

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

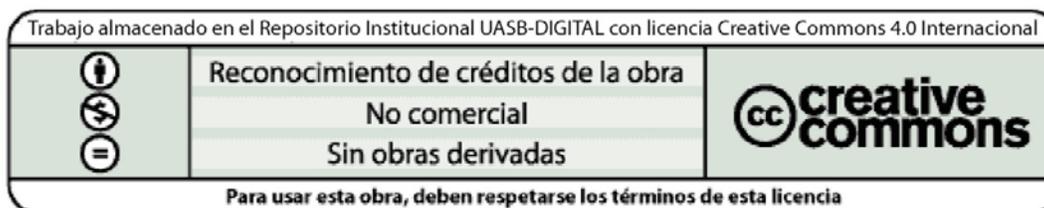
Maestría profesional en Derecho Administrativo y Contratación Pública

**El ejercicio de la potestad de control en la fase precontractual de los
procedimientos de contratación pública**

Sofia Estefany Salvador Ayala

Tutor: Juan Francisco Díaz Colmachi

Quito, 2019



Cláusula de cesión de derecho de publicación de tesis

Yo, Sofia Estefany Salvador Ayala, autora de la tesis “El ejercicio de la potestad de control en la fase precontractual de los procedimientos de contratación pública”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster en Derecho Administrativo y Contratación Pública en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo, por lo tanto, la Universidad utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en formato virtual, electrónico, digital u óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo en formato impreso y digital o electrónico.

Fecha. 10 de enero de 2019.

Firma:

Resumen

El Derecho Administrativo norma las actuaciones de la Administración y a los órganos que realizan la función administrativa, el objeto del Derecho Administrativo es la Administración Pública, conceptualizada como la actividad permanente, concreta y práctica del Estado que tiende a la satisfacción ciudadana. La organización del Estado es necesaria para ejercer esta función administrativa, de esta manera se regula la competencia, las relaciones jerárquicas, la situación jurídica, las formas de actuación y en especial el control.

El control como garantía de legitimidad y oportunidad logra la eficiencia y moralidad de las actividades del Estado; por tanto, el control es necesario y aplicable a la gestión de la Administración Pública, a quienes ejercen la función administrativa e incluso a los que tratan con la Administración.

La contratación pública forma parte del Derecho Administrativo y como política pública de Estado es el medio utilizado para el cumplimiento de objetivos nacionales, su ejecución pretende la satisfacción de las necesidades ciudadanas y el desarrollo común del país. Debido a su importancia tanto en el ámbito administrativo como económico del Estado, y por los considerables montos del recurso público que utiliza, es indispensable realizar el control de sus actividades para asegurar la competencia entre participantes, las condiciones técnicas del bien o servicio, la selección objetiva, la transparencia, los fines de la contratación y en especial el esmero y pulcritud en el uso de los fondos del erario.

Con el fin de escoger al mejor proveedor del Estado para la adquisición de bienes, prestación de servicios o ejecución de obras, cada entidad contratante requiere pasar por un procedimiento administrativo complejo que comprende la fase precontractual. En esta fase donde se forma la voluntad de la Administración pública se involucran actores públicos y privados, actos públicos, órganos de control, administrados y la ciudadanía.

La regulación normativa para la consecución del procedimiento de adquisición es indispensable, sin embargo, las funciones de los entes de control en el ejercicio de la contratación pública se han visto interferidas en nuestra opinión por la profusa e inconsulta emisión de normas desde numerosas entidades públicas con competencia reguladora y controladora.

Dedicatoria

A mi papá por su esfuerzo y apoyo incondicional, a mi mamá por su preocupación y cariño;
y a mi esposo por su comprensión y ayuda constante.

Agradecimientos

A mi familia y en especial a mis padres por darme su confianza y amor cada día.
A la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador y los docentes que forman parte del programa de Derecho que transmitieron sus conocimientos para inspirarme a ser una mejor profesional.

Contenido

Introducción.....	13
Capítulo uno: La organización administrativa del Estado.....	15
1.1 Generalidades del control en la organización administrativa	17
1.1.1 Tipos de control.....	18
1.2 Aproximación conceptual del control en la legislación ecuatoriana	22
1.3 Potestad de control administrativa, instituciones, efectos jurídicos y administrativos.....	25
1.3.1 Instituciones públicas de control	28
1.4 Principios generales del Derecho aplicables a la actividad de control público	35
1.5 El control de la contratación administrativa	39
Capítulo dos: La etapa precontractual de los procedimientos de contratación.....	47
2.1 Definición de la etapa precontractual y criterios de control	47
2.2 Etapas de la fase precontractual.....	49
2.3 Actores de la fase precontractual	64
2.3.1 Intervinientes internos	64
2.3.2 Intervinientes externos.....	68
2.4 Casos de intervención	73
2.4.1 Servicio Nacional de Contratación Pública	74
2.4.2 Función de Transparencia y Control Social	79
2.4.3 Procuraduría General del Estado	87
2.4.4 Presidencia de la República.....	90
2.4.5 Otras instituciones intervinientes.....	92
Conclusiones.....	96
Recomendaciones	98
Bibliografía	100

Introducción

El problema de investigación nace principalmente de la dispersión normativa de las regulaciones de control en la ejecución de la fase precontractual de los procedimientos de contratación pública. En principio este procedimiento se encuentra regulado por sus propias normas es decir la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento; sin embargo, existen otras disposiciones legales administrativas que la regulan de manera técnica, organizativa, procedimental y controladora que son igualmente de aplicación obligatoria.

Para el cumplimiento de todas las disposiciones normativas en materia de contratación pública, se ha otorgado facultad controladora a distintos organismos públicos, sea que pertenezcan al Sistema Nacional de Contratación Pública o no, pues cada uno de estos de acuerdo a sus competencias interviene en los procedimientos de contratación con el fin de hacer cumplir lo dispuesto en la legislación aplicable.

En el primer capítulo de este instrumento se desarrollará acerca de la organización administrativa del Estado y su control de manera doctrinaria para aterrizar a la forma conceptual del control en la legislación ecuatoriana, estudiando la potestad de control administrativa, las instituciones públicas de control y sus efectos jurídicos y administrativos aplicables en la contratación pública.

Con dicho análisis en el capítulo dos se estudiará la fase precontractual de la contratación pública, sus etapas y la necesidad de un adecuado control, lo que ayudará a establecer cuáles son los actores que cuentan con competencia controladora en la fase precontractual del procedimiento de contratación y si su actuación efectiviza el desarrollo de los procedimientos de contratación o a su vez obstaculiza el debido proceso de la administración pública.

Capítulo uno: La organización administrativa del Estado

El Derecho Administrativo se ha constituido como la ciencia del Derecho que comprende el régimen jurídico que busca normar las actuaciones de la Administración, los órganos administrativos son los encargados de realizar la función administrativa, sea que se traten de órganos de la administración central u organismos descentralizados del Estado. Sobre esta actividad de los órganos se generan procedimientos administrativos referentes a la organización de los organismos, tanto en el manejo de las actividades internas, materiales y personales, toda manifestación de la voluntad administrativa de los actos de las entidades públicas tiene injerencia en la ciudadanía en general, es tan amplio el comportamiento de la Administración que es esencial comprender su organización.

Miguel Marienhoff considera que el objeto del derecho administrativo es la Administración Pública y la define como la actividad permanente, concreta y práctica del Estado que tiende a la satisfacción inmediata de las necesidades del grupo social y de los individuos que lo integran¹.

Esta concepción tiene un sentido que abarca varios aspectos, no habla de la administración pública refiriéndose únicamente al Poder Ejecutivo sino en su conjunto a toda la actividad que genere el Estado, en las funciones o poderes que conforman el sector público, sus instituciones y empresas, y toda entidad creada para el ejercicio de la potestad estatal; actividad que a su vez no se basa únicamente en el funcionamiento de los servicios públicos sino en su conjunto a la capacidad de la administración para el desarrollo de sus funciones cuyo interés final es la satisfacción del interés común.

Roberto Dromi explica el objeto de la organización del Estado, toda vez que para que los entes u órganos públicos puedan ejercer la función administrativa deben regirse bajo un conjunto de normas jurídicas que regule la competencia, relaciones jerárquicas, situación jurídica, formas de actuación y el control.²

¹ Miguel Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. Tomo 1 (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998).

² Roberto Dromi, *Derecho Administrativo*, sexta (Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1997).

El funcionamiento del Estado requiere encontrarse organizado de acuerdo a las competencias, funciones y fines que debe alcanzar de acuerdo a la actividad designada, es al Derecho Administrativo al que le concierne el control y conformación de la administración y ello conlleva a reglar su organización.

Pero qué es la organización administrativa, Villegas Basavilbaso citado por Farrando lo denomina como el conjunto de reglas jurídicas que determinan la competencia de los entes y órganos que ejercen función administrativa, sus relaciones jerárquicas, su situación jurídica, como se debe controlar la acción y cómo deben coordinarse en el interés de la unidad del Estado.³

Al hablar de organización administrativa debemos referirnos en su totalidad a lo que comprende y no únicamente a la concepción de los órganos como aquellas unidades ejecutoras de la actividad de la administración que en su conjunto forman una entidad pública, también se debe entender que la función administrativa acarrea en su ejecución un sinfín de relaciones jurídicas que pueden afectar derechos de los administrados y las relaciones que surgen de aquellas, sin dejar de lado la importancia de los sujetos intervinientes.

La función de la administración pública es mucho más amplia, presupone poder de iniciativa, con lo cual queda excedido el marco de la simple ejecución de la norma⁴, al hablar sobre la organización administrativa como un conjunto de reglas jurídicas que norman la competencia de los órganos no se refiere solamente a la ley, sino la normativa en general y el acatamiento de los principios generales del derecho aplicables a la actividad administrativa que lo regla y faculta para su existencia.

Para la ejecución de la actividad administrativa la Administración Pública tiene relación con personas públicas y privadas, sin embargo, la Administración se encuentra conformada por personas jurídicas públicas que se vinculan entre sí de manera inter-orgánica e inter-administrativa. La relación jurídica inter-administrativa se da cuando participan dos o más personas jurídicas públicas y la inter-orgánica cuando los órganos que se vinculan son de una misma persona pública es decir de manera interna.⁵

³ Ismael Farrando et al., eds., *Manual de derecho administrativo* (Buenos Aires: Depalma, 1996).

⁴ Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*.

⁵ Dromi, *Derecho Administrativo*.

Siendo entonces la relación inter-orgánica aquella actividad interna de la administración pública y expresión del poder público mediante los actos administrativos que genera, debe sujetarse al ordenamiento jurídico y más aún las relaciones inter-administrativas al afectar los derechos de los sujetos intervinientes. Donde sea que se desarrollen, tanto en el ámbito interno como externo, las dos son de carácter jurídico y de obligatorio cumplimiento.

En cuanto a las personas privadas, son aquellos sujetos intervinientes en la relación con las entidades públicas cuyos derechos deben encontrarse tutelados puesto que al estar frente a la Administración Pública deben hallarse en igualdad, recordemos que el Estado no tiene fin si no existe la sociedad, sobre esta figura de mandante y mandatario se derivan relaciones jurídicas.

No es concebible el funcionamiento de la Administración Pública sin su previa organización⁶, cada órgano público que se crea se encuentra sometido a un régimen jurídico el cual le otorga: facultades y competencias para su funcionamiento, un patrimonio institucional que administrar, personal que a su vez cumple con funciones y atribuciones administrativas y operativas dentro del ámbito de su competencia, jurisdicción y una finalidad pública que le permita definir las políticas y acciones necesarias y suficientes para conseguir sus objetivos. Todo esto con el fin de asegurar que no exista una desviación de poder en el ejercicio de la facultad pública.

1.1 Generalidades del control en la organización administrativa

El desenvolvimiento de los órganos administrativos se encuentra sometido al control de la Administración, uno de sus principales objetivos es coordinar la actividad estatal en su conjunto, es por ello que el ámbito de control es extenso y comprende desde el control del presupuesto institucional hasta el control de legitimidad de los actos administrativos. El alcance del control depende de las competencias específicas de creación de cada entidad.

Miguel Marienhoff señala los medios jurídicos de control:

Las vías o medios jurídicos para hacer efectivo el control o la fiscalización en la Administración, a veces están contemplados expresamente por una norma... En otros casos tales vías o medios surgen en forma implícita de algún precepto esencial, generalmente de

⁶ Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*.

tipo constitucional... En otras ocasiones esos medios de control o de fiscalización constituyen preceptos virtuales reconocidos así por la doctrina.⁷

Es indispensable que se apliquen mecanismos de control a las actuaciones de la Administración Pública para evitar que se emitan actos arbitrarios que vulneren derechos y garantías ciudadanas y se impida la malversación de los recursos públicos, sin embargo, es inevitable que estos mecanismos de control deben adaptarse a la dinámica del Derecho Administrativo para que sean eficaces.

En el mismo texto el autor hace referencia al porqué de la necesidad de control citando a Fiorini quien manifiesta que el control es una garantía de legitimidad y oportunidad de la actividad del Estado que logra la eficiencia y la moralidad y, por tanto, es indispensable la existencia de medios de fiscalización no solo de la Administración pública sino de quienes ejercen la actividad y de quienes tratan con ella⁸.

El autor reconoce la necesidad de un sistema de control en sus diferentes instancias dentro de la organización administrativa es por tanto importante el reconocimiento legal de la competencia de la actividad pública que se ejerce por cada órgano estatal, con ello el control se lo realiza de manera eficaz.

Antes de analizar las funciones que cumplen las entidades del Estado para el control del ejercicio administrativo es importante conocer la clasificación de los tipos de control.

1.1.1 Tipos de control

El control administrativo se clasifica doctrinariamente según:

1.1.1.1 En razón del sujeto

Principalmente la clasificación del control se la realiza refiriéndose al sujeto que la ejecuta en interno y externo.

El control interno se realiza en el interior de las propias entidades para la efectiva utilización de los recursos públicos, para garantizar la correcta gestión administrativa, aplicar los correctivos adecuados y detectar irregularidades que deban ser sancionadas.

⁷ *Ibíd.*

⁸ Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*.

El control externo está a cargo de las instituciones de control cuya competencia radica en la constitución o la ley, entre ellos la Contraloría o las organizaciones sociales institucionales. Ambos tipos de control deben estar coordinados para garantizar su autonomía y eficiencia de su gestión⁹.

1.1.1.2 El momento de ejercer o en el tiempo

El control puede ser previo, concurrente o posterior según el momento en el que se realice.

- a. Preventivo: prescribe políticas de control antes del acto, por ejemplo: el permiso, la licencia o la autorización.

El control previo se utiliza para actividades que se tiene previsto realizar, en este caso la autorización en el ámbito de la administración pública, a más de control jurídico previo es una forma de conferir competencias para el desarrollo de una actividad.

- b. Concurrente: en la ejecución del acto, se realiza al mismo tiempo de la actividad controlada ej. Fiscalización de obra.

En el control concurrente se utiliza la observación, ver una actividad que está siendo desarrollada y que quien lo realiza tiene preparación en la materia; el veto como forma jurídica de control ínter orgánico para privar o detener la actividad; el visto bueno para que mientras se está desarrollando la actividad, se revisen los aspectos formales para llegar a la conclusión de estar bien o mal; la intervención como forma jurídica de control que consiste en sustituir la administración controlada por el órgano de control asume la competencia de la entidad controlada. Cuando parece insuficiente corregir la entidad, el órgano de control puede asumir las competencias de la administración controlada o desarrollarlas de manera periódica. Puede haber una sustitución de competencias cuando es ineficiente.

- c. Posterior: ex post o sancionatorio para imponer sanciones por perjuicio estatal.

⁹ Victor Granda Aguilar, «El Derecho de Control y su relación con las modificaciones constitucionales y jurídicas en los modelos políticos y económicos en Ecuador (1990-2015)» (Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, 2016).

En el control posterior se encuentra: la aprobación como medio para liberar efectos jurídicos, solamente ahí surte efectos jurídicos, la falta de aprobación tiene efectos suspensivos de la actividad; la suspensión; la rendición de cuentas como herramienta del control social, forma constitucional de comunicar a la ciudadanía de sus actividades respecto del ejercicio, facultades y competencias debe rendir cuenta al titular que es el pueblo¹⁰.

1.1.1.3 La jerarquía institucional

- a. Horizontal: ejercido de una institución a otra de igual jerarquía administrativa y controladora ej. Contraloría General del Estado a Procuraduría General del Estado.
- b. Vertical: ejercida por una institución de control a una institución administrativa, el órgano de control es superior jerárquicamente al órgano controlado.
 - Orgánico: dentro de la administración del Estado, el órgano de control es superior al controlado.
 - Especial: para efecto de control el órgano de control se ubica por encima del órgano controlado ej. La controlaría realiza el control de la Presidencia.¹¹

1.1.1.4 El lugar de ejercicio

- a. Intraorgánico: ejercido dentro de una misma institución, el órgano de control forma parte de la administración controlada.
- b. Extraorgánico: ejercida por una institución de control a otra no de control, aquel que proviene de fuera del Estado, no forma parte del Estado, es el control

¹⁰ Genaro Eguiguren, «Fundamento del control gubernamental», *Reclamos, controversias, control y responsabilidades*, octubre de 2015.

¹¹ Eguiguren «Fundamento del control gubernamental».

social propiamente dicho, ej. Referéndum, revocatoria, opinión pública, sociedad civil.¹²

1.1.1.5 Quien exige el control

De oficio o a petición de parte.

- a. De Oficio, control jerárquico
- b. De Instancia, control judicial

1.1.1.6 La Constitución

- a. Político: ejecutado por la función legislativa para supervisión y fiscalización de la gestión pública, a su vez dividido en: anterior cuando aprueba el presupuesto general del Estado, posterior para revisar el informe anual del Presidente de la República y concurrente en las actividades administrativas.
- b. Administrativo o técnico: a cargo de los organismos de control del Estado.¹³

La administración pública está sujeta a cumplir con los deberes y atribuciones que le confiere la ley y la Constitución, por su carácter público no se le permite actuar más allá de las facultades propias de su gestión, sus actos siempre se encontrarán bajo permanente evaluación y a su vez puede exigirse responder sobre ellos bajo un procedimiento para determinar la conveniencia en sus resultados.

Al hablar del carácter público de la Administración se debe reconocer que su actividad puede y debe ser conocida por cualquier persona, no solo por su obligación de rendir cuentas a los ciudadanos, sino por transparencia en sus funciones. Los órganos administrativos están en la obligación de difundir sus actos ya sea de oficio o a petición de parte, lo que hace aún más claro su responsabilidad sobre ellos, el carácter público de los procedimientos facilita el control, lo que no se conoce no se puede controlar.

La organización administrativa a su vez mantiene diferentes formas de control en la gestión de sus actos de acuerdo a la clasificación del control, la principal manifestación jurídica del control gubernamental se basa en el autocontrol, aquella que la administración

¹² María Dolores Rivas Casaretto, *Función controladora del Estado ecuatoriano* (Guayaquil: Edino Ed, 2006).

¹³ *Ibíd.*

realiza de sus propias actividades. Por ejemplo, los órganos colegiados que son aquellos que la voluntad del órgano se forma de acuerdo a la voluntad de quienes lo conforman, los integrantes se controlan mutuamente, es una forma jurídica de control natural y jurídico.

Es decir, la organización administrativa en su constante afán de cumplir con los objetivos otorgados por el pueblo maneja distintas formas de control a más de las que se han detallado y ejemplificado, están entre estas: el dictamen, la denuncia, la extinción, la revocatoria, la censura, el examen especial, la audiencia, la sentencia; es decir múltiples formas jurídicas para controlar a la administración y determinarla de ser el caso como responsable de su ejecución.

Es necesario definir las atribuciones o potestades de cada institución para asegurar la gestión que tiene determinada y evitar la multiplicidad de funciones que obstaculizan la actividad administrativa, cabe recalcar la existencia de responsabilidad estatal pues respecto de esta actividad pública surge además el control de legalidad y de oportunidad.

1.2 Aproximación conceptual del control en la legislación ecuatoriana

El control de la actuación pública deviene de diferentes instancias administrativas para regular la ejecución de las funciones públicas y sus funcionarios, surgen aún más formas de control e instancias controladoras en el año 2008 con la Constitución del Ecuador y la creación de la función controladora.

La descentralización administrativa difumina la necesidad de control, la organización estatal se agranda y se distribuye la persecución de los fines públicos a diversos entes públicos; sin embargo, aquello constituye un sometimiento superior al control, por el mismo carácter público y para verificar el cumplimiento de las facultades asignadas es indispensable la existencia del control en todas sus naturalezas: legislativo, judicial, administrativo o mixto, siempre que se respete la gestión de sus respectivos intereses.¹⁴

La Constitución del 2008 realiza algunas reformas a la potestad de control del Estado entre ellas: le entrega al Ejecutivo la atribución de dirigir la administración pública en forma desconcentrada y expedir los decretos necesarios para su integración, organización, regulación y control, reduce las potestades de control político a la Asamblea Nacional y

¹⁴ Rafael Entrena Cuesta, *Curso de Derecho Administrativo* (Madrid, España: 1992).

estatiza el control social y ciudadano con la creación de la quinta Función de Transparencia y Control Social que integra la Contraloría, las Superintendencias, la Defensoría del Pueblo y el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social.

Con las facultades entregadas por la Constitución, la Función Ejecutiva realiza actividades de control sobre todas las instituciones y órganos que conforman la administración pública central e institucional y otras administraciones públicas, para ello le entregó atribuciones de control de la administración pública a la Secretaría Nacional de la Administración Pública y reformó el régimen jurídico de la Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo Social para que realice el seguimiento y evaluación de gestión de las instituciones públicas centrales¹⁵, dos ejemplos de las nuevas y varias estructuras institucionales con potestad de control, gestión y evaluación a nombre del Ejecutivo que serán posteriormente analizadas.

La actual organización del Estado ecuatoriano en sus diferentes funciones es una teoría innovadora que pretende la independencia en el ejercicio de las potestades públicas, evitar la discrecionalidad y el abuso del poder, sin embargo, existen debilidades en el ordenamiento pues para que se mantengan estas disposiciones es indispensable que las demás normas se armonicen con la Constitución.

El control en el Ecuador se puede concebir desde las cinco funciones del Estado:

1. Función Legislativa: legisla y fiscaliza al Estado.
2. Función Ejecutiva: controla la función legislativa a través del veto, función de control de todas las administraciones públicas.
3. Función Judicial: controla el cumplimiento de la ley de los particulares y las otras funciones del Estado.
4. Función Electoral: controla y organiza los procesos de representación política.
5. Función de Transparencia y Control Social: dirige la participación ciudadana y realiza el control social que no hacen las otras funciones por sus propias instituciones: las Superintendencias, Contraloría, Defensoría del pueblo.

La potestad de control desde la perspectiva constitucional formula adicionalmente un modelo de participación social permanente bajo este nuevo Estado de derechos, por ello al

¹⁵ Granda Aguilar «El Derecho de Control y su relación con las modificaciones constitucionales y jurídicas en los modelos políticos y económicos en Ecuador (1990-2015)».

control público es necesario comprenderlo desde la visión de un cambio político que planteó una nueva forma de organización del poder en el Estado ecuatoriano.

Nuestra legislación recalca la participación ciudadana en todos los actos del Estado como fiscalizador de la actividad pública, a quien el Estado se debe como mandante, tiene una estrecha relación con la creación de la quinta función del Estado que promueve la transparencia del sector público en todos sus actos y le permite a la ciudadanía ejercer su facultad controladora.

A lo largo de la norma constitucional podemos encontrar varios artículos referentes a las normas de control de la organización administrativa, sin embargo, enfoca en varias ocasiones al control como medio de ataque a la corrupción y el despilfarro de los recursos públicos, así lo enuncia el artículo 297 de la Constitución del Ecuador:

Art. 297.- Todo programa financiado con recursos públicos tendrá objetivos, metas y un plazo predeterminado para ser evaluado, en el marco de lo establecido en el Plan Nacional de Desarrollo. Las instituciones y entidades que reciban o transfieran bienes o recursos públicos se someterán a las normas que las regulan y a los principios y procedimientos de transparencia, rendición de cuentas y control público.¹⁶

El control de la legalidad financiera es la primera gestión auditable de toda administración, los recursos públicos son objeto de seguimiento y evaluación, recursos que por el hecho de ser públicos le pertenecen al pueblo, y por ello debe gestionarse de manera proba, para esto se ha generado extensa normativa desde la propia Constitución, leyes, reglamentos e incluso normas internas de cada entidad, pero no solo eso, adicionalmente existe diversidad de entes públicos con facultades controladoras, los que serán detallados y desarrollados individualmente en el siguiente capítulo.

Adicionalmente el control en la legislación ecuatoriana se encuentra definido como un principio, resulta interesante que el legislador le haya dado carácter de fuente del derecho cuando podría sostenerse que es una obligación de la administración.

Principio de control.- Los órganos que conforman el sector público y entidades públicas competentes velarán por el respeto del principio de juridicidad, sin que esta actividad implique afectación o menoscabo en el ejercicio de las competencias asignadas a los órganos y entidades a cargo de los asuntos sometidos a control. Los órganos y entidades públicas, con competencias de control, no podrán sustituir a aquellos sometidos a dicho control, en el

¹⁶ EC. 2008. *Constitución de la República del Ecuador*. Registro oficial 449, 20 de octubre de 2008, artículo 297.

ejercicio de las competencias a su cargo. Las personas participarán en el control de la actividad administrativa a través de los mecanismos previstos.¹⁷

El principio de control hace referencia a la sujeción de la actividad pública no solo a la Constitución, sino a la ley, a los demás principios jurídicos y fuentes de derecho. La estructura de la Administración Pública varía de acuerdo a las necesidades de la sociedad, cada órgano tiene diferenciado sus facultades por sus funciones, es así que existen instituciones públicas creadas exclusivamente para el control, seguimiento y evaluación de la gestión pública como la Contraloría General del Estado, sin embargo no limita la potestad de control a los órganos que cumplen con dicha función sino que amplía esa facultad a todas las instituciones públicas.

El control no se lo realiza exclusivamente a la relación del Estado con sus administrados, o a la gestión de los funcionarios públicos, no podemos ignorar los actos que surgen de la relación que existe entre instituciones públicas que también requiere de un control administrativo que evite la dispersión de actividades no concordantes que se alejen de los mandatos constitucionales.

En el proceder de la administración pública se puede identificar ciertos problemas de la gestión administrativa como son: la discrecionalidad de la actuación del Estado, la corrupción, el desperdicio de recursos públicos por parte de las instituciones contratantes del Estado, la burocracia, la ineficiencia e ineficacia pública, entre otros. Surge de allí la necesidad de control de los actos y contratos administrativos por parte del Estado y es por eso que el legislador pone en manifiesto varias normas que nos obligan a todos a ejercer el control público, sin embargo, requiere de un amplio estudio el conocer toda aquella legislación a la cuál tanto el sector público y el privado debe acatar y que en algunos casos es contradictoria entre sí.

1.3 Potestad de control administrativa, instituciones, efectos jurídicos y administrativos

¹⁷ EC. 2017. *Código Orgánico Administrativo*. Registro Oficial 31, Suplemento, 7 de julio de 2017, artículo 20.

En el desarrollo cotidiano de una sociedad ocurren diversas e infinitas situaciones con injerencia en el mundo jurídico público y como consecuencia una relación de Derecho entre la Administración Pública y la sociedad. La actividad administrativa se regula por el derecho público, de sus competencias se derivan distintos asuntos administrativos ejercidos por actuación del Estado por lo cual deben encontrarse normados.

El Estado está integrado por una diversidad de entes públicos encargados de diferentes funciones de acuerdo a la organización y estructura administrativa, cada entidad actúa de acuerdo a sus competencias y atribuciones para el cumplimiento de sus fines y del interés común.

Los órganos públicos en ejercicio de la función administrativa requieren obligatoriamente realizar el control de sus actividades, en especial de los recursos públicos que disponen. El control para la prevención de la corrupción y el cumplimiento de los intereses comunes lo hacen las propias entidades, los órganos de control especializados cuya competencia radica en las leyes y la Constitución, y la ciudadanía en ejercicio de sus derechos de participación y fiscalización.

En octubre del año 2008 Ecuador aprueba la Constitución de la República con varias reformas en cuanto a la organización del Estado y la forma de gobierno. Entre las disposiciones de la Constitución para el control administrativo están:

- La atribución de la Función Ejecutiva de dirigir la Administración Pública en forma desconcentrada y expedir los decretos necesarios para su integración, organización, regulación y control,
- La reducción de las potestades de control político a la Asamblea Nacional, y
- La estatización del control social y ciudadano con la creación de la quinta Función de Transparencia y Control Social que integra: la Contraloría, las Superintendencias, la Defensoría del Pueblo y el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social¹⁸.

Con la creación de la Función de Transparencia y Control Social se sustituye a la Comisión de Control Cívico de la Corrupción y se proclama que “el pueblo es el mandante y primer fiscalizador del poder público, en ejercicio de su derecho de participación”¹⁹, al

¹⁸ Granda Aguilar, «El Derecho de Control y su relación con las modificaciones constitucionales y jurídicas en los modelos políticos y económicos en Ecuador (1990-2015)».

¹⁹ EC. 2008. *Constitución de la República del Ecuador*, artículo 204.

configurarse como un poder del Estado se institucionalizan las entidades de control y la iniciativa de control social ciudadano.

El Consejo de Participación Ciudadana y Control Social (CPCCS) está autorizado para conformar y controlar otros órganos unipersonales o colectivos que ejerzan otras actividades especializadas de la función pública, como la administrativa, la jurisdiccional y el control técnico, actividades que por representación popular deberían ser parte de las funciones de la Asamblea Nacional por su conformación como órgano máximo de la soberanía y su potestad de control político; sin embargo, se transmitió esa función para la designación de autoridades al CPPCS como parte de la acción anticorrupción.

La Función de Transparencia adiciona una función de control de razón social e institucionaliza la participación ciudadana en los procesos de fiscalización, si los bienes públicos nos pertenecen a todos, la ciudadanía es responsable de salvaguardarlos. Entonces no solo se ejerce el control gubernamental sino también se reconoce como derecho el control social en la utilización de los recursos estatales y los objetivos institucionales.

Con el fin de fortalecer la institución principal de la Función de Transparencia el 4 de febrero de 2018 mediante Consulta Popular y Referéndum propuesta por el presidente Lenin Moreno en la tercera pregunta se propuso reestructurar al Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, destituir a sus miembros y que el Consejo que asuma transitoriamente sus funciones tenga potestad de evaluar el desempeño de las autoridades cuya designación le corresponde, pudiendo anticipar la terminación de sus periodos, con su aprobación se conformó el CPPCS transitorio cuya misión es el fortalecimiento de los mecanismos de transparencia y control, de participación ciudadana, y de prevención y combate a la corrupción.²⁰

Entre las acciones realizadas para el cumplimiento de lo descrito los Consejeros del CPCCS han realizado las investigaciones del desempeño de varios funcionarios y cesado en funciones entre algunos a las máximas autoridades de: la Defensoría del Pueblo, la Superintendencia de Control y Poder de Mercado, la Superintendencia de Comunicación, a la Superintendencia de Compañías, los consejeros del Consejo Nacional Electoral, los jueces del Tribunal Contencioso Electoral, los jueces de la Corte Constitucional, y algunas

²⁰ Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, «Consejo de Participación Ciudadana y Control Social en transición 2018», accedido 29 de agosto de 2018, <http://www.cpccs.gob.ec/es/nuestra-institucion/>.

autoridades más, adicionalmente se ha iniciado con la programación para elegir a los nuevas autoridades cesadas, pero esta no es su única función de control, también se han realizado acciones de fiscalización mediante la convocatoria a veedurías ciudadanas además de los eventos realizados para fomentar la tendencia preventiva en la lucha contra la corrupción y el control social.

Existe una reestructuración institucional en los organismos de control, sin embargo no basta con aquello, para que el control sea efectivo deben ser independientes las autoridades públicas y las políticas legislativas, con ello se garantiza la división de poderes y funciones, los derechos, el funcionamiento de la administración, la participación y la seguridad jurídica.²¹

La diversificación del control es cada vez más dispersa, por ejemplo, se ha otorgado a las autoridades de la Administración Pública Central atribuciones de control sobre el presupuesto público fuera de la potestad de control interno y externo del Estado.

Además de la función transparencia y control social, el Estado ecuatoriano ejerce el control administrativo mediante las siguientes instituciones que a su vez cumplen una función controladora: la Contraloría General del Estado, la Procuraduría, el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, la Defensoría del Pueblo y las Superintendencias. Todas estas son instituciones autónomas con personería jurídica dedicadas al control de los actos y contratos administrativos.

Una vez analizado cómo se maneja el control de la gestión pública podemos detallar los entes encargados de esta función en el Ecuador:

1.3.1 Instituciones públicas de control

Las instituciones públicas que se encuentran en la clasificación de los órganos de control son aquellos que articulan la actividad administrativa en función de normas de legalidad o de oportunidad. Sin embargo, para comprender la clasificación que se realiza a continuación cabe aclarar que en ocasiones las entidades públicas pueden desempeñar funciones adicionales a su esfera específica de competencia.

²¹ Granda Aguilar, «El Derecho de Control y su relación con las modificaciones constitucionales y jurídicas en los modelos políticos y económicos en Ecuador (1990-2015)».

Como se puede evidenciar existen órganos de control que a más de su función de fiscalizador son entidades de carácter consultivo como por ejemplo la Procuraduría General del Estado que emite dictámenes conforme su criterio jurídico, o las Superintendencias se encargan de ejecutar la voluntad de la Administración realizan actos de control.

La Defensoría del Pueblo es la entidad encargada de defender a los ciudadanos ecuatorianos en el territorio nacional y ecuatorianos radicados en el exterior frente a violaciones a sus derechos por parte de los organismos públicos, o cualquier persona natural o jurídica en el país, su control no es técnico ni político sino de carácter social con facultad sancionadora.

La Defensoría del Pueblo es una institución autónoma, distinta del juez o de cualquier otro órgano de la administración. Al Defensor del Pueblo sólo le están confiadas potestades de investigación y señalamiento a las autoridades competentes de los casos que merecen ser revisados.²²

La Constitución de la República determina las funciones de la Defensoría del Pueblo basadas en la protección, defensa y tutela de los derechos de los ciudadanos ecuatorianos entre las cuales se encuentra emitir medidas de cumplimiento obligatorio e inmediato en materia de protección de los derechos, y solicitar juzgamiento y sanción ante la autoridad competente, por sus incumplimientos. El Defensor del Pueblo puede solicitar sanciones para los funcionarios por haberse detectado alguna responsabilidad por un reclamo de un consumidor, sumarios administrativos, multas o destitución.²³

La Contraloría General del Estado se encuentra a cargo del control dividido en tres facultades:

1. Controladora: analiza y evalúa la correcta utilización de los recursos estatales y gestión institucional para evitar los gastos inútiles no perjudiciales principalmente mediante control a los contratos públicos, fiscalización de instituciones y auditorías.
2. Reglamentaria: es la entidad que emite más reglamentos para la Administración Pública, es su principal instrumento de control.

²² Vanessa Figueroa, «La Defensoría del Pueblo de Ecuador y sus funciones de supervigilancia del debido proceso en el nuevo marco constitucional» (Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2012), <http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/3900>.

²³ EC. 2008. *Constitución de la República del Ecuador*. Registro oficial 449, 20 de octubre de 2008, artículos 214 y 215.

3. Determinadora de responsabilidades: fuerza coercitiva del control²⁴.

Carlos Pólit, ex Contralor del Estado alrededor de diez años manifiesta que existe una crisis general de los organismos de control por la existencia de conflictos de competencia entre las instituciones controladoras²⁵. La Contraloría General del Estado que principalmente debe velar por la efectividad, eficiencia y economía en la gestión de los recursos públicos y el cumplimiento de los fines institucionales, en muchos casos resulta ineficiente en su gestión por efecto de la múltiple intervención estatal.

El control administrativo se ha visto interferido de distintas maneras, la Asamblea Nacional del Ecuador el 3 de diciembre del 2015 aprobó el paquete de enmiendas constitucionales entre las cuales dejaba a la Contraloría sin capacidad para auditar la gestión pública según el artículo 7 de la Enmienda s/n; sin embargo, con el cambio de gobierno y de políticas la Corte Constitucional mediante el miércoles 1 de agosto de 2018, derogó el paquete de enmiendas que fue aprobado en diciembre del 2015 y anula la eliminación de la atribución de la Contraloría General del Estado de controlar “la consecución de los objetivos de las instituciones”.²⁶

En el transcurso de los diez años del pasado gobierno la Contraloría General del Estado se instauró como un órgano de control cuestionable, al ex Contralor Carlos Pólit que ocupó su cargo del 2007 hasta el 2017, se lo acusa de distintos casos de corrupción, su casa fue allanada el 2 de junio del 2017 por investigaciones por concusión en el proyecto San Francisco, construido por Odebrecht, sin embargo el ex funcionario se encontraba con permiso médico fuera del país, posteriormente desde los Estados Unidos donde se encuentra prófugo de la justicia, el 20 de junio del mismo año presenta su renuncia irrevocable, lo cual no alteró el trámite de juicio político en la Asamblea Nacional que lo acusó de incumplimiento de sus funciones por glosas que debían analizarse y se evadieron para

²⁴ Granda Aguilar, «El Derecho de Control y su relación con las modificaciones constitucionales y jurídicas en los modelos políticos y económicos en Ecuador (1990-2015)».

²⁵ Carlos Pólit Faggioni, *La contraloría general del estado en el ordenamiento jurídico constitucional* (Quito, Ecuador: 2009).

²⁶ Diario El Comercio, «Corte Constitucional deroga las enmiendas constitucionales aprobadas en el 2015», 2 de agosto de 2018, <https://www.elcomercio.com/actualidad/corteconstitucional-analisis-enmiendas-constitucion-derogacion.html>.

favorecer a Odebrecht, por análisis patrimoniales hacia máximas autoridades que se archivaron y más acusaciones de negligencia en sus labores por lo cual fue censurado.²⁷

Actualmente el ex Contralor Carlos Pólit y su hijo fueron Condenados por el Tribunal de la Corte Nacional de Justicia a 6 y 3 años de prisión y a pagar \$ 40.4 millones como reparación integral de forma solidaria.²⁸ Desde aquellos acontecimientos la Contraloría entró en reestructuración para obtener nuevamente su confiabilidad y neutralidad en sus actuaciones de lo cual se duda por un período de 10 años en los que se acusa de ser una entidad que favorecía únicamente a los mandatos realizados desde la Presidencia de la República y sus allegados.

Siendo la Contraloría General del Estado el ente rector del control público estas acusaciones desalientan a la ciudadanía para creer en sus funciones y obviamente en quien fue la máxima autoridad de control por tantos años incumpliendo el mandato constitucional: La Contraloría General del Estado es un organismo técnico encargado del control de la utilización de los recursos estatales, y la consecución de los objetivos de las instituciones del Estado y de las personas jurídicas de derecho privado que dispongan de recursos públicos.²⁹

La Procuraduría General del Estado controla los actos jurídicos y contratos administrativos en razón de su legalidad y realiza la defensa judicial del Estado, es un organismo público de control que no depende de ninguna función del Estado pues para controlar no puede ser juez ni parte de las entidades públicas.

Antes de la Constitución del 2008 en materia de contratación pública la Procuraduría ejercía el control previo con la emisión de informes motivados antes de la suscripción de contratos, su falta de emisión provocaba la invalidez de los contratos públicos y el control concurrente al supervisar el cumplimiento de los contratos que en caso de irregularidades podía iniciar acciones judiciales en defensa de los intereses del Estado.

Esta competencia de la Procuraduría es un ejemplo de la intervención excesiva del Estado más allá de sus verdaderas funciones como ente encargado de la defensa del Estado

²⁷ Diario El Telégrafo, «Asamblea censura a Carlos Pólit con 132 votos a favor», accedido 31 de agosto de 2018, <https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/politica/2/abogado-de-polit-llego-con-un-escrito-a-la-asamblea-antes-de-juicio-politico>.

²⁸ Diario El Universo, «Carlos Pólit y su hijo John Pólit, condenados a seis y tres años de cárcel por concusión en caso Odebrecht», s. f., <https://www.eluniverso.com/noticias/2018/06/06/nota/6796388/carlos-polit-su-hijo-john-polit-condenados-seis-tres-anos-carcel>.

²⁹ EC. 2008. *Constitución de la República del Ecuador*, artículos 214 y 215.

y su característica de asesor legal, por razones de eficiencia y eficacia no se contempla más esta gestión en los procesos de contratación.

La Procuraduría ejerce también la función de asesoría jurídica, sus pronunciamientos son de carácter vinculante y deben ser aplicados de manera obligatoria a los involucrados. Además tiene facultad reglamentaria, puede ejercer su facultad legislativa mediante la emisión de reglamentos, instructivos, resoluciones, entre otros.

Como parte la Función de Transparencia y Control Social actualmente existen en total seis Superintendencias: la Superintendencia de Bancos, Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, Superintendencia de Economía Popular y Solidaria, Superintendencia de Control del Poder de Mercado, Superintendencia de la Información y Comunicación y la Superintendencia de Ordenamiento Territorial Uso y Gestión del Suelo.

Las competencias y funciones de las Superintendencias se definen en la Constitución de la República: Las superintendencias son organismos técnicos de vigilancia, auditoría, intervención y control de las actividades económicas, sociales y ambientales, y de los servicios que prestan las entidades públicas y privadas, con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general (...) ³⁰ Su accionar lo realizan de oficio o por requerimiento de la ciudadanía y su ámbito se determina en razón de su ley de creación.

Las Superintendencias son entidades de control técnico cuyo campo de acción se encuentra en el derecho público y privado, no se limita al control del manejo de los fondos públicos, tienen facultad determinadora de responsabilidad y facultad legislativa para emitir regulaciones, reglamentos y resoluciones. ³¹

Una vez que se han definido las entidades del control gubernamental, podemos evidenciar que desde varias instancias del Estado se pretende garantizar la potestad de control administrativo. El control no se ejerce únicamente desde las instituciones que conforman la Función de Transparencia y Control Social, también existen instituciones que cumplen funciones similares como la Procuraduría del Estado o desde las entidades que conforman el gobierno central, cuyas competencias de control radican en la Constitución y en otras disposiciones que se han emitido directamente desde el Ejecutivo.

³⁰ EC. 2008. *Constitución de la República del Ecuador*, artículo 213.

³¹ Rivas Casaretto, *Función controladora del Estado ecuatoriano*.

En la práctica de las actuaciones administrativas específicamente relacionado con la contratación pública existe tensión entre la normativa y la Constitución, una de las razones surge por la necesidad de compatibilizar el Derecho Constitucional y el Derecho Administrativo, sin embargo, también es importante resaltar que existe un universo de legislación para ésta gestión, lo que provoca el control difuso de la Administración.

Claudia del Pozo destaca la importancia del Derecho Constitucional como la rama del Derecho que dota de contenido a las demás áreas jurídicas, se remite al Derecho Constitucional como el origen de las libertades y principios para la formación de los derechos públicos subjetivos, cuya finalidad es dotar al individuo de los mecanismos de protección frente a la arbitrariedad del poder estatal.³²

La funcionalidad de la organización estatal debe concordar con la Constitución y las normas para no afectar a la Administración Pública, caso contrario la actuación administrativa se ve confrontada entre las disposiciones normativas, constitucionales y el principio de legalidad.

Además se evidencia una multiplicidad de funciones y competencias similares en cada institución de control del Estado que a su vez ejerce sus propias subfunciones: legislativa (expedición de reglamentos y acuerdos), administrativa y ejecutiva, judicial, electoral, y controladora del gasto interno, la ejecución de actos, hechos y contratos administrativos.

Se debe evaluar las competencias de algunas entidades de control que se les ha sido otorgadas por parte de la Función Ejecutiva, la diversidad de instituciones creadas en los últimos diez años ha desarrollado un ordenamiento público incontrolable, desde cada entidad del Estado se ha creado infinidad de regulaciones y normativas que interfieren en la fiscalización externa del Estado.

La creación de la función de transparencia y control social del Estado ha generado varias críticas por la concentración de poder que mantiene desde el Ejecutivo, se discute su necesidad, representatividad y meritocracia de sus funciones.³³ La actividad de control está afectada por el factor de crecimiento injustificado de las instituciones estatales que a su vez tienen facultad normativa, lo que provoca una dispersión de competencias, que impide que

³² Claudia Del Pozo, *Control difuso y procedimiento administrativo*, 1. ed, Colección Tesis & monografías en derecho 6 (Lima: Palestra Editores, 2005).

³³ Granda Aguilar, «El Derecho de Control y su relación con las modificaciones constitucionales y jurídicas en los modelos políticos y económicos en Ecuador (1990-2015)».

los órganos encargados del control abarquen a fiscalizar en todos los ámbitos de la Administración Pública y su gestión por tanto sea eficiente.

La ciudadanía cumple un rol principal en el control social que debe ejercerse en los procesos de contratación pública, la participación ciudadana es una herramienta ejercida en la contratación pública a través de las veedurías, permite realizar el control de los funcionarios encargados de los procesos de contratación y vigilar que se cumpla con las disposiciones normativas, este tipo de vigilancia de la función pública se ejerce como mecanismo de prevención para la corrupción en los procesos de adquisición de bienes, servicios y obras enmarcados en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Forma parte del control previo y concurrente de las actuaciones administrativas instaurado por parte de la Función de Transparencia y Control Social como una forma de vigilancia de los procesos administrativos. Existen diferentes mecanismos de participación ciudadana entre ellos: los observatorios, procesos de rendición de cuentas, defensorías comunitarias y veedurías ciudadanas, para ello la participación puede ser individual o colectiva. El control social no tiene competencia sancionadora su carácter es únicamente de verificación de los actos y omisiones públicas.³⁴

Para la aplicación de este tipo de control se requiere de algunas modificaciones, entre ellas, la formación de la ciudadanía para empoderarse en la fiscalización de la Administración, que exista un procedimiento claro para la veeduría en los procesos de contratación, y que se aclare la normativa al respecto y establezca en qué etapas de la contratación se puede intervenir.

Por ahora la Función de Transparencia y Control Social se ha interesado en la intervención de las políticas públicas más que en los procesos administrativos de las diferentes instituciones del Estado. Es necesario tener una concepción clara de quienes pueden ejercer las veedurías ciudadanas y cuáles son las acciones de acompañamiento en las que se podría intervenir, el control social como mecanismo de participación ciudadana dentro de los procesos de contratación pública sería un aporte interesante en cuanto a otra forma de

³⁴ Christian Paúl Iglesias Ramírez, «El control social en la contratación pública» (Universidad Andina Simón Bolívar, 2016), <http://portal.uasb.edu.ec:2081/handle/10644/5389>.

control de la Administración Pública pero esta vez ejercida por un tercero no involucrado que pueda actuar sin interés personal.

El estudio de las instituciones públicas que ejercen el control de los órganos administrativos permite comprender la importancia de realizar una evaluación y seguimiento de la función pública en cada ámbito de gestión de la Administración Pública, por lo cual, cada entidad o ciudadano que ejerza esta facultad lo debería realizar en razón de sus competencias. De acuerdo al análisis previo existen distintas atribuciones sobre las cuales participan no solo una o dos instituciones sino varias entidades públicas que ejercen multiplicidad de funciones para un mismo objeto, lo mismo sucede en el caso de la contratación pública, una vez que se haya definido a la fase precontractual y sus características en el siguiente capítulo retomando lo estudiado se presentarán los casos de intervención como actores de los procedimientos de contratación.

1.4 Principios generales del Derecho aplicables a la actividad de control público

Es indispensable la aplicación de los principios jurídicos de legalidad, transparencia, jerarquía, coordinación, entre otros, en el desarrollo de la gestión pública, al integrarlos como base de las actuaciones administrativas se generaría un ejercicio estatal que responda verdaderamente al interés común, evitaría la arbitrariedad de los funcionarios públicos en sus actuaciones y se resguardaría el gasto público.

García de Enterría en su libro *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas* hace una interesante reflexión:

La inevitable desvalorización de la Ley y de los Reglamentos ha alimentado resueltamente el desacatamiento [...] de la Constitución como norma suprema del ordenamiento. [...] [L]a multiplicidad de las normas nos ha forzado, paradójicamente, a volver los ojos a los métodos precodificadores de la jurisprudencia, a los que pusieron en marcha a los juristas romanos y que nunca han dejado de estar presentes en la conciencia de los hombres de Derecho. [...] [P]riman los valores sustanciales del Derecho por encima de la envoltura formal de sus normas. [...] Sin la idea de los principios generales de derecho no es posible siquiera comprender la más elemental de sus instituciones...”³⁵

³⁵ Eduardo García de Enterría, *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Reimpresión 2000 (Madrid: Editorial Civitas).

Los principios generales del Derecho deben retomar su importancia en el funcionamiento del ordenamiento público, su inaplicabilidad afecta a la institucionalidad del Estado y sus actuaciones, sus consecuencias generan sobreproducción de normativa, interferencia en las demás funciones del Estado e inseguridad jurídica.

Javier Robalino Orellana manifiesta que se requiere volver a los principios generales del Derecho para comprender el ordenamiento administrativo, que a su parecer ha retrocedido en su desarrollo debido a las reformas constitucionales, legales y normativas que se derivaron de la Constitución del 2008.³⁶ Es evidente una crisis en la actuación administrativa desarrollada en base a los mandatos constitucionales, leyes, decretos y normas secundarias que con frecuencia son emitidos sin concordancia con las normas ya existentes.

El principio de legalidad es la expresión del Estado de Derecho que obliga a la Administración Pública a actuar conforme el ordenamiento jurídico, es la principal herramienta de control y se encuentra contemplado en la Constitución:

Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución.³⁷

Este principio va más allá de la aplicación de la norma, es la base de la potestad administrativa y por ello no puede ser utilizada de manera arbitraria por las autoridades estatales sino debe ser el medio para el cumplimiento de los fines de la Administración y garantías ciudadanas.

Marienhoff a su vez indica la necesidad de que la Administración se desenvuelva en sujeción a todo el ordenamiento jurídico, incluso en el ejercicio de su actividad discrecional debido a la finalidad del Estado³⁸. Dicha dependencia a la ley tiene su razón en la órbita de actividad de la administración pues no solo se maneja el ámbito individual sino en el interés general, debe intervenir cuando no exista sujeción a la ley.

³⁶ Javier Robalino, «Crisis de los principios generales del Derecho Administrativo: en Ecuador y en América Latina», 2008.

³⁷ EC. 2008. *Constitución de la República del Ecuador*, artículo 226.

³⁸ Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*.

El principio de seguridad jurídica se ve afectado cuando ya no genera fiabilidad de la Administración en la aplicación de la norma, en nuestro caso surge de la excesiva producción normativa, en Ecuador se intensificó con el proceso constitucional en el año 2008 y sus efectos son variados, entre ellos: incertidumbre jurídica, desapego del ciudadano a la norma, arbitrariedad, corrupción, normativa con poca estabilidad en el tiempo, reformas encaminadas a satisfacer intereses puntualizados, entre otros.

El principio de jerarquía normativa tiene fundamental importancia pues genera seguridad jurídica en la solución de conflictos entre normas, asegura la emisión legislativa de lo general a lo particular y limita el ordenamiento jurídico³⁹.

El principio general de la responsabilidad en materia administrativa le obliga al Estado a responsabilizarse por sus actos y omisiones al ser sujeto de derechos y obligaciones tanto en el ámbito interno como internacional⁴⁰. Existen formas distintas de responsabilidad del Estado, por ejemplo, la responsabilidad normativa fortalece la expedición de leyes, mandatos o reglamentos con claros límites de control jurídico. En el Ecuador provoca inquietud el hecho de la potestad ilimitada para la producción normativa de distintos organismos estatales.

Los principios jurídicos son esenciales en un sistema de organización administrativa, principalmente los principios de competencia y la jerarquía. La competencia le otorga a cada órgano administrativo las atribuciones y facultades que deben ejercer. Cuando los sujetos que intervienen se encuentran en conflicto y ejercen su potestad administrativa en una misma esfera de competencia atribuido por la Constitución, se debe solventar bajo el principio de jerarquía y definir cuál es el órgano que se encuentra subordinado o depende de un poder central de acuerdo a la organización vertical estatal.

Los principios que fueron detallados son de aplicación para el Derecho en general, sin embargo, la Constitución ecuatoriana contempla adicionalmente los principios propios de la Administración Pública: “La administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación.”⁴¹

³⁹ Robalino, «Crisis de los principios generales del Derecho Administrativo: en Ecuador y en América Latina».

⁴⁰ *Ibíd.*

⁴¹ EC. 2008. *Constitución de la República del Ecuador*, artículo 227.

Es relevante la aplicación de estas fuentes del Derecho en la gestión pública, son la base de la actuación estatal para el cumplimiento de los fines consagrados en la Constitución en beneficio de la sociedad, específicamente en la Administración Pública su importancia se incrementa pues la gestión pública implica estar expuesta al control interno y externo de todos los actos que se generan.

Sergio Valls Hernández y Carlos Matute González le asignan gran importancia al principio de jerarquía en las relaciones administrativas, por éste principio se determinan las facultades correspondientes a cada órgano, además permite resolver conflictos de competencia de acuerdo a la dependencia jerárquica de cada institución y establece el nivel de responsabilidad de las organizaciones administrativas⁴².

Por la existencia de la relación jerárquica se deriva el principio de autonomía y el de coordinación. Este último es la relación entre órganos del mismo nivel que se ha desarrollado por la necesidad de dar unidad a la organización administrativa, pues un solo órgano no podría efectuar toda la actividad pública que la sociedad necesita para satisfacer el interés común, para ello se crean múltiples entes con competencias especiales, es además una forma de control social.⁴³

Los principios generales del derecho son una de las principales fuentes de derecho aplicables en el ordenamiento jurídico que tienen entre uno de sus fines dar una guía para la organización del sistema jurídico, los principios previamente detallados tienen en su conjunto una estrecha relación pues a pesar de su carácter general, en su aplicación en el derecho público cumplen con ciertas características indispensables en la gestión de la administración pública y especialmente para el control de esta.

Como se ha expresado previamente, la gestión de lo público requiere de constante seguimiento y evaluación pues en su desarrollo se encuentra involucrado no solo el cumplimiento de las necesidades ciudadanas sino el gasto público que ello implica y por tanto cada actuación que se genera para este fin debe y requiere que se lo realice con la mayor diligencia, responsabilidad y en favor del bien social.

En razón de aquello la aplicación de los principios generales del derecho evitan discrecionalidad en el ejercicio de la gestión pública por parte de sus actores, y para el caso

⁴² Sergio Valls Hernández y Carlos Matute González, *Nuevo Derecho Administrativo* (Porrúa, s. f.).

⁴³ Valls Hernández y Matute González, *Nuevo Derecho Administrativo*.

de la potestad de control de las instituciones públicas es indispensable el uso de ciertos principios específicamente los de coordinación y legalidad.

La coordinación organiza las actuaciones administrativas de órganos de igual jerarquía y las hace eficientes, eficaces y convenientes, este sistema facilita la operación de las dependencias, redistribuye las competencias, equilibra la actividad administrativa y da facultades de control a los órganos que posean esa competencia.

Sin embargo, el principal principio aplicable al control es entonces el de legalidad que se considera como género y abarca a los demás como especialidad, el principio de legalidad opera en contra de la arbitrariedad de las autoridades administrativa, la legalidad cumple un rol importante en la limitación del poder. Cuando la norma desconoce los derechos del ciudadano se producen efectos contrarios, de igual manera la interdicción de lo arbitrario se ata al principio de legalidad, así como el debido proceso, la seguridad jurídica y la obligación de la Administración de motivar sus actos.

1.5 El control de la contratación administrativa

La administración pública para su funcionamiento y para el cumplimiento de sus fines tiene una carga laboral interminable puesto que las necesidades ciudadanas son infinitas, para ello el Estado se conforma de distintas instituciones, cada una encargada a su vez de cumplir con las obligaciones que les han sido asignadas como el manejo de los tributos, la salud, educación, vivienda, entre otros, a su vez estas instituciones tienen también necesidades para el cumplimiento de sus funciones, desde las más básicas como dotar a sus funcionarios de suministros de oficina hasta la construcción de obra pública.

El Estado no podría encargarse de absolutamente todo, para ello requiere de los particulares a quienes convoca a un procedimiento de contratación para cubrir con los suministros suficientes, obras y servicios y por medio de la gestión de los actores privados o en algunos casos públicos también pueda cumplir con su deber de mandatario.

La contratación pública según Herman Jaramillo tiene un objeto, una causa y un fin, su objeto es la ejecución de obras, la adquisición de bienes y la prestación de servicios

físicamente posibles, lícitos y morales; la causa es el motivo que induce a la administración a contratar; y el fin el bienestar público.⁴⁴

La contratación pública puede definirse desde diferentes puntos de vista, para algunos autores es un medio para la adquisición de bienes, servicios y construcción de obras, para otros es una herramienta del Estado para el cumplimiento de políticas públicas, según otros autores es el procedimiento que da lugar a un instrumento legal que es el contrato, o el medio por el cual se cumple con la ejecución de la planificación estatal del gasto público, sin embargo, hay en todas las definiciones una perspectiva común o un fin del cual habla el autor antes mencionado y es que la contratación pública sirve para satisfacer las necesidades generales de la sociedad.

En el Ecuador asimismo la contratación pública tiene diferentes concepciones: como política pública de Estado es el medio utilizado para el cumplimiento de objetivos nacionales y su ejecución pretende la satisfacción de las necesidades colectivas y el desarrollo común del país.

La ley de contratación pública a su vez la define como:

Todo procedimiento concerniente a la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras públicas o prestación de servicios incluidos los de consultoría. Se entenderá que cuando el contrato implique la fabricación, manufactura o producción de bienes muebles, el procedimiento será de adquisición de bienes. Se incluyen también dentro de la contratación de bienes a los de arrendamiento mercantil con opción de compra.⁴⁵

Siendo esta una definición absolutamente técnica con el fin de encajar en la ley los procedimientos que contempla para que la administración pública se vea en la obligación de aplicarla cumpliendo con el deseo del legislador de asegurar el correcto mantenimiento de los recursos públicos.

La contratación pública al ubicarse en la rama del Derecho Administrativo contempla una amplia normativa, toda actuación de la Administración Pública en la ejecución de sus adquisiciones debe llevarse con el debido apego a la base legal que regula al Sistema Nacional de Contratación Pública, como es: la Constitución de la República del Ecuador, el Plan Nacional de Desarrollo, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública

⁴⁴ Herman Jaramillo, *Manual de Contratación Pública* (Loja, Ecuador: Universidad Nacional de Loja, 1996).

⁴⁵ EC. 2008. *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*. Registro Oficial 395, Suplemento, 04 de agosto de 2008, artículo 6 numeral 5.

y su Reglamento General, las resoluciones externas emitidas por el Servicio Nacional de Contratación Pública, entre otros.

Los procedimientos administrativos que se llevan a cabo para la contratación pública se encuentran en principio regulados por las normas antes citadas; sin embargo, existen muchas otras disposiciones legales administrativas procedentes de diferentes instituciones públicas que aportan con regulaciones técnicas, organizativas, procedimentales y controladoras.

El sistema de contratación pública del Ecuador tiene entonces un problema identificable, la potestad legislativa de las instituciones del gobierno central y seccional no tiene un límite firme en cuanto a su competencia y por ello las contrataciones se rigen tanto por la norma específica u orgánica como por otras aquellas emitidas para la gestión pública del Estado e innumerables normas complementarias.

Alberto Retamozo Linares hace énfasis en la determinación de la razón de ser de las contrataciones estatales que debe buscar más que el cumplimiento en la ejecución de la planificación de las adquisiciones, el interés general y la racionalidad de la administración y los administrados con límite de las potestades discrecionales administrativas.⁴⁶

Su crítica la realiza a la acción regulada por las normas o potestad reglada de la Administración Pública que en similitud del Sistema Nacional de Contratación Pública del Ecuador tiene el mismo problema, un exceso de la misma.

Se afirma la existencia de una disfuncionalidad tanto normativa como operativa al interior de la contratación pública que genera complejidad de comprensión de la norma y por tanto, también en su aplicación no solo de los operadores de la contratación pública sino también de los organismos de control. Lo que en vez de aportar eficiencia en los procedimientos administrativos los traba haciendo imposible el ejercicio de una actividad contractual coherente⁴⁷.

La contratación pública requiere de varios procedimientos para cumplir con su finalidad, de acuerdo a nuestra normativa por principio de control todas las tareas de la contratación administrativa serían objeto de control y fiscalización, al menos de la correcta utilización de los recursos públicos.

⁴⁶ Alberto Retamozo Linares, «Contrataciones y adquisiciones del Estado y normas de control», 2008.

⁴⁷ Javier Rincón, «Del “descontrol” de la producción normativa en materia de contratación pública en Colombia», 2012.

Forma parte de la obligación de control de la Administración Pública principalmente velar por el correcto manejo de los recursos públicos de todas las entidades que conforman el sector público o del sector privado que tengan asignaciones del Presupuesto General del Estado, para ello se han creado normas y mecanismos de control gubernamental a las que se deben someter.

La actividad que realizan las instituciones públicas en el cumplimiento de una de sus competencias que es la adquisición de bienes, servicios y obras para el cumplimiento de la satisfacción de las necesidades colectivas contempla varias modificaciones por su especialidad, se requiere indispensablemente de intervención de control para evitar la corrupción en esta materia, sin embargo, la amplia regulación de la actividad contractual puede determinar efectos adversos.

Esto junto con la intervención de la sociedad en su derecho de participación de la gestión pública complica aún más la ejecución de la contratación pública, la intervención social, es un eje del control al Estado que tampoco ha sido desarrollado de la manera más adecuada, y es por eso que no ha podido configurarse como un verdadero acompañante en los procedimientos contractuales sino ha quedado únicamente como una fuente de denuncias que al no tener un marco jurídico claro entorpecen más el trabajo en esta materia.

Se debe controlar la adquisición estatal para asegurar la competencia entre participantes, las condiciones técnicas del bien o servicio, la selección objetiva, la transparencia, los recursos y fines de la contratación, entonces se han implementado varios tipos de control y asignación de responsabilidades de carácter administrativo, civil y penal para quienes son parte del manejo de los recursos del Estado. En este campo se permite entonces la intervención interna, y externa de los órganos de control con facultad fiscalizadora como Contraloría, Procuraduría o vigilancia ciudadana quienes evalúan la legalidad, la gestión y los resultados de la contratación.⁴⁸

La complejidad de la contratación pública le exige a la Administración realizar un seguimiento y evaluación continua de su actividad estatal, para la ejecución de un procedimiento de contratación se debe tomar en cuenta aspectos legales, normativos, técnicos, operativos y sociales, por lo cual, para los participantes del procedimiento es muy

⁴⁸ Carlos Lara, «Mecanismos de control en la contratación estatal como elemento de la lucha anticorrupción», 12 de noviembre de 2013.

difícil contemplar todas estas exigencias, lo que en unos casos concluye en inobservancia a la ley por ende en responsabilidades.

La Constitución rige para todo el ordenamiento jurídico administrativo, no obstante, su eficacia es limitada en sede administrativa al momento de su aplicación, existen otras disposiciones legales administrativas, se ha conformado así una cuasi jurisdicción administrativa, que provoca una deformación del principio de legalidad y seguridad jurídica para los procedimientos administrativos.⁴⁹

Existen varios factores que discuten la pertinencia de esta intervención de control que en algunos casos se ve influenciada por temas políticos o falta de conocimiento técnico de quienes ejercen esta función o se limitan a la aplicación de la norma sin verdadera preparación en la especialidad del Derecho de la Contratación Pública.

Se debe concientizar que el Estado cuando realiza una adquisición no lo hace como agente de comercio sino bajo el cumplimiento del interés común, por lo cual, los resultados pueden ser no únicamente el ahorro de recursos públicos sino la verdadera satisfacción de la población, no es una solución emitir normas desde diferentes ámbitos para el ejercicio contractual sino se requiere conocimiento de esta actividad pública por quienes la ejercen desde el interno de una entidad como quienes participan desde fuera como proveedores y en general de todos los actores.

1.5.1 El control en la etapa precontractual

Como se ha mencionado la contratación pública para su aplicación tiene un procedimiento que cumplir, es decir que su ejecución se divide en diferentes fases, el Sistema Nacional de Compras Públicas divide a la contratación pública en las siguientes: preparatoria, precontractual, contractual y post contractual. Cada una con un objetivo distinto.

La etapa preparatoria o previa consiste en la elaboración de toda la documentación necesaria para la delimitación del objeto de contratación, es decir que se generan las características económicas, técnicas, estudios, diseños, especificaciones y se plasman en documentos que justifican el proceso de contratación.

⁴⁹ Del Pozo, *Control difuso y procedimiento administrativo*.

La fase contractual da lugar luego de la adjudicación a la suscripción del contrato teniendo en cuenta todas las formalidades necesarias para cada procedimiento, el contrato deberá contener las características específicas que nacen tanto de la fase previa como precontractual.

La fase post contractual considerada una de las más importantes requiere del seguimiento y evaluación de la contratación hasta cumplir con su propósito que es la satisfacción de las necesidades ciudadanas, es en esta fase donde se ejecutan las obras, prestan servicios o entregan los bienes requeridos por el Estado.

Esta investigación se encuentra dirigida al estudio de la fase precontractual y sus elementos puesto que es en esta etapa donde ocurre el procedimiento en sí de la contratación, es aquí donde se genera el proceso de formación de voluntad de la Administración pública, es la base de cada contratación, aquí se crea la necesidad del Estado que será posteriormente satisfecha.

La última codificación de resoluciones expedidas por el Servicio Nacional de Contratación Pública incluye la definición de las etapas que comprende la fase precontractual de los procedimientos de contratación, en el próximo capítulo se realizará la desagregación de cada uno de ellos para su estudio y de las incidencias que puede generar la intervención del Estado e intervención ciudadana en cada etapa, sin embargo, es necesario recalcar la importancia de la delimitación de esta fase puesto que es en esta que se desarrolla todo el procedimiento administrativo que deriva la adjudicación y posterior contratación:

Fase precontractual.- Fase de la contratación pública que se inicia con la publicación del procedimiento en el Portal Institucional del Servicio Nacional de Contratación Pública; etapa de preguntas, respuestas y aclaraciones, modificaciones de condiciones contractuales o de pliegos; cancelación del procedimiento, etapa de recepción, apertura, convalidación de errores, verificación, y calificación de ofertas; informe de la comisión técnica o del delgado; resolución y publicación de la adjudicación o decisión de procedimiento desierto; y todo acto que esté comprendido entre la convocatoria hasta la adjudicación o declaratoria de desierto del procedimiento de contratación.⁵⁰

Hermes Jaramillo también define la fase preparatoria:

Es un acto unilateral, discrecional e interno de la administración pública central, institucional o seccional, que decide contratar por medio de la licitación pública (...), previos estudios completos, la disponibilidad de fondos, el análisis financiero, técnico, jurídico, político y la

⁵⁰ EC. 2016. *Resolución No. RE-SERCOP-2016-0000072*. Servicio Nacional de Contratación Pública, 31 de agosto de 2016, artículo 2 #29.

tenencia de documentos precontractuales favorables sobre el objeto de la contratación. Estas actividades previas son procedimientos administrativos debidamente planificados, programados, debatidos, extraordinariamente complejos que se encuentran bajo la responsabilidad de la entidad contratante y del comité de contratación.⁵¹

Es necesario demarcar de manera correcta el inicio y fin del procedimiento para asegurar que la actuación de la administración pública se cumpla con la debida aplicación del cuerpo normativo. El control de la fase precontractual es una herramienta indispensable en toda su ejecución pues se encuentra conformada por una cantidad enorme de procedimientos, normativas y regulaciones, participantes públicos y privados y esto sin mencionar la aplicación obligatoria de las políticas públicas. Como se ha mencionado es dentro de esta fase que se forma la voluntad de la administración para la consecución del fin público que es la satisfacción de las necesidades.

Existe una desmedida generación de normas referentes a la gestión de la compra pública en el Ecuador que en principio se expidieron para la aplicación de la ley y el reglamento por parte del ente rector de la contratación pública el Servicio Nacional de Contratación Pública, sin embargo, posteriormente la potestad legislativa otorgada a las instituciones del sector público por la Constitución sirvió para generar normativa adicional que no contemplaba la base legal principal.

Para facilitar la aplicación de la LOSNCP y su reglamento general con todos los avances que se implementaron, surgió la necesidad de que la entidad rectora de la contratación pública; el Servicio Nacional de Contratación Pública se pronunciara y desde allí se ha reformado la legislación en reiteradas veces lo que generó normas jurídicas sin base legal.

Lo que permite realizar una reflexión en razón de las irregularidades que se encuentra en materia de las contrataciones públicas, que no solo implica problemas en la gestión pública sino una regulación jurídica inestable, lo cual impide tener un claro panorama para la aplicación de la ley pues en el Ecuador se crean cada vez diferentes actores, organismos y sanciones en normas dispersas, más allá de una simple explicación de los textos normativos, se constituye para los actores de la contratación en una interpretación exhaustiva de los verdaderos alcances de las normas.

⁵¹ Herman Jaramillo, «Manual de Contratación Pública», 1996.

Sin embargo, el control de la legalidad de la actuación de la Administración no es el único punto que requiere de evaluación sino también la actuación de las instituciones estatales con facultad controladora. En la Rendición de Cuentas de marzo de 2016, la Secretaría Nacional de la Administración Pública informa que en el 2015 ha monitoreado 4.049 procesos de contratación pública e indica que la Subsecretaría de Prevención de esa institución revisó procesos de contratación pública en 39 entidades de la Función Ejecutiva y realizó 304 acompañamientos a dichos procesos en sus diferentes etapas⁵².

Este es un solo ejemplo de la labor que realizan distintas instituciones públicas que no fueron creadas con potestad controladora y; sin embargo, contemplan funciones de revisión a los procesos de contratación pública de otras instituciones estatales. Con esto se quiere demostrar la multiplicidad de competencias que existe en el Ecuador en este tema y que posteriormente se ampliará puntualmente y aplicado a la fase precontractual del procedimiento contractual.

La adquisición estatal se debe controlar indiscutiblemente, su manejo operativo entre los actores y la norma es lo que hace posible el ejercicio de una actividad contractual, actividad que como aspecto muy relevante, exige la utilización de recursos públicos para la satisfacción de las necesidades ciudadanas, es por ello necesario asegurar la selección objetiva, la transparencia y el presupuesto de contratación.

Por ello el análisis de esta investigación se centra en esta parte del procedimiento pues la mayoría de los problemas se dan en la fase precontractual por las contradicciones entre los pliegos, resoluciones del SERCOP, reformas a la Ley y RGLOSNCOP, decretos ejecutivos expedidos por la Presidencia de la República y los distintos actores que participan durante el desarrollo de un procedimiento de contratación.

En el siguiente capítulo se desarrollarán cada una de las etapas que conforman la fase precontractual de un procedimiento de contratación pública, así como la intervención de todos sus actores tanto públicos como privados y la potestad de control de las instituciones públicas intervinientes en el proceso.

⁵² Secretaría Nacional de la Administración Pública, «Rendición de cuentas 2015» (Quito, 2016).

Capítulo dos: La etapa precontractual de los procedimientos de contratación

El objetivo de este capítulo se centra en el estudio del Derecho a la Contratación Pública específicamente en la fase precontractual de los procedimientos de contratación del Estado, se desarrollará cada etapa que comprende dicha fase desde su inicio con la convocatoria, al fin con la adjudicación. El análisis comprenderá de manera integral a la fase precontractual considerando la necesidad y efectos del control que fue materia del capítulo precedente.

Adicionalmente se analizará la participación de los actores involucrados: la entidad contratante, el ente rector de la contratación pública, las instituciones de control, los órganos públicos que sin ser entidades controladoras tienen potestad de control que les permiten participar en los procedimientos contractuales, los oferentes tanto públicos como privados y la ciudadanía en ejercicio de sus derechos de participación y fiscalización. Se especificarán las funciones que deben cumplir los participantes en razón del ordenamiento jurídico, y como en razón de su óptica y competencia cada uno de estos participantes incidirán en un mismo procedimiento de contratación.

Con este análisis se presentarán los casos de estudio y normativa que regula la ejecución de los procedimientos de contratación para determinar de qué manera repercuten los diferentes tipos de control en la etapa precontractual.

2.1 Definición de la etapa precontractual y criterios de control

Como se había mencionado la fase precontractual constituye la base de todo procedimiento de contratación, es en ella donde se desarrollan todos los actos necesarios para la selección del proveedor que se encargará de cumplir con las obligaciones que le imponga la entidad contratante, es decir la prestación de servicios, entrega de bienes o ejecución de obras, pero para que ello suceda se debe cumplir con varios requisitos previos obligatorios para el cumplimiento de cada una de las etapas que lo conforman.

Además se debe acatar todas y cada una de las normas establecidas para cada procedimiento de contratación con su debida especialidad desde lo dispuesto en la Constitución de la República del Ecuador, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su Reglamento, normativa que emana el Servicio Nacional de Contratación Pública, normas de control, hasta las normas técnicas desarrolladas para cada tipo de objeto contractual.

Si bien el artículo 2 numeral 29 de la Resolución RE-SERCOP-2016-0000072 define la fase precontractual de los procedimientos de contratación pública, su concepto constituye un relato de las etapas que comprende el procedimiento en sí. En esta fase se establecen las etapas de preguntas, respuestas y aclaraciones, modificaciones de condiciones contractuales o de pliegos considerando que no se podrá modificar el objeto del contrato y/o el presupuesto referencial a la alza; es posible cancelar el procedimiento en esta fase siempre que se cumpla con los preceptos de la ley, existe la etapa de recepción, apertura, convalidación de errores, verificación y calificación de ofertas, todos aquellos cuentan con las actas o informes de la comisión técnica o delegados y por último se desarrolla la resolución de adjudicación o desierto del procedimiento que será posteriormente publicada.

El uso de las herramientas informáticas en los procedimientos de contratación pública comienza justamente con la fase precontractual con la elaboración de pliegos y publicación de los procedimientos contractuales, su obligatoriedad se encuentra definida en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública: El Sistema Oficial de Contratación Pública del Ecuador COMPRASPUBLICAS será de uso obligatorio para las entidades sometidas a esta Ley y será administrado por el Servicio Nacional de Contratación Pública (...)⁵³

Con ello se garantizan los principios de publicidad y transparencia definidos en el capítulo anterior, además facilita el control pues con la utilización de las herramientas: Sistema Oficial de Contratación Pública del Ecuador (SOCE) y el Modulo Facilitador de Contratación Pública (antes USHAY) los entes de control o cualquier persona interesada podrá revisar a tiempo real en qué etapa se encuentra cada procedimiento y los justificativos del mismo.

⁵³ EC. 2008. *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.*, artículo 21.

En todas las etapas de la fase precontractual se puede identificar potenciales puntos de control sobre los cuales, de acuerdo a sus competencias las instituciones controladoras deberán verificar la concordancia técnica y legal que sustenten la fundamentación de hecho y de derecho en cada una de las actuaciones siendo las principales las siguientes:

Con la creación del proceso en el portal institucional del SERCOP y en sí el uso de las herramientas informáticas para el desarrollo de los procedimientos de contratación, la información que se publica es objeto de control pues en ella se encuentra: el código del proceso, objeto de contratación, descripción del proceso, tipo de compra, tipo de contratación, presupuesto referencial, partida presupuestaria, forma de pago y los costos de levantamiento o edición de los pliegos; plazos y fechas con sus respectivo cronograma establecidos para cada proceso, y los anexos en este último se adjuntarán los pliegos, estudios, certificación presupuestaria y resolución de inicio o aprobación de los pliegos.

Desde que el proceso se ha publicado, el oferente se encuentra en la capacidad para interactuar con la contratante en las etapas de preguntas, respuestas, aclaraciones y la posterior presentación de las ofertas físicamente y a través del sistema SOCE. Una vez presentadas las ofertas existe la posibilidad de la convalidación que es otro punto de observación para el control pues se evaluará su pertinencia y los términos y plazos mínimos y máximos empleados en relación al procedimiento de contratación, complejidad e información requerida, información que deberá notificarse y responderse a través del portal.

Una vez realizada la calificación existen ciertos criterios observables para la declaratoria de desierto de los procedimientos y/o la adjudicación, en el caso del desierto se verificará que se haya cumplido con los casos aplicables que expide la ley y la disposición de su archivo o reapertura y para la adjudicación se revisará en sí al acto administrativo pues es mediante éste que la máxima autoridad otorga derechos y obligaciones de manera directa a los oferentes, al ser esta etapa la que finaliza la fase precontractual la motivación debe referirse al cumplimiento de todas las especificaciones y requerimientos técnicos, financieros y legales exigidos en los documentos precontractuales así como el precio y plazo.

2.2 Etapas de la fase precontractual

La codificación de resoluciones expedida mediante Resolución RE-SERCOP-2016-0000072, de 31 de agosto de 2016 suple el vacío de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su reglamento, normas que no fijan de manera expresa que es la fase precontractual, sin embargo, ante la necesidad de la determinación de los elementos y su incidencia en la ejecución para el procedimiento, la codificación dio el compendio de las etapas de la fase precontractual:

1. Publicación del procedimiento en el Portal Institucional del Servicio Nacional de Contratación Pública;
2. Etapa de preguntas, respuestas y aclaraciones, modificaciones de condiciones contractuales o de pliegos;
3. Cancelación del procedimiento,
4. Etapa de recepción,
5. Apertura,
6. Convalidación de errores,
7. Verificación, y calificación de ofertas;
8. Informe de la comisión técnica o del delegado;
9. Resolución y publicación de la adjudicación o decisión de procedimiento desierto; y
10. Todo acto que esté comprendido entre la convocatoria hasta la adjudicación o declaratoria de desierto del procedimiento de contratación.⁵⁴

La fase precontractual como lo señala la norma inicia con la publicación de la convocatoria en el Sistema Oficial de Contrataciones del Estado, los documentos de sustento que la acompañan son aquellos generados en la fase preparatoria de los procedimientos, entre ellos principalmente estudios previos, términos de referencia, especificaciones técnicas, pliegos, resolución de aprobación de pliegos y autorización de inicio, certificaciones presupuestaria y de la planificación anual de contrataciones.

El anuncio de llamado no debe confundirse con la oferta de celebrar un contrato que hace el ente público-administrativo. Es más precisamente un pedido o demanda pública de ofertas a eventuales interesados.⁵⁵ La invitación que hace la entidad contratante se lo realiza

⁵⁴ EC. 2016. *Resolución No. RE-SERCOP-2016-0000072*, artículo 2 #29.

⁵⁵ Claudio Moraga, *Contratación administrativa* (Santiago de Chile - Chile: Editorial Jurídica Chile, 2007).

a todos aquellos interesados en participar para la selección del proveedor ganador con el fin de promover el principio de concurrencia, con esto inicia la actividad de la administración en la fase precontractual.

La publicación del procedimiento de contratación en conformidad con el principio de transparencia y publicidad es esencial para la determinación de la contratación, de ella surge el tipo de compra, la forma de pago, los parámetros de calificación, el cronograma que deberá observar el procedimiento e incluso ya determina los primeros actores al detallar el funcionario encargado de llevar el procedimiento, la máxima autoridad, comisión técnica o delegado y su secretario/a.

La etapa de preguntas, respuestas y aclaraciones nace entonces de la publicación del proceso de contratación y es aquí donde todos aquellos interesados en participar o invitados directamente de acuerdo al tipo de contratación pueden aclarar sus dudas en lo pertinente a los pliegos de la contratación.

La norma precisa preguntas, respuestas y aclaraciones sobre los pliegos pues es el documento que comprende las bases técnicas y legales de la necesidad que tiene la contratante y permite la habilitación para participar a los interesados. Los pliegos son auténticos reglamentos del procedimiento de contratación que obliga tanto a la Administración como a los participantes en el procedimiento de selección.⁵⁶

El Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública define esta etapa de la fase precontractual:

Preguntas y respuestas. - Los proveedores una vez recibida la invitación o efectuada la publicación de la convocatoria en el Portal www.compraspublicas.gov.ec, podrán formular preguntas sobre el contenido de los pliegos; y la máxima autoridad de la Entidad Contratante su delegado o la Comisión Técnica según el caso, responderán las preguntas en el término que para el efecto se establezca en los pliegos.⁵⁷

Nace la obligación de la entidad contratante de emitir una respuesta motivada y coherente de aquello que genere incertidumbre para los futuros proveedores dentro de los tiempos correspondientes. La resolución SERCOP 72 en la definición de la fase precontractual contemplada en el artículo 2 numeral 29 establece la etapa de preguntas,

⁵⁶ Tomás Hutchinson, «El procedimiento como presupuesto de la formación del contrato de la administración», *Revista de Derecho Público*, 2006.

⁵⁷ EC. 2009. *Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*. Registro Oficial 588, Suplemento, 12 de mayo de 2009, artículo 21.

respuestas y aclaraciones, modificaciones de condiciones contractuales o de pliegos⁵⁸; todas estas actuaciones de la administración se encuentran programadas en el cronograma del procedimiento como una sola etapa.

Esta etapa tiene una particularidad importante puesto que le permite a la administración modificar todos sus requerimientos e incluso el plazo, con excepción de aquello referente al objeto de contratación y el presupuesto referencial, por obvias razones es de suponerse que el objeto y el presupuesto responden a los estudios previos realizados para adquisición y que su planificación ha sido generada en razón de la necesidad de la entidad contratante⁵⁹.

La cancelación del procedimiento es la facultad que tiene la administración pública para declarar cancelado el procedimiento en cualquier momento entre la convocatoria y 24 horas antes de la fecha de presentación de las ofertas, siempre que se cumplan las condiciones descritas en la ley en razón del interés público.⁶⁰ Esta facultad es propia de la máxima autoridad quien la declarará mediante acto administrativo motivado y no requiere indemnización ni reparación alguna por no constituir derecho la mera expectativa de los participantes, sus justificativos de acuerdo a la LOSNCP se basan en:

1. De no persistir la necesidad, en cuyo caso se archivará el expediente;
2. Cuando sea necesario introducir una reforma sustancial que cambie el objeto de la contratación; en cuyo caso se deberá convocar a un nuevo procedimiento; y,
3. Por violación sustancial de un procedimiento precontractual.⁶¹

La resolución que motive la cancelación del procedimiento será publicada como documento indispensable en el portal institucional del SERCOP dejando en claro el precedente por el cual se recurrió a esta decisión de la entidad contratante.

Una vez que la administración ha dejado en claro los requisitos de participación entonces los proveedores o el invitado al proceso de contratación realizan la entrega de las ofertas en la hora y fecha señalada en el cronograma del proceso.

⁵⁸ EC. 2016. *Resolución No. RE-SERCOP-2016-0000072*, artículo 2 #29.

⁵⁹ EC. 2009. *Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, artículo 22.

⁶⁰ EC. 2008. *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, artículo 34.

⁶¹ *Ibíd.*

La oferta es la proposición firme y compleja para celebrar un contrato que deriva a varios actos de la administración y el oferente⁶². Es la manifestación de la voluntad de un particular, dirigida a un órgano administrativo, de querer concluir con él un contrato de la Administración, implica la proposición completa e incondicionada de un licitante habilitado y capaz que puede convertirse en contrato⁶³.

En cuanto a la entidad contratante, con la entrega de las ofertas inicia la selección del proveedor más adecuado para satisfacer la necesidad del Estado y por ende se procederá con las demás etapas del procedimiento, apertura, convalidación, calificación y adjudicación, todas estas considerando las manifestaciones de interés en los procedimientos por parte de los proveedores. Además, la presentación de las ofertas muestra un adecuado estudio previo por parte de la administración, en cuanto los parámetros utilizados, presupuesto y requisitos han sido correctamente definidos lo que ha levantado el interés de los participantes.

La sola realización y presentación de la oferta demuestra la aceptación de los requisitos de los términos establecidos en los pliegos de la licitación que desde ese momento convierte al oferente en un actor principal del procedimiento de contratación con la manifestación de su voluntad para celebrar un contrato con el Estado.

Se considera como oferta habilitada la oferta que cumpla con todos los requisitos exigidos en los Pliegos Pre contractuales⁶⁴, una oferta integral contiene alrededor de 14 formularios que comprenden el formulario único de la oferta cuyos principales subacápites son:

Formulario No. 1.1 Presentación y Compromiso

Formulario No. 1.2 Datos generales del oferente

Formulario No. 1.3 Nomina de socios

Formulario No. 1.4 Situación Financiera

Formulario No. 1.5. Tabla de cantidades y precios

Formulario No. 1.6 Componentes de los bienes ofertados

Formulario No. 1.7 Experiencia del oferente

Formulario No.1.8 Personal técnico mínimo

⁶² José Roberto Dromi, *Licitación pública*, 4. ed. actualizada (Buenos Aires: Ed. Ciudad Argentina, 2010).

⁶³ Moraga, *Contratación administrativa*.

⁶⁴ EC. 2008. *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, artículo 6 #20.

Formulario 1.9. Equipo mínimo requerido

Formulario No. 1.10 VAE

Formulario No. 1.11 Cálculo VAE

Formulario No. 1.12 Formulario para la declaración de valor agregado ecuatoriano de la oferta de desarrollo de software y, adquisición de software

Formulario de asociación o consorcio.⁶⁵

Estos ítems podrían variar en razón del tipo de procedimiento contractual, adicionalmente se adjuntarán los documentos de soporte que justifique la información detallada en el formulario, la oferta deberá ser numerada, sumillada y suscrita por la persona natural que oferta o el representante legal, el incumplimiento de la integridad de la oferta tiene como consecuencia el rechazo de la oferta en mención.⁶⁶

Existían dos medios para la presentación de la oferta, el físico y de forma electrónica siempre que se tenga firma electrónica válida y legal, si es física se presentará ante la máxima autoridad en un sobre del cual la entidad contratante tiene la obligación de emitir su recepción mientras que la oferta electrónica debe entregarse mediante el sistema oficial de contratación del Estado, sin embargo la oferta económica en ambos casos debe registrarse en el sistema.⁶⁷

La modernización del Sistema Nacional de Contratación Pública con la expedición de la LOSNCP introdujo algunos avances, como la obligación de la utilización de herramientas tecnológicas para los procesos de contratación, la publicación de los procedimientos de manera transparente y a tiempo real y nuevas definiciones de procesos de contratación.

El uso de los medios electrónicos en los procedimientos de contratación pública se implementó con la finalidad de mejorar la calidad de los servicios y dar celeridad en el desarrollo de los procedimientos, la LOSNCP en su disposición transitoria tercera expresa:

Hasta cuando existan en el país empresas certificadoras de firma electrónica autorizadas por el organismo del Estado competente, el Servicio Nacional de Contratación Pública responsable de la administración del Portal COMPRASPUBLICAS, tomará todas las

⁶⁵ Servicio Nacional de Contratación Pública, «Formularios», en *Modelo de pliego del procedimiento de subasta inversa electrónica de bienes y servicios*, Versión SERCOP 2.1, 2017.

⁶⁶ Servicio Nacional de Contratación Pública y Superintendencia de Control del Poder de Mercado, «Manual de buenas prácticas en la contratación pública para el desarrollo del Ecuador», 2015.

⁶⁷ Servicio Nacional de Contratación Pública, «Principios y objetivos del SNCP», s. f., <<http://elearning.compraspublicas.gob.ec/elearning/mod/lesson/view.php?id=350&pageid=532>>.

medidas técnicas necesarias para que el uso de las herramientas informáticas que utilice, den seguridad a las transacciones que se efectúen de conformidad con esta Ley.⁶⁸

El uso de la firma electrónica para los procedimientos de la administración pública requiere de regulación, su utilización implica la aceptación, aprobación o disposición de parte de quien la emplea al igual que la firma manuscrita; por tanto, debe cumplir con ciertos requisitos para su verificación, por lo que, la entidad pública que disponga su uso debe ajustar sus procedimientos y operaciones e incorporar los medios técnicos necesarios, para permitir el uso de la firma electrónica de conformidad con la Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos y su Reglamento.⁶⁹

La Ley de Comercio Electrónico, firmas electrónicas y mensajes de datos define a la firma electrónica:

Firma electrónica.- Son los datos en forma electrónica consignados en un mensaje de datos, adjuntados o lógicamente asociados al mismo, y que puedan ser utilizados para identificar al titular de la firma en relación con el mensaje de datos, e indicar que el titular de la firma aprueba y reconoce la información contenida en el mensaje de datos.⁷⁰

Los modelos de pliegos elaborados por el Servicio Nacional de Contratación Pública hasta la versión SERCOP 1.1 contenían la disposición de la entrega de ofertas por medios informáticos con el uso de la firma electrónica: La oferta se presentará de forma física en (...); o de forma electrónica a través del Portal Institucional del SERCOP, caso en el que para ser válida deberá estar firmada electrónicamente (...) ⁷¹

Hasta el momento el Servicio Nacional de Contratación Pública no ha elaborado ninguna normativa o emitido disposición alguna para realizar la presentación de las ofertas electrónicas, incluso ni el Sistema Oficial del Contratación del Estado ni el Módulo Facilitador de Contratación tienen la opción de firma electrónica para la entrega de ofertas,

⁶⁸ EC. 2008. *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*. Disposición transitoria tercera.

⁶⁹ EC. 2009. *Acuerdo No. 39 Normas de Control Interno*. Contraloría General del Estado, 02 de agosto de 2009, norma 410-17.

⁷⁰ EC. 2002. *Ley de comercio electrónico, firmas electrónicas y mensajes de datos*. Registro Oficial 557, Suplemento, 17 de abril de 2002, artículo 13.

⁷¹ Servicio Nacional de Contratación Pública, «I. Condiciones particulares de los procedimientos de consultoría», en *Modelo de pliego de los procedimientos de consultoría*, Versión SERCOP 1.1, 2014.

por lo cual, en la última versión SERCOP 2.1 de modelos de pliegos se suprimió la opción de presentación electrónica de ofertas haciendo referencia únicamente a la entrega física.⁷²

En los procedimientos de contratación pública resulta controversial su utilización por la configuración de las herramientas informáticas del ente rector y los requisitos que exige la ley, es fundamental mantener un archivo físico de cada procedimiento⁷³, que cuente con todos los documentos probatorios y de soporte necesarios para la justificación ante los entes de control, los cuales por su extensión en la mayoría de casos no podrían publicarse en el sistema del Servicio Nacional de Contratación Pública, es fundamental la presentación física de la oferta, facilita la calificación de la misma y permite tener un expediente de respaldo de las actuaciones realizadas.

La apertura de las propuestas se lo realiza en el día y hora señalada en la convocatoria, en esta fecha el comité de contrataciones procederá a abrir los sobres de las ofertas, acto al que podrán asistir los oferentes.⁷⁴

La apertura de las ofertas es un acto público que se realiza en presencia de los proveedores, de esta manera se transparenta la actuación de la administración y se constata que las ofertas presentadas dentro del plazo fijado sean aquellas que participen en el proceso, los proveedores que deseen participar del acto público pueden verificar cuál es el plazo y precio ofertado a la entidad para la adquisición que la entidad esté requiriendo.

Mediante este acto se permite a los oferentes tomar conocimiento de todas ellas, vigilar el proceso, verificar su legalidad y asegurar la imparcialidad del licitante y su trato igualitario⁷⁵. Para lo cual se dejará constancia el acta que se produzca de la sesión de apertura de ofertas en la cual suscribirá como responsable el delegado de la máxima autoridad o la comisión técnica y el/la secretario/a deberá contener:

- a) Nombre de los oferentes;
- b) Valor de la oferta económica, identificada por oferente;
- c) Plazo de ejecución propuesto por cada oferente;

⁷² Servicio Nacional de Contratación Pública, «1.3. Presentación y apertura de ofertas», en *Modelo de pliego de los procedimientos de contratación bienes y/o servicios*, Versión SERCOP 2.1, 2017.

⁷³ Art. 36.- Expediente del Proceso de Contratación.- Las Entidades Contratantes deberán formar y mantener un expediente por cada contratación en el que constarán los documentos referentes a los hechos y aspectos más relevantes de sus etapas de preparación, selección, contratación, ejecución, así como en la fase pos contractual. El Reglamento establecerá las normas sobre su contenido, conformación y publicidad a través del portal de COMPRASPUBLICAS.

⁷⁴ Aurelio Garófalo Salazar, *Manual teórico práctico de contratación pública* (Quito: PUDELECO, 2003).

⁷⁵ José Roberto Dromi, «Manual de Derecho Administrativo», 1987.

- d) Número de hojas de cada oferta;
- e) La demás información considerada por la entidad contratante.⁷⁶

Evidentemente este documento debe a su vez ser publicado mediante la herramienta informática del Sistema Nacional de Contratación Pública, el mismo que a más de la transparencia del acto, demuestra la regularidad con la que se ha llevado a cabo la etapa, la obligatoriedad para la entidad contratante es que se mantenga pública como cumplimiento de la norma.

Sin embargo, esta práctica se puede verificar en la mayoría de casos para los procedimientos de obras que cuenten con un presupuesto referencial importante en donde los proveedores participantes verifican la idoneidad de sus ofertas económicas en relación con las demás ofertas, lo cual les permite identificar de acuerdo a la valoración por puntaje en ese parámetro de calificación a un posible adjudicatario. En los demás procesos de contratación de bienes o servicios es casi nula la comparecencia de los proveedores pues los procedimientos se desarrollan de acuerdo a las etapas del cronograma sin mayor influencia o presencia física de los oferentes.

La calidad pública de la etapa se da con el fin de evitar la modificación de las ofertas por fuera del procedimiento oficial de contratación, la información que obtienen los oferentes impide de alguna manera la inclusión, alteración o reforma de la documentación presentada en favor de un proveedor en particular.

La apertura de ofertas dará paso a la convalidación de errores, etapa en la cual la entidad contratante a través de su delegado o comisión técnica identificarán en caso de existir errores en las ofertas presentadas y que sean susceptibles de convalidación o subsanaciones tales como errores de forma, tipeo, sumilla, entre otros, errores que se encuentran expresamente detallados en la norma. Los oferentes serán notificados de manera individual mediante la herramienta SOCE para que se presenten dentro del tiempo fijado a subsanar los errores encontrados y poder pasar a la etapa de calificación, cuando el error afecte a la oferta de manera jurídica, técnica o económica y este no haya sido corregido la oferta podrá ser rechazada.⁷⁷

⁷⁶ Servicio Nacional de Contratación Pública, «1.3. Presentación y apertura de ofertas»,

⁷⁷ EC. 2016. *Resolución No. RE-SERCOP-2016-0000072*, artículos 152 al 163.

El Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública define a los errores de forma como aquellos que no implican modificación alguna al contenido sustancial de la oferta, tales como errores tipográficos, de foliado, sumilla o certificación de documentos. Además establece que la oferta no se puede modificar, tampoco se podrán incorporar documentos elaborados con posterioridad a la presentación de la misma, esta etapa mantiene un período de mínimo 2 días y máximo 5 para que los oferentes subsanen sus omisiones formales.⁷⁸

La regulación sobre la etapa de convalidación se extiende en los artículos del 152 al 163 de la Codificación de resoluciones del Servicio Nacional de Contratación Pública, a lo largo de estos once artículos se especifican las condiciones de la etapa aclarando su factibilidad.

El desarrollo de esta etapa se da por pedido expreso de la entidad contratante, es así que existen procedimientos de contratación en la que no sea necesaria por no haber errores convalidables o a su vez los errores existentes no son subsanables. La diferencia de estos dos criterios se encuentra expresamente definidos en los artículos 157 y 158 de la norma citada.

Es susceptible de convalidación: la presentación de documentación para verificar un hecho o condición que se encuentre expreso en la oferta pero que no exista el documento que lo respalde, siempre que el documento que lo justifique se haya expedido previo a la presentación de la oferta; cuando se haya presentado documentación probatoria de las condiciones de la oferta pero que éstas no se encuentren detalladas en el formulario podrá solicitarse la convalidación del formulario por inconsistencias entre la información registrada en éste con relación al documento de soporte; también se considera un error convalidable la aclaración, ampliación o precisión requeridas respecto de una determinada condición cuando ésta se considere incompleta, poco clara o incluso contradictoria con respecto a otra información dentro de la misma oferta.⁷⁹

Son errores no subsanables y por tanto se rechazará la oferta por:

1. La omisión de la firma en el formulario de la oferta;
2. La alteración o modificación del contenido de la carta de presentación y compromiso o de cualquier otro numeral del formulario de la oferta, de tal manera que se pueda entender la existencia de una oferta condicional;
3. La no presentación de cualquiera de los numerales del formulario de la oferta, conforme

⁷⁸ EC. 2009. *Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, artículo 23.

⁷⁹ EC. 2016. *Resolución No. RE-SERCOP-2016-0000072*, artículo 157.

la condición y naturaleza jurídica del oferente;

4. La omisión o incumplimiento de cualquiera de los requisitos exigidos en el pliego.⁸⁰

Se aclara en la misma norma que los errores aritméticos no son convalidables ni tampoco constituyen descalificación de la oferta sino es obligación de la entidad contratante efectuar la corrección aritmética de la oferta.⁸¹ En esta etapa de convalidación la entidad contratante busca la presentación de todos los documentos que validen las condiciones solicitadas en las ofertas, atendiendo los principios de igualdad y trato justo contemplados en la LOSNCP, al realizar esta etapa la entidad contratante contará con la información necesaria para poder realizar una calificación de cada uno de los parámetros de evaluación determinados en los pliegos, términos de referencia y especificaciones técnicas requeridas y más oferentes participantes de entre los cuales se escogerá al mejor postulante.

En la siguiente etapa se realiza la calificación de las ofertas que han superado la etapa de convalidación en caso de haberla, en ésta la entidad contratante realiza la comprobación de la presentación de los parámetros solicitados para la calificación de la oferta que respondan a la necesidad, naturaleza y objeto de cada procedimiento de contratación⁸², entre estos se revisa que se cumpla con los parámetros de experiencia general y específica, personal técnico, experiencia del personal técnico, equipo mínimo solicitado, cronograma y metodología, etcétera.

La calificación debe obedecer al efectivo cumplimiento de los requisitos propios de la naturaleza del procedimiento de contratación, descartando todo vicio, perjuicio, arbitrariedad o favoritismo.⁸³

La calificación de las ofertas es un acto administrativo de carácter público que realiza el Comité de Contratación, el mismo que tiene por objeto verificar el cumplimiento de los requisitos de orden legal, técnico, financiero y moral exigidos en (...) las bases de licitación. Por medio de este acto jurídico se aprecia, estima y valora positiva o negativamente las ofertas presentadas.⁸⁴

⁸⁰ EC. 2016. *Resolución No. RE-SERCOP-2016-000007*, artículo 158.

⁸¹ EC. 2016. *Resolución No. RE-SERCOP-2016-000007*, artículo 159.

⁸² Servicio Nacional de Contratación Pública, «Condiciones generales», en *Modelo de pliego del procedimiento de subasta inversa electrónica de bienes y servicios*, Versión SERCOP 2.1, 2017.

⁸³ Marco Idrobo, *La contratación administrativa en el Ecuador*, Editorial Época (Quito, Ecuador, 1984).

⁸⁴ Jaramillo, *Manual de Contratación Pública*.

Según el tipo de procedimiento la metodología de calificación puede ser de acuerdo a los parámetros de cumple/no cumple (Subasta inversa electrónica y Menor Cuantía de obras, bienes o servicios y Consultoría Directa) y adicionalmente puntaje (para los demás procedimientos de régimen común), con ello se determina cuáles son las ofertas que podrán ser aptas para la adjudicación, la comisión técnica o el delegado de la máxima autoridad es el encargado de sugerir las ofertas validas de adjudicación.

La metodología cumple/no cumple verifica el cumplimiento de las capacidades mínimas de los oferentes solicitadas por la entidad contratante sobre condiciones mínimas fijadas en los pliegos de contratación, mientras que la evaluación por puntaje utiliza parámetros valorados para determinar mejores capacidades entre los oferentes partícipes que han cumplido con las condiciones mínimas y así habilitar a las propuestas que se considerarán en la siguiente etapa o recomendar directamente su adjudicación.⁸⁵

Esta es una labor exclusiva de la comisión técnica, la máxima autoridad o su delegado que actúan sobre el marco de la ley y su reglamento, quienes al menos deberán tener conocimiento sobre procedimientos precontractuales y estar capacitados en materias afines al objeto de contratación. Estos participantes deben ser convocados por la máxima autoridad por escrito con suficiente anticipación para las sesiones sobre lo cual deberán dejar asimismo por escrito todas sus actuaciones en un acta correspondiente a cada etapa del procedimiento de contratación.⁸⁶

Comisión Técnica.- Para cada proceso de contratación de (...) cuyo presupuesto referencial sea superior al valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0.000002 por el monto del Presupuesto Inicial del Estado(...) se conformará la correspondiente Comisión Técnica integrada de la siguiente manera: 1. Un profesional designado por la máxima autoridad, quien la presidirá; 2. El titular del área requirente o su delegado; y, 3. Un profesional afín al objeto de la contratación designado por la máxima autoridad o su delegado (...)⁸⁷

La resolución SERCOP 72 expresa de manera específica en el numeral 9 del artículo 2 numeral 29 al informe de la comisión técnica o del delegado, que no es más que un acto de simple administración, parte de la etapa de calificación que se pone a consideración de la máxima autoridad en el cual se sugiere el proveedor que pasará la etapa de calificación por

⁸⁵ Servicio Nacional de Contratación Pública, «Condiciones generales».

⁸⁶ Garófalo Salazar, *Manual teórico práctico de contratación pública*.

⁸⁷ EC. 2009. *Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, artículo 18.

haber cumplido con lo solicitado en los términos de referencia o especificaciones técnicas y los pliegos de la contratación, y que según la comisión técnica o el delegado es apto para ser escogido ganador del procedimiento. La comisión técnica puede estar asistida por una subcomisión, la comisión técnica principal puede aceptar o reformar el dictamen de la subcomisión⁸⁸, sin embargo, la máxima autoridad deberá aceptar o rechazar dicha propuesta para proceder con la adjudicación al proceso, sin perjuicio de la responsabilidad que le corresponda por su actuación en la etapa.

Los procedimientos de contratación pública son tan variados (al menos 34 entre procedimientos dinámicos, de régimen especial, de régimen común y procedimientos especiales)⁸⁹ que en algunos casos la sola calificación de estos parámetros no basta para que el oferente sea escogido ganador sino mediará otro tipo de calificación como por ejemplo, puntaje adicional por subcontratación, o en otros casos es el portal institucional del SERCOP el mismo que se encargará de realizar la puntuación incrementando la valoración a aquellos proveedores pertenecientes a las micro y pequeñas empresas, mypes nacionales, participación nacional o agregado nacional.

La finalización de la fase precontractual se concreta con la etapa de adjudicación, la doctrina tiene varias concepciones jurídicas acerca de esta etapa, unos como el acto de la administración pública, mediante el cual, previo el estudio de las ofertas formuladas, decide la que es más conveniente y la acepta determinando el co-contratante; también se lo define como un acto administrativo unilateral, y como la declaración de voluntad administrativa que completa el vínculo jurídico con el oferente⁹⁰, sin embargo, la LOSNCP la define como:

Adjudicación. - La máxima autoridad de la institución de acuerdo al proceso a seguir en base al tipo de contratación, adjudicará el contrato, al oferente cuya propuesta represente el mejor costo, de acuerdo a lo definido en los números 17, 18 y 19 del artículo 6 de esta Ley; y, a los parámetros objetivos de evaluación previstos en cada procedimiento.⁹¹

La etapa de adjudicación se concreta con la suscripción de la resolución de adjudicación por la máxima autoridad o su delegado que asesorada por el personal designado para llevar a cabo el procedimiento decide declarar al oferente ganador como adjudicado del

⁸⁸ EC. 2009. *Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, artículo 19.

⁸⁹ EC. 2016. *Resolución No. RE-SERCOP-2016-0000072*, artículo 3.

⁹⁰ Idrobo, *La contratación administrativa en el Ecuador*.

⁹¹ EC. 2008. *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, artículo 32.

procedimiento de contratación pública, esta resolución deberá ser motivada y contar con todos los elementos de justificación técnicos y económicos para la notificación al proveedor ganador (la notificación del acto administrativo le da eficacia), quien en el término que determina el artículo 69 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública⁹², deberá suscribir el contrato correspondiente, previo a lo cual deberá entregar la documentación habilitante.

Sobre la resolución de adjudicación tiene facultad la máxima autoridad quien asume la responsabilidad, tras el procedimiento de selección en contratación pública se escoge a uno de los participantes en atención a sus cualidades, una vez adjudicado no puede cederse, pues desvirtuaría el procedimiento de selección.

Sin embargo, existe también otra forma de finalizar el procedimiento de contratación declarándolo desierto, dicha declaratoria genera consecuencias inmediatas y graves al proceso de selección: la comisión o el encargado del procedimiento debe emitir su informe a la máxima autoridad en el cual justifique y evalúe las causas que no permitieron la conclusión del proceso; es obligación de la administración registrar públicamente la declaratoria de desierto inmediatamente producido el acto y se deberán adoptar medidas correctivas para convocar un procedimiento de contratación nuevamente.⁹³

Las causales para la declaración de desierto lo establece el artículo 33 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública:

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

⁹² Artículo 69.- Suscripción de contratos. - Los contratos que por su naturaleza o expreso mandato de la ley lo requieran se formalizarán en escritura pública dentro del término de quince (15) días desde la notificación de la adjudicación.

⁹³ Alberto Retamozo Linares, *Contrataciones y adquisiciones del Estado y normas de control. Análisis y comentarios*, sétima (Lima - Perú: Jurista Editores, 2009).

declarará desierto el procedimiento sin perjuicio del inicio de las acciones que correspondan en contra del adjudicatario fallido;⁹⁴

La LOSNCP considera estas posibilidades desde la óptica de la conveniencia de la entidad contratante, el primer y segundo numeral tienen su razón en la lógica pues al no haberse presentado ninguna oferta el procedimiento o haber inhabilitado todas las ofertas entregadas, no se puede seguir con la ejecución del procedimiento, sin embargo, deberá cuestionarse en este caso algún error de la administración en la formulación de sus bases contractuales.

De acuerdo al numeral tercero, la terminación del procedimiento recae en el adjudicado, estas acciones no requieren indemnizar a los oferentes o interesados, lo aleatorio está definido como la fortuna o indeterminación, por lo tanto, el oferente no puede tener ninguna reparación sobre la declaración de desierto.

Al igual que en las dos primeras causas, el cuarto numeral implica un desistimiento de proseguir con la contratación, pero basada en razones económicas, técnicas o jurídicas, todo a base de la discrecionalidad de la entidad contratante. Cabe mencionar que los documentos precontractuales previos al inicio del procedimiento fueron elaborados y aprobados considerando estudios de mercado, necesidades de la administración y las condiciones técnicas requeridas para cada caso, por lo cual, una declaratoria de desierto en este punto pone en duda la gestión de parte de la función pública. En cuanto al numeral quinto se produce la finalización del procedimiento por causas imputables a la información presentada por el oferente adjudicado.

El desierto del procedimiento implica el archivo definitivo del procedimiento o a su vez la reapertura del mismo para que la administración actúe nuevamente en un segundo intento de encontrar un proveedor que se ajuste a sus exigencias declaradas en el mismo pliego de contratación que no podrá ser modificado, en caso de requerir algún cambio al procedimiento se considerará como una nueva contratación.

La fase precontractual de los procedimientos de contratación conlleva a su vez varias etapas en su ejecución, es necesario mencionar que las etapas previamente analizadas se refieren de manera general a todos los procedimientos de contratación pública, y que existen ciertas particularidades distintas dependiendo del tipo de procedimiento que se ejecute,

⁹⁴ EC. 2008. *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, artículo 33.

difiriendo en el plazo o etapas adicionales, por ejemplo, en el procedimiento de régimen especial en el cual se reemplaza la etapa de preguntas y respuestas por una audiencia de preguntas respuestas y aclaraciones en la cual el proveedor invitado expresa personalmente sus inquietudes, o la etapa de negociación que se requiere previo a la adjudicación de los procedimientos de consultoría, a ellos se refiere el numeral 11 del artículo 2 numeral 29⁹⁵ como todos los actos adicionales que ocurran en la ejecución de la fase precontractual.

Desde la convocatoria hasta la adjudicación se forma la voluntad administrativa mediante actos administrativos, hechos administrativos y actos de simple administración en cada una de sus etapas. La actuación pública implica la participación de los proveedores del Estado, pero no solo estos sino varios actores públicos y privados, el manejo de los recursos públicos siempre estará bajo vigilancia y cuestionamiento de la sociedad y los órganos de control, de ahí radica la importancia de la fase precontractual, en donde las actuaciones de la administración generan el cumplimiento de las necesidades de la ciudadanía.

2.3 Actores de la fase precontractual

Para hacer posible el desarrollo de un procedimiento de contratación pública existen diferentes intervinientes públicos y privados, entre ellos, entidad contratante, unidad de contratación, máxima autoridad o delegado, unidad requirente, unidad jurídica, oferentes, comisión técnica, entidades controladoras, ciudadanía, entre otros.

A continuación se detallarán aquellos actores y sus funciones específicamente dentro de la ejecución de la fase precontractual:

2.3.1 Intervinientes internos

El artículo 1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública determina los organismos y dependencias que se encuentran en la obligación de realizar todas sus adquisiciones de acuerdo a las disposiciones de la norma en referencia.

Dichas entidades cuentan con competencia para contratar siendo la competencia la suma o conjunto de facultades, derechos, obligaciones, que la ley confiere al órgano

⁹⁵ EC. 2016. *Resolución No. RE-SERCOP-2016-0000072.*

administrativo; las cargas y prerrogativas necesarias para que el ente público pueda comprometerse.⁹⁶

Las entidades contratantes comprendidas en la LOSNCP son:

1. Los Organismos y dependencias de las Funciones del Estado: refiriéndose a todas aquellas entidades que pertenecen a la Administración Pública Central.⁹⁷
2. Los Organismos Electorales: al constituirse la función Electoral comprende el Tribunal Contencioso Electoral, el Consejo Nacional Electoral, las Delegaciones Provinciales y Distritales Electorales y los organismos electorales desconcentrados.
3. Los Organismos de Control y Regulación: comprende las instituciones y sus dependencias de la quinta Función de Transparencia y Control Social que integra la Contraloría, las Superintendencias, la Defensoría del Pueblo y el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social.
4. Las entidades que integran el Régimen Seccional Autónomo: entendiéndose como tales los organismos de los gobiernos autónomos descentralizados en todos sus niveles.
5. Los Organismos y entidades creados por la Constitución o la Ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado: la ley precisa esta aclaración para incluir a todas aquellas entidades públicas que no se encuentren comprendidos en los numerales anteriores.
6. Las personas jurídicas creadas por acto legislativo seccional para la prestación de servicios públicos: se refiere adicionalmente a las entidades que constan en el numeral cuarto, a aquellas empresas creadas por entes municipales y provinciales como las empresas publicas pertenecientes a estas.
7. Las corporaciones, fundaciones o sociedades civiles en cualquiera de los siguientes casos: a) estén integradas o se conformen mayoritariamente con cualquiera de los organismos y entidades señaladas en los números 1 al 6 de este artículo o, en general por instituciones del Estado; o, b) que posean o administren

⁹⁶ Hutchinson, «El procedimiento como presupuesto de la formación del contrato de la administración».

⁹⁷ EC. 2017. *Código Orgánico Administrativo*, artículo 45.

bienes, fondos, títulos, acciones, participaciones, activos, rentas, utilidades, excedentes, subvenciones y todos los derechos que pertenecen al Estado y a sus instituciones, sea cual fuere la fuente de la que procedan, inclusive los provenientes de préstamos, donaciones y entregas que, a cualquier otro título se realicen a favor del Estado o de sus instituciones; siempre que su capital o los recursos que se le asignen, esté integrado en el cincuenta (50%) por ciento o más con participación estatal; y en general toda contratación en que se utilice, en cada caso, recursos públicos en más del cincuenta (50%) por ciento del costo del respectivo contrato.

8. Las compañías mercantiles: que manejen fondos públicos de cualquier tipo en una proporción mayor al 50% de su capital o del costo de cada contratación.⁹⁸

La ley ha procurado incluir como entidades contratantes a todas aquellas instituciones dentro del sector público o que sus recursos pertenezcan en al menos la mitad en fondos públicos para que sea obligatorio la sujeción a las reglas de la contratación pública, con el objeto de precautelar la correcta ejecución del gasto público.

Dentro de la fase precontractual es la entidad contratante el actor que se encarga de crear la necesidad del Estado, para lo cual interviene el área requirente de cada institución, a lo largo del Reglamento a la LOSNCP y la Codificación de resoluciones del SERCOP – Resolución 000072 se hace mención a la unidad o área requirente sin que exista una definición clara, sin embargo es el área técnica que maneja las especificaciones propias de lo que se quiere contratar para justificar mediante una serie de actos y hechos administrativos los lineamientos a seguir para la adquisición del objeto requerido.

Como parte de la entidad contratante se crea la unidad de contratación, que se encarga de diferentes actos dependiendo la institución, generalmente se encarga de la revisión de los documentos previos a la contratación, se asegura que cumpla con todos los requisitos en razón del procedimiento de contratación a seguir y elabora los pliegos de contratación que serán posteriormente publicados, aparece aquí el funcionario encargado del proceso, es decir el operador del portal institucional del SERCOP y del módulo facilitador de contratación quien hace el seguimiento respectivo y además se encargará del desarrollo en sí del proceso.

⁹⁸ Antonio Pérez, Daniel López, y José Aguilar, *Manual de Contratación Pública*, Primera (Quito, Ecuador: Corporación de estudios y publicaciones, 2011.).

Dicho funcionario que interviene de manera directa en el procedimiento de contratación debe mantener los suficientes conocimientos sobre contratación pública para ejecutar su gestión de manera técnica y administrativa, lo cual será acreditado por el órgano rector mediante una certificación de competencias para desempeñar su función⁹⁹. La capacitación a este funcionario que puede ser o no servidor público es de vital importancia para el desarrollo de una adquisición, su acción fortalece la efectividad del procedimiento o a su vez podría poner en riesgo su ejecución. El operador del portal puede ser o no el secretario de la comisión técnica en caso de requerirse.

Como se mencionó dependiendo de la entidad y el reglamento orgánico por procesos de cada una es que se determinan las funciones dentro de un procedimiento de contratación, existe entonces la posibilidad de que no exista una unidad de contratación independiente, de ser ese el caso las funciones se distribuyen entre las unidades administrativas y jurídicas de cada institución, a su vez la unidad administrativa se encargará de la utilización del portal del SERCOP y el seguimiento en línea del proceso precontractual, y la unidad jurídica elaborará los documentos legales necesarios como pliegos y resoluciones.

La máxima autoridad de cada entidad o su delegado una vez que ha autorizado previamente el inicio del proceso de contratación y el cronograma de ejecución, dentro de la fase precontractual, participa personalmente o designará un delegado o comisión técnica.

El comité es el órgano encargado de conducir el proceso de selección desde la convocatoria, hasta el consentimiento de la Buena Pro; procedimiento en el cual se convierten en directores del proceso, asumiendo las responsabilidades funcionales respectivas por el probable incumplimiento de la normativa¹⁰⁰.

La comisión técnica o también llamado comité por la doctrina tendrán las siguientes responsabilidades:

- Responder las preguntas presentadas en el proceso y de ser el caso emitir aclaraciones,
- Revisar, solicitar convalidaciones y calificar las ofertas presentadas,
- Recomendar la adjudicación, cancelación o declaratoria de desierto, según corresponda; debidamente motivados.

⁹⁹ EC. 2016. *Resolución No. RE-SERCOP-2016-0000072*, artículo 2 #8.

¹⁰⁰ Retamozo Linares, *Contrataciones y adquisiciones del Estado y normas de control. Análisis y comentarios*.

[...] La máxima autoridad de la entidad, así como los funcionarios o servidores de la misma que hubieren intervenido en cualquiera de las etapas de los procedimientos precontractuales de preparación, selección, contratación así como en la ejecución misma de los contratos serán personal y pecuniariamente responsables por el incumplimiento de las disposiciones de esta Ley, sin perjuicio, de ser el caso, de la responsabilidad penal a que hubiere lugar.¹⁰¹

Es responsabilidad de los sujetos intervinientes mantenerse actualizados en la materia para que los procesos licitatorios que nacen de las entidades contratantes se encuentren bien definidos y no contribuyan a la confusión y mal direccionamiento de los participantes; en su preferencia la gestión de las compras públicas debería realizarlo un profesional en la materia.¹⁰²

Todos estos intervinientes forman parte de la entidad contratante y son indispensables para el desarrollo del procedimiento precontractual, en ausencia de alguno de estos el procedimiento se vería interrumpido sin la posibilidad de concluir cada una de las etapas de la fase precontractual. La actuación de cada uno de ellos debe regirse a la normativa vigente, sin discrecionalidad alguna y en concordancia con lo estipulado, los deberes y obligaciones de cada actor normalmente se definen mediante reglamentos propios de cada entidad donde se detalla mediante procesos planificados las acciones a seguir dentro de un procedimiento de contratación.

2.3.2 Intervinientes externos

Otro de los actores más importantes para el desarrollo de un procedimiento de contratación son indiscutiblemente los proveedores:

Los oferentes o proveedores son aquellas personas naturales, personas jurídicas públicas o privadas, asociaciones o consorcios, nacionales o internacionales interesadas en la participación del procedimiento de contratación bajo su propio riesgo, que serán calificados por la máxima autoridad, su delegado o la comisión técnica correspondiente para su posterior adjudicación.

¹⁰¹ EC. 2008. *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, artículo 99.

¹⁰² Jorge Luis González, «Potenciales efectos y orientación de la regulación sobre compras públicas en el Ecuador» (Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2013).

Los licitadores o participantes a quienes no les afecte alguna inhabilidad están en condiciones de presentar ofertas al órgano o ente licitante, satisfaciendo todas las exigencias y requerimientos sancionados por las propias bases de licitación¹⁰³.

También llamados licitantes son aquellas que generan su oferta para participar en un proceso de selección. Los postores deben cumplir con un requisito esencial para obtener su capacidad, deben encontrarse registrados en el Registro único de proveedores que maneja el Servicio Nacional de Contratación Pública y no estar incurso en ninguna de las inhabilidades generales y específicas comprendidas en la LOSNCP¹⁰⁴.

Los licitantes adquieren distintas calidades durante el desarrollo de la licitación. Cuando toman conocimiento de las bases y su convocatoria, son interesados; son adquirientes del pliego, cuando lo compran; son oferentes o proponentes cuando presentan ofertas; y será adjudicatario quien sea seleccionado para contratar con el ente licitante.¹⁰⁵

¹⁰³ Moraga, *Contratación administrativa*.

¹⁰⁴ Art. 62.- Inhabilidades Generales.- No podrán celebrar contratos previstos en esta Ley con las Entidades Contratantes: 1. Quienes se hallaren incurso en las incapacidades establecidas por el Código Civil, o en las inhabilidades generales establecidas en la Ley; 2. El 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 previstas en esta Ley, los prefectos y alcaldes; así como los cónyuges o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, de los dignatarios, funcionarios y servidores indicados en este numeral; 3. Los servidores públicos, esto es, funcionarios y empleados, que hubieren tenido directa o indirectamente vinculación en cualquier etapa del procedimiento 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; 4. Quienes consten suspendidos en el RUP; 5. Los que, no habiendo estado inhabilitados en el procedimiento precontractual, al momento de celebrar el contrato, lo estuvieren; y, 6. Los deudores morosos del Estado o sus instituciones.

Art. 63.- Inhabilidades Especiales.- No podrán celebrar contratos con la Entidad Contratante: 1. Los consejeros provinciales, los concejales municipales y los vocales de las juntas parroquiales, en su respectiva jurisdicción; 2. Las personas naturales o jurídicas, incluidos sus representantes legales, que hubieren realizado los estudios, los diseños y los proyectos de ingeniería o arquitectura, que presenten algún tipo de vinculación respecto a los ejecutores de las obras; y, los que hubieren elaborado las especificaciones de los bienes a adquirirse; salvo que el contrato se refiera a fiscalización, supervisión, o actualización de los estudios, diseños o proyectos; 3. Los miembros de directorios u organismos similares o de la Comisión Técnica de la entidad convocante, sus cónyuges o parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad; 4. Los funcionarios, servidores o empleados que hayan intervenido en la etapa precontractual o contractual y que con su acción u omisión pudieren resultar favorecidos, su cónyuge o sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, así como las personas jurídicas de derecho privado o sociedades de hecho en las que los indicados funcionarios, servidores o empleados, su cónyuge o sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad tengan participación, aún en el caso de que los referidos funcionarios, servidores o empleados hubieren renunciado a sus funciones; y, 5. Los que de manera directa hayan estado vinculados con la elaboración, revisión o aprobación de los pliegos, relacionados con el contrato a celebrarse. Si se comprobare la intervención de un oferente inhábil, éste quedará eliminado del respectivo proceso precontractual, sin derecho a reclamo alguno.

¹⁰⁵ Isabel Correa y Latin American and Caribbean Institute for Economic and Social Planning. Projects and Investment Programming Division, *Manual de licitaciones públicas* (Santiago: Naciones Unidas, CEPAL :

El oferente debe cumplir principalmente con la entrega de su oferta de acuerdo a los requerimientos de la institución, con la presentación de este documento se responsabilizan y declaran como cierto y lícito todos los documentos presentados y que forman parte de su oferta, para ello deben encontrarse habilitados:

Proveedor habilitado.- Una vez ingresada la información para el procedimiento simplificado de Registro Único de Proveedores -RUP por vía electrónica, el Servicio Nacional de Contratación Pública revisará la información recibida y habilitará al proveedor en el Registro Único de Proveedores -RUP, sin perjuicio del control ex post que pudiera efectuar.¹⁰⁶

En los artículos del 26¹⁰⁷ al 30 de la Resolución SERCOP 072 se detallan las obligaciones y responsabilidades de los proveedores, entre estas proporcionar información veraz y actualizada, aplicar los procedimientos establecidos en la ley y utilizar de manera sigilosa las herramientas informáticas del SERCOP, cualquier simulación, ocultamiento o falta contraria a las establecidas le da la potestad al ente rector de la contratación pública de inhabilitarlos o suspenderlos.

Con la expedición de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación pública¹⁰⁸ se sustituye al Instituto Nacional de Contratación Pública por el Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP), como organismo de derecho público, técnico regulatorio,

Instituto Latinoamericano y del Caribe de Planificación Económica y Social, Dirección de Proyectos y Programación de Inversiones, 2002).

¹⁰⁶ EC. 2016. *Resolución No. RE-SERCOP-2016-0000072*, artículo 25.

¹⁰⁷ Art. 26.- Responsabilidad de los proveedores.- El proveedor habilitado en el Registro Único de Proveedores -RUP que accede al Portal Institucional del Servicio Nacional de Contratación Pública, se someterá de manera expresa y sin reservas al contenido del Acuerdo de Responsabilidad y de los Términos de Uso y Condiciones de Privacidad, una vez que los acepte en el sistema utilizando la clave personal proporcionada por el Servicio Nacional de Contratación Pública. Por lo tanto, el usuario es responsable de la veracidad y exactitud de la información y documentación digitalizada (formularios u otros anexos) que hubiere ingresado o ingrese al Portal Institucional del Servicio Nacional de Contratación Pública, por lo que en cualquier momento el Servicio Nacional de Contratación Pública podrá realizar las consultas y verificaciones que estimare necesarias, pudiendo solicitar aclaraciones o datos adicionales sobre la misma. En caso de que el Servicio Nacional de Contratación Pública determinare administrativamente que algún oferente o contratista hubiere alterado, simulado o faltado a la verdad en relación a la información o documentación registrada en el Portal Institucional del Servicio Nacional de Contratación Pública, será causal para suspenderlo o inhabilitarlo del Registro Único de Proveedores -RUP, sin perjuicio de que la entidad contratante lo descalifique del procedimiento de contratación en el que pudiera estar participando, o sea declarado adjudicatario fallido o contratista incumplido, según corresponda, previo el trámite respectivo; y, sin perjuicio de las acciones judiciales a las que hubiera lugar.

¹⁰⁸ EC. 2008. *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*.

con personalidad jurídica propia y autonomía administrativa, técnica, operativa, financiera y presupuestaria, con potestad de dictar normas administrativas, manuales e instructivos.¹⁰⁹

Uno de los principales actores de la contratación pública es su ente rector el SERCOP, sus potestades para la intervención dentro de un procedimiento de contratación en la fase precontractual son amplias, es la institución oficial del Estado encargada de realizar el monitoreo en cada fase por lo cual puede intervenir:

- Como asesor del procedimiento: para ello contiene varios canales de contacto, entre ellos telefónico, por correo electrónico, un asesor virtual, consulta en línea, llamada en línea, mediante el portal de contratación pública el canal de trámite rápido y atención al cliente en las oficinas presencialmente, la asesoría la realiza a entidades contratantes, proveedores y ciudadanía en general, el SERCOP por estos medios emite respuesta a dudas de normativa o procedimiento, sin embargo, el ente rector informa en todos los casos que esta es una asesoría de primer nivel y los criterios emitidos por estos medios no corresponde a pronunciamientos vinculantes.
- Como órgano competente para ejercer el control: El Servicio Nacional de Contratación Pública junto con las demás instituciones y organismos públicos que ejerzan funciones en materia de presupuestos, planificación, control y contratación pública, forman parte del Sistema Nacional de Contratación Pública, en el ámbito de sus competencias.¹¹⁰
- Como ente normativo: puede dictar normas administrativas, manuales e instructivos.¹¹¹

El Servicio Nacional de Contratación Pública tiene todas estas competencias y adicionalmente:

1. Ejercer el monitoreo constante de los procedimientos efectuados en el marco del Sistema Nacional de Contratación Pública;
2. 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;
3. Supervisar de oficio o pedido de parte, conductas elusivas de los principios y objetivos del Sistema Nacional de Contratación Pública, tales como: plazos insuficientes, especificaciones

¹⁰⁹ Ibíd, artículo 10.

¹¹⁰ Ibíd, artículo 8.

¹¹¹ Ibíd, artículo 10 #9.

- técnicas subjetivas o direccionadas, presupuestos fuera de la realidad del mercado, parámetros de evaluación discrecionales, entre otros;
4. Realizar evaluaciones y reportes periódicos sobre la gestión que en materia de contratación pública efectúen las entidades contratantes; y de ser el caso, generar alertas o recomendaciones de cumplimiento obligatorio, sin perjuicio de que sean puestas en conocimiento de los organismos de control pertinentes.¹¹²

Para el ejercicio del control existen distintos órganos con esta facultad adicionales al SERCOP como se ha mencionado anteriormente cumplen con esta función los órganos que comprenden la quinta función de Transparencia y Control Social: la Contraloría, las Superintendencias, la Defensoría del Pueblo y el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, principalmente su forma de intervención de estas entidades es la creación de normas jurídicas y técnicas de aplicación obligatoria para la fase precontractual, normativa que debe ser acatada tanto por entidades contratantes como por los oferentes o proveedores.

Sin embargo, también existe la posibilidad de realizar operaciones de seguimiento y evaluación de los procedimientos de contratación tanto de oficio como a petición de parte, especialmente por la Contraloría General del Estado, o por ejemplo la Superintendencia de Control y Poder de Mercado tiene la facultad controladora y de participación en los casos que se presume de la existencia de una práctica restrictiva dentro de un procedimiento de contratación.

Para que la ciudadanía en general pueda participar como parte de un proceso contractual esta deberá calificarse como veedores por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, al obtener la calidad de veedores los ciudadanos podrán intervenir, vigilar, realizar el seguimiento de todas las etapas de la fase precontractual y constatar transparentemente la participación de los demás actores con el afán de evitar prácticas elusivas al Sistema Nacional de Contratación Pública, actuaciones discrecionales o posibles actos de corrupción en perjuicio del Estado.

Existe también la posibilidad de realizar denuncias particulares a los procedimientos de contratación cuando el administrado o un interesado crea sentirse perjudicado por las actuaciones de los intervinientes o que se han afectado sus derechos por alguna de las partes involucradas tanto ante el Servicio Nacional de Contratación Pública como seguir los procesos judiciales que crea pertinentes.

¹¹² EC. 2009. *Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*. Registro Oficial 588, Suplemento, 12 de mayo de 2009, artículo 6.

Ahora bien, aun sin formar parte de la función de Transparencia y Control Social existen entes con potestades controladoras de los procedimientos de contratación pública, entre estos la propia Presidencia de la República que mediante decretos, normas externas e incluso oficios que regulan el manejo de los procedimientos de contratación o expide diferentes normas de aplicación a la contratación pública, la Procuraduría General del Estado que a su vez emite diferentes formas de interpretación de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y formas de actuación en los procedimientos contractuales o incluso la ex Secretaría Nacional de la Administración Pública que realizaba mediante el seguimiento de los procesos de contratación la evaluación de la eficacia y eficiencia de las instituciones de la Administración Pública central.

Todos estos son los actores que participan o pueden participar en la fase precontractual de un proceso de contratación pública, la multiplicidad de funciones que cumplen especialmente los organismos de control interfiere en la debida ejecución de los procedimientos contractuales, sin embargo, todas estas intervenciones se encuentran avaladas en distintas normas, lo que hace aún más difícil el desarrollo del proceso que debido a la participación de cada uno de ellos complica el procedimiento contractual debiendo atender a cada uno y en la mayoría de casos no se encuentran coordinados lo que provoca dispersión de funciones de los involucrados y reiteración de funciones.

2.4 Casos de intervención

La fase precontractual como se ha analizado contempla varios momentos en su desarrollo lo cual lo complejiza al momento de su ejecución, en ella se encuentra todo el procedimiento administrativo que dará como resultado la adjudicación del proveedor más adecuado basado en los términos técnicos y económicos que el Estado requiere para cumplir con sus necesidades y aquellos que el proveedor propondrá para que su oferta sea elegida como ganadora, no obstante su desarrollo no se cumple de manera exacta como detalla la premisa. En el transcurso de los procedimientos de contratación se involucran varios factores normativos y actores de los cuales depende la realización de inicio a fin de esta fase hasta el éxito de la adjudicación.

Las instituciones públicas a las que se hará mención fueron estudiadas en el capítulo anterior como órganos de control de la Administración Pública del Ecuador, previamente se detalló las funciones que cumplen, sus atribuciones y competencias, una vez analizadas es momento de hacer referencia a la forma de intervención como actores en la contratación pública, aplicado específicamente a la fase precontractual de los procedimientos de contratación, con el objeto de evidenciar si su actuación favorece a la eficacia de la gestión pública o por el contrario su potestad de actuación y control afecta a la organización pública de manera administrativa, técnica, operativa y hasta presupuestaria.

2.4.1 Servicio Nacional de Contratación Pública

El primer caso de intervención y el más notorio es el del Servicio Nacional de Contratación Pública que como órgano rector de la contratación pública puede dictar normas administrativas, manuales e instructivos relacionados con la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento; esta disposición dio paso a la generación de normativa secundaria mediante resoluciones de cumplimiento obligatorio que afectan de manera directa o indirecta a todos los actores que participan en todos los procedimientos de contratación pública, tanto instituciones públicas como administrados.

Con la primera resolución externa emitida el 11 de agosto de 2008 hasta antes de la Codificación de resoluciones expedida mediante Resolución No. RE-SERCOP-2016-0000072¹¹³ de 31 de agosto de 2016 se publicaron 126 resoluciones normativas y técnicas y posterior a la resolución 72, hasta la fecha se han emitido 23 más siendo la última la Resolución No. RE-SERCOP-2019-0000095 de 7 de enero de 2019, situación que confunde el debido desarrollo de los procedimientos de contratación y específicamente a las instituciones públicas quienes manejan procedimientos de contratación con regulaciones que son modificadas, derogadas y creadas diariamente¹¹⁴.

El Servicio Nacional de Contratación Pública como ente normativo dentro de sus competencias tiene la regulación del Sistema Nacional de Contratación Pública a través de normas administrativas, manuales e instructivos, sin embargo, se ha arrogado funciones

¹¹³ EC. 2016. *Resolución No. RE-SERCOP-2016-0000072*.

¹¹⁴ Juan Francisco Díaz, «Las resoluciones del SERCOP», 2016.

legislativas correspondientes únicamente a la Función Legislativa, con lo cual ha realizado importantes reformas a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento, como la inclusión de requisitos y restricciones a los procedimientos de contratación, confundiendo su potestad regulatoria y sin realizar el respectivo procedimiento y motivación para la reforma de normas legales por medio del órgano legislativo.

A partir de la Resolución SERCOP No. 073-2016 se ha reformado como se ha mencionado hasta el momento 23 veces las normas aplicables a los procedimientos de contratación pública y específicamente en la fase precontractual de los procedimientos de adquisición de bienes, prestación de servicios incluidos los de consultoría y ejecución de obras en diferentes maneras:

- RESOLUCIÓN SERCOP No. 073-2016: Se crearon criterios para el requerimiento de transferencia de tecnología y aplicación de la desagregación tecnológica para bienes importados, lo que implica el incremento de este requisito en los estudios previos y posteriormente la modificación a los pliegos de contratación de bienes.
- RESOLUCIÓN SERCOP No. 074-2016: Se modifica el tiempo de existencia legal de personas jurídicas mínima requerida, reforma que debe ser tomada en cuenta por los miembros de las comisiones técnicas o delegados para una correcta calificación de las ofertas.
- RESOLUCIÓN SERCOP No. 075-2017: El SERCOP suspenderá los procedimientos dinámicos y de régimen común por 72 horas en caso de resultar solo un oferente habilitado en la evaluación de varias ofertas presentadas. Es decir tiene la potestad de modificar los plazos de la etapa de evaluación en la fase precontractual.
- RESOLUCIÓN SERCOP No. 076-2017: Para los operadores del portal se modifica el período para la publicación de documentos en los procesos de subasta que haga alusión al presupuesto referencial, contrario a la ley de acuerdo a la reforma se lo deberá publicar posterior a la puja o evaluación.
- RESOLUCIÓN SERCOP No. 077 y 078 -2017: Mediante la resolución 077 se modifican los tiempos mínimos para la etapa de preguntas, entrega de ofertas, entrega de bienes en los procedimientos de régimen común y los coeficientes para

la evaluación de experiencias. Mediante la resolución 078 se vuelven a modificar los coeficientes para la evaluación de experiencias, lo que crea evidente confusión tanto a quienes elaboran los términos de referencia, operadores del sistema y miembros de la comisión técnica y delegados para el cumplimiento de las etapas.

- RESOLUCIÓN SERCOP No. 079-2017: Crea un trámite adicional para la verificación del Valor Agregado Ecuatoriano para procedimientos de contratación cuyo objeto sean servicios donde no se considere el desarrollo de software haciendo alusión al Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, normativa que deberá ser utilizada por los actores de la entidad contratante.
- RESOLUCIÓN SERCOP No. 080-2017: Exceptúa el cálculo del presupuesto referencial a los procedimientos de ínfima cuantía, será entonces responsabilidad de unidad de contratación o el departamento que tenga esta competencia realizar un procedimiento que se adecúe a las necesidades institucionales.
- RESOLUCIÓN SERCOP No. 081-2017: Se vuelven a modificar los coeficientes para la evaluación de experiencias en los procedimientos de régimen común ya reformadas en las Resoluciones 077 y 078.
- RESOLUCIÓN SERCOP No. 082-2017: Nuevamente se modifica el trámite para la verificación del Valor Agregado Ecuatoriano que fue creado mediante la Resoluciones 079.
- RESOLUCIÓN SERCOP No. 083-2017: Se exceptúa la aplicación de los horarios de operación en procedimientos de contratación a través del portal institucional del SERCOP para procedimientos cuyo objeto se relacione con procesos electorales.
- RESOLUCIÓN SERCOP No. 084-2017: Permite la descalificación por parte de la entidad contratante a los oferentes que hubieren alterado la verdad sobre la información otorgada en sus ofertas.
- RESOLUCIÓN SERCOP No. 085-2018: Realiza una modificación a la reforma realizada mediante la Resolución 83 aclarando la aplicación de los horarios de operación en procedimientos de contratación a través del portal institucional del SERCOP a toda la fase precontractual.

- RESOLUCIÓN SERCOP No. 087-2018: Exceptúa el parámetro de patrimonio en la etapa de calificación en los procedimientos de consultoría.
- RESOLUCIÓN SERCOP No. 088-2018: Elimina el capítulo de la forma de Cálculo del presupuesto referencial de la Resolución 072-2016 a ser utilizado en un procedimiento de contratación pública de bienes o servicios y expone diferentes lineamientos, lo que eliminaría las modificaciones realizadas en las resoluciones 76 y 80, sin embargo, no se hace alusión a la derogación parcial de estas.
- RESOLUCIÓN SERCOP No. 089-2018: Modifica la forma de calcular el parámetro del patrimonio en la etapa de calificación para contratos de tracto sucesivo con un plazo superior a 1 año, le da la potestad al Servicio Nacional de Contratación Pública de suspender los procedimientos en caso de creerse incorrecta la definición del objeto de contratación y/o de verificarse el mal uso de los códigos CPC en cualquiera de sus etapas.

Se aclara que lo mencionado previamente solo hace alusión a algunas y no todas las modificaciones a la Ley, Reglamento de Contratación Pública y la Codificación de Resoluciones y que únicamente se hizo referencia a aquellas reformas que alteran el desenvolvimiento de la fase precontractual de los procedimientos de contratación. Sin embargo, con este análisis se puede demostrar la inseguridad jurídica en que se encuentra la fase precontractual de los procedimientos de contratación y la clara confusión que genera a los actores dentro de un procedimiento las reiteradas modificaciones a la norma que incluso se contradicen entre sí.

El SERCOP de acuerdo a su informe de Rendición de Cuentas del año 2017 pudo intervenir diferentes procedimientos de contratación por diferentes casos, por ejemplo para la verificación del Valor Agregado Ecuatoriano referente a la etapa de calificación de la fase precontractual durante el año 2017, ingresaron 419 procesos a través de las distintas vías, de los cuales 231 proveedores fueron sancionados y en 5 casos se determinó y sancionó la afectación a un fabricante por la declaración errónea de VAE.¹¹⁵

¹¹⁵ Servicio Nacional de Contratación Pública, «Rendición de Cuentas de la Contratación Pública» (Quito, Ecuador, 2017), https://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/wp-content/uploads/2018/04/Informe_Rendicion_Cuentas-2017_V_Ciudadanos.pdf.

El ente rector de la contratación pública en razón de su potestad de control de manera preventiva implementó desde el año anterior controles automáticos a través de herramientas informáticas, con ello se suspenden los procedimientos de contratación en la fase precontractual considerados en riesgos para una posterior evaluación y levantamiento de la suspensión.

En el año 2017 el Servicio Nacional de Contratación Pública supervisó 7.658 procedimientos¹¹⁶, este seguimiento lo realiza esta institución por oficio o a petición de parte como denuncias o reclamos a los procedimientos contractuales y se implementaron varias acciones de acuerdo al pronunciamiento de la entidad como suspensiones o declaraciones de desierto de los mismos.

El SERCOP cumple las funciones de asesor, regulador y controlador a la vez, por lo cual, se convierte en el mayor interventor de los procedimientos de contratación que llevan a cabo las entidades contratantes, quienes participan en un procedimiento contractual deben conocer cada una de las normas creadas por la entidad para no caer en inobservancia de la ley que posteriormente será sancionada.

Evidentemente no existe un marco legal adecuado para la regulación de los procedimientos de contratación, las modificaciones realizadas a la ley no siempre responden a las verdaderas necesidades colectivas, sino se realizan por motivos técnicos que dificultan la ejecución de la contratación pública. La necesidad de que exista un ente rector es indudable, sin embargo, las competencias del Servicio Nacional de Contratación Pública son muy amplias lo que resulta en algunos casos que realice actos contradictorios y demasiado formalistas.

La potestad de control y a su vez sancionatoria del SERCOP hace que sus actos se extralimiten lo que produce que autoridades y funcionarios sean demasiado cautelosos en un procedimiento de contratación afectando el costo de oportunidad de las adquisiciones, incluso incurriendo en perjuicios económicos al Estado que con el temor a objeciones, sanciones o incumplimientos a la ley, los procesos son más demorosos o por miedo a fallar se prefiera declarar desierto y repetirlo en su totalidad para asegurarse de que sus actos no sean observados.

¹¹⁶ Servicio Nacional de Contratación Pública.

2.4.2 Función de Transparencia y Control Social

Retomando lo manifestado en el capítulo anterior la Constitución de la República del Ecuador del año 2008 introdujo cambios en la organización del Estado como sus facultades, siendo así que al conformarse la Función de Transparencia y Control Social se determinó como parte de esta las Superintendencias, la Defensoría del Pueblo, Consejo de Participación Ciudadana y Control Social y la Contraloría General del Estado.

A todas estas instituciones la Constitución les confirió obviamente potestades de control, en el siguiente análisis se detallar la manera de intervención de estos órganos públicos en los procedimientos de contratación pública:

2.4.2.1 Contraloría General del Estado

La Contraloría General del Estado es la entidad encargada de realizar el control de los recursos públicos para beneficio de la sociedad, es por eso que la contratación pública se convierte en un eje principal de seguimiento y evaluación, según registros del Servicio Nacional Pública en el año 2017 la contratación pública alcanzó los 5.849,4 millones de dólares¹¹⁷, que la convierte uno de los principales motores de la economía ecuatoriana.

Es competencia de la Contraloría General del Estado como órgano controlador, la verificación y evaluación de una adecuada adquisición, el egreso de recursos públicos en un procedimiento contractual es objeto de auditorías que velan sobre la conveniencia, legalidad, eficacia, eficiencia y economía en el empleo de los recursos y bienes públicos.¹¹⁸

El control sobre la utilización de los recursos estatales y de las personas jurídicas de derecho privado que dispongan de recursos públicos, se realiza a través de las unidades de auditoría de control externo e interno a nivel nacional¹¹⁹. La Contraloría es la entidad encargada de determinar responsabilidades administrativas, civiles e indicios de responsabilidad penal de acuerdo a los resultados de las auditorías realizadas, en un proceso

¹¹⁷ *Ibíd.*

¹¹⁸ EC. 2002. *Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado*, artículo 31.

¹¹⁹ Contraloría General del Estado, «Rendición de Cuentas» (Quito, Ecuador, 2017), <http://www.contraloria.gob.ec/WFDescarga.aspx?id=2135&tipo=doc>.

de contratación existen actores dentro de una institución pública u oferentes que acuden a ciertas conductas contrarias a la ley para obtener algún beneficio económico, político o incluso preferencias.

La Contraloría General del Estado entonces se encuentra en la tarea de perseguir aquellos actos elusivos o de inobservancia a la ley, perjuicio económico al Estado o direccionamiento en los procedimientos de contratación que ocurren generalmente en el desarrollo de la etapa de calificación de las adquisiciones en la cual se encuentran involucrados los miembros de la comisión técnica, las máximas autoridades y proveedores.

Conceptualmente la Contraloría realiza la labor de control posterior a la ejecución de los procedimientos, sin embargo, puede involucrarse en caso de ser puesta en aviso sea por particulares como por el propio Servicio Nacional de Contratación Pública, es así que la intervención de esta entidad la convierte en parte del Sistema Nacional de Contratación Pública dándole además atribuciones de monitoreo en la etapa precontractual y disposiciones de suspensión, cancelación y desierto.

La Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, en su artículo 31, de acuerdo con las disposiciones de la Constitución diversificó su accionar y cuenta varias disposiciones específicamente en materia de contratación pública:

- El numeral 4 establece la función de examinar y evaluar en términos de costo y tiempo, la legalidad, economía, efectividad, eficacia y transparencia de la gestión pública. La contratación pública está directamente ligada al gasto y utilización de los recursos públicos porque implica el egreso de los mismos.
- El numeral 10 le faculta evaluar los costos de los estudios, prestación de servicios, adquisición de bienes y construcción de obras de las instituciones del Estado.
- El numeral 28 dispone realizar el seguimiento y control continuo de las obras públicas en sus diferentes fases o etapas, hasta su ejecución total.

Como parte de su gestión también tiene potestad normativa bajo la cual se han emitido distintas regulaciones, normas o directrices referentes a la etapa precontractual de la contratación pública como son las Normas de control interno para las entidades, organismos

del sector público y de las personas jurídicas de derecho privado que dispongan de recursos públicos que en la sección 406-03 Contratación¹²⁰ establece entre otras cosas:

- Los procedimientos a utilizar para la contratación de obras, adquisición de bienes y servicios, incluidos los de consultoría que se encuentran debidamente determinados en la LOSNCP.
- Incorre en contradicción por ejemplo al afirmar de manera general, que el procedimiento de ínfima cuantía es aplicable para la ejecución de obras cuando la Ley de Contratación Pública realiza en el artículo 52.1 los objetos específicos para la aplicación de este procedimiento en el caso de obras.
- Existe duplicidad de la información en cuanto al contenido de los pliegos y la conformación de las comisiones técnicas de los procedimientos de contratación pública que se encuentran detallados en los artículos 31 de la Ley y artículo 18 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública respectivamente.

Esto en cuanto a la fase precontractual, sin embargo, esta misma norma en su sección 408 hace referencia a requisitos adicionales a los de la Ley y Reglamento de Contratación Pública en cuanto a la ejecución de procedimientos de obras e incluye obligaciones adicionales a los fiscalizadores y administradores con calidad de obligatorio cumplimiento.

Con esto se quiere demostrar que la Contraloría General del Estado a su vez se ha convertido en un órgano a más de controlador en regulador del Sistema Nacional de Contratación Pública generándose duplicidad de competencias con el Servicio Nacional de Contratación Pública, en cuyo caso los participantes de los procedimientos deberán tomar en cuenta además de la normativa orgánica y la emanada por el ente rector de la contratación pública, las normas y directrices que emite la Contraloría en el desarrollo de un procedimiento contractual.

2.4.2.2 Superintendencias

¹²⁰ EC. 2009. *Acuerdo No. 39 Normas de Control Interno*. Contraloría General del Estado, 02 de agosto de 2009.

2.4.2.2.1 Superintendencia de Control del Poder de Mercado

La Superintendencia de Control del Poder de Mercado (SCPM) se ha convertido en un gran aliado del Servicio Nacional de Contratación Pública y por ende un interventor público más con potestades de control y regulación en la materia.

Durante el período 2014-2015, la Superintendencia realizó el control de 4000 procesos de contratación con el fin de detectar las falencias existentes en el desarrollo de un proceso de contratación, una vez más tratando de salvaguardar la distribución del recurso público que se gestiona mediante la contratación pública, para ello en conjunto con el SERCOP expidió el Manual de Buenas Prácticas en la Contratación Pública para el desarrollo del Ecuador¹²¹ de obligatorio cumplimiento para los participantes de los procedimientos de contratación, principalmente este documento realiza una explicación detallada de la aplicación de la LOSCNP y su Reglamento haciendo énfasis en los criterios de transparencia, oportunidad, competencia y evasión de malas prácticas como la corrupción o colusión y determina las responsabilidades que acarrear tales actuaciones.

En cuanto a la fase precontractual hace un recuento paso a paso de las etapas que la conforman y los funcionarios responsables de cada una, así como las responsabilidades de los proveedores participantes. Es decir que tiene la facultad reglamentaria para emitir pronunciamientos y ejercer su facultad legislativa mediante la emisión de reglamentos, instructivos, resoluciones referentes a la contratación pública en cuyo caso son normas adicionales que deben aplicarse en el desarrollo de un procedimiento contractual.

Es así que como parte de los pliegos de contratación se hace referencia a la Ley Orgánica de Control del Poder de Mercado y su Reglamento en el formulario 1.1 de Presentación y Compromiso en el cual los oferentes declaran y se obligan a cumplir con:

(...) Declara conocer que se presumirá la existencia de una práctica restrictiva, por disposición del Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, si se evidencia la existencia de actos u omisiones, acuerdos o prácticas concertadas y en general cualquier conducta, independientemente de la forma que adopten,

¹²¹Servicio Nacional de Contratación Pública y Superintendencia de Control del Poder de Mercado, «Manual de buenas prácticas en la contratación pública para el desarrollo del Ecuador».

ya sea en la presentación de su ofertas, o buscando asegurar el resultado en beneficio propio o de otro proveedor u oferente, en este procedimiento de contratación.¹²²

La Superintendencia tiene la facultad de realizar investigaciones para detectar actuaciones anticompetitivas en los procedimientos de contratación pública, conducta que se encuentra tipificada en la Ley de Regulación y Control del Poder de Mercado, bajo esta potestad de control también tiene la facultad de imponer sanciones para restablecer la transparencia y curso del mercado.

En razón a estas facultades la Superintendencia cumple con la gestión de control de los procedimientos de contratación, por ejemplo en una investigación realizada en el año 2017 a las compañías Viaproyectos, Divercorp y Corporación Plazacropolis, la SCPM generó un compromiso con estos tres operadores económicos con el fin de dejar de incurrir en prácticas anticompetitivas, las empresas reconocieron que actuaron de forma concertada en la presentación de ofertas en varios procesos de contratación pública, ante lo cual se impuso una penalidad económica a cada una con un monto alrededor a los 4000 dólares.¹²³

La suscripción de un compromiso con la SCPM finaliza la etapa de investigación y evita posibles sanciones pecuniarias mucho más elevadas considerando como multas un porcentaje de las ganancias anuales de las empresas involucradas, cabe recalcar que para el inicio de una investigación cuando no es de oficio se debe realizar la petición al Superintendente por parte de cualquier órgano de la Administración Pública. En este caso al igual que las acciones de control que realizan la Contraloría General del Estado, la Procuraduría General del Estado y el SERCOP, que la Superintendencia de Control del Poder de Mercado realice una evaluación a un procedimiento de contratación no evita que las demás instituciones realicen igualmente su gestión de control a ese mismo procedimiento imponiendo las sanciones a que hubiere lugar.

Adicionalmente la SCPM realiza capacitaciones de prácticas anticompetitivas en la Contratación Pública y como parte de su labor conforma pactos con órganos públicos como el SERCOP o las universidades estatales y la ciudadanía para realizar análisis a los procedimientos de contratación.

¹²² Servicio Nacional de Contratación Pública, «1.1. Presentación y compromiso». En *Modelo de pliego de los procedimientos de cotización de obras*, Versión SERCOP 2.1, 2017.

¹²³ Superintendencia de Control del Poder de Mercado, «Contratistas del Estado firmaron acuerdo de cese», *Diario El Telégrafo*, 25 de noviembre de 2017, <https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/economia/1/contratistas-del-estado-firmaron-acuerdo-de-cese>.

2.4.2.2 Superintendencia de Economía Popular y Solidaria

También la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria emitió una disposición importante para la contratación pública, mediante Oficio No. SEPS-IFPS-2013-07754 de 12 de julio de 2013, requiere que en el caso de que un procedimiento de contratación se presente una garantía o aval por parte de las entidades del sector financiero popular y solidario, tanto oferentes como entidades contratantes deberán verificar que estos documentos hayan sido autorizados de manera expresa por la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria.¹²⁴ Esto con el afán de garantizar un respaldo económico por parte de las cooperativas de ahorro y crédito y sin poner en riesgo el cumplimiento de los contratos públicos.

Se incluye este requerimiento como un requisito adicional para verificación de los funcionarios y proveedores interesados en la participación de un procedimiento de contratación. Adicional a su potestad reguladora, la Superintendencia ha realizado distintas gestiones a nivel nacional para capacitar en temas relacionados con la compra pública y la inclusión de quienes conforman el sector en parte del catálogo electrónico y catálogo electrónico inclusivo para ofertar bienes y servicios en esta plataforma del Servicio Nacional Contratación Pública.

Al igual que la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, la SEPS es un aliado público más del SERCOP con competencias que le facultan ser interventores y controladores de los procedimientos de contratación del Estado.

2.4.2.3 Defensoría del Pueblo

Si bien la contratación pública no forma parte de los ejes de trabajo de la Defensoría del Pueblo, esta institución al ser parte de la Función de Transparencia y Control Social, tiene como competencia la protección de los derechos o legítimos intereses de la ciudadanía, y por tanto su ámbito de ejecución se amplía de manera que podría abarcar a casi todas las actuaciones tanto públicas como privadas en las que se involucren derechos de la población.

En el desarrollo de un procedimiento de contratación se emiten diversos actos de cuyos efectos algunos oferentes o interesados pueden creerse perjudicados, por ejemplo por

¹²⁴ Superintendencia de Economía Popular y Solidaria, «Emisión de avales y garantías por parte de cooperativas de ahorro y crédito», 12 de julio de 2013.

arbitrariedades de las autoridades y funcionarios públicos al momento de la recepción de las ofertas, la falta de motivación en la etapa de preguntas y respuestas o sea en la calificación de la oferta, por la deficiente prestación de servicios públicos y privados y demás situaciones de responsabilidad del Estado.

Ante aquello aunque no existen registros de haberse utilizado este recurso para realizar una evaluación bien podría ser una herramienta de control y evaluación ante cualquiera de las etapas de la fase precontractual de los procedimientos de contratación.

Para que esta institución inicie una investigación basta con la presentación de la petición de quien se crea perjudicado, la Defensoría del Pueblo puede establecer responsables recomendar acciones para frenar el acto violatorio y restituir los derechos vulnerados, exhortar a los funcionarios públicos para que cumplan a cabalidad con la Constitución y las leyes e informar sobre las irregularidades ante las instituciones competentes.¹²⁵

Por ello esta institución no queda exenta como participante en un procedimiento de contratación como parte de las instituciones con potestades de control.

2.4.2.2.4 Consejo de Participación Ciudadana y Control Social

El Consejo de Participación Ciudadana y Control Social (CPCCS) es probablemente la institución más reconocida como parte de la Función de Transparencia y Control Social, principalmente por la función que cumple en la designación de autoridades como el Contralor, Procurador, Fiscal General del Estado o los Registradores de la Propiedad, sin embargo, a su vez tiene como objetivos el ejercicio de los derechos de participación y control social de lo público, la lucha contra la corrupción y la promoción de la transparencia.¹²⁶

El CPCCS en el ejercicio de sus competencias y potestad de control tiene a su vez una gran injerencia en el Sistema Nacional de Contratación Pública, a través de éste se han generado varios procesos de evaluación a procesos de contratación pública, sea por medio de denuncias o por veedurías ciudadanas de cuyos informes finales al no ser una entidad sancionadora generan recomendaciones a las diferentes instituciones sobre los

¹²⁵ Defensoría del Pueblo Ecuador, «¿Qué hacemos?» (Quito, Ecuador), accedido 1 de agosto de 2018, <http://www.dpe.gob.ec/que-hacemos/>.

¹²⁶ Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, «Nuestra institución» (Quito, Ecuador), accedido 6 de agosto de 2018, <http://www.cpccs.gob.ec/es/nuestra-institucion/>.

procedimientos de contratación monitoreados o se remiten a las autoridades competentes para la determinación de responsabilidades de ser el caso.

En el primer cuatrimestre del año 2015 el CPCCS realizó la supervisión de alrededor de 2600 procedimientos de contratación, lo cual dio como resultado la suscripción de un convenio de cooperación institucional junto con el Servicio Nacional de Contratación Pública con un plazo de 2 años que le permitía al Consejo de Participación tener acceso directo a los documentos e información generada dentro de los procedimientos de contratación pública en cualquiera de sus etapas con el fin de coordinar acciones de transparencia y lucha contra la corrupción para el resguardo del Sistema Nacional de Contratación Pública.¹²⁷

Algunos procesos de contratación evaluados por esta institución se volvieron mediáticos por la relevancia de los hechos encontrados como por ejemplo el caso de presuntas irregularidades cometidas por el Prefecto de Manabí, al celebrar contratos con el Estado, mediante compañías donde sería accionista junto con sus familiares, en contra de expresas disposiciones legales, el informe del CPCCS fue remitido a la Contraloría y Fiscalía General del Estado para el inicio de las debidas investigaciones y la determinación de responsabilidades.¹²⁸

El segundo eje de control del Consejo es la participación ciudadana ejercida como herramienta en la contratación pública a través de las veedurías, permite realizar el control de los funcionarios encargados de los procesos de contratación y vigilar que se cumpla con las disposiciones normativas, este tipo de vigilancia de la función pública se ejerce como mecanismo de prevención para la corrupción en los procesos de adquisición de bienes, servicios y obras enmarcados en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

El control social como se mencionó no tiene competencia sancionadora sino de verificación de los actos y omisiones públicas; sin embargo, es utilizado como parte del control a los procedimientos de contratación pública que ejecuta el CPCCS con cooperación de la ciudadanía como fiscalizadores del poder público, en el año 2017 el Consejo de Participación realizó 11 convocatorias para conformar veedurías para vigilar diferentes procesos de

¹²⁷ Servicio Nacional de Contratación Pública, «La participación ciudadana, eje fundamental para una contratación pública transparente», accedido 4 de agosto de 2018, <https://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/la-participacion-ciudadana-eje-fundamental-para-una-contratacion-publica-transparente/>.

¹²⁸ El Telégrafo, «CPCCS emite informe sobre contratos de empresas de Prefecto con el Estado», 23 de febrero de 2018, <https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/politica/3/cpccs-emite-informe-sobre-contratos-de-empresas-de-prefecto-con-el-estado>.

contratación a nivel nacional, de los cuales 4 son re convocatorias por falta de personas interesadas para la postulación, mientras que en lo que va del año 2018 se ha convocado a 3 procesos de veedurías para el monitoreo de procedimientos de contratación pública de los cuales una es re convocatoria por falta de postulantes.¹²⁹

A pesar que existe la posibilidad de ejercer la veeduría ciudadana en los procesos de contratación, no ha sido un mecanismo con gran acogida ni ha tenido un desarrollo significativo en el ámbito de contratación pública. El Servicio Nacional de Contratación Pública ha tomado la iniciativa en la instauración del control social especialmente en los procesos de Subasta Inversa de Medicamentos teniendo como base la normativa que para el efecto ha emitido el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social.

Para la aplicación de este tipo de control se requiere de algunas modificaciones, entre ellas, la formación de la ciudadanía para empoderarse en la fiscalización de la Administración, que exista un procedimiento claro para la veeduría en los procesos de contratación, y que se aclare la normativa al respecto y establezca en qué etapas de la contratación se puede intervenir.¹³⁰

Es así que el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social realiza labores de control de acuerdo a su potestad para la revisión de diferentes procedimientos de contratación a nivel nacional en sus diferentes fases, tanto por investigaciones de oficio o por denuncias de la ciudadanía o mediante convocatorias a veedurías ciudadanas.

2.4.3 Procuraduría General del Estado

La Procuraduría General del Estado como se había manifestado es el órgano que independientemente del Gobierno Central realiza el control de los actos y contratos jurídicos, es además el asesor legal del Estado y defensor judicial del mismo. Al ser un ente encargado de velar por la legalidad de los actos públicos, bajo el régimen legal de la normativa anterior en materia de contratación pública, en ejercicio de la facultad consultiva, debía informar

¹²⁹ Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, «Convocatoria a veedurías», accedido 6 de julio de 2018, <http://www.cpcs.gob.ec/es/participacion-ciudadana-y-control-social/control-social/veedurias-ciudadanas/convocatorias-a-veedurias/>.

¹³⁰ Iglesias Ramírez, «El control social en la contratación pública».

sobre la legalidad y pertinencia de los procedimientos precontractuales de cuantías importantes.

De acuerdo a la redefinición de la Procuraduría en la Constitución del 2008, ésta perdió su atribución de control que mantenía conjuntamente con la Contraloría General del Estado sobre los contratos públicos, el legislador lo consideró así posiblemente por los casos de corrupción existentes con esa justificación, los avales se generaban para quienes tenían un acercamiento directo con quien los emitía, retardaban los procesos de contratación e incluso se generaron casos de soborno de funcionarios públicos perdiéndose así la verdadera facultad de revisión de legalidad de los actos; sin embargo, más allá de su conveniencia o no, se sigue ejerciendo potestad controladora en materia de contratación pública por parte de este ente controlador.

La Procuraduría con el afán de mantener un control de la contratación debido a la importancia de la gestión que ésta realiza en el manejo de los recursos públicos, creó dentro de su estructura orgánica dos unidades específicas para el control de la contratación pública, la Dirección de Contratación Pública que se encarga del control de las instituciones del Estado y la Dirección Nacional de Contratación Especial que realiza el seguimiento específicamente a instituciones pertenecientes a los Sectores Estratégicos y Empresas Públicas.

Estas dos dependencias de la Procuraduría se encargan principalmente de las siguientes funciones: ejercer el control de legalidad de los actos y contratos referentes a la contratación pública en cualquiera de sus fases, previa, precontractual, contractual o de evaluación; dar asesoría en temas de contratación pública y capacitar en la misma materia.

La Dirección de Contratación Pública durante el año 2017 procesó 188 casos de control de la legalidad con el propósito de verificar el cumplimiento de las disposiciones previstas en las normas y principios que rigen a la contratación pública. Del total de casos procesados; 121 de ellos concluyeron con informe final, 62 de éstos se enviaron a la Contraloría General del Estado, el resto continúa en estudio.¹³¹

En cuanto a la intervención realizada para control de la etapa precontractual se destaca:

¹³¹ Procuraduría General del Estado, «Contratación Pública» (Procuraduría General del Estado), accedido 30 de julio de 2018, http://www.pge.gob.ec/?option=com_azurapagebuilder&view=page&id=171.

- La más recurrente tiene relación con la publicación parcial de la documentación relevante en el portal COMPRASPÚBLICAS, afectando así el principio de publicidad.
- La falta de motivación en las resoluciones tomadas por las entidades o sus delegados dentro de los procesos contractuales;
- La equívoca elección del procedimiento precontractual; y
- La actuación de la Comisión Técnica de no responder a ciertas preguntas formuladas por futuros oferentes o responderlas con imprecisión en la fase precontractual también posee un porcentaje elevado.¹³²

A su vez la Dirección Nacional de Contratación Especial realizó en el año 2017 el control de 122 procedimientos de contratación sobre los cuales constata la aplicación de la normativa legal vigente, directrices, plazos, valora los actos y hechos administrativos, como resultado de la evaluación realiza un informe final por cada uno en el cual de ser el caso solicitará la rectificación o modificación de los actos y contratos, así como, ejercerá la acción de nulidad de los contratos.¹³³

En cuanto a la gestión de asesoría y capacitación la Dirección Nacional de Contratación Pública de la Procuraduría del Estado realizó 57 asesorías a entidades contratantes mientras que la Dirección de Contratación Especial realizó 31 asesorías y 11 capacitaciones a funcionarios públicos. Las entidades contratantes en caso de duda sobre la aplicación de una norma legal vigente acuden a la Procuraduría para que esta emita un pronunciamiento de carácter vinculante que dé una solución a diferentes temas de la contratación pública en razón de la legalidad, esta institución con su facultad de interpretación de la norma emite por medio de sus pronunciamientos las formas de aplicación de la normas que en algunos casos ha generado un criterio distinto que modifica la aplicación de la legislación para los actores intervinientes.

Por ejemplo ha generado normativa conexas a la contratación pública, según oficio 14781 de 18 de junio de 2010 la Procuraduría manifestó que sí es posible revocar un acto administrativo de adjudicación cuando este no hubiere causado estado, disposición que no se contempla en la LOSNCP ni su Reglamento. Mediante OF. PGE No.: 12208 de 22-09-2017

¹³² Procuraduría General del Estado.

¹³³ Procuraduría General del Estado, «Contratación Especial» (Procuraduría General del Estado), accedido 31 de julio de 2018, http://www.pge.gob.ec/?option=com_azurapagebuilder&view=page&id=172.

realiza la aclaración al artículo 99 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en cuanto a la responsabilidad de los participantes en cuyo caso se los deberá juzgar según el ámbito de sus competencias y grado de participación. En cuanto a la aplicación de las multas en el mismo oficio realiza la aclaración sobre el cobro de multas sobre aquel porcentaje que se encuentre en incumplimiento de las obligaciones contractuales y no sobre el valor total del contrato.

Con el ejercicio de estas competencias la Procuraduría General del Estado mantiene las mismas facultades de control que realiza tanto el Servicio Nacional de Contratación Pública como la Contraloría General del Estado, el control que realiza uno de estos órganos no exime que las demás instituciones también lo puedan realizar generándose multiplicidad de funciones sobre un mismo caso.

El control que efectúa la Procuraduría es previo, concurrente y posterior y puede según sus facultades realizar el mismo trabajo del SERCOP al solicitar la rectificación de actos administrativos o contratos públicos pues su pronunciamiento es de carácter vinculante y obligatorio. Una vez más existe una falta de delimitación de las potestades de las instituciones del Estado en cuanto al ejercicio de la contratación pública.

2.4.4 Presidencia de la República

La Presidencia de la República en razón de los artículos 141 y 147 de la Constitución de la República del Ecuador es responsable de la administración pública y por ende puede y debe dirigirla en forma desconcentrada y expedir los decretos necesarios para su integración, organización, regulación y control.¹³⁴

De acuerdo a esta potestad de control existen al menos 10 oficios y/o decretos presidenciales vigentes referentes a la contratación pública mediante los cuales se disponen ciertas directrices a las entidades contratantes o al Servicio Nacional de Contratación Pública que deben obligatoriamente implementarse para el desarrollo de los procedimientos de contratación y que en caso de no acatarlo serán motivo de sanciones.

Entre las disposiciones que afectan al desenvolvimiento de la compra pública se encuentran:

¹³⁴ EC. 2008. *Constitución de la República del Ecuador*, artículo 147 numeral 5.

- Con Oficio No. SGA-0-09-2298 de 3 de agosto de 2009 el Secretario Nacional de la Administración Pública por disposición de la Presidencia remite a todos los ministros y secretarios de Estado la disposición de contratar todos los servicios de telefonía celular con la empresa Telecsa S.A (ahora Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT EP).
- Mediante Oficio No. T1056-SGJ-09-1552 de 18 de junio de 2009 a nombre de la Presidencia, el Secretario Jurídico de la Presidencia remite al Director del INCOP (ahora SERCOP) la disposición de implementar en los modelos obligatorios de pliegos diferentes requisitos para el proceso de calificación de los procedimientos de contratación en la etapa precontractual, entre ellos: la posibilidad de entregar anticipos hasta un máximo del 50% en el caso de contrato de obra y del 70% para la adquisición de bienes, prestación de servicios, reglamentando de esta manera la LOSNCP que no contempla dicho precepto.
- De igual manera el Secretario Jurídico de la Presidencia remite al Director del SERCOP mediante Oficio No. T1056-SGJ-2009-2279 de 06 de octubre de 2009 la disposición de modificar los pliegos de contratación para que únicamente en la etapa de aclaraciones de los procedimientos puedan modificarse el plazo por razón de los estudios previos en los contratos de obra y segundo que se incluya como requisito la determinación de los componentes nacionales de los bienes a adquirir.
- Con Oficio No. SGA-0-09-3399 de 3 de agosto de 2009 el Secretario Nacional de la Administración Pública por disposición de la Presidencia remite a todos los ministros y secretarios de Estado la disposición de contratar los servicios de transporte aéreo con la empresa TAME Línea Aérea del Ecuador.
- De igual manera se dispone mediante Oficio No. SGA-0-09-4162 de 16 de septiembre del 2009 la contratación del mantenimiento de todo el parque automotor institucional con la compañía EICA S.A.
- Mediante oficio circular No. T. 1056-SGJ-08-3330 de 1 de diciembre de 2008 el ex Presidente Rafael Correa instruye la incorporación de la cláusula de renuncia de reajuste de precios a los contratistas en los contratos de obra.

- Se incluye un requisito adicional en el procedimiento precontractual de los contratos de obra mediante oficio circular No. SUBSNA-0-10-162 de 7 de enero de 2010, en el cual el Secretario Nacional de la Administración a nombre de la Presidencia solicita previa a cualquier contratación la consulta al Cuerpo de Ingenieros del Ejército para tener la posibilidad de contratar directamente con la referida institución.
- El Secretario Jurídico de la Presidencia de la República a nombre del Presidente remite al Director del SERCOP el 24 de diciembre de 2009 el oficio T-1056 SNJ-09-2736 en el cual hace varias modificaciones a la contratación de fiscalización reglamentándola en cuanto a la forma de calificación y cálculo del presupuesto referencial.

La intervención más reciente del Presidente de la República se manifiesta mediante el oficio Nro. PR-SGPR-2018-6942-O de 30 de agosto de 2018 en el cual el Secretario General de la Presidencia hace énfasis a que mediante cadena nacional el señor Presidente dispuso la restricción del uso de los procesos de contratación directa y régimen especial, debiendo comunicársele a la Secretaría en caso de haber iniciado procesos de este tipo con anterioridad y de no acatarse lo dispuesto los servidores públicos serán removidos o destituidos de sus cargos.

Como se puede evidenciar de los ejemplos anteriores la Presidencia de la República se encuentra vinculada directamente a la contratación pública ejecutado el control con la expedición de distintas normas y directrices de obligatorio cumplimiento para todos los intervinientes en cada procedimiento de contratación, normas completamente opuestas a lo dispuesto por la LOSNCP o su Reglamento, legislando mediante cadena nacional, e incluso lo realiza por sí mismo o por medio de diferentes entidades como la Secretaría Nacional Jurídica o la ex Secretaría Nacional de la Administración.

2.4.5 Otras instituciones intervinientes

Una de las instituciones más activas en el control de la gestión pública fue la Secretaría Nacional de la Administración Pública-SNAP suprimida mediante Decreto Presidencial Nro. 5 emitido el 24 de mayo de 2017 por el Presidente de la República del Ecuador, licenciado

Lenin Moreno, entre una de sus causales de supresión se encuentra la duplicidad de funciones que se realizaba en esta entidad asumiendo funciones de otras instituciones públicas.

Sin embargo, la eliminación de la SNAP no suprimió las atribuciones que le correspondían sino las transfirió a distintas instituciones del Estado, es así que se le encargó a la Secretaría General de la Presidencia de la República el asesorar y asistir al Presidente en materia de gobierno, administración y gestión pública, emitir políticas públicas para la gestión de la Administración Pública y entre otras más emitir acuerdos, resoluciones, órdenes y disposiciones. También a la Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo se le otorgó la potestad de emitir políticas públicas para la innovación y reorganización de la Administración Pública Central, de igual manera al Ministerio de Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información y Ministerio de Trabajo se distribuyeron diferentes funciones relacionadas a la gestión de la Administración.¹³⁵

Específicamente en materia de contratación pública y como ya se ha mencionado, este organismo realizaba el control no solo mediante evaluaciones a los procesos de contratación sino mediante un acompañamiento de los procedimientos en todas sus etapas es así que en el año 2015 monitoreó 4.049 procesos de contratación a 39 entidades de la Función Ejecutiva y realizó 304 acompañamientos.¹³⁶

En razón de los seguimientos realizados la Secretaría debía evaluar la gestión pública realizada y sobre aquello reportaba directamente a la Presidencia de la República de lo cual dependía el monto de recursos públicos que serían destinados a aquellas instituciones para el siguiente período.

La eliminación de la Secretaría Nacional de la Administración Pública fue un acierto del Ejecutivo, pues desde esta entidad surgieron múltiples contradicciones en la gestión y control de las entidades públicas, sirvió como una suerte de fiscalizador de los proyectos y presupuestos públicos para realizar un reporte a la Presidencia de la República desde donde como consecuencia del accionar de los funcionarios públicos se generaban disposiciones de recortes de presupuesto y personal.

No obstante, al haberse trasladado las atribuciones a diferentes instituciones públicas se sigue manteniendo la dispersión de funciones sin contemplar la competencia de cada

¹³⁵ EC. 2017. *Decreto Ejecutivo Nro. 5*. 24 de mayo de 2017, artículo 2.

¹³⁶ Secretaría Nacional de la Administración Pública, «Rendición de cuentas 2015».

organismo sino con el fin de mantener el control distribuido a la mayor cantidad de instituciones volviéndolo ineficaz.

Otra institución encargada del control es el Instituto Nacional de Economía Popular y Solidaria (IEPS), debido a la participación de los actores de la economía popular y solidaria en la compra pública, ha realizado varias gestiones junto al Servicio Nacional de Contratación Pública para el fortalecimiento del sector en la contratación pública como capacitaciones como proveedores del estado, uso de las herramientas tecnológicas del SERCOP, participación en diferentes procedimientos como catálogo dinámico o catálogo inclusivo o ferias inclusivas, es decir es un aliado más del SERCOP para la promoción de sus actores en la compra pública.

Así también la Secretaría Técnica de Transparencia de Gestión entidad adscrita a la Secretaría Nacional de Gestión de la Política forma parte de las instituciones de intervención para el control de los procedimientos de contratación pública, esta entidad contempla entre sus objetivos y productos desarrollar mecanismos de prevención de la corrupción en procedimientos administrativos y procesos de contratación de las entidades de la Función Ejecutiva, de la Administración Central o de las empresas públicas, para lo cual debe elaborar informes de monitoreo y acompañamiento a los procesos de contratación pública de la Administración Central, otras instituciones inscritas a la Función Ejecutiva y empresas públicas, así como diseñar mecanismos para promover la participación ciudadana en los procesos de contratación pública y otros procesos de relevancia en la gestión y calidad de los servicios.¹³⁷

Esta institución a su vez de acuerdo al monitoreo realizado cumple con la función de evaluar el cumplimiento de las entidades públicas incluidas las empresas públicas que forman parte de la Función Ejecutiva, tramitar denuncias acerca de procedimientos de contratación y elaborar normativa referente, como el Instructivo para la ejecución de acciones de prevención y transparencia en los procesos de contratación pública, administrativos y de erogación de recursos públicos.

¹³⁷ Secretaría Técnica de Transparencia y Secretaría Nacional de la Administración Pública, «Secretaría Técnica de Transparencia», mayo de 2015, <https://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/wp-content/uploads/2015/06/SNAP-A%CC%81mbitos-de-la-contratacio%CC%81n-pu%CC%81blica-ecuatoriana-perjudicados-por-el-fraude.pdf>.

Como se puede notar del análisis realizado no son una o dos las instituciones públicas con potestad de control en los procedimientos de contratación pública, sino existen varias entidades que cumplen con las mismas competencias dentro del sector público. La actuación de estas instituciones en el desarrollo del procedimiento contractual las convierte en un actor más de la compra pública y con ello se facultan para realizar informes, dar acompañamiento o expedir normas relacionadas al ejercicio de las funciones o incluso adicionar requisitos para las etapas de contratación, perjudicando la seguridad jurídica de los participantes y modificando constantemente la gestión que realizan las entidades contratantes y sus participantes.

Al realizar la presente investigación se formuló la pregunta central: ¿De qué manera incide la intervención de las instituciones del Estado con potestad de control en la fase precontractual de los procesos de contratación pública?, una vez que se definió y describió la etapa precontractual de la contratación pública, la necesidad de control de la actuación administrativa y las funciones de los entes de control en el ejercicio de la contratación pública se pudo demostrar que existen diferentes entidades públicas que cumplen con las mismas y más funciones que los organismos de control, por lo cual su incidencia es significativa en la actividad de la administración pública en ésta fase.

La indistinta emisión de normas para la contratación pública que se genera debido a la facultad legislativa de las instituciones públicas otorgada por la Constitución expanden las competencias de cada organismo interfiriendo la gestión administrativa en el desarrollo de los procedimientos de contratación, como resultado existen conflictos inter-administrativos e inter-orgánicos en esta materia, se han creado instituciones públicas controladoras todas con injerencia en la contratación pública, su actuación definitivamente no efectiviza la actuación del Estado y mucho menos la ejecución de procedimientos de contratación, al contrario obstaculiza el debido proceso de la administración.

Conclusiones

1. El ejercicio de la contratación pública desde el año 2008 con la expedición de la Constitución del Ecuador, la creación de la Función de Transparencia y Control Social y demás disposiciones que permiten ejercer un sistema de control, cuenta con una legislación sobredimensionada para ejercer el control en sus diferentes instancias, lo que ha provocado multiplicidad de competencias y actividades de control.

2. Existen al menos diez instituciones públicas con atribuciones de control en materia de contratación pública que se facultan para realizar informes, dar acompañamiento, expedir normas relacionadas al ejercicio de las funciones públicas, adicionar requisitos en cada una de las fases de contratación y modificar la gestión de las entidades contratantes y sus

participantes perjudicando la seguridad jurídica en los procedimientos de adquisición del Estado.

3. El control en la fase precontractual de los procedimientos de contratación pública es una necesidad del Estado para asegurar la competencia entre participantes, las condiciones técnicas y legales de los procedimientos y los recursos públicos, por ello existen diversas instituciones que realizan seguimiento y evaluación tanto para el manejo del presupuesto público como para la gestión administrativa, sin embargo, esta diversidad de competencias produce ineficacia del control.

4. Las irregularidades que se encuentra en la contratación pública, no solo implica problemas en la gestión pública sino una regulación jurídica inconsistente, lo cual impide tener un claro panorama para la aplicación de la ley pues en el Ecuador se crean cada vez diferentes actores, organismos y sanciones en normas dispersas, más allá de una simple explicación de los textos normativos, se constituye para los actores de la contratación en una interpretación exhaustiva del verdadero alcance de las normas.

5. Cada una de las etapas de la fase precontractual dependiendo del procedimiento que se determina para un objeto de contratación distinto podría variar, por ello, con la promulgación de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública se trató de evitar la dispersión de normativa, regulaciones, proveedores y registros que mantenía cada entidad contratante; sin embargo, tanto el ente rector de la contratación pública, el Servicio Nacional de Contratación Pública, el Ejecutivo, como las demás instituciones de control estudiadas como la Contraloría General del Estado o la Procuraduría han emitido varias normas relacionadas con la ejecución de la fase preparatoria con lo cual el control interno y externo de las instituciones públicas en materia de contratación pública resulta ser incompatible.

Recomendaciones

1. El control debe ser una potestad únicamente del ente rector, el Servicio Nacional de Contratación Pública como control concurrente y de la Contraloría General del Estado como control posterior. Estas dos instituciones cumplen con la competencia y especialidad para realizar un efectivo control de la contratación pública, sin oposición de competencias ni intervención excesiva, que permita el desarrollo de la gestión pública.

2. Se debe fortalecer y a su vez limitar las funciones del ente rector de la contratación pública, sus competencias como ente regulador, controlador y sancionador deben tener concordancia entre sí, evitar el expendio de reformas a las normas de contratación, contemplando un solo cuerpo normativo prevendría el desconocimiento de la legislación, una

clara actuación del Servicio Nacional de Contratación Pública detendría la intervención de distintas entidades controladoras en la materia de contratación pública.

3. Nuestra estructura jurídica en contratación pública es cambiante y compleja, se actualiza cada vez por el desarrollo cotidiano de los procedimientos de contratación, mediante una reforma legal se debería obligar al SERCOP como ente rector a ser el canal oficial para la actualización de la base legal, quien recoja de las diferentes instituciones públicas cada aporte a la contratación de manera controlada y con ello se sistematice las reformas o a su vez se las remita al órgano legislativo sin que ningún órgano administrativo se atribuya las funciones legislativas que no le corresponden.

4. Es importante instruirse en materia de contratación pública en sus diferentes esferas de conocimiento tanto para entidades contratantes como para proveedores. Todos quienes formen parte de un procedimiento deben encontrarse capacitados, tener el conocimiento jurídico de la contratación pública y no solo acerca de la ley sino sobre las leyes especiales por la naturaleza de sus funciones y atribuciones para el efectivo desarrollo de los procedimientos de contratación.

5. Se deben aplicar buenas prácticas en la contratación, aquellas actividades que no lo dispone la normativa pero que ayuda al desarrollo de un procedimiento, al cumplimiento de los principios y los parámetros para evaluación.

Bibliografía

Fuentes doctrinarias

Consejo de Participación Ciudadana y Control Social. «Consejo de Participación Ciudadana y Control Social en transición 2018». Accedido 29 de agosto de 2018. <http://www.cpcgs.gob.ec/es/nuestra-institucion/>.

Consejo de Participación Ciudadana y Control Social. «Convocatoria a veedurías». Accedido 6 de julio de 2018. <http://www.cpcgs.gob.ec/es/participacion-ciudadana-y-control-social/control-social/veedurias-ciudadanas/convocatorias-a-veedurias/>.

- Consejo de Participación Ciudadana y Control Social. «Nuestra institución». Quito, Ecuador. Accedido 6 de agosto de 2018. <http://www.cpcps.gob.ec/es/nuestra-institucion/>.
- Contraloría General del Estado. «Rendición de Cuentas». Quito, Ecuador, 2017. <http://www.contraloria.gob.ec/WFDescarga.aspx?id=2135&tipo=doc>.
- Correa, Isabel, y Latin American and Caribbean Institute for Economic and Social Planning. Projects and Investment Programming Division. Manual de licitaciones públicas. Santiago: Naciones Unidas, CEPAL: Instituto Latinoamericano y del Caribe de Planificación Económica y Social, Dirección de Proyectos y Programación de Inversiones, 2002.
- Defensoría del Pueblo Ecuador. «¿Qué hacemos?» Quito, Ecuador. Accedido 1 de agosto de 2018. <http://www.dpe.gob.ec/que-hacemos/>.
- Del Pozo, Claudia. Control difuso y procedimiento administrativo. 1. ed. Colección Tesis & monografías en derecho 6. Lima: Palestra Editores, 2005.
- Diario El Comercio. «Corte Constitucional deroga las enmiendas constitucionales aprobadas en el 2015», 2 de agosto de 2018. <https://www.elcomercio.com/actualidad/corteconstitucional-analisis-enmiendas-constitucion-derogacion.html>.
- Diario El Telégrafo. «Asamblea censura a Carlos Pólit con 132 votos a favor». Accedido 31 de agosto de 2018. <https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/politica/2/abogado-de-polit-llego-con-un-escrito-a-la-asamblea-antes-de-juicio-politico>.
- Diario El Universo. «Carlos Pólit y su hijo John Pólit, condenados a seis y tres años de cárcel por concusión en caso Odebrecht», s. f. <https://www.eluniverso.com/noticias/2018/06/06/nota/6796388/carlos-polit-su-hijo-john-polit-condenados-seis-tres-anos-carcel>.
- Díaz, Juan Francisco. «Las resoluciones del SERCOP», 2016.
- Dromi, José Roberto. Derecho Administrativo. Sexta. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1997.
- Dromi, José Roberto. Licitación pública. 4. ed. actualizada. Buenos Aires: Ed. Ciudad Argentina, 2010.
- Dromi, José Roberto. «Manual de Derecho Administrativo». 1987.

- Eguiguren, Genaro. «Fundamento del control gubernamental». Reclamos, controversias, control y responsabilidades, octubre de 2015.
- El Telégrafo. «CPCCS emite informe sobre contratos de empresas de Prefecto con el Estado». 23 de febrero de 2018. <https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/politica/3/cpccs-emite-informe-sobre-contratos-de-empresas-de-prefecto-con-el-estado>.
- Entrena Cuesta, Rafael. Curso de Derecho Administrativo.1992.
- Farrando, Ismael, Patricia Raquel Martínez, María Gabriela Abalos de Mosso, Mónica Buj Montero, y Daniel Gómez Sanchís, eds. Manual de derecho administrativo. Buenos Aires: Depalma, 1996.
- Figueroa, Vanessa. «La Defensoría del Pueblo de Ecuador y sus funciones de supervigilancia del debido proceso en el nuevo marco constitucional». Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2012. <http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/3900>.
- García de Enterría, Eduardo. Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas. Reimpresión 2000. Madrid: Editorial Civitas, s. f.
- Garófalo Salazar, Aurelio. Manual teórico práctico de contratación pública. Quito: PUDELECO, 2003.
- González, Jorge Luis. «Potenciales efectos y orientación de la regulación sobre compras públicas en el Ecuador». Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2013.
- Granda Aguilar, Victor. «El Derecho de Control y su relación con las modificaciones constitucionales y jurídicas en los modelos políticos y económicos en Ecuador (1990-2015)». Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, 2016.
- Hutchinson, Tomás. «El procedimiento como presupuesto de la formación del contrato de la administración». Revista de Derecho Público, 2006.
- Idrobo, Marco. La contratación administrativa en el Ecuador. Editorial Época. Quito, Ecuador, 1984.
- Iglesias Ramírez, Christian Paúl. «El control social en la contratación pública». Universidad Andina Simón Bolívar, 2016. <http://portal.uasb.edu.ec:2081/handle/10644/5389>.
- Jaramillo, Herman. Manual de Contratación Pública. Loja, Ecuador: Universidad Nacional de Loja, 1996.

- Lara, Carlos. «Mecanismos de control en la contratación estatal como elemento de la lucha anticorrupción», 12 de noviembre de 2013.
- Marienhoff, Miguel. Tratado de Derecho Administrativo. Vol. Tomo 1. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.
- Moraga, Claudio. Contratación administrativa. Santiago de Chile - Chile: Editorial Jurídica Chile, 2007.
- Pérez, Antonio, Daniel López, y José Aguilar. Manual de Contratación Pública. Primera. Quito, Ecuador: Corporación de estudios y publicaciones, s. f.
- Pólit Faggioni, Carlos. La contraloría general del estado en el ordenamiento jurídico constitucional. Quito, Ecuador, 2009.
- Procuraduría General del Estado. «Contratación Especial». Procuraduría General del Estado. Accedido 31 de julio de 2018. http://www.pge.gob.ec/?option=com_azurapagebuilder&view=page&id=172.
- Procuraduría General del Estado. «Contratación Pública». Procuraduría General del Estado. Accedido 30 de julio de 2018. http://www.pge.gob.ec/?option=com_azurapagebuilder&view=page&id=171.
- Retamozo Linares, Alberto. «Contrataciones y adquisiciones del Estado y normas de control», 2008.
- Retamozo Linares, Alberto. Contrataciones y adquisiciones del Estado y normas de control. Análisis y comentarios. Séptima. Lima - Perú: Jurista Editores, 2009.
- Rincón, Javier. «Del “descontrol” de la producción normativa en materia de contratación pública en Colombia», 2012.
- Rivas Casaretto, María Dolores. Función controladora del Estado ecuatoriano. Guayaquil: Edino Ed, 2006.
- Robalino, Javier. «Crisis de los principios generales del Derecho Administrativo: en Ecuador y en América Latina», 2008.
- Secretaría Nacional de la Administración Pública. «Rendición de cuentas 2015». Quito, 2016.
- Secretaría Técnica de Transparencia, y Secretaría Nacional de la Administración Pública. «Secretaría Técnica de Transparencia», mayo de 2015. <https://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/wp-content/uploads/2015/06/SNAP->

A%CC%81mbitos-de-la-contratacio%CC%81n-pu%CC%81blica-ecuatoriana-perjudicados-por-el-fraude.pdf.

Servicio Nacional de Contratación Pública. «1.1. Presentación y compromiso». En Modelo de pliego de los procedimientos de cotización de obras. Versión SERCOP 2.1, 2017.

Servicio Nacional de Contratación Pública, «1.3. Presentación y apertura de ofertas». En Modelo de pliego de los procedimientos de contratación bienes y/o servicios. Versión SERCOP 2.1, 2017.

Servicio Nacional de Contratación Pública, «Condiciones generales». En Modelo de pliego del procedimiento de subasta inversa electrónica de bienes y servicios. Versión SERCOP 2.1, 2017.

Servicio Nacional de Contratación Pública. «Formularios». En Modelo de pliego del procedimiento de subasta inversa electrónica de bienes y servicios. Versión SERCOP 2.1. 2017.

Servicio Nacional de Contratación Pública, «I. Condiciones particulares de los procedimientos de consultoría». En Modelo de pliego de los procedimientos de consultoría. Versión SERCOP 1.1, 2014.

Servicio Nacional de Contratación Pública. «La participación ciudadana, eje fundamental para una contratación pública transparente». Accedido 4 de agosto de 2018. <https://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/la-participacion-ciudadana-eje-fundamental-para-una-contratacion-publica-transparente/>.

Servicio Nacional de Contratación Pública. «Principios y objetivos del SNCP», s. f. <<http://elearning.compraspublicas.gob.ec/elearning/mod/lesson/view.php?id=350&pageid=532>>.

Servicio Nacional de Contratación Pública. «Rendición de Cuentas de la Contratación Pública». Quito, Ecuador, 2017. https://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/wp-content/uploads/2018/04/Informe_Rendicion_Cuentas-2017_V_Ciudadanos.pdf.

Superintendencia de Control del Poder de Mercado. «Contratistas del Estado firmaron acuerdo de cese». Diario El Telégrafo, 25 de noviembre de 2017. <https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/economia/1/contratistas-del-estado-firmaron-acuerdo-de-cese>.

Superintendencia de Economía Popular y Solidaria. «Emisión de avales y garantías por parte de cooperativas de ahorro y crédito», 12 de julio de 2013.

Valls Hernández, Sergio, y Carlos Matute González. Nuevo Derecho Administrativo. Porrúa, s. f.

Fuentes normativas

Asamblea Constituyente, Ecuador. Código Orgánico Administrativo. Registro Oficial 31, Suplemento (2017).

Asamblea Constituyente, Ecuador. Constitución de la República del Ecuador, Pub. L. No. Registro oficial 449 (2008).

Asamblea Constituyente, Ecuador. Ley de comercio electrónico, firmas electrónicas y mensajes de datos. Registro Oficial 557, Suplemento, 17 de abril de 2002.

Asamblea Constituyente, Ecuador. Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado. Registro Oficial 595, Suplemento (2002).

Asamblea Constituyente, Ecuador. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Registro Oficial 395, Suplemento (2008).

Contraloría General del Estado, Ecuador. Acuerdo No. 39 Normas de Control Interno. (2009).

Presidencia de la República del Ecuador. Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Registro Oficial 588, Suplemento (2009).

Presidencia de la República del Ecuador. Decreto Ejecutivo Nro. 5. (2017)

Servicio Nacional de Contratación Pública, Ecuador. Resolución No. RE-SERCOP-2016-0000072 (2016).

Servicio Nacional de Contratación Pública, y Superintendencia de Control del Poder de Mercado. «Manual de buenas prácticas en la contratación pública para el desarrollo del Ecuador», 2015.