

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

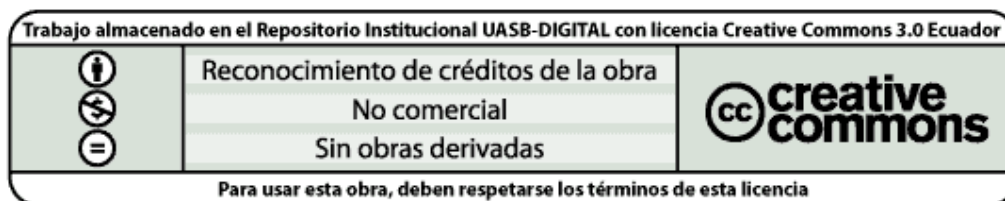
Programa de Maestría en Derecho

Mención en Contratación Pública y Modernización del Estado

**La participación de los funcionarios públicos como
contratistas en entidades públicas distintas a aquella en que
prestan sus servicios**

Andrea Valeria Hidalgo Coloma

Quito, 2017



CLÁUSULA DE CESIÓN DE DERECHOS DE PUBLICACIÓN DE LA TESIS

Yo, **ANDREA VALERIA HIDALGO COLOMA**, autora de la tesis titulada “**La participación de los funcionarios públicos como contratistas en entidades públicas distintas a aquella en que prestan sus servicios**”, dejo constancia que la presente 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 Magíster en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Autorizo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, el uso los derechos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación de este trabajo durante veinte y cuatro meses contados 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 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, 24 de Marzo de 2017

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR
SEDE ECUADOR

ÁREA DE DERECHO

MAESTRÍA EN DERECHO
MENCIÓN CONTRATACIÓN PÚBLICA Y MODERNIZACIÓN DEL ESTADO

**LA PARTICIPACIÓN DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS COMO CONTRATISTAS EN
ENTIDADES PÚBLICAS DISTINTAS A AQUELLA EN QUE PRESTAN SUS SERVICIOS**

AUTORA: ANDREA VALERIA HIDALGO COLOMA

TUTORA: DOCTORA INÉS MARÍA BALDEÓN

QUITO - 2017

RESUMEN

Esta tesis trata sobre la inhabilidad para contratar con el Estado Ecuatoriano aplicable a los funcionarios públicos y sus terceros relacionados, entendiéndose como tales a su cónyuge, parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, y las empresas o sociedades en las cuales el servidor, su cónyuge o parientes tengan participación, de conformidad con la LOSNCP, cuyo alcance es superado por el artículo 24 literal j) de la LOSEP, lo que produce una antinomia que genera efectos jurídicos.

Para el abordaje y delimitación del alcance que cada norma brinda a esta inhabilidad se ha tenido como objetivos establecer los conceptos básicos de inhabilidad e incapacidad en el Derecho, examinar doctrinariamente porqué el Estado limita derechos contractuales a ciertas personas, cuáles son las directrices para limitarlos con objetividad y razonabilidad; se ha analizado las inhabilidades para contratar con el Estado Ecuatoriano, con especial énfasis en los servidores públicos, respecto de quienes se evidenció tanto la proporcionalidad aplicada por la LOSNCP entre riesgo y restricción, de conformidad con la Constitución ecuatoriana, como el exceso en que incurre la LOSEP cuando, sin ser la norma que rige la contratación pública ecuatoriana, dispone sobre este campo del Derecho, regulando en exceso respecto a la LOSNCP, configurando una antinomia que se reconoce, tipifica y resuelve mediante el estudio de la doctrina y su aplicación para la solución de las antinomias en general.

En el desarrollo de esta investigación se hizo uso del método analítico para descomponer las normas, estableciendo su alcance e interpretando su intencionalidad a través de la exégesis y contrastación con la doctrina jurídica para su posterior sistematización, a fin de crear un documento que facilite al lector la comprensión del tema y la formación de criterio propio.

Los resultados de esta investigación son exitosos toda vez que demostró la existencia de la antinomia referida y en el proceso se ha sistematizado directrices generales fundamentadas en la doctrina jurídica para reconocer, tipificar y solucionar antinomias. Adicionalmente se han evidenciado los efectos que las antinomias pueden tener en la vida diaria, cuya resolución no depende únicamente del legislador sino que corresponde a todo funcionario público, tanto administrativo como judicial, en los casos sometidos a su conocimiento.

Palabras clave:

Antinomia; contratación pública; debido proceso; inhabilidad; servidor público.

A MAURICIO, mi esposo, mi luz, mi roca. La predestinación se materializó al conocerte, al mirar tus ojos supe que eras el ala que me faltaba, ahora volamos juntos.

A MARIANA ISABELLA, mi pequeña niña fuerte. Cambiaste mi vida, tomada de tu manito entendí qué es lo verdaderamente importante, gracias por elegirme para ser tu madre.

AGRADECIMIENTOS

Estimo propicia la ocasión para agradecer a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, por la oportunidad de formar mis conocimientos de posgrado al interior de sus aulas, donde puede aprender de excelentes maestros, quienes con total generosidad compartieron sus conocimientos.

A la Dra. Inés María Baldeón, quien guió esta tesis de forma atenta, oportuna y con verdadero profesionalismo, pues aunque en ocasiones diferimos en criterio, supo orientar la investigación sin cortar mi libertad de pensamiento.

A Mauricio, mi esposo, gracias por el apoyo en mis estudios de maestría desde el primer día y hasta esta etapa, por estar a mi lado en cada paso y ser mi mayor fortaleza.

Mil gracias al Creador por todas las bendiciones recibidas, especialmente por aquella que ilumina mi vida.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	10
CAPÍTULO PRIMERO	13
GENERALIDADES	13
1.1. LA CAPACIDAD PARA CELEBRAR CONTRATOS Y SU IMPORTANCIA PARA LA DETERMINACIÓN DE INHABILIDADES LEGALES.	13
1.1.1. Importancia de la capacidad como requisito de todo contrato.....	15
1.1.2. La capacidad (competencia) administrativa.....	18
1.2. MARCO LEGAL PARA LA DETERMINACIÓN DE INCAPACIDADES E INHABILIDADES PARA CONTRATAR CON EL ESTADO	20
1.3. LIMITACIÓN AL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN LA CATEGORIZACIÓN DE INHABILIDADES	22
1.4. INHABILIDADES PARA CONTRATAR CON EL ESTADO DE ACUERDO A LA LOSNCP.....	26
1.4.1. Por incapacidad legal.....	27
1.4.2. Por incumplimiento con el Estado	27
a) Inhabilitados en el RUP al momento de suscribir el contrato respectivo	27
b) Suspendidos en el RUP.....	28
c) Los deudores morosos del Estado o sus instituciones	32
1.4.3. Por vinculación previa con el proceso de contratación	33
1.4.4. Por ejercicio de cargo público	34
Teoría de la limitación para contratar a los servidores públicos	35
CAPÍTULO SEGUNDO	38
LIMITACIÓN CONTRACTUAL APLICABLE A LOS SERVIDORES PÚBLICOS: DISPOSICIONES Y CONTRADICCIONES.	38
2.1. EJERCICIO DE ACTIVIDADES PRIVADAS POR EL SERVIDOR PÚBLICO.....	38
2.1.1. Marco Jurídico para la ejecución de actividades privadas por el servidor público	39
2.1.2. Legislación Comparada sobre participación de servidores públicos como contratistas del Estado	44
Colombia.....	44
Chile	45

Argentina -----	46
España -----	47
Perú -----	48
2.2. MARCO NORMATIVO NACIONAL Y REGULACIÓN DE PODER REAL -----	51
2.2.1. Inhabilidades aplicables al servidor público -----	53
2.2.2. Inhabilidades aplicables a los terceros relacionados con el servidor público-----	57
2.3. MARCO NORMATIVO CONTRADICTORIO-----	62
2.3.1. Teoría de las antinomias Jurídicas aplicada a la contradicción normativa entre la LOSNCP y la LOSEP -----	64
Criterio de competencia-----	70
Criterio de jerarquía -----	71
Criterio de especialidad -----	72
Criterio cronológico -----	74
CAPÍTULO TERCERO -----	77
CELEBRACIÓN DE CONTRATOS REGIDOS POR LA LOSNCP CON OFERENTES INHÁBILES -----	77
3.1. EFECTOS DE LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS CON OFERENTES INHÁBILES -----	78
3.1.1. Efectos de la acción de nulidad frente a los causados por la terminación de un contrato -	84
3.2 RELACIÓN DETALLADA DEL CASO EN VÍA ADMINISTRATIVA Y JUDICIAL -----	87
3.2.1. Detalle del caso en vía administrativa-----	87
3.2.2. Detalle del caso en vía Judicial-----	90
3.3. ANÁLISIS CRÍTICO DEL CASO Y DE LAS ACTUACIONES DE LOS INVOLUCRADOS -----	93
3.3.1. Análisis de las actuaciones del INCOP -----	93
3.3.2. Análisis de las actuaciones de la Entidad Contratante -----	94
3.3.3. Análisis de la acción extraordinaria de protección formulada por PM -----	96
3.3.4. Análisis de las sentencias-----	97
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES-----	101
CONCLUSIONES -----	101
RECOMENDACIONES -----	102
BIBLIOGRAFÍA-----	103
PUBLICACIONES -----	103
PUBLICACIONES ELECTRÓNICAS -----	105
NORMATIVA CONSULTADA-----	106

Normas jurídicas internacionales -----	106
Normas jurídicas nacionales -----	107
JURISPRUDENCIA EMPLEADA -----	108
Jurisprudencia Internacional -----	108
Jurisprudencia Nacional -----	108
ANEXOS-----	109
DOCUMENTOS RELEVANTES DEL CASO PRÁCTICO ANALIZADO EN EL -----	109
CAPÍTULO CUARTO -----	109
RESOLUCIÓN DE REVOCACIÓN A PM, DECLARATORIA DE DESIERTO DEL PROCESO Y DECLARATORIA ADJUDICATARIO FALLIDO-----	110
OFICIOS SERCOP -----	115
Oficio 1 de 7 de enero de 2011 -----	115
Oficio 2 de 21 de febrero de 2011 -----	118
ACTA DE AUDIENCIA DE PRIMERA INSTANCIA-----	120
SENTENCIA DE PRIMER NIVEL-----	127
SENTENCIA DE SEGUNDO NIVEL-----	132

INTRODUCCIÓN

El Estado, como organización política de una sociedad destinada a asegurar el bienestar común, asume responsabilidades ante la ciudadanía relativas a salud, educación, vialidad, seguridad pública, servicios básicos, etc. A medida que la población crece en número sus necesidades se multiplican y se torna complejo para los organismos estatales satisfacerlas de forma directa. Ante ello la Administración Pública busca apoyarse en la participación de particulares quienes, haciendo uso de su capacidad legal para contratar con el Estado (en los términos que veremos en el capítulo primero), crean nexos con el Estado para la ejecución de obras, prestación de servicios y provisión de bienes que aporten a los fines del aparataje estatal.

Partiendo de las premisas que el sujeto particular percibe ganancias por los contratos suscritos, que siempre deseará mejorar sus réditos y que la administración de recursos públicos demanda un ejercicio de máxima responsabilidad, el Estado se ha visto en la necesidad de regular estas contrataciones para precautelar el interés general, emitiendo normas que las rijan y estableciendo las condiciones en las cuales se han de celebrar.

En el caso ecuatoriano la norma principal que regla estas contrataciones es la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública –LOSNCP–, que contiene directrices generales para las contrataciones impulsadas por las entidades estatales sujetas a esta a norma. Dentro de los aspectos que en ella se regulan, se busca establecer un perfil básico de proveedor que brinde seguridad al Estado, para lo cual se ha incluido una serie de incapacidades e inhabilidades que impiden a ciertas personas ofertar, pues adolecen de algún “defecto” que la norma contempla como causal de marginación, como una incapacidad legal, un previo incumplimiento con el Estado, una situación en que haya tenido acceso a información privilegiada y el ejercicio de un cargo público, conforme se expondrá en el capítulo primero de esta tesis.

De conformidad con la doctrina jurídica, las limitaciones a los derechos no pueden ser antojadizas; por el contrario, requieren de objetividad, razonabilidad y modulación entre la amenaza real y el alcance de las disposiciones que los limitan, lo cual implica que las restricciones deben ser equilibradas y obedecer a una necesidad real de protección. Estas restricciones, en términos generales, buscan asegurar la fiabilidad del proveedor y el cumplimiento de los principios de igualdad y transparencia en las contra-

taciones públicas, pues parten de la suposición que, en determinadas circunstancias, un proveedor puede beneficiarse de forma irregular, obteniendo ventaja frente a sus competidores mediante el acceso a información privilegiada, tráfico de influencias y conflicto de intereses.

En el capítulo segundo de esta tesis nos enfocaremos en la inhabilidad para contratar con el Estado aplicable a los servidores públicos y sus terceros relacionados, entendiéndose como tales a su cónyuge, a sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad y a las empresas o sociedades en las cuales el servidor, su cónyuge o parientes tengan participación; a estos sujetos les ha prohibido contratar con el Estado en los casos en que el servidor con el cual se relacionan hubiere tenido vinculación en cualquier etapa del proceso de contratación, o tengan un grado de responsabilidad en el procedimiento o que, por sus actividades o funciones, se podría presumir que cuentan con información privilegiada.

De lo referido tenemos que la prohibición antes descrita se aplicaría a la entidad en la cual el servidor labora y en los casos en que de alguna forma este funcionario hubiere participado o tenido acceso a la información relativa al proceso precontractual, lo cual es perfectamente justificable en el entendido que lo que se pretende garantizar es la transparencia e igualdad, por lo que se estima que es una restricción razonable y modulada. Sin embargo, posteriormente a la emisión de la LOSNCP, fue promulgada la Ley Orgánica de Servicio Público –LOSEP–, que en el acápite de las prohibiciones al servidor público, incluyó la de celebrar contratos con el Estado en general, excediendo así el alcance de la inhabilidad que la Constitución había previsto para las actuaciones de los servidores públicos en general. Más grave aún es que establece una extensión desproporcionada a las empresas, sociedades o personas jurídicas en las que tengan interés el servidor, su cónyuge o conviviente en unión de hecho legalmente reconocida así como sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad; con lo cual estaría abarcando un ámbito de limitación contractual mucho más amplio que el previsto en la Carta Magna y la LOSNCP como norma especial.

Esta superposición en el alcance de las prohibiciones para contratar con el Estado en razón de un cargo público surgen de dos disposiciones que, contenidas en normas diferentes, regulan sobre un mismo aspecto de forma diversa y contradictoria, a este fenómeno la doctrina jurídica ha denominado antinomia. Las antinomias jurídicas están presentes en todo sistema jurídico como resultado de la permanente generación de normas que evolucionan en el tiempo, llegando a chocar unas con otras, por ello los

estudiosos del Derecho han establecido parámetros para determinar la existencia de una antinomia y han emitido criterios para solucionar estas contradicciones, cuyo conocimiento y aplicación adquiere alta relevancia en los procesos administrativos y judiciales donde se evidencie una antinomia entre las normas aplicables para determinar responsabilidades. En el acápite relativo al marco normativo contradictorio expuesto, sometiendo a la antinomia que me concierne a un examen minucioso, con base en la doctrina jurídica y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional concluí que la contradicción normativa expuesta constituye una antinomia solucionable.

Finalmente en el capítulo tercero expondré los efectos legales de la participación de servidores públicos en la contratación estatal, con énfasis en las implicaciones que tiene para las partes intervinientes; y adicionalmente, a través de la exposición de un caso práctico se apreciará el manejo de criterios de las entidades estatales y la falta de resolución a la antinomia expuesta.

El eje central de esta tesis va más allá de la valoración subjetiva y personal que cada lector puede hacer respecto a los beneficios y amenazas de permitir a los servidores públicos y sus terceros relacionados contratar con el Estado; se trata más bien de, por una parte, evaluar la aplicación de las directrices para restringir derechos en el establecimiento de las inhabilidades para contratar con el Estado en razón de un cargo público, sobre todo a la debida modulación; y, por otra parte, de evidenciar la incidencia de la antinomia expuesta, valorando cómo puede afectar el ejercicio cotidiano de aplicación de la ley por parte de los entes administrativos y judiciales dada la permanencia de estas disposiciones contradictorias, mientras el legislador no suprima la antinomia.

Esta investigación busca evidenciar la importancia de normar adecuadamente, de conocer la técnica legislativa de forma tal que se prevenga la existencia de antinomias y que, si el legislador desea cambiar el alcance de una regulación, más aún una prohibitiva, debe proceder a reformar la norma respectiva, toda vez que la forma correcta de regular y modular derechos es motivando las limitaciones en la objetividad y razonabilidad, mas no incluyendo disposiciones extensivas y contradictorias en normas generales que únicamente causan fallas en el sistema jurídico nacional.

ANDREA HIDALGO COLOMA

CAPÍTULO PRIMERO

GENERALIDADES

1.1. LA CAPACIDAD PARA CELEBRAR CONTRATOS Y SU IMPORTANCIA PARA LA DETERMINACIÓN DE INHABILIDADES LEGALES.

La capacidad es la atribución que toda persona tiene para hacer o para decidir hacer o no hacer algo con pleno conocimiento y entendimiento de los motivos que la animan, así como de los resultados de su determinación. La capacidad es la cualidad de quien es *capaz*, esto es, de quien es apto para hacer algo. Es la atribución psicológico - lingüística del capaz para obrar -es decir, una idoneidad suficiente para ejercer determinados actos-, que el Diccionario de la Lengua Española, en su Vigésimo Segunda Edición, define como: “aptitud para ejercer personalmente un derecho y el cumplimiento de una obligación”¹.

En tal sentido diremos, en principio, que la capacidad jurídica, en términos generales, es un derecho subjetivo que otorga a su titular la potestad de hacer algo; en otras palabras, es el tener el derecho de hacer algo más la facultad de poder hacerlo, que se sustenta dogmáticamente en el principio general según el cual debe existir un equilibrio entre derechos subjetivos y obligaciones.

De lo explicado se desprende que la capacidad legal es un poder jurídico, un *facultamiento* para hacer, pues, como explica Hans Kelsen, en un

sentido muy amplio de la palabra, toda conducta humana -y sólo conducta humana- puede ser considerada como “facultada” por el orden jurídico, al ser determinada por éste como condición o consecuencia. El hombre que puede efectivamente realizar esa conducta *queda capacitado*, por el mismo orden jurídico, a comportarse de esa manera. *Cuenta con una capacidad que le confiere el orden jurídico* como una facultad o autorización, este giro no implica aprobación alguna [...]².

Entonces la capacidad es la potestad que tiene todo individuo, por concesión del ordenamiento jurídico -con las salvedades que el mismo impone, como más adelante veremos-, para producir efectos jurídicos con base en su comportamiento; esos efectos

¹ Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 22ª ed. Madrid: ESPASA, 2001. Disponible en <http://dle.rae.es/?id=7HZdnLt>, consultado el 18 de mayo de 2016.

² Hans Kelsen, *Teoría pura del Derecho*, 2ª edición (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México – UNAM, 1982), 158. Énfasis añadido.

son las consecuencias que el orden jurídico enlaza con la conducta observada por el agente. Por tanto, la capacidad jurídica no es más que la facultad que tiene cada persona para realizar negocios jurídicos que arrojen consecuencias y que no es propio del individuo, que no le pertenece en forma natural sino que es el resultado de una concesión hecha en su favor por la ley en la forma del “facultamiento” del que habla Kelsen.

La capacidad es un derecho que en nuestro país se consagra a nivel constitucional en el contexto general del artículo 66 de la Carta Magna, el cual en varios de sus numerales contempla diversos supuestos que hacen relación a esa potestad de obrar; así tenemos, el derecho (capacidad) de opinar y expresarse (numeral 6), el derecho (capacidad) de tomar decisiones libres e informadas sobre salud y vida reproductiva (numeral 9), el derecho (capacidad) de asociación y reunión (numeral 13), el derecho (capacidad) de desarrollar actividades económicas (numeral 15), el derecho (capacidad) de contratación (numeral 16) y, finalmente, el pináculo de la atribución de capacidad jurídica para obrar de las personas particulares lo vemos en el artículo 66 numeral 29 literal d) de la Constitución que declara: “ninguna persona pueda ser obligada a hacer algo prohibido o a dejar de hacer algo no prohibido por la ley”. (Énfasis añadido).

Entonces, podemos concluir señalando que la capacidad jurídica es la facultad de la que “goza una persona de ser titular de derechos y obligaciones, ejerciendo los primeros; y, contrayendo, exigiendo y cumpliendo jurídicamente las segundas por derecho propio”³. Dicho de otra forma, la capacidad jurídica es un derecho fundamental, progresivo y complejo que se relaciona de manera directa con la *facultad de tomar decisiones libremente, sin estar sujeto a limitantes, sin imposiciones y ejerciendo la voluntad de realizar o no un acto que producirá consecuencias*⁴. La muestra más patente de ese poder jurídico viene dada por la capacidad de efectuar negocios jurídicos (capacidad de contratar, por ejemplo), lo que supone la potestad de crear obligaciones y derechos subjetivos que vinculan, por regla general, a las partes involucradas.

Por tanto, conforme se puede evidenciar de la exposición realizada, “la capaci-

³ Jorge Alfredo Domínguez Martínez, “Derecho civil. Parte general, personas, cosas, negocio jurídico e invalidez”, en *Legislar sin discriminación*, Volumen IV “Capacidad Jurídica”, (México: Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, 2013), 49.

⁴ Parafraseando a la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal - CDHDF, *Informe especial sobre la situación de los derechos humanos de las personas con discapacidad en el Distrito Federal 2007-2008*, (México: CDHDF, 2008), 96, apartado 385. Disponible en <http://docplayer.es/13848807-Informe-especial-sobre-la-situacion-de-los-derechos-humanos-de-las-personas-con-discapacidad-en-el-distrito-federal.html>, consultado el 18 de Mayo de 2016.

dad jurídica es la llave de acceso a todo el sistema legal”⁵, puesto que sin ella no se puede ejercer plenamente ningún derecho y por ello, su relevancia como elemento para celebrar contratos entre particulares o con el Estado es crucial y de importancia absoluta como veremos a continuación.

1.1.1. IMPORTANCIA DE LA CAPACIDAD COMO REQUISITO DE TODO CONTRATO

La introducción expuesta en líneas anteriores nos permite aterrizar en el planteamiento de la importancia de la capacidad civil para contratar. El Código Civil ecuatoriano realiza una declaración amplia, que busca ser lo más genérica posible, cuando en el artículo 1462 señala que: “toda persona es legalmente capaz, excepto las que la ley declara incapaces”, lo que refrenda la explicación precedente respecto a que la capacidad es una atribución derivada del ordenamiento jurídico y no inmanente a cada persona, de ahí que el mismo ordenamiento se encarga de delimitar a quienes ese atributo ha sido negado e incluso a quienes, a pesar de estar fuera de la autorización general, se concede una autorización especial para realizar ciertos actos, cosa que constituye una excepción al principio de capacidad que dice que todos pueden obrar salvo aquellos que la ley declara incapaces⁶.

El inciso final del artículo 1461 del Código Civil declara que: “La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra”, proposición que coincide con la generalidad de la doctrina y la legislación comparada. Así, tenemos que el Código Civil paraguayo de 1987, en su artículo 36, expone que la “*capacidad de hecho consiste en la aptitud legal de ejercer uno por sí mismo o por sí solo sus derechos*. Este Código reputa plenamente capaz a todo ser humano que haya cumplido veinte años de edad y *no haya sido declarado incapaz judicialmente*”. (Énfasis añadido).

La norma paraguaya habla de una “capacidad de hecho”, lo que implícitamente nos dice que también existe una “capacidad de derecho”, la cual en breves palabras,

⁵ Francisco Bariffi, “Capacidad jurídica y capacidad de obrar de las personas con discapacidad a la luz de la Convención de la ONU”, en L. C. Pérez Bueno, *Hacia un derecho de la discapacidad. Estudios en homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*, (Pamplona: Thompson Reuters Aranzadi, 2009), 4.

⁶ A manera de ejemplo de esto tenemos el artículo 35 del Código del Trabajo, según el cual “Son hábiles para celebrar contratos de trabajo todos los que la Ley reconoce con capacidad civil para obligarse. Sin embargo, los adolescentes que han cumplido quince años de edad *tienen capacidad legal para suscribir contratos de trabajo*, sin necesidad de autorización alguna y recibirán directamente su remuneración” (énfasis añadido). Es un caso excepcional porque la norma no declara *una incapacidad*, como se esperaría tomando en cuenta la regla del artículo 1462 del Código Civil, sino que *crea una capacidad especial*.

puede entenderse como la aptitud de la persona para ser ejercer derechos de forma tal que puede establecer relaciones jurídicas, como se aprecia de forma patente en los contratos; por otro lado, la capacidad de hecho constituye la titularidad de derechos al ser humano por el mero hecho de que existe.

De lo referido se desprende que si una persona es incapaz significaría que es carente de capacidad. Ahora bien, esa carencia podría aplicarse para *ser titular* de alguna o algunas atribuciones jurídicas (incapacidad de derecho) o *para ejercer* algún o algunos derechos (incapacidad de hecho). Estaría claro, a mi entender, que una cosa es la aptitud *para ser titular* de derechos y obligaciones (capacidad de derecho) y otra es la aptitud *para ejercerlos* (capacidad de hecho, también llamada capacidad de ejercicio). Ambos tipos de capacidad tienen sustanciales diferencias, no solo en su concepto sino también en su regulación. Por lo mismo hay, como ya dije, incapacidades de hecho e incapacidades de derecho, como lo explica el argentino Néstor Eduardo Antinori:

La incapacidad de hecho se fundamenta en razón de una insuficiencia psicológica del sujeto para el pleno ejercicio de sus derechos. Pero si la razón de ser de la incapacidad de hecho reside en una insuficiencia del sujeto, una vez impuesta la incapacidad adquiere un cierto carácter abstracto y se independiza de la razón que la motivó. De ahí que un menor de edad, no obstante su precocidad y talento, quede en situación de incapaz y un mayor de edad, pese a su rusticidad y atraso es apto para todos los actos de la vida civil, aun cuando comparativamente el primero pueda estar, en verdad, en mejor situación que el segundo para el manejo de sus asuntos. Es que la capacidad es una institución que funciona a través de los tipos rígidos que introducen una gran seguridad en las relaciones jurídicas, no obstante que en algún supuesto pueda traer algún resultado injusto.

La incapacidad de derecho se sustenta, generalmente, en razones de orden moral. Con su institución que impide que alguien sea titular de un derecho determinado, si para ello transgredió lo moralmente permitido. Es decir que cuando se veda al mandatario de adquirir bienes de su mandante, o al confesor de recibir por testamento bienes del testador a quien atendió en su última enfermedad, se trata de mantener las relaciones humanas en un nivel moralmente más saludable que si se permitiera lo que está prohibido. Pero la incapacidad, instituida por la ley, adquiere un carácter abstracto y se desentiende de las circunstancias reales de tal o cual persona; por cuanto podría ser que el mandatario hubiese pagado un precio mayor que el satisfactorio. O tal vez el confesor del difunto sea un sano varón a quien el causante habría dejado un legado para que lo distribuya según su criterio entre los menesterosos o a quienes acostumbrara socorrer.

Con prescindencia de esas particularidades concretas uno y otro son incapaces de derecho y, por tanto, ineptos para adquirir bienes por medio de actos que resultan nulos por ese motivo [...]⁷.

De esta explicación podemos inferir que la capacidad de derecho no siempre está ligada a la capacidad de hecho, pues si bien una persona siempre ha de tener capacidad

⁷ Néstor Eduardo Antinori, *Conceptos básicos de Derecho*, (Mendoza: Universidad del Aconcagua, 2006), 85. Énfasis añadido.

de derecho, en ciertos casos la posibilidad de ejercer los derechos que esta concede quedaría limitada o totalmente suspendida por causa de condiciones individuales.

La incapacidad de hecho comprende a las incapacidades absoluta y relativa, reguladas en los tres primeros incisos del artículo 1463 del Código Civil ecuatoriano, que disponen:

Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y la (sic) persona sorda que no pueda darse a entender de manera verbal, por escrito o por lengua de señas. Sus actos no surten ni aún obligaciones naturales, y no admiten caución.

Son también incapaces los menores adultos, los que se hallan en interdicción de administrar sus bienes, y las personas jurídicas. Pero la incapacidad de estas clases de personas no es absoluta, y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes [...]⁸.

Se trata de incapacidades que se justifican en una limitación física o psicológica concreta de la persona afectada, que influyen en su criterio para tomar resoluciones y que, para los efectos de esta tesis, se incluyen únicamente con fines informativos.

De acuerdo a la temática de este trabajo me concentraré tan sólo en las incapacidades de derecho, a las que alude el inciso final del artículo 1463 del Código Civil, cuando señala que, además de las incapacidades absolutas y relativas, existen: “[...] otras particulares, que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos” (énfasis añadido), que para el objeto de esta tesis son, precisamente, las determinadas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCP), su Reglamento General y la Ley Orgánica de Servicio Público (LOSEP), en cuya interpretación y aplicación se presentan las antinomias y dificultades que en esta tesis procuraré identificar, analizar y solventar.

No debe perderse de vista que la capacidad es un elemento fundamental de los contratos, como bien consigna el artículo 1461 del Código Civil, según el cual “para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario: *Que sea legalmente capaz; [...]*” (énfasis añadido). La falta de capacidad legal, así como de cualquier otro elemento constitutivo del contrato (ausencia de vicio de consentimiento, objeto lícito y causa lícita), genera su nulidad. Así lo consagra el Código Civil en su artículo 1463 que declara que los actos efectuados por incapaces absolutos no

⁸ Como dato de referencia agregaremos que el Código Civil argentino, además de las personas señaladas en el texto del artículo 1463 ecuatoriano, considera como absolutamente incapaz a las “personas por nacer”, en vista que el artículo 63 del mismo Cuerpo declara que son “personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno”, en tanto que el Código ecuatoriano excluye a los no nacidos de la comunidad de “personas”, cuando en el artículo 60 fija que el “nacimiento de una persona fija el principio de su existencia legal [...]”.

surten siquiera el efecto de obligaciones naturales y no admiten caución; adicionalmente, el mismo Cuerpo Legal dispone, en su artículo 1697, que es “*nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie y la calidad o estado de las partes. La nulidad puede ser absoluta o relativa*”. (Énfasis añadido).

Para concluir este acápite se precisa señalar entonces que la capacidad del sujeto privado es un elemento básico para la celebración de los contratos, independientemente del carácter público o privado de sus participantes; que esta capacidad no está garantizada a todas las personas con aptitudes técnicas, ya que existen otras consideraciones que el legislador ha tomado en cuenta al momento de establecer restricciones (incapacidades de derecho) para contratar con el Estado, como veremos posteriormente.

Dada la consideración que esta tesis trata sobre los sujetos que podrían celebrar un contrato con el Estado, será preciso referirnos también a la capacidad de las entidades estatales como participantes en la contratación pública.

1.1.2. LA CAPACIDAD (COMPETENCIA) ADMINISTRATIVA

En el caso de las entidades públicas la capacidad es igualmente una atribución de hacer pero que está limitada a las potestades que en forma positiva el legislador les ha conferido; así lo determina el artículo 226 de la Constitución cuando dispone que las “instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal *ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley* [...]”. (Énfasis añadido).

La capacidad, como elemento esencial de todo contrato, no está exenta de ser requerida a la Administración Pública en forma previa a ejecutar cualquier acto, entre ellos el iniciar un proceso contractual. La capacidad administrativa posee características propias y se denomina *competencia*. Miguel Marienhoff lo explica mejor:

La actividad de la Administración Pública se concreta en hechos y actos jurídicos y no jurídicos (actividad externa e interna, respectivamente), cuya validez depende de que la actividad correspondiente haya sido desplegada por el órgano actuante dentro del respectivo círculo de sus atribuciones legales. Este *círculo de atribuciones legales* determina la capacidad legal de la autoridad administrativa, capacidad que en derecho administrativo denominase “*competencia*”⁹.

⁹ Miguel Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, volumen 1, (Argentina: Abeledo – Perrot,

De esto se desprende que un requisito de validez de todo acto emanado de la Administración Pública es la competencia, entendida como el marco de las atribuciones que cada entidad estatal posee, debiendo limitarse únicamente a esas facultades conferidas, sin extralimitarse ni sobreponerse a las facultades de otros entes estatales, conforme lo ordena expresamente el artículo 226 de la Constitución ecuatoriana, citado *ut-supra*.

La competencia administrativa siempre debe especificarse en una norma, que indicará cuáles son los objetivos de la entidad y las atribuciones que se le confieren con el fin que pueda alcanzarlos. Ahora bien, sin perjuicio que la competencia administrativa nace de la ley, como lo indica el artículo 226 de la Constitución, creo importante señalar que parte de la doctrina considera que la competencia no precisa necesariamente una disposición legal expresa, pues un sector de ella opina que, además de la norma positiva, existen dos mecanismos adicionales de atribución de competencia. Según esta postura hay tres fuentes de competencia de los órganos administrativos: a) la competencia surgida de una norma jurídica expresa, b) la competencia que se origina en forma implícita de una norma jurídica, y, c) la competencia que nace implícitamente del objeto del órgano que la ejerce.

Para mejor comprensión me permito ejemplificar de la siguiente manera: supongamos que una empresa pública denominada A&B es creada mediante decreto ejecutivo que dispone que el objetivo de la misma será la prestación de servicios de alimentación en las escuelas del milenio de la Amazonía ecuatoriana. En tal hipótesis, aplicando el criterio que defiende que la competencia surge de una norma jurídica expresa, la facultad de realizar procedimientos de contratación para la provisión de insumos alimenticios debería estar expresada en un acápite de la norma de creación, que debería establecer taxativamente las facultades de la entidad. Si, además, aceptásemos el criterio que dice que la competencia también se origina en el sentido implícito de una norma jurídica, la atribución de convocar a los proveedores de insumos de cocina estaría tácitamente concedida en un punto del decreto ejecutivo que podría decir que la empresa pública en mención podrá *efectuar procedimientos de contratación para adquirir los bienes necesarios para cumplir con el objeto social*. Finalmente, con el principio de atribución de competencia basado en el objeto de la institución, podríamos decir que la empresa creada podría impulsar los procedimientos de contratación necesarios para el cumplimiento

2011), 258. Disponible en <https://drive.google.com/file/d/0B1yEtqOdMMLrTUZtaXJMRDc1Y1E/view>, consultado el 20 mayo de 2016. Énfasis añadido.

de sus fines amparada en sus objetivos declarados, es decir, podría ejecutar cualquier contrato que esté dirigido a darles cumplimiento, aun cuando ello no haya sido previsto en forma expresa.

Agustín Gordillo anota que la competencia es un *conjunto de facultades que un órgano puede legítimamente ejercer* y, adicionalmente, nos indica que esta se divide u otorga en *razón de la materia, el territorio, el grado y el tiempo*¹⁰, cuestiones que debido al enfoque de esta tesis me limito a dejar enunciadas.

Es preciso puntualizar que en forma regular suelen presentarse conflictos de competencia, lo que no es sorprendente pues resulta complejo determinar los límites para la asignación de manera precisa e inequívoca, por lo que siempre existen choques entre disposiciones legales o entre quienes ejercen tales competencias, que en algunos casos pueden ir más allá de lo asignado o no asumir lo dispuesto, lo que la doctrina conoce como conflictos positivos y negativos de competencia, respectivamente.

De lo expuesto quedaría claro que la competencia administrativa, al igual que la capacidad legal de las personas naturales o jurídicas de derecho privado, constituye un requisito indispensable para la celebración de todo acto o contrato y que su falta tendrá efectos jurídicos. Asimismo, es preciso señalar que no existen excepciones ni salvedades para la Administración Pública respecto de este particular, así como tampoco ninguna clase de incapacidad de derecho en cuanto a la facultad para celebrar contratos siempre que no sobrepase los límites establecidos en la norma que confiere potestades a un determinado ente estatal.

1.2. MARCO LEGAL PARA LA DETERMINACIÓN DE INCAPACIDADES E INHABILIDADES PARA CONTRATAR CON EL ESTADO

Dentro de las herramientas sustanciales que la Administración Pública posee para la consecución de sus fines se encuentra el contrato administrativo, que en la mayoría de los casos es el resultado de un proceso de contratación pública, con determinadas particularidades, dependiendo del régimen jurídico y del país en que nos encontremos; a través de estos procesos el Estado alcanza sus finalidades, cumple con sus deberes públicos y presta los servicios a su cargo, involucrando la participación de los sujetos particulares.

¹⁰ Parafraseando a Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*, volumen III, 11ª edición, (Buenos Aires: F.D.A. 2013), 33.

En el caso del Ecuador, los contratos que surgen de la aplicación de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCPP), vigente a la presente fecha, son por concepto y por disposición legal contratos administrativos -valga decir que no son los únicos contratos administrativos en el país-, circunstancia que hace que estén provistos de tratamientos especiales y diferentes de aquellos que se da a los contratos privados. Dentro de los contratos administrativos los órganos públicos no están precisamente en igualdad de condiciones que sus contrapartes privadas, pues tienen a su alcance las llamadas “atribuciones exorbitantes” que son una consecuencia del ejercicio del poder de imperio del Estado, cosa que obedece al postulado que la gestión estatal debe responder a las necesidades del conglomerado que representa, precautelando el beneficio del interés común ante cualquier particular.

Con el objetivo de cuidar que el interés público no se vea vulnerado en el proceso precontractual y de ejecución de contratos administrativos, el Estado a través de disposiciones normativas, procura disminuir riesgos y para ello se vale, entre otras cosas, de limitaciones a ciertas personas para participar como oferentes, mismas que la normativa consagra como incapacidades e inhabilidades para contratar con el Estado.

De forma previa a detallar tales incapacidades e inhabilidades administrativas, toda vez que ya se han tratado desde el punto de vista teórico doctrinario a las incapacidades civiles, considero oportuno establecer si las “inhabilidades” para contratar con el Estado Ecuatoriano, constituyen simplemente formas de incapacidad o son nuevas figuras jurídicas.

Al respecto, es preciso determinar que nuestro Código Civil habla de inhabilidad para referirse a dos situaciones concretas: la primera, en cuanto a un impedimento físico grave (como el de los padres para cuidar de sus hijos establecido en los artículos 269 y 277); y, la segunda, por circunstancias psicológicas o de madurez mental, que limitan la facultad de la persona para comprender y por ende de obligarse (tales como las inhabilidades para ciertos actos por condiciones de interdicción, enfermedad mental, estado transitorio de ebriedad o similar, impedimento para darse a entender por escrito, ser menor de edad, entre otros). De lo que se desprende que para nuestro Código Civil las llamadas “inhabilidades” no serían otras que incapacidades de hecho, que responden a insuficiencias físicas o psicológicas del sujeto para el ejercicio de una capacidad específica. Por lo señalado, estimo que la prohibición dictada por la ley para que ciertas personas no puedan celebrar contratos administrativos con el Estado (por el espíritu y alcance las mismas, que veremos posteriormente), encaja mejor en la definición de las

incapacidades de derecho, conforme establece el inciso final del artículo 1463 del Código Civil (antes citado).

Una vez delimitado el alcance del término “inhabilidad” dentro de nuestra legislación civil, dado que esta es la norma general para suscribir contratos y por ello constituiría el punto de partida de la norma específica para contratar con el Estado, se deduce que la legislación ecuatoriana aplicable a los contratos estatales se refiere a las incapacidades de derecho como inhabilidades, ya que si bien el sentido que le otorga a este término nuestra legislación civil es distinto, se trata de incapacidades de derecho como prohibiciones especiales impuestas a ciertas personas para realizar ciertos actos jurídicos.

1.3. LIMITACIÓN AL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN LA CATEGORIZACIÓN DE INHABILIDADES

Una vez dilucidado el concepto, alcance y origen de las inhabilidades legales como figura legal, partiendo del axioma que generalmente todas las personas son capaces para contratar excepto aquellas que la ley declara incapaces, tenemos que tanto la incapacidad como la inhabilidad constituyen *limitaciones impuestas a ciertos sujetos que incurrir en una circunstancia o condición determinada*; en el ámbito que nos atañe serían aquellas que interfirieran con la capacidad de los proveedores para ser oferentes y contratistas del Estado.

Estos impedimentos aparentemente estarían en contradicción con el principio de no discriminación y el derecho a la igualdad sin discriminación consagrado en el Derecho Constitucional ecuatoriano¹¹, y en la mayoría de constituciones democráticas alrededor del mundo (que da lugar al principio legal de concurrencia, entendido como el afán de buscar la mayor, más amplia, objetiva e imparcial participación de oferentes -postulado rector de la contratación pública presente en la normativa tanto ecuatoriana como de otros Estados como Perú, Chile, Colombia, entre otros-), pues marginan la participación de sujetos que a pesar de tener la capacidad técnica para cumplir con un contrato, por circunstancias ajenas a dicha capacidad, quedan excluidos de la posibilidad de contratar con el Estado. Sin embargo, estas restricciones estarían motivadas en la

¹¹ La Constitución de la República del Ecuador en su artículo 11.2 consagra como un principio para el ejercicio de los derechos que (...) 2. *Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades* (...) y el artículo 66 numeral 4 añade que el Estado garantiza a toda persona el “Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación”.

necesidad de precautelar los bienes del Estado, el bien común y la búsqueda de la igualdad en todo su alcance; para conseguirlo la ley antepone el interés general y categoriza a aquellos individuos que, por configurar cierta característica o condición, son excluidos del grupo que sí puede contraer obligaciones contractuales con el Estado, constituyendo por tanto, en mi criterio, salvedades razonadas y justificadas al principio general de capacidad para contratar con el Estado.

A efectos de comprender *por qué el legislador intenta buscar la verdadera igualdad a través de normas discriminadoras* considero necesario exponer que la igualdad significa dar el mismo trato a dos o más personas que se encuentran en paridad de circunstancias y brindar trato diferenciado a aquellas que están en circunstancias diferentes; dicho más concretamente, sería tratar en forma igual a los iguales y de manera desigual a los desiguales. Ya lo decía Aristóteles cuando señalaba que: “la justicia consiste en igualdad, y así es, pero no para todos, sino para los iguales: y la desigualdad parece ser justa, y lo es en efecto, pero no para todos, sino para los desiguales”¹². Este postulado se complementaría con las palabras de Karla Pérez Portilla que dice: “La igualdad significa: las cosas que son iguales deben tratarse igual y las cosas que son desiguales deben tratarse de manera desigual en proporción a su desigualdad”¹³.

Esta sería la razón por la cual se establecen ciertas inhabilidades para contratar con el Estado, por ejemplo por participación previa relacionada al objeto del contrato, puesto que existen circunstancias que otorgan un privilegio al sujeto frente a otros oferentes y crean una desigualdad en la participación de todos los postulantes pues el implicado parte con ventaja, con lo cual se estaría de inicio violentando un principio constitucional.

Adicionalmente, es preciso recordar que la igualdad se puede abordar desde dos perspectivas: la formal o igualdad ante la ley y la material o igualdad real.

La dimensión formal del derecho a la igualdad está declarada en la Constitución en su artículo 11 numeral 2, primer inciso, cuando se la define como un principio de aplicación según el cual: “todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades”. La igualdad formal, o de trato igual ante la ley, significa que la normativa tiene que ser aplicada en el mismo sentido y con el mismo alcance

¹² Aristóteles, *La política*, volumen II, (Madrid: Espasa, 1985), 1280.

¹³ Karla Pérez Portilla, *Principio de igualdad: Alcances y perspectivas*, (México, Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM, 2002), 8. Disponible en ProQuest ebrary. Consultado el 14 de junio de 2016.

para todos; es decir, se trata de una regla de *paridad de trato ante la legislación y en la aplicación del Derecho*¹⁴ -igualdad en el tratamiento hacia determinadas personas en situaciones paritarias o idénticas-.

La dimensión material, en cambio, se encuentra en el tercer inciso del artículo 11 numeral 2 de la Constitución, que señala: “El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que *promuevan la igualdad real a favor* de los titulares de derechos que se encuentren en *situación de desigualdad*”. (Énfasis añadido). Por tanto, la igualdad material supone que cuando los sujetos se hallen en condiciones diferentes debe dárseles un trato distinto, que permita equiparar el estatus de garantía en el goce y ejercicio de sus derechos, a fin de traducirse en *igualdad de oportunidades*¹⁵.

Por derivación de lo explicado, no se podría hablar de una vulneración al derecho a la igualdad o una discriminación hacia los sujetos, *cuando se da un trato jurídico desigual entre desiguales y un trato jurídico igual entre iguales*, quedando claro por parte del legislador que las características y circunstancias de una persona cuando difieren considerablemente de otra, en razón de sus condiciones económicas, de su estatus social, de su actividad laboral, de su nacionalidad, etc.; no puede admitir un trato igualitario la una frente a la otra.

En conclusión, la igualdad formal estaría ligada a la conciencia jurídica actual que atribuye un igual nivel de dignidad a la persona humana por el mero hecho que existe y que vive, con independencia de otras consideraciones; en tanto que la igualdad material no buscaría equiparar la situación jurídica de todas las personas sino, por el contrario, el distinguirla en razón de las condiciones intrínsecas de cada individuo, a fin de no ocasionar tratos injustos, pues, como explican Laura Clérico y Martín Aldao:

Todas las fórmulas de igualdad encierran en más o menos algún tipo de comparación entre dos personas, grupos de personas, situaciones, etc. La comparación surge del reclamo de trato igualitario y en dos sentidos:

(a) alguien que es tratado en forma diferente que otro quiere ser tratado de la misma manera porque considera que no hay razones para ser tratado en forma diferente; o bien,

(b) alguien que es tratado como otros considera que debe ser tratado en forma diferente porque hay una circunstancia relevante que justifica un trato diferenciado¹⁶.

¹⁴ Parafraseando a Antonio Enrique Pérez Luño, *Teoría del Derecho: una concepción de la experiencia jurídica*, 14ª edición, (Madrid: Tecnos, 2015), 228.

¹⁵ Parafraseando a Antonio Enrique Pérez Luño, *Dimensiones de la igualdad*, 2ª edición, (Madrid: Dickinson, 2007), 116.

¹⁶ Laura Clérico y Martín Aldao. “La igualdad como redistribución y como reconocimiento: Derechos de los pueblos indígenas y corte interamericana de derechos humanos”. *Revista Estudios constitucionales*

De lo expuesto estimo que el principio de igualdad formal, aplicado a la contratación pública, se materializa a través del cumplimiento de la obligación de la Administración Pública para tomar las acciones que garanticen que los interesados en participar en un proceso de contratación se encuentren en las mismas de condiciones, obtengan las mismas facilidades, conozcan las condiciones al mismo tiempo, puedan ofertar al tenor de las mismas bases transparentes y sin direccionamientos, limitar el uso de información privilegiada, entre otras medidas oportunas; al mismo tiempo, la Ley intenta dar cabida a la regla de igualdad material en cuanto, por ejemplo, provee una la discriminación positiva -acción afirmativa- a favor de las pequeñas y medianas empresas (PYMES) y de la preferencia a las ofertas de origen nacional, consultores nacionales, entre otros lineamientos.

Sin perjuicio de esta necesidad de limitar a ciertas personas el ejercicio de determinados derechos, resulta complejo establecer la línea divisoria entre excepciones justificadas e injustificadas, pues tal distinción supone criterios de valoración que pueden variar de una sociedad a otra, en función de los intereses del conglomerado y de la cultura misma sobre la cual rigen.

Toda vez que las restricciones de derechos (entre ellos el contratar con el Estado), no pueden establecerse de forma antojadiza y se requiere de ciertas pautas y guías básicas de fundamental importancia para determinar si una restricción es justificada y equilibrada, me permito citar a la Corte Europea de Derechos Humanos, quienes establecen parámetros para evaluar y distinguir cuándo una salvedad a los derechos y principios fundamentales es justificada o injustificada; señalando que:

[...] el principio de igualdad de trato *se viola* [o en las palabras del caso Marckx “una distinción es discriminatoria”] cuando la distinción *no tiene justificación objetiva y razonable*. La existencia de tal justificación *debe evaluarse en relación con la finalidad y los efectos de la medida involucrada*, habida consideración de los principios que normalmente imperan en las sociedades democráticas. Una diferencia de trato en el ejercicio de un derecho reconocido en la Convención no sólo debe perseguir una finalidad legítima; el artículo 14 *se infringe igualmente cuando se establece claramente que no hay relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y los fines que se busca lograr*¹⁷. (Énfasis añadido).

les, No. 1. (Santiago de Chile, 2011). Disponible en http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002011000100006, consultado el 14 de Junio de 2016. El énfasis pertenece a los autores del artículo.

¹⁷ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia s/n emitida el 23 de julio de 1968, citada por Anne F. Bayafsky, *The principle of equality or non-discrimination in international law*, en *Human Rights Law Journal*, Vol. 11, N° 1-2, traducido por Centro de Derechos Humanos, (Chile: Facultad de Derecho de Universidad de Chile, 1990). Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r31086spa.pdf>, consultado el

Esta exposición revelaría dos aspectos a tomarse en cuenta al momento de legislar en temas que limiten derechos fundamentales: a) Justificación objetiva y razonable; y, b) Proporcionalidad entre medios y fines; esto, en mi opinión implica que las limitaciones no podrán ser antojadizas si no que, deberán responder a una necesidad clara que constituirá su motivación y ser moduladas, guardando proporcionalidad entre el derecho que limitan y la repercusión y el alcance de tal limitación.

Para concluir este acápite considero necesario señalar que la creación y aplicación de inhabilidades se rigen por tres principios básicos:

- “1. Son taxativas. No se pueden establecer causales de inhabilidad que no tengan sustento constitucional o legal.
2. Son de interpretación restrictiva.
3. Se prohíbe aplicarla vía analogía.”¹⁸

Estos principios marcan, en mi criterio, los límites dentro de los cuales el legislador debe establecer las causales de inhabilidad para contratar con el Estado (o cualquier otra limitación, de acuerdo al tipo de norma que redacte). Por ello podríamos decir que las inhabilidades deben estar en armonía con las disposiciones constitucionales, que estas restricciones tienen que aplicarse exclusivamente para los casos a los cuales rigen y que no pueden hacerse extensiones que excedan el ámbito de lo dispuesto.

1.4. INHABILIDADES PARA CONTRATAR CON EL ESTADO DE ACUERDO A LA LOSNCP

En el ámbito de la contratación pública ecuatoriana, siguiendo el tenor de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCP), existen dos clases de inhabilidades para contratar con el Estado: inhabilidades generales, que constituyen prohibiciones aplicables a todo el territorio nacional y a todas las entidades contratantes; e, inhabilidades especiales, que rigen para circunscripciones limitadas o bajo circunstancias específicas.

En procura de construir este acápite en forma didáctica, de fácil comprensión y evitar la simple transcripción del artículos, tanto de la norma en referencia como de su

28 de mayo de 2016.

¹⁸ Bertha Cecilia Rosero Melo, *Contratación estatal: manual teórico práctico*, (Bogotá: Ediciones de la U, 2011), 187. Disponible en ProQuest ebrary, consultado el 28 de mayo de 2016.

Reglamento General, de las Resoluciones del SERCOP¹⁹ aplicables y de otras normas relativas, me permito hacer una clasificación basada en el motivo común a varias de las inhabilidades legalmente establecidas, agrupándolas por categorías, así tenemos:

1.4.1. POR INCAPACIDAD LEGAL

Dentro de esta categoría encontramos a los incapaces de acuerdo al Código Civil, como norma primaria que regula los contratos en Ecuador y a los inhábiles de acuerdo a LOSNCP (artículo 62 numeral 1). Esta disposición corresponde a una prohibición réplica, pues en términos generales quien carece de capacidad no puede contratar y obligarse en ningún tipo de acto o contrato, independientemente de quien fuere su contraparte, por tanto su contratación con el Estado es inviable. Esta categoría ya fue analizada con anterioridad.

1.4.2. POR INCUMPLIMIENTO CON EL ESTADO

Aglutina a las personas que han incumplido o se hallan en mora de cumplir algún tipo de obligación para con el Estado. No se refiere únicamente a quienes hayan faltado a un compromiso contractual si no a todos aquellos sobre quienes haya recaído una sanción por incumplir las obligaciones adquiridas como proveedores del Estado, desde el momento mismo de su inscripción; por tanto, aquí se ubicarían los tres tipos de inhábiles para contratar con el Estado: aquellos que consten como inhabilitados en el RUP al momento de suscribir el contrato respectivo (artículo 62 numeral 5 LOSNCP), los suspendidos en el RUP (artículo 62 numeral 4 LOSNCP) y los morosos del Estado (artículo 62 numeral 6 LOSNCP).

A continuación expondré en breve resumen lo que implica cada una de las inhabilidades aquí señaladas:

a) Inhabilitados en el RUP al momento de suscribir el contrato respectivo

El artículo 18 de la LOSNCP establece la obligatoriedad de la inscripción y habilitación en el Registro Único de Proveedores o RUP, para participar en procesos de

¹⁹ La entidad emisora de las normas en referencia es el Instituto Nacional de Contratación Pública INCOP, mismo que por disposición del artículo 2 numeral 1 de la Ley Orgánica Reformatoria a la LOSNCP publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial 100 de 14 de octubre de 2013, es reemplazado por el Servicio Nacional de Contratación Pública SERCOP; y en cumplimiento a la disposición transitoria tercera de ese mismo cuerpo normativo, se sustituye la denominación de INCOP por SERCOP.

contratación en forma individual o en asociación. Este requerimiento generalmente es exigible al momento de presentar la oferta, con la excepción de: procesos de ínfima cuantía para los cuales la normativa establece que no es necesaria la habilitación previa; procesos de menor cuantía en los que el oferente puede no estar inscrito para ofertar pero deberá registrarse y constar como habilitado previo a suscribir su contrato; y, cuando el oferente se presenta con un compromiso de asociación o consorcio (sin perjuicio de la necesidad de que los integrantes de la asociación o consorcio cuenten con sus acreditaciones individuales en el RUP) en cuyo caso, de resultar adjudicatario, deberá formalizar legalmente la conformación de la asociación o consorcio e inscribirlo como tal en el RUP antes de la firma del contrato adjudicado.

Este requisito es permanente durante la fase precontractual, que para el oferente va desde la presentación de la oferta hasta la suscripción del contrato. La ausencia de esta formalidad ocasiona la imposibilidad de contratar con el Estado y configura la inhabilidad correspondiente a aquellos oferentes que, a pesar de haber estado habilitados cuando presentaron su oferta, negociaron o fueron adjudicados, pasan a estar inhabilitados al momento de celebrar el contrato.

La participación en un proceso de contratación sin tener la habilitación previa en el RUP constituye una infracción administrativa tipificada en el artículo 106, literal b, de la LOSNCP.

En cuanto a la prevención de esta infracción, estimo necesario fortalecer el control previo a nivel institucional, ya que corresponde a los funcionarios de los entes estatales verificar la información proporcionada por el proveedor, como un ejercicio de responsabilidad y de gestión eficiente, sobre todo en un aspecto tan sensible, y a la vez sencillo de verificar en línea, como lo es la habilitación del proveedor para contratar con el Estado.

b) Suspendidos en el RUP

En segundo lugar tenemos a quienes constan como suspendidos en el Registro Único de Proveedores - RUP, lo cual ocurre cuando el SERCOP aplica esta medida como sanción a quienes han incurrido en alguna clase de incumplimiento de los establecidos en la normativa como causal de suspensión. El artículo 19 de la LOSNCP establece la posibilidad de suspender a un proveedor del RUP y a su vez dispone que la suspensión puede ser definitiva o temporal, dependiendo de las circunstancias que motiven esta medida. La primera ocurrirá en caso de comprobarse en juicio con sentencia ejecu-

torizada de última instancia que el proveedor al momento de su registro entregó información adulterada, ante lo cual quedaría imposibilitado indefinidamente para contratar con el Estado en aquellos procesos en los cuales el RUP es un requerimiento. Estimo que la disposición debería ampliar el tiempo sobre el cual considera que la entrega de información adulterada constituye una infracción, ya que esto puede ocurrir en cualquier momento durante la existencia del registro del proveedor, con la misma gravedad por el acto, independientemente del instante en que se entregue esta información. La suspensión en el RUP no interfiere de forma alguna con las acciones penales correspondientes por la adulteración de documentos o el uso de los mismos conforme al artículo 328 del Código Orgánico Integral Penal²⁰.

La suspensión temporal permanece hasta que cese el hecho que la causó o se cumpla el tiempo de sanción a la conducta o hecho que motivó la pena, una vez cumplidos estos tiempos el proveedor es rehabilitado en el RUP sin necesidad de ningún trámite adicional. El mismo artículo 19 antes citado enlista las causales por las cuales se suspenderá el RUP de forma temporal, estas son:

1. Ser declarado contratista incumplido o adjudicatario fallido, durante el tiempo de cinco (5) años y tres (3) años, respectivamente, contados a partir de la notificación de la resolución de terminación unilateral del contrato o de la resolución con la que se declare adjudicatario fallido;
2. No actualizar la información requerida para su registro por el Servicio Nacional de Contratación Pública, suspensión que se mantendrá hasta que se realice la actualización correspondiente; y,
3. Haber sido inhabilitado de conformidad a lo previsto en los incisos segundo y tercero del artículo 100 de esta Ley.

De las tres causas de suspensión temporal del RUP, considero oportuno resaltar la *falta de un proceso previo a la declaratoria de adjudicatario fallido* (aspecto de alto impacto en el caso práctico a analizarse en el capítulo IV).

Es preciso partir de que la figura de adjudicatario fallido, conforme lo establece el artículo 35 de la LOSNCP, se emplea para referirse a aquellos proveedores que habiendo superado la fase precontractual y obtenido una adjudicación a su favor *se rehúsan* a celebrar el respectivo contrato por causas que le sean imputables. Sin embargo, la

²⁰ Código Integral Penal artículo 328: “Falsificación y uso de documento falso.- La persona que falsifique, destruya o *adultere modificando los efectos o sentido de los documentos públicos*, privados, timbres o sellos nacionales, establecidos por la Ley para la debida constancia de actos de relevancia jurídica, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años. Cuando se trate de documentos privados la pena será de tres a cinco años. El uso de estos documentos falsos, será sancionado con las mismas penas previstas en cada caso.” (Énfasis añadido).

normativa aplicable no prevé un trámite a seguir en forma previa a la declaratoria, no hay un listado de pasos ni un procedimiento que deba observar la entidad contratante antes de emitir su resolución declarando a un adjudicatario como fallido, únicamente toma en cuenta la negativa o imposibilidad para firmar el contrato por parte de éste (ambas tratadas por igual para el efecto), sin escuchar al oferente en cuestión y por supuesto sin valorar cualquier argumento que este pudiese tener a su favor. Esta forma de proceder constituye, a mi criterio, una clara afectación al derecho a la defensa que constitucionalmente le está garantizado, más allá de la valoración que la entidad podría darle a sus argumentos, tanto más cuanto que el artículo 35 de la LOSNCP prevé, como dije, que esa declaración se dará si: “el adjudicatario o los adjudicatarios no celebraren el contrato por causas *que les sean imputables*”, lo que demanda de la entidad un examen a través del cual califique si el motivo que lleva al proveedor a no suscribir el contrato le es o no atribuible.

El silencio de la ley respecto de un procedimiento a seguir en este caso afirma la idea que es de total responsabilidad del proveedor cualquier hecho que le impida suscribir el contrato, sin valoraciones ni aspectos justificables, no interesa a la entidad si la ejecución del contrato se ha vuelto imposible para el adjudicatario, pues estima que el proveedor debía examinar bien las condiciones, prever todos los escenarios, hacer sus cálculos y proyecciones de forma previa a la presentación de su oferta y si pasó por alto algún aspecto que luego notó, haciendo que el contrato le resulte inconveniente, eso no constituiría responsabilidad de la entidad y por tanto debería ser asumida en su totalidad por el proveedor.

La visión opuesta sería que en todos los casos el proveedor debiera ser escuchado y sus argumentos valorados de forma previa a cualquier resolución que le afecte, siguiendo el debido proceso, en estricto cumplimiento al principio de inmediación procesal, derecho a la defensa y más garantías constitucionales, de manera tal que pueda justificar su imposibilidad para firmar el contrato y con ello quizá obtener una dispensa que le permita evitar la sanción, ya que su negativa a firmar el contrato puede no ser mero capricho suyo sino motivada en circunstancias ajenas a su voluntad, fuera de su control o de condiciones que le causarían un perjuicio en caso de ejecutarse e inclusive que tal perjuicio alcanzaría a la misma entidad al no poder cumplir con el compromiso contractualmente adquirido.

Ambos puntos de vista constituyen posturas opuestas que, como tales, siempre tendrán parte de verdad; por ello rescatando lo que considero razonable y a la vez en

procura de ser parte de una corriente de pensamiento mediadora y equilibrada, me permito exponer, a mi entender, que sería necesario que el proceso a desarrollarse entre la declaratoria de adjudicación y la declaratoria de adjudicatario fallido esté reglado, pues no estimo jurídicamente admisible que se deje al criterio de la entidad la forma de proceder, ya que el campo de acción es muy amplio, eventualmente manipulable y dependiente de la voluntad del funcionario, quien no siempre es diligente y ágil en su gestión.

A nivel personal he podido constatar extremos en los esfuerzos de servidores públicos; por un lado, hay los que notifican al adjudicatario, le insisten por toda vía de comunicación, generan alertas de cumplimiento de plazos, entre otras medidas que permitan recordarle la obligación pendiente, llegando inclusive a presionarlo para que suscriba el contrato respectivo; por el contrario, también he visto casos en los cuales la entidad sube la adjudicación al portal institucional y estima que es acto suficiente para efectos de notificación y no hace ningún intento de localizar al oferente y hacerle conocer los documentos y garantías que debe presentar, pues se asume que leyó el pliego y por tanto conoce cuáles serían los documentos requeridos para llegar a la firma del contrato (aunque a veces el pliego no haya estado singularizado para el caso), además de la concepción que dice que si el oferente participó a través del portal es su obligación monitorearlo constantemente para dar seguimiento al proceso que le interesa, etc. No me hallo de acuerdo con la segunda opinión, principalmente en procesos de montos pequeños donde en su mayoría los proveedores son pequeños y medianos empresarios (PYMES), de los cuales muchos no conocen el detalle de los procedimientos, ni la normativa e inclusive no leen bien las bases, por tanto poco o nada podrían saber sobre el tiempo que tienen para suscribir el contrato, lo dejarán pasar y serán sancionados marginándolos de poder seguir contratando con el Estado, lo cual contravendría a principios de discriminación positiva que el Sistema Nacional de Contratación Pública aplica como referente.

Considero que aún más grave que lo expuesto es que los motivos de la negativa para firmar el contrato no sean valorados y que el proveedor que va a ser afectado por la declaratoria de adjudicatario fallido no tenga posibilidad alguna de ser informado ni involucrado en la actuación administrativa que da lugar a esa declaración, cosa que contraviene el derecho a la defensa y al debido proceso, conceptos que no son exclusivos del campo jurisdiccional sino que también deben ser observados en el curso de la actividad administrativa. Al respecto, Eduardo García de Enterría cita la sentencia N.º 18-1981 emitida el 18 de febrero de 1981 por el Tribunal Supremo español, en que ese Or-

ganismo determinó que:

[...] los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, tal y como refleja la propia Constitución (art. 25, principio de legalidad) y una muy reiterada jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo [...] hasta el punto de que un mismo bien jurídico puede ser protegido por técnicas administrativas o penales²¹.

En el mismo sentido se pronunció la Corte Constitucional de Colombia en sentencia T-521-92 de 19 de septiembre de 1992, que declara: “[...] *toda actuación administrativa debe ser el resultado de un proceso en el que la persona tuvo la oportunidad de expresar sus opiniones así como de presentar las pruebas que demuestren su derecho, con plena observancia de las disposiciones procesales que lo regulen*”. (Énfasis añadido).

Es mi criterio que el adjudicatario debe ser involucrado y escuchado dentro de un proceso en el que goce de todas las garantías en forma previa a que se declare que es o no fallido, sin que ello signifique que cualquier justificación es aceptable, pues hechos como aquellos derivados del caso fortuito y la fuerza mayor, que salen totalmente de la voluntad, de la responsabilidad y eficiencia del oferente, deberían ser valorados y tomados como un imprevisto que no es imputable al proveedor, por lo cual no puede ni debe ser sancionado²².

c) Los deudores morosos del Estado o sus instituciones

Esta disposición en el Ecuador tiene un origen histórico, data de la Ley de Contratación Pública de 1990, norma que establecía, en el literal e) del artículo 60, que: “No podrán celebrar contratos con el Estado o con entidades del sector público: [...] e) Los deudores morosos del Banco Nacional de Fomento [...]”²³. Esta norma se aplicaba estableciendo como requisito para los proveedores el presentar en sus propuestas un certificado que acredite no estar en mora con el Banco Nacional de Fomento, así se verificaba que el proveedor no estuviera incurso en la causal de inhabilidad en referencia. La misma inhabilidad se encuentra en la LOSNCP vigente desde agosto de 2008, pero se am-

²¹ Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, Volumen II, (Madrid: Civitas, 2001), 166.

²² La imputabilidad del proveedor y el debido proceso en estos procedimientos, son temas a abordarse en el capítulo IV de esta Tesis a través del análisis de caso práctico.

²³ Ley de Contratación Pública del Ecuador, 1990. Disponible en LEXIS – Legislación histórica.

plió su alcance a todas las entidades del Estado, con lo cual si un proveedor se encuentra en mora con cualquier dependencia estatal que recaude valores, quedará inhabilitado para contratar con el Estado, mientras no solucione la causa de la mora. Actualmente este hecho es fácil de verificar gracias a la interconexión entre base de datos de Estado.

La motivación de esta inhabilidad se entiende desde la perspectiva de la conducta y perfil que debe poseer el colaborador del Estado, toda vez que la mora constituye una conducta reprobable por lo que no se puede premiar al proveedor con la asignación de un contrato estatal²⁴. Al respecto Aleksey Herrera Robles manifiesta que: “las inhabilidades buscan garantizar que quienes se vinculen a la administración pública, en este caso, como contratistas, posean ciertas cualidades o condiciones que *aseguren la moralidad, eficiencia, transparencia y garantía de buen servicio*”²⁵. (Énfasis añadido).

Como vemos en todos los casos de inhabilidad derivada por incumplimiento con el Estado, se trata de medidas que se aplican como sanción por incumplimientos o gestión negligente, pues el infractor debe sentirse afectado, privado de un privilegio, toda vez que: “las sanciones administrativas han de tener un contenido aflictivo, esto es, han de consistir en un mal, en un perjuicio que se impone a un ciudadano; han de entrañar una privación o restricción de derechos o de cualquier ventaja, o el surgimiento de nuevos deberes. Si no tienen contenido aflictivo, no pueden ser un castigo”²⁶.

1.4.3. POR VINCULACIÓN PREVIA CON EL PROCESO DE CONTRATACIÓN

Esta categoría contiene inhabilidades especiales establecidas en el artículo 63 numerales 2 y 5 de la LOSNCP, relativas a la vinculación del proveedor con el proceso de contratación, limitando la posibilidad de este para contratar con el Estado. Esta vinculación se verificaría en tres escenarios:

1. Cuando el proveedor (sea persona natural o jurídica, incluyendo sus represen-

²⁴ Para el español Federico Arnau Moya la mora es “un incumplimiento de la prestación que ha de relacionarse con el tiempo en que esta ha de cumplirse. En sentido amplio, se entiende por mora o demora el retraso en el cumplimiento de la obligación cuando es jurídicamente relevante. De ahí que no quepa la equiparación automática entre retraso y mora, puesto que esta exigirá la concurrencia de toda una serie de requisitos adicionales (Díez-Picazo y Gullón, 2001). En la situación de mora aunque el cumplimiento sea tardío ha de ser todavía posible, puesto que en caso contrario nos encontraremos antes un situación de incumplimiento definitivo”. Federico Arnau Moya, *Lecciones de Derecho Civil II obligaciones y contratos*, (España: Universitat Jaume I. Col·lecció Sapientia, 2008/2009), 80.

²⁵ Aleksey Herrera Robles, *Aspectos generales del Derecho Administrativo colombiano*, (Bogotá: Universidad del Norte, 2012), 570.

²⁶ Manuel Rebollo Puig, Manuel Izquierdo Carrasco y Lucía Alarcón Sotomayor, *Panorama del Derecho Administrativo Sancionador en España* (Bogotá: Red Revista Estudios Socio-Jurídicos, 2009) 25.

tantes legales) que hubiere realizado los estudios, diseños y proyectos de ingeniería o arquitectura, tiene algún tipo de vinculación con los ejecutores de las obras;

2. Cuando el proveedor hubiere realizado las especificaciones de los bienes a adquirirse; excepto cuando el contrato tenga por objeto la fiscalización, supervisión, o actualización de los estudios, diseños o proyectos; y,

3. Los que de manera directa hayan estado vinculados con la elaboración, revisión o aprobación del pliego, relacionado con el contrato a celebrarse.

El primer escenario se basa en el razonamiento de que quien realizó los estudios, diseños y proyectos de una obra posee conocimiento pormenorizado de las necesidades, especificaciones y detalles del proyecto, lo cual constituiría información privilegiada que al ser conocida por el oferente para la ejecución de la obra, le otorgaría ventaja frente a los demás participantes del proceso precontractual, quebrantando el principio de igualdad material y transparencia como rectores del Sistema Nacional de Contratación Pública.

En el segundo y tercer caso, considero que sería aún más obvia esta precaución ya que el proveedor puede cooperar con la elaboración, revisión o aprobación de las bases y en ello, puede incluir requerimientos especiales que no responden a las necesidades de la entidad sino que buscan limitar la cantidad de oferentes con la capacidad de ofertar lo solicitado, llegando inclusive al completo direccionamiento.

Como se puede evidenciar estas inhabilidades están orientadas a evitar que en un proceso precontractual alguno de los proveedores tengan cualquier clase de ventaja frente a los demás ofertantes, creando condiciones desiguales de participación, violación a principios rectores del Sistema Nacional de Contratación Pública y quebrantamiento a las garantías constitucional y legalmente establecidas.

1.4.4. POR EJERCICIO DE CARGO PÚBLICO

Una de las causales de inhabilidad más reiteradas y analizadas en el Derecho es la impuesta a aquellas personas que por ejercer un cargo público o estar relacionado por parentesco con un servidor público se encuentran impedidos para contratar con el Estado; regulación que en distintas legislaciones posee diferentes matices y particularidades que ameritan un completo análisis. Por lo expuesto, el examen de esta categoría se presentará en dos partes: teórica, referida a la creación de estas inhabilidades; y, normativa que dada su relevancia para el desarrollo de esta investigación así como la contradicción normativa que presenta, será expuesta y analizada con profundidad en el segundo capi-

tulo de esta Tesis.

Teoría de la limitación para contratar a los servidores públicos

El Estado para el ejercicio de sus funciones esenciales requiere de la participación de los particulares, en virtud de lo cual, en los gobiernos democráticos como el Ecuador, se eligen por votación popular a las autoridades de gobierno que decidirán los destinos del país, convirtiéndolos en los primeros llamados a servir a la sociedad. Por otra parte, dentro de la organización administrativa se crean instituciones y dependencias que para su funcionamiento requieren de colaboradores a quienes se contrata en relación de dependencia laboral, a fin de que estos presten sus servicios al interior de cada entidad. En ambos mecanismos de vinculación, los particulares ejercen actividades de gobierno que pueden ser intelectuales o materiales de conformidad a lo legalmente dispuesto.

El accionar de los funcionarios públicos debe circunscribirse a lo legalmente establecido, esto es, a las competencias otorgadas; pero debe empezar por el entendimiento de la concepción “servicio público”, pues no es un simple empleo con el Estado: se trata de: "una actividad destinada *a satisfacer una necesidad colectiva* de carácter material, económico o cultural, mediante prestaciones concretas individualizadas, *sujetas a un régimen jurídico que les imponga adecuación, regularidad y uniformidad*"²⁷. (Énfasis añadido). Por ello, el servidor público ante todo debe servir a la comunidad, con convicción y ética; teniendo presente que la misión que debe cumplir radica en: "Desempeñar, bajo los términos legales vigentes, un cargo comprometiendo el máximo de sus capacidades técnicas, profesionales y personales a efecto de coadyuvar en el cumplimiento de los fines del gobierno y sus instituciones, en beneficio de la sociedad"²⁸.

En el Estado de Derecho los servidores públicos en el desempeño de su cargo ejercen competencias legalmente conferidas, sin excederse de los límites establecidos²⁹, a pesar de lo cual es lamentable reconocer que, en todo el mundo, pueden existir funcionarios que desconocen el marco jurídico aplicable a la función que van a desempe-

²⁷ Gabino Fraga, en Eduardo Frei Montalva, *La política y el espíritu*, (Santiago de Chile: Ercilla, 1940), 33.

²⁸ Eduardo Frei Montalva, *La política y el espíritu*, (Santiago de Chile: Ercilla, 1940), 22.

²⁹ La Constitución ecuatoriana declara este particular en el artículo 226, citado previamente.

ñar, lo que deviene muchas veces en actos u omisiones que pueden causar perjuicios, tanto para sí mismos como a terceros, con las consecuencias legales aplicables en cada ordenamiento jurídico. En otros casos, los perjuicios causados a terceros surgen de la búsqueda de beneficios ilegítimos para el mismo servidor o sus relacionados (empresas, sociedades o parientes), valiéndose de los privilegios que le otorga la posición de poder en que se encuentra frente a los demás miembros de la comunidad, conducta que dependiendo de la legislación de cada país, puede ser objeto de sanciones administrativas, civiles y penales. Toda vez que se trata de servidores que con su acción u omisión, han ocasionado alguna clase de violación normativa o incurrido en conductas que afectan el interés público (es preciso recordar que el “interés público” es un concepto jurídico indeterminado³⁰ y que, como tal, no puede circunscribirse a una definición única, sin embargo, su concepción siempre se acercará al bienestar de la sociedad como conjunto, por ello en términos generales, se puede acoplar a esta acepción a aquello que beneficie y garantice los derechos de la colectividad³¹).

En el campo de la contratación pública los riesgos de acciones irregulares existen y se aprecian con mayor claridad debido a lo susceptibles de manipulación que son los procesos precontractuales, en cuyo caso el servidor excede la facultad de dirigir la actividad pre y post contractual en las diferentes entidades del Estado, manipula el sistema, mal utiliza las herramientas, fuerza la normativa o aprovecha sus vacíos para favorecer a oferentes con quienes comparte algún interés particular, conducta que afecta el interés público de la contratación y que lo vicia de un interés inmoral y ajeno a los valores que deberían primar en la contratación estatal.

Dado este riesgo, latente en toda época y considerando que el ejercicio de las po-

³⁰ El derecho es indeterminado, según afirma Timothy Endicott, cuando una cuestión del derecho o de cómo el derecho se aplica a los hechos no tiene una «única» respuesta correcta. Los conceptos jurídicos indeterminados son precisamente los que se consignan en los diferentes cuerpos normativos, formulados sin distinguir o dar los parámetros de aplicación y pueden considerarse concepciones jurídicas que tienen en algún nivel ambigüedad e imprecisión y, por tal, que pueden admitir aplicaciones diferentes, o ser perladados de forma distinta, lo que llevará a generar incertidumbre e incluso confusión y, consecuentemente, motivos de duda a la hora de dar su significado jurídico. Timothy Endicott, *La vaguedad en el derecho*, traducido por J. Alberto del Real Alcalá y Juan Vega Gómez, (Madrid, Dykinson, 2007), 34 - 35.

Son ejemplos de conceptos jurídicos indeterminados “los principios generales del derecho”, “la equidad”, “la moral”, “la seguridad nacional”, “el interés público”, “el bien común”, etc.

³¹ Cuando se pretende afirmar que un acto lesiona el interés público, quien determina tal afectación debe: 1) ponderar, a efectos del caso concreto, el alcance del concepto en cuestión; 2) luego, debe identificar las formas en que éste puede ser amenazado; y, 3) a continuación el ente administrativo debe establecer, con sustento en los dos puntos precedentes, si los actos imputados al administrado ponen o no en riesgo ese interés, es decir, si la presunta infracción puede o no dañar en forma actual y verificable algún bien jurídico protegido bajo el paraguas del concepto jurídico indeterminado “interés público”.

testades estatales y los actos de administración se encuentran en manos de sujetos particulares que desempeñan una función o ejercitan un cargo público, el Estado procura evitar que el interés público se vea lesionado, para lo cual emite disposiciones normativas que crean un marco dentro del cual debe actuar el servidor público, mismas que generan derechos, obligaciones y prohibiciones, entre las cuales tenemos la prohibición para contratar con el Estado.

En el tema que nos ocupa, la normativa contiene disposiciones que impiden la participación de los servidores públicos o sus terceros relacionados (sociedades, empresas o parientes) en contrataciones con el Estado, en procura de prevenir situaciones en que el servidor pueda ejercer alguna influencia en razón de su cargo, para favorecerse a sí mismo o a terceros; adicionalmente, se han creado organismos especializados que ejercen facultades de vigilancia, auditoria, control e inclusive de sanción a los implicados en actos que ocasionen afectación al tan mentado interés común.

Esta limitación obedecería al afán del legislador por evitar el llamado “conflicto de intereses”³², considerando que en *el ejercicio de la función pública* se debe buscar el *equilibrio entre los diferentes intereses, incluyendo aquellos de partes de la población que no están suficientemente organizados y que no pueden hacerse escuchar*³³. Asimismo, se busca reducir la posibilidad que ocurran actos de corrupción, tales como: el uso de información privilegiada, el tráfico de influencias, el abuso de poder, entre otros.

Por lo expuesto, las disposiciones legales que limitan y regulan los actos del servidor público se estiman necesarias y completamente justificadas; sin embargo, el contenido y alcance de éstas no podría respaldarse únicamente con el fundamento de que son para proteger el bien común, toda vez que, como ya se indicó con anterioridad, las limitaciones legales deben ser objetivas, razonables y moduladas, equilibrando en este caso, los fines de limitar un derecho a un ciudadano que desempeña una función pública y los efectos de tal limitación; aspectos que analizaremos en el siguiente capítulo.

³² “En sentido estricto, un conflicto de intereses tiene lugar en cualquier situación en que un interés interfiere o puede interferir con la capacidad de una persona, organización o institución para actuar de acuerdo con el interés de otra parte, siempre que aquella persona, organización o institución tenga la obligación (legal, convencional, fiduciaria o ética) de actuar de acuerdo con el interés de la otra parte”. Oscar Zaldívar, “Los conflictos de intereses”, *Revista Moneda*, N°. 146, (Perú: Banco Central de Reserva del Perú) 24. Disponible en <http://www.bcrp.gob.pe/docs/Publicaciones/Revista-Moneda/Moneda-146/Moneda-146-05.pdf>, consultado el 19 de Junio de 2016.

³³ Krummrey, en Nuno Basconcelos Albuquerque, *La función pública como relación especial de Derecho Administrativo*, (Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2005), 196.

CAPÍTULO SEGUNDO

LIMITACIÓN CONTRACTUAL APLICABLE A LOS SERVIDORES PÚBLICOS: DISPOSICIONES Y CONTRADICCIONES.

Conforme se mencionó en el capítulo primero de esta tesis, la imposición de limitaciones para contratar con el Estado surge de la necesidad de precautelar el interés público, buscar el bien común y garantizar el ejercicio del derecho a la igualdad, para lo cual la normativa antepone el interés general y categoriza a aquellos individuos que, por configurar cierta característica o condición, son excluidos del grupo que sí puede contraer obligaciones contractuales con el Estado, constituyendo por tanto, en mi criterio, salvedades razonadas y justificadas al principio general de capacidad para contratar con el Estado.

De la totalidad de sujetos que se encuentran limitados para contratar con el Estado, el servidor público (y sus terceros relacionados) ha merecido mayor atención y detalle, tanto en la legislación ecuatoriana como en la internacional, toda vez que la función pública es ejercida por particulares al servicio de la Administración; de lo cual, surgen dos puntos de análisis a tomar en cuenta al momento de limitar el derecho a contratar con el Estado. El primero se relaciona con la participación del servidor público en actividades comerciales privadas y si estas pueden o no interrelacionarse con el Estado; y, como segundo aspecto a considerar está la posición de poder del funcionario respecto a los demás miembros de la comunidad, que le permitiría ejercer alguna influencia en razón de su cargo o ejecutar una acción orientada a favorecerse a sí mismo o a terceros en el curso de los procesos pre-contractuales o contractuales convocados por entidades públicas; pudiendo incurrir en actos que quebrantarían los principios que rigen la contratación estatal en los países democráticos y que constituirían hechos inmorales y contrarios al deber del servidor público, conocidos generalmente como actos de corrupción.

2.1. EJERCICIO DE ACTIVIDADES PRIVADAS POR EL SERVIDOR PÚBLICO

El derecho al trabajo se encuentra consignado en la Declaración Universal de Derechos Humanos, que en su artículo 23 dispone que: “toda persona tiene derecho al

trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo”³⁴; concordante con este principio, la Constitución ecuatoriana en su artículo 33 declara que: “el trabajo es un derecho y un deber social, y un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía”; posteriormente, el artículo 325 reconoce: “todas las modalidades de trabajo, en relación de dependencia o autónomas, incluyendo las labores de autosustento y cuidado humano”. El artículo 66 numeral 17 complementa lo anterior garantizando el derecho *a la libertad de trabajo* y declara que *nadie será obligado a realizar un trabajo gratuito o forzoso* (excepto cuando lo determine la ley). En virtud de lo señalado me permito colegir que toda persona tiene el derecho a trabajar y a elegir libremente su fuente de trabajo.

En el Ecuador quien desee trabajar tiene la posibilidad de escoger entre dos ámbitos: vincularse a cualquier sector de la economía privada en el cual desarrollará sus actividades sea como propietario o dependiente, o servir a la Administración Pública, en cuyo caso se convierte en un servidor público con los derechos, potestades y limitaciones que la normativa aplicable al sector público prevé.

2.1.1. MARCO JURÍDICO PARA LA EJECUCIÓN DE ACTIVIDADES PRIVADAS POR EL SERVIDOR PÚBLICO

En nuestro país la Ley Orgánica de Servicio Público (LOSEP) contiene disposiciones respecto al desempeño de un cargo público y al ejercicio de actividades económicas particulares por los servidores públicos; así, el artículo 12 prohíbe el pluriempleo al decir que *ninguna persona desempeñará, al mismo tiempo, más de un puesto o cargo público, ya sea que se encuentre ejerciendo una representación de elección popular o cualquier otra función pública*, regla que a su vez contempla excepciones tales como: a) docencia universitaria o en conservatorios de música (aplicable a los músicos de las orquestas sinfónicas del país), siempre que el ejercicio de la docencia lo permita y *no interfiera con el desempeño de la función pública*; b) las autoridades que por el ejercicio de sus cargos, deban integrar directorios y organismos similares del sector público; c) quienes sean elegidos como vocales de los gobiernos autónomos descentralizados parroquiales, siempre y *cuando su horario de trabajo lo permita*; y, d) el servidor público

³⁴ Organización de Naciones Unidas, *Declaración Universal de Derechos Humanos*. Disponible en <http://www.un.org/es/documents/udhr/>, consultado el 30 de junio de 2016.

de carrera que resultare electo para una dignidad de elección popular, en cuyo caso *se le otorgará de manera obligatoria licencia sin remuneración* por el periodo de tiempo para el cual fue electo.

De esta disposición se puede inferir que quien se desempeña en un cargo público no puede ejercer, al mismo tiempo, una segunda función pública, excepto en las circunstancias determinadas en la norma. De la norma expuesta, según mi criterio, quedaría establecido que el servidor público, fuera de los horarios de prestación de servicios a la Administración Pública, goza de plena libertad para ejercer las actividades que a bien tuviere, con lo cual el uso de su tiempo puede, si así lo desea, destinarlo a atender cualquier tipo de negocio.

En relación al ejercicio de actividades privadas, la LOSEP también contiene ciertas regulaciones, así el artículo 24, literal i), dispone:

Prohibiciones a las servidoras y los servidores públicos.- Prohíbese a las servidoras y los servidores públicos lo siguiente: [...]

[...] i) Mantener relaciones comerciales, societarias o financieras, directa o indirectamente, con contribuyentes o contratistas de cualquier institución del Estado, *en los casos en que el servidor público, en razón de sus funciones, deba atender personalmente dichos asuntos*; [...] (Énfasis añadido).

Esta norma evidentemente no restringe de ningún modo la libertad de ejercer actividades privadas a los integrantes del servicio público, pero procura evitar el conflicto de intereses que podría surgir si el funcionario atiende asuntos de terceros en los cuales tiene algún interés, lo cual podría dar lugar a actos ilegítimos.

En este punto estimo pertinente hacer una pausa para distinguir entre la potestad administrativa y el poder real que el servidor ejerce, pues la primera se limita a aquellas atribuciones conferidas mediante disposición normativa, mientras que el poder real implica la potencial capacidad de injerencia, de influencia o de dominio que un servidor público determinado pueda tener en una institución o tema específicos.

De las disposiciones legales y análisis referido, en mi opinión, quedaría en evidencia que la normativa limitativa tiene un fundamento objetivo al establecer las restricciones referidas, pues resulta necesario precautelar que el tiempo que una persona ha comprometido a favor del servicio público, al vincularse como dependiente de la Administración Pública, sea dedicado únicamente a las actividades propias de su cargo; y que, a su vez, en su tiempo libre tenga derecho a ejecutar toda actividad que no le esté prohibida por el ordenamiento jurídico.

Ahora bien, dando por hecho que el servidor puede ejercer fuera de sus horas de

trabajo oficiales cualquier actividad laboral privada, es común que los funcionarios dediquen sus horas nocturnas y fines de semana a la atención de actividades económicas particulares, sea a nivel individual o a través de una empresa o negocio, lo cual en principio sería totalmente legal; sin embargo, puede ocurrir que la actividad privada del servidor o el objeto social de su establecimiento se relacione con la prestación de servicios, ejecución de obras o provisión de bienes al Estado. Es aquí donde surgen aspectos complejos de dilucidar, pues, si bien estaría clara la libertad del servidor público para desempeñar actividades comerciales propias fuera de los horarios de trabajo al servicio de la Administración, siempre que estas no se relacionen con asuntos sometidos a su conocimiento como agente administrativo, no es claro si dichas actividades pueden tener como contraparte al Estado.

La respuesta depende en mucho del criterio de cada lector y no estimo suficiente limitarnos a un mero análisis del ordenamiento jurídico para determinar si este permite o prohíbe la participación del servidor como proveedor del Estado, toda vez que la norma responde a un razonamiento previo aplicado por el legislador; adicionalmente el estudio pormenorizado de esta cuestión requeriría adentrarse en la filosofía del Derecho para en base a la ética establecer argumentos jurídicamente sustentables, cuya extensión demanda un trabajo de investigación independiente, que no es el eje central de esta Tesis.

No obstante lo señalado, me permito referir de manera sucinta algunos puntos tanto a favor como en contra de la participación de funcionarios públicos como contratistas del Estado, que podrían servir de muestra al lector para la formación de su criterio y que constituyen un análisis transversal aplicable a todas las inhabilidades para contratar con el Estado en función de un cargo público, que serán detalladas posteriormente³⁵.

Como aspectos en contra se estima que no es posible concebir que un servidor público sea a la vez un contratista del Estado, ni de forma directa ni a través de terceros, toda vez que existiría un riesgo considerable de uso de información privilegiada, conflicto de intereses y tráfico de influencias que devendrían en irregularidades y, en general, en actos que atentarían contra la moralidad administrativa, entendida como: “el comportamiento del servidor público respetuoso de las formalidades y finalidades del

³⁵ Los argumentos vertidos a favor y en contra son fruto del análisis de la autora, así como del examen al Manual de Buenas Prácticas en la Contratación Pública emitido por la Superintendencia de Control de Poder de Mercado, de conversaciones con profesionales de la materia y de la guía de la tutora de esta tesis.

bloque de legalidad y de los parámetros que se avienen de los principios, valores y normas del ordenamiento jurídico”³⁶.

Adicionalmente existe una evidente amenaza al interés público si se considera que en la práctica de la contratación pública existe multiplicidad de conductas que podrían ser consideradas como tendientes a obtener un beneficio propio o a favor de terceros relacionados, que al ser detectadas por la Contraloría General del Estado, como organismo de control, deben ser reportadas a la Fiscalía General del Estado para su investigación y, de ser el caso, para que se encamine el procedimiento punitivo aplicable, no obstante, existen otras conductas más sutiles y complejas de detectar, que de igual forma podrían vulnerar el interés público y, al mismo tiempo, perjudicarían a los particulares que son proveedores de obras, bienes y servicios, ya que a fin de satisfacer un interés del servidor o de un tercero relacionado con él, se cometen actos que tienden a favorecer ilegítimamente a un oferente frente a sus competidores, tales como: ignorar los requerimientos normativos y procesales, manipular la normativa y documentos precontractuales (dirigir pliegos), negociar extraprocesalmente, etc.

Otro argumento en contra de la participación de servidores públicos como proveedores del Estado se relaciona con el tiempo que una persona ha comprometido para el desempeño de un cargo público, ya que éste debe ser destinado únicamente para las actividades inherentes a su cargo y que, si tiene alguna actividad privada fuera de sus horarios laborales, esta no puede relacionarse con el Estado, pues dicha participación requiere de tiempo, en cuyo caso estaríamos ante una inevitable contradicción en la exclusividad del horario comprometido para desempeñar las actividades que implica ejercer un cargo público.

Con base en la exposición previa se colige que el servidor público que interviene en un proceso de contratación en los asuntos *en que persiga un interés propio* está faltando a la ética del servicio público, lo cual no se limita al campo de la contratación pública sino que puede ocurrir en cualquier procedimiento administrativo.

A contravía existen puntos a favor de la libertad de uso y disposición del tiempo libre del servidor público argumentando que riesgos como el uso de información privilegiada, conflicto de intereses y tráfico de influencias, no estarían ligados necesariamente

³⁶ Eddy Alexandra Villamizar Schiller, “El derecho colectivo: ‘moralidad administrativa’ en la contratación estatal : fortalecimiento de los principios del derecho administrativo”, *Red Revista Estudios Socio-Jurídicos*, (Bogotá: Red RESJ, 2009) 182. Disponible en ProQuest ebrary, consultado el 10 de Julio de 2016.

te a la calidad de servidor público del proveedor, ya que ocurren, se potencian y ejecutan en multiplicidad de casos donde es un ofertante privado quien tiene amigos o conocidos en una institución pública que lo podrían favorecer por encima de los oferentes que tengan derecho a participar en proceso precontractual en igualdad de condiciones. Al no tratarse de riesgos inherentes a la condición de servidor público de un proveedor no se podrían considerar como un punto que impida la participación de servidores públicos.

Adicionalmente se estima que los riesgos expuestos se superarían cuando el servidor interviene como oferente en una institución diferente a aquella en que presta sus servicios o ante las cuales tienes poder o capacidad de injerencia. Así por ejemplo, el Presidente de la República tendría capacidad de injerencia en *toda* institución estatal y por ello no podría permitirse su participación como proveedor, pero el ingeniero en sistemas del Municipio de Zaruma únicamente podría ejercer ese poder en su institución no así en el Ministerio del Ambiente donde podría ser parte un equipo contratado para el desarrollo de una consultoría, en sus fines de semana.

También se considera que a fin de garantizar que el servidor no se exceda en el tiempo que puede destinar al ejercicio de actividades privadas más las correspondientes a su cargo, se podría establecer un límite al monto y número de contratos que el servidor podría ejecutar al mismo tiempo (por ejemplo solo un contrato a la vez, cuya participación como miembro de equipo no represente más del 10% de su tiempo, que podría estimarse corresponde a noches y fines de semana), y de resultar adjudicatario de un proceso precontractual que exceda dichos límites se debería requerir la renuncia formalmente presentada y aceptada de forma previa a suscribir el contrato respectivo; no obstante se reconoce la dificultad de regulación de esta clase de permisiones, pues requeriría de un sistema de monitoreo y control permanente, mucho más amplio y eficiente.

Estas visiones extremas (a favor y en contra) y sus matices se observan en la legislación comparada, misma que me permito exponer como una muestra de las diferentes formas y grados de modulación que pueden tener las disposiciones legales en el tema en cuestión dependiendo del criterio del legislador y su visualización de riesgo *versus* modulación de derechos.

2.1.2. LEGISLACIÓN COMPARADA SOBRE PARTICIPACIÓN DE SERVIDORES PÚBLICOS COMO CONTRATISTAS DEL ESTADO

Colombia

La Constitución Política de Colombia en su artículo 127 establece que: “Los servidores públicos no podrán celebrar, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, *salvo las excepciones legales*”³⁷. Esta disposición se desarrolla con detalle en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (norma que rige la Contratación Pública colombiana), que en su artículo 8 respecto de las inhabilidades e incompatibilidades para contratar dispone:

1. Son inhábiles para participar en licitaciones y para celebrar contratos con las entidades estatales:

a) Las personas que se hallen inhabilitadas para contratar por la Constitución y las leyes [...] f) Los servidores públicos.

2. Tampoco podrán participar en licitaciones ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva:

a) Quienes fueron miembros de la junta o consejo directivo o servidores públicos de la entidad contratante. Esta incompatibilidad solo comprende a quienes desempeñaron funciones en los niveles directivo, asesor o ejecutivo y *se extiende por el término de un (1) año, contado a partir de la fecha del retiro*.

b) Las personas que tengan vínculos de parentesco, hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil con los servidores públicos de los niveles directivo, asesor, ejecutivo o con los miembros de la junta o consejo directivo, o con las personas que ejerzan el control interno o fiscal *de la entidad contratante*.

c) El cónyuge, compañero o compañera permanente del servidor público en los niveles directivo, asesor, ejecutivo, o de un miembro de la junta o consejo directivo, o de *quien ejerza funciones* de control interno o de control fiscal [...]³⁸. (Énfasis añadido).

De lo expuesto se colige que la legislación colombiana no permitiría la participación de servidores públicos como proveedores del Estado, entendiéndose por tanto que la mera calidad de servidor a cualquier nivel lo imposibilita para ser proveedor estatal; además la norma extiende la restricción a los ex funcionarios prohibiendo su participación como proveedor de la entidad a la cual pertenecieron hasta por año posterior a su cese en funciones, entendiéndose por tanto que, transcurrido ese tiempo, podrían ser

³⁷ Constitución Política de Colombia, disponible en http://www.procuraduria.gov.co/guiamp/media/file/Macroproceso%20Disciplinario/Constitucion_Politica_de_Colombia.htm, consultado el 23 de julio de 2016.

³⁸ Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, publicado mediante Ley 80 de 1993, disponible en <http://elplayon-santander.gov.co/apc-aa-files/35306663376262336531316365373934/ley-80-93.pdf>, consultado el 23 de julio de 2016.

oferentes de la entidad a la que anteriormente pertenecieron.

Adicionalmente vemos que en cuanto a los parientes de los servidores en funciones, se prohíbe contratarlos cuando exista una relación hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil³⁹ con un directivo, ejecutivo, servidor con funciones fiscales o parte de una junta o consejo directivo de una institución, limitación que aplica solamente para la entidad pública con la que está vinculado su familiar; en virtud de esto, cualquier persona que tenga un familiar en los grados descritos que preste servicios a una entidad pública no podría ser proveedor de dicha entidad.

Chile

La normativa chilena establece una serie de prohibiciones para celebrar contratos de suministro y prestación de servicios con el servidor público, sus parientes, o empresas en las que éste o aquéllos participen, de conformidad a la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, la cual en su artículo 4 establece que ningún órgano administrativo, empresa ni corporación del Estado (o aquélla en que éste tenga participación) puede suscribir contratos administrativos de provisión de bienes o de prestación de servicios con:

- a) Los funcionarios *directivos* del *mismo* órgano o empresa;
- b) Las *personas unidas a los funcionarios directivos* por los vínculos de parentesco descritos en la letra b) del artículo 56 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado⁴⁰;
- c) Sociedades de personas de las que los *funcionarios directivos del órgano o empresa, o los parientes recién mencionados, formen parte*;
- d) Sociedades comanditas por acciones o anónimas cerradas en que *aquéllos o éstas sean accionistas*;
- e) Sociedades anónimas abiertas en que *aquéllos o éstas sean dueños de acciones que representen el 10% o más del capital*; y,
- f) Gerentes, administradores, representantes o directores de cualquiera de las *sociedades antedichas*.

Las prohibiciones expuestas son extensivas para ambas Cámaras del Congreso Nacional, la Corporación Administrativa del Poder Judicial y a las Municipalidades y sus Corporaciones, respecto de los Parlamentarios, los integrantes del Escalafón Prima-

³⁹ El código civil colombiano, en su artículo 50, define el parentesco civil como: el parentesco que resulta de la adopción, mediante la cual la ley estima que el adoptante, su mujer y el adoptivo se encuentran entre sí, respectivamente, en las relaciones de padre, de madre, de hijo. Este parentesco no pasa de las respectivas personas.

⁴⁰ La citada disposición de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado chileno dice: “Sin perjuicio de las inhabilidades especiales que establezca la ley, no podrán ingresar a cargos de la Administración del Estado: [...] b) Las personas que tengan la calidad de cónyuge, hijos, adoptados o parientes hasta el tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad inclusive respecto de las autoridades y de los funcionarios directivos del organismo de la administración civil del Estado al que postulan, hasta el nivel de jefe de departamento o su equivalente, inclusive”.

rio del Poder judicial y los alcaldes y Concejales, según sea el caso⁴¹.

La norma aludida en el literal a) deja abierta la puerta para que una entidad pública chilena celebre contratos con funcionarios de otro órgano o empresa estatales de ese país. Además, en principio se entendería que los entes estatales chilenos pueden celebrar contratos con sus propios funcionarios siempre *y cuando no sean directivos* de ellos.

No obstante la primera parte de la disposición expuesta prohíbe celebrar contratos estatales con los entes descritos, en la segunda parte se contempla excepciones en las que sí podrán celebrarse contratos con los sujetos enumerados, siempre que concurren tres requisitos: 1) Sean necesarios por circunstancias excepcionales; 2) Se ajusten a condiciones de equidad similares a las que habitualmente prevalecen en el mercado; 3) Sean aprobados por resolución fundada y ésta se comunique al superior jerárquico del suscriptor, a la Contraloría General de la República y a la Cámara de Diputados. En el caso del Congreso Nacional la comunicación se dirigirá al Senado, Cámara de Diputados; y, en el caso del poder Judicial, a su comisión de Ética.

De lo referido vemos que la normativa chilena sigue los mismos lineamientos de prohibir la participación de servidores públicos *pero se restringe a los niveles directivos* de las entidades contratantes y con ello se extiende al cónyuge, los familiares (en la forma y grados descritos) y sociedades en las cuales los funcionarios descritos y los terceros relacionados con ellos conforme a la norma, familiares sean a la vez socios en los porcentajes y circunstancias establecidas; por tanto, quedaría evidenciada la necesidad del legislador de prevenir la participación de proveedores vinculados a los altos mandos de las entidades contratantes, considerando quizá, a mi entender, que son ellos quienes pueden interferir y dirigir de forma más directa y efectiva en el desarrollo de los procesos precontractuales, mas no así el servidor operativo común que pocas opciones de intervención de alto nivel puede tener.

Argentina

La normativa argentina que rige el Régimen de Contrataciones de la Administración Pública Nacional es el Decreto N° 1023/2001, el cual en su artículo 28 literal b)

⁴¹ Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, publicada como N° 19.886. Disponible en <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=213004>, consultado el 4 de agosto de 2016.

establece como personas no habilitadas para contratar con la Administración Nacional: a) los agentes y funcionarios del Sector Público Nacional y b) las empresas en las cuales aquéllos tuvieren una participación suficiente para formar la voluntad social, de conformidad con lo establecido en la Ley de Ética Pública.

Esta norma en su artículo 13 dispone que es incompatible con el ejercicio de la función pública: a) dirigir, administrar, representar, patrocinar, asesorar, o, de cualquier otra forma, prestar servicios a quien gestione o tenga una concesión o sea proveedor del Estado, o realice actividades reguladas por éste, siempre que el cargo público desempeñado *tenga competencia funcional directa, respecto de la contratación, obtención, gestión o control de tales concesiones, beneficios o actividades*; y, b) ser proveedor *por sí o por terceros* de todo organismo del Estado *en donde desempeñe sus funciones*⁴².

En este régimen normativo la prohibición es claramente aplicable a los servidores en cuanto a los asuntos o competencias relativas a su función pública donde evidentemente existiría un conflicto de intereses; por ello sería comprensible que una compañía constructora propiedad de un grupo de arquitectos no pueda ser proveedora de una construcción de obra administrada por uno de sus socios como parte de sus funciones públicas, ya que existiría un choque de intereses entre las funciones inherentes al cargo que desempeña y los intereses que esta misma persona posee respecto de la compañía proveedora.

España

El Real Decreto Legislativo 5/2015, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, en su Art. 53, numerales 5, 6, 9, 11, manda a los servidores públicos ibéricos cumplir los siguientes principios éticos:

5. Se abstendrán en aquellos asuntos *en los que tengan un interés personal*, así como de toda actividad privada o interés que pueda suponer un riesgo de plantear *conflictos de intereses con su puesto público*.

6. No contraerán obligaciones económicas ni intervendrán en operaciones financieras, obligaciones patrimoniales o negocios jurídicos con personas o entidades *cuando pueda suponer un conflicto de intereses con las obligaciones de su puesto público*.

9. No influirán en la agilización o resolución de trámite o procedimiento administrativo sin justa causa y, en ningún caso, cuando ello comporte un privilegio en beneficio de los titulares de los cargos públicos o su entorno familiar y social inmediato o cuando suponga un menoscabo de los intereses de terceros.

⁴² Decreto N° 1023/2001 que rige el Régimen de Contrataciones de la Administración Pública Nacional. Disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/65000-69999/68396/texact.htm>, consultado el 9 de agosto de 2016.

11. Ejercerán sus atribuciones según el principio de dedicación al servicio público absteniéndose no solo de conductas contrarias al mismo, sino también de cualesquiera otras *que comprometan la neutralidad en el ejercicio de los servicios públicos*⁴³. (Énfasis añadido).

España sigue, al igual que Argentina y Chile (y Perú como más adelante veremos) la regla que los funcionarios no puedan contratar con la entidad pública a la que prestan sus servicios, de ahí que condicione la adquisición de obligaciones económicas con personas o entidades y de ejercer toda actividad privada *cuando ello pueda suponer un conflicto de intereses con las obligaciones de su puesto público*.

Perú

En el vecino país del sur la norma aplicable a la contratación pública es la Ley de Contrataciones del Estado N° 30225, que determina un conjunto de restricciones para ser proveedor del Estado, alcanzando un alto grado de especificidad como se desprende del artículo 11 que especifica que cualquiera sea el régimen legal de contratación aplicable, están impedidos de ser participantes, postores y/o contratistas:

a) En *todo proceso de contratación pública, hasta doce (12) meses después de haber dejado el cargo*, el Presidente y los Vicepresidentes de la República, los Congresistas de la República, los Ministros y Viceministros de Estado, los Vocales de la Corte Suprema de Justicia de la República, los titulares y los miembros del órgano colegiado de los Organismos Constitucionales Autónomos.

b) En el *ámbito regional, hasta doce (12) meses después de haber dejado el cargo*, los Presidentes, Vicepresidentes y los Consejeros de los Gobiernos Regionales.

c) En el *ámbito de su jurisdicción, hasta doce (12) meses después de haber dejado el cargo*, los Jueces de las Cortes Superiores de Justicia, los Alcaldes y Regidores.

d) En la *Entidad a la que pertenecen*, los titulares de instituciones o de organismos públicos del Poder Ejecutivo, los directores, gerentes y trabajadores de las empresas del Estado, los funcionarios públicos, empleados de confianza y servidores públicos, según la ley especial de la materia.

e) En el *correspondiente proceso de contratación*, las personas naturales o jurídicas que tengan intervención directa en la determinación de las características técnicas y valor referencial o valor estimado según corresponda, elaboración de Bases, selección y evaluación de ofertas de un proceso de selección y en la autorización de pagos de los contratos derivados de dicho proceso, salvo en el caso de los contratos de supervisión.

f) En el *ámbito y tiempo* establecidos para las personas señaladas en los literales precedentes, *el cónyuge, conviviente o los parientes* hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad.

g) En el *ámbito y tiempo* establecidos para las personas señaladas en los literales precedentes, *las personas jurídicas en las que aquellas tengan o hayan tenido una participación superior al cinco por ciento (5%) del capital o patrimonio social, dentro de los doce (12) meses* anteriores a la convocatoria.

h) En el *ámbito y tiempo* establecidos para las personas señaladas en los literales

⁴³ Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre de 2015. Disponible en https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-11719, consultado el 10 de agosto de 2016.

precedentes, *las personas jurídicas sin fines de lucro en las que aquellas participen o hayan participado como asociados o miembros de sus consejos directivos*, dentro de los doce (12) meses anteriores a la convocatoria.

i) En el *ámbito y tiempo* establecidos para las personas señaladas en los literales precedentes, *las personas jurídicas cuyos integrantes de los órganos de administración, apoderados o representantes legales sean las personas señaladas en los literales precedentes*. Idéntica prohibición se extiende a las personas naturales que tengan como apoderados o representantes a las personas señaladas en los literales precedentes. (Énfasis añadido)⁴⁴.

La norma transcrita muestra una forma distinta de modular la prohibición para ser proveedor del Estado, pues crea tiempos de restricción y establece con claridad el ámbito de extensión de la limitación en virtud del cargo del funcionario en torno al cual se establece restricción, adicionalmente extiende el alcance de la prohibición a los terceros relacionados con estos funcionarios en un sentido similar al de las legislaciones antes expuestas, *circunscribiendo la limitación a la entidad en la cual el servidor presta sus servicios*; por lo que se entiende que el mismo servidor público (y sus terceros relacionados) pueden ser proveedor del Estado siempre que no se trate de procedimientos de contratación ejecutados en la institución para la cual trabaja.

Por lo expuesto y en virtud de la normativa internacional referida, ratifico mi criterio que no existe una respuesta válida universalmente sobre si se debe o no permitir a los servidores públicos intervenir como proveedores del Estado, ya que depende de la postura y matices que estime cada legislador al crear una norma, considerando que existen puntos válidos en ambas posturas, que podrían ser evaluados y aceptados o no para formar un criterio propio; además que, este acápite no es suficiente para aclarar con mayor sustento una postura válida jurídicamente, pues para ello sería preciso una tesis aparte donde se analice esta interrogante desde la óptica de la filosofía del Derecho, adentrándose en la ética como punto de inicio y eje, lo cual en esta ocasión no es factible, dado que el problema central de esta tesis está enfocado en un aspecto diferente que surge de esta problemática.

Sin embargo, luego del análisis realizado sobre este punto, puedo señalar a nivel personal que, el problema en la contratación pública generado por los quebrantos a la igualdad y transparencia no deviene de que un proveedor tenga a la vez la calidad de servidor público, ni del alto grado de participación y discrecionalidad de los servidores

⁴⁴ Ley de Contrataciones del Estado, Ley N° 30225, 14 de julio de 2014. Disponible en <http://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Documentos/legislacion/ley/Ley%2030225%20Ley%20de%20contrataciones-julio2014.pdf>, consultado el 11 de agosto de 2016.

públicos en la elaboración de las bases que podría potenciar el riesgo de direccionamiento; la parte medular del problema y por ende base de la solución, gira alrededor de dos campos: la ética y honestidad del servidor público y la creación de un régimen sancionatorio eficaz a los funcionarios que hagan uso de sus herramientas o de la información privilegiada que poseen para beneficiar a otros, independientemente de si estos beneficiarios son o no parte del sector público. Un régimen sancionatorio efectivo a los servidores que proceden de esta forma, debe ir más allá de aquello que evalúa actualmente, sin limitarse a los delitos grandes o significativos por sus montos si no que debería manejar desde faltas administrativas leves hasta aquellas conductas que faciliten la comisión de delitos; considerando que las actuaciones de un servidor público no siempre serán fallas intencionales y que tampoco los “errores involuntarios” son tan inocentes como parecen por lo cual debe investigarse desde el punto de vista *de la intencionalidad* y en los ámbitos técnico, económico y jurídico, toda vez que los procesos de contratación tienen esos tres ejes y el control debe hacerse también en esos tres ámbitos; lo cual no siempre ocurre en los exámenes efectuados por la Contraloría General del Estado pues se enfocan en el punto de vista económico, lo que generaría un riesgo potencial de liberar a los verdaderos culpables.

Para que un régimen sancionatorio sea efectivo requiere de un eficaz sistema de monitoreo y control constante, permanente y actualizado; de un verdadero aparato de monitoreo que permita supervisar con atención no solo los contratos en que podría participar un funcionario público si no todos los que suscribe el Estado, donde ocurren incidentes importantes que pasan desapercibidos y solo se evidencian en un examen de la Contraloría General del Estado y aún así existirían casos en que ni bajo el examen se puede evidenciar tales irregularidades, pues se corre el riesgo de que los expedientes no muestren lo que realmente ocurrió. Por ello estimo que la implementación de un sistema eficiente de control es necesario no solo para efectos de la problemática en cuestión sino para todos los asuntos relativos a la contratación pública susceptibles de manipulación y en general expuestos a actuaciones irregulares.

Concluyo a nivel personal que la participación directa de los servidores públicos como proveedores del Estado constituye sin duda un riesgo potencial a la transparencia e igualdad en los procesos precontractuales, pues dejar esta posibilidad abierta sin delimitarla y regularla adecuadamente se convierte en una amenaza por las facilidades que podría representar para actos irregulares. No obstante creo que este riesgo puede ser manejado con herramientas y mecanismos de control eficientes, mediante los cuales se

verifique el tiempo que un servidor destina a una actividad privada relacionada con el Estado, su porcentaje de participación en un proyecto (sea de forma individual o como parte de equipo), las entidades ante las cuales postula para evitar conflicto de intereses, etc. aspectos que *condicionarían* si un servidor puede ejecutar un contrato en su tiempo libre o no.

Este aspecto de la dedicación de tiempo que requiere el ejercicio del cargo, es determinante y concluyente; pues evidentemente no podría comprometer un segundo del tiempo que desempeña una función pública, por ello considero que si se permitiera su participación directa el margen de tiempo que dedicaría a la ejecución contractual no debe exceder del 10% de su tiempo total, en el entendido que este porcentaje pertenezca a noches y fines de semana; y, de pretender participar en un proyecto que requiera mayor dedicación, debería exigírsele la presentación de su renuncia legalmente aceptada de forma previa a la celebración del contrato; permitiéndosele por ejemplo, ofertar con opción de renuncia en caso de ser adjudicado. Así se respetaría el derecho del servidor público para la disposición de su tiempo libre y a la vez se evitaría el conflicto de intereses y la corrupción que son sin duda los motivos esenciales para restringir la participación del servidor público como proveedor del Estado.

Sin perjuicio de lo manifestado, reconozco que permitir el ejercicio pleno de este derecho en la realidad nacional que vivimos constituye más una amenaza que un beneficio, ya que hace falta una profunda formación ética en el servidor y transparencia en el servicio, así como un sistema efectivo de control que como he señalado actualmente sería insuficiente.

2.2. MARCO NORMATIVO NACIONAL Y REGULACIÓN DE PODER REAL

En el Ecuador las limitaciones para contratar al servidor público no son novedad de la actual Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, vigente desde agosto de 2008, pues ya estaban presentes en la Ley de Contratación Pública de 1990. En el mismo sentido encontramos la disposición contenida en el artículo 1737 de nuestro Código Civil, que desde el año 1860 dispone⁴⁵:

Al empleado público se prohíbe comprar los bienes públicos o particulares que se vendan por su ministerio; y a los jueces, abogados, procuradores o secretarios, los bienes en cuyo litigio han intervenido, y que se vendan a consecuencia del litigio; aun-

⁴⁵ El artículo en referencia actualmente consta con el número 1737 pero en la primera edición del Código Civil de 1860 se enumeraba como 1783.

que la venta se haga en pública subasta. (Énfasis añadido).

Al respecto es interesante señalar que tanto el Código Civil chileno en su artículo 1798 como el Código Civil salvadoreño en su artículo 1602 replican exactamente la misma disposición transcrita; por su parte el Código Civil colombiano en su artículo 1854 se pronuncia en el mismo sentido aunque con ciertas reformas⁴⁶. Lo señalado se entiende desde que los códigos en mención se basan en el Proyecto de Código Civil preparado por Andrés Bello para la República de Chile.

La similitud entre el Código Civil ecuatoriano y los cuerpos civiles foráneos fundamentados en el Proyecto de Bello, ha servido para enriquecer la jurisprudencia de nuestro país, pues en más de una ocasión se han tomado la jurisprudencia y doctrinas de ilustres tratadistas, para tratar de resolver los casos sometidos a conocimiento y deliberación de los jueces ecuatorianos⁴⁷. Considero importante tener en cuenta este aspecto, toda vez que varias disposiciones sobre contratación estatal emitidas en algunos Estados se originan en las reglas generales y supletorias establecidas en las leyes civiles respectivas, por lo cual la doctrina y jurisprudencia desarrolladas en relación al tema a tratar puede constituir un aporte significativo para la presente investigación.

En el Ecuador la norma primaria que rige la contratación pública es la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que en los artículos 62 y 63 enlista a quienes no pueden ser proveedores del Estado en razón del cargo público que ejercen o del parentesco que exista entre el proveedor y el funcionario de una entidad, creando así dos situaciones fácticas en las cuales una persona estaría impedida para contratar con el Estado.

De forma previa a exponer las inhabilidades que contempla la norma para los servidores públicos y sus terceros relacionados, es preciso recordar que estas pueden ser generales o especiales, dependiendo de la calidad que les haya dado el legislador, toda vez que las inhabilidades generales constituyen prohibiciones aplicables a todo el terri-

⁴⁶ Código Civil colombiano artículo 1854 “Al empleado público se prohíbe comprar los bienes públicos o particulares que se vendan por su ministerio; y a los magistrados de la Suprema Corte, jueces, prefectos y secretarios de unos y de otros, los bienes en cuyo litigio han intervenido, y que se vendan a consecuencia del litigio, aunque la venta se haga en pública subasta. Queda exceptuado de esta disposición el empleado con jurisdicción coactiva que, conociendo de alguna ejecución y teniendo, por consiguiente, el doble carácter de juez o de prefecto y acreedor, hiciere postura a las cosas puestas en subasta, en su calidad de acreedor, cuya circunstancia debe expresarse con claridad”.

⁴⁷ Parafraseando a Iván Torres Proaño y Cecilia Salazar Sánchez, El Código Civil, de las obligaciones y sus fuentes, *Revista Judicial Derecho Ecuador*, s/n, (Ecuador: La Hora, 2015). Disponible en <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechocivil/2015/09/18/el-codigo-civil--de-las-obligaciones-y-sus-fuentes->, consultado el 11 de agosto de 2016.

torio nacional, en todas las entidades contratantes y se establecen en el artículo 62 de la LOSNCP; y, las inhabilidades especiales son aquellas que rigen para circunscripciones limitadas, en este caso aplican únicamente dentro de la entidad convocante en un proceso de contratación y se ubican en el artículo 63 de la misma norma.

A continuación expondremos las inhabilidades en referencia, separando las que son aplicables de forma directa al servidor público de aquellas que la norma hizo extensivas a sus terceros relacionados (parientes, sociedades y empresas).

2.2.1. INHABILIDADES APLICABLES AL SERVIDOR PÚBLICO

La norma en referencia establece prohibiciones para contratar con el Estado a tres clases de servidores: las autoridades de gobierno, las autoridades administrativas y los servidores públicos en general⁴⁸. Al tenor de lo dispuesto en la LOSNCP expongo la siguiente clasificación:

a) *Autoridades de gobierno*: dentro de esta categoría se incluye a los ciudadanos que ocupan cargos públicos en virtud de una elección popular. La LOSNCP en su artículo 62 numeral 2 declara que son inhábiles *generales* para contratar con el Estado: el Presidente de la República, el Vicepresidente, los legisladores, los prefectos y alcaldes. Por su parte el artículo 63.1 incluye como inhábiles *especiales* a los consejeros provinciales, los concejales municipales y los vocales de las juntas parroquiales, en su respectiva jurisdicción.

b) *Autoridades administrativas*: Aquí encontramos a aquellos funcionarios que detentan una posición de liderazgo en una entidad estatal, por ser máxima autoridad, parte de un cuerpo colegiado rector o ejercer una autoridad dentro de un proceso de contratación. El artículo 62 numeral 2 establece como inhábiles generales a los ministros y secretarios de Estado, al Director General del Servicio Nacional de Contratación Pública y a los presidentes o representantes legales de las entidades contratantes. Por su parte el artículo 63 numeral 3 consigna como inhábiles especiales a los miembros de directores u organismos similares o de la Comisión Técnica de la entidad convocante.

c) *Servidores públicos en general*: en esta clasificación me permito incluir a todos los funcionarios públicos que no son parte de las autoridades descritas en los literales precedentes. El artículo 62 numeral 2 se refiere a los funcionarios del Servicio Na-

⁴⁸ Para el tratamiento de esta categoría emplearemos el término general “servidores públicos” para referirnos a estas tres categorías de forma conjunta en los aspectos que les son comunes.

cional de Contratación Pública como sujetos imposibilitados de contratar con todo el sector público. El mismo artículo en su numeral 3 prohíbe celebrar contratos con el Estado a los servidores públicos *que hubieren tenido directa o indirectamente vinculación en cualquier etapa del procedimiento de contratación* (sea precontractual o contractual) *o tengan un grado de responsabilidad en el procedimiento o que por sus actividades o funciones, se podría presumir que cuentan con información privilegiada*; disposición que se complementa con lo dispuesto en el artículo 63 numeral 4 que crea una cuarta posibilidad al contemplar que estos funcionarios con su acción u omisión *pudieren favorecer a terceros con los cuales tenga interés*.

A fin de analizar las limitaciones a los servidores previamente señalados desde el punto de vista de la razonabilidad para limitar derechos, es preciso recordar que al legislar en temas que limiten derechos fundamentales se debe contar con:

- a) Justificación objetiva y razonable; y,
- b) Proporcionalidad entre medios y fines; lo cual a mi entender significa que respondan a una necesidad clara que constituirá su motivación y ser moduladas, guardando proporcionalidad entre el derecho que limitan y la repercusión y el alcance de tal limitación.

Al respecto, considero apropiado citar a la Corte Constitucional de Colombia, la cual estima que a la hora de establecer una inhabilitación legal

el marco de acción del Legislador no debe desbordar los límites constitucionales, pues la finalidad perseguida en la norma *no puede justificar una transgresión desproporcionada de los derechos individuales*. Esta Corporación ya había señalado con claridad que "es evidente que si la restricción legal (incompatibilidad o inhabilitación) no se sustenta en ninguna necesidad de protección del interés general *o ésta es irrazonable o desproporcionada, en esa misma medida pierde justificación constitucional* como medio legítimo para restringir, en ese caso, el derecho a la igualdad y el reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas que resultan rechazadas del ámbito contractual del Estado". Así las cosas, el interés público se convierte en un parámetro legitimador de la función administrativa que exige la ponderación entre los intereses de la comunidad y los intereses particulares, los cuales pueden suponer limitaciones al ejercicio pleno de algunos derechos. Por lo tanto, los intereses en conflicto deben armonizarse, pues en el Estado democrático de derecho (CP art. 1º) la prevalencia del interés general no es absoluta ni puede implicar el desconocimiento o la subordinación total de los derechos o intereses privados legítimos⁴⁹.

Del estudio realizado, pienso que una guía para determinar si una disposición limitadora de derechos es modulada o no sería que la limitación esté en correspondencia

⁴⁹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia No. C-429/97 (Bogotá, 1997). Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/C-429-97.htm>, consultado el 12 de agosto de 2016. Énfasis añadido.

al alcance y ámbito *sobre el cual puede ejercer poder un servidor público*; esto significa que si un servidor ostenta poder a nivel nacional en el ámbito de la educación pública su limitación debe tener el mismo alcance, a nivel nacional en la educación pública.

La pertinencia de la prohibición impuesta a estas figuras sería evidentemente lógica en función de la necesidad de precautelar el interés público, buscar el bien común, garantizar el ejercicio del derecho a la igualdad, evitar tráfico de influencias y el uso de información privilegiada (analizados a detalle de forma previa en esta tesis), aspectos que otorgarían justificación objetiva y razonable a tales limitaciones; sin embargo, a fin de determinar si la limitación se considera modulada es preciso valorar el nivel de poder (en la práctica más allá de la competencia legalmente otorgada), influencia y dominio que cada clase de servidor posee a nivel estatal y dentro de una entidad convocante.

En el caso de las autoridades del gobierno nacional es evidente que detentan un alto poder e influencia en las entidades del Estado, lo cual les permitiría fácilmente intervenir extraoficialmente y dirigir procesos de contratación a fin de favorecerse de los réditos económicos que estos generen, por lo cual la limitación se estima objetiva y razonable; adicionalmente, si consideramos el ámbito de competencia y ejercicio de poder de una autoridad nacional, el que la prohibición sea a nivel general con alcance nacional es la exacta correspondencia al nivel de injerencia que podría ejercer, por lo cual la considero una limitación correctamente modulada, sin perjuicio de ello debería extenderse a los funcionarios que han cesado en dichos cargos por un tiempo prudencial, teniendo en cuenta que el personal directivo y operativo inclusive que se mantiene en las instituciones estatales muy probablemente tendrán alguna clase de relación con las autoridades que hubieren cesado en funciones, lo que podría convertirse en una puerta abierta a un posible tráfico de influencias.

Respecto de las autoridades de gobierno seccional existe un poder similar, aunque más reducido en su alcance, pues se limita al sector sobre el cual tienen competencia y por tanto, su posibilidad de influencia se reduciría a la circunscripción dentro de la cual ejercen sus funciones. Por lo señalado diría que la prohibición establecida a estas autoridades también es objetiva y razonable, mas no adecuada en su modulación, toda vez que se trata de autoridades seccionales con poder limitado a un espacio geográfico, y por tanto debería tener carácter especial, es decir, regir únicamente dentro de su jurisdicción.

La norma en referencia no concuerda del todo con este criterio, toda vez que si bien el artículo 63 numeral 3 enumera como inhábiles *especiales* a autoridades seccio-

nales (consejeros, concejales y vocales de junta parroquial) el artículo 62 numeral 2 incluye como inhábiles *generales* a los prefectos y alcaldes que poseen poder similar y limitado de la misma forma que las demás autoridades seccionales, lo cual visto en función de la extensión del poder que detentan dentro de una jurisdicción seccional y por ello del riesgo de influencia en los procesos de contratación, no justificaría tal distinción de alcance, por lo cual estimo que la prohibición aplicable a los prefectos y alcaldes es excesiva, desde el punto de vista teórico. A esta categoría también le hace falta una regulación en cuanto a los ex funcionarios en el mismo sentido que el expuesto para las autoridades del gobierno nacional.

En cuanto a las autoridades administrativas enumeradas previamente sucede algo similar, toda vez que el poder que pueden ejercer es distinto, ya que en el caso del Director General del Servicio Nacional de Contratación Pública su campo de acción es nacional y por tanto podría interferir en todos los procesos de contratación del país por lo cual estimo perfectamente justificado que se le prohíba contratar con el Estado; sin embargo, en el caso de las demás autoridades administrativas señaladas en la norma su poder se circunscribiría a la entidad sobre la cual rigen o al proceso en el cual constituyen autoridad, por ello no considero adecuado que el artículo 62 numeral 2 incluya como inhábiles *generales* a los presidentes o representantes legales de las entidades contratantes, pues su capacidad de influencia se limita a la misma entidad que dirigen o a las adscritas a la misma, en virtud de lo cual estaríamos frente a una limitación excesiva en su alcance. En cuanto a la inhabilidad especial aplicable a los miembros de directorios u organismos similares o de la Comisión Técnica de la entidad convocante su alcance claramente se limita a la entidad en la cual ocupan esos cargos y no a la generalidad de instituciones del Estado, ante lo cual me permito concluir que en este aspecto existe una adecuada modulación entre el bien jurídico a proteger y la limitación de derechos particulares.

En relación a la tercera categoría relativa a los servidores públicos en general tenemos dos escenarios, primeramente encontramos una restricción aplicable de forma particular a los funcionarios del Servicio Nacional de Contratación Pública, misma que se encuentra catalogada como una inhabilidad general, lo cual significa que estos servidores quedan imposibilitados de contratar con todo el sector público, a diferencia de los demás servidores públicos a quienes se les restringe participar en los procesos precontractuales impulsados por la entidad a la que pertenecen y siempre que concurren una de las siguientes circunstancias: a) que hubieren tenido directa o indirectamente vincula-

ción en cualquier etapa del procedimiento de contratación (sea precontractual o contractual), b) que tengan un grado de responsabilidad en el procedimiento, c) que por sus actividades o funciones, se podría presumir que cuentan con información privilegiada; y, d) que con su acción u omisión pudieren favorecer a terceros con los cuales tenga interés.

Esta diferencia que hace el legislador entre los servidores del SERCOP y los de las demás instituciones del Estado podría juzgarse como excesiva al comparar las funciones inherentes al cargo de estos con los demás servidores del sector público que ocupan cargos similares; sin embargo, estimo que esta restricción está correctamente modulada en función de la relevancia de las actividades que desarrolla el ente rector de la contratación pública en el Ecuador y del incremento en el riesgo de manipulación de procesos precontractuales, aspecto que genera la necesidad de mayores protecciones y restricciones que las aplicadas inicialmente a la generalidad de servidores públicos.

Como hemos visto en este acápite, la norma ecuatoriana restringe la participación del servidor público *haciendo diferencias en cuanto al grado de injerencia y poder real que cada cargo puede representar*, lo que va en armonía con la doctrina relativa a limitación de derechos expuesta en el capítulo primero de esta tesis; sin embargo, considero que se requieren ajustes en función a los excesos antes señalados y a la necesidad de dimensionar adecuadamente la amenaza que representa el servidor público en procesos de contratación totalmente ajenos a la institución a la que pertenece y a las funciones que ejerce como parte del cargo que ocupa.

2.2.2. INHABILIDADES APLICABLES A LOS TERCEROS RELACIONADOS CON EL SERVIDOR PÚBLICO

El servidor público como ser humano ante todo es un ser social, lo cual implica que en su diario vivir desarrolla una variedad de relaciones personales y de negocios, cercanía que genera interés en el bienestar y prosperidad de sus allegados, especialmente respecto de sus familiares y socios comerciales, cuyos beneficios pueden representar el bien propio inclusive; por tanto, es apenas lógico pensar que cualquier persona velará por proteger y favorecer los intereses de las terceras personas con quienes se relaciona y en ese afán podría perder la imparcialidad, objetividad que requiere en el ejercicio de sus funciones. En relación a esto la Corte Constitucional de Colombia ha dicho que:

la norma acusada excluye a los familiares de determinados servidores de la posibilidad de contratar *con la entidad de la cual forma parte el funcionario*. La Corte en-

cuentra que este criterio es adecuado, pues entre los miembros de un mismo grupo familiar *existen nexos de lealtad y simpatía, que podrían parcializar el proceso de selección, el cual dejaría entonces de ser objetivo*. En efecto, es perfectamente humano intentar auxiliar a un familiar, pero estos favorecimientos en la esfera pública *contradicen la imparcialidad y eficiencia de la administración estatal*, la cual se encuentra al servicio del interés general. Por ello el favoritismo familiar o nepotismo ha sido uno de los vicios políticos y administrativos que más se ha querido corregir en las democracias modernas. No es pues extraño que esa lucha contra esas indebidas influencias familiares haya recibido consagración expresa en el constitucionalismo colombiano, como lo muestra el artículo 126 de la Carta, que prohíbe expresamente a los servidores públicos nombrar como empleados a sus familiares. Por consiguiente, *es razonable que la ley pretenda evitar la influencia de esos sentimientos familiares en el desarrollo de la contratación estatal* pues, como lo expuso la sentencia C-415 de 1994, de esa manera se busca rodear de condiciones de transparencia, imparcialidad y seriedad a todo el proceso de contratación, el cual no sólo se reduce a la decisión definitiva sino al trámite anterior que conlleva a la determinación de contratar con un particular⁵⁰.

El examen de la Corte colombiana evidencia que el riesgo que una persona sea favorecida en un proceso de contratación estatal es razonablemente esperable cuando algún pariente suyo es el servidor público que participa en el proceso administrativo respectivo, cosa que la legislación propende evitar; de hecho, la prevención del conflicto de intereses se ha materializado en convenios internacionales, así la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción en su artículo 8 numeral 5 dispone que cada Estado Parte de la Convención procurará, cuando proceda y de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, establecer medidas y sistemas para exigir a los funcionarios públicos que hagan declaraciones a las autoridades competentes en relación, entre otras cosas, con sus actividades externas y con empleos, inversiones, activos y regalos o beneficios importantes que puedan dar lugar a un conflicto de intereses respecto de sus atribuciones como funcionarios públicos.

Como hemos visto tanto en las normas de Derecho Internacional se han integrado algunos resguardos específicos para que los servidores públicos no puedan intervenir en los asuntos donde intervenga su familia o terceros en los cuales podría tener algún interés (mismo que se evidencia con claridad cuando el servidor es parte de sociedades comerciales), en concordancia con ello la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 232 inciso segundo dispone: “[...] Las servidoras y servidores públicos se abstendrán de actuar en los casos *en que sus intereses entren en conflicto con los del organismo* o entidad en los que presten sus servicios” (Énfasis añadido). La razón de estas regulaciones obedece al razonamiento obvio de que en circunstancias donde parti-

⁵⁰ Corte Constitucional de Colombia, sentencia número C-429/97. Énfasis añadido.

cipen terceros que le sean de interés al servidor, este difícilmente podrá ser imparcial y en el mejor de los casos si lo fuere, sus decisiones estarán expuestas a dudas y cuestionamientos de la sociedad⁵¹.

La LOSNCP en aplicación al criterio expuesto ha hecho extensivas las prohibiciones para contratar con el Estado a los terceros relacionados con los servidores públicos, así se entienden impedidos para contratar con el Estado:

a) En virtud del artículo 62 numeral 2 de la LOSNCP: los cónyuges o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, del Presidente, el Vicepresidente de la República, los ministros y secretarios de Estado, el Director General o la Directora y demás funcionarios del Servicio Nacional de Contratación Pública, los legisladores, los presidentes o representantes legales de las Entidades Contratantes, los prefectos y alcaldes.

Al tratarse de una inhabilidad contenida en el artículo 62 de la LOSNCP estamos hablando de un impedimento de carácter general con aplicación nacional, en este sentido se entendería que los cónyuges o parientes en los grados descritos no podrían ser proveedores del Estado en ningún caso, lo cual constituye una limitación razonable en función del análisis de riesgo antes expuesto, pero podría entenderse como excesivo toda vez que no existe una valoración de riesgo individual por tipo de cargo y ejercicio de poder real, toda vez que no es igual la capacidad de injerencia del Ministro de Estado para favorecer a su tío que la que puede ejercer el representante legal de una empresa pública municipal de Machala para favorecer a su primo en la ciudad de Ibarra, por citar un mero ejemplo con fines didácticos.

Quizá por ello en un intento de superar este aspecto el artículo 110 del Reglamento General a la LOSNCP establece que la inhabilidad prevista en el numeral en examen, *se circunscribe a la entidad contratante en la que intervienen los dignatarios, funcionarios y servidores con los cuales existe el grado de consanguinidad o parentesco*; con ello se entiende que pese a que la limitación a los parientes de estos funcionarios y servidores sea una inhabilidad general se aplica de manera especial. A pesar de que este nuevo alcance de la restricción se podría considerar razonable desde el punto

⁵¹ Al respecto la referida sentencia colombiana número C-429/97 añade que “al tomar en consideración la influencia de ese factor familiar, la ley no está violando el principio de la buena fe, que debe regir las relaciones entre el Estado y los particulares (CP art. 83) sino que, *con base en la experiencia social cotidiana, y en perfecta armonía con las propias disposiciones constitucionales* (CP art. 126), *está reconociendo la manera como las relaciones familiares pueden afectar la imparcialidad de la acción administrativa y de la función pública*”. (Énfasis añadido).

de vista de fondo, no lo es en cuanto a la forma, pues se estaría pretendiendo reducir el alcance de la norma a través de disposición reglamentaria, lo cual es jurídicamente inadmisibile.

b) En virtud del artículo 63 numeral 3 de la LOSNCP: Los cónyuges o parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad de los miembros de directorios u organismos similares o de la Comisión Técnica *de la entidad convocante*.

Esta restricción es de carácter especial pues se limita al caso en que un proveedor tenga un cónyuge o familiar en altos mandos que pueden fácilmente manipular un proceso precontractual a su favor, por lo cual estimo que la restricción es modulada en cuanto al riesgo existente; adicionalmente es preciso señalar que se limita a la entidad en la que el servidor en cuestión preste sus servicios, lo cual convierte a esta disposición, a mi criterio, en modulada correctamente en cuanto al ámbito de aplicación⁵².

c) En virtud del artículo 63 numeral 4 de la LOSNCP: El cónyuge *de los servidores que hubieren intervenido en la etapa precontractual o contractual* o sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, así como las personas

⁵² Para la Corte Constitucional de Colombia (en la sentencia previamente citada) la inhabilitación de los familiares de los funcionarios de nivel directivo, de asesores y miembros de directorios u otros cuerpos colegiados que dirigen las políticas de una entidad específica está plenamente justificada, pues “la inhabilitación objeto de examen es adecuada *si realmente se dirige a los familiares de aquellas personas que gozan del poder de decisión de adjudicar contratos*, o pueden tener influencias que razonablemente *puedan determinar la decisión*, pues en tales casos esos vínculos colocan en peligro la transparencia y seriedad del proceso de contratación administrativa. Así las cosas, para la Corte es claro que *el personal que desempeña cargos de nivel directivo goza de aptitud para orientar las directrices de la entidad contratante*, por lo cual la parcialidad en sus decisiones puede afectar la transparencia del proceso de contratación administrativa. La inhabilitación en relación con sus familiares aparece razonable. Por su parte, *los servidores públicos del nivel asesor*, si bien no definen directamente las políticas centrales de la entidad, *ostentan un grado de confianza suficiente para influenciar la decisión*, por lo que la inhabilitación también constituye un medio adecuado y proporcionado para proteger el interés público implícito en la contratación administrativa. Así mismo, la Corte considera que se justifica constitucionalmente la prohibición acusada en relación con *los miembros de la junta o consejo directivo de la entidad contratante* pues, de acuerdo con el artículo 25 del Decreto 1050 de 1968, “la dirección de los establecimientos públicos y de las empresas industriales y comerciales del Estado estará a cargo de una junta o consejo directivo, que siempre presidirá un ministro o jefe del departamento administrativo o su delegado, y de un gerente, director o presidente, que será su representante legal.” Igualmente, los servidores públicos en estudio son directivos en las empresas sociales del Estado y de las sociedades de economía mixta con acción estatal mayoritaria”. En cuanto a los funcionarios que no forman parte del grupo señalado en el párrafo anterior, pero que ejercen algún cargo de tipo directivo de una unidad (un director jurídico) o a los que realizan el control interno (auditoría interna) la prohibición que sus familiares contraten con la entidad para la que prestan servicios, en opinión del Alto Tribunal colombiano está constitucionalmente validada porque “si bien estos funcionarios no ejercen un poder directo en la adjudicación de los contratos, se trata de servidores públicos que en forma indirecta pueden condicionar los resultados de los procesos contractuales. Así, los funcionarios del nivel ejecutivo son en general los encargados de elaborar y evaluar en concreto los distintos pliegos. Por su parte, los empleados que ejercen el control fiscal externo o interno de la entidad contratante, si bien no gozan de facultad decisoria directa, sí pueden ejercer, precisamente por sus funciones fiscalizadoras, influencias importantes en las decisiones de las entidades contratantes”. (Énfasis añadido).

jurídicas de derecho privado o sociedades de hecho en las que los indicados servidores, su cónyuge o sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad tengan participación, aún en el caso de que los servidores hubieran renunciado a sus funciones.

En esta disposición se observa que además de seguir la línea de prevención de riesgos de corrupción en cuanto al cónyuge y familiares del servidor, se prohíbe la participación de las personas jurídicas o sociedades de hecho en las que tanto el servidor como los terceros relacionados con este, tuvieren alguna participación; inclusión que considero oportuna y adecuada pues el servidor público, su cónyuge y familiares podrían perfectamente crear una sociedad que participe en los procedimientos de contratación en los cuales existiría uso de información privilegiada en función del cargo que ocupa el servidor público y su actuación en el proceso precontractual al que pretende acceder, empleando a la sociedad comercial como un medio de elusión de la inhabilidad legalmente establecida.

Adicionalmente se hace extensiva esta prohibición a aquellos casos en que el servidor hubiere renunciado a sus funciones, hecho que considero que justifica desde el entendimiento de que es una prohibición especial relativa únicamente al procedimiento de contratación en el cual el servidor participó, sobre el que siempre existirá posesión de conocimiento privilegiado que le daría ventaja frente a los demás proveedores, creando una desigualdad de inicio y quebrantando principios rectores de la contratación administrativa.

De lo expuesto se colige que en general los cónyuges, parientes y sociedades en las que un servidor público, su cónyuge y/o parientes pueden ser parte, tienen limitaciones para contratar con el Estado, mismas que están diferenciadas unas de otras en cuanto a su alcance y ámbito de aplicación, aspectos que se relacionan con la capacidad de injerencia del servidor público en todo el sector público (a nivel nacional), parte de este (a nivel seccional) o únicamente al interior de una entidad determinada.

Finalmente quiero concluir este espacio señalando que, si bien podría parecer efectivo modular disposiciones restrictivas con una prohibición tajante para reducir al máximo la posibilidad de manipulaciones y actos irregulares, bajo mi visión no es lo más adecuado, desde el punto de vista del equilibrio que debe existir en el ejercicio del Derecho, pues se estaría afectando las garantías humanas y constitucionales a los sujetos particulares, cuando estos no representan, en mi criterio, una amenaza real y con ello, se pierde la equivalencia y balance entre los intereses comunes a proteger y la limi-

taciones a las libertades y capacidades del particular, hecho que vicia la limitación y la hace susceptible de impugnación.

2.3. MARCO NORMATIVO CONTRADICTORIO

Como hemos visto la normativa en materia de contratación pública establece limitaciones para contratar con el Estado a los servidores públicos observando su ámbito de acción y poder real (más allá de las competencias legalmente otorgadas), lo cual está en armonía con la Constitución de la República del Ecuador que, en su artículo 232 inciso segundo dispone que los servidores públicos se abstendrán de actuar en los casos *en que sus intereses entren en conflicto con los del organismo* o entidad en los que presten sus servicios, lo cual muestra una adecuada proporcionalidad y modulación de las restricciones al accionar del servidor público.

A pesar que la prohibición expuesta tanto en la Constitución como en la LOS-NCP puede parecer clara y con ello fácil de llevar a la práctica, pues quedaría en evidencia que el impedimento para contratar es aplicable a los servidores públicos que poseen capacidad de injerencia en una entidad o estén vinculados en algún momento con el proceso de contratación y los terceros relacionados con este, existe una disposición legal contenida en el artículo 24 literal j) de la Ley Orgánica de Servicio Público (LOSEP)⁵³ que posee matices diferentes a los ya analizados y prescribe:

Prohíbese a las servidoras y los servidores públicos lo siguiente:[...]

j) Resolver asuntos, intervenir, emitir informes, gestionar, tramitar o suscribir convenios o contratos con el Estado, por si o por interpuesta persona u obtener cualquier beneficio que implique privilegios para el servidor o servidora, su cónyuge o conviviente en unión de hecho legalmente reconocida, sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad. *Esta prohibición se aplicará también para empresas, sociedades o personas jurídicas en las que el servidor o servidora, su cónyuge o conviviente en unión de hecho legalmente reconocida, sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad tengan interés; [...]* (Énfasis añadido).

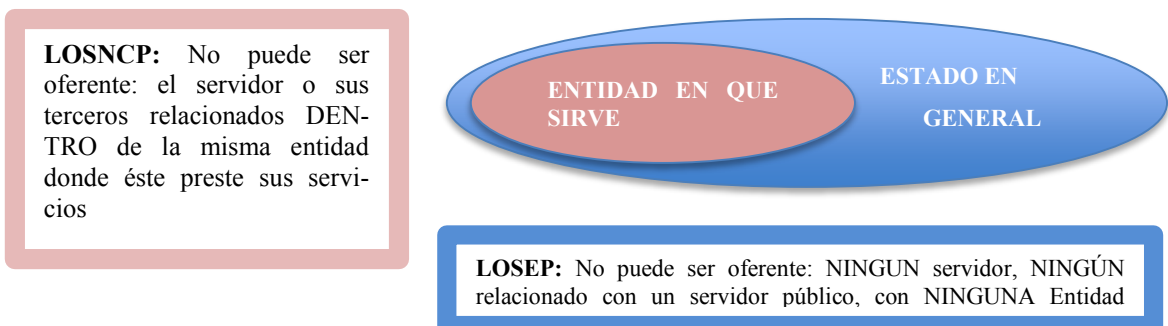
De acuerdo a lo expuesto en esta norma se entendería que la LOSEP está prohibiendo a *todos los servidores públicos participar en cualquier contratación con el Estado*, que la calidad de servidor público le impide participar *en todos los procesos* contractuales generados en el sector público y ser contratista del Estado, sea de manera directa o indirecta; sin considerar el ámbito de injerencia de este o si existe conflicto de intereses o no, con lo que, en mi criterio, se pierde la proporcionalidad necesaria entre

⁵³ Ley Orgánica de Servicio Público LOSEP, publicada en el suplemento del Registro Oficial No. 294 de 6 de octubre de 2010. Disponible en Legislación Indexada - Lexis, consultado el 13 de agosto de 2016.

riesgo y medida restrictiva de la que hemos analizado.

Más grave aún es, en mi opinión, el que cree una imposibilidad para ser proveedor del Estado *en general* aplicable a las empresas, sociedades o personas jurídicas en las que intervengan el cónyuge o conviviente en unión de hecho legalmente reconocida y los parientes del servidor hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad; con lo cual *toda persona* que sea participe en una de esas figuras jurídicas y que tuviere un pariente en el sector público ocasionaría que su empresa, sociedad o ente jurídico quede excluido de la contratación con el Estado a todo nivel, lo cual además de ser excesivo en la práctica se torna en utópico, puesto que es altamente probable que un oferente tenga algún pariente en el sector público a cualquier nivel, lo que a mi juicio evidencia que la disposición excede en mucho los límites de la razonabilidad y objetividad.

La prohibición referida supera de forma desproporcionada lo dispuesto por la Carta Magna y lo ordenado por la LOSNCP que en su artículo 63 limita la participación a los terceros relacionados con el servidor público en las entidades donde el servidor presta sus servicios y en los procesos respecto de los cuales este hubiere tenido alguna participación. Así se puede apreciar en el siguiente esquema:



Estas contradicciones normativas hacen que en la práctica surjan dudas respecto del alcance de las prohibiciones, dando como consecuencia que las entidades actúen con distinto criterio, bajo el razonamiento de sus funcionarios que para prevenir sanciones optan por solicitar criterios a la Procuraduría General del Estado en el mejor y más reducido número de casos, ya que en general deciden aplicar la prohibición con mayor alcance y así afectan a los intereses de los proveedores del Estado, vician los procesos precontractuales y causan inseguridad jurídica.

De lo señalado es evidente que existe una contradicción normativa entre la LOSEP y la LOSNCP que en algún sentido ha tratado de ser superada. Así, por ejemplo, la Procuraduría General del Estado se ha pronunciado al respecto en sentido afín a lo dispuesto por la LOSNCP y sus alcances, para muestra de ello me permito citar como

ejemplos los siguientes pronunciamientos:

1) Criterio contenido en Oficio PGE. No. 05783 de 05 de enero de 2011, publicado en el Registro Oficial No. 704 de 16 de mayo de 2012 (la inhabilidad debe limitarse a la entidad contratante): la inhabilidad por parentesco establecida en la letra j) del artículo 24 de la LOSEP, *no es de carácter general sino especial* y por tanto impide la suscripción de contratos, si el parentesco (del oferente o miembro de la persona jurídica oferente), hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, *se produce respecto de los servidores de la respectiva entidad contratante*. (Énfasis añadido).

2) Criterio contenido en Oficio PGE. No. 05979 de 17 de enero de 2012, publicado en el Registro Oficial No. 704 de 16 de mayo de 2012 (la inhabilidad debe limitarse a los asuntos conocidos por el servidor y se circunscribe a la entidad contratante): La inhabilidad que establecen el numeral 4 del artículo 63 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, el numeral 1 del artículo 111 de su Reglamento General y la letra j) del artículo 24 de la Ley Orgánica del Servicio Público, se configura *si el servidor hubiere intervenido en el procedimiento precontractual y/o contractual en forma directa*, y en tal evento, la inhabilidad sería extensiva a sus familiares dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad.

Debido a la falta de claridad y evidente contradicción normativa en cuanto al alcance que debe darse a la restricción aplicable los servidores públicos y sus terceros relacionados para contratar con el Estado, me permito plantear la problemática de las antinomias jurídicas como aspecto fundamental a considerar de forma básica para resolver la antinomia evidenciada en el presente capítulo.

2.3.1. TEORÍA DE LAS ANTINOMIAS JURÍDICAS APLICADA A LA CONTRADICCIÓN NORMATIVA ENTRE LA LOSNCP Y LA LOSEP

En todo ordenamiento jurídico existe multiplicidad de normas que regulan diferentes ámbitos, mismas que tienen su origen en una norma primaria básica y fundamental; de ella emanan cuerpos normativos con diferentes campos de regulación y alcance en sus disposiciones; este hecho influye en la determinación del nivel que cada una ocupará dentro de la jerarquía de normas del sistema jurídico.

Al respecto el tratadista Norberto Bobbio sostiene que un ordenamiento jurídico es, ante todo, una unidad porque se asienta sobre la Constitución que es *la norma fundamental a la cual se pueden hacer remontar, directa o indirectamente, todas sus normas* y añade que *la legislación no sólo debe ser una unidad sino que, además, debe*

responder a un criterio sistemático; por tanto, al legislar se debe procurar crear una *unidad sistemática*⁵⁴. La motivación de este requerimiento viene de la necesidad de orden en el sistema jurídico para evitar el conflicto y asegurar la paz, meta que no podría ser alcanzada si el sistema jurídico permitiese a personas con intereses opuestos argumentar válidamente sus posturas contrarias al mismo tiempo con sustento en normas de igual valor, jerarquía o especialidad, pues ello sería el comienzo del caos.

De lo expuesto y aplicando un criterio lógico, en principio la teoría de las antinomias sería innecesaria, pues si un sistema jurídico es coherente consigo mismo las antinomias no deberían existir. Al respecto Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas explica que: “entre los juristas a los casos de incompatibilidad normativa se les denomina antinomias, por lo que la coherencia del sistema jurídico es equivalente a la inexistencia de antinomias, o a su eliminación cuando aparecen”⁵⁵; sin embargo en la práctica son muy frecuentes en cualquier legislación y es comprensible que sea así, pues las normas jurídicas son el resultado de actos de producción normativa sucesivos en el tiempo que responden, además, a intereses e ideologías diversas⁵⁶. Por esto es que las antinomias no son extrañas a la norma, más bien como señala Prieto Sanchís *son una consecuencia natural del dinamismo de los sistemas jurídicos* sin que ello exima de la necesidad de racionalidad por parte de legislador, quien debería procurar evitarlas, *bien absteniéndose de dictar normas contradictorias con otras precedentes, bien eliminando del sistema a estas últimas*⁵⁷.

Ahora bien, para reconocer cuando dos normas configuran una antinomia estimo preciso citar a la Corte Constitucional colombiana para la cual constituye antinomia: “propiamente hablando, aquella situación en la que se dan dos normas incompatibles

⁵⁴ Parafraseando a Norberto Bobbio, *Teoría General del Derecho*, (Santa Fe de Bogotá: Temis, 1992), 176.

⁵⁵ Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas, “Conflictos normativos e interpretación jurídica”, *Colección Cuadernos de Divulgación sobre Cultura de la Legalidad*, No. 2, (México: Tribunal Electoral del Estado de Michoacán, 2010), 15. Disponible en http://www.ijf.cjf.gob.mx/Bibliotecadigital/Otros/ganuzas_ponencia.pdf, consultado el 29 de junio 2016.

⁵⁶ Incluso para Ferrajoli, los fenómenos de *incoherencia, falta de plenitud, antinomias y lagunas son, dentro de ciertos límites, vicios insuprimibles en el Estado constitucional de derecho*; pero ello no quiere decir que la ciencia jurídica no deba aspirar a combatir estos fenómenos y señala que la respuesta a la crisis del derecho está precisamente en el mismo derecho. Una de estas respuestas es el ejercicio de las garantías y un papel más activo de los jueces, pues la *incoherencia y falta de plenitud, si bien no son irreductibles más allá de ciertos límites, dentro de éstos son reducibles mediante las adecuadas garantías*. Parafraseando a Luigi Ferrajoli, *Derechos y Garantías*, (Madrid: Trotta, 2001), 25 - 28.

⁵⁷ Parafraseando a Luis Prieto Sanchís, *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, (Madrid: Trotta, 2003), 176.

entre sí, que pertenecen a un mismo ordenamiento y *tienen un mismo ámbito de validez*”; y, aclara que esta definición: “*se refiere a ámbitos de validez temporal, espacial, personal y material, es decir a que las normas en colisión se apliquen en el mismo tiempo, en el mismo lugar, a las mismas personas y regulen la misma materia*”⁵⁸. (Énfasis añadido). Por su parte Luis Prieto Sanchís opina que las antinomias se producen cuando: “dentro de un mismo sistema jurídico se imputan *consecuencias incompatibles a las mismas condiciones fácticas*, es decir, cuando en presencia de un cierto comportamiento o situación de hecho *encontramos diferentes orientaciones que no pueden observarse simultáneamente*”⁵⁹, (énfasis añadido); por ejemplo, una norma jurídica permite no hacer lo que otra ordena, o prohíbe lo que otra manda, etc.

Previamente a establecer cuando estaremos frente a una antinomia es preciso recordar que el Derecho Constitucional moderno estima que una norma jurídica está compuesta de tres elementos:

1) Los principios: Ramiro Ávila Santamaría dice que: “los principios son normas téticas que establecen un mandato de maximización⁶⁰, normalmente constan en el plano constitucional y tienen una estructura carente de hipótesis y de obligación concreta”⁶¹. “Una norma es tética cuando tiene un mandato de optimización, pero no tiene una condición, ni obligación clara”⁶². De lo expuesto podemos colegir que los principios son declaraciones generales que en ocasiones van ligadas a derechos universales, cuya característica es que no vislumbran circunstancias específicas, casos particulares o excepciones, ya que plasman lo que debe ser, el ideal, a lo que la humanidad debe propender

⁵⁸ Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia No. C-1287/01*, (Bogotá: 05 de Diciembre de 2001). Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-1287-01.htm>, consultado el 29 de junio de 2016.

⁵⁹ Luis Prieto Sanchís, “Observaciones sobre las antinomias y el criterio de ponderación”, *Cuadernos de Derecho Público*, No. 11, (España: INAP, 2000), 9. Edición Electrónica. Disponible en <http://revistasonline.inap.es/index.php?journal=CDP&page=article&op=view&path%5B%5D=586&path%5B%5D=641>, consultado el 29 de Junio de 2016.

⁶⁰ “...un mandato de maximización implica que la Constitución pretende que el derecho se extienda *lo máximo posible*, pero que, por otra parte, debe equilibrarse con la extensión del resto de los mandatos constitucionales” (Énfasis del autor). Antonio Álvarez del Cuvillo, *Los derechos fundamentales en la empresa*, (España: Universidad de Cádiz, 2013), 18. Disponible en https://ocw.uca.es/pluginfile.php/2526/mod_resource/content/1/Tema%201%20.pdf, consultado el 04 de Julio de 2016.

⁶¹ Ramiro Ávila Santamaría, edit., *la Constitución del 2008 en el contexto andino*, 24.

⁶² Ramiro Ávila Santamaría, *En Defensa del neoconstitucionalismo transformador. Los debates y los argumentos*, (Quito: UASB, 2012) 7. Disponible en [http://www.uasb.edu.ec/UserFiles/372/File/pdfs/PAPER%20UNIVERSITARIO/Ramiro%20Avila%20\(Neoconstitucionalismo\).pdf](http://www.uasb.edu.ec/UserFiles/372/File/pdfs/PAPER%20UNIVERSITARIO/Ramiro%20Avila%20(Neoconstitucionalismo).pdf), consultado el 04 de Julio de 2016.

pero no establece los caminos para llegar ahí, pues estos se instrumentan en las regulaciones posteriores. En definitiva diremos que, los principios son normas téticas porque son generales y abstractos y “atribuyen derechos fundamentales a todos los que normativamente corresponda”⁶³.

2) las reglas o enunciados lingüísticos: A la inversa de los principios, las reglas regulan casos concretos, creando hipótesis. Manuel Atienza señala que: “las reglas se caracterizan por ordenar un curso de acción determinado cuando se dan unas condiciones de aplicación también determinadas”⁶⁴. En otras palabras, se trata de *enunciados lingüísticos* que se componen por una hipótesis de hecho y una consecuencia, deben guardar conformidad con los principios constitucionales y constan en el Derecho ordinario o la jurisprudencia. Por lo señalado diremos que las reglas son directrices lingüísticas, esto es, instrucciones expresadas en una lengua determinada, destinadas a establecer, en función de un hecho hipotético, mandatos, prohibiciones o normas permisivas; con ello, desarrollan los principios, creando el camino para llegar al ideal establecido como meta.

3) la valoración de justicia⁶⁵: Consiste en la búsqueda por parte del juez de los ideales de la norma para la correcta comprensión de un problema y su justa solución. Está relacionada con la armónica correspondencia entre el principio, que es intangible e inmutable, con la regla, que puede variar, ser reformada o derogada; por lo cual, es preciso identificar y discernir la vigencia de una regla de su validez. La valoración de la justicia se concreta, según Ramiro Ávila Santamaría, en el hecho que: “al aplicar el derecho, el resultado debe ser la realización de la justicia. Una regla es parte del sistema jurídico y el sistema no puede arrojar resultados injustos. Si se presenta el caso en el que una regla no es coherente con el principio, quien tiene autoridad para aplicar la regla debe buscar otra regla; si no existe la regla, entonces debe crearla. Si la regla es conforme con el principio, pero arroja un resultado injusto, se debe buscar otra regla y otro principio”⁶⁶.

Con las especificaciones realizadas diremos que las antinomias pueden presen-

⁶³ Sebastián Antonio Contreras Aguirre, *Ferrajoli y los derechos fundamentales*, Revista de la Inquisición, No. 16, (España: 2012), 127. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4037665> consultado el 04 de Julio de 2016.

⁶⁴ Manuel Atienza, *Tras la justicia*, 1ª edición, (Barcelona: ARIEL, 1993), 173.

⁶⁵ Carlos Santiago Nino, *Ética y derechos humanos*, en Ramiro Ávila Santamaría, edit., *la Constitución del 2008 en el contexto andino*, (Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008), 24.

⁶⁶ Ramiro Ávila Santamaría, edit., *la Constitución del 2008 en el contexto andino*, 25.

tarse en dos grados: de primer grado cuando estamos ante conflictos normativos que a su vez evidencien contradicciones entre principios, entre reglas o entre principios y reglas; y de segundo grado, cuando las contradicciones surgen entre los criterios para solucionar las antinomias detectadas, pues se dan situaciones en que dos normas antinómicas tienen una misma jerarquía, misma antigüedad y especialidad (como en el caso de dos disposiciones contenidas en la misma ley); ante esto los criterios de solución de antinomias resultan insuficientes y la doctrina prevé otras soluciones.

Respecto de las antinomias entre principios Jaime Cárdenas Gracia manifiesta que *en todas partes del orden jurídico se notan fricciones entre los principios de todo derecho, toda vez que ninguno puede ser realizado de manera total, o sobreponerse de forma absoluta sobre los demás, alguno de ellos tiene que ser sacrificado*, de acuerdo a los requerimientos de cada caso⁶⁷. Las antinomias de principios están presentes en todos los sistemas jurídicos y consisten en la incompatibilidad entre los valores o principios, generalmente constitucionales, que los inspiran. De conformidad a nuestra Constitución los principios jurídicos tienen un mismo valor (artículo 11 numeral 6), por lo que la solución de las antinomias que entre ellos se presenten sería preciso usar el razonamiento de ponderación, donde se buscará las razones de *derrotabilidad* de uno de ellos en beneficio del otro, aplicables de forma singular a un caso particular en cuestión.

Por otra parte (a pesar de que primera vista parezca improbable) existen antinomias que suelen enfrentar a los principios con las reglas, en cuyo caso la solución de desde el punto de vista teórico sería la aplicación directa del principio (que por lo general es de orden constitucional) por encima de la regla. Sin embargo, no es infrecuente que ocurra lo contrario, que sea la regla la que prevalezca según el criterio de quien la aplica, aun cuando esta atropelle el principio. En este punto la verdadera cuestión problemática radica en las contradicciones entre reglas y principios, donde repetidamente las reglas podrían contradecir parcial o totalmente lo que el principio dispone, en cuyo caso es común que los servidores públicos (judiciales y administrativos) prefieran aplicar normas legales o incluso reglamentarias por encima de las constitucionales, por desconocimiento de lo que en Derecho corresponde hacer o por temor a sanción del ente regulador.

⁶⁷ Parafraseando a Jaime Cárdenas Gracia, *La argumentación como Derecho*, 3ra reimpresión, (Ciudad de México: UNAM, 2009), 129. Disponible en Biblioteca Jurídica Virtual de la UNAM <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=1584>, consultado el 04 de Julio de 2016.

En cuanto a las antinomias entre reglas, que es el caso que nos interesa de acuerdo a la naturaleza de la contradicción normativa establecida en esta tesis, es preciso referir que la doctrina establece algunas categorizaciones de antinomias entre reglas, que por lo epidérmico de este acápite me limitaré a enumerar y conceptualizar brevemente:

a) Por su complejidad: solubles e insolubles; Norberto Bobbio explica que existen las antinomias solubles (a las que él considera como aparentes) y las antinomias insolubles (o antinomias reales), distinción que parte del principio que si bien la jurisprudencia ha elaborado algunas reglas para resolver las antinomias, es necesario tener presente que éstas no sirven para resolver *todos los casos posibles de antinomia*⁶⁸.

b) Por su extensión: El hecho que dos normas jurídicas sean incompatibles entre sí por razones de jerarquía, temporalidad, especialidad y competencia no significa que por fuerza deban neutralizarse *por completo*; la incompatibilidad puede no ser completa, en cuyo caso de todos modos existe antinomia, pero parcial. En vista de lo señalado, se reconoce que existen antinomias normativas en función de su extensión, las que pueden ser denominadas como *antinomia total-total*, *antinomia total-parcial* y *antinomia parcial-parcial*.

c) Por el momento de identificación: Nos encontraremos ante una antinomia de este tipo cada vez que dos normas declaran consecuencias jurídicas incompatibles a supuestos de hecho (supuestos concretos) que se superponen (en todo o en parte) conceptualmente. En este caso, o alguna norma no es válida u opera como una excepción permanente frente a las demás. Prieto Sanchís añade que una antinomia es interna o en abstracto: “cuando los supuestos de hecho descritos por las dos normas *se superponen conceptualmente*, de tal forma que cuando pretendamos aplicar la una *nacerá el conflicto con la otra*”⁶⁹. (Énfasis añadido). En contraposición tenemos a *las antinomias contingentes o en concreto*, en cuyo caso: “*sólo en presencia de un caso concreto podemos advertir la concurrencia de ambas normas y sólo en ese momento aplicativo hemos de justificar por qué optamos a favor de una u otra, opción que puede tener diferente resultado en un caso distinto*”⁷⁰. (Énfasis añadido).

Con las precisiones realizadas a fin de identificar y tipificar la antinomia materia

⁶⁸ Parafraseando a Norberto Bobbio, *Teoría general del Derecho*, 191.

⁶⁹ Parafraseando a Luis Prieto Sanchís, *Observaciones sobre las antinomias y el criterio de ponderación*, 11.

⁷⁰ Luis Prieto Sanchís, *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, 179.

de estudio de esta tesis, me permito exponer los criterios de solución de antinomias establecidos al tenor de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJyCC), norma que facilita mecanismos para que en caso que se presenten antinomias entre reglas los jueces puedan encaminar su motivación en la vía de una argumentación que cumpla con los parámetros de razonabilidad, logicidad y claridad, requerimientos que debe cumplir toda sentencia judicial⁷¹. Así ordena el artículo 3 numeral 1:

Artículo 3.- Métodos y reglas de interpretación constitucional.- Las normas constitucionales se interpretarán en el sentido que más se ajuste a la Constitución en su integralidad, en caso de duda, se interpretará en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos reconocidos en la Constitución y que mejor respete la voluntad del constituyente.

Se tendrán en cuenta los siguientes métodos y reglas de interpretación jurídica constitucional y ordinaria para resolver las causas que se sometan a su conocimiento, sin perjuicio de que en un caso se utilicen uno o varios de ellos:

1. *Reglas de solución de antinomias.-* Cuando existan contradicciones entre normas jurídicas, *se aplicará la competente, la jerárquicamente superior, la especial, o la posterior.* [...]

Criterio de competencia

Este criterio dispone que en el caso que una de las normas en conflicto surja de una disposición dictada por un órgano *competente para regular esa materia (norma c)* y la otra provenga de una disposición dictada por un órgano que *carecía de competencia* para ello (*norma s/c*), ha de prevalecer la que proviene del órgano competente.

Riccardo Guastini explica que el criterio de competencia para la solución de antinomias es aplicable bajo las siguientes circunstancias:

- a) Que se produzca un conflicto entre normas provenientes de fuentes de tipo diverso;
- b) Que entre las dos fuentes en cuestión no exista una relación jerárquica (por estar dispuestas sobre el mismo plano en la jerarquía de las fuentes); y,
- c) Que las relaciones entre las dos fuentes estén reguladas por otras normas jerárquicamente superiores, atribuyendo -y de esa forma, reservando- a cada una de ellas una diversa esfera material de competencia, de modo que cada una de las dos fuentes tenga la competencia exclusiva para regular una cierta materia. Este criterio guarda alguna semejanza con el criterio jerárquico, pero la relación de jerarquía no se establece

⁷¹ La Corte Constitucional ecuatoriana en Sentencia No. 003-14-SEP-CC, ha determinado tres requisitos que permiten comprobar si una decisión emitida por autoridad pública, ha sido motivada o no, siendo ellos la *razonabilidad, lógica y comprensibilidad*. Para la Corte, según una de sus sentencias, la *razonabilidad* de una decisión se expresa en la fundamentación de los principios constitucionales y legales, esto es, en el derecho; la *lógica*, hace referencia a la existencia de la debida coherencia entre las premisas y la conclusión, en tanto que la *comprensibilidad* involucra la claridad en el lenguaje utilizado en la decisión con la finalidad que pueda ser entendida por cualquier ciudadano.

entre las normas en conflicto, sino de ambas como subordinadas de una tercera⁷².

Lo referido se aprecia en el artículo 425 de nuestra Constitución según el cual las ordenanzas regionales y las distritales tienen una misma jerarquía; pero los órganos regionales tienen una competencia diversa respecto de los distritales, de modo que en caso que esos organismos hayan expedido normas antinómicas entre sí sobre una materia específica, prevalecerá aquella que provenga del organismo competente.

En el asunto en examen tenemos que tanto la LOSNCP como la LOSEP fueron expedidas por un mismo órgano estatal: la Asamblea Nacional en uso de sus atribuciones constitucionales, en consecuencia, este criterio no es aplicable para solucionar la antinomia.

Criterio de jerarquía

Generalmente suele expresarse con el adagio *latino lex superior derogat inferiori* (la ley superior deroga a la inferior), lo que muestra de manera clara cuál es la preferencia en caso de conflicto.

Este criterio señala que en el caso de que cada una de las disposiciones en conflicto surja de normas de distinto rango jerárquico (como puede ser, por ejemplo, constitución y ley, o ley y reglamento), prevalecerá la que deriva de la disposición de mayor rango. En estos casos lo que ocurre es que una de las disposiciones, en concreto la de menor rango, carecería de validez y el conflicto sería sólo aparente (antinomia soluble o aparente). Este criterio se encuentra recogido en la Constitución de la República del Ecuador que en su artículo 425 dispone:

El *orden jerárquico* de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.

En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, *lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior*.

La jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, *el principio de competencia*, en especial la titularidad de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados.

⁷² Riccardo Guastini, "Antinomias y Lagunas", *Anuario del Departamento de Derecho de la UNAM*, volumen 29, (México: UNAM, 1999), 440. Disponible en <https://docs.google.com/viewerng/viewer?url=http://server2.docfoc.com/uploads/Z2015/12/08/MCSpzfteon/c6f23cb1b8cdc742b6dd82a5d4bd1aa9.pdf>, consultado el 19 de Agosto de 2016.

Como vemos el segundo inciso manda que en caso de conflicto entre normas se aplique el criterio de la jerarquía normativa y el inciso final manda al intérprete que para aplicar el principio de jerarquía se debe considerar el principio de competencia, con especial atención las correspondientes a los gobiernos autónomos descentralizados; lo dicho muestra el nexo entre estos dos criterios para la solución de antinomias referido con anterioridad.

Las leyes en análisis en este acápite se hallan declaradas como leyes orgánicas, por lo cual tienen un rango jerárquico equivalente, razón por la que este segundo criterio tampoco es útil para solucionar la antinomia específica en estudio.

Criterio de especialidad

A este criterio se le identifica con la máxima latina *lex specialis derogat generali*, (la ley especial deroga a la general), y establece una regla de preferencia según la cual, en caso de que haya conflicto y siempre que entre las normas que colisionan pueda establecerse una relación de especialidad, debe aplicarse la norma especial o más específica.

El criterio de especialidad se aplica cuando se produce un conflicto normativo entre una norma general y otra especial; y se sustenta en que, la ley especial quita una parte de la materia regida por la norma de mayor amplitud, para someterla a una reglamentación diversa (que puede resultar contraria o contradictoria).

Este criterio se encuentra presente en el Derecho ecuatoriano, ya que el Código Civil, en su artículo 12 declara que cuando *una ley contenga disposiciones generales y especiales que estén en oposición, prevalecerán las disposiciones especiales*⁷³. El criterio de especialidad prevalece, por regla general, incluso sobre el de cronología (que analizaré a continuación), en virtud de esto es que el artículo 39 del mismo Código añade que *la ley especial anterior no se deroga por la general posterior, si no se expresa*.

Cuando se aplica el criterio de especialidad no se invalida la norma general, tampoco se la deroga totalmente. La aplicación de este criterio implica una derogación sólo de aquella parte de la norma general que es incompatible con la norma especial. Como expresa Bobbio: “por efecto de la ley especial, la ley general pierde vigencia par-

⁷³ En nuestro medio la Constitución sólo reconoce la existencia de leyes orgánicas y ordinarias; el establecimiento de leyes generales y especiales sólo es de orden legal, tanto por el artículo 3 numeral 1 de la LOGJyCC, antes citado, como por el Código Civil en sus artículos 12, 39, 321, 349, 601, 607, 612, 614, 656, 702, 1595, entre otros.

cialmente”⁷⁴.

Aplicando este criterio para analizar la antinomia entre la LOSNCP y la LOSEP que es materia de estudio en esta tesis, tenemos que la especialidad de las leyes está declarada en ellas, cuando el legislador fijó el ámbito de alcance de cada una. Así, en la LOSNCP, el artículo 1 establece que dicho cuerpo legal: “*determina los principios y normas para regular los procedimientos de contratación para la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultoría, que realicen las entidades estatales que designa en los ocho numerales que aparecen a continuación del texto transcrito: es decir, el ámbito de especialidad de la LOSNCP es la contratación pública para adquirir bienes, ejecutar obras y proveer servicios a favor de las instituciones contempladas en esa Ley. Mientras que por otra parte, el artículo 3 de la LOSEP establece que: “las disposiciones de la presente ley son de aplicación obligatoria, en materia de recursos humanos y remuneraciones, en toda la administración pública”, de lo cual se evidencia que la especialidad de la LOSEP es la gestión de talento humano y el régimen de remuneraciones de los servidores públicos*”⁷⁵.

En consecuencia, por aplicación del campo de especialidad podemos decir que la LOSNCP fija quien puede y quien no puede celebrar los contratos con el Estado, en la forma y a través de los mecanismos que ella misma contempla; en tanto que la LOSEP tiene un alcance diferente, ya que establece el régimen de relaciones entre el Estado y sus servidores.

Por lo expuesto, atendiendo el criterio de especialidad estimo que las reglas de la LOSNCP prevalecen por encima de las establecidas en el artículo 24 literal j) de la LOSEP, exclusivamente en lo que tiene que ver con los contratos que en la primera se regulan; por su parte, la LOSEP prevalece en todo tipo de contratos estatales no reglados en la LOSNCP, salvo en el caso que estemos ante contratos gobernados por otros cuerpos orgánicos que resulten ser especiales en sus materias respectivas. Por ejemplo, en los contratos de concesión de frecuencias radioeléctricas para radiodifusión y televisión no resultan aplicables las normas de la LOSNCP, por lo que en principio, convendremos que éstos no pueden ser suscritos nunca y bajo ninguna circunstancia con servidores públicos, por efecto de la regla del artículo 24 literal j) de la LOSEP. Digo, en prin-

⁷⁴ Norberto Bobbio, *Teoría General del Derecho*, 195.

⁷⁵ De acuerdo con el artículo 229 de la Constitución son servidores públicos “todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público”, concepción con la que coincide el artículo 4 de la LOSEP.

cipio, porque el ámbito contractual aludido en el ejemplo está regido por la Ley Orgánica de Comunicación y por la Ley Orgánica de Telecomunicaciones. Igual cosa podemos decir de los contratos de concesión petrolera, minera, de carreteras, etc.

Criterio cronológico

Se identifica a este criterio con la expresión latina *lex posterior derogat priori*, (la ley posterior deroga a la anterior); y, en síntesis, implica que en los casos en que las normas en conflicto deriven de disposiciones promulgadas por una misma fuente, en distintos momentos temporales, se debe preferir a la norma más reciente en el tiempo.

Este criterio se aplica para resolver conflictos cronológicos entre *normas válidas y de igual jerarquía, pero tiene dos limitaciones*: a) sólo puede emplearse *respecto de normas comunes* (entre leyes orgánicas, entre leyes ordinarias, etc.); de lo contrario se resolverá el conflicto verificando si la norma posterior derogó o no a la anterior a través del *criterio de especialidad*; b) *sólo se puede aplicar respecto de normas homogéneas, o sea, que pertenezcan al mismo ámbito de competencia*⁷⁶.

Ahora bien, para que el trabajo sea completo debo examinar la posible solución de la antinomia por medio del cuarto criterio: el cronológico. En este caso prevalece evidentemente la LOSEP pues es posterior a la LOSNCP. Sin embargo, debemos tener en cuenta que la LOSNCP es especial para el área de contratación pública y la LOSEP lo es para el ámbito de gestión de talento humano; por ello, en relación a la contratación pública, las normas contenidas en la LOSEP no pueden ser consideradas especiales sino meramente generales y, por lo tanto, aplicables sólo en aquellos puntos en que la LOSNCP u otros cuerpos legales orgánicos especializados que contengan determinaciones sobre los contratos administrativos regidos por la LOSNCP, no prevean.

Por lo señalado, debemos aplicar lo establecido en el Código Civil artículo 39 en el sentido de que la ley especial anterior no se deroga por la general posterior, *si no se expresa*. Por lo mismo, al ser la LOSEP, en particular su artículo 24 literal j), una norma general respecto de la contratación pública, fue preciso verificar si la LOSEP contiene una o más disposiciones derogatorias que afecten a la LOSNCP de forma expresa como demanda el artículo 39 del Código Civil, de cuyo ejercicio se concluye que la LOSEP

⁷⁶ Parafraseando a Miriam Lorena Henríquez Viñas, “Los jueces y la resolución de antinomias desde la perspectiva de las fuentes del derecho constitucional chileno”, en *Revista estudios constitucionales*, No. 1, (Santiago de Chile: Centro de Estudios Constitucionales de Chile, 2013), 467. Disponible en <http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v11n1/art12.pdf>, consultado el 19 de Agosto de 2016.

en sus derogatorias no alude en ningún punto a la LOSNCP, por lo que en mi opinión sus reglas permanecen intactas, de modo que se reitera la prevalencia del criterio de especialidad ya que el cronológico resulta, por lo explicado, inaplicable.

A base de lo expuesto, a la luz de la teoría de las antinomias y fundamentada en el estudio doctrinario y análisis realizado concluyo que existe una clara antinomia entre la LOSEP y la LOSNCP en cuanto a las disposiciones en examen, misma que es de primer grado, pues se trata de una antinomia entre reglas; de tipo parcial-parcial pues son dos normas con campos de acción independientes que solamente se contraponen en una parte del contenido y alcance de una disposición; abstracta pues no requiere de un caso real para reconocer y evidenciar la antinomia; y, soluble porque es fácilmente identificable de la mera lectura del texto normativo y solucionable a través de la aplicación de uno de los criterios doctrinarios de conformidad con la LOGJYCC, determinando que corresponde el criterio de especialidad, según el cual la disposición y alcance que prevalece es la establecido en la LOSNCP (en concordancia con la Constitución artículo 232).

Sin perjuicio de lo expuesto es preciso señalar que no todos los jueces de nuestro país resuelven antinomias directamente en sus pronunciamientos, a pesar que de acuerdo a la Constitución deben aplicar el principio *curia novit iuria* que significa “el juez conoce el Derecho”, según el cual corresponde a los jueces emplear la norma pertinente a pesar de no ser invocada por el interesado; argumento legal con base normativa que va más allá de un conflicto entre legalidad y garantismo. Afortunadamente muchos jueces sí lo hacen, así lo demuestra el auto de 05 de Agosto de 2016, emitido por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo N° 2, dentro del juicio N° 09802-2016-00666⁷⁷, en el cual evidencia una aparente contradicción normativa entre el artículo 330 del Código Orgánico General de Procesos y el artículo 95 inciso segundo de la LOSNCP. Esta antinomia es analizada y resuelta por el citado Tribunal aplicando el artículo 3 numeral 1 de la LOGJYCC de conformidad con el pronunciamiento de la Corte Constitucional, en la Sentencia No. 001-13-SCN-CC, dentro del caso No. 0535-12-CN, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 890 de 13 de Febrero del 2013, que en su parte pertinente señala; “(...) Finalmente, cabe destacar también que la determina-

⁷⁷ Tribunal de lo Contencioso Administrativo N° 2, Auto de 05 de Agosto de 2016, a las 09H48, dentro del proceso N° 09802-2016-00666, Disponible en <http://consultas.funcionjudicial.gob.ec/informacionjudicial/public/informacion.jsf>, consultado el 20 de agosto de 2016.

ción de la norma legal aplicable a un caso concreto les corresponde a las juezas y jueces de la justicia ordinaria. La Corte Constitucional solamente puede pronunciarse sobre la constitucionalidad de las normas jurídicas y no acerca de los conflictos de aplicación entre normas legales, en cuyo caso, los abogados y, en particular, los jueces, deben resolver los conflictos de normas mediante la aplicación de los principios procesales de resolución de antinomias, jerarquía, temporalidad, retroactividad, supletoriedad y especialidad de la norma procesal (...)

CAPÍTULO TERCERO

CELEBRACIÓN DE CONTRATOS REGIDOS POR LA LOSNCP CON OFERENTES INHÁBILES

En los capítulos precedentes analicé las incapacidades e inhabilidades para contratar con el Estado Ecuatoriano, haciendo énfasis en los impedimentos aplicables a los servidores públicos y sus terceros relacionados, al tenor de lo establecido en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Pública (artículos 62 y 63), por ser la norma que en general, rige este ámbito en el Ecuador (con la salvedad de los contratos estatales regidos por normas especiales).

En el transcurso del presente trabajo de investigación se evidenció la existencia de una disposición en la Ley Orgánica de Servicio Público (artículo 27 literal j) que establece una amplia inhabilidad de los servidores públicos y sus terceros relacionados para contratar con el Estado, misma que, conforme se demostró, en mi criterio, excede el alcance establecido en la Constitución y en la LOSNCP como norma especial aplicable a este campo del Derecho y que generaría por lo tanto, una contradicción normativa, misma que luego del estudio legal y doctrinario realizado se categorizó como antinomia de primer grado, de tipo parcial-parcial, abstracta y soluble; superable a través de la aplicación de criterios doctrinarios para la solución de antinomias, concluyendo que a esta antinomia correspondería aplicar el criterio de especialidad, según el cual las disposiciones y el alcance que prevalece es el establecido en la LOSNCP (en concordancia con la Constitución) por ser la norma competente a la contratación estatal.

Sin perjuicio de la abundante doctrina jurídica respecto de la solución de antinomias, existirían variedad de casos donde el servidor administrativo y judicial ante disposiciones de distinto alcance, por desconocimiento o temor a una sanción, procede a aplicar la más restrictiva aunque con ello quebrante lo dispuesto en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional respecto de los métodos y reglas de interpretación de normas, llegando a extremos en los que inclusive podría violar derechos de los particulares. A efectos de adentrarme en la problemática práctica que genera esta antinomia, en este capítulo voy estudiar un caso real, a través del cual apreciaremos el criterio de ciertas instituciones estatales respecto al tema en cuestión y verificaremos cómo procedieron para su resolución.

De forma previa a abordar la exposición del caso enunciado, estimo preciso analizar los efectos que causa el celebrar contratos con oferentes inhábiles de acuerdo a la normativa y como afectan estas acciones al proveedor y al Estado.

3.1. EFECTOS DE LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS CON OFERENTES INHÁBILES

Para el tratamiento de este acápite considero necesario recordar que existen dos clases de incapacidad: 1) de hecho (limitaciones físicas o mentales); y, 2) de Derecho (impedimentos establecidos en la norma por motivos morales o éticos). Las inhabilidades para contratar con el Estado, en la forma que se encuentran concebidas en la LOSNCP constituyen incapacidades de Derecho orientadas a evitar el conflicto de intereses y salvaguardar el bien común.

Respecto de la incapacidad de hecho el Código Civil en su artículo 1698 declara que la incapacidad de hecho *absoluta* produce *nulidad absoluta* del contrato y la incapacidad de hecho *relativa* da lugar a *nulidades relativas* y *derecho a la rescisión* del acto o contrato. En cuanto a la incapacidad de derecho se declara que siempre produce nulidad absoluta.

El efecto de nulidad absoluta del acto o contrato celebrado por un incapaz de derecho (denominado inhábil en la LOSNCP), surge porque todo contrato en que participe una persona a quien la norma jurídica le ha prohibido hacerlo adolece de objeto ilícito, pues quebranta el ordenamiento jurídico. Así lo indica el cuerpo normativo en referencia que en su artículo 1478 dispone que *hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al Derecho Público ecuatoriano* (énfasis añadido); por su parte el artículo 1482 complementa lo anterior, estableciendo que *hay asimismo objeto ilícito en las deudas contraídas en juegos de azar, en la venta de libros cuya circulación está prohibida por autoridad competente, de láminas, pinturas, estatuas, telecomunicaciones, audiovisuales obscenos, y de impresos condenados como abusivos de la libertad de opinión y expresión; y generalmente, en todo contrato prohibido por las leyes* (énfasis añadido).

Ese objeto ilícito es el elemento que, por regla general, condena al contrato a la nulidad absoluta, por mandato del inciso primero del Código Civil que en su artículo 1698 dispone: *La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración a la naturaleza de ellos y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas* (énfasis añadido).

Hasta aquí lo dispuesto en la normativa civil respecto a la nulidad de los contratos en el ámbito privado, aspecto necesario pues como se enunció con anterioridad, las normas civiles son reglas generales que suelen ser base de las normas públicas sobre contratos y por ello constituyen también normas supletorias.

Ahora bien, la LOSNCP en su artículo 64 en cuanto a los efectos de los contratos celebrados por oferentes inhábiles, con quienes está expresamente prohibido, dispone:

si se celebrare un contrato contra expresa prohibición de esta Ley, la máxima autoridad de la Entidad Contratante *podrá* declarar en forma anticipada y *unilateral* la *terminación del contrato*, sin que proceda reconocer indemnización alguna al contratista. A partir de la fecha en que se declare la terminación unilateral, la institución contratante se abstendrá de realizar cualquier pago en razón del contrato, *salvo el que resultare de la liquidación que se practicará*.

Si la celebración del contrato *causare perjuicio económico* a la Entidad Contratante, serán *responsables solidarios el contratista y los funcionarios que hubieren tramitado y celebrado el contrato*, sin perjuicio de la sanción administrativa y penal a que hubiere lugar⁷⁸.

De la norma transcrita podemos evidenciar tres aspectos esenciales: 1) si en un contrato celebrado bajo el régimen de aplicación de la LOSNCP se evidencia que fue suscrito contra una prohibición expresa, tal como las inhabilidades para contratar con el Estado, la máxima autoridad de la entidad contratante podrá darlo por terminado unilateralmente; 2) una vez emitida la resolución de terminación anticipada y unilateral del contrato, el único pago que correspondería sería el valor que resulte a favor del contratista luego de la liquidación del contrato, con lo cual no existiría indemnización alguna; y, 3) finalmente se establece la responsabilidad solidaria del contratista y los funcionarios que hayan tramitado el contrato en el caso que exista perjuicio económico al Estado.

Estimo llamativo que de acuerdo al tenor literal de la norma, la terminación unilateral y anticipada del contrato se plantea como una posibilidad, como una decisión facultativa de la máxima autoridad mas no como un acto mandatorio; sin embargo, en la generalidad de los casos se procede de acuerdo a esta, pues se pretende cesar la ejecución de un acto ilegal y evitar perjuicios mayores al Estado. Por otra parte es de resaltar que la norma reconoce que podrían haber valores a favor del contratista por la ejecución del contrato realizada hasta el momento de la declaratoria y concede el justo pago por lo ejecutado, toda vez que el contratista hasta el momento de la declaratoria podría haber

⁷⁸ Énfasis añadido.

invertido valores y ejecutado trabajos que no pueden ser considerados como gratuitos, lo cual en primer término, parecería justo para las partes.

En este marco normativo apreciamos que un contrato celebrado contra expresa prohibición será generalmente terminado de manera anticipada y unilateral por la entidad contratante, aplicando el procedimiento establecido en el artículo 95 de la LOS-NCP, según el cual la entidad notifica al contratista su motivación para dar por terminado el contrato y le otorga diez días para defenderse (o solucionar su incumplimiento cuando este puede ser subsanado), lo cual resguarda el derecho a la defensa como garantía del debido proceso que debe observarse en todo acto de determinación de responsabilidades tanto en vía administrativa como judicial. Adicionalmente el citado artículo dispone que

[...] la resolución de terminación unilateral no se suspenderá por la interposición de reclamos o recursos administrativos, demandas contencioso administrativas, arbitrales o de cualquier tipo o de acciones de amparo de parte del contratista. *Tampoco se admitirá acciones constitucionales contra las resoluciones de terminación unilateral del contrato, porque se tienen mecanismos de defensas adecuados y eficaces para proteger los derechos derivados de tales resoluciones, previstos en la Ley[...]*⁷⁹.

Esta disposición podría comprenderse como adecuada desde la óptica de la continuidad que requiere la prestación de servicios, provisión de bienes y sobre todo la ejecución de obras del sector público, toda vez que al terminar el contrato anticipadamente se genera la necesidad de contratar a un tercero que lo culmine (con particularidades que veremos más adelante), pero llevarla al extremo de negar la posibilidad de interponer acciones constitucionales, ocasionaría que el contratista quede en una circunstancia muy difícil que le podría causar graves perjuicios, toda vez que existe la posibilidad que en el proceso de terminación del contrato se hubieren violentado garantías del debido proceso que generarían la legítima interposición de acciones constitucionales como mecanismo para exigir la revisión de lo actuado y restituir los derechos que se creyeran afectados, pero al negar un derecho constitucional desde la ley se estaría dejando en indefensión al afectado y más grave aún es que se está contraviniendo la Carta Magna que en su artículo 88 garantiza el derecho a interponer acciones de protección *cuando exista una vulneración de derechos constitucionales*, por actos u omisiones *de cualquier autoridad pública* no judicial, a fin de obtener el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución; por lo cual en mi criterio que esta disposición de la

⁷⁹ Énfasis añadido.

LOSNCNCP podría ser catalogada como inconstitucional.

Desde otra óptica se podría considerar que la norma legal en cuestión, podría también conllevar el análisis de que es obvio que no se va a plantear una acción de protección contra una resolución de terminación unilateral, porque ello conllevaría pensar que se estaría analizando –vía protección constitucional- la pertinencia o no de que la máxima autoridad o su delegado haya emitido un acto administrativo, lo cual, claro está, no podría ser objeto de acción de protección, no por el contenido del texto del artículo 95 de la LOSNCNCP, sino por la naturaleza de su objeto.

Otro de los efectos de la disposición en referencia, se refiere a la contratación inmediata del objeto del contrato que fue terminado, con un nuevo proveedor invitado *de manera directa* de conformidad con el procedimiento dispuesto en el artículo innumerado a continuación del artículo 146 del Reglamento General de aplicación a la LOSNCNCP, el cual básicamente consistirá en tres pasos: 1) publicación de resolución de inicio con la expresa inclusión del nombre del proveedor a ser invitado (previa verificación de requisitos de patrimonio, valor agregado ecuatoriano, entre otros), así como la indicación de la magnitud de ejecución contractual pendiente; 2) en el término máximo de cinco días el proveedor invitado podrá declinar la invitación en cuyo caso se volverá a empezar este mismo proceso invitando también directamente a otro proveedor o podrá aceptar y presentar su oferta; 3) adjudicación del procedimiento y suscripción del contrato respectivo. Si este nuevo contrato también fuere terminado anticipada y unilateralmente se aplicará nuevamente este proceso de contratación directa.

Como vemos las disposiciones expuestas muestran las consecuencias y procedimiento a seguir por la institución contratante ante una declaratoria anticipada y unilateral de terminación de contrato, mismos que evidentemente estarían orientados a garantizar la continuidad en la ejecución de los objetos contractuales *a toda costa*, aun cuando generen puertas abiertas a riesgos grandes de manipulación normativa y quebrantamiento total de principios contractuales, toda vez que la terminación unilateral depende únicamente de la decisión de la parte contratante, rigiéndose bajo sus propios criterios que podrían ser errados y llegar a violar garantías del debido proceso, hechos cuya corrección se torna compleja por decir lo menos, ya que los restringidos o poco eficientes mecanismos de impugnación que admite esta disposición legal, desmotivan e impiden el justo reclamo ante las autoridades competentes; hecho que genera un riesgo aún mayor, puesto que la entidad contratante podría provocar una terminación unilateral con el objetivo de abrir la posibilidad de contratar directamente a un tercero con el cual hubiere

algún interés. Así lo corrobora la Dra. Inés María Baldeón cuando dice:

[...] Nótese la gravedad al respecto si consideramos que la terminación unilateral del contrato también la decide la propia entidad contratante sin ningún tipo de autorización o justificación externa, sino exclusivamente por su propia y sola voluntad. ¿Qué pasaría si gana un proveedor que no es del gusto de la administración del contrato, con esta herramienta mal utilizada? La respuesta es obvia, pues en dicho caso el administrador del contrato podría generar una situación “insufrible” al proveedor ganador del concurso original para permitir de esta manera que se configure una terminación unilateral y en consecuencia una contratación directa, aspecto que como vemos *no resiste el más mínimo análisis ni filtro de la Competencia; pues por esa vía todas las contrataciones terminadas unilateralmente en teoría sería adjudicadas a dedo, convirtiéndose en una arma terrorífica que puede generar un golpe de muerte al Derecho de la Competencia* que se ha analizado a lo largo de toda esta tesis.

La idea urgente sería que los citados Decretos Ejecutivos sean sustituidos por uno en el que si bien se reconozca que por disposición de la LOSNCP en caso de terminación unilateral procede una contratación directa, sin embargo *el proveedor que continúa el proyecto sea por ejemplo, el que quedó en el siguiente lugar del orden de prelación del concurso original y que la ejecución del contrato se realice en las mismas condiciones -sobre todo económicas- del contrato originalmente adjudicado; y solo si dicho proveedor no desea o no puede participar, entonces sí la entidad contratante escoja un nuevo proveedor a su discreción pero con la debida motivación* y en todo caso siempre en observancia de que las reglas económicas que se observarán en el nuevo contrato tendrán directa relación con el monto del contrato originalmente adjudicado[...] ⁸⁰

Conforme podemos evidenciar la LOSNCP establece la terminación anticipada y unilateral del contrato como una consecuencia adicional a la establecida para la generalidad de los contratos en el Código Civil (la nulidad), aunque no descarta o impide el planteamiento simultáneo de la acción de nulidad, pues el artículo 65 de la LOSNCP establece:

Los contratos regidos por esta Ley *serán nulos* en los siguientes casos:

1. *Por las causas generales establecidas en la Ley;*
2. Por haberse prescindido de los procedimientos y las solemnidades legalmente establecidas; y,
3. Por haber sido adjudicados o celebrados por un órgano manifiestamente incompetente.

El Procurador General del Estado tan pronto tenga conocimiento de cualquiera de estas irregularidades, *demandará* la nulidad del contrato, sin perjuicio de las responsabilidades administrativa, civil o penal de los funcionarios o empleados por cuya culpa se hubiere causado la nulidad.

La disposición se estima aplicable a los contratos celebrados por personas inhábiles toda vez que estos actos jurídicos se celebraron contra expresa prohibición legal; y, de conformidad a las normas generales del Código Civil, se considera que en estos casos existe un objeto ilícito, condición que acarrea la nulidad del contrato, previa de-

⁸⁰ Inés María Baldeón, *Sistema Nacional de Contratación Pública, análisis y comentarios*, 5ª edición, Volumen I, (Quito: CEAS, 2015), 159. (Énfasis añadido).

claratoria respectiva por el juez competente; por ello se incluye como obligación del Procurador General del Estado demandar la nulidad del contrato en cuanto tenga conocimiento de la existencia de esta condición o de cualquier otra causa de nulidad establecida en la Ley.

La Procuraduría General del Estado, al ser consultada sobre contratos celebrados contra expresa prohibición ha manifestado de forma generalizada que debe darse por terminado el contrato de forma anticipada y unilateral; así se evidencia en los siguientes criterios emitidos:

a) Pronunciamiento emitido mediante oficio PGE. No. 08773 de 14-08-2009.

“Se habrían celebrado contratos con una persona jurídica o consorcio inhabilitado, [...], afectando el trato igualitario que se debía dar a los oferentes. Por lo expuesto, en dicha hipótesis, sería procedente la terminación unilateral del contrato prevista en el artículo 64 de la LOSNCP, por haberse celebrado contra expresa prohibición de la ley, sin perjuicio de que pueda demandarse la nulidad del contrato por la misma inhabilidad o incapacidad para contratar, en los términos de los artículos 1463 y 1698 del Código Civil, aplicables en virtud de la disposición del numeral 1 del artículo 65 de la LOSNCP”

b) Pronunciamiento emitido mediante oficio PGE. No. 11483 de 05-01-2010.

El contrato celebrado ... se encuentra incurso en la prohibición establecida por el artículo 63 de la Ley Orgánica de Contratación Pública y artículo 111 de su reglamento, pues ha sido celebrado con el cónyuge de una servidora municipal que ha intervenido en la etapa precontractual, y que con su participación en la comisión técnica que analizó y emitió su informe sobre las ofertas presentadas, favoreció la propuesta de su cónyuge, corresponde ... terminar dicho contrato de ejecución de obra en forma unilateral y anticipada, conforme lo dispone el artículo 64 de la LOSNCP.

... Paralelamente, ésta Procuraduría se reserva el derecho de iniciar la acción de nulidad establecida en el último inciso del artículo 65 de la LOSNCP, sin perjuicio de las responsabilidades administrativa, civil o penal de los funcionarios o empleados por cuya culpa se hubiere causado la nulidad, conforme dispone la disposición precitada.

c) Pronunciamiento emitido mediante oficio PGE. No. 13198 de 29-03-2010.

En consecuencia, de haber sido celebrado el contrato, atenta la inhabilidad de la contratista, procedería su terminación unilateral, de conformidad con el artículo 64 de la LOSNCP, sin que proceda reconocer indemnización alguna a la contratista.

Como podemos apreciar la Procuraduría General del Estado ha emitido sendos criterios recomendando proceder con la terminación anticipada y unilateral del contrato; y a la vez, admite que se podrá plantear una acción de nulidad de conformidad a la LOSNCP, lo cual implica que en estos casos dicho organismo ha tomado conocimiento de los hechos previamente a la terminación de los contratos y por tanto, el planteamiento de la acción de nulidad sería en teoría, simultáneo o al menos no habría un margen de tiempo muy amplio entre la resolución de terminación unilateral y la demanda de nuli-

dad.

Ahora bien, estimo que no es claro que sucede en la práctica cuando el Procurador General del Estado plantea la demanda de nulidad sobre un contrato ya terminado (por cualquier causa, incluyendo el fiel cumplimiento), lo cual es plenamente posible atendiendo la disposición legal constante en el artículo 65 de la LOSNCP antes transcrito, puesto que se manda plantear la demanda de nulidad del contrato cuando tome conocimiento de los hechos, que podría ser (diría que en la mayoría de los casos) después de haber dado por terminado el contrato, en cuyo escenario implicaría demandar la nulidad de algo que ya está terminado, lo cual a mi entender equivale a matar a alguien que ya está muerto.

3.1.1. EFECTOS DE LA ACCIÓN DE NULIDAD FRENTE A LOS CAUSADOS POR LA TERMINACIÓN DE UN CONTRATO

El Código Civil ecuatoriano en su artículo 1583 enlista los modos de extinguir obligaciones, entre los cuales para el tratamiento de este punto cabe destacar: “[...] 2. Por la solución o pago efectivo; 9. Por la *declaración de nulidad* o por la rescisión; [...]” (énfasis añadido); la causal segunda alude al cumplimiento del contrato en condiciones normales, sin situaciones que provoquen su terminación anticipada, mientras que la causal novena incluye a la declaratoria de nulidad como un hecho que causa la extinción de las obligaciones y con ello el quebrantamiento del vínculo jurídico entre las partes.

En el ámbito del Derecho Público, la LONSCP en su artículo 92 prescribe las formas de terminación de los contratos celebrados al amparo de esta norma; así en los numerales 3 y 4 establece dos causales que nos enmarcan en el tema en cuestión: “[...] 3. Por sentencia o laudo ejecutoriados que declaren la *nulidad del contrato* o la resolución del mismo a pedido del contratista; 4. Por *declaración unilateral del contratante*, en caso de incumplimiento del contratista; y, [...]” (énfasis añadido); de esto entendemos que, entre las formas de dar por terminado un contrato celebrado al amparo de la LOSNCP existen la nulidad y la declaración unilateral del ente contratante, dos mecanismos de distinta naturaleza que convergen en la consecuencia final que es la *muerte* del nexo jurídico entre la entidad estatal que contrató un acto determinado y el contratista.

La terminación unilateral del contrato derivado de la LOSNCP, como vimos previamente, tiene tanto efectos compartidos para ambas partes en lo referente a la liquidación de obligaciones contractuales y pagos o restituciones correspondientes; como

efectos individuales, pues para la entidad surge la necesidad de una nueva contratación y para el contratista aparece una sanción consistente en la inclusión en el registro de contratistas incumplidos que le impiden suscribir contratos con el Estado por cinco años. Una vez ejecutadas las acciones derivadas de la declaratoria de terminación anticipada y unilateral del contrato, este se considera terminado o lo que es lo mismo extinto para efectos futuros.

Por su parte la nulidad en términos generales es: “*la sanción legal establecida para la omisión de requisitos y formalidades que se prescriben para el valor de un acto según su especie y la calidad o estado de las partes*”⁸¹, misma que de acuerdo a nuestra legislación siempre requiere ser declarada por un juez, caso contrario mientras no exista tal declaratoria el acto o contrato se considera válido.

Arturo Alessandri y Manuel Somarriva manifiestan que *los efectos de la nulidad consisten en suponer que los actos o contratos no se han celebrado, en volver las cosas al estado en que se encontraban antes de la celebración del acto, como si este no hubiere existido*. Por lo cual resulta entonces que la nulidad una vez declarada, produciría efectos retroactivos, salvaguardando los *derechos de terceros que intervinieron de buena fe*. Adicionalmente afirma que los efectos de esta declaratoria para las partes dependerán del momento en que se declare, pues *si las obligaciones derivadas del contrato no se han cumplido el efecto será la imposibilidad de exigir el cumplimiento*. Pero si se declara *una vez ejecutadas* todos los compromisos derivados *da el derecho a las partes de volver todo al mismo estado en que se encontraba antes de celebrar el contrato, borrando así todo lo que se haya hecho*⁸².

Por su parte Eduardo García de Enterría enfocándose en la nulidad de los contratos administrativos dice: “*declarada la nulidad de un contrato o de alguno de sus actos preparatorios, las partes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubieren recibido en virtud del mismo previa la liquidación correspondiente y, si esto no fuere posible, habrán de devolverse su valor*”⁸³; con lo cual entenderíamos que en el proceso de revertir lo ejecutado cabe una liquidación de lo mutuamente dado por las partes; así por

⁸¹ Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Somarriva Undurraga, *Curso de Derecho Civil, Fuentes de las Obligaciones*, 3ª edición, (Chile: Nascimento, 1993), 335.

⁸² Parafraseando a Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Somarriva Undurraga, *Curso de Derecho Civil, Fuentes de las Obligaciones*, 336.

⁸³ Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, Volumen I (Madrid, Civitas, 2001), 749.

ejemplo en un contrato de ejecución de obra, se liquidaría lo ejecutado y recibido por la contratante, se pagarían los valores que se encuentren pendientes por los trabajos realizados y el contratista debería devolver los valores recibidos previamente que no hayan sido devengados.

María Gabriela Ávalos citando a Dromi manifiesta que: “la nulidad es la destrucción retroactiva del contrato, de lo cual nacen obligaciones recíprocas de restitución y eventualmente el derecho a resarcimiento de daños y perjuicios”⁸⁴; de ello que existiría la posibilidad que el Estado pueda demandar al contratista que de mala fe causó la nulidad del contrato, para que pague la respectiva indemnización por los perjuicios causados.

Como vemos tanto la terminación anticipada y unilateral como la declaración judicial de nulidad causan la terminación del contrato, por ello en mi opinión, resulta contradictorio demandar la nulidad de un contrato que ya fue terminado, inclusive si hubiere sido terminado anticipadamente por la parte contratante, desde el punto de vista de que declarar la nulidad de un acto o contrato que ya se encuentra extinguido por otra causal, equivaldría a “resucitar” al contrato para volver a “matarlo” lo cual es a mi modesto entender, contrario a la lógica.

Adicionalmente en la práctica pretender terminar el contrato vía sentencia que declare la nulidad resultaría poco efectivo y eficiente, ya que como es de conocimiento público los procesos judiciales llevan tiempos que superan lo requerido para causar efectos oportunos y productivos para la parte afectada; para ejemplo de esto tenemos el conocido caso de la declaratoria de nulidad del contrato celebrado entre el IESS y la empresa Recapt S.A. para la prestación del servicio de *call center*, donde no obstante el Tribunal Contencioso Administrativo declaró la nulidad del contrato, han pasado dos años desde que este culminó (por cumplimiento del plazo contractual) hasta la emisión de la sentencia, que a la fecha se encuentra impugnada ante la Corte Nacional de Justicia; con lo cual se evidencia la ineficacia de esta herramienta legal ante la celeridad y continuidad que requieren los contratos administrativos en todas sus fases de ejecución.

Ahora bien, con base en las consideraciones y análisis expuestos a lo largo de esta tesis sobre la temática en estudio, me permito exponer un caso práctico donde convergen el sistema de inhabilidades para contratar con el Estado, la actuación de los ser-

⁸⁴ María Gabriela Ávalos, “Extinción Parte I”, en Ismael Farrando, dir., *Contratos Administrativos*, (Argentina: Abeledo - Perrot), 643.

vidores administrativos y judiciales ante la presencia de antinomias, la discrecionalidad en el sistema de juzgamiento administrativo y el manejo de criterios para determinar sanciones a los proveedores del Estado.

3.2 RELACIÓN DETALLADA DEL CASO EN VÍA ADMINISTRATIVA Y JUDICIAL

La relación detallada del caso a tratar se expondrá en resumen por etapas e incidentes, procurando ser lo más concreta posible, restringiendo los nombres de las partes intervinientes a título personal a fin de proteger su identidad; sin embargo, en cuanto a las entidades de asesoría y control se mantendrá los nombres con el fin de proporcionar una visión de su criterio.

3.2.1. DETALLE DEL CASO EN VÍA ADMINISTRATIVA

1. En Octubre de 2010 un ministerio de Estado, a través de acto administrativo de aprobación de pliegos para licitación y la consecuente publicación en el portal de compras públicas, convocó: “a las personas naturales y jurídicas, nacionales o extranjeras, asociaciones de éstas o consorcios o compromisos de asociación o consorcio, legalmente capaces para contratar, a que presenten sus ofertas para la ejecución de la obra ASDFG”.

2. A esta convocatoria respondieron dos oferentes presentando sus propuestas: el proveedor PM y el proveedor CPP.

2. Al momento de la convocatoria el señor PM era un funcionario público que trabajaba en ese momento en otro ministerio, que no tenía vinculación operativa de ninguna clase con la entidad convocante. PM, interesado en participar en el proceso y considerando que el desempeño de ese cargo público de ninguna manera le impedía participar de los procesos precontractuales o en la celebración de contratos celebrados bajo el régimen de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCP), en tanto no tuviesen relación con la institución para la que prestaba sus servicios, elaboró una oferta y la entregó dentro del plazo de recepción. Es necesario aclarar que el servidor en mención, desempeñó su cargo en el ministerio en que laboró desde septiembre a noviembre de 2010, esto es, por un período tres meses, aproximadamente.

3. Una vez que se sustanció el proceso en su etapa precontractual, la oferta de PM, aún servidor público para este momento, superó todas las fases de calificación, por lo que la comisión técnica recomendó a la máxima autoridad de la entidad le adjudique

el contrato, fundamentando su criterio en el puntaje mayor obtenido entre los participantes.

4. El 30 de noviembre de 2010 PM presentó su renuncia al cargo público que hasta entonces ejercía, la que fue aceptada.

5. Como consecuencia de la recomendación de la comisión técnica, la máxima autoridad del ente contratante el 2 de diciembre de 2010 decidió: “[...] adjudicar el contrato correspondiente a la Licitación de Obras No. [XXX], [...] al **ING.** [PM], por el monto total de su oferta [...]”.

6. La Entidad contaba con quince (15) días para suscribir el contrato adjudicado a PM, de conformidad con el artículo 69 de la LOSNCP; sin embargo, ese contrato jamás fue celebrado.

La razón de ello fue una impugnación contra la adjudicación presentada por el otro participante en el proceso de licitación CPP, quien usó la herramienta del reclamo administrativo, establecida en el artículo 102 de la LOSNCP, mismo que en ese entonces establecía que

los oferentes que se consideren afectados por actos administrativos emitidos por las entidades previstas en el artículo 1 de esta Ley por asuntos relacionados con su oferta, respecto al trámite precontractual o de la adjudicación, tendrán el derecho de presentar las reclamaciones y los recursos administrativos de los que se crean asistidos, de conformidad con la Ley. La reclamación o recurso presentado no suspende la ejecución del acto impugnado[...].

Pese a que el texto de la norma transcrita es claro, el proceso administrativo de hecho se suspendió; y, por tanto, el contrato que debía ser firmado a más tardar a mediados de diciembre de 2010 no se firmó.

7. Por su parte CPP el 7 de diciembre de 2010 planteó un reclamo alegando que PM ocupaba un cargo público en otra entidad y por ello se hallaba legalmente imposibilitado para gestionar, tramitar, ser adjudicatario o suscriptor de contratos con cualquier entidad del Estado, en procesos sustentados al amparo de la LOSNCP.

8. Paralelamente CPP presentó su impugnación en forma directa al Instituto Nacional de Contratación Pública (hoy SERCOP). Ello dio lugar a lo siguiente:

i.- Al recibir el comunicado de CPP el INCOP emitió un PRIMER OFICIO, dirigido a la entidad contratante, manifestando que por mandato del literal j) del artículo 24 de la Ley Orgánica de Servicio Público, ningún funcionario público puede gestionar, tramitar o suscribir contratos con ninguna institución del Estado. Es preciso mencionar que la expedición de ese documento no fue notificada a PM ni se le requirió se pronun-

cie sobre la denuncia;

ii.- La entidad contratante, al recibir la denuncia y el oficio indicado en el apartado anterior, sin notificar a PM, consultó nuevamente al INCOP acerca de cómo debía proceder. Dicha Institución contestó tal petición en un SEGUNDO OFICIO en que, en lo principal se lee:

Conforme lo manifestamos en el [primer] oficio [XXXXX] de 07 de Enero de 2011 [...] El proveedor PM que resultó adjudicado en el proceso [XXXXX] habría sido servidor público hasta el 30 de noviembre de 2010. En este sentido, debe considerarse que el proceso de contratación con código No. [XXXXX] se publicó con la respectiva convocatoria través del Portal el 8 de octubre de 2010, en tanto que la Ley Orgánica de Servicio Público fue publicada el 6 de octubre de 2010; es decir, a la fecha de publicación del proceso con código [XXXXX] ya se encontraba vigente la disposición legal –previamente mencionada– que, prohíbe a las servidoras y servidores públicos a intervenir, tramitar o suscribir contratos con el Estado por sí o por interpuesta persona.

Complementariamente, el numeral 1 del artículo 62 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública –LOSNC– establece que no podrán celebrar contratos con las entidades contratantes quienes se hallaren inmersos en las inhabilidades generales previstas en la Ley, entre ellas, la Ley Orgánica de Servicio Público.

Por lo expuesto, el Instituto Nacional de Contratación Pública, en ejercicio de su facultad de asesorar en los procedimientos relacionados con contratación pública constante en el numeral 12 del artículo 10 de la LOSNC, considera que no es jurídicamente posible que un servidor público intervenga, gestione, tramite o suscriba contratos con el Estado.

iii.- Con base en este criterio, la máxima autoridad de la Entidad, sin notificar o requerir a PM para que ejercite su derecho a la defensa, en forma directa, emitió una resolución en la que “reconsideró” lo decidido y revocó la adjudicación; adicionalmente va más allá de lo indicado por el INCOP pues declaró a PM adjudicatario fallido. En esa resolución la autoridad dijo que, luego de recibidos los dos oficios del INCOP, aludidos en forma previa, la comisión técnica le recomendó: “[...] declare adjudicatario fallido al Ing. PM, con base de lo expresado por el Instituto Nacional de Contratación Pública (INCOP) en su “pronunciamiento”⁸⁵, en aplicación del artículo 35 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en razón que el contrato adjudicado al mencionado profesional no podrá celebrarse por causas imputables a él, de lo cual se notificará al INCOP [...]”.

Si se analiza con detenimiento la motivación completa de esta resolución se puede apreciar que la entidad, en forma previa a revocar la adjudicación y declarar a PM como adjudicatario fallido, convocó y escuchó al reclamante CPP y al INCOP, pero

⁸⁵ Las comillas (“ ”) franqueando a la palabra “pronunciamiento” se hallan en la Resolución en cita, dónde aparecen al menos en al menos dos ocasiones.

no se notificó con ninguno de los actos previos a PM, a quien únicamente se envió copia de la resolución revocatoria en mención una vez que había sido emitida por la autoridad contratante.

iv.- La entidad contratante en la misma resolución en que revocó la adjudicación y declaró adjudicatario fallido a PM, declaró que: “[...] tampoco será posible adjudicar el contrato al otro participante (CPP), puesto que conforme ha establecido y reiterado la Subcomisión de Apoyo en el Informe de Apoyo inicial y posteriores, no acredita experiencia para el tipo de trabajo objeto del procedimiento precontractual. De ahí que esa oferta no fue considerada cuando se resolvió sobre la presente licitación [...]” por lo cual resolvió declarar desierto el proceso de contratación y dispuso su reapertura.

En forma posterior a los eventos referidos hasta aquí, la entidad dentro del nuevo proceso de contratación, emitió una nueva resolución en la que adjudicó el nuevo proceso de contratación y firmó el respectivo contrato con CPP.

3.2.2. DETALLE DEL CASO EN VÍA JUDICIAL

1. DEMANDA: Al ser notificado con la decisión de la entidad de revocar la adjudicación y declararlo adjudicatario fallido, PM presentó una acción ordinaria de protección de derechos, en contra del INCOP, por haber generado los dos oficios arriba indicados sin haberlo notificado permitiéndole el derecho a la defensa; y, contra la entidad contratante, por ser la autora de la resolución de revocatoria de la adjudicación y de declaratoria de adjudicatario fallido, bajo una serie de consideraciones, entre las que estimo preciso destacar las siguientes:

a) Que su participación en el proceso de contratación por la vía de licitación fue constitucional y legal, siendo que por el contrario la revocación de esa adjudicación, a través de una errada interpretación y aplicación de la norma del artículo 24 literal j) de la LOSEP, fue inconstitucional y violatoria de sus derechos, especialmente las garantías del debido proceso;

b) Que el artículo 24 literal j) de la LOSEP fue aplicado con un alcance extensivo al establecido por la LOSNCP, norma que deja en claro que a los funcionarios públicos les está vetado suscribir contratos con la entidad bajo cuya dependencia o a favor de la cual laboran, para evitar los conflictos de intereses y el uso de información privilegiada;

d) Que nunca fue un adjudicatario fallido pues fue la entidad contratante y no él quien desistió de contratar con un oferente ya adjudicado. Para PM adjudicatario fallido

es aquel que retira su oferta o no concurre a la firma del contrato;

g) Que la resolución de la entidad fue expedida fuera de los plazos legales, en violación del artículo 103 de la LOSNCP, ya que el reclamo de CPP fue presentado en diciembre de 2010 en tanto que la decisión de revocar la adjudicación no se expidió sino hasta marzo de 2011, por lo que la potestad para resolver el tema había caducado.

h) Que su inclusión en el registro de adjudicatarios fallidos fue inconstitucional pues la falta de suscripción de contrato no fue de su responsabilidad; e,

i) Que el que la entidad lo haya declarado adjudicatario fallido, es ilegítimo, injustificado y violatorio de derechos constitucionales, pues no se le concedió debido proceso, ya que nunca se le notificó con el reclamo de CPP, ni se le dio término para contestarlo, para que se recaben pruebas y se escuchen sus alegaciones.

2. CITACIÓN: La demanda fue citada a las autoridades emplazadas y a la Procuraduría General del Estado.

3. AUDIENCIA: En la audiencia pública realizada en el curso del proceso, las entidades accionadas se defendieron con sus alegatos manifestando sus posturas, mismas que conforme consta en el acta del proceso me permito resumir de la siguiente manera:

a) *La Entidad contratante*, en su defensa alegó (en lo esencial y relevante a los temas en análisis) que:

a.1.- Los actos administrativos se presumen legítimos de conformidad con el artículo 68 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva;

a.2.- El accionante fue servidor público hasta el 30 de noviembre de 2010, habiéndose presentado como oferente mientras se encontraba en ejercicio de un cargo público, cuando ya se encontraba en vigencia la LOSEP que prohíbe expresamente a las servidoras y servidores públicos intervenir, gestionar, tramitar o suscribir contratos con el Estado, por sí o por interpuesta persona;

a.3.- La máxima autoridad de la Entidad, al conocer la calidad de servidor público del accionante y por tanto el impedimento y prohibición en los que se encontraba incurso, resolvió dejar sin efecto la adjudicación del contrato, declarar desierta la licitación y como adjudicatario fallido a PM, lo que fue notificado al INCOP como legalmente correspondía hacerse;

a.4.- El numeral 1 del artículo 62 de la LOSNCP establece que no podrán celebrar contrato con las entidades del sector público quienes se hallaren incursos en las inhabilidades generales previstas en la Ley, entre ellas la LOSEP;

a.5.- El pronunciamiento del INCOP tiene el carácter de vinculante,

a.6.- Al no poder formalizarse el contrato por motivos atribuibles al adjudicatario, la Entidad en consideración al pronunciamiento del INCOP que tornaba insostenible la adjudicación del contrato, resolvió reconsiderar la recomendación y su ratificación de adjudicación del contrato a PM;

a.7.- No se ha violentado ningún derecho constitucional del accionante. Al contrario, todos los procedimientos legales en su caso específico, han sido respetados por la Entidad;

a.8.- Las aseveraciones del accionante de que se han vulnerado sus derechos constitucionales no han sido acreditadas pues no determina de qué forma tal vulneración constitucional se ha dado y menos aún puede probarlo;

a.9.- Toda acción que derive de controversias sobre derechos y prohibiciones que nacen de las funciones que desempeña un servidor público debe ser conocida y resuelta por los tribunales distritales de lo contencioso administrativo y no mediante acciones de garantía de protección constitucional;

b) *El INCOP*, se opuso a la demanda señalando en lo esencial que:

b.1.- Las consultas que emite el INCOP no son de carácter vinculante ya que su fin es únicamente asesorar al organismo público que realiza la consulta siendo así facultativo para esta entidad acoger o no el criterio emitido

b.2.-; La Entidad solicitó como consulta al INCOP el pronunciamiento acerca de la pertenencia de la participación del accionante ya que al momento de participar en el proceso de licitación requerido se encontraban en funciones como servidor público, es así que el INCOP se pronunció acerca del artículo 24 literal j) de la LOSEP, haciendo énfasis en la palabra intervenir por lo que es evidente que el accionante al momento de participar en este proceso de contratación intervino como funcionario público;

c) *La Procuraduría General del Estado*, por su parte, dijo:

c.3.- En ningún momento existió una violación de derechos consagradas en nuestra Constitución.

4. SENTENCIA: Con estos hechos el juez de la causa dictó sentencia. En ella (en lo esencial a esta tesis) expresó:

* Que, respecto de la alegación del accionante en torno a que se violaron sus derechos al trabajo y a la libertad de trabajo opina que las personas son libres para negociar la celebración de sus contratos, por lo que PM en todo contrato tiene toda la libertad ya que depende solo de su voluntad de hacerlo o no hacerlo.

* Que en relación a la afirmación de la demanda que se violó el debido proceso y seguridad jurídica, el accionante al sentirse lesionado, debió recurrir ante los jueces competentes con la finalidad de que sean estos quienes enderecen su situación, en caso de existir una inadecuación en el procedimiento;

* Que en la presente acción no se ha indicado que no existan otros mecanismos de defensa judicial adecuados y eficaces para proteger sus derechos, pues tiene la potestad de impugnar los oficios del INCOP y la resolución de la Entidad Contratante tanto en la fase administrativa como en el ámbito judicial;

* Sobre la base de esas consideraciones, la sentencia estimó que

no existe una violación de derechos constitucionales; y, tampoco el accionante ha demostrado la inadecuación o ineffectividad de la vía judicial ordinaria; además, que no se ha agotado la vía administrativa y judicial, al amparo de lo preceptuado en los Arts. 173 de la Constitución y numerales 1, 3 y 4 del Artículo 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA, por las consideraciones expuestas se rechaza la presente acción de protección propuesta por PM, en contra de [la Entidad Contratante] y de [], en calidad de Director Ejecutivo, por tanto representante legal del Instituto Nacional de Contratación Pública.

5. APELACIÓN: PM apeló la sentencia, argumentando en lo esencial que no se había analizado la violación de su derecho a la defensa, ante lo cual la Corte Provincial se pronunció señalando que no se ha probado violación de derechos y que si creyere afectados sus derechos plantee las acciones contenciosas que correspondan.

3.3. ANÁLISIS CRÍTICO DEL CASO Y DE LAS ACTUACIONES DE LOS INVOLUCRADOS

En virtud del breve resumen del caso practico expuesto, me permito hacer las siguientes consideración en función de lo actuado por las partes.

3.3.1. ANÁLISIS DE LAS ACTUACIONES DEL INCOP

Como arriba quedó indicado el INCOP en todo el proceso emitió dos oficios en el sentido que no es jurídicamente posible que un servidor público intervenga, gestione, tramite o suscriba contratos con el Estado.

Independientemente de si estamos o no de acuerdo con la conclusión final expuesta por el INCOP, es preciso destacar que el examen hermenéutico y exegético que realiza el autor de los dos oficios de manera sorprendente no incluyó los preceptos cons-

titucionales, en especial, el del artículo 232 de la Constitución de la República. Además, estimo desacertado declarar que la LOSEP contenga “inhabilidades generales” y que por lo mismo los servidores públicos se hallan dentro de la categoría de impedidos para celebrar contratos con el Estado de acuerdo al artículo 62 numeral 1 de la LOSNCP. El error radica en que las inhabilidades generales pueden alcanzar a cualquier persona, con independencia de su ocupación u oficio y, por lo mismo, son aquellas descritas en el Código Civil. Las prohibiciones e inhabilidades establecidas en la LOSEP son especiales todas, pues se dirigen a un grupo restringido de la población: los servidores públicos, en razón, precisamente, de su condición de funcionarios del Estado. De ahí que están dentro del grupo de los incapaces especiales a los que se refiere el inciso final del artículo 1463 del Código Civil, según el cual, además de las incapacidades absolutas y relativas, “hay otras particulares, que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos”, cosa que va en relación a un atributo propio o específico de esa persona, en razón de un oficio o posición, por lo que la incapacidad del artículo 24 literal j no es general, pues no es ni absoluta ni relativa, sino especial, ya que se vincula con la condición laboral de una persona, pues de cambiar esa circunstancia, la incapacidad especial desaparecería.

Tampoco existe en los oficios del INCOP un examen basado en la teoría de la antinomia, con base a los criterios de solución de antinomias conforme manda el artículo 3 de la LOGJyCC. Se trata, a mi juicio, de un criterio que, sometido a las tensiones de un examen jurídico-técnico riguroso, resulta endeble e insostenible, en especial si ponemos en juego al inciso segundo del artículo 232 de la Constitución, cuyo alcance fue discutido con anterioridad en esta tesis.

Por ello estimo que la asesoría otorgada por el INCOP resultó ineficiente e incompleta pues no resuelve el problema de fondo que representa la contradicción normativa, lo cual hubiera sido de utilidad tanto para la entidad en cuestión como para todas las demás entidades contratantes; al contrario, aplica sin mayor motivación un criterio improcedente a este caso, y emite una recomendación basada en la fecha de expedición de la LOSEP sin considerar que por principio, el criterio cronológico únicamente opera entre normas que regulan la misma materia, por tanto el criterio que corresponde aplicar es el de especialidad por tratarse de normas especiales que regulan ámbitos diferentes del Derecho.

3.3.2. ANÁLISIS DE LAS ACTUACIONES DE LA ENTIDAD CONTRATANTE

Es mi opinión que, amén de los posibles errores que tratemos de hallar en los oficios del INCOP, quien erró en mayor proporción fue la Entidad. Primero, porque inició el proceso administrativo de consultas, luego de recibido el reclamo de CPP, sin hacer conocer el particular en forma oficial a PM, quien en tal circunstancia, *quedó en total estado de indefensión*, pues más allá de la validez de lo que él pudiere haber argumentado, debía habersele garantizado el ejercicio de su constitucionalmente amparado derecho a la defensa.

Adicionalmente es de considerar como una falla mayor el que, por un lado, haya transcurrido un período superior a tres meses sin que se firme el contrato, siendo que en ese tiempo no se le informó de los motivos de la demora, ni que estaba siendo sometido a escrutinio con miras a determinar si tenía o no capacidad jurídica para firmar el contrato.

Luego, la resolución en la que se revocó la adjudicación contendría también errores que la deslegitiman:

a) *Asumió como obligatorios los pronunciamientos del INCOP*, así lo evidencia el primer considerando de la argumentación jurídica de la resolución de revocatoria de la adjudicación. Es llamativo que la Entidad, por un lado, cuestiona la constitucionalidad del artículo 6 numeral 2 del Reglamento General a la LOSNCP, pues estima que viola el principio jerárquico normativo; pero aun así lo aplica y lo hace base de su resolución respecto a la declaratoria de adjudicatario fallido, con lo que implícitamente estaría admitiendo que la resolución de revocatoria de la adjudicación es de suyo inconstitucional porque su basamento se apoya en una norma al parecer contraria a la Carta Fundamental.

Considero que los pronunciamientos del INCOP no eran de tipo obligatorio, pues su función era simplemente la de capacitar (proveer de instrucción) y asesorar (esto es dar consejos y sugerencias) a las entidades, mas no la de absolver consultas con efecto vinculante, como sí los puede hacer la Procuraduría General del Estado. Esto fue reconocido por la representante del INCOP en el proceso de protección de derechos iniciado por PM, como se indicó previamente. Entonces, la resolución de revocatoria de la adjudicación en todas sus partes, adolece desde aquí de un problema de motivación.

b) Considera que el INCOP es responsable por otorgar a un funcionario público el RUP; sin embargo, lo declara como adjudicatario fallido, lo cual es torna contradictoria su declaratoria de adjudicatario fallido, ya que si tal posición resultase defendible tendremos que concluir que entonces no era procedente declarar a PM como adjudicatar-

rio fallido, pues los razonamientos de la Entidad se orientan a fijar la causa de la imposibilidad de firma del contrato en que se haya concedido y mantenido vigente un RUP a favor de una persona a quien no podía serle otorgado o a quien debió serle suspendido cuando inició sus actividades como servidor público.

c) No se concedió derecho a la defensa al oferente, con lo cual se lo dejó en la indefensión. En mi criterio, se violó de raíz el derecho a la defensa de PM pues el derecho a la defensa se debe garantizar en toda etapa o grado de procedimiento y en toda instancia, tanto administrativa como judicial, a pesar de que la LOSNCP no prevea un proceso para ello en el trámite de adjudicatario fallido, toda vez que los derechos constitucionales son de aplicación directa.

Así pues, el acto administrativo de la Entidad violó, cuando menos, el derecho a la defensa y las garantías básicas del debido proceso de PM.

3.3.3. ANÁLISIS DE LA ACCIÓN EXTRAORDINARIA DE PROTECCIÓN FORMULADA POR PM

La acción extraordinaria de protección de PM se sustentó en que, según él, la Entidad violó una serie de derechos mezclando aquellos susceptibles de acción de protección y otros que efectivamente recaen en el ámbito contencioso administrativo.

Pienso que en realidad los únicos derechos que el oferente podía alegar en la acción constitucional que propuso son el de ser juzgado por autoridad competente y el derecho al debido proceso, , pues sus derechos al trabajo, a la libertad de trabajo, a la libertad de contratación y los demás señalados en la demanda podían, de ser el caso, ser asegurados en la vía contencioso-administrativa, por medio de una sentencia ordinaria en la que debía examinarse si su condición de servidor público le inhabilitaba o no para presentarse como oferente en procesos de contratación pública y de suscribir los contratos respectivos. La determinación de ese punto debía ser objeto de un juicio ante la justicia ordinaria, ciertamente.

Sin embargo, en cuanto el debido proceso, conforme previamente he señalado es claro que es un derecho fundamental, por lo que en ese punto PM tenía un sólido caso, no obstante la sentencia simplemente considera que el asunto debe ser conocido por la instancia competente (Tribunal Contencioso Administrativo) pero *en nada se pronuncia sobre la violación del derecho a la defensa* alegado por PM, dejando evidentemente en indefensión a PM.

3.3.4. ANÁLISIS DE LAS SENTENCIAS

El juez falla parcialmente, a mi entender, en su apreciación del caso, toda vez que, como dije, salvo los derechos a un proceso ante autoridad competente y al debido proceso, los demás alegados en la demanda no tenían un fundamento jurídico sustentable. Por ello concuerdo parcialmente con el juez. Sin embargo, no es admisible que la violación al debido proceso sea, según dice el fallo, causa de una acción ordinaria. Primero, porque esa acción está reservada para cuestiones de pura legalidad; y, segundo, porque como consecuencia de la resolución de declaratoria de adjudicatario fallido PM estaría imposibilitado durante tres años para contratar con el Estado, siendo que un juicio contencioso-administrativo se puede extender, como sabemos, por cinco años o más, por lo que no es una vía idónea y eficaz para garantizar la reparación de los derechos constitucionales. En tal sentido, opino que la decisión del juez de rechazar la demanda fue errada, pues debía admitirla para preservar el derecho al debido proceso y el derecho a ser juzgado por una autoridad administrativa competente.

El fallo de segundo nivel resulta aún más cuestionable. Luego de extenderse por siete páginas y media en transcribir casi íntegramente la demanda y las respuestas de las entidades accionadas, en la última media carilla, los jueces de la Corte Provincial que conoció la causa declaran que: “[...] *no se ha demostrado que se haya violado ningún derecho reconocido por la Constitución de la República* [...] si el accionante creía que se habían lesionado sus derechos debió acudir a los jueces competentes, por la vía correspondiente, conforme lo establece el Artículo 173 de la Constitución [...]”.

La sentencia es absolutamente reprochable en su motivación pues:

a) Aborda la motivación desde un punto puramente civilista no constitucional. Ciertamente en un juicio civil cada parte debe alegar los hechos que alega y es responsabilidad del actor justificar puntualmente, por medio de prueba, cada uno de los asertos contenidos en la demanda. Sin embargo, en materia constitucional si bien al accionante compete la prueba *de los hechos* en que funda su pretensión de acuerdo al inciso primero del artículo 16 de la LOGJyCC, *no le incumbe al accionante la demostración de la existencia de una violación de derechos constitucionales*, sino que, por el contrario, es deber de las entidades accionadas, durante el proceso por medio de pruebas y al juez en la sentencia en la forma de argumentación jurídica motivada, *demostrar que tal violación de derechos no existe*. Así lo manda el artículo 83 numeral 3 de la Constitución:

Artículo 86.- Las garantías jurisdiccionales se regirán, en general, por las si-

güientes disposiciones: [...]

[...] 3. Presentada la acción, la jueza o juez convocará inmediatamente a una audiencia pública, y en cualquier momento del proceso podrá ordenar la práctica de pruebas y designar comisiones para recabarlas. *Se presumirán ciertos los fundamentos alegados por la persona accionante cuando la entidad pública requerida no demuestre lo contrario* o no suministre información. La jueza o juez resolverá la causa mediante sentencia, y en caso de constatarse la vulneración de derechos, deberá declararla, ordenar la reparación integral, material e inmaterial, y especificar e individualizar las obligaciones, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial, y las circunstancias en que deban cumplirse.

El inciso final del artículo 16 de la LOGJyCC se hace eco de la norma transcrita así:

Se presumirán ciertos los hechos de la demanda cuando la entidad pública accionada no demuestre lo contrario o no suministre la información solicitada, siempre que de otros elementos de convicción no resulte una conclusión contraria. En los casos en que la persona accionada sea un particular, se presumirán ciertos los hechos cuando se trate de discriminación o violaciones a los derechos del ambiente o de la naturaleza.

Estas normas, en opinión de la Corte Constitucional en otro caso, señalan que si el accionante presenta pruebas de los hechos, la carga de la prueba respecto de la inexistencia de vulneración de derechos se invierte:

En la audiencia llevada a cabo en primera instancia, dentro del proceso de acción de protección No. 0116-2011, el policía antes citado presentó ante la jueza los argumentos por los cuales consideraba existió vulneración del derecho a la defensa, alegando la ausencia de notificación del acto administrativo mediante el cual se ordenó se lo coloque en situación transitoria previo a la baja de las filas policiales, trasladando así la carga de la prueba a la contraparte, tal como se establece en el artículo 16 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Al haberse invertido la carga de la prueba de acuerdo a la ley, correspondía al accionado de la presente acción extraordinaria de protección *contestar a los fundamentos expuestos por el actor y presentar las pruebas pertinentes para desvirtuar la vulneración invocada*⁸⁶.

En otra sentencia la Corte Constitucional dijo:

En aquel sentido, se puede observar que la regla general es que la persona accionante deberá demostrar los hechos que alega, en el caso sub judice la vulneración de derechos constitucionales; la excepcionalidad a la regla está determinada *cuando la accionada sea una entidad pública*, para ello esta entidad deberá suministrar la información que requiera y *demostrar que no ha vulnerado derecho alguno*, si no lo hace *se presumirán ciertos los hechos alegados por la accionante*, siempre que de otros elementos de convicción no resulte una conclusión contraria⁸⁷.

Por consiguiente, dado que los hechos estaban probados por parte del accionan-

⁸⁶ Corte Constitucional, Sentencia N°. 085-15-SEP-CC, Suplemento al Registro Oficial No. 504 de 20 de Mayo del 2015. Énfasis añadido.

⁸⁷ Corte Constitucional, Sentencia No. 035-13-SEP-CC, Suplemento al Registro Oficial No. 77 de 10 de Septiembre del 2013. Énfasis añadido.

te, a las entidades demandadas era a quienes les competía demostrar que en el curso de esos eventos no se produjo una violación a los derechos de PM. Por lo que en este punto la sentencia de segundo nivel incurre en un error mayor.

Adicionalmente, conforme ha dicho la Corte Constitucional ecuatoriana, es preciso señalar que los jueces no deben limitarse a decir que existen mecanismos ordinarios para la reparación de derechos, pues todo acto, *absolutamente todo acto* administrativo puede ser impugnado ante los jueces contencioso-administrativos, conforme el artículo 173 de la Constitución. En realidad los jueces, antes de tomar esa medida, deben demostrar que no existe violación de derechos:

En este sentido, *no puede descartarse la existencia de derechos vulnerados sin realizar análisis alguno sobre los mismos* y bajo el simple argumento de que existen otras vías para impugnar el acto administrativo, pues bajo ese simple criterio se estaría desconociendo la naturaleza de la acción de protección. Es así que el juez de instancia *estaba en la obligación de argumentar y motivar la inexistencia de derechos constitucionales* lo cual, en el presente caso, no ocurrió⁸⁸.

En otro fallo de la Corte Constitucional se evidencia la misma orientación:

Cabe recordar que todo el ordenamiento jurídico se encuentra dirigido a la protección de derechos; por lo tanto, es indiscutible que ante la vulneración de derechos constitucionales, *no cabe argumentar razones de legalidad para rechazar garantías jurisdiccionales*, pues este proceder enerva la efectiva vigencia de los derechos constitucionales, ya que el objetivo de las garantías es la tutela de los derechos constitucionales. Resulta obvio que las garantías jurisdiccionales son mal utilizadas, cuando se desechan acciones de raigambre constitucional, sosteniendo que son cuestiones de legalidad, así como cuando, a la inversa, a asuntos de legalidad se les yuxtapone la justicia constitucional.

En todo caso, si una decisión judicial rechaza una acción de protección con fundamento en que es cuestión de legalidad, *dicha decisión debe sostenerse en una argumentación racional y jurídicamente fundamentada en base a criterios que el operador de justicia se haya formado solo luego de un procedimiento que precautele los derechos constitucionales de las partes*, para poder llegar así a conclusiones y establecer que la acción, efectivamente, pretendía someter a debate constitucional cuestiones de legalidad.

Con lo que se evidencia, que los juzgadores no pueden simplemente escudarse tras las causales de improcedencia para no conocer el fondo del asunto, alegando que se tratan de temas de mera legalidad o que existe una vía en la justicia ordinaria para el problema jurídico identificado, *sino que deben dar razones suficientes que justifiquen su decisión*, en estricto apego a las disposiciones constitucionales, respetando las reglas de la lógica jurídica y en un lenguaje claro y comprensible⁸⁹.

Por todo lo expuesto considero incontestable que en este caso los jueces no

⁸⁸ Corte Constitucional, Sentencia No. 230-15-SEP-CC, Suplemento al Registro Oficial No. 575 de 28 de Agosto del 2015. Énfasis añadido.

⁸⁹ Corte Constitucional, Sentencia No. 232-15-SEP-CC, Suplemento al Registro Oficial No. 607 de 14 de Octubre del 2015. Énfasis añadido.

cumplieron con su deber de realizar un examen racional y completo de la demanda y las pruebas de manera tal que puedan “formarse un criterio de si existió o no la vulneración de un derecho constitucional y determinarlo de manera motivada a través de una sentencia”⁹⁰. En este caso, los jueces prefirieron desembarazarse de la acción de PM sin examinar si en realidad hubo o no una vulneración de sus derechos, por lo que, a mi entender, no existió una correcta ni eficiente administración de justicia.

Como se ha mostrado en este capítulo, los efectos de la celebración de contratos con oferentes inhábiles son claros pero cuando entramos en el análisis de las particularidades que cada caso presente surgen consideraciones especiales que las entidades contratantes, de asesoría, de control y entes judiciales deben analizar para resolver los casos sometidos a su conocimiento.

Adicionalmente es claro que ninguna institución estatal de asesoría o control se ha pronunciado respecto de la existencia de la antinomia en cuestión (aunque extraoficialmente conozco funcionarios de tales entidades que reconocen su existencia), mucho menos ha realizado un análisis técnico jurídico que permita vislumbrar caminos de resolución, únicamente se han limitado a disponer y recomendar se aplique la norma más rigurosa, afectando así el derecho de particulares y viciando los mismos actos jurídicos que basados en disposiciones contradictorias se emiten cada día; lo cual tristemente debo decir, ocurre en varios campos del Derecho ecuatoriano generando multiplicidad de situaciones ilegítimas y violatorias ante las cuales, los mecanismos e instancias de defensa existentes no logran ser oportunos y eficientes.

⁹⁰ Parafraseando a la Corte Constitucional, Sentencia No. 169-14-SEP-CC, Suplemento al Registro Oficial No. 390 de 5 de Diciembre del 2014.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

CONCLUSIONES

Las inhabilidades para contratar con el Estado no contradicen el principio de no discriminación y el derecho a la igualdad; pues son restricciones motivadas en la necesidad de precautelar los bienes del Estado, siempre que sean razonables y moduladas, equilibrando el riesgo frente al alcance de la restricción al derecho.

El derecho a la defensa debe garantizarse siempre, aún cuando la normativa no prevea un trámite a seguir para casos específicos, basta que haya un proceso donde se establezcan o restrinjan derechos, sea en sede administrativa o judicial.

La norma ecuatoriana restringe la participación del servidor público haciendo diferencias en cuanto al grado de injerencia y poder real que cada cargo puede representar, lo que va en armonía con la doctrina relativa a limitación de derechos; sin embargo se requieren, ajustes orientados a dimensionar adecuadamente la amenaza que podría representar la participación de un servidor público en procesos de contratación totalmente ajenos a la institución a la que pertenece y a las funciones que ejerce como parte del cargo que ocupa.

Existe contradicción normativa en cuanto al alcance de la limitación a los servidores públicos y sus terceros relacionados establecido en la LOSNCP y la LOSEP, pues esta última prohíbe a los servidores públicos participar en *toda* contratación con el Estado; sin considerar el ámbito de injerencia de este o si existe conflicto de intereses o no, con lo que, se pierde la proporcionalidad necesaria entre riesgo y medida restrictiva.

Aplicando el criterio de especialidad las reglas de la LOSNCP prevalecen por encima de las establecidas en el artículo 24 literal j) de la LOSEP, exclusivamente en lo que tiene que ver con los contratos que en la primera se regulan; por su parte, la LOSEP prevalecería en todo tipo de contratos estatales no reglados en la LOSNCP, salvo en el caso que estemos ante contratos gobernados por otros cuerpos orgánicos que resulten ser especiales en sus materias respectivas.

La forma correcta de regular y modular derechos es motivando las limitaciones en la objetividad y razonabilidad pero instrumentando de la forma correcta a través de los cuerpos normativos que corresponden, con las reformas normativas que se requieran, mas no incluyendo disposiciones extensivas y contradictorias en normas incompetentes que únicamente causan fallas en el sistema jurídico nacional.

RECOMENDACIONES

Reformar la normativa respecto a la declaratoria de adjudicatario fallido, estableciendo un procedimiento previo a la emisión de la resolución administrativa correspondiente, que asegure el pleno ejercicio del derecho a la defensa y las garantías del debido proceso a favor del adjudicatario.

Reformar el sistema actual de control a la ejecución de los contratos suscritos al amparo de la LOSNCP, independientemente de si se permitiera o no la participación de los servidores públicos como contratistas, a fin de impedir que un mismo profesional *independiente* sea parte de equipos de trabajo en diferentes contratos a la vez en los cuales haya comprometido más del 100% de su tiempo.

Resolver la antinomia entre la LOSNCP y la LOSEP mediante reforma normativa aplicando el criterio que el legislador determine en función de los intereses nacionales y respetando los derechos individuales, ante lo cual tendríamos dos caminos de solución:

a) Si el legislador considera que no se debe permitir la participación de servidores públicos como contratista del Estado en ninguna circunstancia, debería reformar la Constitución para ampliar el sentido de la prohibición a los servidores públicos establecida en el artículo 232 y consecuentemente modificar la LOSNCP, prohibiendo su participación con el Estado en general, pues esta norma es la competente a la contratación pública;

b) si el legislador estima que el alcance de la prohibición establecida en la LOSNCP es adecuado y proporcional al riesgo que pretende evitar, entonces debería ajustar el alcance de la limitación del artículo 24 literal j) al tenor de lo establecido en la LOSNCP que responde al mismo alcance dispuesto en la Constitución; esto es que los servidores públicos y sus terceros relacionados no tienen derecho a suscribir contratos regidos por la LOSNCP cuando se trate de la entidad en la que preste sus servicios.

BIBLIOGRAFÍA

PUBLICACIONES

- Alessandri Rodríguez, Arturo y Manuel Somarriva Undurraga. *Curso de Derecho Civil. Las fuentes de las obligaciones*. 3ª edición. Volumen IV. Santiago de Chile: Nascimento, 1993.
- Álvarez del Cuvillo, Antonio. *Los derechos fundamentales en la empresa*. España: Universidad de Cádiz, 2013. Edición electrónica.
- Antinori, Néstor Eduardo. *Conceptos básicos de Derecho*. Mendoza: Universidad del Aconcagua, 2006.
- Aristóteles. *La política*. Volumen II. Madrid: Espasa, 1985.
- Arnau Moya, Federico. *Lecciones de Derecho Civil II: Obligaciones y contratos*. España: Universitat Jaume I. Colección Sapientia, 2008-2009.
- Ávalos, María Gabriela. “Extinción Parte I”. en Ismael Farrando, edit. *Contratos Administrativos*. Argentina: Abeledo – Perrot, 2002.
- Ávila Santamaría, Ramiro. Edit. *la Constitución del 2008 en el contexto andino*. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- *En Defensa Del Neoconstitucionalismo Transformador. Los debates y los argumentos*. Quito: UASB, 2012. Edición electrónica.
- Baldeón, Inés María. *Sistema Nacional de Contratación Pública, análisis y comentarios*. Volumen I. 5ª edición. Quito: CEAS, 2015.
- Bariffi, Francisco. “Capacidad jurídica y capacidad de obrar de las personas con discapacidad a la luz de la Convención de la ONU”. En L. C. Pérez Bueno, *Hacia un derecho de la discapacidad. Estudios en homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2009.
- Bobbio, Norberto. *Teoría General del Derecho*. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1992.
- Cárdenas Gracia, Jaime. *La argumentación como Derecho*. 3ª reimpresión. Ciudad de México: UNAM, 2009. Edición electrónica.
- Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. “Derecho civil Parte general, personas, cosas, negocio jurídico e invalidez”. En *Legislar sin discriminación*. Volumen IV, “Capacidad Jurídica”. México: Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, 2013.
- Endicott, Timothy. *La vaguedad en el derecho*. Traducido por Alberto del Real Alcalá y Juan Vega Gómez. Madrid, Dykinson, 2007.
- Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier. “Conflictos normativos e interpretación jurídica”. *Colección Cuadernos de Divulgación sobre Cultura de la Legalidad*. No. 2. México:

- Tribunal Electoral del Estado de Michoacán, 2010. Edición electrónica.
- Ferrajoli, Luigi. *Derechos y Garantías*. Madrid: Trotta, 2001.
- Fraga, Gabino. en Eduardo Frei Montalva. *La política y el espíritu*. Santiago de Chile: Ercilla, 1940.
- Frei Montalva, Eduardo. *La política y el espíritu*. Santiago de Chile: Ercilla, 1940.
- García de Enterría, Eduardo y Tomás Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo*. Volumen I y II. Madrid: Civitas, 2001.
- Gordillo, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Volumen III. 11ª edición. Buenos Aires: F.D.A. 2013.
- Herrera Robles, Aleksey. *Aspectos generales del Derecho Administrativo colombiano*. Bogotá: Universidad del Norte, 2012.
- Kelsen, Hans. *Teoría pura del Derecho*. 2ª edición. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México – UNAM, 1982.
- Krummrey en Nuno Basconcelos Albuquerque. *La función pública como relación especial de Derecho Administrativo*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2005.
- Atienza, Manuel. *Tras la justicia*. 1ª edición. Barcelona: ARIEL, 1993.
- Marienhoff, Miguel. *Tratado de Derecho Administrativo*. Volumen 1. Argentina: Abeledo – Perrot, 2011.
- Naciones Unidas. *Declaración Universal de los Derechos del Hombre*. Nueva York: 10 de diciembre de 1948. Edición electrónica.
- Nino, Carlos Santiago. “Ética y derechos humanos”. En Ramiro Ávila Santamaría, edit. *la Constitución del 2008 en el contexto andino*. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Pérez Luño Antonio Enrique. *Dimensiones de la igualdad*. 2ª edición. Madrid: Dickinson, 2007.
- *Teoría del Derecho: Una concepción de la experiencia jurídica*. 14ª edición. Madrid: Tecnos, 2015.
- Pérez Portilla, Karla. *Principio de igualdad: Alcances y perspectivas*. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM, 2002.
- Prieto Sanchís, Luis. “Observaciones sobre las antinomias y el criterio de ponderación”. *Cuadernos de Derecho Público*. No. 11. España: INAP, 2000. Edición electrónica..
- *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003.
- Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*. 22ª ed. Madrid: Espasa, 2001.
- Rebollo Puig, Manuel, Manuel Izquierdo Carrasco y Lucía Alarcón Sotomayor. *Panorama del Derecho Administrativo Sancionador en España*. Revista Estudios Socio-Jurídicos. Bogotá: Red, 2009.
- Rosero Melo, Bertha Cecilia. *Contratación estatal: Manual teórico práctico*. Bogotá: Edic. de

la U, 2011.

Villamizar Schiller, Eddy Alexandra. “El derecho colectivo: ‘moralidad administrativa’ en la contratación estatal: fortalecimiento de los principios del derecho administrativo”. *Red Revista Estudios Socio-Jurídicos*. Bogotá: Red RESJ, 2009.

PUBLICACIONES ELECTRÓNICAS

Bayafsky, Anne F. *The principle of equality or non-discrimination in international law*. En *Human Rights Law Journal*. Volumen 11. N° 1-2. traducido por Centro de Derechos Humanos, Chile: Facultad de Derecho de Universidad de Chile, 1990. Disponible en <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r31086spa.pdf>>, consultado el 28 de mayo de 2016.

Bello, Andrés. “Proyecto inédito de Código Civil”. *Obras completas*. Volumen 13. Disponible en Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes <<http://www.cervantesvirtual.com/obra/obras-completas-de-don-andres-bello-volumen-13-proyecto-inedito-de-codigo-civil/>>, consultado el 17 de Agosto de 2016.

Clérico, Laura y Martín Aldao. “La igualdad como redistribución y como reconocimiento: Derechos de los pueblos indígenas y corte interamericana de derechos humanos”. *Revista Estudios constitucionales*, No. 1. 2011. Disponible en <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002011000100006> consultado el 14 de Junio de 2016.

Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal – CDHDF. *Informe especial sobre la situación de los derechos humanos de las personas con discapacidad en el Distrito Federal 2007-2008*. México: CDHDF, 2008. Disponible en <<http://docplayer.es/13848807-Informe-especial-sobre-la-situacion-de-los-derechos-humanos-de-las-personas-con-discapacidad-en-el-distrito-federal.html>>, consultado el 18 de Mayo de 2016.

Contreras Aguirre, Sebastián Antonio. *Ferrajoli y los derechos fundamentales*. Revista de la Inquisición, No. 16. España: 2012. Disponible en <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4037665>>, consultado el 04 de Julio de 2016.

Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, Roma: 4 de noviembre de 1950. Disponible en <<http://www.derechoshumanos.net/Convenio-Europeo-de-Derechos-Humanos-CEDH/#Notas>>, consultado el 28 de mayo de 2016.

Guastini, Riccardo. “Antinomias y Lagunas”. *Anuario del Departamento de Derecho de la UNAM*. volumen 29. México: UNAM, 1999. Disponible en <<https://docs.google.com/viewerng/viewer?url=http://server2.docfoc.com/uploads/Z201>

5/12/08/MCSpzfteon/c6f23cb1b8cdc742b6dd82a5d4bd1aa9.pdf>, consultado el 19 de Agosto de 2016.

Henríquez Viñas, Miriam Lorena. “Los jueces y la resolución de antinomias desde la perspectiva de las fuentes del Derecho constitucional chileno”. *Revista estudios constitucionales*. No. 1. Santiago de Chile: Centro de Estudios Constitucionales de Chile, 2013. Disponible en <<http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v11n1/art12.pdf>>, consultado el 19 de Agosto de 2016.

Torres Proaño, Iván y Cecilia Salazar Sánchez. “El Código Civil, de las obligaciones y sus fuentes”, en *Revista Judicial Derecho Ecuador*. S/N. Ecuador: La Hora, 2015. Disponible en <<http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derehocivil/2015/09/18/el-codigo-civil--de-las-obligaciones-y-sus-fuentes->> consultado el 11 de agosto de 2016.

Zaldívar, Oscar. “Los conflictos de intereses”. *Revista Moneda*. Nº. 146. Perú: Banco Central de Reserva del Perú, 2005. Disponible en <<http://www.bcrp.gob.pe/docs/Publicaciones/Revista-Moneda/Moneda-146/Moneda-146-05.pdf>>, consultado el 19 de Junio de 2016.

NORMATIVA CONSULTADA

NORMAS JURÍDICAS INTERNACIONALES

- código civil colombiano vigente.
- Código Civil y Comercial de la Nación argentina vigente.
- Código Civil chileno vigente.
- Código Civil paraguayo vigente.
- Código Civil peruano de 1984.
- Código Civil salvadoreño vigente.
- Código Civil Inédito Original de Don Andrés Bello.
- Constitución Política de Colombia vigente.
- Estatuto General de Contratación de la Administración Pública colombiana.
- Decreto Nº 1023/2001. Régimen de Contrataciones de la Administración Pública argentina, vigente.
- Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado chileno, vigente.
- Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (España), vigente.

- Ley de Contrataciones del Estado peruano N° 30225, vigente.

NORMAS JURÍDICAS NACIONALES

- Constitución de la República de 2008.
- Código Civil.
- Código Civil de Ecuador de 1860.
- Código Orgánico Integral Penal, COIP.
- Código Orgánico de la Función Judicial.
- Código del Trabajo.
- Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, ERJA-FE.
- Ley de Contratación Pública del Ecuador de 1990.
- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, LOGJyCC.
- Ley Orgánica de Servicio Público, LOSEP.
- Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública versión vigente en 2012.
- Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública vigente a la fecha.
- Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios por parte de la Iniciativa Privada.
- Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública
- Resolución RE-SERCOP-2016-072 de 31 de agosto de 2016.
- Tribunal de lo Contencioso Administrativo N° 2, Auto de 05 de Agosto de 2016, a las 09H48, dentro del proceso N° 09802-2016-00666.
- Pronunciamientos de Procuraduría General del Estado:
 - Oficio PGE. No. 08773 de 14 de agosto de 2009.
 - Oficio PGE. No. 11483 de 05 de enero de 2010.
 - Oficio PGE. No. 13198 de 29 de marzo de 2010.
 - Oficio PGE. No. 05783 de 05 de enero de 2011.
 - Oficio PGE. No. 05979 de 17 de enero de 2012.
 - Oficio PGE. No. 11277 de 03 de Enero de 2013.
 - Oficio PGE. No. 19883 de 09 de diciembre de 2014.

JURISPRUDENCIA EMPLEADA

JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

Corte Constitucional de Colombia

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1287-01. Bogotá, 2001.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-521-92. Bogotá: 19 de septiembre de 1992.

JURISPRUDENCIA NACIONAL

Corte Constitucional ecuatoriana

Corte Constitucional, Resolución No. 035-13-SEP-CC, Suplemento al Registro Oficial No. 77 de 10 de Septiembre del 2013.

Corte Constitucional, Sentencia No. 169-14-SEP-CC, Suplemento al Registro Oficial No. 390 de 5 de Diciembre del 2014.

Corte Constitucional ecuatoriana. Sentencia No. 003-14-SEP-CC. Quito: 2014. Publicada en Registro Oficial No. 346 de 2 de Octubre del 2014.

Corte Constitucional, Sentencia N°. 085-15-SEP-CC, Suplemento al Registro Oficial No. 504 de 20 de Mayo del 2015.

Corte Constitucional, Sentencia No. 230-15-SEP-CC, Suplemento al Registro Oficial No. 575 de 28 de Agosto del 2015.

Corte Constitucional, Sentencia No. 232-15-SEP-CC, Suplemento al Registro Oficial No. 607 de 14 de Octubre del 2015.

ANEXOS

DOCUMENTOS RELEVANTES DEL CASO PRÁCTICO ANALIZADO EN EL

CAPÍTULO CUARTO

- Resolución de revocación a PM, declaratoria de desierto del proceso y declaratoria adjudicatario fallido.
- Oficios del INCOP (actual SERCOP) (parte pertinente).
- Acta de audiencia de primera instancia. (parte pertinente).
- Sentencia de primer nivel. (parte pertinente).
- Sentencia de segundo nivel.

RESOLUCIÓN DE REVOCACIÓN A PM, DECLARATORIA DE DESIERTO DEL PROCESO Y DECLARATORIA ADJUDICATARIO FALLIDO

REPUBLICA DEL ECUADOR

No. [REDACTED]

CONSIDERANDO:

Que mediante Resolución Ministerial No. [REDACTED] de 02 de diciembre de 2010, adjudicó el contrato correspondiente a la Licitación [REDACTED]

[REDACTED] al ING. P [REDACTED] M [REDACTED] por el monto total de su oferta que asciende a la suma de U.S.D. [REDACTED]; y, un plazo de ejecución de doce (12) meses calendario contado a partir de la fecha de notificación de que el anticipo está disponible, por así convenir a los intereses institucionales y del Estado; adjudicación, que fue notificada a los participantes por medio del Portal de Compras Públicas y físicamente en su orden mediante Oficios Nos. [REDACTED] de 02 de diciembre de 2010;

Que mediante Oficios s/n, de 07 de diciembre de 2010 y 21 de enero de 2011 el Ing. P [REDACTED] P [REDACTED] ha solicitado a la máxima autoridad del [REDACTED] la reconsideración y revocatoria de la Resolución Ministerial No. [REDACTED] de 02 de diciembre de 2010 referida en el considerando anterior; así, como su intervención en la resolución correspondiente; peticiones que fueron trasladadas a la Comisión Técnica [REDACTED] para el respectivo trámite;

Que la Comisión Técnica [REDACTED] avoco conocimiento del Oficio s/n., de 07 de diciembre de 2010 sin embargo de que en tal reclamo no consta la firma del Abogado patrocinador, resolvió por unanimidad, previo a recomendar a la Máxima Autoridad Institucional lo que corresponda, dar trámite a la petición formulada;

Que para el efecto indicado en el considerando anterior, la Comisión Técnica del [REDACTED] resolvió por unanimidad enviar copia del reclamo a la Sub-Comisión de Apoyo para que emita el informe del caso, el que fue presentado con [REDACTED] de 14 de diciembre de 2010, en el que concluyó: "*Dentro de las facultades de la Sub-Comisión de apoyo, ha procedido a revisar nuevamente la documentación de la oferta presentada por el [REDACTED] P [REDACTED] P [REDACTED], encontrándose que no existe error alguno, por lo cual nos ratificamos en el contenido del informe No. [REDACTED]*" Informe que fue conocido en sesión del día martes 14 de diciembre de 2010 de las 16h00; y, sobre esa base, recomendó a la máxima autoridad institucional se ratifique en la adjudicación del contrato al ING. P [REDACTED] M [REDACTED], referido en el primer considerando de esta Resolución por el monto y plazo allí señalados;

Que la máxima autoridad [REDACTED] tinento resolvió solicitar el pronunciamiento del Instituto Nacional de Contratación Pública (INCOP), sobre la pertinencia de la participación del ING. P [REDACTED] M [REDACTED] con RUP otorgado por el INCOP, en razón de que hasta el 30 de noviembre de 2010 había sido Servidor Público en el ejercicio del cargo de [REDACTED]

_____ cuya condición desconocía el MTOP), fecha en la que aún no estaba adjudicado el contrato; petición, que fue formulada con Oficio _____ de 28 de diciembre de 2010, contestada por el INCOP con Oficio No. _____ de 07 de enero de 2011, en el sentido que se le remita cierta documentación y aclaraciones relacionadas con el proceso, a lo cual se contestó con Oficio No. _____ de 18 de enero de 2011 con los justificativos y aclaraciones presentadas por la Sub-Comisión de Apoyo según _____ de 17 de enero de 2011;

Que la Comisión Técnica _____ en sesión realizada el día jueves 24 de febrero de 2011 avocó conocimiento del Oficio No. _____ 21 de febrero de 2011, suscrito por el Dr. _____ Director Ejecutivo del Instituto Nacional de Contratación Pública, por medio del cual emite su pronunciamiento sobre la participación del Ing. P. _____ M. _____ en la Licitación Internacional de Obras No. _____

_____ respecto del cual previo el criterio jurídico emitido

_____ que se basa en el pronunciamiento del Instituto Nacional de Contratación Pública constante en el Oficio inicialmente señalado, que es vinculante y que no hace posible mantener la recomendación de la adjudicación del contrato de la Licitación que nos ocupa, en los siguientes términos:

ARGUMENTACION JURIDICA.-

Con relación al contenido del oficio No. _____ de 21 de febrero de 2011 suscrito por el Director Ejecutivo del INCOP, caben las siguientes reflexiones:

Conforme lo previsto en el artículo 10, numeral 12 de la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública compete al INCOP "capacitar y asesorar en los procedimientos relacionados con contratación pública"; y, en concordancia con el artículo 6, numeral 2 de su Reglamento General de aplicación, corresponde a ese instituto: "Emitir de oficio o a petición de parte, observaciones de orden técnico y legal en la fase precontractual, las que serán de cumplimiento obligatorio para las entidades contratantes". Norma ésta que evidentemente excede su naturaleza e inobserva la jerarquía normativa establecida en el artículo 425 de la Constitución de la República.

En todo caso el Ministerio solicitó al INCOP se pronuncie sobre la pertinencia de la participación, y posterior celebración del contrato del ingeniero _____ M. _____ considerando que cuando intervino como oferente dentro del procedimiento _____ tenía la calidad de servidor público -lo cual por cierto desconocía la Comisión Técnica-, y hoy, una vez resuelta la adjudicación del contrato, ya no lo es, pues ha renunciado al cargo de _____

_____ del Ministerio _____ el 30 de noviembre de 2010.

Esto considerando que el INCOP, bajo su responsabilidad atribuida en el numeral 4 del Artículo 10 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCOP), en la Resolución INCOP No. 046 de 17 de agosto de 2010, concedió al ingeniero P. _____ M. _____, con cédula de ciudadanía _____ el Registro Único de Proveedores (RUP). Es decir, lo habilitó para participar en procedimientos precontractuales con las entidades sujetas al ámbito de la LOSNCOP, entre las que se cuenta este Ministerio.

Habilitación que en cumplimiento de lo dispuesto en el inciso final del artículo 1 de la resolución INCOP No. 046-2010 antes referida, verificó el Ministerio a lo largo del procedimiento.

El INCOP, tras afirmar que el proveedor P [REDACTED] M [REDACTED] que resultó adjudicado en el proceso [REDACTED] habría sido Servidor Público hasta el 30 de noviembre de 2010 y que cuando se inició el procedimiento, ya se hallaba vigente la Ley Orgánica del Servicio Público, que prohíbe a las servidoras y servidores públicos intervenir, gestionar, tramitar o suscribir contratos con el Estado por sí o por interpuesta persona, concluye:

"Por lo expuesto, el Instituto Nacional de Contratación Pública, en ejercicio de su facultad de asesorar en los procedimientos relacionados con contratación pública,....considera que no es jurídicamente posible que un servidor público intervenga, gestione, tramite o suscriba contratos con el Estado."

De donde puede considerarse implícito – y no como debería ser manifiesto y rotundo-, que el ingeniero M [REDACTED] no puede celebrar el contrato que le fue adjudicado.

Bajo esta premisa esencial, cabe hacer referencia al artículo 33, numeral 3 de la LOSNCP, que contiene otra disposición incongruente:

Artículo 33.- Declaratoria de Procedimiento Desierto.- *"La máxima autoridad de la Entidad Contratante, siempre antes de resolver la adjudicación, declarará desierto el procedimiento de manera total o parcial, en los siguientes casos:*

3. *Por no celebrarse el contrato por causas imputables al adjudicatario, siempre que no sea posible adjudicar el contrato a otro oferente"*, y,

En concordancia, el artículo 30 del Reglamento establece que:

"Una vez adjudicado un contrato, el procedimiento será declarado desierto si el contrato no puede celebrarse por causas imputables al adjudicatario, siempre que no sea posible adjudicar el contrato al oferente que se encuentra en segundo lugar en el orden de prelación."

En este caso, a base de lo expresado por el INCOP en su "pronunciamiento", el contrato adjudicado al ingeniero P [REDACTED] M [REDACTED] no podrá celebrarse por causas imputables a él.

De otro lado, tampoco será posible adjudicar el contrato al otro participante [REDACTED] P [REDACTED] P [REDACTED] puesto que conforme ha establecido y reiterado la Subcomisión de Apoyo en el Informe de Apoyo inicial y posteriores, no acredita experiencia **para el tipo de trabajo objeto del procedimiento precontractual**. De allí que esta oferta no fue considerada cuando se resolvió sobre la presente Licitación.

Por tanto, las normas citadas prevén la declaratoria de desierto del procedimiento.

A la vez, cabe hacer referencia al artículo 35 de la LOSNCP:

"Adjudicatarios Fallidos.- Si el adjudicatario o los adjudicatarios no celebraren el contrato por causas que les sean imputables, la máxima autoridad de la entidad, declarará fallido al oferente o a los oferentes y notificará de esta condición al INCOP.

El adjudicatario fallido será inhabilitado del RUP por el plazo de tres (3) años, tiempo durante el cual no podrá contratar con las Entidades Contratantes previstas en esta Ley."

A base del criterio jurídico expuesto, la Comisión Técnica [REDACTED], resolvió por unanimidad lo siguiente:

* **Reconsiderar y dejar sin efecto la recomendación y su ratificación de adjudicación del contrato de la Licitación [REDACTED]**

al ING. P [redacted]
M [redacted] por el monto total de su oferta que asciende a la suma de U.S.D. [redacted]; y, un plazo de ejecución de doce (12) meses calendario contado a partir de la fecha de notificación de que el anticipo está disponible, la que fue comunicada a los participantes por medio del Portal de Compras Públicas, y en físico mediante Oficios Nos. [redacted] de 02 de diciembre de 2010, [redacted]

- * Recomendar a la máxima autoridad institucional, resuelva la declaratoria de desierta de la Licitación [redacted]
[redacted] de acuerdo con lo dispuesto en el Artículo 33, numeral 3 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en concordancia con el Artículo 30 del Reglamento General de la Ley lb., en vista de que no es posible recomendar la adjudicación del contrato al otro participante [redacted] ya que conforme ha establecido y reiterado la Subcomisión de Apoyo en los informes presentados, dicho participante no acredita experiencia para el tipo de trabajos objeto del procedimiento precontractual de la mencionada Licitación;
- * Recomendar a la máxima autoridad institucional, declare adjudicatario fallido al ING. P [redacted] M [redacted] a base de lo expresado por el Instituto Nacional de Contratación Pública (INCOP) en su "pronunciamiento", en aplicación del artículo 35 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en razón de que el contrato adjudicado al mencionado profesional no podrá celebrarse por causas imputables a él, de lo cual se notificará al INCOP;

Por lo expuesto y en uso de las atribuciones que le confiere la Ley,

RESUELVE:

Art.1. Acoger las recomendaciones de la Comisión Técnica del [redacted] efectuadas en sesión del día jueves 24 de febrero de 2011, y sobre esa base:

- * Reconsiderar y dejar sin efecto los términos de la Resolución Ministerial No. [redacted] de 02 de diciembre de 2010 indicada en el primer considerando de esta Resolución, así como los Oficios Nos. [redacted] de 02 de diciembre de 2010 con los cuales se notificó a los participantes la adjudicación del contrato de la Licitación [redacted]
[redacted] realizada al ING. P [redacted] M [redacted] por el monto total de su oferta que asciende a la suma de U.S.D. [redacted] (Sin IVA); y, un plazo de ejecución de doce (12) meses calendario contado a partir de la fecha de notificación de que el anticipo está disponible;
- * Declarar desierta la Licitación [redacted]
[redacted] de acuerdo con lo dispuesto en el Artículo 33, numeral 3 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación

Pública, en concordancia con el Artículo 30 del Reglamento General de la Ley Ib.; y,

- * Declarar adjudicatario fallido al ING. P [REDACTED] M [REDACTED] a base de lo expresado por el Instituto Nacional de Contratación Pública (INCOP) en su "pronunciamiento", en Oficio No. [REDACTED] de 21 de febrero de 2011, en aplicación del artículo 35 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública por no poder celebrarse el respectivo contrato con el mencionado adjudicatario por causas a él imputables.

Art. 2.- Disponer la notificación de esta Resolución al ING. P [REDACTED] M [REDACTED] al [REDACTED] P [REDACTED] P [REDACTED]; al Instituto Nacional de Contratación Pública (INCOP) para su publicación en el Portal de Compras Públicas; así como también, a [REDACTED]

Art.3.- Disponer, previa la revisión de los Pliegos, la reapertura del procedimiento licitatorio de conformidad con lo previsto en el Artículo 33 antepenúltimo inciso de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Art.4.- Encargar a la Comisión Técnica [REDACTED] y a las Unidades Administrativas respectivas la ejecución de esta Resolución.

COMUNIQUESE, dado en la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, a los

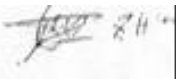
03 MAR. 2011

[REDACTED]
MINISTRA DE [REDACTED]

.....

OFICIOS SERCOP

OFICIO 1 DE 7 DE ENERO DE 2011



INCOP
INSTITUTO NACIONAL DE
CONTRATACIÓN PÚBLICA

OFICIO No. [REDACTED]
Quito, 07 de enero de 2011

Señora [REDACTED]
MINISTRA DE [REDACTED]

11/2011
Dr. Caceres

Requerimiento [REDACTED]
Proceso: [REDACTED]
Entidad Contratante: Ministerio [REDACTED]

El Instituto Nacional de Contratación Pública -INCOP- como organismo rector de la contratación pública en el país, mantiene entre sus atribuciones, la de asegurar y exigir el cumplimiento de los objetivos prioritarios del Sistema Nacional de Contratación Pública -SNCP-. Al efecto, entre los objetivos prioritarios del SNCP, conforme ordena el artículo 9 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública -LOSNC- se destacan, garantizar la calidad del gasto público y su ejecución en concordancia con el Plan Nacional de Desarrollo; garantizar la ejecución plena de los contratos y la aplicación efectiva de las normas contractuales; garantizar la transparencia y evitar la discrecionalidad en la contratación pública; y, convertir la contratación pública en un elemento dinamizador de la producción nacional.

En esa línea, el Control, Monitoreo y Evaluación del SNCP se encuentra regulado en el artículo 14 de la LOSNC, en los siguientes términos:
"El control del Sistema Nacional de Contratación Pública será intensivo, interrelacionado y completamente articulado entre los diferentes entes con competencia para ello. Incluirá la fase precontractual, la de ejecución del contrato y la de evaluación del mismo.

(...)

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

Complementariamente, el artículo 6 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública -RGLOSNC- establece como atribuciones del INCOP, ejercer el monitoreo constante de los procedimientos de contratación, emitir de oficio o a petición de parte observaciones de orden técnico o legal en la fase precontractual, supervisar de oficio o pedido de parte conductas elusivas de los principios y objetivos del Sistema Nacional de Contratación Pública; así como, generar alertas o recomendaciones de cumplimiento obligatorio a las respectivas entidades contratantes.

REQUERIMIENTO:

El Ingeniero P [REDACTED] P [REDACTED] ha enviado una comunicación en la cual presenta observaciones al proceso de contratación [REDACTED] para la [REDACTED]

[REDACTED]

Pese a esta certificación, la subcomisión técnica de apoyo califica con 10 puntos al ingeniero P [REDACTED] M [REDACTED] y con 0 puntos al Consorcio P [REDACTED]

Por tanto, con fundamento en las disposiciones legales y reglamentarias expuestas², requiero que en el término de cinco (5) días, remita este Instituto los siguientes requerimientos:

- Las justificaciones técnicas a los puntos 1 y 2 de la comunicación del ingeniero P [REDACTED] P [REDACTED] y las explicaciones a los puntos 3,4 y 5 de la misma.
- Las explicaciones y justificaciones a las calificaciones realizadas a los oferentes en lo correspondiente al certificado de calidad [REDACTED]
- Adjuntar el Reglamento Interno [REDACTED] así como la base legal que le faculta emitir certificados de calidad.
- El alcance y los argumentos que sustentan la respuesta No. 5 al oferente, en la que se señala que "la metodología presentada por el Consorcio P [REDACTED] P [REDACTED] es académica, no presenta soluciones específicas..." así como también el argumento que indica "que los análisis de precios unitarios no son consistentes, los mismos que demuestran la falta de experiencia en obras solicitadas en los pliegos de Licitación, porque no utilizan el equipo, mano de obra y materiales adecuados en los rubros del proyecto, además no se refleja la tecnología de punta que el C [REDACTED] P [REDACTED] P [REDACTED] menciona".

Igualmente, dentro del mismo término, publicará en el Portal la información requerida, como información relevante del procedimiento.

Por otra parte, en atención a su oficio No. [REDACTED] en el cual solicita "emitir su pronunciamiento sobre la pertinencia de la participación del mencionado profesional (ingeniero P [REDACTED] M [REDACTED] en razón de que hasta el 30 de noviembre de 2010 ha sido Servidor Público en el ejercicio del cargo de [REDACTED]

[REDACTED] (cuya condición desconocía el MTOP), fecha en la que aun no estaba adjudicado el contrato", me permito indicarle que la Ley Orgánica del Servicio Público, publicada el 06 de octubre de 2010, en su artículo 24 literal j, establece:

"Prohíbese a las servidoras y los servidores públicos lo siguiente:

j) Resolver asuntos, intervenir, emitir informes, gestionar, tramitar o suscribir convenios o contratos con el Estado, por sí o por interpuesta persona u obtener cualquier beneficio que implique privilegios para el servidor o servidora, su cónyuge o conviviente en unión de hecho legalmente reconocida, sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad. Esta prohibición se aplicará también para empresas, sociedades o personas jurídicas en las que el servidor o servidora, su cónyuge o conviviente en unión de hecho legalmente reconocida, sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad tengan interés."

Al respecto, el artículo 4 de la Ley Orgánica de Servicio Público reputa como servidor público a toda [REDACTED] cualquier forma o a cualquier título trabaje, preste servicios o ejerza un cargo, función o [REDACTED] del sector público. El proveedor adjudicado -persona natural- habría sido servidor de noviembre de 2010.



Adicionalmente, le recordamos que el proceso de contratación con código [REDACTED] inició, dicho en otras palabras, se publicó con la respectiva convocatoria a través del Portal, el 8 de octubre de 2010, en tanto que la Ley Orgánica de Servicio Público fue publicada el 6 de octubre de 2010; es decir, a la fecha de publicación del proceso con código No [REDACTED] ya se encontraba vigente la disposición legal previamente mencionada.

En atención a las normas legales invocadas, le corresponde a usted tomar la decisión que al caso proceda, conforme establece el tercer inciso del artículo 99 de la LOSNCP.

Finalmente, le recordamos que el segundo inciso del artículo 15 de la LOSNCP obliga al INCOP informar a la Contraloría General del Estado y a la Procuraduría General del Estado, cada vez que conozca del cometimiento de infracciones a lo dispuesto en la ley.

Atentamente,



INSTITUTO NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA³



OFICIO 2 DE 21 DE FEBRERO DE 2011

INCOP
INSTITUTO NACIONAL DE
CONTRATACIÓN PÚBLICA

Pruebas de

INCOP



OFICIO No. [REDACTED]
Quito, 21 de febrero de 2011

[REDACTED]
MINISTRA [REDACTED]
[REDACTED]
Quito.-

De mi consideración:

En atención a su pedido que el Instituto Nacional de Contratación Pública se pronuncie respecto a la participación del ingeniero P. [REDACTED] M. [REDACTED] en el procedimiento de contratación con código [REDACTED] me permito señalar lo siguiente:

Conforme lo manifestamos en el oficio [REDACTED] de 07 de enero de 2011, el artículo 24 literal j) de la Ley Orgánica del Servicio Público establece:

"Prohíbese a las servidoras y los servidores públicos lo siguiente:

j) Resolver asuntos, intervenir, emitir informes, gestionar, tramitar o suscribir convenios o contratos con el Estado, por sí o por interpuesta persona u obtener cualquier beneficio que implique privilegios para el servidor o servidora, su cónyuge o conviviente en unión de hecho legalmente reconocida, sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad. Esta prohibición se aplicará también para empresas, sociedades o personas jurídicas en las que el servidor o servidora, su cónyuge o conviviente en unión de hecho legalmente reconocida, sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad tengan interés;" (Subrayado es fuera de texto)

Al respecto, el artículo 4 de la Ley Orgánica de Servicio Público define al servidor público como toda persona que en cualquier forma o a cualquier título trabaje, preste servicios o ejerza un cargo, función o dignidad dentro del sector público.

El proveedor P. [REDACTED] M. [REDACTED] que resultó adjudicado en el proceso [REDACTED] [REDACTED] había sido servidor público hasta el 30 de noviembre de 2010. En ese sentido, debe considerarse que el proceso de contratación con código [REDACTED] se publicó con la respectiva convocatoria a través del Portal el 8 de octubre de 2010, en tanto que la Ley Orgánica de Servicio Público fue publicada el 6 de octubre de 2010; es decir, a la fecha de publicación del proceso con código No. [REDACTED] ya se encontraba vigente la disposición legal -previamente mencionada- que, prohíbe a las servidoras y servidores públicos intervenir, gestionar, tramitar o suscribir contratos con el Estado por sí o por interpuesta



Complementariamente, el numeral 1 del artículo 62 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública -LOSNCP- establece que no podrán celebrar contratos con las entidades contratantes quienes se hallaren inmersos en las inhabilidades generales previstas en la Ley, entre ellas, la Ley Orgánica de Servicio Público.

Por lo expuesto, el Instituto Nacional de Contratación Pública, en ejercicio de su facultad de asesorar en los procedimientos relacionados con contratación pública constante en el numeral 12 del artículo 10 de la LOSNCP, considera que no es jurídicamente posible que un servidor público intervenga, gestione, tramite o suscriba contratos con el Estado.

Atentamente,

Dr. Jorge Luis González Tamayo
DIRECTOR EJECUTIVO
DEL INSTITUTO NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

[Redacted area]

CERTIFICO, que la fotocopia que
ANTECEDE es igual a su original que
reposa en los archivos de la institución.

05 MAR 2012

ACTA DE AUDIENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

AUDIENCIA PÚBLICA JUICIO DE ACCION DE PROTECCION NRO. Xxxxxx En la Ciudad de Quito, hoy a los seis días del mes de marzo del año dos mil doce, a las diez horas con treinta y nueve minutos, ante el Dr. Juez Titular del Juzgado e infrascrito Secretario Doctor xxxxxxxx comparecen por una parte el accionante señor Ingeniero Civil P M, [...] acompañado de su Abogado Defensor el Doctor [...] y por otra parte la Doctora [...]a nombre del [...] Coordinador General Jurídico y como tal delegado de la [...] MINISTRA, por otra parte la señora Abogada [...] del señor [...] Director Ejecutivo, y representante legal del Instituto Nacional de Contratación Publica (INCOP) y el doctor [...] OFRECIENDO PODER Y RATIFICACION DEL SEÑOR Procurador General del Estado, con el objeto de que tenga lugar la audiencia Publica señalada para esta fecha día y hora según providencia [...] xxxxxxxxxxxxxx: Al efecto siendo el día y la hora señalada para , se concede el uso de la palabra al accionante señor Ingeniero Civil P M, y quien por intermedio de su Abogado Defensor [...] dice: SEÑOR JUEZ.-1.- Los derechos constitucionales de P M, fueron violados pues en principio se vulneró el derecho a la seguridad jurídica, que exige la existencia de normas previas correctamente aplicadas por las autoridades competentes, cosa que no sucedió en mi caso pues la interpretación y aplicación de las normas fue incorrecta, extensiva, regresiva y restrictiva de derechos, y desconociendo la norma del Art. 232, inciso primero, de la Constitución de la República [...] Todo ello en razón que la correcta interpretación de la norma del Art. 24.j) de la Ley Orgánica de Servicio Público deja en claro que la prohibición que contiene se refiere a que los funcionarios públicos NO PUEDEN SUSCRIBIR CONTRATOS CON LA ENTIDAD BAJO CUYA DEPENDENCIA O A FAVOR DE LA CUAL LABORAN, para evitar los conflictos de intereses y el uso de información privilegiada. [...]el que el Ministerio xxxxxxxxxxxxxx me haya declarado adjudicatario fallido, es ilegítimo, injustificado y violatorio de derechos constitucionales. Es inconstitucional se declare al compareciente como adjudicatario fallido pues: a) “En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso [...]”, según reza el inciso primero del Art. 76 de la Constitución de la República. Ese debido proceso fue ignorado pues una declaración de tal magnitud como la de adjudicatario fallido exigía se lo verifique en forma efectiva y práctica, es decir, que se me notifique con el reclamo de xxxxxxxxxxxxxx P P que se me dé término para contestarlo, se recaben mis pruebas y se

escuchen mis alegaciones. Del texto de las Resoluciones No. xxxxxxxxxxxx de 03 de Marzo de 2011 y No. xxxxxxxxxxxx de 04 de Abril de 2011 queda claro que el Ministerio, en forma previa a declarar al compareciente como adjudicatario fallido, convocó y escuchó al reclamante xxxxxxxxxxxx P P y al INCOP, PERO NO A MI PERSONA pese a que fueron mis intereses y derechos los que terminaron siendo lesionados con la emisión de esos actos administrativos. En consecuencia, el Ministerio violó las garantías constitucionales que en mi favor establecen los literales a), b), c) y h) del Art. 76 de la Constitución de la República. Además, al no ser escuchada mi postura en el proceso, en la Resolución no se refleja ninguna defensa a favor de mi persona, con lo que se vulneró, nuevamente, mi derecho a la motivación de las resoluciones de los poderes públicos, de la letra l) del número 7 del Art. 76 de la Constitución de la República; [...]. Esto refleja que la sanción de adjudicatario fallido opera cuando el oferente ganador del proceso retira su oferta, cuando se niega a firmar o no se presenta a firmar el contrato en el término previsto y en base a eso se le declara responsable de la no adjudicación y por tanto se le declara fallido. En la especie yo ni retiré mi propuesta ni me negué a firmar el contrato que me fue adjudicado. Si en el término inmediato de quince días en que mi persona debía suscribir el contrato tal evento no se verificó, ello no se debió a causas imputables a mi persona sino al reclamo interpuesto por el P P reclamo que de facto suspendió el proceso de contratación, aún cuando no debía suceder tal cosa. [...] 3.- Se violaron las garantías del debido proceso: [...] b) No se notificó a mi persona con el reclamo ni con las providencias tomadas por el Ministerio al respecto: la reunión del Comité Técnico, la decisión de consultar al INCOP, etc; c) Se suspendió la ejecución de la resolución de adjudicación de 02 de Diciembre de 2010, pese a que el Art. 102 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública expresamente ordena que tal resolución será ejecutada. Con ello se violó el derecho del adjudicatario a firmar el contrato adjudicado; [...] De inmediato concede el uso de la palabra a la Doctora Xxxxxxxxxx, y quien ofreciendo poder y ratificación a nombre del [...] Coordinador General Jurídico y como tal delegado de la [...] MINISTRA [...] Y COORDINADOR GENERAL DE ASESORIA JURIDICA DEL MINISTERIO [...] dice: SEÑOR JUEZ como COORDINADOR GENERAL JURIDICO, y como tal, DELEGADO de la [...] MINISTRA [...] digo: PRIMERO.- ANTECEDENTES.- [...] 1.2. Mediante Resolución Ministerial No. Xxxxxxxxxx de 2 de Diciembre de 2010 el Ministerio adjudicó el referido contrato al Ingeniero P M, por el monto total de su oferta, [...], el INGENIERO P P (otro de los oferentes en la Licitación) solicitó a la señora Ministra la RECONSIDE-

RACION Y REVOCATORIA DE LA RESOLUCION MINISTERIAL QUE ADJUDICO EL CONTRATO AL HOY ACCIONANTE SEÑOR P M, así como su intervención en la resolución correspondiente; peticiones que, como correspondía, fueron puestas en conocimiento de la COMISION TECNICA [...] para que emita el Informe pertinente, [...] que concluye indicando que, tras la revisión de la documentación de la Oferta presentada por PP no existió error en el Informe emitido, por lo que esa Subcomisión se ratificó en el contenido del Informe XXXXXXXXXXXX recomendando a la máxima autoridad institucional ratificar la adjudicación hecha a favor del ingeniero P M.- 1.4.- La máxima autoridad institucional, previamente a decidir lo pertinente, solicitó del INCOP QUE SE PRONUNCIE RESPECTO DE LA PERTINENCIA DE LA PARTICIPACIÓN DEL INGENIERO P M con RUP otorgado por esa Entidad, en razón de que el otro oferente comunicó al XXXXXXXXXXXX que el adjudicado INGENIERO P M fue servidor público hasta el día 30 de Noviembre de 2010,y que al presentar su OFERTA en la Licitación indicada, ejercía el cargo de XXXXXXXXXXXX CONDICION DESCONOCIDA hasta entonces por el MINISTERIO XXXXXXXXXXXX. [...]; [...] El DIRECTOR EJECUTIVO DEL INSTITUTO NACIONAL DE CONTRATACION PUBLICA (INCOP), con Oficio No. XXXXXXXXXXXX de 21 de Febrero de 2011, se pronunció sobre la participación en la LICITACION XXXXXXXXXXXX siendo el criterio jurídico emitido que el pronunciamiento del INCOP constante del Oficio señalado, es vinculante, lo que no permitió mantener la recomendación de la adjudicación del contrato de la Licitación.- [...] El Ministerio solicitó al INCOP pronunciarse sobre la pertinencia de la participación y posterior celebración del contrato del Ing. P M, considerando que cuando éste intervino como oferente dentro del procedimiento Licitatorio XXXXXXXXXXXX TENIA LA CALIDAD DE SERVIDOR PUBLICO, lo cual DESCONOCIA la Comisión Técnica ministerial, y que una vez resuelta la adjudicación del contrato, había dejado de serlo, pues renunció el 30 de Noviembre de 2010 [...]. El INCOP, bajo la responsabilidad señalada en el numeral 4 del Art. 10 de la LEY ORGANICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACION PUBLICA (LOSNC) en la Resolución No. INCOP 046 de 17 de Agosto de 2010, concedió al INGENIERO P M el RUP (Registro Unico de Proveedores), habilitándolo para participar en procedimientos precontractuales con las entidades sujetas al ámbito de las LOSNC, entre las que se encuentra el Ministerio XXXXXXXXXXXX Habilitación que de conformidad con el inciso final del Art. 1 de la Resolución INCOP No. 046-2010 a la que me refiero, verificó el Ministerio en el proceso.- El INCOP señala que [...] que cuando se inició el procedimiento contractual ya estaba

en vigencia la LEY ORGANICA DEL SERVICIO PUBLICO QUE PROHIBE A LAS SERVIDORAS Y SERVIDORES PUBLICOS INTERVENIR, GESTIONAR, TRAMITAR O SUSCRIBIR CONTRATOS CON EL ESTADO POR SI O POR INTERPUESTA PERSONA, y concluye señalando que en ejercicio de la facultad de asesorar en los procedimientos relacionados con la contratación pública, QUE JURIDICAMENTE NO ES POSIBLE QUE UN SERVIDOR PUBLICO INTERVENGA, GESTIONE, TRAMITE O SUSCRIBA CONTRATOS CON EL ESTADO. - 1.7. De lo dicho se torna evidente que EL ESTADO ECUATORIANO NO PODIA CELEBRAR NINGUN CONTRATO CON EL INGENIERO P M.- [...] La COMISION TECNICA[...] resolvió, por unanimidad, RECONSIDERAR Y DEJAR SIN EFECTO LA RECOMENDACIÓN Y SU RATIFICACION DE ADJUDICACION DEL CONTRATO DE LA LICITACION [...] Se resolvió también recomendar a la máxima autoridad institucional [...] DECLARAR COMO ADJUDICATARIO FALLIDO AL INGENIERO P M, en base a lo expresado por el INCOP en su “pronunciamiento” y en aplicación del Art. 35 de la LEY ORGANICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACION PUBLICA, en razón de que el contrato adjudicado al mencionado profesional no podía celebrarse por causas imputables a él, lo cual le correspondería Notificar al INCOP. 1.10.- La señora Ministra, en RESOLUCION Xxxxxxxxxxxx de 3 de Marzo de 2011, acogió las recomendaciones de la COMISION TECNICA [...] SEGUNDO.- 2.1. El 4 de Abril de 2011, el Compareciente [...], en mis calidades de COORDINADOR GENERAL JURIDICO, y como tal, de Delegado de la señora Ministra, [...] resolvió el RECLAMO ADMINISTRATIVO propuesto por el Ingeniero P M en contra de la RESOLUCION dictada por la señora Ministra Xxxxxxxxxxxx signada con el No. Xxxxxxxxxxxx fecha 3 de Marzo de 2011, y , con suficientes argumentos de hecho y de derecho, NEGÓ el reclamo administrativo interpuesto RECHAZANDO las pretensiones subsidiarias solicitadas en el mismo.- 2.2.- Cabe puntualizar que, una vez notificada la adjudicación del contrato dentro del procedimiento licitatorio, el Ingeniero PP (otro oferente), hizo conocer al Ministerio que el Ingeniero P M participó en el procedimiento precontractual CUANDO TENIA LA CALIDAD DE SERVIDOR PUBLICO, por lo que, como queda ya señalado, se pidió pronunciamiento al respecto al DIRECTOR EJECUTIVO DEL INSTITUTO NACIONAL DE CONTRATACION PUBLICA, INCOP.- 2.3.- PRONUNCIAMIENTO DEL INCOP.- [...] Luego señala que el Ingeniero P M “había sido servidor público hasta el 30 de noviembre de 2010”, y que debe considerarse que el proceso precontractual [...] se inició con la CONVOCATORIA el 8 de Octubre de

2010, así como que la LEY ORGANICA DEL SERVICIO PUBLICO fue publicada el 6 de Octubre de 2010, esto es, que a la fecha de inicio del procedimiento precontractual YA SE ENCONTRABA VIGENTE LA DISPOSICION LEGAL QUE PROHIBE A LAS Y LOS SERVIDORES PUBLICOS INTERVENIR, GESTIONAR, TRAMITAR O SUSCRIBIR CONTRATOS CON EL ESTADO POR SI O POR INTERPUESTA PERSONA.- 2.4.- El pronunciamiento del INCOP tiene el carácter de VINCULANTE, de conformidad con el numeral 2 del Art. 6 del REGLAMENTO GENERAL DE LA LEY ORGANICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACION PUBLICA, por tanto debía ser acatado por el Ministerio XXXXXXXXXXXX – [...] CUARTO.- Una vez que se ha demostrado documentada y fundamentadamente la legalidad y legitimidad de los actos administrativos impugnados, vuestra autoridad desechará la acción constitucional interpuesta indebida e ilegítimamente.- [...] 3.- El Ministerio XXXXXXXXXXXX no se ha apartado del ámbito legal para actuar en relación al proceso que debe seguir forzosa y obligatoriamente en cumplimiento de las disposiciones legales tanto de la LEY ORGANICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACION PUBLICA y su REGLAMENTO GENERAL, cuanto de la LEY ORGANICA DE SERVICIO CIVIL, y respetar irrestrictamente las PROHIBICIONES que dichas normativas determinan para los SERVIDORES PUBLICOS, quienes no pueden intervenir en los procesos contractuales.- [...] 10.- El pronunciamiento del INCOP tiene el carácter de VINCULANTE, de conformidad con el numeral 2 del Art. 6 del REGLAMENTO GENERAL DE LA LEY ORGANICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACION PUBLICA, esto es, de cumplimiento obligatorio para las entidades contratantes (en este caso del MINISTERIO XXXXXXXXXXXX siendo evidente que, TRAS ESTABLECERSE LA CALIDAD DE SERVIDOR PUBLICO DEL INGENIERO P M, en un simple ejercicio de subsunción, con la premisa de los Artículos 24, letra j) de la LEY ORGANICA DEL SERVICIO PUBLICO y 62, numeral 1 de la LEY ORGANICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACION PUBLICA, SE LLEGO A LA CONCLUSION DE QUE NO ES FACTIBLE A UN SERVIDOR PUBLICO INTERVENIR, GESTIONAR, TRAMITAR O SUSCRIBIR CONTRATOS CON EL ESTADO.- [...]12.- Al no poder formalizarse el contrato POR MOTIVOS ATRIBUIBLES AL ADJUDICATARIO, esto es, al hoy accionante, SE UBICO AL MINISTERIO XXXXXXXXXXXX FRENTE A LA HIPOTESIS DEL ARTICULO 35 DE LA LEY ORGANICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACION PUBLICA “ADJUDICATARIOS FALLIDOS”, y en consideración al pronunciamiento del INCOP que tornaba insostenible la adjudicación

del contrato base de la LICITACION XXXXXXXXXXXX JUSTIFICADAMENTE la Comisión Técnica ministerial RESOLVIO reconsiderar la recomendación y su ratificación de adjudicación del contrato al Ingeniero P M, recomendaciones que la señora Ministra acogió, observando además el pronunciamiento del INCOP y en aplicación del Artículo 35 de la LOSNCP.- [...]14.- No se ha violentado ningún derecho constitucional del accionante. Al contrario, todos los procedimientos legales en su caso específico, han sido respetados por el Ministerio XXXXXXXXXXXX.- [...]16.- Las aseveraciones del accionante de que se han vulnerado sus derechos constitucionales no han sido acreditadas pues no determina de qué forma tal vulneración constitucional se ha dado Y MENOS AÚN PUEDE PROBARLO.- [...] 18.- El accionante es el único y exclusivo responsable de que se haya declarado sin lugar la adjudicación hecha a su favor y de sus consecuencias, entre otras, su inclusión como CONTRATISTA FALLIDO y de la declaratoria de Desierto del Concurso en que ilegítimamente intervino cuando era SERVIDOR PUBLICO y se encontraba incurso en expresas disposiciones que se lo impedían.- [...] De inmediato el señor Juez concede la palabra a la señora Abogada XXXXXXXXXXXX quien ofreciendo poder y ratificación del señor Jorge Luis González Tamayo en su calidad de Director Ejecutivo, y representante legal del Instituto Nacional de Contratación Pública (INCOP) dice: [...] con respecto a las consultas que emite el Instituto Nacional de Contratación Pública me permito hacer referencia al Art. 10 Numeral 12 de la Ley Orgánica del Sistema nacional de Contratación Pública que señala; Capacitar y asesorar en materia de implementación de instrumentos y herramienta así como en los procedimiento relacionados con contratación Pública ; es decir las consultas que serán absueltas por el INCOP son de carácter no vinculante ya que su fin es únicamente asesorar al Organismo Público que realiza la consulta siendo así facultativo para esta entidad de acoger o no el criterio emitido , [...] así que el INCOP acogíendose a derechos se ha pronunciado acerca como dispone el Art. 24 literal j de la Ley del Servicio Público, haciendo énfasis en la palabra intervenir por lo que es evidente señor Juez que el accionante al momento de participar en este proceso de contratación intervino como Funcionario público , por otro lado señor Juez el accionante dentro de su acción presentada señala erróneamente que el INCOP ha emitido actos administrativos ya que las consultas absueltas por este Instituto son asesoramiento no vinculante del cual no causa efectos a los intereses del accionante, es de esta mera que el INCOP no ha vulnerado derecho alguno del accionante [...] De inmediato el señor Juez concede la palabra al señor doctor XXXXXXXXXXXX, y quien OFRECIENDO PODER Y RATIFICACION DEL SEÑOR Procurador General

del Estado dice: Señor Juez solicito que declare la improcedencia de la presente acción y la rechace por cuanto la misma no cumple con los presupuestos señalados en los numerales uno y tres del Art. 40 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, y por si cumplir los presupuestos de improcedencia puntualizados en los numerales 1,3,4 y 5 del Art, 42 IBIDEM. Se trata de asuntos de mera legalidad que pudieran ser resueltos ante la Justicia Ordinaria en los Tribunales de lo Contencioso Administrativo. Ningún momento existe una violación de derechos consagradas en nuestra carta magna, [...] Nuevamente concede la palabra al señor Ingeniero Civil P M, para su réplica y quien por intermedio de su Abogado Defensor el Doctor XXXXXXXXXXXX dice: 1.- la señora Abogada del Ministerio xxx reconoce que a P M solamente se notifico con la decisión ya tomada. Y Respecto del Alegado de la Procuraduría según la acción de protección se destina a detener un daño eventual ellos es un error pues la acción de protección pues tiene por objeto cesar un daño actual.- Nuevamente concede la palabra a la Doctora XXXXXXXXXXXX para su réplica y quien ofreciendo poder y ratificación a nombre del XXXXXXXXXXXX Coordinador General Jurídico y como tal delegado de la XXXXXXXXXXXX MINISTRA XXXXXXXXXXXX Y COORDINADOR GENERAL DE ASESORIA JURIDICA DEL MINISTERIO XXXXXXXXXXXX dice: Rechazo todas y cada una de las expresiones vertidas por el accionante , en razón de que al ocultar su calidad de servidor público al momento de presentarse como oferente avoco a las consecuencias de su irresponsable actuar que hoy reclama. [...] Nuevamente el señor Juez concede la palabra a la señora Abogada XXXXXXXXXXXX para su réplica y quien ofreciendo poder y ratificación del señor Jorge Luis González Tamayo en su calidad de Director Ejecutivo, y representante legal del Instituto Nacional de Contratación Pública (INCOP) dice: Señor Juez no se falta de conocimiento del accionante no conoce a cerca del registro único de proveedores ya que el INCOP con el SRI y el IESS tiene convenios interinstitucionales de los cuales estas instituciones trasladan su base informativa de acuerdo a los incumplimientos que los ciudadanos mantiene con el Estado por lo que al llegar esta información a la Institución y conforme a derecho se inactiva el Registro único de proveedores mas no se le inhabilita. Así mismo reintegro las consultas emitidas por el INCOP los cuales adjunto en copias certificadas no son vinculantes [...] Es así que es de responsabilidad de la Entidad contratante y contratista las actuaciones que se emitan en la fase precontractual, contractual y pos contractual conforme el inciso tercero del Art. 99 de la LOSNCP. Finalmente el INCOP al ser administrador del Registro de incumplimiento no puede realizar la revisión de legalidad de la resolución del adjudicatario

fallido conforme lo anteriormente dicho, es así señor Juez reitero mi pretensión que se rechace dicha acción ya que son se ha violado ningún derecho constitucional.- El Juzgado por su parte dispone: Agréguese a los autos los documentos acompañados. Los Abogados Defensores de las partes procesales y Procurador General del Estado, en el término de tres días legitimen sus intervenciones. Con lo que termina la presente diligencia, firmando para constancia de lo actuado, en unidad de acto con el señor Juez, comparecientes y Secretario que certifica. XXXXXXXXXXXXX

.....

NOTA: Los errores tipográficos y de ortografía forman parte del texto original.

SENTENCIA DE PRIMER NIVEL

VISTOS.- P M, consignando sus generales de ley comparece al órgano judicial y expone: Con fecha 08 de Octubre del 2010, la xxxxxxxxxxxxxx en calidad de Ministra de xxxxxxxxxxxxxx, convoco a licitación mediante publicación en el portal de compras pú-

blicas, al momento de la convocatoria de la licitación desempeñaba la función de xxxxxxxxxxxx, cargo que de ninguna manera le impedían participar de los procesos precontractuales o en la celebración de contratos celebrados, bajo el Régimen de la Ley Orgánica del sistema Nacional de contratación Pública, el cargo lo ocupó xxxxxxxxxxxx hasta el 30 de Noviembre del 2010 Una vez superada la etapa precontractual para la contratación, se le adjudicó el contrato correspondiente. En atención a esa recomendación, en Resolución xxxxxxxxxxxx de 02 de diciembre de 2011, fecha para la cual había sido aceptada su renuncia al cargo público que desempeñó, por tanto estaba libre de cualquier relación de dependencia con el sector público, a pesar de notificarle con la adjudicación, ese contrato jamás fue celebrado, por existir una impugnación presentada contra la adjudicación por el otro participante Consorcio PP, reclamo que no debía ser obstáculo para la suscripción del contrato adjudicado dentro de los 15 días, que después de más de dos meses, esto es el 03 de Marzo de 2011, se dictó la Resolución de revocatoria xxxxxxxxxxxx -, una sobre las cuales recae esta acción. El Ministerio xxxxxxxxxxxx, tras recibir el reclamo referido, sin requerir la opinión y defensa del compareciente, redirigió el asunto al Instituto al Instituto Nacional de Contratación Pública, quien en respuesta generó el Oficio número xxxxxxxxxxxx de 21 de Febrero de 2011, de acuerdo en el numeral 12 del Artículo 10 de la LOSNCP, considera que no es jurídicamente posible que un servidor público intervenga, gestione, trámite o suscriba contrato con el Estado, cuya interpretación pone en tela de juicio el precepto constitucional de la seguridad jurídica. La ilegítima y violatoria de sus derechos constitucionales es la anotación de su nombre en el registro de adjudicatarios fallidos, la falta de suscripción del contrato no fue de su responsabilidad, acto que causa daño grave a su persona, porque le impide contratar con el Estado por tres años con la lesión económica que ello supone, tomando en cuenta que el mayor contratante de obras es el Estado, afectando al derecho de la libertad de contratación, libertad de trabajo, al debido proceso y seguridad jurídica. [...] admitida a trámite la presente Acción, se ha dispuesto contar con el legitimado pasivo y con el señor Procurador General del Estado [...] En cuya audiencia, el accionante destaca los hechos de su acción, como es la seguridad jurídica como es el debido proceso, hasta declararlo como contratista fallido; como consecuencia, violentan sus derechos a la libertad de contratación y a la libertad de trabajo. El accionado, por intermedio de la Dra. xxxxxxxxxxxx, y quien ofreciendo poder y ratificación a nombre del Abogado xxxxxxxxxxxx Coordinador General Jurídico y como tal delegado de la xxxxxxxxxxxx MINISTRA xxxxxxxxxxxx Y COORDINADOR GE-

NERAL DE ASESORIA JURIDICA DEL MINISTERIO xxxxxxxxxxx dice: Por corresponder en este momento, deduzco las siguientes excepciones: [...] 3.- El Ministerio de xxxxxxxxxxx no se ha apartado del ámbito legal para actuar en relación al proceso que debe seguir forzosa y obligatoriamente en cumplimiento de las disposiciones legales tanto de la LEY ORGANICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACION PUBLICA y su REGLAMENTO GENERAL, cuanto de la LEY ORGANICA DE SERVICIO CIVIL, y respetar irrestrictamente las PROHIBICIONES que dichas normativas determinan para los SERVIDORES PUBLICOS, quienes no pueden intervenir en los procesos contractuales.-4.- El accionante FUE SERVIDOR PUBLICO hasta el día 30 de Noviembre de 2010, HABIENDOSE PRESENTADO COMO OFERENTE a la LICITACION No. xxxxxxxxxxx, mientras se encontraba en ejercicio del cargo de xxxxxxxxxxx, esto es, ERA SERVIDOR PUBLICO al presentarse con su Oferta a la Licitación indicada, CUANDO YA SE ENCONTRABA EN VIGENCIA LA LEY ORGANICA DEL SERVICIO PUBLICO que prohíbe expresamente a las servidoras y servidores públicos intervenir, gestionar, tramitar o suscribir contratos con el Estado, por sí o por interpuesta persona.-5.- La máxima autoridad del Ministerio xxxxxxxxxxx, al conocer la calidad de SERVIDOR PUBLICO, y por tanto, EL IMPEDIMENTO Y PROHIBICION en los que se encontraba incurrido el accionante, resolvió ACOGER LAS RECOMENDACIONES DE LA COMISION TECNICA MINISTERIAL, dejando sin efecto la adjudicación del contrato a favor del INGENIERO P M; declarar Desierta la Licitación xxxxxxxxxxx y como Adjudicatario Fallido al Ingeniero P M, lo que fue notificado al INCOP como legalmente correspondía hacérselo. El accionante es el único y exclusivo responsable de que se haya declarado sin lugar la adjudicación hecha a su favor y de sus consecuencias, entre otras, su inclusión como CONTRATISTA FALLIDO [...]. Consecuentemente no existe violación constitucional, acto ilegítimo ni daño irreparable alguno ocasionado por el Ministerio xxxxxxxxxxx y/o por el Compareciente al accionante, pues no se han menoscabado ninguna de sus garantías constitucionales, razón por la que su reclamo por ésta u otra vía carece de legitimidad. [...] Finalmente NO EXISTE INMINENCIA DAÑOSA ALGUNA OCASIONADA AL ACCIONANTE por las RESOLUCIONES dictadas por la señora Ministra xxxxxxxxxxx y el Compareciente en las calidades que se indican, de fechas 3 de Marzo de 2011 y 4 de Abril de 2011, esto es, de hace más de un año la primera y más de 11 meses la segunda.- [...]El accionado, por intermedio de la Abogada xxxxxxxxxxx y quien ofreciendo poder y ratificación del señor Jorge Luis González Tamayo en su cali-

dad de Director Ejecutivo, y representante legal del Instituto Nacional de Contratación Pública (INCOP) dice: [...] las consultas que serán absueltas por el INCOP son de carácter no vinculante ya que su fin es únicamente asesorar al Organismo Público que realiza la consulta siendo así facultativo para esta entidad de acoger o no el criterio emitido , [...], es así que el INCOP acogiéndose a derechos se ha pronunciado acerca como dispone el Art. 24 literal j de la Ley del Servicio Público, haciendo énfasis en la palabra intervenir por lo que es evidente señor Juez que el accionante al momento de participar en este proceso de contratación intervino como Funcionario público , [...]se debe recalcar que el INCOP únicamente es el Administrador de Registro de Incumplimientos por lo que solo ha solicitud expresa de la Entidad contratante [...] El Procurador General del Estado, por intermedio del xxxxxxxxxxxx, quien comparece ofreciendo poder o ratificación a nombre del Director de Patrocinio de la Procuraduría General del Estado dice: Señor Juez solicito que declare la improcedencia de la presente acción y la rechace por cuanto [...] Se trata de asuntos de mera legalidad que pudieran ser resueltos ante la Justicia Ordinaria en los Tribunales de lo Contencioso Administrativo. Ningún momento existe una violación de derechos consagradas en nuestra Carta Magna. [...]. Por lo que, encontrándose la presente causa, en estado de resolver, se considera. [...] SEGUNDO: El Art.88 de la Constitución de la República del Ecuador, prescribe que: “la acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación...” SIC, este se relaciona con el Art.39 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional: “La acción tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución y tratados internacionales sobre derechos humanos, que no estén amparados por las acciones de hábeas corpus, acceso a la información pública, hábeas data, por incumplimiento, extraordinaria de protección y extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena” SIC , lo que el accionante debe justificar. TERCERO: En la especie el accionante, manifiesta que se han violados sus derechos reconocidos en la Constitución como. 3.1. El derecho al trabajo; para lo cual cita el Art. 33 de la Constitución de la

República del Ecuador, que dice: “El trabajo es un derecho y un deber social, y un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía. El Estado garantizará a las personas trabajadoras el pleno respeto a su dignidad, una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas y el desempeño de un trabajo saludable y libremente escogido o aceptado.” SIC, la naturaleza Jurídica, dan cuenta que el derecho del trabajo es una parte del derecho privado integrado por normas de orden público, en el presente caso, se le reconoce el derecho al trabajo al accionante, para lo cual debe someterse a las normas del orden público, establecidos para el proceso de licitación y adjudicación. 3.2. Libertad de contratación, para lo cual cita el Art. 66 numeral 16 de la Constitución de la República del Ecuador, que dice: El derecho a la libertad de contratación, Carlos Alberto Soto Coaguila, en la obra LA LIBERTAD DE CONTRATACIÓN EN LOS CONTRATOS PREPARATORIOS. SU RECIENTE MODIFICACIÓN LEGISLATIVA, nos indica que: “La autonomía privada o libertad de contratación es el derecho que tienen las personas para decidir celebrar contratos y con quién hacerlo, así como la libertad para determinar el contenido de los mismos. Por consiguiente, las personas son libres para negociar la celebración de sus contratos (libertad de contratar) y las condiciones, limitaciones, modalidades, formalidades, plazos, y demás particularidades que regirán la relación jurídica creada por el contrato (libertad contractual).”, SIC, lo que indica que el accionante en todo contrato que pretenda hacerlo tiene toda la libertad ya que depende solo de su voluntad de hacerlo o no hacerlo. 3.4 El derecho al debido proceso y seguridad jurídica, el accionante al sentirse lesionado debió recurrir, ante los jueces competentes con la finalidad de que sean estos quienes enderecen en caso de existir una inadecuación en el procedimiento, en la presente acción no se ha indicado que no exista otros mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger sus derechos, al referirse a los Oficios No. xxxxxxxxxxxx de 07 de Enero de 2011 y No. xxxxxxxxxxxx de 21 de Febrero de 2011, emitidos por el Instituto Nacional de Contratación Pública, así como de las Resoluciones xxxxxxxxxxxx de 03 de Marzo de 2011 y xxxxxxxxxxxx de 04 de Abril de 2011, pronunciadas por el Ministerio xxxxxxxxxxxx, tiene todas las posibilidades para oponerse, impugnándolo tanto en la fase administrativa como en el ámbito judicial, el Art. 31 del Código Orgánico de la Función Judicial, considera: “PRINCIPIO DE IMPUGNABILIDAD EN SEDE JUDICIAL DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.- Las resoluciones dictadas dentro de un procedimiento por otras autoridades e instituciones del Estado, distintas de las expedidas por quienes ejercen jurisdicción, en que se reconozcan, declaren, establezcan, restrinjan o supriman de-

rechos, no son decisiones jurisdiccionales; constituyen actos de la Administración Pública o Tributaria, impugnables en sede jurisdiccional.”SIC, conforme explica el tratadista Javier Pérez Royo en su Curso de Derecho Constitucional, la protección de los derechos a través de los recursos de amparo ni es ni debe ser la norma sino la excepción, conforme se traduce en lo dispuesto en el Art. 173 de la Constitución de la República, por cuanto todo acto administrativo de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial, por lo que el accionante, tiene expeditas las vías a agotarse con la finalidad de que haga valer sus derechos. Por las consideraciones expuestas, de los hechos mencionados no se desprende que existe una violación de derechos constitucionales; y, tampoco el accionante ha demostrado la inadecuación o ineffectividad de la vía judicial ordinaria; además, que no se ha agotado la vía administrativa y judicial, al amparo de lo preceptuado en los Arts. 173 de la Constitución y numerales 1, 3 y 4 del Art. 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA, por las consideraciones expuestas se rechaza la presente acción de protección propuesta por P M, en contra de xxxxxxxxxxxx Ministra de xxxxxxxxxxxx, xxxxxxxxxxxx, Coordinador General de Asesoría Jurídica del Ministerio xxxxxxxxxxxx, y xxxxxxxxxxxx, en calidad de Director Ejecutivo, por tanto representante legal del Instituto Nacional de Contratación Pública. NOTIFÍQUESE.

.....

NOTA: Los errores tipográficos y de ortografía forman parte del texto original.

SENTENCIA DE SEGUNDO NIVEL

LA REPUBLICA DEL ECUADOR EN NOMBRE DE SU PUEBLO SOBERANO Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES, LA [REDACTED] SALA DE GARANTIAS PENALES DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE PICHINCHA. *Alcázar*
-1-29

Juez Ponente [REDACTED]
CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE PICHINCHA [REDACTED] SALA DE GARANTIAS PENALES.- Quito, viernes 14 de septiembre del 2012, las 08h45.- VISTOS.- El señor [REDACTED]

[REDACTED] de la Niñez y la Adolescencia, el 19 de marzo de 2012, dicta sentencia mediante la cual rechaza la acción de protección formulada por [REDACTED]

M [REDACTED], en contra de la [REDACTED] Ministra [REDACTED], Dr. [REDACTED], Coordinador General de Asesoría Jurídica del Ministerio [REDACTED], y de [REDACTED]

[REDACTED] Director Ejecutivo, por tanto representante legal del Instituto Nacional de Contratación Pública. De esta sentencia interpone recurso de apelación el accionante [REDACTED] M [REDACTED]. Siendo el estado de la causa el de resolver,

para hacerlo, se considera: PRIMERO.- La Sala es competente para conocer y resolver el recurso de apelación interpuesto, conforme lo dispone el Art. 86, numeral 3, inciso 2 de la Constitución, Art. 24 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Art. 208 numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial, y en virtud del sorteo de ley. SEGUNDO.- En la tramitación del presente proceso se han respetado las reglas del debido proceso, por lo que se declara su validez. TERCERO.-

[REDACTED] M [REDACTED] formula acción de protección en contra de la [REDACTED] Ministra de [REDACTED] Dr. [REDACTED], Coordinador General de Asesoría Jurídica del Ministerio de [REDACTED]; y, el señor [REDACTED],

Director Ejecutivo y, por tanto, Representante Legal del Instituto Nacional de Contratación Pública (INCOP), y en lo principal manifiesta que el 8 de octubre de 2010, la [REDACTED] en la calidad invocada, a través de actos administrativos de aprobación de pliegos de licitación [REDACTED] y la consecuente publicación en el portal de compras públicas, www.compraspublicas.com.ec, convocó "...a las personas naturales y jurídicas, nacionales o extranjeras, asociaciones de éstas o consorcios o compromisos de asociación o consorcio, legalmente capaces para contratar, a que presenten sus ofertas para la [REDACTED]

[REDACTED] (Las cursivas son nuestras); que al momento de la convocatoria de la licitación, desempeñaba la función de [REDACTED]

[REDACTED] "...de ninguna manera me impedía participar de los procesos precontractuales o en la celebración de contratos celebrados bajo el Régimen de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCP), en tanto que no tuviesen relación con el Ministerio para el cual ejecutaba mis actividades laborales..." (Las cursivas son nuestras); que este cargo lo ocupó [REDACTED]

[REDACTED] hasta el 30 de noviembre de 2010; que una vez que sustanció el

[REDACTED] en su etapa precontractual, superó todas las fases de calificación, lo cual refleja el cumplimiento de requisitos técnicos, legales y económicos, por lo que la Comisión Técnica del Ministerio [REDACTED], en Acta [REDACTED] de 23 de noviembre de 2010, *"...recomendó a mi favor el contrato correspondiente a la licitación antes mencionada..."*; que en atención a dicha recomendación, en Resolución [REDACTED] de 02 de Diciembre de 2010, fecha en la que ya habían aceptado su renuncia al cargo público que desempeñaba, la señora Ministra [REDACTED], decidió *"...adjudicar el contrato correspondiente a la Licitación [REDACTED] [REDACTED], al ING. P. [REDACTED] M. [REDACTED] [REDACTED], por el monto total de su oferta que asciende a la suma de U.S.D. 2031,140.00 (Sin IVA); y un plazo de ejecución de doce (12 meses contado a partir de la fecha de notificación de que (sic) el anticipo está disponible..."* (Las cursivas son nuestras); que a partir de ese momento el Ministerio [REDACTED], conforme el Art. 69 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, tenía 15 días para suscribir el contrato que le fuera adjudicado, y a pesar que mediante oficio [REDACTED] de 02 de diciembre de 2011, se le notificó con la adjudicación y se le solicitó comparecer a la Dirección de Asesoría Jurídica [REDACTED] para la respectiva información de los trámites para la celebración del contrato, *"...ese contrato jamás fue celebrado, lo que se constituyó en la primera de una serie de vulneraciones a los derechos constitucionales del suscrito demandante..."* (Las cursivas son nuestras); que el pretexto fue una impugnación presentada contra la adjudicación por el otro participante, el Consorcio [REDACTED], que se basó en el reclamo administrativo establecido en el Art. 102 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; pero que este reclamo no debía ser obstáculo para la suscripción del contrato adjudicado, conforme el inciso segundo del mismo artículo, sin embargo en la práctica el proceso de contratación se suspendió; que el motivo de impugnación fue que al ocupar un cargo público [REDACTED], *"...me hallaba imposibilitado para gestionar, tramitar, ser adjudicatario o suscriptor de contratos con CUALQUIER ENTIDAD DEL ESTADO, en procesos adelantados al amparo de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública..."* (Las cursivas son nuestras); que esta alegación fue indebidamente escuchada, dando paso a una incorrecta e indebida aplicación del Art. 24 de la Ley Orgánica de Servicio Público, con lo que se violó el derecho a la seguridad jurídica del compareciente, establecido en el Art. 82 de la Constitución de la República; que al recibir el comunicado de [REDACTED], el INCOP emitió el oficio No [REDACTED] de 07 de enero de 2011, en el que manifestó que por mandato de la letra j) del Art. 24 de la Ley Orgánica de Servicio Público, ningún funcionario público puede gestionar, tramitar o suscribir contratos con ningún Instituto del Estado; que la

interpretación regresiva realiza por el INCOP en los oficios Nos. [REDACTED] de 07 de enero de 2011 y [REDACTED] y acogida por el Ministerio [REDACTED] en las Resoluciones No. [REDACTED] y No. [REDACTED] al violar los números 5 y 8 del Art. 11 y el Art. 226 de la Constitución, atacaron su derecho a la seguridad jurídica, establecido en el Art. 82 de la Constitución, que exige la existencia de normas previas correctamente aplicadas por las autoridades competentes, cosa que no sucedió en el caso, pues la interpretación y la aplicación de las normas fue incorrecta, extensiva, regresiva y restrictiva de derechos, violando, igualmente, sus derechos consagrados en los numerales 16 y 17 del Art. 66 de la Constitución de la República; que al emplearse de manera equivocada una norma jurídica se violó también su derecho a la motivación de los actos de los poderes públicos, establecida en la letra l) del número 7 del Art. 76 de la Constitución; que la falta de motivación no sólo se produce ante la ausencia de enunciación de normas en el acto o resolución, sino también cuando las normas invocadas por la autoridad son erradas, cuando son interpretadas inadecuadamente o cuando son aplicadas en forma diversa a su real alcance e intención; que ni el INCOP ni el Ministerio [REDACTED] tuvieron en cuenta que "...La adjudicación crea un derecho subjetivo al postor elegido, quien puede desde ese momento exigir el cumplimiento del contrato. Si la Administración se arrepiente, debe indemnizar los daños causados...." (Las cursivas son nuestras); que ese derecho no podía ser desconocido por la Administración y menos a través de un proceso en el cual no se contó con el accionante como parte interesada; que la inclusión del compareciente en el Registro de Adjudicatarios Fallidos es inconstitucional, pues la falta de suscripción del contrato no fue responsabilidad de él; que en los oficios No. [REDACTED] de 07 de enero de 2011 y No. [REDACTED] de 21 de febrero de 2011, el INCOP no sugirió ni "remotamente" que una eventual revocación de adjudicación por aplicación de esa norma daría lugar a una declaración de Adjudicatario Fallido; que para justificarse, la Ministra [REDACTED] en la Resolución No. [REDACTED] de 03 de marzo de 2011, dice que la Comisión Técnica [REDACTED] le recomendó: *".....declare adjudicatario fallido al ING. F. [REDACTED] a base de lo expresado por el Instituto Nacional de Contratación Pública (INCOP) en su pronunciamiento, en aplicación del artículo 35 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en razón que el contrato adjudicado al mencionado profesional no podrá celebrarse por causas imputables a él, de lo cual se notificará al INCOP...."* (Las cursivas son nuestras); que ni el INCOP en el Oficio No. [REDACTED] de 07 de enero de 2011 ni en el pronunciamiento que obra del oficio No. [REDACTED] de 21 de febrero de 2011 recomendó que se declarara adjudicatario fallido al compareciente, por lo que es inconstitucional que se lo declare adjudicatario fallido; en definitiva, su participación en el proceso de contratación por la vía de licitación fue constitucional y legal; y, por el contrario la revocación de esa adjudicación a través de una errada interpretación y aplicación de la norma de la letra j) del Art. 24 de la Ley Orgánica de Servicio Público, fue

inconstitucional y violatoria de los derechos fundamentales del compareciente; que los derechos constitucionales del compareciente, violados por medio de los actos administrativos son los previstos en los Nos. 5 y 8 del Art. 11 de la Constitución de la República; Derecho al Trabajo, establecido en el Art. 33 de la Constitución y garantizado por el Art. 325 de la misma Norma Fundamental; Derecho a la Libertad de Contratación, establecido en el Art. 66 de la Constitución; Derecho a la Libertad de Trabajo, consagrado en el número 17 del Art. 66 ibidem; Derecho a que las resoluciones que afecten sus derechos sean emitidas por autoridad competente y dentro del tiempo y con el procedimiento establecido en la Ley, conforme el número 3 del Art. 76 de la Constitución; Derecho al debido proceso consagrado en los literales a), b), c), h) y l) del Art. 76; y, Derecho a la seguridad jurídica, contemplada en el Art. 82 de la Constitución de la República; que en base a lo expuesto, "....no solicito ni requiero se readjudique en mi favor el contrato....ni tampoco requiero, ni demando, ni solicito que por medio de esta acción se ordene que se suscriba en mi favor el referido contrato.....Lo que demando, según se colige del texto precedente....es que Usted, señor Juez, proceda a la *declaración de violación de derechos, con determinación de las normas constitucionales violadas y del daño, y la reparación integral que proceda y el inicio del juicio para determinar la reparación económica, cuando hubiere lugar...."*. CUARTO.- En la Audiencia llevada a cabo el 6 de marzo de 2012, la Dra. [REDACTED], ofreciendo poder o ratificación a nombre del Ab. [REDACTED], Coordinador General Jurídico y, como tal, Delegado de la [REDACTED], Ministra [REDACTED], dice que el 8 de octubre de 2010, el Ministerio [REDACTED] Públicas aprobó los pliegos de Licitación [REDACTED] para que los interesados, a través del Portal de Compras Públicas de Ofertas para la [REDACTED] [REDACTED] en la provincia del Guayas; que mediante Resolución Ministerial No. [REDACTED] de 2 de diciembre de 2010, el [REDACTED] adjudicó el referido contrato al Ing. F. [REDACTED] M. [REDACTED], por la suma de USD \$ [REDACTED] y el plazo de ejecución de 12 meses calendario a partir de la notificación de que el anticipo se encuentra disponible, adjudicación notificada a los participantes por medio del portal de compra públicas y físicamente, por medio de los oficios Nos. [REDACTED] de 2 de diciembre de 2010, así como a la [REDACTED] que con oficios sin números de 7 de diciembre de 2010 y 21 de enero de 2011, el [REDACTED] Procurador Común del Consorcio [REDACTED] (otro de los oferentes en la Licitación), solicitó a la Ministra [REDACTED] la reconsideración y revocatoria de la Resolución Ministerial que adjudicó el contrato al accionante P. [REDACTED] M. [REDACTED] peticiones que fueron puestas en conocimiento de la Comisión Técnica institucional; que el 10 de diciembre de 2010, en sesión de la

Comisión Técnica [REDACTED], avocó conocimiento del oficio suscrito por el Ing. [REDACTED] y envió copia del reclamo a la Subcomisión de Apoyo, para que emita el informe correspondiente, que fue contestado mediante memorando [REDACTED] de 14 de diciembre de 2010, en cuyas conclusiones dice: "tras la revisión de la documentación de la Oferta presentada por el CONSORCIO [REDACTED] no existió error en el Informe emitido, por lo que esa Subcomisión se ratificó en el contenido del Informe [REDACTED] de 22 de noviembre de 2010, recomendando a la máxima autoridad institucional ratificar la adjudicación hecha a favor del ingeniero P. [REDACTED] M. [REDACTED]" (Las cursivas son nuestras), que la autoridad máxima institucional, previamente a decidir solicitó del INCOP que se pronuncie respecto de la pertinencia de la participación del Ing. M. [REDACTED] porque el otro oferente comunicó al [REDACTED] que el adjudicado P. [REDACTED] M. [REDACTED] fue servidor público hasta el 30 de noviembre de 2010, y que cuando presentó su oferta en la Licitación, ejercía el cargo de [REDACTED] [REDACTED] condición que hasta entonces, desconocía el Ministerio [REDACTED]; que el Dr. [REDACTED] [REDACTED], Director Ejecutivo del Instituto Nacional, con oficio No. [REDACTED] se pronunció sobre la participación en la Licitación [REDACTED] [REDACTED], por parte del Ing. P. [REDACTED] M. [REDACTED] emitiendo el criterio jurídico el Dr. [REDACTED] Delegado de la Comisión Técnica del Ministerio [REDACTED], de que el pronunciamiento del INCOP es vinculante, lo que no permitió mantener la recomendación de la adjudicación del contrato de Licitación; que el Ministerio solicitó al INCOP pronunciarse sobre la pertinencia de la participación y posterior celebración del contrato del Ing. M. [REDACTED] considerando que cuando éste intervino como oferente dentro del procedimiento licitatorio, tenía la calidad de servidor público, lo cual desconocía la Comisión Técnica Ministerial; que el INCOP, en la Resolución No. INCOP 046 de 17 de Agosto de 2010, concedió al Ing. P. [REDACTED] el RUP (Registro Único de Proveedores), habilitándolo para participar en procedimientos precontractuales con las entidades sujetas al ámbito de la LOSNCP, entre las que se encuentra el Ministerio [REDACTED] que el INCOP señala que el proveedor P. [REDACTED] M. [REDACTED] adjudicado en el proceso licitatorio fue servidor público hasta el 30 de noviembre de 2010, y que cuando se inició el procedimiento contractual ya estaba en vigencia la Ley Orgánica del Servicio Público que prohíbe a las servidoras y servidores públicos intervenir, gestionar, tramitar o suscribir contratos con el Estado por sí o por interpuesta persona, y concluyen señalando que jurídicamente no es posible que un servidor público intervenga, gestione, tramite o suscriba contratos con el Estado; que la Comisión Técnica del Ministerio [REDACTED], resolvió "...por unanimidad, RECONSIDERAR Y DEJAR SIN EFECTO LA RECOMENDACIÓN Y SU RATIFICACIÓN DE



ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO

[REDACTED] resolvió, además, recomendar a la máxima autoridad institucional que declare desierta la Licitación [REDACTED] referida, de conformidad con el Art. 30 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, siendo pertinente, además, declarar como adjudicatario fallido al Ing. F. [REDACTED] M. [REDACTED] en base a lo expresado por el INCOP en su pronunciamiento y en aplicación del Art. 35 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en razón de que el contrato adjudicado al mencionado profesional no podía celebrarse por causas imputables a él; que la señora Ministra [REDACTED], en Resolución [REDACTED] de 3 de marzo de 2011, acogió las recomendaciones de la Comisión Técnica [REDACTED] efectuada en sesión de 24 de febrero de 2011, esto es reconsiderar y dejar sin efecto los términos de la Resolución Ministerial No. [REDACTED] de 2 de diciembre de 2010 con la que se notificó a los participantes sobre la adjudicación del Contrato, y resolvió declarar Desierta la Licitación [REDACTED] [REDACTED] declarar como Adjudicatario Fallido al Ing. F. [REDACTED] R. [REDACTED] M. [REDACTED], en base a lo expresado por el Instituto Nacional de Contratación Pública, INCOP y disponer la notificación de esa Resolución al accionante, así como su publicación en el Portal de Compras Públicas [REDACTED]; y, que la ejecución de dicha Resolución se encargó a la Comisión Técnica Ministerial y más áreas administrativas pertinentes. En base a lo expuesto deduce las siguientes excepciones: Negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de Derecho de la acción propuesta, al no existir acto ilegítimo alguno ni violación de derechos constitucionales del accionante; los actos administrativos se presumen legítimos de conformidad con el Art. 68 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, norma que invoca expresamente a favor del Ministerio accionado; que el Ministerio [REDACTED] no se ha apartado del ámbito legal para actuar en relación al proceso que debe seguir forzosa y obligatoriamente en cumplimiento de las disposiciones legales tanto de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento General, cuanto de la Ley Orgánica de Servicio Civil; que el accionante fue servidor público hasta el 30 de noviembre de 2010, habiéndose presentado como oferente a la Licitación No. [REDACTED] mientras se encontraba en ejercicio del cargo de [REDACTED] [REDACTED] que el Ministerio ha dado cumplimiento expreso a las normativas de la Leyes Orgánicas del Sistema Nacional de Contratación Pública; el numeral 1 del Art. 62 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública establece que no podrán celebrar contrato con las entidades del sector público quienes se hallaren incurso en las inhabilidades generales previstas en la Ley; toda acción que se derive de controversias sobre derechos y prohibiciones que hacen de las funciones que desempeña un servidor público debe ser conocida y resuelta por los

Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, y no mediante acciones de garantía de protección constitucional; consecuentemente alega expresamente incompetencia de vuestra autoridad para conocer y resolver sobre la presente acción en razón de la materia; es improcedente la acción de Garantía de Protección Constitucional, pues esta cabe únicamente cuando el ordenamiento jurídico establece ninguna vía de impugnación de los actos emitidos por el accionado, sorteando el precepto constitucional del Art. 73 de la Constitución de la República, principio de que no se podrá acudir a las acciones jurisdiccionales en reemplazo de las acciones ordinarias establecidas en la ley para hacerlas valer, en virtud de lo determinado en el número 4 del Art. 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional; ilegitimidad de la pretensión al carecer de sustento legal ya que las normas constitucionales que invoca el recurrente no tienen relación con el tema motivo de la demanda; falta de derecho del accionante para activar la vía constitucional con un reclamo que en todo caso tiene la vía contencioso administrativa como canal para ser formulado; alega improcedencia de la acción ya que el recurrente no ha especificado con exactitud cuál es el acto administrativo que según él, lo perjudica, la fecha en que fue emitido, ni de qué manera se han violentado sus derechos constitucionales; improcedencia de la acción porque el recurrente persigue la declaración de un derecho a su favor, lo que no es permitido por la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, pues en la presente acción invoca cuestiones de mera legalidad; el accionante no ha demostrado que no pueda impugnar en la vía judicial los actos administrativos que supuestamente lo lesionan, encontrándose expedita la vía contencioso administrativa para que lo haga; que no existe inminencia dañosa alguna ocasionada al accionante por las Resoluciones dictadas por la Ministra [REDACTED]. Por su parte, la Abogada [REDACTED] a nombre del señor [REDACTED] en calidad de Director Ejecutivo, y representante legal del Instituto Nacional de Contratación Pública INCOP, expresa y solicita se rechace los fundamentos de hecho y de derecho presentado por el accionante, ya que son totalmente improcedentes pues no se encuentra vulneración alguna de un derecho constitucional; que el Ministerio [REDACTED] ha solicitado como consulta al INCOP el pronunciamiento acerca de la pertinencia de la participación ya que al momento de participar en el proceso de licitación requerido se encontraba en funciones como servidor público, pronunciándose acerca de lo que dispone el Art. 24 literal j de la Ley del Servicio Público, haciéndose énfasis en la palabra intervenir por lo que es evidente que el accionante al momento de participar en este proceso de contratación intervino como funcionario público; que el accionante dentro de su acción presentada señala erróneamente que el INCOP ha emitido actos administrativos ya que las consultas absueltas por este Instituto son asesoramiento no vinculante del cual no causa efectos a los intereses del accionante; recalca que el INCOP únicamente es el Administrador de Registro de Incumplimientos por lo que solo a solicitud expresa de la Entidad

contratante y con el cumplimiento de los requisitos determinados en la resolución No. 46211 del INCOP procede a la inclusión como adjudicatario fallido en dicho registro, por lo que el Ministerio [REDACTED] ha solicitado expresamente la inclusión, procediendo conforme a derecho, por tanto solicita se rechace todas las pretensiones del accionante. Por otro lado, el Dr. [REDACTED] a nombre del Procurador-General del Estado, manifiesta y solicita que declare la improcedencia de la presente acción y la rechace porque la misma no cumple con los presupuestos señalados en los numerales 1 y 3 del Art. 40 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y porque sí cumple los presupuestos de improcedencia previstos en los numerales 1, 3, 4 y 5 del Art. 42 ibídem, pues se trata de asuntos de mera legalidad que pudieran ser resueltos ante la Justicia Ordinaria en los Tribunales de lo Contencioso Administrativo. Que no existe violación de derechos consagrados en la Carta Magna. **QUINTO.-** La Constitución de la República, en su Art. 88 establece que la Acción de Protección *"...tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación...."* (Las cursivas son nuestras). Las garantías constitucionales son mecanismos que establece la Constitución para prevenir, cesar o enmendar la violación de un derecho previsto justamente en la Constitución. En la presente causa, el accionante expresa que se ha violado el derecho al trabajo, derecho a la libertad de contratación, el derecho al debido proceso y a la seguridad jurídica, porque una vez que la Ministra [REDACTED] resolvió adjudicarle el contrato correspondiente a la LICITACIÓN [REDACTED] posteriormente, revocó dicha adjudicación, declarándolo Adjudicatario Fallido; sin embargo, no se ha demostrado que se haya violado ningún derecho reconocido por la Constitución de la República, mucho menos los que manifiesta el legitimado activo, ya que justamente, aplicando el derecho a la libertad de contratación, la Ministra [REDACTED] revocó la adjudicación hecha en su favor, porque no cumplía con todos los requisitos previstos en la ley, y si el accionante creía que se habían lesionado sus derechos, debió acudir a los jueces competentes, por la vía correspondiente, conforme lo establece el Art. 173 de la Constitución, que dice: *".....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..."* (Las cursivas son nuestras). Por las consideraciones expuestas, conforme lo previsto en los Nos. 1, 3 y 4 del Art. 142 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, pues se trata de un asunto de mera legalidad, que no puede ser

tratado en la Jurisdicción Constitucional, la Sala ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, confirma, en todas sus partes, la sentencia venida en grado, al tiempo que rechaza el recurso de apelación interpuesto. NOTIFÍQUESE.-



[Redacted signature area]

[Redacted signature area]

[Redacted signature area]

Certifico:

[Redacted signature area]

