UNIVERSIDAD INTERNACIONAL DEL ECUADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

"ANDRÉS F. CÓRDOVA"

TESIS DE GRADO PARA LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO

DE ABOGADO DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS

TEMA:

"DEFICIENCIAS Y CARENCIAS EN EL PROCEDIMIENTO DE SUBASTA INVERSA ELECTRÓNICA, FASE PRECONTRACTUAL Y CONTRACTUAL DE LA LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA ECUATORIANA"

AUTOR:

MARÍA SOLEDAD MONTERO MURGUEYTIO.

DIRECTOR DE TESIS:

DOCTOR PATRICIO GARCÍA

QUITO – ECUADOR

AÑO 2014

CERTIFICACIÓN

Yo, MARÍA SOLEDAD MONTERO MURGUEYTIO, portadora de la cédula de ciudadanía Nro. 171523195-5, declaro bajo juramento que el trabajo aquí descrito es de mi autoría; que no ha sido presentado anteriormente para ningún grado o calificación profesional y, que se ha consultado la bibliografía detallada.

Cedo mis derechos de propiedad intelectual a la Universidad Internacional del Ecuador, sin restricción de ningún género en especial.

María Soledad Montero Murgueytio.

Yo, DOCTOR PATRICIO GARCÍA BRAVO, portador de la cédula de ciudadan Nro. 090688080-2, certifico que conozco a la autora del presente trabajo siendo responsable exclusivo tanto en su originalidad, autenticidad, como en su contenido.

Doctor Patricio García Bravo.

AGRADECIMIENTO

Mi reconocimiento y agradecimiento es para la Gloria de Dios que en su infinito amor me enseña día tras día que las mejores cosas de la vida son las que se consiguen con esfuerzo, perseverancia y sobre todo la verdad de por medio. A mi amado esposo David Morales Svigilsky, quien ha sido desde siempre un pilar fundamental en mi vida profesional y en el cumplimiento de mis metas y sueños personales, a mis amados hijos: Martina y Gabriel, ya que son el motor de mi vida. A mis padres Lenin y Soledad por impulsarme a conseguir este logro, especialmente a mi madre quien con su ejemplo de verdad ha sabido ser quien me guía de manera absoluta, a mis hermanos Fernando y Alexandra quienes con sus sentimientos de fraternidad y apoyo constante han promovido a conseguir este logro. A mis amigos, quienes constantemente han insistido en la obtención de mi título profesional, especialmente a Tania Acosta, quien me introdujo en el mundo de la Contratación Pública y me ha apoyado sin ningún tipo de interés ni egoísmo. Y por su puesto a mi tutor de tesis, el doctor Patricio García Bravo, quien con su gran sapiencia y experiencia ha sabido guiar este trabajo y a la Universidad Internacional del Ecuador, quien impartió en mí los conocimientos necesarios para poder ejercer mi profesión con efectividad y orgullo.

SÍNTESIS

En la presente investigación se afronta el tema de la contratación pública, en especial el proceso precontractual denominado Subasta Inversa electrónica, puesto en la palestra a partir de la expedición de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación pública (LOSNCP) publicado en el registro oficial (s) 395 de 04 de agosto de 2008, con el cual nace una nueva manera de contratar con el Estado y de ejecutar el presupuesto asignado a las entidades públicas o sus subsidiarias, trayendo consigo grandes retos como el uso de la tecnología y la puesta en práctica de los principios de la contratación pública, y a su vez genera problemas en la actualidad, que serán abordados en la presente investigación.

Investigando sobre la Subasta Inversa electrónica se hallan particularidades que le otorgan ventajas ante los demás procesos de contratación como por ejemplo el tiempo de ejecución que lleva el proceso en el portal de compras públicas www.compraspublicas.gob.ec (etapa precontractual) hasta llegar a la etapa contractual y a su vez se hallan grandes desventajas desde el punto de vista de los diferentes actores que hacen parte de la contratación pública: los proveedores, las entidades contratantes y el órgano rector el Servicio Nacional de Contratación Pública SERCOP.

Proponiendo y analizando soluciones eficientes y eficaces para mejorar el proceso de contratación más usado en la actualidad y por el que se ejecuta la mayor cantidad de recursos públicos.

SUMMARY

In this research the subject of public procurement is involved, especially the pre-contractual process called Electronic Reverse Auction , put in the spotlight from the issuance of the Organic Law of the National System of Public Procurement (LOSNCP) published in the official record (s) 395 of August 4, 2008 , with which comes a new way to engage with the State and the budget allocated to public entities or their subsidiaries , bringing great challenges as the use of technology and putting in practice of the principles of public procurement in turn creates problems today that will be addressed in this investigation .

Investigating the Electronic Reverse Auction features that give advantages over other processes such as recruitment runtime leading the process in public procurement portal www.compraspublicas.gob.ec (pre stage) are up to contractual stage and in turn are major disadvantages from the point of view of different stakeholders that are part of public procurement : suppliers , contracting entities and governing body the National Public procurement SERCOP .

Proposing and analyzing efficient and effective solutions to improve the hiring process most widely used currently and for which the greatest amount of public resources is executed.

INTRODUCCIÓN

Desde el nacimiento del Estado ecuatoriano la forma de realizar contratos con el mismo fue muy dispersa y variada pues dependía de cada entidad pública la forma particular en la que se iban a realizar los mencionados contratos con los proveedores de toda clase, ya sea para la contratación de bienes, servicios, obras y/o consultorías, hasta el 04 de agosto de 2008 cuando nace la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCP), que deroga la Ley de Contratación Pública vigente hasta esa fecha y todas las que le antecedieron: La Ley Orgánica de Hacienda, la Ley de Licitaciones y la Ley de Consultoría, las que eran aplicadas según la conveniencia de las entidades contratantes y de los funcionarios públicos que se encargaban de realizar las contrataciones a discreción, lo cual derivaba en actos de corrupción por el alto grado de direccionamiento, términos de referencia acoplados para que solo ciertos proveedores privilegiados sean capaces de cumplir con lo requerido por las entidades públicas y bases de datos de proveedores elegidos por cada entidad sin saber las razones que sustentaban tal elección.

De lo anteriormente expuesto surge la importancia del nacimiento de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública pues trajo consigo grandes innovaciones ya que crea todo un sistema de contratación gubernamental el cual implica: la creación del ente regulador el Servicio Nacional de Contratación Pública SERCOP, la normativa que establece; entre otras cosas, el tipo de proceso precontractual que se debe aplicar según las especificaciones técnicas de los bienes,

servicios, obras o consultorías que se requieran contratar, estableciendo también márgenes de preferencia con cierto grupo de proveedores y el uso absoluto de herramientas tecnológicas a través del portal de compras públicas www.compraspublicas.gob.ec lo que pretende que los procesos sean conocidos por todos los oferentes disminuyendo el direccionamiento y aumentando las posibilidades de que mayor cantidad de oferentes participen en concursos públicos de contratación, intentando así dar cumplimiento al mandato constitucional que en su artículo 288 dice que "las compras públicas cumplirán con criterios de eficiencia, transparencia, calidad, responsabilidad ambiental y social. Se priorizarán los productos y servicios nacionales, en particular los provenientes de la economía popular y solidaria, y de las micro, pequeñas y medianas unidades productivas".

Sin embargo de los cambios, avances y ventajas señaladas desde el nacimiento de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en la práctica se evidencian deficiencias y carencias especialmente en el proceso precontractual de Subasta Inversa electrónica que es uno de los procesos más utilizados por las entidades contratantes, según las estadísticas del Servicio Nacional de Contratación Pública, por lo cual es necesario el análisis, estudio y propuesta de perfeccionamiento del mencionado proceso.

CAPÍTULO I

1. Historia de la contratación Pública en Ecuador

La contratación pública en Ecuador, tiene su asidero desde el nacimiento del Estado ecuatoriano como tal, en primera instancia estaba regido por la Ley Orgánica de Hacienda que fue reformada por última vez en 1938 y dispuso que "…salvo las excepciones de la presente Ley, el Poder Ejecutivo, ni por si ni por medio de sus agentes podrá perfeccionar ningún contrato sino por licitación; y para ésta, créase la Junta de Licitaciones compuesta por el Director del Tesoro o su Delegado; un Delegado de la Contraloría General de la Nación; un Delegado de la Procuraduría General de la Nación y el Jefe del Departamento que vaya a efectuar el contrato o su Delegado", quedando establecido de esta manera que la única forma que las entidades públicas podían realizar contrataciones, ya sea de adquisición de bienes o prestación de servicios era a través de la licitación, que es el concurso público o procedimiento administrativo para contratar la adquisición de suministros, bienes, prestación de servicios o contratación de ejecución de obras, que necesiten concertar los entes del Estado o aquellas entidades que forman parte del sector público.

Para los procesos de licitación se debían establecer las bases sobre las cuales los oferentes iban a ofertar sus bienes o servicios, pero en ese entonces no estaban normadas de manera equiparada y obligatoria como se debían interponer las bases para todas las entidades públicas, por lo que cada entidad pública tenía su forma de instaurar

las formas de contratar que iba a aplicar, y una vez que estas eran aprobadas por la Junta, se publicaban en el periódico del lugar en donde se pretendía contratar, si esta licitación resultaba sin oferentes se debía ampliar el plazo de la licitación y si persistía la falta de oferentes las entidades públicas podían contratar de manera directa con quien juzgaban conveniente.

La Ley Orgánica de Hacienda trató de establecer parámetros de contratación a las entidades públicas, siendo permisiva al momento de establecer las reglas de participación para los oferentes, permitiendo imponer bases que podían recaer en exclusiones (voluntarias o no) de oferentes que podrían estar interesados en participar en contrataciones con el Estado, y peor aún, abriendo la puerta para la contratación directa en caso de no existir oferentes que no pudieran cumplir con las bases de las contrataciones, generalmente direccionadas.

En 1964 nace la Ley de Licitación en la que se habla por primera vez que para la adquisición de bienes, prestación de algún tipo de servicio o la contratación de obras, se deberá contar con la disposición de fondos públicos, la que debía ser emitida por el Ministerio de Finanzas y por el tesorero de la Institución, a través de un certificado que acreditaba que se cuenta con los fondos, bienes o medios financieros necesarios para el cumplimiento de las obligaciones contractuales que se deriven de la licitación. Además se empieza a establecer reglas sobre la manera en la que los oferentes deben presentar sus ofertas, solicitando que en ellas se expresen de manera clara y precisa los precios unitarios y globales de la ejecución de obras, la prestación de servicios y la adquisición

de bienes, los plazos de entrega (que no podían ser mayores a los establecidos en las bases de la licitación) y una declaratoria de aceptación de la forma de pago que se hubiese establecido en las bases de cada proceso de licitación con el Estado.

Asimismo estableció la presentación de una garantía bancaria o la entrega de un cheque certificado a nombre del Tesorero de la Nación o en su defecto de la entidad pública licitante por el dos por ciento (2%) del valor total del monto de la oferta, con lo que se trataba de garantizar la ejecución de las obras o servicios contratados y la entrega de los bienes, quedando aún en el limbo la manera de establecer las especificaciones técnicas de los bienes y los términos de referencia de las obras o servicios necesitados, no se manejaban principios que rijan a la contratación pública y lo establecido en las bases de las licitaciones era subjetivo y regularmente direccionado.

Por otro lado la Ley de consultoría de 1989, era un gran referente para las entidades contratantes cuando se hablaba de contratación pública en general, se entiende por consultoría la prestación de servicios profesionales especializados, que tengan por objeto identificar, planificar, elaborar o evaluar proyectos de desarrollo, es sus niveles de pre-factibilidad, factibilidad, diseño u operación, que engloba la supervisión, fiscalización y evaluación de proyectos, y aquellos servicios de asesoría y asistencia técnica especializada, elaboración de estudios económicos, financiamientos, de organización, administración, auditoría e investigación. Las entidades contratantes realizaban procesos de contratación de “consultorías” para todo tipo de adquisiciones, esto debido a que según los montos se podían realizar contrataciones privadas y

directamente con un oferente que no necesitaba concursar, lo que trajo consigo actos de corrupción.

En 1990 surge la Ley de Contratación Pública que deroga la Ley de Licitaciones y establece un marco jurídico más organizado y explícito para contratar con el Estado como por ejemplo establecer la clase de procedimientos precontractuales sobre los cuales se debe regir la contratación pública, quedando determinado de la siguiente manera:

PROCEDIMIENTOS COMUNES	PROCEDIMIENTOS ESPECIALES	EXCEPCIONES
Que según la cuantía son: Licitación, y; Concurso Público	Para la adquisición de bienes inmuebles, las de arrendamiento de bienes muebles o inmuebles y las que usen fondos provenientes de organismos multilaterales.	Se exceptuaban de los procedimientos comunes o especiales los siguientes: Los que eran necesarios realizar por situaciones de emergencia producidos por fuerza mayor o caso fortuito. Los que se necesitaba realizar para la aplicación de convenios binacionales o con organismos multilaterales. Los calificados por el Presidente de la República como necesarios para la seguridad interna o externa del Estado. Los de permuta. Las obras artísticas, literarias o científicas; Los de transporte de correo internacional; Si después de haber seguido un proceso precontractual común, este haya sido declarado desierto y sean calificados por el presidente de la república como urgentes; Los de repuestos y accesorios. Los bienes únicos en el mercado. Los que se celebren entre entidades públicas.

Esta ley establece además el Comité de Contrataciones, que debía estar integrado por cinco miembros, constituido así: la máxima autoridad o su delegado, como presidente; el Director de Asesoría Jurídica; tres técnicos: dos nominados por la entidad contratante y uno por el Colegio de Profesionales del ámbito a contratar, y un funcionario de la entidad contratante que hacía las veces de secretario del proceso, los mismos que eran encargados de llevar adelante la fase precontractual y contractual de los procesos.

Conjuntamente la ley en mención estableció que deberán existir estudios completos que avalen la necesidad de realizar procesos de contratación, la disponibilidad de fondos, en el cual debía constar el número de partida presupuestaria, e instituye además los documentos precontractuales que debían existir en los procesos de contratación pública:

1. La convocatoria;
2. El Modelo de Carta de presentación y compromiso;
3. El Modelo de formulario de la propuesta;
4. Las instrucciones a los oferentes;
5. El Proyecto del contrato;
6. Las especificaciones generales y técnicas de los bienes, servicios u obras a contratar;
7. Planos;
8. Valor estimado;
9. Plazo de ejecución del contrato;
10. Listado de los equipos mínimos requeridos;
11. Principios y criterios para la valoración de las ofertas.

Lo que disminuyó considerablemente la discrecionalidad de los funcionarios públicos que establecían las bases de los procesos, pero aún dejó abiertas las puertas para direccionar los procesos a cierto tipo de oferentes.

La ley de Contratación Pública de 1990 ya habla sobre el origen nacional de las ofertas, pero no le otorga márgenes de preferencia ni ponderación predominante en el caso de declararse como tal.

Establece la presentación de una garantía denominada "Garantía de Seriedad de la Propuesta", misma que debía ser entregada por el oferente que haya resultado adjudicado para suscribir el contrato, la cual tenía como objeto asegurar el cumplimiento de la oferta presentada y la ganadora, y para responder ante terceros se debía rendir una "Garantía de Fiel Cumplimiento" por el cinco por ciento del monto del contrato la cual tiene por objeto que la ejecución del contrato. Si se precisa el pago de un anticipo el contratista deberá presentar la "Garantía por Anticipo" por el monto de que se entrega en esa calidad, y en el caso de ciertos bienes se debía presentar la "Garantía Técnica" que avala el buen funcionamiento del bien adquirido.

De la misma manera habla de las inhabilidades especiales y generales para suscribir contratos con el Estado, la Ley de Contratación Pública dispuso mantener un registro de contratistas incumplidos con el Estado, lo que permitió tener un

control de los contratistas que estaban “castigados” y no podían seguir teniendo negocios con el Estado.

Esta ley fue reformada en 2003 y derogada en agosto de 2008 para dar paso a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública que fue promulgada en el Registro Oficial Nro. 395 de fecha 4 de agosto de dos mil ocho, la misma que trajo consigo la base del Sistema Nacional de Contratación Pública contenida en un cuerpo normativo, así como la creación de una entidad reguladora del sistema, el: “Servicio Nacional de Contratación Pública” SERCOP, a su vez el presidente de la República expidió el Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que conjuntamente con las resoluciones emitidas por el SERCOP, son el marco jurídico actual de la contratación pública en Ecuador.

Una de las creaciones que trae consigo la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública es el uso obligatorio de las herramientas tecnológicas desde la fase precontractual hasta el cumplimiento de la etapa contractual, hecho que no solamente ha modernizado la contratación pública en Ecuador, sino que puso al país al a par de la sociedad moderna y globalizada, dando un paso firme para cumplir con el fin de la Administración Pública que es satisfacer las necesidades colectivas y de las entidades públicas, mediante la publicación de los procesos y el acceso de todos a la información.

El artículo 10 de la LOSNCP (2013) establece las atribuciones del Servicio Nacional de Contratación Pública SERCOP: “El Servicio de Contratación Pública.-

Créase el Servicio Nacional de Contratación Pública, como organismo de derecho público, técnico regulatorio, con personalidad jurídica propia y autonomía, técnica, operativa, financiera y presupuestaria. Su máximo personero y representante legal será el Director General o la Directora, quien será designado por el Presidente de la República.

El Servicio Nacional de Contratación Pública ejercerá la rectoría del Sistema Nacional de Contratación Pública conforme a las siguientes atribuciones:

1. Asegurar y exigir el cumplimiento de los objetivos prioritarios del Sistema Nacional de Contratación Pública;
2. Promover y ejecutar la política de contratación pública dictada por el Directorio;
3. Establecer los lineamientos generales que sirvan de base para la formulación de los planes de contrataciones de las entidades sujetas a la presente Ley;
4. Administrar el Registro Único de Proveedores RUP;
5. Desarrollar y administrar el Sistema Oficial de Contratación Pública del Ecuador, así como establecer las políticas y condiciones de uso de la información y herramientas electrónicas del Sistema;
6. Administrar los procedimientos para la certificación de producción nacional en los procesos precontractuales y de autorización de importaciones de bienes y servicios por parte del Estado;
7. Establecer y administrar catálogo de bienes y servicios normalizados;
8. Expedir modelos obligatorios de documentos precontractuales y contractuales, aplicables a las diferentes modalidades y procedimientos de

contratación pública, para lo cual podrá contar con la asesoría de la Procuraduría General del Estado y de la Contraloría General del Estado;

9. Dictar normas administrativas, manuales e instructivos relacionados con esta Ley;

10. Recopilar y difundir los planes, procesos y resultados de los procedimientos de contratación pública;

11. Incorporar y modernizar herramientas conexas al sistema electrónico de contratación pública y subastas electrónicas, así como impulsar la interconexión de plataformas tecnológicas de instituciones y servicios relacionados;

12. Capacitar y asesorar en materia de implementación de instrumentos y herramientas, así como en los procedimientos relacionados con contratación pública;

13. Elaborar parámetros que permitan medir los resultados e impactos del Sistema Nacional de Contratación Pública y en particular los procesos previstos en esta Ley;

14. Facilitar los mecanismos a través de los cuales se podrá realizar veeduría ciudadana a los procesos de contratación pública; y, monitorear su efectivo cumplimiento;

15. Elaborar y publicar las estadísticas del Sistema Nacional de Contratación Pública;

16. Capacitar y certificar, de acuerdo a lo dispuesto en el Reglamento, a los servidores y empleados nombrados por las entidades contratantes, como operadores del Sistema Nacional de Contratación Pública;

17. Asesorar a las entidades contratantes para capacitar a los proveedores del Sistema Nacional de Contratación Pública sobre la inteligencia o aplicación de las normas que regulan los procedimientos de contratación de tal sistema;
18. Las demás establecidas en la ley, su reglamento y demás normas aplicables."

El hecho de que se haya instaurado un ente rector del Sistema Nacional de Contratación Pública ha sido beneficioso para el buen uso de los recursos públicos y para dar cumplimiento al principio de publicidad e igualdad de la contratación pública, ya que a través de este los oferentes pueden tener acceso a la información y a los procesos de contratación de todas las entidades públicas, así como también las veedurías ciudadanas pueden realizar de manera mucho más práctica y controlada su labor.

De conformidad con lo establecido en el Decreto Ejecutivo 790 (2011), el Servicio Nacional de Contratación Pública SERCOP es un organismo público con personalidad jurídica propia, dotado de autonomía administrativa, operativa y financiera, creado para el ejercicio de la rectoría, regulación, administración, promoción, ejecución y control de actividades especializadas en materia de contratación pública; así como de las relaciones jurídicas resultantes entre el Estado y las personas naturales o jurídicas, como consecuencia del ejercicio de esas actividades.

¿Qué significa ente regulador?

El Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (2002), establece en su artículo 10, literal h que: "Es la facultad de emitir normas para el adecuado y oportuno desarrollo y cumplimiento de la política pública y la prestación de los servicios, con el fin de dirigir, orientar o modificar la conducta de los agentes regulados", en Derecho Público se puede hacer exclusivamente lo que la norma permite, por lo que ninguna entidad contratante tiene la facultad de emitir actos normativos que regulen actividades relacionadas con el Derecho Público o en su defecto con la Contratación Pública, debido a lo cual las entidades públicas deben remitirse a la norma que les faculta a realizar tal o cual proceso de contratación.

¿Qué significa rectoría?

El artículo 10, literal g del ERJAFE dice que rectoría: "Es la facultad de emitir políticas públicas nacionales o de Estado que orientan las acciones para el logro de los objetivos y metas del desarrollo, así como para definir sistemas, áreas y proyectos estratégicos de interés nacional, en función de su importancia económica, social, política o ambiental. Corresponde exclusivamente al Gobierno Central", es por ello que el SERCOP tiene la potestad de emitir resoluciones que regulen el Sistema Nacional de Contratación Pública, mismas que son publicadas en el portal institucional www.compraspublicas.gob.ec, y son de obligatorio conocimiento y aplicación para las partes que intervienen en los procesos de contratación pública.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública busca profesionalizar a los funcionarios públicos que manejan el Sistema Nacional de Contratación Pública, para que tengan la capacitación y certificación necesaria para operar el sistema, lo que en la práctica quiere decir que el SERCOP emitirá una certificación que avale los conocimientos y habilidades que tiene el servidor público para realizar una gestión de calidad en el ámbito de la operación del sistema de los procesos de contratación de bienes, obras, servicios y consultorías, lo que encamina a la profesionalización de dichos servidores públicos en el desempeño de sus funciones en el campo de la contratación pública, tratando de garantizar una gestión efectiva y eficiente que realizan las instituciones del Estado, creando condiciones para el cumplimiento cabal de la normativa y el preciso manejo de los instrumentos informáticos que exige la LOSNCP y el RGLOSNCP.

El problema que se evidencia en esta facultad que tiene el SERCOP a partir de la última reforma a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública dada el 14 de octubre de dos mil trece, es que aún no está claramente especificado cual será el perfil de los servidores públicos que obtendrán la mencionada certificación, no está claro quienes accederán a las pruebas o evaluaciones para obtener las certificaciones de las competencias de los servidores que se encargan de ejecutar los procesos de contratación. A su vez se habla de un "modelo de gestión" que propondrá un esquema orgánico institucional que podría ser aplicado por las entidades contratantes, buscando instrumentar y coordinar la operatividad y la funcionabilidad entre entidades contratantes y el SERCOP.

1.1 Cómo era la contratación pública en Ecuador antes de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

A continuación de lo expuesto en el punto anterior se concluye que con el nacimiento de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, el Ecuador se introdujo en un sistema de contratación que trata de paralizar los problemas de corrupción que existían de manera desmedida en las entidades públicas, con las normativas que antecedieron a la mencionada ley que regulaban la contratación en nuestro país, con el cumplimiento de los principios que rigen la contratación pública, en especial el principio de publicidad y el de trato justo.

Desde la Ley de Hacienda hasta la Ley de Contratación Pública, no existía homologación a nivel de las entidades públicas para los procesos de contratación, tan es así que las entidades públicas contaban con su propia lista de oferentes para la contratación de bienes, la prestación de servicios y la ejecución de obras, incluso la contratación de consultoría constaba en una Ley distinta a las ya nombradas, por lo que era frecuente encontrar que ciertas entidades públicas contrataban de manera recurrente con uno o varios oferentes, que lo único que hacían era rotar año a año sus contrataciones y así se "repartían" los fondos públicos, con lo que tenían asegurada sus ganancias, cosa que no resultaba gratuita, pues varios funcionarios, principalmente los que hacían parte de las denominadas Juntas de Licitaciones fueron ampliando su patrimonio de manera poco lícita, conocidos fueron los negociados que los funcionarios de instituciones como el Registro Civil tenían con

proveedores de insumos para la realización de especies valoradas, pues se adjudicaba y contrataba a dedo.

Los oferentes no conocían sobre la planificación de contrataciones anuales que tenían proyectado realizar las entidades públicas, y ello les impedía a su vez establecer estrategias para llegar a ser proveedores del Estado, cosa que según la normativa legal vigente es obligatoria para las entidades que manejan fondos públicos, ya que hasta el quince de enero de cada año deben publicar en el portal institucional www.compraspublicas.gob.ec el Plan Anual de Contrataciones PAC en el que debe constar la información referente a los procesos contractuales de adquisición de bienes, prestación de servicios, ejecución de obras y consultorías a contratarse durante el período comprendido entre enero a diciembre de cada año.

En derecho comprado, en opinión de esta autora se deben tomar en cuenta algunos de los aspectos que se rescatan de la contratación pública en Chile (Ley 19886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de servicios y que se podrán aplicar perfectamente a la realidad de nuestro país, como son:

- **La evaluación anual de las asignaciones presupuestarias en relación a la calidad de los bienes y servicios contratados**, está evaluación permite acreditar fondos fiscales a las entidades públicas, no solo tomando en cuenta la ejecución presupuestaria sino principalmente por el hecho de en qué fue gastado o invertido el

presupuesto asignado y si se ha cumplido o no con el objetivo de ese gasto o inversión, sino por la calidad de la ejecución.

- **Los oferentes que entreguen mejores condiciones laborales para los empleados** son considerados con puntajes de ponderación que les otorgan ventaja en los procesos de contratación, en relación a otros oferentes que no lo hacen.

- **Registros especializados de acuerdo a la naturaleza del proveedor** (lo que se conoce en Ecuador como el Registro Único de Proveedores), sin embargo es poco eficiente porque son los mismos proveedores quienes tienen que categorizarse muchas veces sin saber si lo están haciendo de manera correcta, lo que les impide saber de los procesos de contratación en los que podrían participar.

A pesar de que la LOSNCP ha sido un gran avance en el tema de la contratación pública en Ecuador es importante analizar especialmente el proceso de subasta inversa electrónica, no solo por ser uno de los procesos más utilizados por las entidades contratantes, sino por ser uno de los procesos que más deficiencias y carencias ostenta.

1.2 Principios que rigen la contratación pública.

Según el Tratadista William López Arévalo, en su Tratado de Contratación Pública (2009), dice que las actuaciones de los diversos actores que intervienen en la contratación pública deben estar enmarcados en principios éticos y jurídicos, las

reglas de interpretación de los contratos, los principios generales del derecho y los que le conciernen de manera particular al Derecho Administrativo, todo ello para dar cumplimiento a los fines del Estado, para lo cual se analizará uno a uno los mencionados principios:

- Principio de Legalidad "quoe non sunt permisae prohibita intelliguntur".

Como es sabido en Derecho Público solo se puede hacer lo que la Ley expresamente permite, con lo cual las entidades contratantes, en el ámbito de la contratación pública no pueden apartarse de lo establecido en las normas legales de la materia y debe proceder en cabal apego a los procedimientos preestablecidos, debido a que la inobservancia, violación u omisión de alguna norma anula lo actuado, y trae consigo sanciones administrativas, civiles y penales a los responsables de dichas acciones, por lo que las actuaciones deberán estar debidamente fundamentadas y motivadas en la normativa legal vigente, en consecuencia la Contratación Pública queda sujeta a un régimen jurídico determinado porque "la Administración es una función esencialmente ejecutiva; ella tiene en la Ley el fundamento y el límite de su acción", razón por la cual no se puede actuar alejada de ella.

- **Principio de Imparcialidad, trato justo e igualitario.**

Es un principio constitucional la "igualdad ante la ley", por lo que se debe guardar el justo medio para evitar los privilegios, ventajas o prerrogativas que vayan

en desmedro de algunos y en beneficio de otros, pues todos merecen el mismo trato y oportunidad, por lo que en contratación pública las ofertas deben ser juzgadas con el más amplio discernimiento de evaluación, con lo que también se garantizará que los bienes y servicios sean de alta calidad se debe tratar a todos los oferentes en igualdad de condiciones.

- **Principio de eficiencia y calidad.**

Este principio tiene que ver con la calidad de la adquisición de bienes, la prestación de servicios, la contratación de obras y consultorías que ostenten la mejor calidad posible y cumplan con condiciones de precio y plazos de entrega o ejecución, para que estos a su vez satisfagan las necesidades de las entidades contratantes y ellos las de sus administrados.

- **Principio de vigencia tecnológica.**

Busca garantizar la utilización de bienes con tecnología de punta y que vayan a la vanguardia con la sociedad actual y con el concepto de globalización, cumpliendo condiciones de inmejorable funcionamiento con el fin de mantener y profundizar la prestación de servicios públicos efectivos y eficientes. Para dar cumplimiento a este principio el SERCOP emitió la Resolución Nro. RE-INCOP-2013-0000085.

- **Principio de concurrencia y libre competencia.**

Este principio propende a que todos los oferentes tengan conocimiento de los procesos de contratación que van a solicitar las entidades contratantes, para así obtener la mayor y más amplia concurrencia de oferentes interesados en participar en los procesos de contratación.

- **Principio de Transparencia y publicidad.**

Tiene como objetivo hacer que todos los procesos de contratación sean de total conocimiento para todos los ciudadanos, sean o no actores de la contratación pública, puesto que lo que se está manejando son fondos estatales, y aquello compete a todos, la publicidad deriva en transparencia puesto que disminuyen las posibilidades de actuaciones dudosas o poco claras.

Para dar cumplimiento a este principio el SERCOP emitió la Resolución Nro. 053-2011, en el cual detalla la documentación considerada como relevante que debe ser publicada en el portal de compras públicas dentro de los procesos de contratación, en la fase precontractual se debe publicar:

- Estudios, diseños o proyectos;
- Estudios de desagregación tecnológica, si es pertinente, incluyendo el oficio de no objeción emitido por el SERCOP;
- Certificación presupuestaria para el objeto de contratación correspondiente;

- Convocatoria o invitación para participar en el proceso de contratación correspondiente;
- El pliego del proceso;
- Resolución de aprobación de pliego e inicio del proceso;
- Preguntas, respuestas y aclaraciones correspondientes al proceso;
- Ofertas técnicas emitidas con firma electrónica, si la tuvieren, salvo la información calificada como confidencial por la entidad contratante conforme al pliego;
- Acta de apertura de las ofertas presentadas por los oferentes;
- Acta que detalle los errores de forma de las ofertas y por lo cual se solicita la convalidación de errores, así como el acta por la cual se han convalidado dichos errores, de ser el caso;
- Informe de evaluación de las ofertas, realizada por las subcomisiones de apoya a la comisión técnica y/o por la comisión técnica, de ser el caso;
- Informe de evaluación de ofertas realizada por la comisión técnica, de ser el caso;
- Cuadro resumen de calificación de las ofertas presentadas;
- Informe de la comisión técnica en la cual recomienda a la máxima autoridad o su delegado la adjudicación o declaratoria de desierto, según corresponda, del proceso de contratación;
- Garantías presentadas antes de la firma del contrato;
- Cualquier resolución de delegación emitida dentro de esta fase por la entidad contratante;
- Resoluciones de cancelación o declaratoria de proceso desierto, según el caso y de existir; y,

- Cualquier reclamo o recurso presentado dentro de esta fase, así como los actos emitidos por la entidad contratante con ocasión de su tramitación.

Y en la fase contractual los documentos que deben ser publicados son:

- Contrato suscrito entre la entidad contratante y el contratista así como sus documentos habilitantes, de ser pertinente;
- Contratos modificatorios, en caso de que sea necesario enmendar errores de conformidad con lo establecido en el artículo 72 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.
- Contratos complementarios, en caso de haberse celebrado acorde con lo dispuesto en el Capítulo VII del Título IV de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.
- Notificación de disponibilidad del anticipo, cuando su pago implica que, a partir de este hecho, corren los plazos de cumplimiento de obligaciones por parte del contratista;
- Ordenes de cambio, de haberse emitido;
- Documento suscrito por las partes respecto a diferencia en cantidades de obra, de haberse emitido;
- Resolución de aprobación de la entidad contratante para la subcontratación de ser el caso;
- Garantías presentadas a la firma del contrato;
- Informe provisional y final o actas de recepción provisional, parcial, total y definitivas, debidamente suscritas, según sea el caso;
- Cronogramas de ejecución de actividades contractuales y de pagos;

- Comunicaciones al contratista respecto de la aplicación de multas u otras sanciones;
- Actos administrativos de sanción y multas;
- Cualquier resolución de delegación emitida dentro de esta fase por la entidad contratante; y,
- Cualquier reclamo o recurso presentado por el contratista, así como los actos emitidos por la entidad contratante con ocasión de su tramitación.

- **Principio de economía.**

Basado en la base de austeridad económica, las entidades públicas deben propender a buscar la adquisición de bienes, la prestación de servicios, la contratación de obras o de consultorías de precios acordes con el mercado y que se apeguen al ahorro estatal.

- **Principio de buena fe.**

Hace referencia a la rectitud que debe inspirar cada actuación de las partes que intervienen en los procesos de contratación, así se refiere el Código Civil en su artículo 1562: “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan, no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que, por la ley o la costumbre, pertenecen a ella”.

- **Principio de colaboración**

Tiene que ver con la participación de todos los ciudadanos (hagan o no parte de la contratación pública), tomando como consideración que la conquista de los fines estatales y el bien común nos compete a todos.

- **Principio de participación nacional.**

Este principio inmerso en la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública, busca que tanto las entidades contratantes, así como los oferentes promuevan e incentiven la participación nacional, otorgando márgenes de preferencia de acuerdo a lo establecido por el Ministerio de Industrias y Productividad.

CAPÍTULO II

1. Deficiencias y Carencias de la Subasta Inversa Electrónica

1.1 ¿En qué consiste la subasta inversa electrónica?

El tratadista Enrique Dans, señala que el concepto de subasta inversa "es tan viejo como la historia de las transacciones económicas…..La subasta inversa como su nombre lo indica, busca un mecanismo de transacción para cuando existe abundante oferta para un bien o servicio determinado, y la demanda puede exponer sus necesidades y permitir que la oferta compita entre sí para satisfacerlas. Tan sencillo como utilizando un ejemplo que le ha dado popularidad "quiero viajar de Madrid a los Ángeles, ¿quién me lleva por sesenta mil pesetas? En el área del business to consumer, la subasta inversa se plantea como una especie de "abogado del cliente", un aliado que permite que podamos acceder a mejores precios gracias a que, las diferentes empresas "ansiosas" de vendernos, se peleen entre sí". www.ie.edu/enrique_dans/.

Por su parte la tratadista ecuatoriana María Inés Baldeón, (2008, p. 23) la cual tuvo una participación representativa en la construcción de la ley actual de contratación pública manifiesta que:

"La subasta inversa, en general, de acuerdo a las definiciones constantes en la doctrina y en el derecho comparado, es en consecuencia, un procedimiento precontractual para adquirir bienes y servicios que se encuentren estandarizados con

las mismas características técnicas; hecho lo cual, los proveedores llegan a una fase de puja en la que se adjudicará la adquisición del bien o la prestación del servicio al proveedor que oferte el menor precio".

En los diccionarios jurídicos dice que "Subasta: De las palabras latinas sub hasta, bajo lanza, por la forma en que era vendido el botín del enemigo. En la actualidad, la subasta es la venta pública de bienes o alhajas al mejor postor, por mandato y con intervención de la justicia. También el arrendamiento de bienes públicos al que más puje. Por extensión, la venta extrajudicial que se hace entre los concurrentes a un local, con adjudicación al mejor oferente. En Derecho Administrativo, uno de los medios de que la Administración se vale para otorgar los contratos de obras públicas o de prestación de servicios públicos, cuando no los realiza o explota por sí, sino por cuenta del que, ajustándose al pliego de condiciones, ofrece costo menor en las unas o prima mayor en los otros. En américa se prefieren los sinónimos de licitación y remate" y como "Subasta inversa: la subasta inversa o reversa, es una nueva modalidad de selección, por la cual las entidades estatales adquieren bienes comunes a través de un procedimiento muy rápido, en el cual solamente se califica el precio que ofrecen los participantes" (http://www.silec.com.ec/WebTools/eSilecPro/Search/HerramientasJuridicas/DiccionarioJuridico.aspx).

Entonces la subasta de manera general es aquella que se entiende como la comercialización de bienes en venta pública a los oferentes interesados en participar que prometan el mejor precio por dichos bienes, y es este quien se hace acreedor al bien subastado; mientras que en Derecho Administrativo funciona de manera

opuesta, ya que los oferentes interesados en ser proveedores del Estado de bienes y servicios, deben ofertar hacia la baja para resultar adjudicados con el contrato, después de haber ofertado los bienes o servicios de conformidad con lo solicitado en el pliego de cada proceso contractual.

La subasta inversa electrónica en contratación pública es el proceso dinámico por el cual se realiza la contratación de bienes y servicios estandarizados u homologados, rigiéndose por los términos de referencia (en el caso de prestación de servicios) y las especificaciones técnicas (en el caso de bienes) contenidas en el pliego, cuyo cumplimiento permite habilitar al proveedor para la calificación de la siguiente fase, en la que se llevará a cabo la puja a través del métodos electrónicos en el portal de compras públicas www.compraspublicas.gob.ec, (acto que es completamente visible para cualquier ciudadano) y en la cual los oferentes proponen el mejor precio con tendencia a la baja, y aquel que ha ofertado su precio más conveniente resultará adjudicado el contrato del proceso de subasta inversa electrónica.

Según el artículo 47 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, "la subasta inversa se utiliza para la adquisición de servicios y bienes normalizados que no consten en el catálogo electrónico, las entidades contratantes deberán realizar subasta inversa, en la cual los proveedores de bienes y servicios equivalentes, pujan hacia la baja el precio ofertado, en acto público o por medios electrónicos a través del portal institucional".

Los resultados de los procesos de adjudicación por subasta inversa son publicados de manera automática en el portal institucional para que se realicen las auditorías correspondientes, y si existe una sola oferta técnica calificada o si luego de esta un solo proveedor habilitado presenta su oferta económica inicial en el portal, no se realizará la puja y en su lugar se efectuará una sesión única de negociación entre la entidad contratante y el oferente habilitado para el efecto. El único objetivo de la sesión será mejorar la oferta económica por lo que la LOSNCP establece que se deberá mejorar la oferta económica inicial en al menos el cinco por ciento (5%) y si después de la sesión de negociación se obtiene una oferta definitiva favorable a los intereses nacionales o institucionales, la entidad contratante procederá a contratar con el único oferente si así lo decide la máxima autoridad o su delegado.

El reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública establece los procedimientos y normas de funcionamiento de la subasta inversa.

De acuerdo a la doctrina y al derecho comparado se desarrolla un procedimiento precontractual para la adquisición de bienes y servicios que están estandarizados con las mismas características técnicas, consiguiendo el resultado final que es la adquisición del bien o servicio con el precio más bajo ofertado. Este proceso se puede llevar a cabo a través del proceso electrónico o presencial, se debe considerar que el proveedor al momento de proponer el menor valor de su producto

o servicio, no le permite ofrecer una calidad deficiente de lo ya ofertado, por eso se debe homologar o estandarizar las características técnicas del servicio o del bien.

Es trascendental señalar que la subasta inversa no está dirigida para la adquisición de un bien o servicio, que por ser mas bajo el precio que se oferta vaya en detrimento de la calidad del bien o servicio, pues al contrario se debe mantener la calidad de los mismos que se ofertan para la posible contratación con el Estado, por lo que en los precios ofertados se deben considerar todos los costos de los bienes o servicios en las mismas o mejores características de lo solicitado en el pliego del proceso, por lo que el oferente que resulte adjudicado no podrá aducir que en su oferta económica final no consideró la calidad de los bienes o servicios solicitados en el pliego del proceso y que en razón de ello va a entregar otro servicio o bien de menor calidad, este requisito es observado detenidamente en el proceso de selección previa la realización de la puja, por lo que obliga que la comisión técnica del proceso constate el cumplimiento irrestricto de lo solicitado en el pliego de cada una de las ofertas presentadas y solo aquellas que cumplan podrán acceder a la puja, dando cumplimiento obligatorio de las partes que adquieren los bienes y servicios normalizados u homologados a través de este y otras maneras presentados en la ley, pues es el mismo cuerpo normativo el que en su artículo 6 numeral 17, al referirse al Mejor Costo en Bienes y Servicios Normalizados, señala: “La oferta que cumpliendo con todas las especificaciones y requerimientos técnicos, financieros y legales exigidos en los documentos precontractuales oferte el precio más bajo”.

Con lo expuesto se debe tomar en cuenta que para que exista el debido proceso dentro de la subasta inversa corresponde nombrar a la Comisión Técnica del Proceso, con el fin de que dichos funcionarios lleven a cabo la fase precontractual del proceso de contratación de conformidad con lo establecido en el Reglamento de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, art. 18.- Comisión Técnica.- Para cada proceso de contratación de: "Consultoría por lista corta o por concurso público; 2. Subasta inversa, cuyo presupuesto referencial sea superior al valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0.000002 por el monto del Presupuesto Inicial del Estado; 3. Licitación; y, 4. Cotización, 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.

Los miembros de la Comisión Técnica serán funcionarios o servidores de la entidad contratante (…). Los funcionarios o servidores públicos miembros de la comisión técnica tienen una gran responsabilidad, pues son quienes dan respuesta a las preguntas formuladas por los oferentes, realizan aclaraciones al proceso de contratación de ser necesario, califican las ofertas presentadas y recomiendan a la máxima autoridad o su delegado la habilitación de los oferentes calificados para la puja.

De conformidad con el Reglamento de Contratación de la Administración Pública Central, para la adquisición de bienes normalizados, se deberá aplicar la subasta inversa electrónica siempre y cuando no se encuentren en el catálogo electrónico, las etapas de la subasta inversa en la fase precontractual son:

1. **La convocatoria**.- en la que se debe indicar de manera precisa el calendario para las preguntas y aclaraciones, la entrega de propuestas, la calificación de participantes, la puja, la duración de la puja y la forma de adjudicación; este se lo realiza en los formatos asignados por el portal de compras públicas www.compraspublicas.gob.ec.

2. **La etapa de preguntas respuestas y aclaraciones**.- La comisión de la subasta inversa, dentro del tiempo determinado para el efecto, por propia iniciativa o a pedido de los participantes podrá emitir aclaraciones o modificar los documentos precontractuales, sin que estas alteren el objeto del contrato ni el presupuesto referencial.

3. **La presentación de propuestas**.- los oferentes deberán presentar su oferta de conformidad a lo solicitado en el pliego del proceso y lo podrán hacer de manera electrónica a través del portal de compras públicas, para lo cual deberán contar con la firma electrónica o token que valide su oferta o de manera física con la entrega de la misma en la entidad contratante.

4. **La calificación de participantes**.- La comisión técnica de la subasta inversa procede a calificar y habilitar a los participantes de la subasta inversa por medio del

mecanismo cumple o no cumple (CHECK LISTS) con todas las condiciones definidas en el pliego o las bases, en un día señalado. De los resultados obtenidos en la calificación se comunicará a los participantes, esto se lo realizará a través del correo electrónico y las cuentas que hayan registrado los propios participantes de manera automática a través del portal de compras públicas, una vez que las entidades contratantes han publicado los resultados.

5. **La habilitación para la puja**.- solo los eferentes cuya propuesta haya cumplido con los requisitos mínimos solicitados en los pliegos pueden ser habilitados para presentar su oferta económica inicial a través del portal de compras públicas.

6. **La puja.-** (acto de la subasta inversa electrónica).- Se cumplirá con la convocatoria, la cual cuenta con un día y hora específico, en donde se realiza la subasta inversa electrónica a través del portal www.compraspublicas.gob.ec. Cuenta con un período máximo de cuarenta y cinco minutos contados a partir de la hora establecida en la convocatoria. Todos los oferentes deben realizar la puja, durante este período determinado, proponiendo las diferentes bajas que consideren necesarias.

7. **La adjudicación.-** La comisión de la subasta inversa, elaborará un informe de resultados en el cual recomendarán a la máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado la adjudicación del contrato al proveedor que haya propuesto el precio más bajo.

Igualmente el decreto ejecutivo 1091, indica que para dar inicio a cualquier proceso precontractual, se debe cumplir con los siguientes requisitos generales:

1. **Certificación presupuestaria**.- Documento por el cual el oferente certifica que posee un saldo suficiente en la partida para poder cubrir la futura obligación.

2. **Publicación obligatoria en el portal**.- Se debe publicar en la página web institucional la convocatoria o la invitación, como las bases o especificaciones técnicas de todos los procesos que sean realizados por la entidad contratante, con sus respectivos resultados.

3. **Inscripción de los proveedores en el registro único de proveedores RUP**.- Todos los proveedores que participen en los procesos deben contar con el registro único de proveedores RUP. En caso de que se produzca la adjudicación del proceso de un proveedor que no cuente con el registro único RUP, deberá inscribirse, para la celebración del contrato.

1.2 Tipos de subasta inversa:

El decreto ejecutivo 1091, indica que por regla general los procesos de adquisición de bienes normalizados que se encuentren dentro del presupuesto referencial que resulte de multiplicar el 0,0000002 por el presupuesto inicial del

Estado, se los realiza mediante la subasta inversa electrónica o también denominada puja electrónica a la baja.

Además dispone que solo por excepción, no se realizará una subasta inversa electrónica, sino que se realizará una subasta inversa presencial en los siguientes casos:

1. Para la adquisición de bienes normalizados sobre los que no hubiere proveedores registrados en el registro único de proveedores RUP.

2. Cuando por causas técnicas debidamente justificadas y acreditadas por el Ministerio de Industrias y Competitividad no fuere posible realizar la adquisición de bienes normalizados a través del proceso de subasta inversa electrónica.

Se debe mencionar las diferentes clases de subastas inversas que se encuentran en el apartado II del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (RGLOSNCP), y son:

Subasta Inversa Corporativa.-, se utiliza para la adquisición de fármacos con el propósito de suscribir convenios que permitan a las Entidades Contratantes la adquisición directa de fármacos a través del llamado Repertorio de Medicamentos, entendido éste como el catálogo de medicamentos normalizados publicados en el Portal www.compraspublicas.gob.ec, este proceso lo lleva a cabo el Servicio Nacional de Contratación Pública con las farmacéuticas que estén interesadas en

participar, así se evita que una entidad cuyo giro de negocio sea salud obtenga precios diferentes a los de otra entidad contratante cuyo giro es el mismo.

Subasta Inversa Institucional.- se aplica para la adquisición de fármacos que no se encuentren en el Repertorio de Medicamentos que se halla publicado en el portal de compras públicas www.compraspublicas.gob.ec.

Subasta Inversa Electrónica.- se aplica para la adquisición de todos los bienes y servicios homologados en el mercado.

Como beneficios de la subasta inversa electrónica se han identificado los siguientes puntos:

1. **Representa un importante ahorro para la entidad contratante** y por lo tanto para el Estado en general, por la reducción del precio, un claro ejemplo es en la Secretaría Técnica de Discapacidades en donde se adquirió cinco mil audífono retro auriculares para personas con discapacidad auditiva, en el cual el oferente al momento de la puja redujo su oferta económica en el 49% del presupuesto referencial aproximadamente.

2. **Considerable disminución del tiempo del proceso contractual**.- El proceso precontractual es considerablemente menor al que se llevaba a cabo antes de la LOSNCP, un proceso de subasta inversa se puede llevar a cabo en el portal de compras públicas en dos o tres semanas hasta la adjudicación del contrato y quince días más hasta la suscripción del contrato.

3. **Adjudicación inmediata.-** Una vez que todo el proceso precontractual se ha llevado a cabo con éxito, el sistema oficial de contratación arroja los resultados finales de la puja, lo cual faculta a las entidades contratantes a realizar los actos administrativos necesarios para proceder con la respectiva adjudicación.

4. **Transparencia y publicidad**.- Todos los oferentes que estén calificados en el Registro Único de Proveedores RUP, y habilitados para participar en el proceso recibirán de manera automática la invitación correspondiente, e incluso aquellos proveedores que estén interesados en participar podrán auto-invitarse en el proceso de contratación, siempre que se registren en la categoría del producto CPC, lo cual lo deberán hacer antes de la fecha límite para la presentación de la oferta. Con el fin de tecnificar y modernizar la contratación pública a través de su publicación en la web, se coarta en mayor medida a la corrupción, y el hecho de que exista la mayor cantidad de información visible para todos los ciudadanos faculta a que se puedan generar veedurías ciudadanas y cualquier tipo de impugnación en caso de encontrar direccionamientos o exclusiones mal intencionadas.

5. **Aumenta el espectro de potenciales proveedores**.- Da la posibilidad de que el oferente se presente a la subasta inversa sin tener la necesidad de encontrarse en la misma ubicación geográfica, ya que en la subasta inversa electrónica puede presentar su oferta el proveedor de la misma provincia en donde se encuentra la entidad contratante así como de cualquier otra provincia del país.

Como desventajas de la subasta inversa electrónica se precisan las siguientes:

1. **En el formulario de la oferta se debe declarar la "oferta económica inicial**" lo cual otorga información preferente a los funcionarios de las entidades contratantes que tienen acceso a esta información, lo cual puede derivar en actos de corrupción, pues los funcionarios pueden otorgar esta información de manera preferente a alguno de los oferentes que presentaron su oferta dentro del proceso de contratación, con el objeto de que a partir de esa información preparen su oferta económica al momento de la puja.

2. **La LOSNCP otorga un tiempo mínimo de 15 minutos y máximo de 45 minutos para que los oferentes habilitados para la puja oferten sus precios a la baja**, sin embargo en casi la totalidad de los casos los oferentes pujan entre ellos en los últimos 5 minutos, lo que hace que el oferente que logro ingresar en el sistema su última oferta económica es quien regularmente resulta adjudicado.

3. **El hecho de que la oferta de los proponentes deba de ser llevada de manera física a las entidades contratantes,** deja espacios para posibles actos de corrupción, ya que en la oferta pueden omitirse documentos considerados como requisitos mínimos (lo cual descalificaría la oferta), y los funcionarios pueden tomar la "decisión" de solicitar al oferente que integre dichos documentos a su oferta, sea cual sea su fin.

4. **La homologación o normalización de los bienes y servicios a ser contratados mediante subasta inversa**, muchas veces queda a la subjetividad de las entidades contratantes, privilegiando o escogiendo otro tipo de procedimiento contractual con el objetivo de evadir la subasta inversa.

5. **Los términos de referencia o las especificaciones técnicas pueden ser direccionados** para que solo un grupo pueda cumplir con lo solicitado por la entidad contratante, excluyendo a los demás oferentes que también pueden cumplir con el objeto de la contratación.

6. **Las reglas de participación y mediante el cual se determina el patrimonio (**Según la resolución del SERCOP Nro. 0000082-2013) con el que deben cumplir los oferentes para que sus ofertas puedan ser consideradas por las entidades contratantes, hace que se excluya a los oferentes pertenecientes a los grupos de la economía popular y solidaria, las microempresas y las pequeñas empresas, creando contradicción con el cambio de la matriz productiva que está impulsando el gobierno actual.

1.3 Deficiencias de la Subasta Inversa Electrónica

Se ha identificado las siguientes deficiencias en el proceso precontractual de subasta inversa electrónica:

1. El tema de “normalización” de los bienes y servicios por parte de las entidades contratantes tiene muy poca normativa y permite la subjetividad.

2. Los estudios previos que realizan las entidades contratantes reflejan direccionamiento y preferencias al momento de iniciar los procesos de contratación.

3. Se evidencian actos colusorios que se hacen visibles especialmente en el momento de la puja electrónica.

4. La obtención de garantías es imposible para las MYPES y los actores de la economía popular y solidaria suponiendo que puedan participar en procesos de gran cuantía.

5. Los formatos establecidos por el SERCOP en referencia al Valor Agregado Ecuatoriano, son difíciles de entender, considerando que las MYPES y los miembros de la economía popular y solidaria apenas saben leer y escribir.

6. Las capacitaciones del Servicio Nacional de Contratación Pública SERCOP no llegan a todos los oferentes, con la base de datos que el SERCOP tiene debería enviarse las actualizaciones del sistema a los e-mails registrados.

1.4 Carencias de la Subasta Inversa Electrónica

Las carencias halladas en el proceso precontractual de subasta inversa electrónica son:

1. Falta de procedimiento 100% automatizado y tecnificado (Evita que la entidad contratante pueda tener contacto con los oferentes).

2. Normativa respecto a los proveedores que tienen más de tres contratos con el Estado vigentes que se encuentren en un porcentaje menor al 70% de ejecución.

3. El portal institucional permite ingresar un Código de Producto Categorizado por proceso, si se permitiera ingresar varios códigos habría más invitados para participar en el proceso de contratación y esto favorecería al cumplimiento del principio de participación e igualdad y al cumplimiento del Plan Nacional del Buen Vivir.

4. En Derecho Comparado.- en la ley 19986 de Chile, se obliga a los adjudicados a presentar una "garantía para cubrir a sus trabajadores", lo que garantiza que si el oferente baja en demasía el precio de sus bienes o servicios, esto no vaya en desmedro de los derechos del trabajador o sus condiciones laborales.

CAPÍTULO III

1. Eficiencia y eficacia de la Subasta Inversa Electrónica

Según la rendición de cuentas del Servicio Nacional de Contratación Pública SERCOP se ha mejorado la herramienta y homologado para que por medio de la subasta inversa de bienes y la de servicios participen ofertas de origen nacional de manera exclusiva, lo cual reserva el mercado de manera privilegiada para los oferentes cuyas propuestas sean de origen ecuatoriano.

Para tener una idea gráfica de los resultados obtenidos en el año 2013 de la ejecución del presupuesto referencial del Estado se presenta el siguiente cuadro:

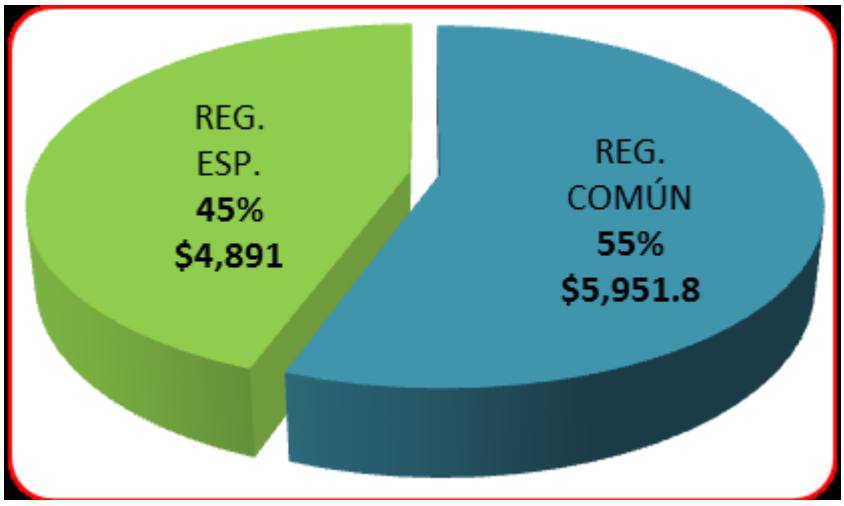

Tabla 1 RÉGIMEN COMÚN

RÉGIMEN COMÚN			
PROCEDIMIENTO	**No. PROCESOS 2013**	**PRESUPUESTO 2013**	**ADJUDICADO 2013**
Licitación	675	$ 2,308,109,307.50	$ 2,200,553,919.17

Subasta Inversa Electrónica	22,579	$ 1,871,755,895.00	$ 1,653,235,590,00
Cotización	2,854	$ 723,304,925.82	$ 695,301,160.87
Menor Cuantía	21,622	$ 644,244,529.04	$ 642,514,062.06
Catálogo Electrónico	44,810	$ 373,059,622.74	$ 373,059,622.74
Concurso Público	74	$ 124,260,271.64	$ 116,247,303.36
Contratación directa	5,851	$ 113,513,996.32	$ 112,302,759.95
Lista corta	745	$ 115,288,870.96	$ 113,198,576.28
Licitación de Seguros	259	$ 50,431,722.90	$ 45,417,684.97
TOTAL	**99,469**	**$ 6,323,969,142.33**	**$ 5,951,830,679.64**

(Rendición de Cuentas SERCOP 2013, p. 82)

Analizando las estadísticas presentadas a través de la rendición de cuentas del Servicio Nacional de Contratación Pública SERCOP, se evidencia que mediante procesos de régimen común se realizaron el cincuenta y cinco por ciento de las contrataciones, siendo el proceso de subasta inversa electrónica el segundo proceso por el que se adjudicó la mayor parte del presupuesto referencial, sin embargo se realizaron muchos más procesos de subasta inversa electrónica (22.579) que de licitación (675), para visualizar lo expresado se presenta la siguiente información:

Tabla 2 Rendición de Cuentas

NOMBRE DEL PROCEDIMIENTO	N° DE PROCESOS	%	MONTO ADJUDICADO	%
Licitación	675,00	0,68%	2.200.553.919,17	36,97%
Subasta inversa electrónica	22.579,00	22,70%	1.653.235.590,00	27,78%
Cotización	2.854,00	2,87%	695.301.160,87	11,68%
Menor cuantía	21.622,00	21,74%	642.514.062,06	10,80%
Catálogo electrónico	44.810,00	45,05%	373.059.622,74	6,27%
Concurso público	74,00	0,07%	116.247.303,36	1,95%
Contratación directa	5.851,00	5,88%	112.302.759,95	1,89%
Lista corta	745,00	0,75%	113.198.576,28	1,90%
Licitación de seguros	259,00	0,26%	45.417.684,97	0,76%
	99.469,00		5.951.830.679,40	

(Rendición de Cuentas SERCOP 2013).

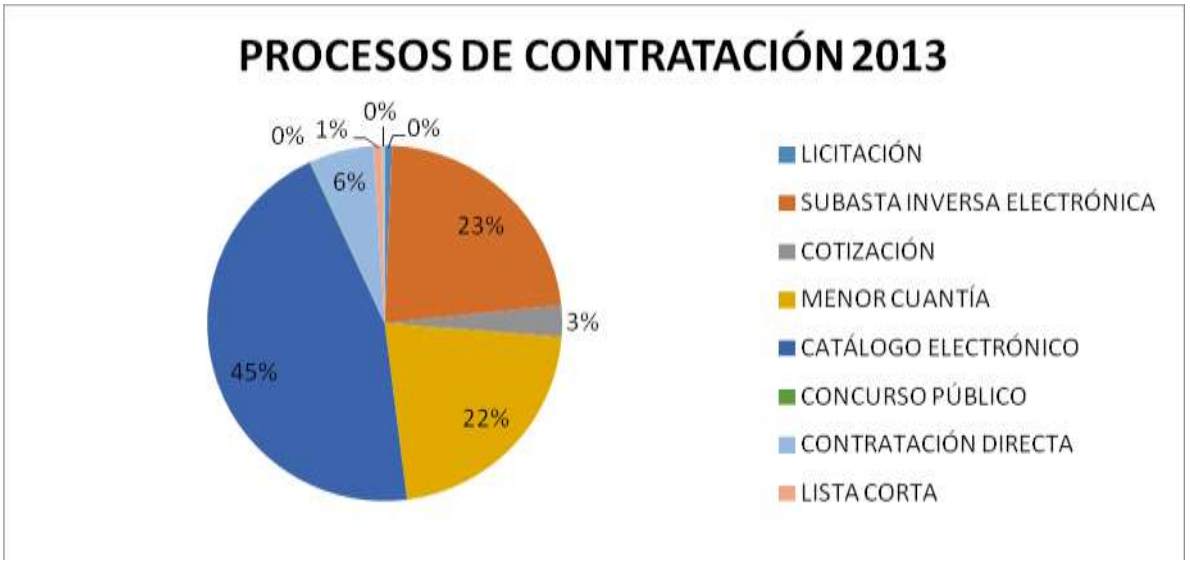

Gráfico 1 Procesos de Contratación

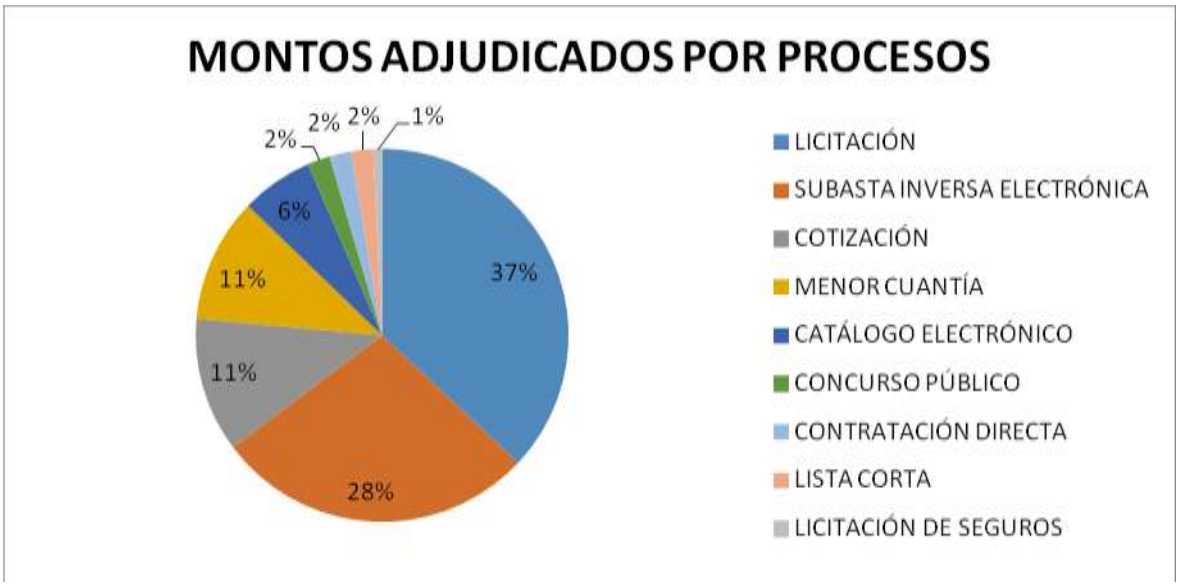

Gráfico 2 Montos Adjudicados por procesos

Con los gráficos presentados se evidencia la importancia del análisis de la subasta inversa electrónica debido a que como se dijo anteriormente no solo es el segundo proceso más utilizado por las entidades contratantes al momento de elegir

el tipo de procedimiento precontractual que se va a emplear, sino también por ser uno de los procesos por medio del cual más presupuesto se ejecuta.

2 Los actos y contratos administrativos y su forma de impugnación.

Acto Administrativo

De conformidad con el ERJAFE en su artículo 65 "Acto administrativo.- es toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos individuales en forma directa".

Los actos administrativos son declaraciones intelectuales que tienen fuerza vinculante por la autoridad de la Ley, es una declaración unilateral ya que emana de la voluntad de un solo sujeto de derecho; en este caso de las entidades contratantes o del órgano rector del Sistema Nacional de Contratación Pública, el Servicio Nacional de Contratación Pública SERCOP. Los actos jurídicos crean situaciones jurídicas directas o indirectas y la voluntad del administrado no media en la preparación del acto.

El acto administrativo siempre debe ser dictado en ejercicio de la función administrativa, que pueden ser: decretos, disposiciones, órdenes, resoluciones, decisiones, autorizaciones, permisos, el pliego del proceso que contiene las bases de la contratación. Los actos jurídicos producen efectos jurídicos, es decir que crea derechos u obligaciones para la administración y para el administrado.

Según Dromi (2004) los elementos esenciales que debe contener un acto administrativo son:

Competencia.- está determinada por el Derecho Objetivo y es irrenunciable y debe ser ejercida por el órgano que tiene dicha atribución a su vez, a quien haya sido delegado para el efecto, por lo expuesto la competencia condiciona la validez de un acto administrativo.

Objeto.- es el contenido sobre el cual se decide, se certifica, se valora o se opina, al hablar de objeto éste debe tener las características de ser cierto, claro, preciso y posible de llevarse a cabo, deben contener los hechos que sucedieron para que se genere, los fundamentos legales que permiten su emanación y la parte resolutiva.

El objeto debe ser lícito, ya que de emanarse un acto administrativo de un objeto ilícito este lo nulita de por sí, debe ser preciso lo cual quiere decir que debe determinarse a las personas o cosas que afecta, el tiempo y lugar en el que deberá producir sus efectos.

Voluntad.- está compuesto por la voluntad subjetiva del funcionario y según la doctrina puede ser expresa o tácita, se considera tácita cuando se aplica el silencio administrativo, que a su vez es la presunción de la voluntad del funcionario.

Forma.- es la manifestación formal de la voluntad administrativa, a su vez existen formas de instrumentación y formas de publicidad del acto administrativo,

independientemente de ello los actos administrativos deben ser siempre notificados al interesado.

Motivación.- es la manifestación de las condiciones que han provocado la emisión del acto administrativo, está implícita dentro de lo que habitualmente se llaman considerandos.

La motivación, es decir los fundamentos de hecho y de derecho explican y proveen la correcta interpretación del sentido del acto administrativo, así como su alcance, deben estar basados en hechos ciertos y concretos caso contrario estaría viciado de falta de causa o motivo, elemento esencial para dar nacimiento al acto.
La motivación es parte del Estado de derecho y su carencia no es tan solo un "vicio de formas", sino que también constituye un vicio de arbitrariedad, este elemento constituye el cuerpo del acto administrativo.

Notificación.- el acto administrativo que no es notificado no produce efectos jurídicos de manera inmediata y en razón de ello su eficiencia se ve disminuida.

Los actos administrativos pueden ser impugnados a través de recursos administrativos o acciones y recursos judiciales, en sede administrativa los recursos que se pueden presentar son: jerárquico, de alzada, de revisión o reconsideración; mientras que las reclamaciones que se pueden presentar en contra de un acto administrativo son: mera reclamación, reclamación administrativa previa y queja; las denuncias a su vez son: mera denuncia, denuncia de ilegitimidad. En sede judicial la

impugnación del acto administrativo puede realizarse con recursos propios, es aplicable siempre y cuando se haya incurrido primero en el agotamiento de la vía administrativa.

La impugnación en sede administrativa es procedente cuando el acto administrativo se cree ilegitimo, por razones de oportunidad o conveniencia, y en sede judicial se lo puede invocar únicamente por razones de ilegitimidad.

En contratación pública son actos administrativos las resoluciones que dan inicio a los procesos de contratación, las resoluciones de adjudicación que le dan la facultad al oferente de presentarse a la firma del contrato en un plazo máximo de quince días, las resoluciones ampliatorias, modificatorias o rectificatorias de un acto administrativo anterior, las resoluciones que declaran desierto o cancelado un proceso, el pliego del proceso, etc.

Contrato Administrativo

Según Dromi, (2004, p. 263) "Es toda declaración bilateral o de la voluntad común, productora de efectos jurídicos, entre dos o más personas, de las cuales una está en ejercicio de sus funciones administrativas".

De conformidad con el artículo 75 del ERJAFE, "Contratos Administrativos.- es todo acto o declaración multilateral o de voluntad común; productor de efectos

jurídicos, entre dos o más personas, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa. Su regulación se regirá por las normas jurídicas aplicables".

Con lo expuesto se concluye que los contratos administrativos son un acuerdo que crea relaciones jurídicas entre un ente estatal o público, con una persona natural o jurídica o con otra entidad pública, haciendo un análisis de la definición de contrato administrativo se dice entonces que es un acto bilateral que manifiesta la voluntad de las partes, que causa recíprocamente derechos y obligaciones entre las partes.

Los elementos constitutivos del contrato administrativo son:

Sujetos o partes del contrato.- por una parte es la administración pública representada de cualquier manera y los particulares representados de manera individual o colectiva, o a su vez la administración pública.

Competencia y capacidad.- se trata de la aptitud legal que deben tener los sujetos para suscribir los contratos, deben representar debidamente a quienes significan.

Consentimiento.- es la expresión de la voluntad de cada una de las partes que intervienen en la suscripción del contrato, debe hacerse de manera consciente y sin ningún tipo de presión, ambas partes deben estar de acuerdo con todas y cada una de las cláusulas que del contrato administrativo emanen, sin perjuicio de que puedan existir las denominadas cláusulas de adhesión.

Objeto.- es la que tiene como contenido una prestación de dar, hacer o no hacer algo que tienen como objeto la satisfacción de las necesidades públicas y generales, el objeto del contrato debe estar ceñido a las normas del derecho objetivo: ser cierto, posible, determinable y lícito caso contrario el contrato administrativo es nulo.

La causa del contrato administrativo es siempre objetiva, en ella no tiene cabida la subjetividad de ninguna de las partes que intervienen en la misma.

Forma.- es el modo como se define o se materializa el vínculo de las partes contratantes, generalmente se lo hace de manera escrita y para su perfeccionamiento se debe atender a lo que dictamina el Derecho positivo.

En general la manera de impugnar los hechos, actos y contratos administrativos son los siguientes:

Recurso	Razones de procedencia	Causas de interposición	Órgano emisor del acto impugnado	Ante quien se interpone	Órgano que resuelve	Acto Impugnado
Reconsideración	Lesión a un derecho subjetivo o interés legítimo	Ilegitimidad del acto e inoportunidad	Cualquier órgano	Ante la misma autoridad que emitió el acto	Si el acto ha sido dictado por delegación, será resuelto por el órgano delegado, pudiendo avocarse el delegante.	Acto definitivo o que impida totalmente la tramitación, y contra actos interlocutorios o de mero trámite que lesionen un derecho subjetivo o un interés legítimo
Jerárquico	lesión a un derecho subjetivo o interés legítimo	Ilegitimidad del Acto e inoportunidad	Cualquier órgano	Ante la misma autoridad que emitió el acto	Ministros y secretarios de la presidencia, en cuya jurisdicción actúa el órgano emisor. Poder Ejecutivo, si el acto hubiera emanado de ministros	Actos definitivos o asimilables

Alzada	Derecho subjetivo o interés legítimo	Ilegitimidad del Acto e inoportunidad	Órgano superior de entes descentralizados, empresas o sociedades de propiedad total o estatal mayoritaria del Estado nacional	Ante la misma autoridad que emitió el acto	El ministro o secretario de la Presidencia de la Nación, en cuya jurisdicción actúa el ente.	Actos definitivos o asimilables
Revisión	Derecho subjetivo o interés legítimo	Contradicciones en la parte dispositiva - Descubrimiento de documentos ignorados o que no se pudieron presentar. - Dictado sobre la base de documentos falsos. - Dictado mediante cohecho, prevaricato, violencia, maquinación fraudulenta o grave irregularidad.	Cualquier órgano	Ante el órgano emisor	El mismo	Actos definitivo y firme
Aclaratoria	Derecho subjetivo o interés legítimo	Contradicción en la parte dispositiva o entre la motivación y la parte dispositiva. - Omisión sobre	Cualquier órgano	Ante el órgano emisor	El mismo	Acto definitivo.

		alguna de las peticiones.				
Rectificación	Derecho subjetivo o interés legítimo	Errores materiales. - Errores de hecho. - Errores matemáticos	Cualquier órgano	Ante el mismo	El mismo que cometió el error o superior	Toda clase de acto
Queja	Derecho subjetivo o interés legítimo	Defectos de tramitación. Incumplimiento de los plazos.	Cualquier órgano	Ante el inmediato superior	El inmediato superior ante quien se lo interpuso	Toda clase de acto
Denuncia de ilegitimidad	Derecho subjetivo o interés legítimo	Ilegitimidad	Cualquier órgano	Ante quien se debe interponer el recurso	El órgano que hubiese resuelto el recurso	Acto definitivo

(Dromi, 2008, p. 1230 y 1231).

Las diversas maneras de impugnar, tanto los actos como los hechos administrativos, son poco conocidos por los oferentes en el tema de contratación pública, escaso es el interés que el Servicio Nacional de Contratación Pública ha puesto en dar a conocer a los oferentes que constan en su base de datos, lo que los deja en un cierto tipo de indefensión contra acciones que no pueden ser las adecuadas por parte de las entidades contratantes o los mismos oferentes participantes.

3. Teorías sobre los contratos

Teoría de la imprevisión

"Esta teoría se emplea ante circunstancias ajenas a la voluntad de los contratantes, que no pudieron ser previstas en el momento de la manifestación de la voluntad contractual de cada una de las partes, ni en la posterior formalización escrita. Si bien no imposibilita cumplimentar las obligaciones, incidiendo negativamente en la economía del contrato". (Dromi. R. 1999, pág. 594-595).

La teoría de la imprevisión consiste entonces en la alteración por algún acontecimiento no previsto o circunstancia extraordinaria que va en menoscabo (regularmente económico) de alguna de las partes, estos hechos o circunstancias naturales irregulares que se manifiestan en la ejecución del contrato y fueron imposibles de predecir al momento de suscribir el contrato.

Esta alteración sucede regularmente por conductas económicas del mercado como: el aumento de costos, los incrementos de salarios que por ley se debe cancelar a los trabajadores, la devaluación de la moneda, la restricción de importaciones, etc.

Un claro ejemplo de la teoría de la imprevisión es la emblemática y millonaria contratación que hizo el gobierno de Panamá con la empresa SACYR de España por 3200 millones de dólares para la ampliación del Canal de Panamá, quien paralizó las obras para las cuales fue contratada por la imposibilidad de llevarlas a cabo debido a los costos en los que debía incurrir, los mismos que habían variado de manera sustancial respecto a los montos pactados de manera inicial en el contrato. Hasta la fecha la empresa contratada y La Autoridad del Canal de Panamá no llegan a un acuerdo, por lo que se han sometido a un arbitraje internacional para poder dirimir sus controversias, sin embargo las obras de ampliación han sido paralizadas.

Teoría o Principio de Buena Fe

"El principio de la buena fe ha sido considerado también como un principio general del derecho Administrativo y es aplicable durante la ejecución de los contratos administrativos. En este sentido, puede decirse que tanto el particular como la Administración contratante deben cumplir no solo con las obligaciones que están expresamente previstas en el contrato, sino también con aquellas consecuencias que sean conformes a la buena fe" (Abeledo-Perrot. 1998, pág. 943).

Se deduce que la teoría de la buena fe le compete a ambas partes contractuales las mismas que deben tener presente que están ejecutando las necesidades colectivas del Estado situación que aumenta el ejercicio de la buena fe, por lo que no se debe observar a las partes del contrato como opuestos sino como colaboradores y coadyuvantes para ejecutar cumplimiento de las cláusulas contractuales en su totalidad teniendo como fin el bien de la colectividad.

Según el tratadista Jiménez J.R. la buena fe debe incluir continuidad, objetividad y especificidad, entendiendo como continuidad a la confianza que debe reflejar el contratante no solo al momento de la suscripción del contrato sino a lo largo de la ejecución del contrato, lo que debe constituirse en una regla de comportamiento de principio a fin. Mientras que la objetividad consiste en perseguir un imparcial fin común determinado por las cláusulas que componen el contrato y la especificidad es la intención y la conducta que se deriva de la buena fe que obligatoriamente deben estar expresada de manera directa en el contrato para que exista correspondencia entre las partes contractuales, determinando la voluntad y el hecho material que debe llevarse a cabo, dicho de otra manera la buena fe no solo debe presumirse, debe concretarse y determinarse.

Teoría del Hecho del príncipe

"Tiene lugar cuando, por circunstancias fácticas, la habilitación de los plazos de ejecución está sujeta a la voluntad administrativa y siempre que no medie dolo, culpa ni

negligencia del interesado en la tramitación. En tales casos, la supuesta demora depende exclusivamente de la voluntad pública, que debe otorgar "conformidad", "autorización", "aprobación" o "visto bueno" que permitan el nacimiento del plazo". (Dromi. 2004, pág. 416).

La teoría del hecho príncipe se trata entonces de los actos u omisiones que realizan las entidades públicas o contratantes que impiden dar cumplimiento al contrato y al ser causas imputables a las entidades contratantes deben ser absueltos los incumplimientos de los cuales no tiene culpa en contratista y por lo tanto se eximen de cualquier tipo de responsabilidad.

Un claro ejemplo de cuando la teoría del hecho príncipe se hace presente es cuando se ha previsto la entrega de un anticipo por parte de la entidad contratante y a partir de ese momento comienza a correr el plazo contractual, hecho que suele demorar la ejecución del contrato que ya ha sido planificada por la misma entidad contratante, debido a que por trámites burocráticos la entrega del anticipo regularmente puede demorar el inicio del plazo contractual y con ello la ejecución del contrato en el tiempo previsto, así como también cuando se ha establecido que la entidad contratante debe entregar algún tipo de información, autorización para realizar inspecciones u otros factores que son de exclusiva competencia de la entidad y que por una u otra circunstancia suelen demorarse o simplemente no llegan a suceder.

En la doctrina se expresa que: “En relación a la voluntad de las partes que intervienen en ellos se ha aceptado que el Estado siempre está en ventaja jurídica respecto al contratante, pues tiene la facultad de dejar sin efectos al contrato administrativo en caso de incumplimiento o en el supuesto de que las necesidades colectivas o el interés general así lo requieran, de variar las condiciones y circunstancias del contrato dentro de ciertos límites, de variar la extensión de la obligación del contratante, de rescindir unilateralmente el contrato, de ejecutarlo forzadamente o por un tercero, en caso de morosidad”. (Acosta. 2001, pág. 1003).

Lo expuesto por Acosta se hace presente en la realidad de la contratación pública ecuatoriana, muchos han sido los casos en que por causas atribuibles a las entidades contratantes no se han podido ejecutar los contratos y sin embargo el Estado a través de las entidades públicas dan por terminado el contrato de manera unilateral aduciendo cualquier tipo de circunstancia, entonces queda evidenciado que el Estado siempre tendrá ventaja dejando en indefensión a los contratistas que siguieron el proceso precontractual establecido y ganaron de manera lícita la adjudicación y posterior firma del contrato.

CAPÍTULO IV

1. Investigación de Campo

1.1 Resultados de las Encuestas

PREGUNTA NRO. 1

CONSIDERA USTED QUE LA SUBASTA INVERSA TIENE CARENCIAS O DEFICIENCIAS DENTRO DE SUBASTA INVERSA EN ECUADOR	
SI	78%
NO	22%

Fuente: funcionarios públicos, proveedores

REPRESENTACIÓN GRÁFICA PREGUNTA Nro. 1

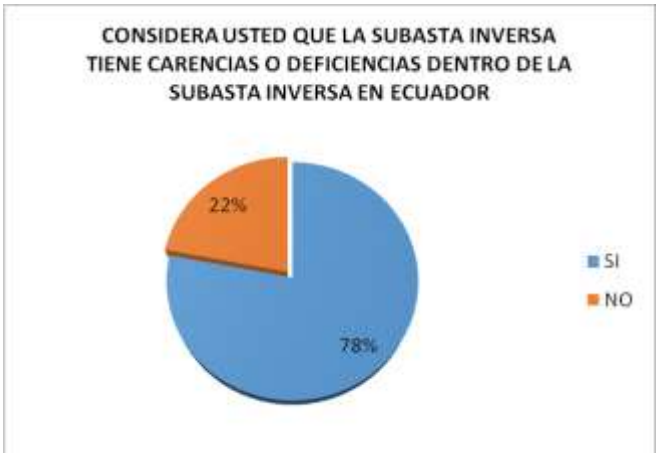

Grafico 3 Pregunta 1

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN

El 78% de los encuestados manifiestan que sí existen carencias o deficiencias dentro de la subasta inversa en Ecuador, por varias causas que son imputables principalmente a razones legales, técnicas y económicas. Mientras que el 22% no considera que existan carencias o deficiencias dentro de la subasta inversa.

PREGUNTA NRO. 2

INDIQUE QUE CLASES DE CARENCIAS O FALENCIAS SE ESTÁN PRODUCIENDO EN LA SUBASTA INVERSA ELECTRÓNICA	
LEGALES	60%
TÉCNICAS	32%
ECONÓMICAS	7%
OTRAS	2%

Fuente: funcionarios públicos, proveedores

REPRESENTACIÓN GRÁFICA PREGUNTA Nro. 2

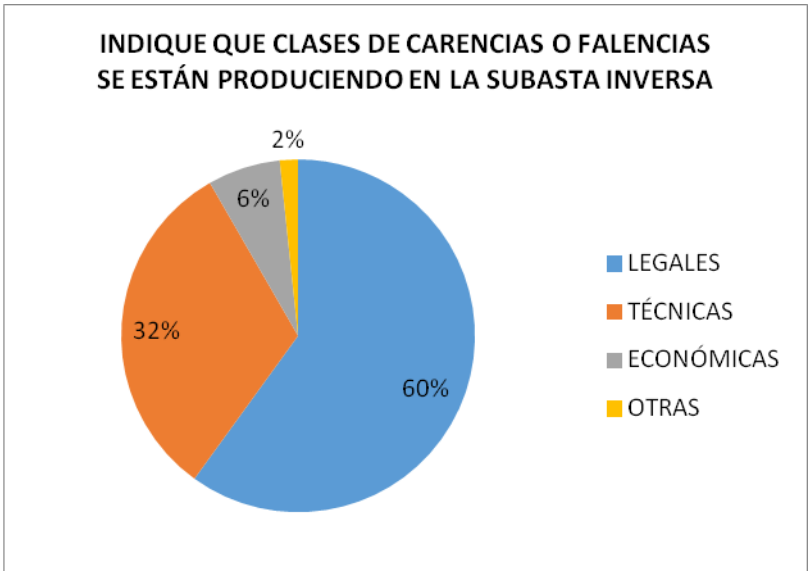

Grafico 4 Pregunta 2

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN

El 60% de los encuestados que respondieron afirmativamente a la pregunta anterior manifiestan que las principales carencias o falencias que se están produciendo en la Subasta Inversa Electrónica son atribuibles a causas legales, el 32% son atribuibles a causas técnicas, el 6% a causas económicas y el 2% a otras.

PREGUNTA NRO. 3

CONSIDERA USTED QUE LOS REQUISITOS MÍNIMOS ESTABLECIDOS EN LOS TÉRMINOS DE REFERENCIAS O ESPECIFICACIONES TÉCNICAS DE LOS SERVICIOS Y/O BIENES SOLICITADOS MEDIANTE SUBASTA INVERSA ELECTRÓNICA, SON REGULARMENTE DIRECCIONADOS O EXCLUYENTES	
SI	66%
NO	34%

Fuente: funcionarios públicos, proveedores

REPRESENTACIÓN GRÁFICA PREGUNTA Nro. 3

Grafico 5 Pregunta 3

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN

El 66% de los encuestados manifiestan que los requisitos mínimos establecidos en los términos de referencia o especificaciones técnicas están direccionados para que solo unos pocos oferentes puedan pasar la etapa de calificación y a su vez acceder a la

puja hacia la baja. Mientras que el 34% considera que no existe direccionamiento que se haya establecido en los términos de referencia y/o especificaciones técnicas.

PREGUNTA NRO. 4

INDIQUE DE QUE MANERA SE DIRECCIONA O EXCLUYE A LOS OFERENTES	
EXIGENCIAS QUE MUY POCOS PUEDEN CUMPLIR	51%
EXPERIENCIA EN EL PERSONAL TÉCNICO DESMESURADO	13%
EQUIPOS MÍNIMOS REQUERIDOS DIFÍCILES DE CUMPLIR	31%
OTROS	5%

Fuente: funcionarios públicos, proveedores

REPRESENTACIÓN GRÁFICA PREGUNTA Nro. 4

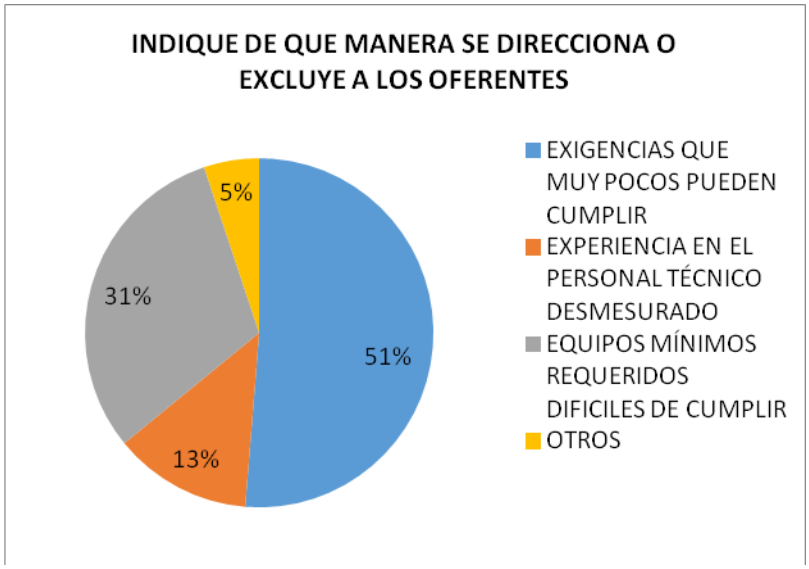

Grafico 6 Pregunta 4

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN

Los encuestados que respondieron afirmativamente a la respuesta anterior manifestaron que los requisitos mínimos que tratan de direccionar los procesos a ciertos

oferentes constituyen principalmente al 51% a exigencias que muy pocos pueden cumplir, el 13% a la petición de experiencia en el personal técnico desmesurada, es decir que muy pocos pueden cumplir, el 31% aduce el direccionamiento a los equipos mínimos requeridos que muy pocos oferentes los tienen o pueden ofertarlos, y el 5% declaran que las causas son otras.

1.2 Verificación de los resultados

Luego de analizar las preguntas formuladas a los encuestados se deduce que la subasta inversa electrónica contiene deficiencias y carencias dignas de estudio y profundización, además se ha podido:

1.- Descubrir cuáles son las carencias y deficiencias de la Subasta Inversa en el Ecuador.

Este objetivo ha sido cumplido totalmente debido al análisis jurídico, doctrinario, el estudio de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su reglamento general y las resoluciones emitidas por el SERCOP, y con la realización del estudio de campo (encuestas), queda evidenciado que sí existen carencias y deficiencias dentro del proceso de subasta inversa electrónica en el Ecuador.

2.- Analizar por qué las entidades contratantes desnaturalizaron la subasta inversa electrónica y la mal utilizan o la evaden al aplicar otros procesos de contratación.

Este objetivo es claramente identificado con el cuadro estadístico emitido por el SERCOP en cuanto al número de procesos realizados en el año 2013 por subasta inversa electrónica (proceso normalizado) y el proceso de menor cuantía (proceso des-normalizado) que hasta el año 2013 se lo realizaba de manera directa, previo a la solicitud de la manifestación de interés que la realizaban las misas entidades públicas fuera del portal de compras públicas, ya que el 23% se realizó por subasta inversa y el 22% por menor cuantía, hoy en día la realidad es otra, ya que el proceso de menor cuantía se lo lleva en su totalidad por medio del portal de compras públicas desde la manifestación en la cual deben existir al menos tres manifestaciones para poder dar paso a la contratación, con lo que han aumentado los procesos de contratación por medio de subasta inversa electrónica.

3.- Plantear una solución para que los principios que rigen a la contratación pública en Ecuador, sean aplicados dentro del proceso de subasta inversa electrónica.

Con todo lo expuesto es evidente que los principios de imparcialidad, trato justo e igualitario, el principio de legalidad, el principio de libre concurrencia y libre competencia están siendo vulnerados al direccionar el proceso de subasta inversa electrónica.

1.3 Contrastación de la hipótesis

El imaginario hipotético es comprobado con los resultados obtenidos luego de todo el proceso investigativo.

JURISPRUDENCIA

ACTO ADMINISTRATIVO

Expediente de Casación 90

Registro Oficial Suplemento 10 de 16-ene-2008

Estado: Vigente

ACTO ADMINISTRATIVO. Expediente 90, Registro Oficial Suplemento 10, 16 de Enero del 2008.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Quito, a 27 de febrero del 2007; las 1h45.

VISTOS (125-2004): El recurso de casación que consta a fojas 224 a 227 del proceso, interpuesto por el doctor Efrén Gavilanes Real, Director Nacional de Patrocinio, delegado del Procurador General del Estado, respecto de la sentencia expedida por la Segunda Sala del Tribunal de lo Contencioso Administrativo No. 1, de 1 de marzo del 2004, a las 11 h57, dentro del proceso signado con el número 3972 MHM, propuesto por el Procurador General del Estado en contra de la empresa THOR C.A., sentencia en la que se "declara inadmisible la demanda ".- El recurrente fundamenta su recurso en las causales primera y tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, por falta de aplicación de los artículos: 18 y 272 de la Constitución Política, 1726 del Código Civil, y, 38 de la Ley de Modernización del Estado; y, por errónea interpretación de los artículos 13 y 97 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva.- Al

haberse concedido el recurso y sometido el caso a resolución de la Sala, ésta, con su actual conformación, avoca conocimiento de aquél y para resolver considera:

PRIMERO: La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia es competente para conocer y resolver los recursos de casación que se interpongan contra las sentencias o autos de los tribunales distritales de lo Contencioso Administrativo, de acuerdo con la Constitución Política de la República y la Ley de Casación en vigencia. **SEGUNDO:** Se ha agotado el trámite establecido por la ley para esta clase de recursos, sin que exista nulidad alguna que declarar. **TERCERO:** Esta Corte ha señalado en múltiples ocasiones que, para que prospere un recurso fundado en la causal tercera, es imprescindible que el recurrente identifique la prueba o pruebas respecto de las cuales el Tribunal Distrital ha infringido el ordenamiento jurídico; establezca la norma o normas de tasación o procesales que estima infringidas; demuestre razonadamente la manera en que el Tribunal ha incurrido en la infracción; señale la norma o normas de derecho que por efecto de la violación de orden procesal han dejado de ser aplicadas o han sido aplicadas defectuosamente; y, la manera en que esto último se ha producido. En el caso que se discute, el recurrente ha enunciado únicamente la causal general, sin ningún otro detalle que permita a esta Sala analizar y acoger la acusación que el recurrente hace al fallo por la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación. **CUARTO:** Según consta a fs. 33 del proceso, el Procurador General del Estado solicitó que el Tribunal Distrital declare "la nulidad absoluta del acto administrativo contenido en el oficio de 16 de diciembre de 1996, que, con el carácter de secreto, dirigió el Ing. Miguel Salem Kronfle, como Secretario General de la Administración Pública, al señor Germán Venegas U. Gerente General de la empresa

Thor C.A., compañía anónima de productos para la defensa y seguridad"; y, para tal efecto, invocó el régimen jurídico de la acción de lesividad previsto en el artículo 23, letra d), de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, así como, el sistema de contratación aplicable para el sector público en la época en que se emitió el acto administrativo impugnado (en particular, los artículos: 1, 4 literal a, 6, 65, 63 letra b, y 66 de la Ley de Contratación Pública; 7 y 77 del Reglamento a la Ley de Contratación Pública; y, 382 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control). En este sentido, el thema decidendum consistió en la determinación de la existencia o no de la nulidad de pleno derecho del acto administrativo impugnado y los efectos que se derivan de tal nulidad. El Tribunal a quo en la sentencia (fs. 221 y 222) materia de este recurso, luego de analizar la institución de la declaratoria y acción de lesividad, entiende que "la lesividad sólo es posible respecto de los actos declarativos de derechos. En la especie -señala el Tribunal Distrital- es evidente que el acto materia de la impugnación no es de aquellos actos declarativos de derechos; sino que más bien se inscribe dentro de los actos denominados actos convencionales de la administración pública; por medio del cual se ha generado una relación de naturaleza bilateral, haciendo nacer obligaciones recíprocas entre la demandada y el Estado Ecuatoriano, por medio del cual se generó la obligación". En relación con esta afirmación, el recurrente sostiene que, si es verdad cuanto ha afirmado el Tribunal a quo, éste debió aplicar el artículo 1726 (actualmente 1699) del Código Civil, que establece: "La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello, excepto el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber

el vicio que lo invalidaba; puede asimismo pedirse por el ministerio público, en interés de la moral o de la ley; y no puede sanearse por la ratificación de las partes, ni por un lapso que no pase de quince años". Aclara el recurrente, sin embargo, que el Tribunal a quo yerra al calificar el acto impugnado como un contrato. En efecto, esta Sala estima que el Tribunal a quo ha incurrido en un error in indicando al calificar el acto administrativo contenido en la comunicación sin número de 16 de diciembre de 1996, suscrita por el ingeniero Miguel Salem, Secretario de la Administración Pública, como un contrato; y, más aún, al haberlo hecho así, debió aplicar las reglas de contratación para determinar si dicho "acto" era o no nulo como lo sostuvo el actor en su demanda, sin importar -claro está- la conclusión a la que pudo arribar. En efecto, una de las reglas que debió considerar, en el momento de efectuar la calificación del acto impugnado como contrato, era el artículo 1726 (actualmente 1699) del Código Civil, en relación con las normas jurídicas que invocó el actor en su demanda, esto es, los artículos: 1, 4 literal a), 6, 65, 63 letra b) y 66 de la Ley de Contratación Pública; 7 y 77 del Reglamento a la Ley de Contratación Pública; y, 382 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control. Aunque el Tribunal definió -en concepto de esta Sala- un hecho equivocadamente, debió, por consecuencia, subsumir este hecho en la norma o conjunto de normas que regulan esa situación jurídica, de acuerdo con el thema decidendum planteado por el actor en su demanda, contrastándolo con las defensas y excepciones propuestas por el demandado. Este es, pues, un caso típico de falta de aplicación de una norma jurídica derivado de los mismos hechos calificados y determinados por el Tribunal Distrital; calificación y determinación que, ordinariamente, no pueden revisarse en casación, si no es por la invocación y

justificación completa de la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación. Adicionalmente a este defecto -la falta de aplicación de la norma que corresponde a los hechos definidos por el mismo Tribunal-, que en sí mismo es razón suficiente para casar la sentencia, fundamentación del fallo, el Tribunal a quo efectuó un razonamiento condicional y subsidiario con el que emitió su resolución, que merece ser considerado por su relevancia en las actuaciones futuras de los tribunales de instancia. El Tribunal Distrital señala: "Aún (sic) en el caso que respecto del acto impugnado fuere procedente la lesividad; debió obtenerse previamente la emisión del Decreto Ejecutivo que declare la lesividad...". A este respecto, esta Sala estima que no es posible que en una sentencia, (la cual debe ser adecuadamente motivada, de conformidad con el artículo 24, numeral 13 de la Constitución Política) se empleen argumentos condicionales y subsidiarios; es decir, ningún Tribunal podrá considerar que su tarea de hacer efectiva la tutela judicial se ha cumplido, con las exigencias de seguridad jurídica en su vertiente de la predecibilidad en la aplicación del ordenamiento jurídico, si para resolver emplea una fórmula similar a: "Si este argumento no es válido y verdadero (condición), entonces este otro sí lo será (en subsidio del primero)". Este tipo de vicio deberá ser acusado, invocando la causal quinta del artículo 3 de la Ley de Casación.- Ahora bien, una vez analizada la pertinencia de la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación por falta de aplicación del artículo 1726 (actualmente 1699) del Código Civil a los hechos calificados y determinados por el Tribunal a quo, corresponde dictar la respectiva sentencia, de conformidad con el artículo 16 de la Ley de Casación. **QUINTO:** Como queda indicado, el thema decidendum en el presente caso, se constriñe a determinar si el acto impugnado es o no nulo y, para tal efecto, es necesario referirse al régimen jurídico

para la extinción de los actos administrativos, iniciando por establecer la naturaleza jurídica del acto impugnado. Esta Sala considera que la comunicación sin número, de 16 de diciembre de 1996, suscrita por el ingeniero Miguel Salem, Secretario de la Administración Pública contiene un verdadero acto administrativo, en los términos definidos en el artículo 65 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, aunque este acto administrativo haya sido dictado con ocasión del establecimiento de una relación contractual -que además es manifiestamente irregular-. En efecto, los artículos 76 y 77 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva permiten afirmar que el ordenamiento jurídico ecuatoriano reconoce la doctrina de los actos separables en la formación de la voluntad de la administración en los contratos administrativos, y la posibilidad de su judicialización, atendiendo su individualidad y naturaleza. Así, la primera de las normas referidas establece que: "Los actos, los hechos, los reglamentos y los actos de simple administración, producidos, dictados o ejecutados en la preparación de la voluntad administrativa contractual se consideran incorporados unitariamente, aunque de manera separable, al procedimiento administrativo de conformación de dicha voluntad. A ellos son aplicables en consecuencia las normas de procedimiento administrativo tanto para la formación de la voluntad administrativa como su impugnación" (El subrayado es de la Sala). En tanto que el artículo 77 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva señala que: "Las diferentes manifestaciones jurídicas que han intervenido en la formación y ejecución de un contrato administrativo son susceptibles de ser impugnadas en sede administrativa o judicial de conformidad con este estatuto y la ley respectiva" (El subrayado es de la Sala).- De otra parte, el régimen jurídico -

ecuatoriano reconoce dos causas para la extinción de los actos administrativos: (a) por razones de legitimidad; y, (b) por razones de oportunidad (En este sentido, el artículo 90 Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva). La legitimidad, que constituye una de las causas para la extinción de los actos administrativos, está referida a su validez. En el ámbito administrativo se prevén dos grados de invalidez, a saber: la nulidad de pleno derecho (nulidad absoluta o radical) descrita principalmente en el artículo 59 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y los artículos 94 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (y actualmente, también, en el artículo 129 ibídem); y, la anulabilidad (o nulidad relativa) descrita principalmente en el artículo 95 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (y actualmente, también, en el artículo 130 ibídem). De conformidad con el artículo 95 ibídem, todos los actos administrativos que no se encuentren incursos en los supuestos de nulidad de pleno derecho, previstos en el artículo 94 ibídem, pero que de cualquier modo infrinjan el ordenamiento jurídico, son actos administrativos anulables.- Por otro lado, la oportunidad (conveniencia y mérito), que constituye la otra razón para extinguir actos administrativos está referida a la justificación fáctica del acto. Cuando existen razones de orden público, la administración está autorizada a declarar la extinción de un acto administrativo en razón de su oportunidad (conveniencia y mérito). En este supuesto, no existen infracciones al ordenamiento jurídico que deban ser acusadas en el acto administrativo (en este sentido, el artículo 91 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva).- Ahora bien, en lo que al caso importa, de conformidad con el primer inciso del artículo 89 y el artículo 90 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la

Función Ejecutiva (y actualmente, también, el numeral 1 del artículo 167 ibídem), los actos administrativos pueden extinguirse, aun de oficio y en sede administrativa, en cualquier momento, por razones de legitimidad y de oportunidad, con los efectos previstos para cada caso en los artículos 91, 92, 93 y 95 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva.- Esta regla tiene como única excepción el supuesto de los "actos administrativos regulares" de los que se desprenden derechos para el administrado, según el régimen previsto en el artículo 97 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. A este respecto es necesario definir lo que se entiende por un acto administrativo regular. El concepto de acto regular, que es tomado de la Jurisprudencia del Consejo de Estado y de la doctrina de Francia, implica que el acto administrativo del que se trate reúna las condiciones esenciales de validez. Así, la estabilidad del acto se conecta con la clasificación de las nulidades, por lo que, un acto regular comprende tanto los actos válidos como aquéllos que adolecen de un vicio de nulidad relativa. Vinculando este planteamiento con la elaboración que esta Corte ha efectuado de los actos ilegales (género) y los actos nulos (especie), con base en el Art. 59 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, tenemos que en el ámbito de nuestra cultura jurídica son actos regulares todos aquellos que no adolezcan de uno de los vicios de nulidad previstos en el artículo 59 ibídem. Del mismo modo, siguiendo las normas contendidas en el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, son regulares tanto los actos administrativos legítimos como aquellos que adolecen de vicios convalidables. Pues bien, si del acto administrativo regular ("no anulable", en los términos del artículo 97 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva) se

desprenden derechos para el administrado, su extinción no podrá ser efectuada, si es que no media la declaración de lesividad (artículo 97 ibídem) y el subsecuente ejercicio de la acción de lesividad ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa (letra d) del artículo 23 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa). **SEXTO:** De conformidad con el artículo 94 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, "no son susceptibles de convalidación alguna y en consecuencia se considerarán como nulos de pleno derecho... los actos que no se encuentren debidamente motivados". Según lo establecido en el artículo 31 de la Ley de Modernización del Estado "Todos los actos emanados de los órganos del Estado, deberán ser motivados. La motivación debe indicar los presupuestos de hecho v las razones jurídicas que han determinado la decisión del órgano, en relación con los resultados del procedimiento previo" (El subrayado es de la Sala). De la revisión del acto impugnado (fs. 25) se desprende que éste no contiene referencia alguna a las razones jurídicas en las que se fundamenta la decisión que contiene, y mucho menos una referencia a los resultados del procedimiento previo. Ninguna de las normas invocadas por el actor en su demanda (los artículos: 1, 4 literal a), 6, 65, 63 letra b), y 66 de la Ley de Contratación Pública; 7 y 77 del Reglamento a la Ley de Contratación Pública; y, 382 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control), que constituye el régimen general de contratación pública vigente a la época, pudo haber sido excepcionada, si no es con una motivación jurídica adecuada. Se trata, pues, de un acto administrativo inmotivado, y por tanto, de un acto administrativo nulo de pleno derecho. Al tratarse de un acto nulo de pleno derecho, no se puede sostener que, según queda esbozado, se trata de un acto administrativo regular. Consecuencia de ello es que,

de acuerdo con el jurídico expuesto, el acto administrativo irregular impugnado pudo haber sido extinguido, aun en la misma sede administrativa, por razones de legitimidad, con los efectos previstos para los actos nulos de pleno derecho, en el último inciso del artículo 93 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva.- De cuanto se ha manifestado, resultaría un exceso del Procurador General del Estado haber demandado la nulidad del referido acto administrativo, invocando para el efecto el régimen previsto en el literal d) del artículo 23 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Sin embargo, este exceso, no modifica en nada el rol de los tribunales frente a un acto administrativo nulo de pleno derecho y una demanda por esta razón. **SEPTIMO:** La extinción de los actos administrativos que contienen vicios inconvalidables constituye un deber jurídico. En este sentido, el artículo 93 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva establece que "cualquier acto administrativo expedido por los órganos y entidades sujetas a este estatuto deberá ser extinguido cuando se encuentre que dicho acto contiene vicios que no pueden ser convalidados o subsanados" (El subrayado es de la Sala). A este respecto, el profesor García de Enterría (Curso de Derecho Administrativo, t. I, 7ma. ed., Civitas, Madrid, 1995, pp. 585 ss) explica: "[L]a esencia de la nulidad de pleno derecho consiste en su trascendencia general. La gravedad de los vicios trasciende del puro interés de la persona a la que afecta y repercute sobre el orden general... La nulidad de pleno derecho resulta entonces de orden público lo cual explica que pueda ser declarada de oficio por la propia Administración e incluso, por los Tribunales, aun en el supuesto de que nadie haya solicitado esa declaración. Este carácter de orden público de la nulidad de pleno derecho, explícitamente consagrado en la jurisprudencia... supone, además, que su

pronunciamiento debe hacerse en todo caso en forma preferente, y aun excluyente, con respecto a cualquier otro, incluidos los relativos a la admisibilidad misma del recurso. Nada importa, por tanto, que el recurso jurisdiccional haya sido interpuesto fuera de plazo o por persona no legitimada, que el acto nulo objeto del mismo sea simple reproducción o confirmación de otro anterior no impugnado o que concurran cualesquier otras causas de inadmisibilidad. El Tribunal está facultado, y obligado, a declarar de oficio, por propia iniciativa, la nulidad del acto en todo caso, en interés del orden general, del orden público, del ordenamiento mismo que exige que se depuren en cualquier momento los vicios cuya gravedad determina la nulidad del acto al que afectan".- Por las consideraciones vertidas, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,** se casa la sentencia materia del recurso interpuesto y, en razón de lo previsto en el artículo 16 de la Ley de Casación, se acepta la demanda y, en tal virtud, se declara la nulidad de pleno derecho de la comunicación, sin número, de 16 de diciembre de 1996, suscrita por el ingeniero Miguel Salem, Secretario de la Administración Pública, materia del presente proceso. Se dispone, también, la remisión del proceso, en copia certificada a la Contraloría General del Estado y al Ministerio Público, para que procedan conforme a derecho en el ámbito de sus competencias.- Sin costas.- Notifíquese, publíquese y devuélvase.

EJECUCION DE CONTRATO DE CONSULTORIA

Expediente de Casación 115

Registro Oficial Suplemento 398 de 16-nov-2006

Estado: Vigente

EJECUCION DE CONTRATO DE CONSULTORIA. Expediente 115, Registro Oficial Suplemento 398, 16 de Noviembre del 2006.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Quito, a 20 de abril del 2006; las 15h00.

VISTOS (138-2003): La Compañía Consultora Ingeniero Rodrigo Ricaurte y Asociados Cía. Ltda., representada por su Gerente General, ingeniero Germán Gallegos Vallejo, interpone recurso de casación respecto del auto de 5 de mayo del 2003, expedido por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Quito, que niega la petición encaminada a que se declare la recepción definitiva presunta de los trabajos de fiscalización, dentro del juicio planteado por la compañía recurrente contra el Consejo Provincial de Pichincha. La Sala, mediante providencia de 13 de junio del 2003, acepta a trámite el recurso de casación. La causal invocada es la primera del artículo 3 de la Ley de Casación y, específicamente, la falta de aplicación de los artículos: 83, 84 y 79 de la Ley de Contratación Pública y 108 del Reglamento a la Ley de Consultoría. Concluido el trámite establecido por la Ley para la Casación, es procedente dictar sentencia, a cuyo efecto se considera: **PRIMERO.-** La Sala con su actual

conformación, es competente para conocer y resolver el recurso, en virtud de lo que dispone el artículo 200 de la Constitución Política de la República y la Ley de Casación. En la tramitación del recurso se han observado todas las solemnidades inherentes a él, por lo que se declara su validez procesal. **SEGUNDO.-** De conformidad con la cláusula décima segunda del contrato suscrito entre las partes procesales, para la fiscalización de la construcción de equipamientos urbano, "se protocolizarán las condiciones generales y especiales del contrato, las cuales tienen la misma fuerza y rigor como si fueran estipulaciones contractuales". En consecuencia, lo indicado en el documento contractual "Condiciones Especiales" del contrato debe ser respetado y aplicado por las partes, en forma obligatoria. Dentro de dichas condiciones especiales consta el rubro 6.6, correspondiente a obligaciones del consultor, entre las que debemos resaltar: 1) La contenida en la letra a) que dice: "vigilar y responsabilizarse por el fiel y estricto cumplimiento de las cláusulas del contrato de construcción". 2) La de la letra c) "Participación como observador en la recepción provisional y definitiva informando sobre la calidad y cantidad de trabajo ejecutado, la legalidad y exactitud de los pagos realizados". 3) la de la letra v) "Participar de manera obligatoria por intermedio del Jefe de fiscalización en las entregas recepciones del contrato de ejecución de las obras". De todo lo cual se infiere que la responsabilidad del consultor (actor) dentro del contrato se extiende hasta que concluya completamente la ejecución del contrato de obra que debe fiscalizarse y ese contrato concluye, a su vez, con la suscripción del acta de recepción definitiva de las obras. Por lo indicado no es posible que se produzca la recepción definitiva en el contrato de consultoría (fiscalización), hasta que no termine definitivamente el contrato de construcción; y, en consecuencia no existe falta de

aplicación de los artículos 83, 84 y 79 de la Ley de Contratación Pública, ni del artículo 108 del Reglamento a la Ley de Consultoría. Por las consideraciones expuestas, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY**, se desecha el recurso de casación interpuesto. Notifíquese, publíquese y devuélvase.

GLOSARIO

De conformidad con la Ley Orgánica de Contratación Pública en su artículo 6 define:

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

Bienes y Servicios Normalizados: Objeto de contratación cuyas características o especificaciones técnicas se hallen homologados y catalogados.

Catálogo Electrónico: Registro de bienes y servicios normalizados publicados en el portal www.compraspublicas.gob.ec para su contratación directa como resultante de la aplicación de convenios marco.

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

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

Delegación.- Es la traslación de determinadas facultades y atribuciones de un órgano superior a otro inferior, a través de la máxima autoridad, en el ejercicio de su competencia y por un tiempo determinado. Son delegables todas las facultades y atribuciones previstas en esta Ley para la máxima autoridad de las entidades y organismos que son parte del sistema nacional de contratación pública.

Desagregación Tecnológica: Estudio pormenorizado que realiza la Entidad Contratante en la fase pre contractual, en base a la normativa y metodología definida por el Servicio Nacional de Contratación Pública en coordinación con el Ministerio de Industrias y Productividad, sobre las características técnicas del proyecto y de cada uno de los componentes objeto de la contratación, en relación a la capacidad tecnológica del sistema productivo del país, con el fin de mejorar la posición de negociación de la Entidad Contratante, aprovechar la oferta nacional de bienes, obras y servicios acorde con los requerimientos técnicos demandados, y determinar la participación nacional. Las recomendaciones de la Desagregación Tecnológica deberán estar contenidas en los Pliegos de manera obligatoria.

Empresas Subsidiarias: Para efectos de esta Ley son las personas jurídicas creadas por las empresas estatales o públicas, sociedades mercantiles de derecho privado en las que

el Estado o sus instituciones tengan participación accionaria o de capital superior al cincuenta (50%) por ciento.

Entidades o Entidades Contratantes: Los organismos, las entidades o en general las personas jurídicas que manejen fondos públicos.

Servicio Nacional de Contratación Pública: Es el órgano técnico rector de la Contratación Pública.

Local: Se refiere a la circunscripción territorial, sea parroquial rural, cantonal, provincial, regional, donde se ejecutará la obra o se destinarán los bienes y servicios objeto de la contratación pública.

Máxima Autoridad: Quien ejerce administrativamente la representación legal de la entidad u organismo contratante.

Mejor Costo en Bienes o Servicios Normalizados: Oferta que cumpliendo con todas las especificaciones y requerimientos técnicos, financieros y legales exigidos en los documentos precontractuales, oferte el precio más bajo.

Oferta Habilitada: La oferta que cumpla con todos los requisitos exigidos en los Pliegos Pre contractuales.

Origen Nacional: se refiere a las obras, bienes y servicios que incorporen un componente ecuatoriano en los porcentajes que sectorialmente que se han definido por parte del Servicio Nacional de Contratación Pública SERCOP.

Participación Local: Se entenderá aquel o aquellos participantes habilitados en el Registro Único de Proveedores que tengan su domicilio, al menos seis meses, en la parroquia rural, cantón, la provincia o la región donde surte efectos el objeto de la contratación.

Participación Nacional: Aquel o aquellos participantes inscritos en el Registro Único de Proveedores cuya oferta se considere de origen nacional.

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

Portal Compras públicas: (www.compraspublicas.gob.ec): Es el Sistema Informático Oficial de Contratación Pública del Estado Ecuatoriano.

Presupuesto Referencial: Monto del objeto de contratación determinado por la Entidad Contratante al inicio de un proceso precontractual.

Proveedor: Es la persona natural o jurídica nacional o extranjera, que se encuentra inscrita en el RUP, habilitada para proveer bienes, ejecutar obras y prestar servicios, incluidos los de consultoría, requeridos por las Entidades Contratantes.

Registro Único de Proveedores: RUP: Es la Base de Datos de los proveedores de obras, bienes y servicios, incluidos los de consultoría, habilitados para participar en los procedimientos establecidos en esta Ley. Su administración está a cargo del Servicio Nacional de Contratación Pública y se lo requiere para poder contratar con las Entidades Contratantes.

CONCLUSIONES

Después de haber analizado profundamente el proceso de subasta inversa electrónica a través del estudio de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su reglamento y las resoluciones emitidas por el Servicio Nacional de Contratación ´Pública se determina que es importante instaurar y establecer mejoras para este proceso de contratación, no solo por su importancia al momento de ser elegido y aplicado por parte de las entidades contratantes, sino también por ser el proceso que ocupa el segundo lugar al momento de ejecutar el presupuesto general del Estado y el primero en número de procesos aplicados por las entidades contratantes según las estadísticas presentadas por el Servicio Nacional de Contratación Pública.

Se determina por medio del estudio de campo realizado que un importante porcentaje de las personas consultadas consideran que al proceso de subasta inversa electrónica contiene deficiencias y carencias que deben ser subsanadas para evitar direccionamientos a ciertos proveedores y propender al mejoramiento desde el establecimiento de los requisitos mínimos solicitados y la institución de las bases en los pliegos no solicite requisitos que son de fácil cumplimiento para unos y de imposible cumplimiento para otros, y que nada tienen que ver con los bienes y servicios a ser contratados.

RECOMENDACIONES

Se exhorta luego del estudio realizado que se deben realizar mejoras dentro del proceso precontractual de subasta inversa electrónica, no solo por ser uno de los procesos más utilizados por las entidades contratantes, sino también por ser el proceso que más presupuesto fiscal ejecuta, por ello se recomienda lo siguiente:

1. Se debe trabajar en el tema de la normalización de los bienes y servicios de manera profunda, lo cual permitirá que las entidades contratantes no evadan el proceso de subasta inversa electrónica aduciendo que el bien o servicio a contratar es no normalizado. Este trabajo se lo puede realizar de manera conjunta entre el Servicio Nacional de Contratación Pública y el Ministerio de Productividad.

2. Corresponde establecer en la normativa legal vigente que los estudios previos necesarios para dar inicio a un proceso de contratación sean aprobados por la Secretaria Nacional de la Administración Pública SNAP o la Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo SENPLADES, o al menos de aquellos estudios cuyo presupuesto referencial sea mayor de lo que resulte multiplicar el 0,000002 por el presupuesto inicial del Estado, para coartar la posibilidad de direccionamientos a ciertos proveedores y garantizar el cumplimiento de los principios de la contratación pública.

3. Es pertinente instituir en la normativa legal vigente que de detectarse actos colusorios entre los oferentes, esto deberá ser obligatoriamente notificado a la Subsecretaría de Transparencia, quienes deberán pronunciarse del particular y de ser constatado dicho acto, los oferentes que han incurrido en el mismo serán sancionados con tres años de inhabilitación para participar en cualquier tipo de proceso contractual con el Estado.

4. La Superintendencia de Economía Popular y Solidaria debe trabajar conjuntamente con los actores de la economía popular y solidaria y las micro y pequeñas empresas en capacitaciones para participar en los procesos de contratación con el Estado, así mismo la normativa legal vigente debe considerar que las garantías que se deben obtener para ciertos procesos de contratación sean de otra índole para los actores de la economía popular y solidaria y las MYPES.

5. El Servicio Nacional de Compras Públicas SERCOP, debe trabajar en mejorar continuamente la plataforma electrónica www.compraspublicas.gob.ec para que sea mucho más amigable con los oferentes y con los operadores del sistema por parte de las entidades contratantes; así como en el continuo perfeccionamiento de las capacitaciones presenciales y virtuales que brinda el SERCOP, procurando llegar a la mayor cantidad de personas dando cumplimiento al principio de trato justo e igualitario.

6. Aprovechar la tecnología e instaurar un procedimiento 100% automatizado a través del portal de compras públicas que permitirá que los funcionarios o servidores

públicos encargados del proceso precontractual de subasta inversa electrónica, no tengan contacto con los oferentes y no tengan la posibilidad de saber quién es el oferente al que están calificando, imposibilitando de esta manera actos de corrupción o preferencias por ciertos proveedores.

7. Categorizar a los oferentes en todos los códigos posibles y viabilizar que en los procesos de contratación de subasta inversa electrónica se invite no solo con un código o CPC sino con todos los que conciernen al proceso, ya que de esta manera se amplía la participación de oferentes.

8. Instaurar en la normativa legal vigente la calidad de la ejecución del presupuesto asignado; es decir, tomar en cuenta no solo el cumplimiento de gasto del presupuesto asignado a cada entidad contratante, sino principalmente si con ese gasto de presupuesto se cumplió con el fin de satisfacer las necesidades institucionales y de los administrados de manera eficiente y eficaz,

BIBLIOGRAFÍA

ALESSANDRI, A y SOMARRIVA, M. (1940). Curso de Derecho Civil. Santiago de Chile.

ÁLVAREZ, A. (2010). Comentarios a la nueva Ley y Reglamento de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, Lima – Perú.

AREVALO, W. (2009). Tratado de Contratación Pública, Quito – Ecuador.

BALDEÓN, I. (2008). Sistema Nacional de Contratación Pública Análisis y Comentarios, Quito - Ecuador.

BORJA, R. (2002). Enciclopedia de la Política (tercera edición), entrada "ética". México. Fondo de Cultura Económica.

CANTO-SPERBER, M. (2001) Diccionario de Ética y de la Filosofía Moral, entrada "Deontologismo", México.

CARTER, P; CARTERT, J.; ONCZKA, R.; SLAIGHT, T. y SWAN, A. (1998) The Future of purchasing Studies- National Association of Purchasing Management A.T Keraney, Inc.

CROOM, S y BRANDON-JONES, A. (2009) Key issues in e-precurement: procurement implementation and operation in the public sector. In: THAI, Khi V. International Handbook of Public Procurement. Boca Raton-Londres.

FIORINI, B. (1944). El Acto Administrativo y el Poder Judicial. Buenos Aires.

GARCÍA, O. (1943). Derecho Administrativo. Madrid.

GARRIDO, F. (1868). La República Democrática Federal Universal. Nociones elementales de los principios democráticos dedicadas a las clases productoras Biblioteca Revolucionaria. Barcelona.

JÉZE, G. (1931). Principios Generales del Derecho Administrativo. Buenos Aires.

LLAMBÍAS, J. (1961). Tratado de Derecho Civil, Parte General, Buenos Aires.

MARIENHOFF, M. (1986). Tratado de Derecho Administrativo, Buenos Aires.

PAREJA, C. (1940). Curso de Derecho Administrativo. Bogotá – Colombia.

PAREJO, A. (1997). El Derecho Público de Finales de Siglo. Madrid.

SANTAMARÍA DE PAREDES, V. (1898). Curso de Derecho Administrativo. Madrid.

SECAIRA, P. (2004). Curso Breve de Derecho Administrativo, Quito, Editorial Universitaria.

SEGAL, G y TAYLOR M. (2001). Electronic Procurement: How Technology is Changing Government Purchasing. Reason Public Policy Institute.

VARAS, G. (1940). Derecho Administrativo. Santiago de Chile.

LEYES y REGLAMENTOS

Constitución de la República del Ecuador.

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

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

Ley Orgánica de Hacienda.

Ley Orgánica de Licitaciones.

Ley de Consultorías.

Ley de Contratación Pública.

Ley 19886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministros y Prestacion de Servicios (Chile)

Reglamento a la Ley 19886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministros y Prestacion de Servicios (Chile)

Resoluciones INCOP hoy Servicio Nacional de Contratación Pública SERCOP.

WEB

www.compraspublicas.gob.ec: Sistema Nacional de Contratación Pública

www.senplades.gob.ec: Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo

www.produccion.gob.ec: Ministerio Coordinador de Producción, Empleo y Competitividad.

www.ie.edu/enrique_dans/

http://www.silec.com.ec

ÍNDICE GENERAL

CERTIFICACIÓN…….i

AGRADECIMIENTO…….……..……ii

SÍNTESIS……iii

SUMMARY……..…...iv

INTRODUCCIÓN……v

CAPÍTULO I

1. HISTORIA DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN ECUADOR……...1

1.1 CÓMO ERA LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN ECUADOR ANTES DE LA LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.…….…..13

1.2 PRINCIPIOS QUE RIGEN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA…….…16

CAPITULO II

1. DEFICIENCIAS Y CARENCIAS DE LA SUBASTA INVERSA ELECTRÓNICA……24

1.1 ¿EN QUÉ CONSISTE LA SUBASTA INVERSA ELECTRÓNICA?...24

1.2 TIPOS DE SUBASTA INVERSA…….…...32

SUBASTA INVERSA CORPORATIVA……33

SUBASTA INVERSA INSTITUCIONAL……..……34

SUBASTA INVERSA ELECTRÓNICA…….34

1.3 DEFICIENCIAS DE LA SUBASTA INVERSA ELECTRÓNICA……37

1.4 CARENCIAS DE LA SUBASTA INVERSA ELECTRÓNICA……39

CAPÍTULO III

1. EFICIENCIA Y EFICACIA DE LA SUBASTA INVERSA ELECTRÓNICA…….40

2. LOS ACTOS Y CONTRATOS ADMINISTRATIVOS Y SU FORMA DE IMPUGNACIÓN……43

ACTO ADMINISTRATIVO……...43

CONTRATO ADMINISTRATIVO……46

3. TEORÍAS SOBRE LOS CONTRATOS…….……54

TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN……...54

TEORÍA O PRINCIPIO DE BUENA FE……55

TEORÍA DEL HECHO PRÍNCIPE…….56

CAPÍTULO IV

1. INVESTIGACIÓN DE CAMPO…….59

1.1 RESULTADOS DE LAS ENCUESTAS…….59

1.2 VERIFICACIÓN DE LOS RESULTADOS……63

JURISPRUDENCIA…..……..…66

GLOSARIO…….....81

CONCLUSIONES……..86

RECOMENDACIONES…….87

BIBLIOGRAFÍA……..…..90

LEYES Y REGLAMENTOS…….….92

WEB…….93