; ya que la ley equivocadamente indicaba que la declaratoria de desierto de un proceso procedía únicamente previo a la adjudicación, pese a que una de las causales es el no haberse celebrado el contrato por causas imputables al “adjudicatario”.

Por lo demás, cabe preguntarse ¿cuál sería el estado de los procesos en los cuales no se ha celebrado el contrato por causas imputables a la entidad contratante? Al parecer tales procesos también deberían ser declarados desiertos.

Algo similar contempla la legislación chilena al establecer que un proceso deberá ser declarado desierto cuando no se presenten ofertas, o cuando éstas no resulten convenientes a sus intereses.³⁹

³⁹Ley N° 19.886 de Bases Sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, Artículo 9 (Diario Oficial Chileno de fecha 30 de julio de 2003).

CAPÍTULO III

LA RESOLUCIÓN DE ADJUDICACIÓN.

3.1. Concepto.

La LOSNCP define a la resolución de adjudicación como “el acto administrativo por el cual la máxima autoridad o el órgano competente otorga derechos y obligaciones de manera directa al oferente seleccionado, surte efecto a partir de su notificación y solo será impugnabile a través de los procedimientos establecidos en esta Ley”.⁴⁰

A criterio de Dromi, es “el acto administrativo, emitido por el licitante, por el que se declara la oferta más conveniente y simultáneamente se la acepta, individualizando la persona del contratista. Importa una declaración unilateral de voluntad emitida por el licitante, por medio de sus órganos competentes, y dirigida a la celebración del contrato. Con ella se distingue la mejor oferta y se elige al licitador más idóneo, atribuyéndole la ejecución de la obra, servicio o suministro objeto de la contratación”.⁴¹

En conclusión podemos decir que la resolución de adjudicación pone fin a la etapa precontractual, y es el acto administrativo que exterioriza la voluntad de la entidad contratante de celebrar un contrato con el proveedor, cuya oferta considera es el más conveniente para los intereses institucionales. La adjudicación debe ser conveniente, legal y justa.

Por otro lado la Ley 19.886 Chilena manifiesta que “el contrato se adjudicará mediante resolución fundada de la autoridad competente, comunicada al proponente. El adjudicatario será aquel que, en su conjunto, haga la propuesta más ventajosa, teniendo en cuenta las condiciones que se hayan establecido en las bases respectivas y los criterios de

⁴⁰Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Artículo 6, numeral 1.

⁴¹ Roberto Dromi, *Licitación Pública*, Buenos Aires, Fundación Centro de Estudios Políticos y Administrativos, 1999, página 419.

evaluación que señale el reglamento [...]”.⁴² E incluso va más allá, al establecer una figura que no existe en nuestro medio como es la “Readjudicación”, mecanismo a aplicar cuando el adjudicatario:

1. Desista de la adjudicación.
2. No se inscriba en Chile proveedores en el plazo previsto.
3. Se encuentre inhabilitado.
4. No presente la boleta de garantía de fiel cumplimiento de contrato.

Si ello sucediere, la entidad tiene la opción de adjudicar a la segunda oferta mejor evaluada y así sucesivamente.

Mientras que en nuestro país, si se presentase alguna de las circunstancias antes mencionadas y de no ser posible establecer el oferente situado en segundo lugar, verbigracia de ello en el proceso de menor cuantía de obras que se adjudica por sorteo; el proveedor debe ser declarado adjudicatario fallido y el proceso desierto.

3.2. Competencia.

La derogada Ley de Contratación Pública, atribuía al Comité de Contrataciones la potestad de adjudicar los contratos sujetos a licitación y a concurso público de ofertas. Hoy, bajo el régimen regulado por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, la etapa precontractual está a cargo de la máxima autoridad de la entidad contratante, su delegado o de la denominada Comisión Técnica;⁴³ sin embargo ni el delegado, ni la Comisión Técnica, deciden la adjudicación del contrato, sino únicamente recomiendan el desenlace probable a la máxima autoridad, quien es la única persona con potestad para resolver el procedimiento precontractual, bien adjudicando el contrato, o

⁴²Ley N° 19.886 de Bases Sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, Artículo 10.

⁴³Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Artículo 18.

declarando desierto el procedimiento. Esto sin perjuicio de que pueda delegarse tal potestad, sin que ello signifique pérdida de responsabilidad del delegante; en virtud de lo previsto en el numeral 9 del artículo 6 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública⁴⁴ y en el artículo 4 de su Reglamento.⁴⁵

Respecto de la delegación hay que tener en cuenta algunas reglas establecidas en el ERJAFE y que son aplicables en general a toda entidad contratante, dada la subsidiaridad del estatuto:

- “Salvo autorización expresa, no podrán delegarse las competencias que a su vez se ejerzan por delegación.
- La delegación podrá ser revocada en cualquier momento por el órgano que la haya conferido y se extinguirá, en el caso de asuntos únicos, cuando se haya cumplido el acto cuya expedición o ejecución se delegó.
- Cuando las resoluciones administrativas se adopten por delegación, se hará constar expresamente esta circunstancia y se considerarán dictados por la autoridad delegante, siendo la responsabilidad del delegado que actúa”.⁴⁶

3.3. Criterios de Adjudicación.

La anterior Ley de Contratación Pública indicaba que la adjudicación debía hacerse a “la oferta más conveniente a los intereses nacionales e institucionales”, lo que dejaba la puerta abierta a la subjetividad; sin embargo “la adjudicación del contrato continúa manteniendo un alto componente de discrecionalidad, pero esa discrecionalidad se

⁴⁴ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.- Art. 6 # 9.- Delegación.- Es la traslación de determinadas facultades y atribuciones de un órgano superior a otro inferior, a través de la máxima autoridad, en el ejercicio de su competencia y por un tiempo determinado. Son delegables todas las facultades y atribuciones previstas en esta Ley para la máxima autoridad de las entidades y organismos que son parte del sistema nacional de contratación pública [...]

⁴⁵ Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.- Art. 4.- Delegación.- En aplicación de los principios de derecho Administrativo son delegables todas las facultades previstas para la máxima autoridad tanto en la Ley como en este Reglamento General, aun cuando no conste en dicha normativa la facultad de delegación expresa. La Resolución que la máxima autoridad emita para el efecto, determinará el contenido y alcance de la delegación [...]

⁴⁶ Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (R.O. Sup. No. 411 de 31 de marzo de 1994).

encuentra restringida por la razonabilidad en el cumplimiento de los parámetros señalados por la ley”,⁴⁷ ya que se debe adjudicar el contrato bajo el criterio de mejor costo, que no es lo mismo que costo más bajo, conforme se define en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, LOSNCP:

- Mejor costo en bienes o servicios normalizados: Oferta que cumpliendo con todas las especificaciones y requerimientos técnicos, financieros y legales exigidos en los documentos precontractuales, oferte el precio más bajo.

Se entiende por bien normalizado a aquél cuyas características o especificaciones técnicas han sido estandarizadas u homologadas; y se deberá adjudicar al proveedor que cumpliendo con los requisitos exigidos en los pliegos, oferte el precio más bajo; respetando los márgenes de preferencia que establece la ley.

- Mejor costo en obras, bienes o servicios no normalizados: Oferta que ofrezca a la entidad las mejores condiciones presentes y futuras en los aspectos técnicos, financieros y legales, sin que el precio más bajo sea el único parámetro de selección. En todo caso, los parámetros de evaluación deberán constar obligatoriamente en los Pliegos.

“La oferta más conveniente no es necesariamente la de menor precio. El menor precio es solo uno de los criterios de selección y no la regla constante de adjudicación, pues influyen otros factores tales como la mayor capacidad técnica, el tipo y la calidad de los materiales ofrecidos, la incorporación de nuevas tecnologías, plazos de entrega, etc. De ahí que toda competencia tenga una cuota de incertidumbre, pues no solo se gana la licitación por el mejor precio, sino por las mejores condiciones técnicas, aunque no siempre resulten menos costosas”.⁴⁸

⁴⁷ Antonio Pérez, *Manual de Contratos del Estado*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2008, página 221.

⁴⁸ Roberto Dromi, *Licitación Pública*,..., página 425.

Los parámetros de calificación deben constar en los pliegos a fin de que los oferentes tengan claras las reglas del juego, sin embargo eso no es garantía de justicia, ya que bien podrían acomodarse los mismos a fin de beneficiar a determinado oferente.

○ Mejor costo en consultoría: criterio de “calidad y costo” con el que se adjudicarán los contratos de consultoría, en razón de la ponderación que para el efecto se determine en los Pliegos correspondientes, y sin que en ningún caso el costo tenga un porcentaje de incidencia superior al veinte (20%) por ciento.⁴⁹

Sin embargo, el hecho de que una oferta sea considerada como la de mejor costo, no implica la adjudicación del contrato; puesto que la máxima autoridad de la entidad o su delegado podrían declarar desierto el procedimiento por considerarlo en definitiva inconveniente para sus intereses o los del país.

La decisión de adjudicar debe ser tomada con neutralidad, neutralidad entendida como la “ausencia de toda valoración moral, política o de cualquier otro tipo”⁵⁰; sin embargo no será posible tal neutralidad mientras la decisión dependa del criterio de una persona.

3.4. Efectos Jurídicos de la Resolución de Adjudicación.

William López sostiene que “la adjudicación es el acto formal mediante el cual la Entidad Contratante acepta una de las ofertas realizadas, que implica convenio jurídico entre la parte seleccionada y la Administración. El efecto principal del acto de

⁴⁹ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Artículo 6.

⁵⁰ Fernando Villaseñor Rodríguez y otros, *“La imposibilidad de la neutralidad en las teorías modernas de la adjudicación”*, *Teoría del Derecho y Argumentación Jurídica*, México, Editorial Porrúa, 2012, página 294.

adjudicación, es el de surgir entre las partes una situación de recíprocos derechos y obligaciones, en donde el contrato será solamente la forma instrumental o acto formal”.⁵¹

Criterio erróneo que también es recogido en nuestra ley, al señalar que la adjudicación es un acto administrativo que “otorga derechos y obligaciones”, cuando se conoce que las únicas fuentes de obligaciones reconocidas en nuestra legislación no son otras que la ley, el contrato, el cuasi contrato, el delito y el cuasidelito. En tal virtud, con la Resolución de Adjudicación, el adjudicatario no adquiere otra obligación que no sea la de firmar el contrato, por lo que mal podría la entidad contratante obligarle a cumplir con el objeto del contrato sin que este haya sido suscrito.

Los derechos que adquiere el adjudicatario son los siguientes:

- A que el contrato sea suscrito con él.
- A que se suscriba el contrato en las condiciones y plazos que se previeron en los documentos precontractuales, incluso conforme al proyecto de contrato que se incorpora en dichos pliegos.

Y las siguientes obligaciones:

- Firmar el contrato en el plazo previsto en los pliegos, so pena de ser declarado adjudicatario fallido mediante resolución motivada e inhabilitado en el Registro Único de Proveedores por tres años.
- Presentar las garantías de ser el caso.⁵²

Confusión que no se da en el derecho chileno ya que para ellos la adjudicación es el “acto administrativo fundado, por medio del cual la autoridad competente selecciona a uno

⁵¹ William López Arévalo, *Tratado de Contratación Pública*, Tomo I, Quito, Editorial Jurídica del Ecuador, 2013, página 172.

⁵² Antonio José Pérez, Daniel López y José Aguilar, *Manual de Contratación Pública*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011, página 299.

o más Oferentes para la suscripción de un Contrato de Suministro o Servicios”,⁵³ sin insinuar siquiera que el adjudicatario tenga otro derecho u otra obligación que no sea la de suscribir el contrato.

3.5. Motivos para dejarla sin efecto.

Es común en nuestro medio que las entidades contratantes resuelvan sin más dejar sin efecto las Resoluciones de Adjudicación, a fin de corregir errores cometidos en la etapa precontractual, y lo hagan generalmente con actos administrativos carentes de motivación, vulnerando los intereses del administrado. Sin embargo el Estatuto de Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, admite que las entidades sometidas a este estatuto, puedan extinguir o reformar sus actos, en sede administrativa, de oficio o a petición del administrado.

Lo que es reconocido también por el Tribunal de Contratación Pública Chileno que:

En fecha 26 de diciembre del año 2006, al resolver la Causa Rol No. 24-2006, reconoce que, no comete ilegalidad ni arbitrariedad la entidad que modifica su primera decisión adjudicatoria y sustituye al adjudicatario al haber adquirido la certeza de que el primer favorecido incumplía los requisitos de las bases; al manifestar entre otras cosas que: “[...] la decisión que al efecto adoptó el Director del órgano licitante, de adjudicar, definitivamente, la propuesta a un oferente distinto del demandante, no resultan arbitrarias ni ilegales [...], tanto más que la decisión adoptada en la sesión No. 1549 que adjudicaba la licitación a D&H Pharma no fue publicada en el portal de Chilecompras y, por tanto, constituía un acto dictado en el curso del proceso administrativo de la licitación pública aludida y que podía ser revisado si aparecían, con posterioridad, antecedentes que así lo ameritaban, ya que este aún no producía plenos efectos jurídicos [...] se justifica plenamente la decisión de la Comisión referida acordada en la sesión No. 1551, de 22 de

⁵³Reglamento a la Ley N° 19.886 de Bases Sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, Artículo 2.

febrero de 2006, en el sentido de dejar sin efecto la adjudicación efectuada a favor de D&H Pharma [...]”.⁵⁴

Así mismo en fecha 26 de abril del año 2007, al resolver la Causa Rol No. 36-2005, reconoce que no comete acto arbitrario o ilegal, quien en cumplimiento de instrucciones impartidas por la Contraloría, deja sin efecto la adjudicación a un proveedor y luego de una nueva evaluación adjudica a otro, porque los dictámenes del órgano contralor son vinculantes; por lo que manifiesta que “[...] no habiendo, en consecuencia, reproche jurídico que formular a la Resolución No. 166, de 20 de noviembre de 2005, por la cual SERVIU de la V Región dejó sin efecto la resolución adjudicatoria de esta licitación en favor de la Constructora Araya Limitada y dispuso la contratación de la constructora Servicon Limitada para la ejecución de la obra como resultado de la adjudicación a esta última derivada al nuevo proceso evaluatorio de los oponentes al concurso [...] no ha habido y este Tribunal no advierte arbitrariedad o ilegalidad en esta última determinación [...]”.

Y más importante aún es la resolución de la Causa Rol No. 67-2007 de fecha 29 de julio de 2008, que indica que es ilegal la resolución adjudicatoria dictada en un proceso licitatorio cuyas bases administrativas especiales infringen los principios de libre concurrencia de los oferentes y de igualdad de éstos ante las bases, al manifestar que “[...] la autoridad demandada al resolver la adjudicación de la propuesta ya citada en la resolución que se impugna en estos autos, lo hizo basado en un procedimiento administrativo que adolecía de vicios, como lo era la existencia de normas reglamentarias contradictorias a un aspecto esencial de la licitación, conducta que merece la calificación de arbitraria, en cuanto se apartó de lo que razonablemente debió decidir en la oportunidad en que se adoptó dicha determinación de adjudicar la propuesta, como habría sido el haber observado en ese momento los defectos de que adolecía el proceso, y haber dictado, en consecuencia, la providencias necesarias para corregirlas, en forma previa a la ejecución del acto [...]”.

De lo que se deduce que el derecho chileno considera inválida una resolución de adjudicación cuando existan errores o ilegalidades en los pliegos; y en estos casos al dejar

⁵⁴http://www.tribunaldecontratacionpublica.cl/index.php?option=com_phocadownload&view=category&id=2&Itemid=125

sin efecto la resolución de adjudicación cabe realizar una re adjudicación, posibilidad no contemplada en nuestra legislación.

3.6. Formas para dejarlas sin efecto.

3.6.1. Extinción.

Llamada también invalidación, anulación o revocación; se da cuando la declaración unilateral expedida por autoridad pública en ejercicio de una atribución, se extingue de oficio o a petición de parte:

- Por el cumplimiento del objeto.
- Por el cumplimiento de una condición o plazo, ejemplo de ello la licencia que se extingue al llegar cierta fecha.
- Por ilegitimidad posterior, por cambio en el ordenamiento jurídico, por ejemplo un permiso de portar armas, si luego se prohíbe esta condición.
- Por cambio de la situación fáctica, por ejemplo un permiso de portar armas que fue concedido a una persona sin antecedentes penales, que luego resulta reo de asesinato.
- Por renuncia o rechazo del administrado, cuando el acto haya sido dictado en beneficio de este y no ocasione perjuicio al interés público.

Surge así el enfrentamiento de “dos principios: el de seguridad jurídica que impulsa a mantener los actos, y el de legalidad, que busca que desaparezcan del ordenamiento jurídico aquellos que lo quebrantan”.⁵⁵

“La potestad revocatoria es una potestad autónoma que se dirige a realizar modificaciones jurídicas en el mundo exterior, eliminando un acto contrario al interés

⁵⁵Jaime Vidal Perdomo, *Derecho Administrativo*,..., página 307.

público”;⁵⁶ potestad que se caracteriza por ser irrenunciable, intransmisible e imprescriptible.

Al respecto Gastón Jeze manifiesta que “la situación jurídica individual es intangible, y, por tanto, el acto jurídico que la crea, sea unilateral o contractual, no puede ser revocado o modificado”,⁵⁷ a diferencia de las situaciones jurídicas generales e impersonales originadas por ley, ya que su revocación o modificación no afecta una situación jurídica individual.

Y en referencia a los efectos de un acto modificado o revocado señala que “es posible hacer cesar en el porvenir los efectos de la primitiva declaración cuyo error se ha comprobado, pero no lo es privar absolutamente de efecto a la primera declaración, de tal suerte que se consideren nulo o no acaecidos los efectos regulares que en el pasado se produjeran”⁵⁸. Lo que significa que al eliminar un acto del mundo jurídico, este dejará de surtir efectos a futuro, sin embargo no se podrán eliminar los efectos ya acaecidos, aunque se podrán tomar ciertas medidas que ayuden a reparar el daño.

Por su parte Efraín Pérez manifiesta la importancia de distinguir si se trata de un acto administrativo favorable o desfavorable así: “el acto administrativo desfavorable o gravoso para el ciudadano puede generalmente ser revocado o extinguido por el órgano administrativo que lo dictó, mientras que se requieren de trámites determinados para la revocación de actos favorables”.⁵⁹

⁵⁶ Pablo Tinajero Delgado, *La Acción de Lesividad*, Quito, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 1998, página 25.

⁵⁷ Gastón Jeze, *Principios Generales del Derecho Administrativo*, Bogotá, Adcel Editores, 2010, página 116.

⁵⁸ Gastón Jeze, *Principios Generales del Derecho Administrativo*,..., página 137.

⁵⁹ Efraín Pérez, *Manual de Derecho Administrativo*,..., página 84.

3.6.2. Reforma.

Parafraseando a Agustín Gordillo, podríamos decir que el Acto Administrativo puede ser reformado de las siguientes formas:

- Rectificación o corrección material, cuando existen errores materiales de escritura, transcripción, expresión, numéricos, etc. manteniendo el sentido del acto.
- Aclaración, cuando el acto da lugar a elucubraciones, se puede emitir un segundo acto aclaratorio del primero.
- Reforma propiamente dicha, que consiste en la extinción parcial o la creación de un acto nuevo en la parte modificada o ambas cosas.
- Conversión, ocurre cuando se toman los elementos o aspectos del primer acto que en su forma original resultaban inválidos y se los incorpora a un acto distinto, en cuyo contexto adquiere validez.⁶⁰

Los actos administrativos pueden ser reformados a petición de parte o de oficio:

1. Por razones de legitimidad, es obligatoria, al encontrarse vicios que no puedan ser convalidados o subsanados. Según el doctor Pablo Cordero Díaz las causales podrían ser:
 - Haber sido dictados por un órgano incompetente.
 - Tener un objeto imposible o que constituya un delito.
 - Aquellos cuyos presupuestos fácticos no se adecuen manifiestamente al previsto en la norma legal que se cita como sustento.
 - Aquellos que busquen satisfacer ilegítimamente un interés particular.
 - Aquellos carentes de motivación.⁶¹

⁶⁰ Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo XII,..., página XII-2 A XII-8.

El acto administrativo que declare extinguido otro acto administrativo por razones de legitimidad tiene efectos retroactivos, puesto que en definitiva nunca existieron.

2. Por razones de oportunidad, es facultativa, al existir razones de orden público que justifiquen declarar extinguido dicho acto administrativo.

El acto administrativo que declare extinguido otro por razones de oportunidad no tendrá efectos retroactivos, puesto que corresponde a un acto que si existió.

La extinción la podrá realizar la misma autoridad que expidió el acto o quien la sustituya en el cargo, así como cualquier autoridad jerárquicamente superior a ella. Se deberá reconocer al administrado que vea menoscabados sus derechos subjetivos una indemnización por el perjuicio ocasionado, conforme a lo dispuesto en el artículo 92 del ERJAFE.⁶²

Sin embargo, el Procurador General del Estado, en un pronunciamiento señala que: “Los actos administrativos de derechos no pueden ser anulados por la propia administración sin la declaratoria previa de lesividad para el interés público y su impugnación ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo competente”.⁶³

Criterio con el que coincide el doctor Marco Morales Tobar quien manifiesta que “no puede revocarse aquellos actos que crean o reconocen derechos subjetivos a favor del

⁶¹Pablo Cordero Díaz, *Apuntes del Módulo “Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva”*, dictado en el Curso Alterativo de Graduación, Universidad de Cuenca, Cuenca, 2009.

⁶²Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva.- Art. 92.- Daños causados.- La autoridad que decida extinguir o reformar un acto administrativo por razones de oportunidad, que afecte total o parcialmente un derecho subjetivo, deberá previamente pagar la debida indemnización por el daño que se cause al administrado. Para el efecto, se instaurará, de oficio o a petición de parte, un expediente administrativo que será sustanciado de manera sumaria. Los administrados podrán impugnar judicialmente la resolución que adopte la Administración con respecto al pago de la mencionada indemnización. Dicha impugnación no impedirá la extinción del acto administrativo resuelta por la respectiva autoridad. Esta indemnización no tendrá lugar cuando lo que se ve afectado por el mencionado acto es un derecho otorgado expresa y válidamente a título precario o derechos reflejos o intereses legítimos (R.O. Sup. 411 de 31 de marzo de 1994).

⁶³Pronunciamiento de la Procuraduría General del Estado, Oficio No. 13221 de 30 de marzo del año 2010.

administrado o los administrados, una vez que hubieren sido notificados [...] Por consiguiente, la anulación de actos administrativos de derechos y no anulables requiere la declaratoria previa de lesividad para el interés público y debe ser impugnada ante el Tribunal Contencioso Administrativo”.⁶⁴

Y específicamente, respecto a la revocabilidad de una resolución de adjudicación, Pablo Tinajero señala “existirán actos discrecionales cuyos efectos han creado derechos subjetivos a favor de un particular (como puede ser, por ejemplo, el acto de adjudicación de un contrato administrativo), en los cuales la administración pierde la disponibilidad de los efectos de ese acto, por lo que no podrá ser revocado a entera libertad”.⁶⁵

Pese a ello, en nuestro medio todavía hay quienes sostienen que la Resolución de Adjudicación puede ser revocada por la propia entidad, sin mayor trámite y en cualquier momento, bajo la premisa de que el adjudicatario no adquirió ningún derecho y no tiene más que una mera expectativa de suscribir el contrato. Criterio coincidente con el aplicado por el Tribunal Constitucional, en la acción de amparo constitucional presentada por “PERFOREC” Perforaciones Ecuatorianas S.A., contra PETROECUADOR, por haber dictado una resolución mediante la cual declaró desierta la invitación a ofertar No. PPR-CCQ-2003-005; al respecto la Segunda Sala manifestó que “la intervención en un concurso público crea una mera expectativa de ganar pero ésta no constituye derecho alguno, como lo señala el Art. 7 regla 6a. del Código Civil”.⁶⁶ Sin embargo la LOSNCP de forma clara – aunque equivoca-, nos ha dado el concepto de Resolución de Adjudicación, estableciéndola como una fuente de derechos y obligaciones; volviendo obligatoria la declaración y posterior acción de lesividad.

⁶⁴ Marco Morales Tobar, *Manual de Derecho Procesal Administrativo*,..., página 176.

⁶⁵ Pablo Tinajero Delgado, *La Acción de Lesividad*,..., página 32.

⁶⁶ Sentencia de la Segunda Sala del Tribunal Constitucional, Quito, 30 de diciembre del 2003.

3.6.3. Acción de Lesividad.

“Cuando un acto administrativo regular, explícito o presunto, contiene un vicio que no entraña su nulidad de pleno derecho, no puede ser extinguido en la misma sede administrativa y, para ello, el ordenamiento jurídico ha dispuesto el mecanismo de la declaratoria y acción de lesividad”.⁶⁷

La actividad administrativa está dirigida a la consecución del bien común, pero por diferentes circunstancias pueden producirse actos que no cumplan con los fines previstos en la Constitución y resulten lesivos, es decir perjudiciales o dañosos. Cuando ello ocurre, es deber del Estado rectificar el error pero no siempre es posible hacerlo por el propio accionar de la administración, para ello se ha creado el siguiente procedimiento:

Declaración de lesividad:

La declaratoria de lesividad, es un acto administrativo inimpugnable, que contiene la expresión de voluntad del órgano administrativo competente, mediante el cual se procura el retiro del mundo jurídico, de un acto administrativo, incluso un acto ficto, cuando este lesiona el interés público y cuyo beneficiario es un particular.

Doctrinariamente se la considera como la “facultad de la Administración Pública que le permite solicitar al Poder Judicial la nulidad de sus propios actos, amparándose en su propia torpeza y sustentando su petitorio en una actuación ilegal o defectuosa del órgano que emitió el acto”.⁶⁸

Tesis que ha sido acogida por la Procuraduría General del Estado que se pronunció indicando que “al tratarse de actos administrativos que han generado derechos a sus beneficiarios, y debido a su irrevocabilidad en sede administrativa, es necesario que dichos

⁶⁷ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Quito, 10 de abril del 2008.

⁶⁸ Christian Guzmán Napuri, *El Procedimiento Administrativo...*, página 253.

actos administrativos sean declarados nulos mediante la acción de lesividad [...] que deberá interponer la propia administración”.⁶⁹

Elementos:

A criterio del doctor Pablo Cordero Díaz, son elementos esenciales de la acción de lesividad los siguientes:

- La presunta existencia de una lesión.
- La existencia de un legítimo contradictor, tanto en sede administrativa como judicial.
- La existencia de una expresión de voluntad, en la que la administración manifieste su intención de retirar del mundo jurídico un acto por ser lesivo al interés público y pide al órgano judicial, en este caso al Tribunal de lo Contencioso Administrativo, que así lo declare y lo retire del mundo jurídico.
- Notificación al administrado a cuyo favor se constituyeron ciertos derechos subjetivos para que prepare su defensa.⁷⁰

Recogiendo las palabras de Tinajero, son requisitos procesales los siguientes:

1. Legitimación activa, que el órgano administrativo sea parte del proceso como actor.
2. Legitimación pasiva, que el particular que se vio beneficiado por la existencia del acto actúe como demandado.
3. Que se ataque un acto dictado por el mismo órgano administrativo por ser lesivo para sus intereses.

Parfraseando Javier García Luengo podríamos decir que en el pleito subsiguiente a la declaración de lesividad, *la administración aparece como demandante* frente a su propio

⁶⁹ Pronunciamiento de la Procuraduría General del Estado, Oficio No. 17511 de 17 de noviembre de 2010.

⁷⁰ Pablo Cordero Díaz, *Apuntes del Módulo “Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva”,* dictado en el Curso Alterativo de Graduación.

acto y *el administrado comparece como parte demandada* defendiendo en su caso la validez del acto.⁷¹

La potestad de declarar lesivo un acto administrativo, también ha sido reconocida a favor de los gobiernos autónomos descentralizados en el artículo 373 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización.⁷²

Caso chileno:

Figura similar pero con el nombre de “invalidación” existe en la legislación chilena que consagra que “la autoridad administrativa podrá, de oficio o a petición de parte, invalidar los actos contrarios a derecho, previa audiencia del interesado, siempre que lo haga dentro de los dos años contados desde la notificación o publicación del acto”.⁷³ Salvo que se presentare alguna de las siguientes circunstancias:

- Cuando se trate de actos declarativos o creadores de derechos adquiridos legítimamente.
- Cuando la ley haya determinado expresamente otra forma de extinción de los actos.
- Cuando, por su naturaleza, la regulación legal del acto impida que sean dejados sin efecto.⁷⁴

Siendo sin duda alguna lo más rescatable la presencia del interesado, garantizándole de alguna manera el derecho a la defensa y el debido proceso.

⁷¹ Javier García Luengo y otros, “*Régimen Jurídico de la Invalidez de los Contratos*”, Cuadernos de Derecho para Ingenieros – Contratación Pública, Madrid, La Ley, 2010, página 208.

⁷² Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización.- Artículo 373.- Las máximas autoridades de los gobiernos autónomos descentralizados podrán de oficio o a petición de parte declarar lesivos para el interés público los actos administrativos que generen derechos para el administrado que sean legítimos o que contengan vicios convalidables, a fin de proceder a su ulterior impugnación ante el orden jurisdiccional contencioso administrativo, previa su extinción. La declaración de lesividad no podrá adoptarse una vez transcurridos tres años desde que se dictó el acto administrativo y exigirá la previa audiencia de cuantos aparezcan como interesados en el mismo. Transcurrido el plazo de tres meses desde la iniciación del procedimiento sin que se hubiera declarado la lesividad, se producirá la caducidad del mismo. La acción contenciosa de lesividad podrá interponerse ante los tribunales distritales de lo contencioso administrativo en el plazo de tres meses a partir de la declaratoria. Iniciado el procedimiento administrativo de lesividad, la máxima autoridad del gobierno autónomo descentralizado respectivo podrá suspender la ejecución del acto materia de dicho procedimiento, cuando éste pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación o le cause daños a terceros.

⁷³ Ley N° 19.880 de Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado, Artículo 53.

⁷⁴ Ley N° 19.880 de Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado, Artículo 61.

3.4. Posibles perjuicios que puede sufrir el adjudicatario.

El adjudicatario que no ha suscrito el contrato por causa de la entidad contratante, puede ver menoscabados seriamente sus intereses, puesto que a partir de haber sido notificado con la adjudicación puede haber iniciado procesos de importación de equipo y maquinaria, adquisición de materiales, contratación de personal, gestión de garantías, decidido abstenerse de participar en otros procesos, etc.

Es por ello que la LOSNCP prevé que los oferentes que se consideren afectados por la decisión de la entidad de dejar sin efecto la resolución de adjudicación, puedan demandar la correspondiente indemnización de los daños y perjuicios o bien reclamar administrativamente los gastos en que hubieren incurrido, siempre que se encuentren debida y legalmente comprobados; teniendo la entidad la facultad de iniciar acciones de repetición de pago contra el o los funcionarios o empleados responsables. Por su parte el RGLOSNCP busca limitar esta posibilidad al indicar que el oferente solo podrá solicitar a la entidad que le reconozca los “costos de preparación de la propuesta y los gastos financieros”, sin embargo por jerarquía normativa, las disposiciones de la ley se encuentran por encima del reglamento.

Al respecto vale la pena aclarar que el daño sufrido por el adjudicatario puede ser de varios tipos: cierto, actual o futuro, material o moral; ante ello surge “la responsabilidad extracontractual del Estado, es una responsabilidad por la injusticia o ilicitud de los efectos de la actividad pública en las personas, bienes o el ambiente, es evidente que, demostrado el daño indemnizable, resta únicamente determinar la vinculación, en una relación de causa – efecto de la actividad pública de la que se trate con referido daño”.⁷⁵

⁷⁵Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Quito, 10 de abril de 2008.

CAPÍTULO IV

MECANISMOS DE DEFENSA DEL ADJUDICATARIO.

“Los actos administrativos de cualquier autoridad del estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la función judicial”.⁷⁶

4.1. Impugnación en vía administrativa.

La tramitación de impugnaciones en sede administrativa, constituye uno de los mayores privilegios de la administración, pues le permite a esta auto controlarse y verificar si es que el acto administrativo emitido, fue legal y legítimo, dando así lugar a la enmienda de errores.

A criterio de Serra Rojas, “la idea de este recurso se basa en la falibilidad humana, pues es propio de los seres humanos cometer errores y estos obedecen a causas diversas que ocasionan perjuicios tanto al particular como al interés general en casos concretos”.⁷⁷

4.1.1. Según la LOSNCP.

Se podrán plantear estos recursos por actos provenientes de cualquier entidad contratante.

4.1.1.1. Reclamo o queja ante el SERCOP.

La LOSNCP indica que este recurso puede ser interpuesto por quienes tengan interés directo y se consideren afectados por hechos o actos administrativos emitidos por las entidades contratantes; es decir que puede plantearse en cada una de las fases del proceso precontractual.

⁷⁶ Constitución Política de la República del Ecuador, Artículo 173 (R.O. No. 449 de 20 de Octubre de 2008).

⁷⁷ Andrés Serra Rojas, *Derecho Administrativo*, México, Edición Porrúa, 2000, página 724.

El Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, admite que los oferentes presenten reclamos “por asuntos relacionados con su oferta, respecto al trámite precontractual o de adjudicación”; lo que evidencia que en nuestro país se pueden impugnar incluso los actos interlocutorios, tales como un acta de apertura, un informe de subcomisión, un acta de convalidación de errores, etc.

Trámite:

1. Se presenta reclamo motivado ante el Servicio Nacional de Contratación Pública.
2. El SERCOP analiza el reclamo y en caso de encontrar indicios de incumplimiento de las normas, notificará a la máxima autoridad de la entidad contratante.
3. Máxima autoridad de la entidad contratante dispondrá la suspensión del procedimiento por siete días hábiles, sin que esto genere indemnizaciones a los oferentes. En este término se deberán presentar pruebas y argumentos.
4. Vencido este plazo la entidad podrá rectificar o continuar con el procedimiento.
5. El SERCOP podrá sugerir medidas necesarias para rectificar el proceso o su suspensión definitiva, de lo cual deberá notificar a los organismos de control.⁷⁸

Esta acción se la puede plantear sin perjuicio de otras acciones administrativas o judiciales. La gran novedad que surge con las últimas reformas legales es que se establece la “preclusión de derechos”; lo que significa que una vez transcurridos tres días de concluida cada fase precontractual e iniciada otra, el oferente no podrá presentar reclamos por acciones desarrolladas en la fase anterior.

Desventajas:

Como desventajas de este reclamo podemos mencionar que:

⁷⁸Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Artículo 102.

- El SERCOP sigue siendo únicamente un órgano de supervisión, sin potestad sancionadora; y debería constituirse en un verdadero tribunal en sede administrativa con potestad de emitir resoluciones y criterios vinculantes para casos análogos que se presenten a futuro.
- Podrían presentarse un sin número de reclamos sin fundamentación lo que entorpecería y dilataría los procesos, por lo que debía haberse contemplado una sanción para los oferentes que presentaren reclamos sin fundamento.
- El plazo de siete días puede resultar muy corto para hacer un estudio profundo de procesos grandes y complejos.

4.1.1.2. Recurso de Apelación.

Surge en base al derecho que tiene el administrado para oponerse a un acto por el que se considere afectado y exigir al emisor su enmienda, revocatoria o derogación; esta acción se la plantea ante la propia entidad contratante que emite el acto administrativo, por parte de quienes tengan interés directo en el proceso de contratación pública.

Trámite:

1. Se interpone en el término de tres días de notificado el acto administrativo.
2. Entidad deberá expedir su resolución en el término de siete días de interpuesto el recurso.

El recurso no suspende la ejecución del acto administrativo impugnado; sin embargo si no se resuelve el recurso en el término que señala la ley, el SERCOP suspenderá el proceso en el portal institucional www.comprapublicas.gob.ec hasta que se expida la resolución.⁷⁹ Lo que puede resultar lesivo para los intereses del oferente ya que si bien se suspende el procedimiento, el acto administrativo sigue vigente y surtiendo efectos,

⁷⁹Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Artículo 103.

lo que ocasionaría que por ejemplo una resolución de adjudicación de lugar a la suscripción de un contrato e incluso su ejecución.

El artículo 2 de la Resolución del SERCOP No. 0006-2014 indica los requisitos que deben reunir el reclamo y el recurso:

- 1) Identificación de la entidad ante la cual se lo presenta.
- 2) Designación de la autoridad administrativa ante quien se lo formule.
- 3) Nombre y apellidos o razón social del reclamante o recurrente.
- 4) Identificación del acto administrativo que reclama o recurre.
- 5) Fundamentos de hecho y de derecho en que se ampare, expuestos en forma clara o concreta.
- 6) Pretensión específica que se formula.
- 7) Domicilio para notificaciones.
- 8) Firma de responsabilidad del compareciente, de su representante o procurador; y, la del abogado que lo patrocina.

Si el reclamo o recurso no cumpliera con los requisitos, se ordenará su archivo.

4.1.2. Según el ERJAFE.

Se podrán plantear estos recursos por actos provenientes de los órganos y entidades que integran la Administración Pública Central e Institucional o que dependen de la Función Ejecutiva.

4.1.2.1. Recurso de reposición.

Este recurso se lo puede plantear:

- Ante actos administrativos que afecten derechos subjetivos directos del oferente o sean contrarios a la ley.
- Ante resoluciones que atiendan los reclamos regulados por la LOSNCP.

Deberá interponerse ante el mismo órgano emisor del acto administrativo en el término de 15 días, si el acto fuere expreso y de 2 meses, si el acto fuere presunto, contados a partir del día siguiente al de su notificación; con el objetivo de revocarlo, reformarlo o sustituirlo. El término máximo para dictar y notificar la resolución será de 2 meses; transcurrido este término sin que haya resolución, se entenderá favorable el recurso a favor del peticionario.

Contra la resolución de un recurso de reposición, podrá interponerse el recurso de apelación, o la acción contencioso-administrativa.

Lo negativo de este recurso es que el órgano emisor del acto administrativo impugnado debe actuar de juez y parte.

4.1.2.2. Recurso de Alzada.

Este recurso se interpone contra actos que afecten derechos subjetivos directos del administrado, ante el órgano o superior jerárquico del organismo o entidad emisora del acto, sin que medie el recurso de reposición o contra la resolución que niegue ese recurso.

A criterio del doctor Marco Morales Tobar, el “mismo descansa en el principio de jerarquía de la Administración Pública, en cuya virtud los superiores, pueden revisar a

instancia de parte, la legalidad y oportunidad de los actos emanados por los inferiores, sustituyendo la voluntad de aquellos”.⁸⁰

4.1.2.3. Recurso Extraordinario de Revisión.

Es un recurso extraordinario que se interpone ante los ministros de Estado o las máximas autoridades de la Administración Pública Central autónoma, respecto de resoluciones firmes, cuando concurre alguna de las siguientes causales:

1. Cuando hubiesen sido dictados con evidente error de hecho o de derecho.
2. Cuando con posterioridad aparecieren documentos de valor trascendental ignorados al expedirse el acto o resolución.
3. Cuando la decisión se haya basado en documentos o testimonios declarados falsos en sentencia judicial.
4. Cuando la resolución se hubiese expedido como consecuencia de actos de empleados o funcionarios públicos tipificados como delito y así declarado en sentencia judicial firme.

El termino para plantear el recurso es de tres años de emitido el acto en las dos primeras causales; y de tres meses de dictada sentencia en las dos últimas. El órgano que conozca el recurso deberá pronunciarse sobre la procedencia del recurso y sobre la materia que fue resuelta en el acto recurrido.

Efectos:

Respecto a los efectos de estas acciones el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva establece “...el órgano a quien compete resolver el recurso, previa ponderación, suficientemente razonada, entre el perjuicio que causaría al

⁸⁰Marco Morales Tobar, *Manual de Derecho Procesal Administrativo*,..., página 457.

interés público o a terceros dispondrá la suspensión y de oficio o a solicitud del recurrente suspenderá la ejecución del acto impugnado cuando la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación”.⁸¹

Por lo tanto, son razones de suspensión de la ejecución de un Acto Administrativo:

- o La ponderación previa y suficientemente razonada de la autoridad, respecto al perjuicio de imposible o difícil reparación que causaría la ejecución del acto.
- o Cuando el recurso se fundamente en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 130 del mencionado Estatuto:
 - Infracción del ordenamiento jurídico, incluida la desviación del poder.
 - Carecer de requisitos formales indispensables para alcanzar su fin.
 - Producir la indefensión de los interesados.
 - Cuando la actuación de la administración se produzca fuera del tiempo establecido.

La suspensión se prolongará después de agotada la vía administrativa y los efectos de esta se extenderán a la vía contencioso-administrativa. Si el interesado interpusiera una acción, la administración se abstendrá de ejecutar el acto impugnado hasta que se produzca el correspondiente pronunciamiento judicial sobre la solicitud.

Algo similar se establece en la legislación chilena al manifestar que “la interposición de los recursos administrativos no suspenderá la ejecución del acto impugnado. Con todo, la autoridad llamada a resolver el recurso, a petición fundada del interesado, podrá suspender la ejecución cuando el cumplimiento del acto recurrido pudiere causar daño irreparable o hacer imposible el cumplimiento de lo que se resolviere,

⁸¹ Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, Art. 189.

en caso de acogerse el recurso”;⁸² por ejemplo el suspender los efectos de una resolución de adjudicación, impedirá la suscripción y ejecución del contrato.

4.1.3. Diferencias entre los diferentes tipos de reclamos y recursos en vía administrativa					
Trámite / Recurso	Reclamo Administrativo	Recurso de Apelación	Recurso de Reposición	Recurso de Alzada	Recurso Extraordinario de Revisión
Ley que lo establece	LOSNCP	LOSNCP	ERJAFE	ERFAJE	ERJAFE
Artículo	102	103	174 y 175	176 y 177	178
¿Quién lo puede plantear?	Cualquier persona que tenga interés directo en el proceso de contratación pública	Cualquier persona que tenga interés directo en el proceso de contratación pública	Cualquier persona que se vea directamente afectada por el acto administrativo	Cualquier persona que se vea directamente afectada por el acto administrativo	Cualquier persona que se vea directamente afectada por el acto administrativo o la propia administración de oficio
¿Ante quién se lo plantea?	SERCOP	Entidad contratante	El órgano emisor del acto	Ante el superior jerárquico del emisor del acto	Ante los ministros de Estado o las máximas autoridades de la Administración Pública Central autónoma
¿En qué circunstancias?	Cuando se consideren afectados por cualquier actuación realizada por entidades contratantes	Cuando se consideren afectados por los actos administrativos expedidos por entidades contratantes	Contra aquellos actos que no ponen fin a la vía administrativa y que afecten derechos subjetivos directos del	Podrá interponerse directamente sin que medie reposición o también podrá interponerse contra la resolución que	Cuando concurra alguna de las causales establecidas en la ley

⁸²Ley N° 19.880 de Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado, Artículo 57.

			administrado	niegue la reposición	
Objetivo	Entidad contratante implemente las rectificaciones que corresponda	Entidad contratante revise el acto administrativo	Entidad contratante revise el acto administrativo	Que el superior jerárquico revise el acto o resolución administrativa emitida por su inferior	Que se revise un acto o resolución firme
¿Tiene efecto suspensivo?	Si, incluso definitivo	No, salvo que no se resuelva el recurso en el tiempo previsto por la ley	Si, artículo 189.	Si, artículo 189.	Si, artículo 189.
¿Genera indemnizaciones para el reclamante?	No	No, esta deberá ser exigida en vía contencioso administrativa	No, esta deberá ser exigida en vía contencioso administrativa	No, esta deberá ser exigida en vía contencioso administrativa	No, esta deberá ser exigida en vía contencioso o administrativa
¿Resolución tiene efectos de cosa juzgada?	No	No	No, salvo en órganos administrativos que carezcan de superior jerárquico	Si, contra la resolución de un recurso de apelación no cabe ningún otro recurso en vía administrativa, salvo el recurso extraordinario de revisión	Si

Recursos administrativos que no solamente están consagrados en el Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, sino también en el artículo 405 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización,⁸³ que

⁸³Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización.- Artículo 405.-Las resoluciones podrán impugnarse en vía administrativa siguiendo las reglas del presente Código. La resolución de la máxima autoridad causará ejecutoria. No será necesario agotar la vía administrativa para reclamar por vía judicial. En la sustanciación de los recursos administrativos, se aplicarán las normas correspondientes al procedimiento administrativo contemplado en este Código.

faculta al administrado a plantear de igual manera los recursos de reposición, apelación y revisión que se diferencian muy poco de los estudiados.

4.1.4. Caso chileno

Queda comprobado entonces que en nuestra legislación están plenamente garantizados los principios de contradictoriedad e impugnación, mismos que también han sido acogidos por la legislación chilena, que manifiesta que el procedimiento administrativo estará sometido entre otros a los siguientes principios:

- o De contradictoriedad, por el cual los interesados podrán alegar defectos de tramitación, especialmente los que supongan paralización, infracción de los plazos señalados o la omisión de trámites que pueden ser subsanados, antes de la resolución definitiva del asunto; permitiéndole tener una participación activa a lo largo de todo el proceso.
- o De impugnabilidad, que garantiza que el acto administrativo pueda ser impugnado por el interesado mediante los recursos administrativos de reposición y jerárquico.⁸⁴

Procedimiento

En Chile, las impugnaciones en vía administrativa en materia de contratación pública, están a cargo del Tribunal de Contratación Pública, organismo integrado por tres abogados designados por el Presidente de la República, con sus respectivos suplentes. El mencionado Tribunal será el competente para conocer de la acción de impugnación contra actos u omisiones, ilegales o arbitrarios, ocurridos en los procedimientos administrativos de contratación con organismos públicos regidos por esta ley.

⁸⁴Ley N° 19.880 de Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado, Artículos 4, 10 y 15.

La acción de impugnación procederá contra cualquier acto u omisión ilegal o arbitraria que tenga lugar entre la aprobación de las bases de la respectiva licitación y su adjudicación.

Sin embargo este tribunal, ejerce únicamente funciones jurisdiccionales, ya que no posee competencia para establecer la responsabilidad administrativa de servidores públicos, lo que le compete a la Contraloría.

El trámite a seguir es el siguiente:

1. Demanda interpuesta por toda persona natural o jurídica, que tenga interés en el respectivo procedimiento administrativo de contratación, dentro del plazo fatal de diez días hábiles, contados desde el momento en que el afectado haya conocido el acto u omisión que se impugna o desde la publicación de aquél.

La demanda so pena de ser declarada inadmisibile, debe contener:

- Mención de los hechos que constituyen el acto u omisión ilegal o arbitraria.
 - Identificación de las normas legales o reglamentarias que le sirven de fundamento.
 - Peticiones concretas que se someten al conocimiento del Tribunal.
2. El Tribunal oficia al organismo público respectivo, acompañando el texto íntegro de la demanda interpuesta, para que, en el plazo fatal de diez días hábiles, contados desde la recepción del oficio, informe sobre la materia objeto de impugnación. El Tribunal podrá decretar, por resolución fundada, la suspensión del procedimiento administrativo en el que recae la acción de impugnación.
 3. El Tribunal examinará los autos y, si estima que hay o puede haber controversia sobre algún hecho substancial y pertinente, recibirá la causa a prueba por un término de diez días.

4. Vencido el término probatorio, el Tribunal citará a las partes a oír sentencia. La sentencia definitiva deberá dictarse en el plazo de diez días hábiles, contados desde la fecha de la resolución que cita a las partes a oír sentencia; misma que se pronunciara sobre la legalidad o arbitrariedad del acto u omisión impugnado y ordenará, en su caso, las medidas que sean necesarias para restablecer el imperio del derecho.
5. La parte agraviada con esta resolución podrá, dentro del plazo de cinco días hábiles, contados desde su notificación, deducir ante el Tribunal recurso de reclamación, el que será conocido por la Corte de Apelaciones de Santiago. La reclamación tendrá solo efecto devolutivo. Contra la resolución que falle el recurso de reclamación no procederá recurso alguno.⁸⁵

Ventajas:

- Reclamo puede ser interpuesto por cualquier persona, no únicamente por las partes involucradas.
- Tribunal puede decretar la suspensión del procedimiento administrativo, evitando así graves perjuicios para el administrado que se sienta afectado.
- Al no presentarse el reclamo ante el propio órgano que emitió el acto, se garantiza en gran medida imparcialidad y objetividad.
- Se trata de un ente especializado en la materia, cuyos fallos sirven de precedente.

Algo similar sucede en España, cuya legislación establece un recurso “que permite suspender el expediente de contratación mientras se resuelve la impugnación en la vía administrativa por un órgano independiente del que adoptó el acto recurrido y cabe contra

⁸⁵ Reglamento a la Ley N° 19.886 de Bases Sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, Artículo 22 al 26.

diversos actos de trámite y, muy especialmente, contra la adjudicación⁸⁶; rescatando de este recurso dos cosas, su efecto suspensivo; y, la independencia y especialidad del órgano que lo resuelve.

Observatorio Chile Compra:

Del caso chileno también vale la pena destacar la existencia del observatorio Chile Compra, que pertenece a la Dirección Chile Compra y que viene a ser una especie de intermediario entre las entidades contratantes y los proveedores, cuyas principales acciones son:

- Acciones Proactivas - Asesoría especializada: Cuenta con un programa que apoya la gestión y procesos de abastecimiento del Estado.
- Acciones Preventivas - Gestión Activa: Chile Compra interviene en forma focalizada en los organismos públicos y proveedores del Estado cuando detecta omisiones, errores, o malas prácticas.
- Acciones Reactivas - Reclamos: Ingresa sus reclamos a los organismos públicos a través de un formulario en línea.⁸⁷

Es muy positiva la existencia de un observatorio como este, que interviene activamente en los procesos de contratación; a diferencia del SERCOP cuya intervención en los procesos de contratación es muy escasa por no decir la nula.

4.2. Impugnación en vía judicial.

El Código Orgánico de la Función Judicial establece que “las resoluciones dictadas dentro de un procedimiento por otras autoridades e instituciones del Estado, distintas de las expedidas por quienes ejercen jurisdicción, en que se reconozcan, declaren, establezcan,

⁸⁶ Javier García Luengo y otros, “Régimen Jurídico de la Invalidez de los Contratos”, ..., página 209.

⁸⁷ http://observatorio.chilecompra.cl/index.php?option=com_content&view=article&id=71:que-es-el-observatorio&catid=78:que-es-el-observatorio&Itemid=472

restrinjan o supriman derechos, no son decisiones jurisdiccionales; constituyen actos de la Administración Pública o Tributaria, impugnables en sede jurisdiccional”.⁸⁸

Impugnación que se la realizará ante el respectivo Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo del domicilio del demandado, de manera directa, sin que sea necesario que se haya presentado reclamación administrativa previa.

La legislación colombiana, señala también que: “solo pueden ser demandadas las resoluciones relativas a actos administrativos, es decir contra aquellos que contengan verdaderas decisiones, actos de carácter definitivo”, desconociendo la posibilidad de presentar demandas por actos preparativos o interlocutorios.

4.2.1. Recurso Contencioso de plena jurisdicción o subjetivo.

Ampara un derecho subjetivo del recurrente, presuntamente negado, desconocido o no reconocido total o parcialmente por el acto administrativo de que se trate. El término para presentar el recurso es de noventa días, contados desde el día siguiente al de la notificación de la resolución administrativa que se impugna.

Magistrados del Tribunal Supremo Español manifiestan que: “la pretensión es de plena jurisdicción cuando -además de la anulación del acto o disposición- se solicita del órgano jurisdiccional por la parte demandante legitimada, el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma, entre ellas la indemnización de los daños y perjuicios cuando proceda”.⁸⁹

Por otro lado el administrativista argentino Roberto Dromi, indica que “en la pretensión procesal de plena jurisdicción, se solicita del órgano jurisdiccional no solo la

⁸⁸ Código Orgánico de la Función Judicial, Artículo 31 (R.O. No. 544 de 09 de marzo de 2009).

⁸⁹ Eladio Escusol Barra y Jorge Rodríguez - Zapata Pérez, *Derecho Procesal Administrativo*, Madrid, Editorial Tecnos, 1995, página 35

anulación del acto sino el reconocimiento de una situación jurídica individualizada, restaurando las cosas a su primitivo estado, o bien en su caso atendiendo una demanda de indemnización. Para interponer esta acción, no basta invocar un interés, sino que es necesario tener como base la lesión de un derecho subjetivo”.⁹⁰

Al respecto la jurisprudencia ecuatoriana ha reconocido el alcance del recurso subjetivo en el sentido que explica la doctrina, es decir, que el demandante puede pretender, válidamente, que se declare la nulidad del acto impugnado en juicio y el cabal restablecimiento del derecho subjetivo violado.

4.2.2. Recurso de anulación, objetivo o por exceso de poder.

Surge en el derecho francés como un instrumento general y objetivo que busca anular decisiones ilegales. Su finalidad es tutelar el cumplimiento de la norma jurídica objetiva, de carácter administrativo, de efecto erga omnes; y, puede proponerse por quien tenga interés directo para deducir la acción, solicitando al Tribunal la nulidad del acto impugnado por adolecer de un vicio legal.

Roberto Dromi lo define como “un medio de defensa del derecho violado y solo persigue la anulación del acto lesivo. Con esta acción se discute exclusivamente la legalidad del obrar administrativo, con abstracción de los derechos subjetivos que pudiera tener el recurrente y de los daños que pudieran habersele causado con la actividad ilícita. En consecuencia, el juez debe resolver únicamente si el acto administrativo es o no contrario al derecho objetivo; en caso negativo rechazará la demanda, y en caso afirmativo se limitará a declarar que el acto impugnado es nulo”.⁹¹

⁹⁰ Roberto Dromi, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Editorial Ciudad Argentina, 2006, página 1257.

⁹¹ Roberto Dromi, *Derecho Administrativo*,..., página 1258.

El doctor Patricio Secaira Durango manifiesta que “este recurso opera cuando las personas naturales o jurídicas, con interés directo, impugnan una decisión administrativa de carácter general, pretendiendo únicamente la tutela de la norma jurídica objetiva; es decir su propósito es lograr la nulidad de la resolución pública para restablecer el imperio jurídico afectado”.

De conformidad con el artículo 30 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, publicada en el R.O. 338 de fecha 18 marzo de 1968, la demanda debe reunir los siguientes requisitos:

- a. Nombre del actor e indicación de su domicilio y lugar donde deben efectuarse las notificaciones.
- b. Designación del demandado y el lugar donde debe ser citado.
- c. Designación de la autoridad, funcionario o empleado de quien emane la resolución o acto impugnado.
- d. Los fundamentos de hecho y de derecho expuestos con claridad y precisión.
- e. La pretensión del demandante.
- f. La enunciación de las pruebas que el actor se propone rendir.
- g. La indicación de haber precedido la reclamación administrativa del derecho, en los casos expresamente señalados por la ley, ante los funcionarios competentes, y su denegación por parte de éstos. Requisito que quedo tácitamente derogado con la disposición del artículo 38 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por Parte de la Iniciativa Privada.⁹²

⁹²Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por Parte de la Iniciativa Privada.- Art. 38.- Los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo y de lo Fiscal, dentro de la esfera de su competencia, conocerán y resolverán de todas las demandas y recursos derivados de actos, contratos, hechos administrativos y reglamentos expedidos, suscritos o producidos por las entidades del sector público. El administrado afectado presentará su demanda, o recurso ante el tribunal que ejerce jurisdicción en el lugar de su domicilio. El procedimiento será el previsto en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa o el Código Tributario, en su caso.

Desventaja:

La principal desventaja que se presenta al plantear este tipo de recursos es el tiempo que transcurre desde la presentación de la demanda hasta la obtención de una sentencia definitiva, mismo que provoca injusticias, porque cuando el acto impugnado ha desplegado toda su eficacia, el accionante habrá perdido interés en la decisión que llegare a dictar el Tribunal Distrital.

4.2.3. Principales diferencias entre estos dos recursos	
Recurso Subjetivo	Recurso Objetivo
Procede contra el acto administrativo individual y concreto.	Procede contra el acto administrativo general con efecto erga omnes.
Referente a derechos subjetivos de personas determinadas.	Referente a la norma en sí misma.
Su principal objetivo es la declaratoria de ilegalidad del acto y la reparación del derecho subjetivo vulnerado.	Su principal objetivo es el imperio de la ley, lesionada por el acto administrativo impugnado.

A fin de tener clara la diferencia entre estos dos recursos, citaré algunas sentencias ejecutoriadas dictadas por la Sala de Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia:

Año 1996: “[...] El recurso de anulación u objetivo cabe contra un acto administrativo general, objetivo, normativo, abstracto y permanente, que regula un conglomerado indeterminado de sujetos de derecho, que entran en pugna con normas de mayor jerarquía como son las legales. Mientras que, el recurso de plena jurisdicción procede contra el acto administrativo individual, concreto, particular que inciden sobre un derecho subjetivo referentes a personas individualizadas y determinadas. Además, debe recordarse que el criterio judicial nacional, en fiel aplicación de la ley, ha venido

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

sosteniendo, que el recurso subjetivo se encuentra en íntima relación con un derecho subjetivo público, protegiendo a uno o varios individuos, afectando primordialmente bienes económicos, profesionales, patrimoniales, etc., decidiendo acerca de la validez del acto administrativo, las indemnizaciones y demás reclamaciones generadas por la lesión que causa el acto administrativo, y también sobre las costas; mientras, que el recurso objetivo, por el contrario, tiene como único y excluyente objeto, que se restablezca el imperio de la Ley, lesionada por el acto administrativo impugnado, puesto que considera solamente a la norma en sí misma, expresamente identificada e individualizada, buscando restaurar el derecho normativo, pero prescindiendo de cualquier derecho subjetivo que pudiese invocar el accionante, u otras situaciones jurídicas que puedan tener los particulares, siendo improcedente pretender el pago de indemnizaciones o la devolución de bienes [...] tampoco queda al criterio de los justiciables determinar la clase de recurso contencioso administrativo propuesto; ni tampoco es facultad discrecional del juzgador el efectuar la calificación, debido a que taxativamente se encuentran definidos ambos recursos por la Ley, correspondiendo a los jueces señalar su naturaleza, en primer lugar al aceptar o negar al trámite la demanda y en forma definitiva al dictar sentencia”.⁹³

Sentencia No. 228-98 “[...] Es evidente, conforme señala clarísimamente la sentencia impugnada, que sustancialmente se diferencia el recurso objetivo del subjetivo en la finalidad con la que se propone la acción, pues mientras en el primero lo que se pretende sobre todo con la acción es la defensa de la norma objetiva violada por el acto administrativo impugnado, cuya plena vigencia es el único propósito que guía al actor, en el recurso subjetivo lo que se pretende es la protección del derecho del actor violado por el acto administrativo impugnado, protección que se la logrará mediante la aplicación de las disposiciones de la sentencia que permita el pleno ejercicio del derecho subjetivo y el resarcimiento de los daños producidos con su violación. De allí que con la simple nulidad del acto jurídico impugnado, en el recurso objetivo se logra a plenitud el propósito de este, por ello los tratadistas suelen denominarle también recurso de nulidad pero tal denominación no excluye que en recurso subjetivo se pretenda la nulidad del acto administrativo, que es una especie del género ilegalidad y que se da según nuestra legislación cuando concurre alguna de las circunstancias señaladas en el artículo 59 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, nulidad, especie de la ilegalidad, que tiene connotaciones especiales cuando estas se produce en relación de la simple ilegalidad del acto impugnado [...]”.

⁹³ *Gaceta Judicial* 5, 10 de enero de 1996, página 1379.

Año 1998: “[...] tanto la unánime jurisprudencia de esta Sala como del extinguido Tribunal de lo Contencioso Administrativo, así como la doctrina de los tratadistas establecen que corresponde al tribunal determinar si el recurso propuesto es objetivo o subjetivo, aún contra lo que diga el recurrente, habida cuenta de que este bien puede utilizar la determinación del recurso para adecuarlo a sus personales intereses en el caso [...]”.⁹⁴

Año 1999: “[...] ni expresa ni tácitamente la ley establece la obligación del actor de señalar en su libelo la clase de recurso que se interpone, precisamente por ello la unánime doctrina, tanto del fenecido Tribunal de lo Contencioso Administrativo de la República como de esta Sala, han sostenido que la calificación del recurso corresponde no al actor sino al Tribunal [...]”.⁹⁵

De lo que se deduce que, le corresponde al Tribunal al momento de dictar sentencia –y no al calificar la demanda- determinar la clase de recurso de que se trata, pues la enunciación de la clase de recurso no constituye un elemento exigido por la ley, y bien puede el juez calificar un recurso aún en contra de lo que sostengan o pretendan las partes; aunque se reconoce la posibilidad de que en la misma causa el actor tenga ambas pretensiones, sin que exista indebida acumulación de acciones, ya que el trámite para ambos recursos es el mismo.

Se concluye entonces y con absoluta evidencia, que por el hecho de demandarse la nulidad de un recurso contencioso administrativo, este necesariamente ha de ser un recurso objetivo o de nulidad; lo será, siempre que únicamente se pretenda la nulidad, la plena vigencia de la norma objetiva, con la que se obtendrá el pleno equilibrio del derecho jurídico violado; más, si se lo propone con el claro propósito de proteger los derechos subjetivos de los accionantes, es evidente que se estará ante un recurso subjetivo.

4.2.4. Acción de Protección.

La acción de protección tiene por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y su procedencia está referida a:

1. Actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial,

⁹⁴ *Gaceta Judicial* 11, 27 de marzo de 1998, página 2972.

⁹⁵ Expediente de Casación 246. (R.O. 125 de 08 de febrero de 1999).

2. Contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de derechos constitucionales, tales como el debido proceso, la legítima defensa, el buen nombre, el derecho al trabajo, etc.; por lo que cabría la duda respecto a si procedería o no para la defensa de derechos patrimoniales, o si los mismos deberán reclamarse por la vía ordinaria; y,
3. Cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si es producto de una defectuosa prestación de servicios públicos, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en situación de subordinación, indefensión o discriminación. Sin embargo vale la pena indicar que la mera vulneración de un derecho fundamental no implica en sí un daño, éste se produce cuando los efectos de ese acto de autoridad son cuantiosos, gravosos, grandes o casi permanentes.

Es por ello que Juan Carlos Benalcázar manifiesta que: “El amparo constitucional ecuatoriano, lejos de ser un proceso impugnatorio de actos administrativos, tiene por fines claramente delineados la defensa de los derechos constitucionales frente a un ‘acto u omisión ilegítimos’ de ‘una autoridad pública’, que viole o pueda violar dichos derechos, como el derecho a la tutela judicial efectiva, no es sino una muestra de la actual crisis del proceso contencioso-administrativo ecuatoriano, que debería cumplir la misma misión del amparo en materias que impliquen estrictamente legalidad, sin dejar sectores inmunes al control jurisdiccional”.⁹⁶

En nuestro medio, el uso recurrente e injustificado de la acción de protección para impugnar actos administrativos inconstitucionales, hace que la misma devenga en un “proceso contencioso administrativo especial”.

⁹⁶ Juan Carlos Benalcázar, *Derecho Procesal Administrativo Ecuatoriano*, Quito, Fundación Andrade & Asociados Fondo Editorial, 2007, página 73.

Características de la Acción de Protección:

- Procedimiento sencillo, rápido y eficaz.
- Procedimiento oral en todas sus fases e instancias.
- Son hábiles todos los días y horas.
- Las notificaciones se harán por los medios más eficaces que estén al alcance de la jueza o juez.
- No son aceptables los incidentes que tiendan a retardar el ágil despacho de la causa.
- Un mismo afectado no puede presentar más de una vez la demanda de violación de derechos contra las mismas personas, por las mismas acciones u omisiones, y con la misma pretensión.
- No se requiere el patrocinio de abogado para proponer la acción ni para apelar.
- Las sentencias son apelables ante la Corte Provincial.

Requisitos.

Conforme a lo dispuesto en los artículos 40, 41 y 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, publicada en el R.O. 52 de fecha 22 de octubre de 2009, los requisitos a cumplir son:

1. Violación de un derecho constitucional;
2. Acción u omisión de autoridad pública o de un particular; e
3. Inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado.

En tal virtud, esta ley no ha hecho más que poner límites al ejercicio de la acción, contraviniendo el artículo 11, numeral 4 de la Constitución de la República que dispone que: “Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales”.

Al respecto existen dos corrientes: hay quienes asumen al amparo como un instrumento específico y principal, que actúa inmediatamente; y otros que le dan un carácter de extraordinario y especial y lo reservan como herramienta supletoria y subsidiaria.

Oswaldo Alfredo Gozaini por ejemplo indica que “la acción de amparo procede cuando, aun existiendo otros medios legales ordinarios, ellos no reporten seguridad que para los derechos se necesita, de forma tal que una actuación condicionada a este tránsito puede ocasionar un grave e irreparable daño”.⁹⁷

Ramiro Ávila por su parte señala que “los actos administrativos tienen procedimientos y tribunales propios, no conviene entonces constitucionalizar violaciones a derechos que tienen vía especial, de este modo se evita que la Corte Constitucional y la justicia constitucional resuelvan problemas que tienen base legal administrativa y no directa ni exclusivamente constitucional, como los problemas laborales entre la administración pública y los servidores públicos”.⁹⁸

Al respecto el constitucionalista Rafael Oyarte al referirse a ciertas resoluciones del Tribunal Constitucional señala que “el Tribunal Constitucional ha determinado erradamente, que ciertos actos que nacen como consecuencia de un contrato administrativo – como por ejemplo la terminación unilateral de un contrato- son de naturaleza bilateral, desconociendo de esa forma que existen actos separables en los contratos administrativos, los cuales son de naturaleza eminentemente unilateral y administrativa”.⁹⁹

Sin embargo y pese a todo lo anotado al respecto, vale la pena mencionar que incluso antes de las últimas reformas a la LOSNCP de octubre de 2013, muchos jueces ya

⁹⁷ Oswaldo Alfredo Gozaini, *Introducción al Derecho Procesal Constitucional*, Buenos Aires, Rubinzal – Culzoni Editores, 2009, página 228.

⁹⁸ Ramiro Ávila Santamaría, “*Del Amparo a la Acción de Protección Jurisdiccional*”, en *Genealogía de la Justicia Constitucional Ecuatoriana*, Memorias del Encuentro Académico, Quito, 2011.

⁹⁹ Rafael Oyarte Martínez, *La Acción de Amparo Constitucional*, Quito, Fondo Editorial, 2006, página 157.

declaraban la improcedencia de la acción de protección en materia de contratación pública, fundamentándose en el artículo 50 numeral 6 del Reglamento de Trámite de Expedientes del Tribunal Constitucional, que indica que no procederá esta acción y por lo tanto será inadmitida “respecto de actos de naturaleza contractual o bilateral”.

Por otro lado “el profesor Luigi Ferrajoli distingue entre derechos fundamentales y patrimoniales. Los primeros tienen que ver con derechos reconocidos en la Constitución, que no pueden ser limitados sino excepcionalmente ni pueden ser transigidos. Estos derechos son primarios. Los derechos patrimoniales, en cambio son derechos que por su naturaleza son limitables y transigibles; por ello Ferrajoli los llama secundarios. A los derechos fundamentales o primarios les corresponde procedimientos constitucionales; a los derechos patrimoniales en cambio, procedimientos ordinarios [...]”¹⁰⁰

Al respecto me parece de gran utilidad citar, las que a criterio de Carlos Baldeón son las diferencias entre estos dos tipos de derechos:

Derechos Fundamentales	Derechos Patrimoniales
Son universales, les pertenecen a la colectividad.	Son singulares, puesto que para cada uno de ellos existe un titular que excluye a todos los demás.
Son indisponibles, inalienables, inviolables, intransmisibles, personalísimos.	Son disponibles, negociables y alienables, Estos derechos se adquieren, se cambian, se venden.
Tienen su título inmediatamente en la Ley, en el sentido de que son ex lege, o sea conferidos a través de reglas generales de rango constitucional, y basados en la naturaleza humana.	Tienen su título en actos de tipo negocial o, en todo caso, actuaciones singulares, como contratos, donaciones, testamentos, sentencias, decisiones administrativas.
Son verticales, presuponen una relación jerárquica de poder; es decir, del individuo frente al Estado.	Son horizontales, presuponen una relación entre personas que tienen igual status jurídico o capacidad. ¹⁰¹

¹⁰⁰ Ramiro Ávila Santamaría, “Del Amparo a la Acción de Protección Jurisdiccional”.

¹⁰¹ Carlos Baldeón, *Sistema Nacional de Contratación Pública Reflexiones Relevantes*, Quito, Tallpa Publicidad, 2012, página 153.

En tal virtud, al provenir ciertos derechos de un procedimiento de contratación pública, los mismos serán de naturaleza patrimonial, no susceptibles de ser reclamados mediante el mecanismo de la acción de protección.

Criterios que han sido acogidos en la reforma a la LOSNCP que ha incluido como séptimo inciso del artículo 102 lo siguiente “los procesos de contratación pública no son susceptibles de acciones constitucionales porque tienen mecanismos de defensa adecuados y eficaces para proteger los derechos derivados de tales procesos”.

Con lo que no estoy de acuerdo, ya la acción de protección es de aplicación directa e inmediata, no residual o subsidiaria; por lo que ni la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, ni la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, ni cualquier otra ley, podrán imponer limitaciones a la acción, si no a lo mucho podrán establecer regulaciones al ejercicio de los derechos y garantías constitucionales.

Pero cabe reconocer que la gran desventaja de plantear una acción de protección en materia de contratación pública, sería que la causa pasaría a ser conocida por un juez ordinario, quien probablemente no cuente con conocimientos en materia de derecho constitucional, derecho administrativo y contratación pública—verbigracia de ello un Juez de la Niñez y Adolescencia- ya que la causa es asignada por sorteo.

4.3. Medios Alternativos de Solución de Conflictos.

4.3.1. Arbitraje.

“En la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley”.¹⁰²

¹⁰²Constitución de la República del Ecuador, Art. 190, segundo inciso.

Existen dos tipos de arbitraje:

- Forzoso, el determinado por ley o con compromiso arbitral previo.
- Voluntario, proviene de la libre determinación de las partes.

Las entidades que conforman el sector público pueden someterse a arbitraje, siempre que hayan pactado un convenio arbitral, con anterioridad al surgimiento de la controversia; o una vez surgida la controversia; en ambos casos deberá contarse con el dictamen del Procurador General del Estado; so pena de que al momento de presentarse una controversia, alguna de las partes plantee como excepción “incompetencia del tribunal arbitral por falta de cláusula arbitral válida”.

Vale la pena anotar que conforme el artículo 4 de la Ley de Arbitraje y Mediación¹⁰³, artículo 104 de la LOSNCP y artículo 161 del Reglamento General a la LOSNCP; la relación jurídica a la cual se refiere el convenio deberá ser de carácter contractual, quedando excluida entonces la posibilidad de que se lleve adelante un arbitraje en la fase preparatoria o precontractual de un proceso de contratación pública.

Jorge Luis González Tamayo, quien fue el primer Director Ejecutivo del SERCOP, manifiesta que el arbitraje en materia de contratación pública tiene algunas características:

1. “Se someten todas las entidades contratantes de naturaleza pública o privada.
2. Arbitraje debe ser en derecho.

¹⁰³Ley de Arbitraje y Mediación.- Art. 4.-Podrán someterse al arbitraje regulado en esta Ley las personas naturales o jurídicas que tengan capacidad para transigir, cumpliendo con los requisitos que establece la misma. Para que las diferentes entidades que conforman el sector público puedan someterse al arbitraje, además de cumplir con los requisitos que establece esta Ley, tendrán que cumplir los siguientes requisitos adicionales: Pactar un convenio arbitral, con anterioridad al surgimiento de la controversia; en caso de que se quisiera firmar el convenio una vez surgida la controversia, deberá consultarse al Procurador General del Estado, dictamen que será de obligatorio cumplimiento; la relación jurídica a la cual se refiere el convenio deberá ser de carácter contractual; en el convenio arbitral deberá incluirse la forma de selección de los árbitros; y, el convenio arbitral, por medio del cual la Institución del sector público renuncia a la jurisdicción ordinaria, deberá ser firmado por la persona autorizada para contratar a nombre de dicha Institución.El incumplimiento de los requisitos señalados acarreará la nulidad del convenio arbitral.

3. Se debe contar con el pronunciamiento previo favorable de la Procuraduría General del Estado.
4. No son materia transigible aquellas asociadas a cláusulas y potestades exorbitantes”.¹⁰⁴ Entre las potestades exorbitantes que se presentan en esta relación de subordinación, son estas las más importantes a criterio de Edgar Neira Orellana:
 - “La potestad de expedir actos administrativos que gozan de presunción de legitimidad y ejecutividad.
 - La potestad de declarar unilateralmente la terminación de un contrato, sin tener que recurrir al juez para alcanzar este propósito.
 - La atribución de ejecutar coactivamente los adeudos de un sujeto de derecho privado”.¹⁰⁵

Respecto a la transigibilidad Rafael Bielsa manifiesta: “Ninguna incompatibilidad puede alegarse respecto al arbitraje en el derecho administrativo tratándose de cuestiones puramente patrimoniales sobre las cuales puede haber transacción o renuncia. En el arbitraje se trata de examinar no la legitimidad de los actos administrativos sino y tan solo consecuencias patrimoniales”.¹⁰⁶

En conclusión podemos decir que arbitraje en contratación pública es conveniente siempre y cuando se trate de cuestiones patrimoniales y no sobre la legalidad de los actos administrativo; aunque los Tribunales Arbitrales del país no compartan el mismo criterio, bajo el argumento de que al momento en que se suscribe un convenio arbitral en un contrato celebrado por la administración pública, los jueces Contencioso Administrativos, pierden competencia para conocer las controversias que surjan con tal contrato.

¹⁰⁴ Jorge Luis González y otros, *Mecanismos de Impugnación y Solución de Controversias con Énfasis en Contratación Pública*, Quito, Imprenta Tallpa Publicidad, 2012, página 48.

¹⁰⁵ Jorge Luis González y otros, *Mecanismos de Impugnación y Solución de Controversias con Énfasis en Contratación Pública...*, página 68.

¹⁰⁶ Rafael Bielsa, *Derecho Administrativo*, Tomo V, Buenos Aires, Sociedad Editora e Impresora, 1980, página 687.

Sin embargo en octubre de 2012 mediante oficio el Presidente de la República ha dispuesto que “los diversos contratos que se suscriban a partir de esta fecha, deberán someterse a la jurisdicción de los Tribunales Ordinarios y no a la de los Tribunales Arbitrales”;¹⁰⁷ aparentemente para precautelar los intereses del país por los múltiples laudos que se han dictado condenando Estado Ecuatoriano. Mandato cuestionable no solo por su inconstitucionalidad sino por la celeridad que este proceso aporta a la solución de las controversias.

4.3.2. Mediación.

Método alternativo de solución de controversias en el cual las partes asistidas de un tercero denominado mediador, buscan poner fin a un conflicto a través de un acta que tiene el carácter de cosa juzgada.

Las instituciones del sector público podrán someterse a mediación, a través del personero facultado para contratar a nombre de la institución respectiva. La misma procede:

- Cuando exista convenio escrito entre las partes.
- A petición de una de las partes o de ambas.
- Cuando el juez ordinario de una causa lo disponga.

Si alguna de las partes no comparece a la audiencia de mediación a la que fuere convocada, se señalará fecha para una nueva audiencia. Si en la segunda oportunidad alguna de las partes no comparece, el mediador expedirá la constancia de imposibilidad de mediación; de lo que se deduce que la mediación tiene un carácter no obligatorio.

¹⁰⁷ Oficio de la Presidencia de la República No. T.1-C.1-SNJ-12-1134 de fecha 05 de octubre de 2012.

Es importante anotar que para someter un asunto a mediación o arbitraje, como requisito esencial, el mismo debe ser transigible.

4.4. Estudio de un caso práctico.

Juicio Número 607-2010.
Primera Sala del Tribunal de lo Contencioso Administrativo Distrito de Quito.
Actor: Ingeniero Oscar Alfonso Ayerve Cabrera, Gerente y representante legal de la empresa Taski S.A.
Demandado: Director General del Instituto Nacional de Estadística y Censos.
Asunto: Daños y perjuicios.
23 de abril de 2010
El INEC convoca a través del portal www.compraspublicas.gob.ec al proceso de subasta inversa No. SIE-INEC-043-2010 para el servicio de “Impresión de cuestionarios censales, formularios, rotafolios, manuales y otros para la realización del VII censo de población y VI de vivienda”. El que fue declarado desierto.
10 de mayo de 2010
El INEC convoca a un nuevo proceso de subasta inversa No. SIE-INEC-053-2010, con el mismo objeto, pliegos y presupuesto, que también fue declarado desierto.
22 de junio de 2010
El INEC convoca a un nuevo proceso de subasta inversa No. SIE-INEC-056-2010, con el mismo objeto, pliegos y presupuesto.
8 de julio de 2010
La Comisión Técnica encargada de llevar adelante el proceso, descalifica a tres oferentes y califica a cuatro, los que por consiguiente fueron habilitados para participar en la puja.
9 de julio de 2010
Se llevó adelante la puja, de la que resultó ganadora la Empresa Taski S.A.
12 de julio de 2010
El Director de la Secretaría General del INEC, en su calidad de delegado del Director General del INEC, adjudicó el proceso a la Empresa Taski S.A., por “ser la oferta de menor costo y que cumple con todas las especificaciones técnicas y legales establecidas en los pliegos”.
13 de julio de 2010
Taski S.A. dice haber adquirido materiales, equipos, materias primas y mano de obra necesarias para cumplir con el objeto contractual y haber iniciado con la impresión de los trabajos.
23 de julio de 2010
Taski S.A. entrega al INEC, los documentos habilitantes para la firma del contrato.

28 de julio de 2010
<p>INCOP remite un oficio al INEC, solicitándole que “se abstenga de suscribir el contrato correspondiente, hasta que el instituto emita su informe técnico al respecto”. Esto con fundamento en el oficio No. SNA-0-10-600 de fecha 09 de febrero del año 2010, enviado por el Secretario Nacional de la Administración Pública al Director Ejecutivo del INCOP, el que en su parte medular dice “Por disposición del Presidente Constitucional de la República, le comunico que se le instruye la posibilidad de sugerir la suspensión de un proceso de contratación pública a la entidad contratante que corresponda, en razón de una observación que advierta una posible distorsión al Sistema. Su sugerencia deberá ser comunicada adicionalmente a la Secretaría Nacional de la Administración Pública. Por disposición del señor Presidente Constitucional de la República, su sugerencia de suspensión del procedimiento, debe ser acatada inmediatamente, por los servidores de la Función Ejecutiva que integran la Administración Pública Central e Institucional, para introducir los correctivos necesarios para cesar la eventual distorsión del sistema, si fuere el caso, o convocar a un nuevo procedimiento”.</p>
29 de julio de 2010
<p>INEC remite un oficio a Taski S.A comunicándole de la suspensión.</p>
04 de agosto de 2010
<p>Informe de auditoría elaborado por la Escuela Superior Politécnica del Litoral que indica “que el porcentaje de incremento del monto de la subasta con respecto al valor del mercado es del 88%”.</p>
05 de agosto de 2010
<p>Secretaria Nacional de Transparencia de Gestión remitió al INEC un oficio que en su parte esencial señala “del análisis se desprende la preocupación de la SNTG sobre la fijación de un presupuesto referencial presuntamente elevado para el proceso antes referido, lo cual presumiblemente influiría de manera negativa en el precio final de la subasta inversa que se llevó a cabo”.</p>
09 de agosto de 2010
<p>INCOP remite un oficio al INEC, indicándole que “... Una vez que se ha realizado el análisis respectivo y de acuerdo con lo expuesto en el informe que se adjunta, debo indicar a usted, que la entidad puede continuar con el curso del proceso, es decir se levanta la suspensión sugerida”.</p>
19 de agosto de 2010
<p>INEC manifiesta que se “Ha resuelto por intereses nacionales e institucionales extinguir de oficio y dejar sin efecto el acto administrativo contenido en la resolución No. 143-COMPRAS-DIRG-2010 de 12 de julio de 2010, por medio de la cual se adjudicó la contratación de...”.</p>
24 de agosto de 2010
<p>INEC emite dos resoluciones de inicio de procesos de Régimen Especial para contratar la prestación del servicio con MAXIGRAF y el Instituto Geográfico Militar, cambiando algunas</p>

especificaciones técnicas.
27 de agosto de 2010
INEC firma contratos de prestación de servicios con MAXIGRAF y el Instituto Geográfico Militar, ahorrándole al Estado aproximadamente dos millones de dólares.
INEC remite oficio a Taski S.A., dándole a conocer su resolución y devolviendo los documentos que fueron entregados para la firma del contrato.
23 de septiembre de 2010
Taski S.A. presenta una acción de protección en contra del INEC, la que recayó en el H. Tribunal de Garantías Penales Primero del Distrito de Pichincha y que fue declarada como inadmisibile por los siguientes motivos:
<ul style="list-style-type: none"> - Las reglas de procedimiento para el ejercicio de las competencias de la Corte Constitucional para el periodo de transición en el artículo. 43 indican que “no se podrá acudir a las acciones jurisdiccionales de los derechos en reemplazo de las acciones ordinarias establecidas en la ley, salvo que se utilicen como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable” y en el Art. 50 indica que “la acción de protección no procede cuando existan vías judiciales ordinarias para la reclamación de los derechos, y particularmente, la vía administrativa”. - No existe acto ilegítimo de autoridad pública, ni violación de derechos constitucionales, ni la presencia de un daño grave. - El acto administrativo a través del cual se deja sin efecto la respectiva resolución de adjudicación, goza de toda legitimidad.
29 de octubre de 2010
Taski S.A. apela la sentencia dictada en primera instancia, apelación que es conocida por la Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias residuales de la Corte Provincial de Pichincha; que observa que esta acción debe tener dos sujetos pasivos, por un lado el INEC y por otro el INCOP y rechaza la acción de protección por considerarla improcedente, ya que existen otros mecanismo de defensa judicial adecuados y eficaces para proteger el derecho violado.
16 de diciembre de 2010
Taski S.A. presenta el recurso subjetivo o de plena jurisdicción, buscando: <ul style="list-style-type: none"> 1. Se declare la nulidad del acto que deja sin efecto la resolución de adjudicación. 2. Se condene al INEC al pago de indemnizaciones por los daños y perjuicios ocasionados. 3. Se inicien acciones legales en contra del Director General del INEC, de repetición de los valores cancelados en concepto de resarcimiento de daños y perjuicios.
Argumentos del INEC: “Improcedencia de la acción incoada en contra del Instituto Nacional de Estadística y Censos, puesto que respecto a un acto administrativo de simple administración puede interponerse recurso objetivo o de anulación, cuando se pretende únicamente el cumplimiento de una norma

jurídica objetiva; o recurso de plena jurisdicción o subjetivo cuando se demande el amparo de un derecho subjetivo del recurrente; y en el presente caso el demandante propone un recurso subjetivo o de plena jurisdicción y subsidiariamente pretende que se deje sin efecto legal la Resolución No.138-DIRG-2010”.

20 de agosto de 2013

Sentencia:

Respecto al tipo de recurso planteado:

“1.- El Art. 3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, mantiene vigentes y distintos a los dos recursos contenciosos originados en la antigua tradición de la jurisprudencia del Consejo de Estado Francés y que ha sido recogido en un sinnúmero de sistemas legales: el recurso subjetivo o de plena jurisdicción y el de anulación u objetivo, siendo la pretensión del accionante la que determina el tipo de recurso de que se trate. Cuando define al recurso subjetivo la Ley lo califica de “plena jurisdicción” y añade lo siguiente: “El recurso de plena jurisdicción o subjetivo ampara un derecho subjetivo del recurrente, presuntamente negado, desconocido o no reconocido total o parcialmente por el acto administrativo de que se trata”. La norma legal citada no impide al administrado solicitar la declaratoria de ilegalidad o de la nulidad del acto administrativo que hubiere violado su derecho subjetivo, destacándose que el amparo al derecho subjetivo violado se justifica precisamente en aquellos casos en que la actuación administrativa hubiere sido contraria a Derecho, es decir, ilegal, nula o anulable. 2. El recurso objetivo o de anulación, a que se refiere el Art. 3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, tutela la legalidad objetiva a favor de quienes tuvieren interés directo en la causa, pero se debe mencionar que ninguna disposición de la referida Ley restringe la declaratoria de ilegalidad o de nulidad a los casos en que se plantee un recurso objetivo o de anulación, pues, de haber introducido tal limitación se habría impedido al juzgador proteger al administrado contra la violación de derechos subjetivos provocados por actos administrativos nulos, quedando sin ninguna razón de ser el sistema contencioso administrativo. 3. Sobre la base de lo analizado en esta sentencia, en un recurso subjetivo el juzgador contencioso está investido de potestad jurisdiccional plena o de “plena jurisdicción” como señala la ley, para decidir sobre la ilegalidad, nulidad o anulabilidad del acto administrativo impugnado en juicio, y resolver sobre todas aquellas medidas que le fueren planteadas en la demanda, para que, examinadas su pertinencia y legalidad, se restablezca la violación del derecho subjetivo originada en un acto contrario a Derecho”.

Respecto a la nulidad del acto:

“Existe la suficiente argumentación tanto fáctica como legal en la cual fundó su resolución, así se desprende del texto de la resolución y de la pertinente documentación aportada por las partes en la especie y a lo largo del proceso; por lo cual la sala concluye que la resolución impugnada

no se encuentra inmersa dentro de las causas de nulidad que contempla el artículo 59 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa ya que ha sido dictada por autoridad competente como lo es el Director General del Instituto Nacional de Estadística y Censos y para su emisión se han observado las formalidades constitucionales y legales pertinentes y por lo mismo ratifica su plena validez jurídica”.

Respecto al pago de indemnización:

“Si el contrato no se celebrare por causas imputables a la entidad contratante, el adjudicatario podrá demandar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, o reclamar administrativamente los gastos en los que ha incurrido, siempre que se encuentre debida y legalmente comprobados. Mas, la norma continúa su desarrollo más allá de lo alegado por el accionante y reconoce taxativamente que en ningún caso se podrá iniciar la ejecución del contrato sin la previa celebración o formalización de los instrumentos expuestos en este artículo, enunciado jurídico que para le especie debe ser examinado. Establecer que las obligaciones contractuales entre las partes nacen desde el momento de la suscripción del contrato, solo este acto formaliza la adjudicación, mal se puede pretender justificar que por el acto de declaratoria de adjudicación nació entre las partes por sí sola un derecho y una obligación para con las partes contratantes, se manifiesta por parte de la accionante que el pliego de requerimientos se disponía que la misma entraba en vigencia a partir de la adjudicación, reduciría las normas jurídicas a una desatinada atención del conjunto de normas que regula el andamiaje jurídico que rige el mundo de los contratos y obligaciones, más aun cuando se contraviene expresas normas legales “en ningún caso se podrá iniciar la ejecución del contrato sin la previa celebración o formalización de los instrumentos a los que refiere el artículo 69 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional del Contratación Pública”.

RESOLUCIÓN:

“Aceptar parcialmente la demanda deducida por la Empresa TASKI S.A. en contra del Instituto Nacional de Estadística y Censos INEC, ordenándose el pago en favor de la accionante de los costos de la preparación de la propuesta en el proceso N° SIE-INEC-056-2010; incluyéndose en el mismo el valor hora laboral por cada persona que haya intervenido en la preparación de dicha oferta, así como el costo que por insumos de preparación de la oferta haya incurrido el accionante y los gastos financieros en los que ha incurrido TASKI, esto es la cancelación de garantías bancarias; no siendo posible indemnizar los daños alegados por la actora por las razones antes manifestadas. No da lugar al pago de costas reclamadas por parte del actor por expresa prohibición del Art.285 del Código de Procedimiento Civil y por no hallarse evidencia de que litigaría en las condiciones de condena establecida en el artículo 12 del Código Orgánico de la Función Judicial. Ejecutoriado el presente fallo se nombrará perito a fin de que determine el monto que le corresponde cancelar a favor de la accionante por parte de la entidad demandada

en cumplimiento a la parte dispositiva de esta sentencia; la normativa legal aplicable al caso queda anotada en el desarrollo de esta sentencia”.
26 de agosto de 2013
El actor presenta petición de aclaración y ampliación de la sentencia.
04 de septiembre de 2013
La sala manifiesta “El Art. 47 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa señala que el Tribunal no puede revocar, ni alterar , en ningún caso, el sentido de la sentencia pronunciada, pero podrá aclararla o ampliarla , si alguna de las partes lo solicitare dentro del término de tres días; y, el art. 48 establece que la aclaración tendrá lugar si la sentencia fuere oscura, y la ampliación cuando no se hubiere resuelto alguno de los puntos controvertidos o se hubiere omitido decidir sobre costas. En el presente caso, la sentencia es clara y precisa y ha considerado todos los puntos materia de la litis, inclusive sobre costas; por lo tanto, no procede la solicitud presentada”. ¹⁰⁸

Respecto al caso planteado vale la pena hacer algunas observaciones:

1. Los estudios que determinaron las especificaciones generales y técnicas del objeto contractual, en base a los cuales se obtuvo el presupuesto referencial y se tramitó la correspondiente partida presupuestaria han sido mal elaboradas, ya que a lo largo de todo el procedimiento se ha demostrado que existió sobre precio.

Al respecto vale la pena mencionar la mala fe con la que actúan algunos proveedores, ya que cuando una entidad les pide proformas conciertan entre ellos precios elevados; es por ello que algunas instituciones han optado por pedir proformas a través de terceros (particulares).

2. Es importante establecer responsabilidades respecto de los funcionarios o consultores que elaboraron las especificaciones técnicas constantes en los pliegos del proceso.

¹⁰⁸<http://www.funcionjudicial-pichincha.gob.ec>.

3. Los estudios con los cuales se publicó el proceso por tercera ocasión no eran actualizados, como exige la ley; debido a que se utilizan tres meses después, los mismos pliegos de la primera convocatoria.
4. La entidad comete una violación a la LOSNCP en los pliegos, ya que en lo referente al plazo señala: “el plazo total para la entrega de los servicio de imprenta será de 65 días calendario, a partir del día siguiente de la notificación de la resolución de adjudicación efectuada a través del portal de compras públicas [...]”. Violentando dos disposiciones legales, la primera que dice que: “En ningún caso se podrá iniciar la ejecución del contrato sin la previa celebración”¹⁰⁹ y la que indica que: “los plazos de vigencia de los contratos se cuentan todos los días, desde el día siguiente de su suscripción o desde el día siguiente de cumplirse las condiciones establecidas en los pliegos”,¹¹⁰ como por ejemplo desde el pago del anticipo. Sin embargo al existir prohibición legal, el oferente debe asumir su corresponsabilidad, al haber iniciado los trabajos sin tener un contrato suscrito.
5. Taski S.A. con el afán de cumplir el contrato, realiza inversiones e inicia los trabajos de impresión; situación que fue conocida y aceptada por la entidad contratante.
6. El SERCOP no ejerció ningún tipo de control a lo largo de todo el procedimiento precontractual, lo que desdice de su condición de ente rector del Sistema Nacional de Contratación Pública,¹¹¹ y como tal, llamado a evitar irregularidades e inconsistencias en los pliegos de los procesos, etc.
7. La Contraloría General del Estado no se hizo presente a lo largo de todo el procedimiento, pese al escándalo que generó; ello debido a que desde que entró en vigencia la nueva LOSNCP, esta institución solo realiza un control ex post de los

¹⁰⁹ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Artículo 69.

¹¹⁰ Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Artículo 119.

¹¹¹ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Artículo 10.

procesos. Por lo que valdría preguntarse, si valió la pena eliminar los dictámenes favorables de este organismo solo para ganar un poco de celeridad.

8. Los demás oferentes calificados y que participaron del acto de la puja, no rebajaron más sus precios, dando a entender que no solo Taski S.A. tuvo la intención de obtener un ingreso evidentemente alto e injustificado.

9. El Presidente de la República excede sus facultades al pretender mediante un oficio sugerir la suspensión de un procedimiento, potestad no conferida por la LOSNCP.

10. El Director Ejecutivo del SERCOP, no pondera en debida forma la conveniencia o no de acatar la “sugerencia presidencial de carácter obligatorio”, pues no tiene entre sus atribuciones la de pedir a una entidad que se abstenga de firmar un contrato.

11. Existe un vacío legal, ya que si se echa para atrás una resolución de adjudicación, la ley no indica en qué estado quedaría el proceso.

12. El tribunal indica que el INEC, al emitir la resolución mediante la cual deja sin efecto la Resolución de Adjudicación, no ha incurrido en ninguna de las causales de nulidad establecidas en el artículo 59 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa: “1. La incompetencia de la autoridad, funcionario o empleado que haya dictado la resolución o providencia; y, 2. La omisión o incumplimiento de las formalidades legales que se deben observar para dictar una resolución o iniciar un procedimiento, de acuerdo con la ley cuya violación se denuncia, siempre que la omisión o incumplimiento causen gravamen irreparable o influyan en la decisión”.

Sin embargo luego del estudio realizado, podemos asegurar que a fin de precautelar el interés colectivo, fue necesario revocar la adjudicación, a través de una resolución que sin duda vulneró los derechos del adjudicatario; por lo que la entidad contratante estaba en la obligación de llevar adelante una acción de lesividad, que permita garantizar un debido proceso y una legítima defensa.

CAPÍTULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

A lo largo del tiempo los servidores públicos han encontrado un sinnúmero de modalidades para perjudicar al Estado y beneficiarse de ese perjuicio; las prácticas más frecuentes han sido sin duda alguna la coima, la malversación de fondos públicos y la elusión o manipulación de los procesos de contratación pública. Un estudio reveló que “aproximadamente el 65% de la corrupción cuantificable en los países latinoamericanos proviene de una incorrecta ejecución de las licitaciones que el Estado hace para adquirir bienes y servicios [...] corrupción entendida como la violación del interés público para satisfacer el interés personal o de grupos”.¹¹²

La contratación pública en nuestro país, pese a que viene desarrollándose desde hace muchos años atrás, sigue siendo un área nueva e inexplorada. Día a día se presentan una serie de novedades que escapan del alcance de la ley; ley que como casi todas las del ordenamiento jurídico ecuatoriano, acusa una serie de vacíos, incongruencias, inconstitucionalidades, discrecionalidades, subjetividades, etc.; volviendo al sistema vulnerable.

Respecto de la Resolución de Adjudicación, que es el eje central de este estudio, no se sabe aún el verdadero alcance de este acto, lo que ha hecho que se presenten una serie de problemas. Un ejemplo de ello es lo que sucede en los procesos de menor cuantía para la contratación de obras, que son adjudicados por sorteo aleatorio en el portal www.compraspublicas.gob.ec, ya que una vez finalizado el sorteo, aparecía en el sistema el proceso en estado de “adjudicado”, cuando en realidad la entidad contratante aun no decidía al respecto y menos aún elaboraba la correspondiente resolución; situación que

¹¹²Gustavo Coronel, “Estrategias para el control de la corrupción”, en *Reflexiones, experiencia y estrategias en torno a la corrupción*, página 63.

provocó una serie de demandas de parte de los favorecidos en el sorteo, que reclamaban sus derechos como adjudicatarios. De igual manera si el adjudicatario de este tipo de procedimientos fuere declarado fallido, la ley faculta a la entidad a contratar con el que se encuentre segundo en el orden de prelación, sin embargo no se puede establecer quién se encuentra en segundo lugar, puesto que todos los oferentes calificados y habilitados se encuentran en igualdad de condiciones; por lo que debería permitírsele a la entidad que frente a estas circunstancias realice un nuevo sorteo, para evitar demoras.

Considero además impropio que la LOSNCP se vuelva un glosario de términos, al indicarnos entre otras cosas el significado de “adjudicación”; esta es una tarea que debería dejársela en manos de los doctrinarios, quienes son los llamados a despejar la serie de dudas que existen en torno a la materia.

Existe indudablemente un problema de multiplicidad de normativa, contamos con varias leyes para regular un mismo asunto, verbigracia de ello el procedimiento a seguir en caso de reclamos y recursos; lo que se presta para que el administrado no tenga claro cuál es el procedimiento a seguir para cada caso concreto; por lo que considero necesario desterrar aquella práctica común en nuestro país, de dictar leyes contrarias a la constitución; reglamentos reformativos de la ley; y, resoluciones en la misma tónica; esto es, inobservando la jerarquía normativa establecida claramente en el artículo 425 de la constitución, transgredida en forma sistemática principalmente por quienes están obligados a defenderla.

Es necesario además dotarle al administrado de mejores mecanismos para la defensa de sus derechos, puesto que aquella igualdad de que se habla entre administración y administrado, es todavía una quimera, debido a que día a día se constatan múltiples abusos de parte de las entidades contratantes; por lo que la LOSNCP debería establecer sanciones para las entidades contratantes que por su actuar negligente se vean en la

obligación de dejar sin efecto una Resolución de Adjudicación. A criterio de William López, las principales prerrogativas que le colocan a la administración por sobre el administrado son:

- Interpretación unilateral de los contratos.
- La ejecutividad de los actos administrativos.
- El sometimiento a una jurisdicción especial.¹¹³

Es importante también corregir el sistema en su fiabilidad informática, en detalles tales como poder saber a ciencia cierta la fecha y hora en la que fue notificada una resolución, el número de adjudicaciones y el estado de los contratos de cada oferente, y crear un mecanismo para evitar que ciertos procesos se queden en una especie de limbo.

Hay que brindar más y mejor capacitación a todos quienes forman parte del sistema, a fin de evitar la gran cantidad de procesos que se declaran desiertos, por omisiones de los oferentes, por errores de la entidad, por incorrecta elaboración de pliegos, etc.

Se debe redimensionar el rol que desempeña la Contraloría General del Estado, entidad que “se centra en el control de la utilización y destino de los recursos materiales y financieros del sector público. Sin embargo, debería ampliar sus funciones y llegar al control de gestión y al cumplimiento de los objetivos de cada institución”.¹¹⁴

Se debe reforzar la veeduría ciudadana ya que “para evitar la corrupción es más importante detectar sistemas culpables que personas culpables”.¹¹⁵ Por lo que vale la pena destacar que en la última reforma a la LOSNCP de fecha 14 de octubre de 2013 se haya instaurado la Acción Pública; entendida como la capacidad “para denunciar cuando se

¹¹³William López Arévalo, *Tratado de Contratación Pública*,..., página 23.

¹¹⁴Luis Cevallos Cazar, “Corrupción en la contratación pública”, en *Reflexiones, experiencia y estrategias en torno a la corrupción*, Quito, Corporación de Estudios para el Desarrollo -CORDES-, 1999, p. 212.

¹¹⁵Luis Moreno Ocampo, *Una propuesta de acción*, Grondona, p. 125, citado por Héctor Mairal, “Los Defectos de la Contratación Pública”, en *Revista de Derecho Público –Contratistas del Estado-*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2006, p. 184.

detectare o tuviere conocimiento de actos de corrupción tanto por parte de la entidad contratante como del contratista, a través de la Contraloría General del Estado u otras instituciones de control y la sociedad civil, los que serán sancionados de acuerdo a los procedimientos administrativos, civiles o penales de comprobarse su responsabilidad”; convirtiéndonos a todos los ciudadanos en parte activa del control del sistema.

Por otro lado no se debe perder de vista que el quehacer administrativo debe sujetarse a los principios de:

- Transparencia y publicidad, el portal institucional www.compraspublicas.gob.ec, debe permitir hacer seguimiento de todas las etapas inherentes al proceso de contratación, desde la selección del proveedor hasta la ejecución contractual; por lo que la información debe ser registrada en tiempo real.
- Legalidad, en el derecho público solo se puede hacer lo que la ley expresamente permite, se debe reducir el margen de discrecionalidad al máximo.
- Imparcialidad, se debe dar un trato justo a todos los proveedores a fin de lograr igualdad ante la ley.
- Vigencia tecnológica, se deben adquirir bienes y servicios con tecnología actual y de punta, no obsoleta.
- Concurrencia, garantizar concursos abiertos y sin restricciones que permitan una libre competencia.
- Eficiencia y economía, no solo se debe buscar comprar lo más barato sino también adquirir bienes, obras y servicios que permitan garantizar la calidad del gasto público. Siendo importante para alcanzar estos fines la elaboración de un correcto Plan Anual de Contratación, que debe estar en armonía con el Plan Nacional de Desarrollo.

- Responsabilidad del estado, garantizar el debido proceso y la revisión jurisdiccional de las actuaciones de la administración pública; a fin de brindar seguridad jurídica a los proveedores.

Sin embargo, el elemento más importante de toda iniciativa de cambio es el ser humano, principio y fin de la norma; por lo que es indispensable una educación en valores, que permita que los ecuatorianos recuperemos nuestra autoestima y que por otro lado nos enseñe a mirar a la cosa pública como propia, poniendo siempre al interés colectivo sobre el individual.

BIBLIOGRAFÍA.

- Atehortua Ríos, Carlos, *Inhabilidades, control y responsabilidad en la contratación Estatal*, Medellín, Biblioteca Jurídica Dike, 1995.
- Ávila Santamaría, Ramiro, “*Del Amparo a la Acción de Protección Jurisdiccional*”, en *Genealogía de la Justicia Constitucional Ecuatoriana*, Memorias del Encuentro Académico, Quito, 2011.
- Baldeón, Carlos, *Sistema Nacional de Contratación Pública Reflexiones Relevantes*, Quito, Tallpa Publicidad, 2012.
- Benalcázar, Juan Carlos, *Derecho Procesal Administrativo Ecuatoriano*, Quito, Fundación Andrade & Asociados Fondo Editorial, 2007.
- Bielsa, Rafael, *Derecho Administrativo*, Tomo V, Buenos Aires, Sociedad Editora e Impresora, 1980.
- Casagne, Juan Carlos, *El Contrato Administrativo*, Segunda Edición, Buenos Aires, LexisNexisAbeledo- Perrot, 2005.
- Comadira, Julio Rodolfo, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Depalme, 1997.
- Cordero Díaz, Pablo, Apuntes del Módulo “*Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva*”, dictado en el Curso Alterativo de Graduación, Universidad de Cuenca, Cuenca, 2009.
- Coronel, Gustavo y otros, *Reflexiones, experiencia y estrategias en torno a la corrupción*, Quito, Corporación de Estudios para el Desarrollo -CORDES-, 1999.
- Diez, Manuel María, y otros, *Acto y Procedimiento Administrativo*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1975.
- Dromi, Roberto, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2001.
- Dromi, Roberto, *Licitación Pública*, Buenos Aires, Fundación Centro de Estudios Políticos y Administrativos, 1999.
- Escusol Barra, Eladio y Jorge Rodríguez - Zapata Pérez, *Derecho Procesal Administrativo*, Madrid, Editorial Tecnos, 1995.
- Fiorini, *Teoría Jurídica del Acto Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1969.
- García de Enterría Eduardo y Tomas Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I y II, Lima, Palestra Editores, 2006.
- García Luengo, Javier y otros, “*Régimen Jurídico de la Invalidez de los Contratos*”, Cuadernos de Derecho para Ingenieros – Contratación Pública, Madrid, La Ley, 2010.

- Garrido, Falla, *Tratado de Derecho Administrativo*, Volumen III, Madrid, 1963.
- González, Jorge Luis y otros, *Mecanismos de Impugnación y Solución de Controversias con Énfasis en Contratación Pública*, Quito, Imprenta Tallpa Publicidad, 2012.
- Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2003.
- Gozaini, Osvaldo Alfredo, *Introducción al Derecho Procesal Constitucional*, Buenos Aires, Rubinzal – Culzoni Editores, 2009.
- Guzmán Napuri, Christian, *El Procedimiento Administrativo*, Lima, Ara Editores, 2007.
- Hutchinson, *Régimen de Procedimientos Administrativos*, Buenos Aires, Astrea, 1995.
- Jeze, Gastón, *Principios Generales del Derecho Administrativo*, Bogotá, Adcel Editores, 2010.
- Linares, Juan Francisco, *Cosa Juzgada Administrativa*, Buenos Aires, Editorial Guillermo Kraft, 1946.
- Linares, Juan Francisco, *Fundamentos del Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 1975.
- López Arévalo, William, *Tratado de Contratación Pública*, Tomo I, Quito, Editorial Jurídica del Ecuador, 2013.
- Martin Mateo, Ramón, *Manual de Derecho Administrativo*, Madrid, Trivium, 1998.
- Morales Tobar, Marco, *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011.
- Moreno Ocampo, Luis, *Una propuesta de acción*, Grondona, p. 125, citado por Héctor Mairal, “Los Defectos de la Contratación Pública”, en *Revista de Derecho Público –Contratistas del Estado-*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2006.
- Ortiz, Eduardo, *Los privilegios de la administración pública*, San José, 1973.
- Oyarte Martínez, Rafael, *La Acción de Amparo Constitucional*, Quito, Fondo Editorial, 2006.
- Penagos, Gustavo, *El Acto Administrativo*, Tomo II, Bogotá, Librería del Profesional, 1997.
- Pérez, Antonio José, Daniel López y José Aguilar, *Manual de Contratación Pública*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011.
- Pérez, Antonio y Efraín Pérez, *Manual de Contratación del Estado*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2008.

- Pérez, Efraín, *Manual de Derecho Administrativo*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2008.
- Rivero, Jean, *Droit Administrative*, Paris, Dalloz, 1962.
- Santos Ballesteros, Jorge, *Instituciones de Responsabilidad Civil*, Tomo II, Bogotá, Universidad Javeriana, 2005.
- Serra Rojas, Andrés, *Derecho Administrativo*, México, Edición Porrúa, 2000.
- Suing Nagua, Joe, *Gobiernos Autónomos Descentralizados*, Loja, Editorial UTPL, 2010.
- Tinajero Delgado, Pablo, *La Acción de Lesividad*, Quito, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 1998.
- Trujillo Soto, Luis, *El Acto Administrativo en la Contratación Pública*, Quito, Editorial Jurídica del Ecuador, 2011.
- Vidal Perdomo, Jaime, *Derecho Administrativo*, Bogotá, Legis, 2008.
- Villaseñor Rodríguez, Fernando y otros, “*La imposibilidad de la neutralidad en las teorías modernas de la adjudicación*”, *Teoría del Derecho y Argumentación Jurídica*, México, Editorial Porrúa, 2012.

LEGISLACION ECUATORIANA.

- Código Civil (R.O. Suplemento N° 46 de 24 de junio de 2005).
- Código Orgánico de la Función Judicial. (R.O. No. 544 de 09 de marzo de 2009).
- Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización. (R.O. No. 303 de 19 de octubre de 2010).
- Constitución Política aprobada en referéndum del 28 de septiembre de 2008. (R.O. No. 449 de 20 de Octubre de 2008).
- Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. (R.O. Sup. 411 de 31 de marzo de 1994).
- Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. (R.O. 338 de fecha 18 marzo de 1968).
- Ley Orgánica de Empresas Públicas. (R.O. 48 de fecha 16 de octubre de 2009).
- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. (R.O. 52 de fecha 22 de octubre de 2009).

- Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. (R.O No. 395 de fecha 04 de agosto del 2008).
- Reglamento de Trámite de Expedientes en el Tribunal Constitucional. (R.O No. 492 de fecha 11 de enero del 2002).
- Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. (R.O No. 512 de fecha 15 de agosto del 2011).
- Resoluciones del SERCOP.

LEGISLACION CHILENA.

- Ley N° 19.880 de Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado. (Diario Oficial Chileno de fecha 29 de mayo de 2003).
- Ley N° 19.886 de Bases Sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios. (Diario Oficial Chileno de fecha 30 de julio de 2003).
- Reglamento a la Ley N° 19.886 de Bases Sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios. (Decreto No. 254 de fecha 24 de septiembre de 2004).

OTROS.

- Módulo “Control y Seguimiento en los Procesos de Compra” dictado en el Curso Teórico Práctico en Compras y Contrataciones Públicas, Instituto Nacional de Educación y Capacitación, Santiago de Chile, 2012.
- Expediente de Casación 246, (R.O. 125 de 08 de febrero de 1999).
- Gaceta Judicial No. 11 de fecha 27 de marzo de 1998.
- Gaceta Judicial No. 5 de fecha 10 de enero de 1996.
- Oficio de la Presidencia de la República No. T.1-C.1-SNJ-12-1134 de fecha 05 de octubre de 2012.
- Oficio de la Secretaria Nacional de la Administración Pública No. SNA-0-10-600 de fecha 09 de febrero del año 2010.
- Pronunciamiento de la Procuraduría General del Estado, Oficio No. 13521 de fecha 19 de abril de 2010 (R.O. 233 de 12 de julio de 2010).
- Pronunciamiento de la Procuraduría General del Estado, Oficio No. 13221 de fecha 30 de marzo del año 2010.

- Pronunciamiento de la Procuraduría General del Estado, Oficio No. 17511 de fecha 17 de noviembre de 2010.
- Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, Quito, 10 de abril del 2008.
- Sentencia de la Segunda Sala del Tribunal Constitucional, Quito, 30 de diciembre del 2003.

PAGINAS WEB.

- http://observatorio.chilecompra.cl/index.php?option=com_content&view=article&id=71:que-es-el-observatorio&catid=78:que-es-el-observatorio&Itemid=472
- <http://www.funcionjudicial-pichincha.gob.ec>
- http://www.tribunaldecontratacionpublica.cl/index.php?option=com_phocadownload&view=category&id=2&Itemid=125
- <http://www.compraspublicas.gob.ec>
- <http://www.silec.com.ec>