



# UNIVERSIDAD DE LAS AMÉRICAS

FACULTAD DE DERECHO

## **Responsabilidad de la máxima autoridad de la entidad contratante por el incumplimiento en la publicación del Plan Anual de Contrataciones**

Trabajo de Titulación presentado en conformidad a los requisitos  
establecidos para optar por el título de:  
Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República

Profesor Guía:

Ab. José Gabriel Terán Naranjo

**AUTORA:**

**OLGA MARÍA GARCÍA ARELLANO**

Año

2011

### **DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA**

“Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con la estudiante, orientando sus conocimientos para un adecuado desarrollo del tema escogido, y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación.”

---

José Gabriel Terán Naranjo

Abogado

C.I.: 050227279-2

### **DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE**

“Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que se han citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes”.

---

Olga María García Arellano

C.I.: 171308058-6

## **AGRADECIMIENTO**

Agradezco a mi padre por ser mi pilar fundamental en el transcurso de mi vida. Me ha enseñado a luchar por lo que quiero y afrontar todo tipo de obstáculo, pero sobre todo a creer en mí y a hacer las cosas por convicción.

## **DEDICATORIA**

Dedico este trabajo a mi familia, mis padres Rómulo y María de Lourdes; y mi hermano Antonio quienes, supieron sembrar en mí la semilla de perseverancia, constancia, honestidad y los valores superiores de la solidaridad, de la justicia y de la honestidad.

## RESUMEN

El Plan Anual de Contratación, además de exigencia legal, constituye una herramienta de la Administración Pública que permite organizar oportunamente todos los elementos administrativos y financieros en procura de cumplir con las metas y objetivos trazados por determinada entidad pública. Está vinculado con los objetivos del Plan Nacional de Desarrollo, planes regionales, provinciales, locales o institucionales, en los cuales deben preverse las obras, bienes o servicios, incluidos los de consultoría, que buscarán contratar el siguiente año, mediante el sistema de contratación pública. Este Plan debe ser aprobado y publicado por la entidad contratante, a través de la máxima autoridad o su delegado, para que los proveedores puedan conocer oportunamente los requerimientos e intervenir en los procesos, con reglas claras y transparentes.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCPub),<sup>1</sup> en su Art. 22 establece: “Las entidades contratantes, para cumplir con los objetivos del Plan Nacional de Desarrollo, sus objetivos y necesidades institucionales, formularan el Plan Anual de Contratación con el presupuesto correspondiente (...)”. Las entidades contratantes están obligadas a publicar el Plan Anual de Contratación, dentro de los primeros quince días del mes de enero.

Algunas entidades contratantes no cumplen con su obligación de formular y publicar el Plan Anual de Contratación, ya sea en su propia página web o en la del Instituto Nacional de Contratación Pública. Tal omisión causa perjuicio a la entidad pública de que se trate, y al Estado que ve limitada su capacidad de formular y ejecutar su Plan Nacional de Desarrollo, y a las personas naturales o jurídicas del sector privado, registradas como proveedoras, que ven limitada su capacidad de ofrecer sus productos y servicios a esas entidades públicas en las condiciones más favorables para los contratantes y, finalmente, genera

---

<sup>1</sup> Publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 395 del 4 de agosto del 2008

inseguridad jurídica, afecta al debido proceso en el proceso administrativo de contratación pública, violando los derechos constitucionales a la libertad de trabajo, a la libre contratación y a la competencia transparente y legal.

## ABSTRACT

The Annual Contracting Plan, in addition to legal requirements, is a tool to organize Public Administration at one time, all the financial and administrative elements in attempts to meet the goals and objectives set by certain public entities. It is related to the objectives of the National Development Plan, regional plans, provincial, local or institutional, which must be provided in the works, goods or services, including consultancy, looking to engage the following year by the public contract system. This plan must be approved and published by the contracting entity, through the decisive authority or his delegate, so that providers can access the requirements and intervene in the process, with clear rules. Organic Law of the National Public Contract (LOSNCPub), in its Article 22 provides: "The contracting entities to meet the objectives of the National Development Plan, its objectives and institutional needs, formulate the Annual Contract Plan with the correspondent budget (...)". Contracting entities are legally required to publish the Annual Procurement Plan within the first fifteen days of January. Some contracting entities do not fulfill their obligation to formulate and publish the Annual Contract Plan, either on their own website or in the National Institute of Public Contract. This omission causes injury to the public entity concerned, and to the State, limited on its ability to formulate and implement its National Development Plan, and natural or legal persons from the private sector, registered as suppliers, which are constrained in their ability to offer their products and services to those public entities in the most favorable conditions for contractors and, finally, generates legal uncertainty, affects the due process in the administrative contract process, violating the constitutional rights to freedom of work, free employment and legal and transparent competition.



## ÍNDICE

<b>CAPÍTULO I</b> .....	<b>1</b>
<b>1 EL ESTADO Y LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA</b> .....	<b>1</b>
1.1 ESTADO.....	1
1.1.1 Concepto .....	1
1.1.2 Elementos .....	4
1.1.3 Funciones .....	6
1.1.3.1 Función Ejecutiva .....	7
1.1.3.2 Función Legislativa.....	8
1.1.3.3 Función Judicial .....	9
1.1.4 Poder vs. Función .....	10
1.2 DERECHO .....	11
1.2.1 Concepto .....	11
1.2.2 Derecho Privado .....	14
1.3 DERECHO ADMINISTRATIVO .....	15
1.3.1 Evolución Histórica .....	15
1.3.2 Concepto .....	16
1.3.3 Fuentes.....	18
1.4 LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.....	18
1.4.1 Concepto .....	18
1.4.2 Elementos.....	19
1.4.3 Organización Administrativa .....	20
1.5 FORMAS DE MANIFESTACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA .....	23
1.5.1 Actos Administrativos, Concepto y Formas .....	23
1.5.2 Actos de Simple Administración.....	26
1.5.3 Hecho Administrativo .....	27
1.5.4 Contrato Administrativo.....	27
1.6 LEGALIDAD, LEGITIMIDAD Y RESPONSABILIDAD .....	30
1.6.1 Legalidad .....	30
1.6.2 Delegación .....	31
1.6.3 Legitimidad .....	32
<b>CAPÍTULO II</b> .....	<b>33</b>
<b>2 CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL ECUADOR</b> .....	<b>33</b>
2.1 CONCEPTO .....	33
2.2 ANÁLISIS NORMATIVO ENTRE LA CODIFICACIÓN DE LA LEY DE CONTRATACIÓN PÚBLICA Y LA LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.....	37
2.3 CLÁUSULAS EXORBITANTES Y CONTRATOS DE ADHESIÓN EN LOS CONTRATOS PÚBLICOS .....	38

2.4	CENTRALIZACIÓN, DESCENTRALIZACIÓN Y DESCONCENTRACIÓN ADMINISTRATIVA .....	40
2.4.1	Centralización Administrativa.....	40
2.4.2	Descentralización Administrativa .....	41
2.4.3	Desconcentración Administrativa.....	42
2.5	REQUISITOS: PLANIFICACIÓN, EXISTENCIA DE FONDOS, ACTUACIONES PRE PROCESALES.....	44
<b>CAPÍTULO III.....</b>		<b>53</b>
<b>3</b>	<b>INSTITUTO NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.....</b>	<b>53</b>
3.1	RESEÑA HISTÓRICA DEL INSTITUTO NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA .....	53
3.2	ATRIBUCIONES, CARACTERÍSTICAS Y FACULTADES.....	60
3.3	ENTIDADES SIMILARES EN OTRO PAÍSES.....	64
<b>CAPÍTULO IV .....</b>		<b>67</b>
<b>4</b>	<b>RESPONSABILIDADES.....</b>	<b>67</b>
4.1	ANTECEDENTES .....	67
4.2	CONCEPTO.....	69
4.3	ELEMENTOS .....	75
<b>Conclusiones.....</b>		<b>77</b>
<b>Recomendaciones .....</b>		<b>80</b>
<b>Bibliografía.....</b>		<b>84</b>
<b>Nomenclatura .....</b>		<b>87</b>
<b>Anexos.....</b>		<b>88</b>

# CAPÍTULO I

## 1 EL ESTADO Y LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

### 1.1 ESTADO

#### 1.1.1 Concepto

Si se recurre a la Historia, se encuentra el origen del Estado cuando aparecieron sociedades humanas políticamente organizadas. El antecedente inicia con el individuo y la familia,<sup>2</sup> con la que surge la necesidad del hombre de procrear y subsistir como especie y como individuo; así, el hombre primitivo se agrupó con otros en su necesidad de buscar mejores oportunidades de supervivencia. Buscó organizarse con sus congéneres dentro de un territorio esencial y uno de ellos debió convertirse en líder, imponiendo al resto de individuos respeto y autoridad. Es así como, subsecuentemente, se conformaron grupos humanos cada vez más complejos, como la familia, el clan, la tribu, la nación. Aparece la noción de Estado en Grecia, con la Polis, como se denominaba a la organización de la ciudad griega y al territorio donde se establecían sus habitantes. En Roma, igualmente, la Civitas, la Ciudad-Estado; luego surge la res pública, la comunidad política, el derecho y el poder político que radicaban en el pueblo, quien lo delegaba en un hombre o en un grupo de ellos para que lo ejerzan a su nombre, en lo que conocemos como Democracia<sup>3</sup> (demo, pueblo y kratia, dominio o poder). En el Feudalismo se aplicó el término "land" para referirse al territorio del señor feudal, quien era el líder que detentaba el poder para actuar, dentro de un territorio determinado,

---

<sup>2</sup> Familia: "... núcleo, más o menos reducido, basado en el afecto o en necesidades primarias, que conviene o ha convenido íntimamente y que posee cierta conciencia de unidad.". CABANELLAS G. (1994), DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO DE DERECHO USUAL, Argentina, Pág. 23.

<sup>3</sup> La palabra castellana ha sido tomada del latín tardío democratía que, a su vez, procede de la composición de dos voces griegas que significan pueblo y gobierno. Borja R. (2002), Enciclopedia de la Política. Tercera edición. Pág. 313

como señor, dueño y protector, no solamente de las tierras sino también de sus súbditos, quienes realizaban trabajos principalmente agrícolas y artesanales obedeciendo a su señor y a sus intereses, “debido a sus óptimos y justos tratos”. Luego, los emperadores, reyes y príncipes conservaron para sí la gran influencia de la noción del imperium romano para asegurar en su territorio el poder, la paz y la justicia en medio de luchas frecuentes entre clanes, y prevalecen como señores y dueños de vidas y haciendas en una especie de Estado patrimonial, con derecho de sucesión, un lazo íntimo entre poder y posesión territorial.

Finalmente, la concepción política del Estado nace en términos prácticos cuando, en el renacimiento, las Ciudades-Estado italianas (Florencia, Venecia, Génova) s. XV instituyen lo stato: lo establecido. Nace una organización jurídico-política y una forma de gobierno monárquica o republicana, sostenida en principios normativos de carácter general.

Estado, según CABANELLAS, es “La sociedad jurídicamente organizada, capaz de imponer la autoridad de la Ley en el interior y de afirmar su personalidad y responsabilidad frente a similares exteriores”.<sup>4</sup>

Para Sánchez Agesta, Estado es: “Una comunidad organizada en un territorio definido, mediante un orden jurídico servido por un cuerpo de servidores y definido y garantizado por un poder jurídico, autónomo y centralizado que tiende a realizar el bien común, en el ámbito de esa comunidad”.<sup>5</sup>

Según Mantilla Pineda Benigno, Estado “es una agrupación social político-jurídica radicada en un territorio determinado y dotada de jurisdicción soberana”.<sup>6</sup>

---

<sup>4</sup> CABANELLAS, G (1994). DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO DE DERECHO USUAL, Argentina, Pág. 567

<sup>5</sup> ESPASA (2001), Diccionario Jurídico Espasa, Madrid, Pág.: 656

<sup>6</sup> Mantilla Pineda, B. (1996), FILOSOFÍA DEL DERECHO, Bogotá, Colombia, Pág.: 223

Hans Kelsen afirma que “el Estado es pura y simplemente un sistema normativo, a saber: el sistema del orden jurídico y nada más”,<sup>7</sup> es decir, que el Estado es y forma parte de la representación del ordenamiento jurídico, tomando en cuenta que la persona es la expresión unitaria de un orden normativo y el Estado es la totalidad del Derecho convertido en sujeto.

Otros tratadistas, históricamente han concebido al Estado como el creador del Derecho que se somete a las reglas jurídicas por él dictadas, de donde se conoce el nombre de Estado de Derecho.<sup>8</sup> Juan Carlos Cassagne, en su libro Derecho Administrativo, tomo I, habla sobre la Teoría del Estado y dice: “...la Teoría del Estado pertenece al terreno de la Ciencia Política (...) que estudia primordialmente la organización y actuación del Estado en sus relaciones con los particulares...”.<sup>9</sup> Es decir que, al tener como fin el bien común, el Estado debe atenderlo bajo los principios de universalidad e igualdad, y se obliga a indemnizar los daños y perjuicios que pudiera ocasionar la actividad negligente o contraria a Derecho de la administración o de los servidores, a los particulares.

Kant definía al Estado (civitas) como “la reunión de un número mayor o menor de hombres bajo leyes de derecho”.<sup>10</sup>

Según Aristóteles,<sup>11</sup> el Estado es el principio de todo, y se puede ver un acercamiento a la medida del hombre como Estado mismo. Partiendo desde el punto de vista de que el Estado es el principio, nace un gobierno real el cual ejerce el poder con el consentimiento de los súbditos y sobre asuntos de gran importancia. Sostuvo que el Estado más perfecto es aquél en el que cada

---

<sup>7</sup> Altamira Gigena, J. (1973), Responsabilidad del Estado, Buenos Aires Argentina, Pág.: 23

<sup>8</sup> “Forma política caracterizada por la sumisión del poder al Derecho, mediante la limitación jurídica de su actividad.”. ESPASA (2001), Diccionario Jurídico Espasa, Madrid, Pág. 659

<sup>9</sup> CASSAGNE, J.C.(1986), DERECHO ADMINISTRATIVO, tomo I, Pág. 25

<sup>10</sup> KANT, Principios metafísicos del derecho, Buenos Aires, Edi. Americale, 1943, Pág. 147; Mantilla Pineda, B. (1996), FILOSOFÍA DEL DERECHO, Santa Fe de Bogotá, Colombia, Pág. 222

<sup>11</sup> Aristóteles (1996), GRANDES MAESTROS DE LA POLÍTICA UNIVERSAL “LA POLÍTICA”, Ediciones RODIN, Quito.

ciudadano puede, gracias a las leyes, practicar, lo mejor posible, la virtud y asegurar su felicidad, adoptando el camino que le parezca mejor; así, algunos se dedicarán a la política y otros a la filosofía. Entonces para Aristóteles, el Estado se encuentra integrado por organizaciones, que son convenientes para la ordenación de la convivencia entre individuos.

Estado se define como una sociedad perfecta y soberana,<sup>12</sup> jurídica y políticamente organizada, autónoma, que no depende de otras comunidades para la realización de sus fines, es decir el bien común.<sup>13</sup> La autoridad es el principio fundamental que se requiere para la organización estatal, que se mantiene por intermedio del poder, el cual tiene como fin asegurar el orden social a través de la Ley, la cual debe ser justa de acuerdo a la naturaleza y costumbres del país que corresponda. Pero un Estado no solo debe organizarse a sí mismo, estructural y funcionalmente, sino que también debe organizar a la sociedad y al individuo que la conforma.

Los fines del Estado son exclusivos de él, es decir, aquellos fines que debe cumplir el Estado y solo el Estado. No puede delegar la soberanía o el poder, ni compartirlos; no puede delegar el ejercicio del Derecho (juzgar, legislar, establecer impuestos), la seguridad externa, la protección de la sociedad, la defensa de su territorio. Existen fines concurrentes, es decir los que el Estado puede delegar, como por ejemplo la atención a la salud, la educación, la obra pública, entre otros, y para el cumplimiento de tales actividades o servicios, se permite la participación del sector privado.

### **1.1.2 Elementos**

El primer elemento del Estado es la Población, entendiendo como tal el conjunto de individuos que integran esa agrupación humana, el conjunto de

---

<sup>12</sup> Nos permite diferenciar de otro tipo de asociaciones.

<sup>13</sup> Es decir, el propósito de buscar medios que lleven a asegurar las condiciones para que sus asociados vivan una vida digna en términos de Justicia que, por encima del interés particular, tenga en cuenta los intereses de todos.

personas naturales que habitan dentro en un territorio determinado de manera estable, con características, historia, costumbres, cultura, comunes. Sin población, no existe Estado, por lo cual resulta el elemento fundamental para su existencia misma.

Para CABANELLAS Población es "...el grupo de personas que experimenta y satisface sus necesidades y operaciones vitales, tanto en lo económico como en lo social".<sup>14</sup> En otras palabras, población es el conjunto de individuos organizados, buscando unidos su propio desarrollo, la satisfacción de sus necesidades individuales y comunes, de la mejor forma.

El segundo elemento es el territorio, el espacio físico sobre el cual se asienta la población, es una condición de existencia material y real, ya que sin territorio el Estado no tiene identificación geográfica, entendiéndose que dicho territorio debe ser estable y específico, lo cual hace posible la convivencia estable de un grupo, dentro de un ámbito espacial, los límites, como la piel de esa sociedad, que se traduce en el ejercicio del poder dentro de ese espacio dentro del que sus habitantes se hallan sujetos a su soberanía, en el que no se reconoce autoridad distinta a la del Estado y a su ordenamiento jurídico positivo.

"El territorio es un elemento constitutivo del Estado, sin el cual no se le concibe, es decir, el Estado que posee el poder político no puede ejercerlo, sino con condición de que haga un territorio exclusivamente afecto a su ejercicio".<sup>15</sup> Es decir, que el territorio de un Estado, corresponde a su espacio físico que ocupa la sociedad que lo constituye dentro de sus fronteras, que son los límites de esa sociedad política y jurídica.

Según el Diccionario Jurídico Espasa, territorio es el: "Espacio sobre el que se encuentra instalada la comunidad nacional",<sup>16</sup> y más adelante indica las

---

<sup>14</sup> CABANELLAS, G. (1994), DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO DE DERECHO USUAL, Argentina, Pág. 281

<sup>15</sup> <http://www.uaem.edu.mx/web-carreras/carreras/derecho/Cuarto%20Trimestre>

<sup>16</sup> ESPASA. (2001): Diccionario Jurídico Espasa, Madrid, España, Pág. 1370

características que debe tener el territorio, tales como la estabilidad, es decir que la colectividad, el grupo de personas, se instalan en dicho espacio de manera permanente. Territorio determinado, con extensión y límites establecidos.

El último elemento del Estado es el Poder, es decir, la interacción humana que despliega una fuerza proveniente de la relación subordinada en que se colocan recíprocamente los seres humanos, dando como resultado el mando y la obediencia. La colectividad elige una autoridad que los represente, quien se mantiene por medio del poder delegado, con el fin de asegurar el Orden Social por intermedio de la Ley. El Orden y la Justicia no pueden existir sin un Poder estatal que sea capaz de utilizar aún la coacción para someter la conducta de los individuos a la Ley, ya que se mantiene la idea romanista del imperium como poder colectivo de mando sobre todos los individuos, en busca de los principios superiores de la paz, la justicia, la equidad, acordados e impuestos por medio del poder contenido en un ordenamiento jurídico básico.

### **1.1.3 Funciones**

La separación de los poderes se encuentra propuesta en la obra "El Espíritu de las Leyes" del Barón de Montesquieu, quien explicó que se dio como una reacción en contra de la concentración del poder en una sola voluntad omnímoda, y en la necesidad de la defensa de los derechos individuales, orientada a la búsqueda de un equilibrio del ejercicio del poder del Estado, sobre la base de la distribución de una porción de ese poder estatal, entre tres diferentes órganos, autónomos e independientes, que permitan una interrelación de control mutuo:<sup>17</sup> Legislativo que legisle, Ejecutivo que gobierne y Judicial que administre justicia.

---

<sup>17</sup> "No hay que confundir "poder", que es atributo estatal, con "potestades", que, en lo que respecta a su ejercicio, pueden ser prerrogativas inherentes a una función, verbigracia de la función correspondiente a la Administración Pública, pues ésta, ciertamente, tiene diversas potestades: la reglamentaria, la imperativa, la sancionadora, etcétera." [www.scribd.com/doc/30824031/Marienhoff-Miguel-Tratado-de-Derecho-Administrativo-Tomo-III-b](http://www.scribd.com/doc/30824031/Marienhoff-Miguel-Tratado-de-Derecho-Administrativo-Tomo-III-b).



Para Marienhoff, el contenido de cada función en que se divide el Poder del Estado, legislativa, ejecutiva y judicial, varía de acuerdo a la relación con la ley y el tiempo. Así la función legislativa dicta o crea la ley, la altera y la suspende según su voluntad y conforme a la Constitución; la función ejecutiva se encarga de que se cumpla la ley y de que se la observe; y la función judicial interpreta y aplica la ley cuando existen controversias o conflictos entre las personas, respecto a lo que se ha hecho u omitido bajo su imperio, de hechos o actos ocurridos en el pasado.

“Las tres funciones deben perseguir, primordialmente, en su orientación teológica, la realización del bien común, ya sea de forma inmediata o mediata.<sup>18</sup> A pesar de que las tres funciones se distinguen por sus diferentes actividades, todas tienen como fin el bien común...”, es decir, buscan los medios que aseguren las condiciones para que sus asociados tengan una vida digna, en términos de Equidad, de manera que, por encima del interés particular, se tenga en cuenta el interés de todos.

Las tres Funciones, como denomina la doctrina moderna a la distribución del Poder, representan la soberanía del Estado, no se encuentran totalmente separadas, se combinan y se complementan entre sí; lo que les distingue son sus correspondientes actividades concretas.

### **1.1.3.1 Función Ejecutiva**

Dentro de esta función, el Estado ejerce la tarea primordial de gobernar, y lo hace por medio de la Administración Pública que, en virtud de la ley, realiza actividades específicas, permanentes, prácticas e inmediatas, tendentes a satisfacer las necesidades públicas por medio de los Servicios Públicos. No se limita a la administración per se, sino que la Función Ejecutiva tiene la máxima responsabilidad en la orientación y ejecución de los Planes y Programas de

---

<sup>18</sup> CASSAGNE. (1901-1986): DERECHO ADMINISTRATIVO, Buenos Aires, EDI. ABELEDO-PERROT, Pág. 55

desarrollo nacional, determinando los objetivos políticos y estrategias sociales y económicas para cumplir con sus fines.

La Constitución de la República del Ecuador,<sup>19</sup> en adelante ConsE, prescribe, en su Art. 141 que: “La Presidenta o Presidente de la República ejerce la Función Ejecutiva, es el Jefe del Estado y de Gobierno y responsable de la Administración Pública.” El Art. 226 preceptúa que: “Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. (...)” El siguiente Art. 227, dispone: “La administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia, y evaluación.”

### **1.1.3.2 Función Legislativa**

Es la actividad concreta, eventual y mediata que consiste en dictar normas generales obligatorias. Es decir, que el Estado por intermedio del legislativo; crea, reforma o interpreta normas jurídicas generales de conformidad con la Constitución.<sup>20</sup>

La ConsE prevé, en su Art. 118 “La Función Legislativa se ejerce por la Asamblea Nacional, que se integrará por asambleístas elegidos (...)”. El Art. 120 establece las facultades de la Asamblea Nacional, primordialmente:

“5. Participar en el proceso de reforma constitucional. 6. Expedir, codificar, reformar y reformar leyes e interpretarlas con carácter generalmente obligatorio. 7. Crear, modificar o suprimir tributos mediante ley, sin menoscabo de las atribuciones conferidas a los

---

<sup>19</sup> Publicada en el Registro Oficial No. 499, el 20 de octubre del 2008

<sup>20</sup> Se distingue dos tipos de Constituciones: material, es decir, el conjunto de factores que se encuentran escritos o no que perfilan a un ordenamiento jurídico. Y formal, es decir, mecanismos que garantizan los derechos individuales con el fin de evitar abusos por parte de los órganos del poder.

gobiernos autónomos descentralizados. 8. Aprobar o improbar los tratados internacionales en los casos que corresponda. 9 Fiscalizar los actos de las funciones (...)."

### 1.1.3.3 Función Judicial

Es la actividad concreta, eventual y mediata que se traduce en la decisión de controversias sobre lo lícito o ilícito entre particulares o entre particulares y el Estado, con fuerza de verdad legal.

En Ecuador, la ConsE contempla a la Función Judicial y Justicia Indígena, en su Art. 167 "La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por los órganos de la Función Judicial y por los demás órganos y funciones establecidos en la Constitución." Art. 169 declara:

"El sistema procesal es un medio para la realización de la Justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, indemnización, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la Justicia por la sola omisión de formalidades."

Es importante mencionar que la vigente Constitución de la República del Ecuador, creó, además, como Funciones del Estado: la **Función de Transparencia y Control Social**, la cual según el Art. 204: "(...) promoverá e impulsará el control de las entidades y organismos del sector público, y de las personas naturales o jurídicas del sector privado que presten servicios o desarrollen actividades de interés público (...)."<sup>21</sup> Por medio de esta Función, el Estado buscará disminuir la corrupción y a su vez construir un sistema que la evite, involucrando la participación del pueblo. La **Función Electoral**, establecida en el Art. 217, la cual "(...) garantizará el ejercicio de los derechos políticos que se expresan a través del sufragio, así como los referentes a la organización política de la ciudadanía".<sup>22</sup> El Estado, a través de esta Función,

<sup>21</sup> Constitución de la República (2008)

<sup>22</sup> Ibídem, Pág. 61

organiza y controla las elecciones y, en caso de ser pertinente, juzgará y sancionará a quienes infrinjan normas electorales.

#### 1.1.4 Poder vs. Función

Para efectos de este trabajo es importante hacer la distinción entre Poder y Función.

Para Marienhoff:

“La llamada "división de poderes" es una medida que tuvo por mira evitar el despotismo, impidiendo que el ejercicio de todas las funciones estatales quedase concentrado en una sola mano, en un solo órgano. Con ello tendióse a asegurar los beneficios de las libertades públicas e individuales. Pero no se trató de una "división de poderes", sino de una "distribución de funciones".

El Poder es uno solo y así lo sostiene Marienhoff<sup>23</sup> al decir, que “poder” es un atributo estatal, otorgado por el pueblo. El “poder” permite el ejercicio de las potestades públicas por parte de las entidades del Estado. Funciona a través de la distribución de cada segmento, mediante las potestades que la constitución y la ley otorga al Ejecutivo, Legislativo y Judicial (medios para la obtención de los fines estatales), de esta manera el poder no se concentra en una sola persona.

---

<sup>23</sup> <http://www.scribd.com/doc/30824031/Marienhoff-Miguel-Tratado-de-Derecho-Administrativo-Tomo-III-b>. “(...) "poder", que es atributo estatal (6), con "potestades", que, en lo que respecta a

su ejercicio, pueden ser prerrogativas inherentes a una función, verbigracia de la función correspondiente a la Administración Pública, pues ésta, ciertamente, tiene diversas potestades: la reglamentaria, la imperativa, la sancionadora, etcétera. Dichas "potestades" constituyen un reflejo cualificado del "poder" general del Estado, pero no pueden confundirse con este "poder" (7). No resulta, entonces, acertada la posición de Hauriou, quien pretende distinguir entre "poder" administrativo y "función" administrativa (8): el "poder" no es precisamente "administrativo", sino "estatal", vale decir es un atributo del Estado, y no de la Administración; esta última no hace otra cosa que "actualizar" o "manifestar" la parte pertinente del poder del Estado.”

Según el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Cabanellas, Poder es: “Como verbo, tener potestad (v.) o facultad. II Poseer fuerza, autoridad, vigor”.<sup>24</sup>

Con la definición de Poder, se puede establecer el de la Función, como el medio por el cual el Estado delega y atribuye legalmente un segmento de su Poder, a los diferentes órganos estatales entre los que divide las tareas estatales, para que pueda prevalecer la Democracia, que los Griegos denominaban, como demos (pueblo) kratía (gobierno).<sup>25</sup>

Según el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Cabanellas, función es: “(...) Atribuciones”.<sup>26</sup> Es decir, la capacidad de realizar una tarea que corresponda realizar, en este caso, a un órgano estatal.

## 1.2 DERECHO

### 1.2.1 Concepto

Derecho: “Del latín directus, directo, de dirigere, enderezar o alinear”.<sup>27</sup> “14. Conjunto de principios, y normas, expresivos de una idea de justicia y de orden, que regulan las relaciones humanas en toda sociedad, y cuya observancia puede ser impuesta de manera coactiva”.<sup>28</sup>

Es importante tener clara la idea de qué trata la norma jurídica<sup>29</sup> y de precisar bien la relación que existe entre las normas, con otros elementos, como la

---

<sup>24</sup> CABANELLAS, G. (1994), DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO DE DERECHO USUAL, EDI. HELIASTA S.R.L., Argentina, Pág. 284

<sup>25</sup> Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española. (2001)

<sup>26</sup> CABANELLAS, G. (1994), DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO DE DERECHO USUAL, EDI. HELIASTA S.R.L., Argentina, Pág. 133

<sup>27</sup> Op. ibídem, Pág. 99

<sup>28</sup> Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española (2001). Pág. 751

<sup>29</sup> Norma jurídica.- “Es la regla de conducta exigible en la convivencia social, con trascendencia en derecho”. ESPASA (2001), Diccionario Jurídico Espasa, Madrid, Pág.: 1031

fuerza,<sup>30</sup> la ideología y la moral. Varios juristas, como Kelsen han considerado al Derecho como una guía de conducta. Pero para Marx, uno de los fundadores de la sociología moderna y sus seguidores, el aporte fue considerar al Derecho y al Estado frente a la concepción burguesa del Derecho, por esta razón, el Derecho según la concepción Marxista, es un sistema u ordenamiento de las relaciones sociales correspondientes a la clase dominante y tutelado por la fuerza organizada de esa clase.

Según Dromi, el Derecho “debe ser la herramienta de la verdad. Si el Derecho es verdadero, el bien será posible y la libertad realizable”.<sup>31</sup>

Marco G. Monroy C., en su obra “Introducción al Derecho” (2003), después de hacer un análisis de la importancia del Derecho, nos explica que es un sistema por medio del cual se trata de evitar la anarquía.<sup>32</sup> Se busca por intermedio del derecho imponer orden en la sociedad, solucionar conflictos entre los individuos, permitir la convivencia y coexistencia de las personas, de manera pacífica.

Para Duguit, el Derecho es: “ante todo una creación psicológica de la sociedad, determinada por las necesidades de orden material, intelectual y moral”.<sup>33</sup> En otras palabras, Derecho es un conjunto de normas creadas por la sociedad, lo cual permite generar un orden de justicia,<sup>34</sup> permitiendo la convivencia y coexistencia pacífica entre quienes forman parte de la sociedad. Se dice que

---

<sup>30</sup> Fuerza: “...como expresión material del poder coactivo que éste entraña para imponerse cuando voluntariamente no se acepta un imperio pacífico (...), es lícito recurrir al empleo de la fuerza, para imponer a un particular la ley o el derecho reconocido...”. CABANELLAS, G. (1994), DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO DE DERECHO USUAL, EDI. HELIASTA S.R.L., Argentina, Pág. 128

<sup>31</sup> DROMI, R. (1998), DERECHO ADMINISTRATIVO, Argentina, Pág. 25

<sup>32</sup> “Desorden y perturbación de un Estado por debilidad, falta o supresión de la autoridad.” CABANELLAS, G. (1994), DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO DE DERECHO USUAL, EDI. HELIASTA S.R.L., Argentina, Pág. 284

<sup>33</sup> DUGUIT, L. (1975), LAS TRANSFORMACIONES DEL DERECHO PUBLICO Y PRIVADO, Argentina, Pág. 33.

<sup>34</sup> “El pensamiento griego anterior a Sócrates vinculaba la idea de justicia a la de orden: es injusto cuando vulnera o desequilibra el orden a que pertenece.” ESPASA (2001), Diccionario Jurídico Espasa, Madrid, Pág. 882

es una creación psicológica de la sociedad por la relación subjetiva y objetiva con dicha sociedad.

Se puede distinguir entre Derecho Positivo y Derecho Natural. El Derecho Positivo es el conjunto de normas jurídicas escritas, es decir, es la agrupación que abarca la creación jurídica del legislador, lo cual conocemos actualmente como Ley. Mientras que el Derecho Natural es el conjunto de principios de lo justo e injusto, inspirados en la naturaleza.

El Derecho en general es el marco que regula las relaciones sociales con el fin de que estas coexistan en armonía, es el Contrato Social de Rosseau, en el cual los hombres nos subordinamos a un ente superior con el fin de que éste nos proporcione protección, seguridad y bienestar.

Para efectos de este trabajo, las dos ramas del derecho a tratar son: Derecho Público y Derecho Privado.

Al hablar de Derecho Público, no se lo debe enfocar únicamente como el conjunto de normas que se aplican al Estado o a la administración pública, sino que trata sobre la relación que existe entre el Estado y los administrados.

Según el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Derecho Público es el “Conjunto de normas reguladoras del orden jurídico relativo al Estado en sí, en sus relaciones con los particulares y con otros Estados.” (CABANELLAS, 1994)

El Derecho Público se basa en relación que existe entre el Estado y los individuos, también llamados administrados, el cual tiene por objeto la realización de intereses comunes, que protege y promueve criterios de igualdad y justicia para lo cual los sujetos y órganos estatales actúan con autonomía y gozan de poder jurídico genérico para imponer la voluntad estatal con respecto de las garantías y los límites establecidos por el ordenamiento jurídico (actos reglados).

El Derecho público se divide en: **a) Derecho Público interno**, el cual comprende el conjunto de normas que regulan las relaciones entre los individuos y el Estado y sus instituciones. El Derecho Administrativo, se encuentra dentro de esta rama del Derecho. **b) Y el Derecho Público externo**, el cual regula las relaciones externas entre sujetos soberanos, los Estados, y otros sujetos que detentan soberanía en el ámbito internacional.

“En las relaciones entre el Estado y los particulares, no se trata de pérdidas ni de ganancias, sino del efecto que surte la actividad del Estado sobre los individuos” (Altamira, 1973). El Estado establece normas que ayudan a mantener un orden jurídico entre sujetos que lo conforman y, a su vez, entre el Estado y los particulares.

### 1.2.2 Derecho Privado

Derecho privado es una rama del Derecho que se ocupa principalmente de las relaciones entre particulares, tiene como objeto exclusivo al individuo y solamente se ocupa de su existencia y de sus diferentes estados. Así tenemos en el Derecho Privado, el Derecho Civil, el Comercial, el Societario, entre otros.

CABANELLAS define al Derecho Privado:

“...es el que rige los actos de los particulares cumplidos por su iniciativa y en su propio nombre y beneficio. Por su origen y finalidad se ve dominado por el interés individual, frente al bien general que se asigna a la especie opuesta.”

Es decir que el Derecho Privado se basa en la autonomía de la voluntad de los individuos, en la igualdad ante la ley y la subordinación a los poderes jurídicos que el ordenamiento otorga a las personas.

El siguiente cuadro comparativo resume lo dicho:



Cuadro N° 1.1

Derecho Público	Derecho Privado
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Relación que existe entre Estado y administrados.</li> <li>• El Estado establece normas que ayudan a mantener un orden jurídico.</li> <li>• Órganos estatales actúan con autonomía y gozan de poder jurídico genérico para imponer voluntad estatal.</li> <li>• Está permitido hacer solo lo que se encuentra previsto por la Ley.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Rige actos entre particulares (por su iniciativa y en su propio nombre y beneficio).</li> <li>• Origen y finalidad denominada por el interés individual.</li> <li>• Basado en la autonomía de la voluntad, igualdad ante la Ley.</li> <li>• Se permite la negociación, para lograr acuerdos.</li> <li>• Está permitido hacer todo, menos lo que la Ley prohíbe.</li> </ul>

**Fuente:** Investigación realizada.

**Elaborado por:** La autora

### 1.3 DERECHO ADMINISTRATIVO

#### 1.3.1 Evolución Histórica

La organización administrativa del Estado tuvo su origen con la Revolución Francesa (1789), generada por un conflicto político, social y económico, con diversos periodos de violencia contra la monarquía absolutista de aquella época encabezada por el rey Luis XVI y su esposa María Antonieta. El rey y la nobleza gobernante, decadentes y corruptos, descuidaron el gobierno y a los gobernados, lo cual desencadenó el descontento de las clases populares. El asalto a un pequeño cuartel policial (La Bastille), motivó un movimiento popular en Paris, del que resultó el asalto al palacio de Las Tullerías y la captura y decapitación de los reyes y parte de la nobleza.

Uno de los resultados mediatos de ese movimiento fue el desarrollo de una organización estatal democrática, basada en un Gobierno, una Corte Judicial y una Asamblea Nacional con representación mayoritaria de la burguesía que

impulsó el concepto de Estado de Derecho, el cual constituyó uno de los principios básicos de la Revolución que, a su vez, puede considerarse como el punto de partida del desarrollo de esta rama del Derecho, el Derecho Administrativo.

Con la Revolución Francesa se establecieron principios que permanecerían como base de toda la transformación posterior: la primacía de la ley, la separación de las tareas de las autoridades administrativas y judiciales y legislativas, el liberalismo político y económico, la igualdad de los ciudadanos ante la Administración. “(...) el Derecho Administrativo, como rama especializada del Derecho, es una concepción y creación del Derecho francés, originado en la Revolución Francesa de 1789 y producto de una nueva evolución progresiva que fue consolidando dicha concepción”.<sup>35</sup>

El Estado de Derecho se traduce en normas jurídicas, obligatorias no solo para los gobernados, sino también para los gobernantes de un Estado, es decir, que las diferentes actividades del Estado, entre ellas la administrativa, se encuentran sometidas a normas jurídicas.

### **1.3.2 Concepto**

El Derecho Administrativo es la rama del Derecho Público Interno, constituido por el conjunto de principios, preceptos y normas que regulan actividades directas o indirectas de la administración pública;<sup>36</sup> la organización, funcionamiento y control de las instituciones públicas, servicios públicos como órgano del poder ejecutivo; y su relación con particulares y demás actividades estatales.

---

<sup>35</sup> <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1594/16.pdf>, LA EXPLICACIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO.

<sup>36</sup> Administración Pública.- “Es el poder ejecutivo (v.) en acción, con la finalidad de cumplir y hacer cumplir cuanto interesa a la sociedad en las actividades y servicios públicos” DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO DE DERECHO USUAL, GUILLERMO CABANELLAS (1994), Argentina.

Derecho Administrativo, según CASSAGNE, es:

“...aquella parte del derecho público interno que regula la organización, las funciones, potestades y requisitos de substancia administrativa, legislativa y jurisdiccional del Órgano Ejecutivo, las funciones y potestades administrativas de los restantes órganos que ejercen el poder del Estado (Legislativo y Judicial) y, en general, todas aquellas actividades realizadas por personas no estatales a quienes el ordenamiento les atribuye potestades singulares de poder público derogatorias o exorbitantes del derecho privado”. (CASSAGNE, 1901-1986)

Para Dromi, el Derecho Administrativo:

“Es el conjunto de normas y principios que regulan y rigen el ejercicio de una de las funciones del poder, la administrativa. Por ello podemos decir que el derecho administrativo es el régimen jurídico de la función administrativa y trata sobre el circuito jurídico del obrar administrativo.”

Marco G. Monroy Cabra,<sup>37</sup> cita a Jaime Vidal Perdomo, quien explica que: “...el derecho administrativo está vinculado a la noción de administración; el estudio de la estructura y de la actividad de la administración constituyen la temática del derecho administrativo”.

La Administración Pública, para poder actuar, debe sustentar sus acciones en el poder establecido en la ley, sobre la cual se determina lo que corresponde al ejercicio de las potestades públicas a través de cada uno de los Órganos de la Administración Pública, los cuales se expresan mediante actos jurídicos<sup>38</sup> (declaraciones de voluntad) o de hechos, que solamente nacen del ordenamiento jurídico que los regula (concreto y específico) y cuyo contenido es la posibilidad abstracta de producir efectos jurídicos genéricos, aunque se

---

<sup>37</sup> Monroy (2003), INTRODUCCIÓN AL DERECHO, Bogotá, Editorial Temis, Pág. 242

<sup>38</sup> Acto jurídico.- “Todo fenómeno o manifestación externa que es productor de efectos para el Derecho se denomina hecho jurídico (v.): cuando este hecho procede de la voluntad humana, se llama acto jurídico” CABANELLAS (1994), DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO DE DERECHO USUAL, EDI. HELIASTA S.R.L.

generen como consecuencia relaciones jurídicas particulares, con los individuos.

El Derecho Administrativo tiene por objeto el estudio de la Administración Pública. Pero no solo la estudia como tal, sino el manejo del aparato estatal como un conjunto de elementos materiales y normativos, insertos en la universalidad de la vida jurídica positiva.

### **1.3.3 Fuentes**

Las fuentes del Derecho son los medios o formas que dan origen al ordenamiento jurídico. Las fuentes o los medios del Derecho Administrativo se clasifican en reales o materiales y formales.<sup>39</sup> Los reales o materiales son elementos, factores, que determinan el contenido de la norma jurídica prescindiendo de los órganos competentes, como la Doctrina, la jurisprudencia, etc. Los formales son los que dan origen al ordenamiento positivo y que emanan de los órganos competentes, como la Constitución, la ley, el reglamento, los decretos, las resoluciones, las regulaciones, los acuerdos, los instructivos y circulares.

## **1.4 LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

### **1.4.1 Concepto**

La función administrativa constituye el objeto propio del derecho administrativo. Etimológicamente el vocablo "administrar" significa "servir a" (administrare, ad, a, ministrare, servir - por eso: ministro = servidor del Estado-). Así, la administración se presenta como una "acción" encaminada hacia un fin.<sup>40</sup>

“El conjunto de Órganos Administrativos que desarrollan una actividad para el logro de un fin (Bienestar General), a través de los

---

<sup>39</sup> Dromi R. (1998). DERECHO ADMINISTRATIVO. 7ª edición

<sup>40</sup> DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. (2001), REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Editorial Espasa Calpe, Madrid.

Servicios Públicos (que es el medio de que dispone la Administración Pública para lograr el bienestar General), regulada en su estructura y funcionamiento, normalmente por el Derecho Administrativo.” (Parada, 2008)

El concepto de Administración Pública, nace de la Administración del Estado, compuesta, bajo la dependencia del Gobierno Central, por los diversos Ministerios y Secretarías de Estado, Subsecretarías, Direcciones Generales, Subdirecciones, Jefaturas, Direcciones, Servicios y su organización (Delegaciones del Gobierno); constituyen también la Administración Pública, las demás administraciones autónomas de base territorial limitada, o por su materia: los Municipios, las Provincias y las Comunidades Autónomas, así como también, las diversas Entidades de Derecho Público (organismos autónomos, empresas o entidades públicas adscritas, administraciones independientes).

#### **1.4.2 Elementos**

Existen dos aspectos que se han desarrollado doctrinariamente, en torno a la función administrativa: El aspecto sustancial Subjetivo, según el cual la función administrativa es una estructura orgánica, es decir: “... el conjunto de órganos no sólo estatales sino también no estatales encargados de la ejecución concreta y práctica de los cometidos estatales”.<sup>41</sup>

La actividad administrativa, es decir la de Administración Pública, tiene como propósito el bien común y la justicia distributiva. Se realiza fundamentalmente en la Función Ejecutiva, sin perjuicio de que se la ejecute en los demás órganos fundamentales de las demás Funciones del Estado (Legislativo y Judicial) y también en los órganos públicos no estatales por autorización o delegación estatal, cumpliendo así los cometidos que el orden político y el ordenamiento jurídico asignan al Estado.

---

<sup>41</sup> Dromi. (1998): Derecho Administrativo. Ed. Ciencia y Cultura, Buenos Aires-Argentina, Pág. 139

Por otro lado, el aspecto objetivo, según el cual la función administrativa: “(...) es un conjunto de actividades encaminadas hacia un fin, con prescindencia del órgano agente que la realice (...)”.<sup>42</sup> Cuando la gestión y el servicio lo sea en función del interés colectivo, se encuentra la presencia de Administración Pública.

### 1.4.3 Organización Administrativa

La Organización Administrativa, para Roberto Dromi (Op. Cit.) es: “(...) el conjunto de normas jurídicas que regulan la competencia, relaciones jerárquicas, situación jurídica, formas de actuación y control de los órganos y entes en ejercicio de la función administrativa”.<sup>43</sup>

Organización Administrativa es pues, la forma en que se distribuyen y ordenan los diversos elementos y aparatos administrativos que dependen de la función ejecutiva, directa o indirectamente, a través de las relaciones de jerarquía y dependencia, para lograr unidad de acción, de dirección y ejecución en la actividad de la propia administración, encaminada a la consecución de los fines del Estado.

Para Miguel S. Marienhoff: “(...) el poder de organización se concreta en la estructura de órganos y en la atribución de competencias, o, más bien dicho, en la asignación de funciones a dichos órganos”.<sup>44</sup>

Existen dos principios de organización administrativa, los cuales responden las preguntas de ¿qué? y ¿a quién? le compete tal o cual tarea, así: **a) la Competencia** es el conjunto de atribuciones, facultades y deberes otorgados por la Constitución, los tratados, la ley o los reglamentos que ejercen en forma obligatoria los órganos estatales, así lo define Roberto Dromi.<sup>45</sup> Es así que

---

<sup>42</sup> Ibídem. Pág. 138

<sup>43</sup> Ibídem. Pág. 521

<sup>44</sup> <http://www.scribd.com/doc/30824031/Marienhoff-Miguel-Tratado-de-Derecho-Administrativo-Tomo-III-b>.

<sup>45</sup> Dromi. (1998): Derecho Administrativo. Ed. Ciencia y Cultura, Buenos Aires-Argentina, Pág. 522.

cada órgano tiene competencias derivadas de la Constitución, de la Ley o reglamentos; competencias que se manifiesta a través de la ejecución de actos administrativos, actos de simple administración, hechos, contratos y reglamentos administrativos.

La Competencia, para Juan Carlos Cassagne: “(...) consiste en la aptitud legal para ejercer dichas potestades y ser titular de ellas”. Es decir, el Estado tiene poder, y lo distribuye en competencias entre sus diferentes órganos.

La competencia es objetiva, porque solamente nace de la Constitución, de una Ley o de un Reglamento que la atribuye a determinada entidad estatal; es obligatoria, porque se impone su cumplimiento (ley), es decir que los administradores públicos deben acatarla de manera forzosa e inapelable,<sup>46</sup> es improrrogable, porque no se puede suspender ni denegar su cumplimiento, porque se ejerce por el interés público (el bien común); y, es irrenunciable, porque debe ejecutarse, sin que dependa de la voluntad de un hombre, del funcionario que la ejerce, en tanto se refiere al ejercicio de la competencia del órgano estatal.

**La jerarquía:** “(...) es el vínculo piramidal de la interrelación que guardan los órganos administrativos, en relación de subordinación, coordinación y supraordinación”.<sup>47</sup> Corresponde a la organización del Estado<sup>48</sup> ó a la unidad administrativa formada de órganos dispuestos en orden de autoridad, unidos

---

<sup>46</sup> Art. 226 ConsE: “Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán del deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y el ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución.”

<sup>47</sup> Dromi. (1998): Derecho Administrativo. Edi. Ciencia y Cultura, Buenos Aires-Argentina, Pág. 522

<sup>48</sup> Art. 225 ConsE: “El sector público comprende: 1. Los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social. 2. Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado. 3. Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado. 4. Las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos.”

por la identidad de la materia y característico por la competencia que tienen en determinada materia, distribuidos según grados jerárquicos.

El Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, en adelante ERJAFE, en su artículo 84 establece: “La competencia administrativa es la medida de la potestad que corresponde a cada órgano administrativo. La competencia es irrenunciable y se ejercerá por los órganos que la tengan atribuida como propia, salvo los casos de delegación o avocación (...)”

Para Juan Carlos Cassagne, la jerarquía constituye una relación entre órganos de una misma persona “(...) se trata del principio que los reduce a unidad y la recíproca situación en que están los órganos en una entidad”.<sup>49</sup>

Para DROMI:<sup>50</sup>

“La Administración se organiza piramidalmente por vía de diferentes líneas que conducen a un mismo centro. Las líneas jerárquicas son la sucesión de distintos órganos de Administración unidos por la identidad de la materia, pero diferenciados por la competencia que tienen en esa materia.”

Al hablar de jerarquía se entiende la preexistencia de una serie de órganos de forma piramidal, que se refieren a la división del trabajo en la administración pública, que se caracteriza por dos figuras típicas de una organización: la línea (sentido vertical) y el grado (posición del órgano en la línea). En el borde superior estará siempre la posición, la figura, de la máxima autoridad que asume no solamente toda la potestad de la entidad estatal, sino la responsabilidad por los actos u omisiones de los subordinados.

---

<sup>49</sup> CASSAGNE (1986), DERECHO ADMINISTRATIVO, Tomo I, Edi. ABELEDO-PERROT, Buenos Aires-Argentina, pág.234

<sup>50</sup> Dromi. (1998): Derecho Administrativo. Edi. Ciencia y Cultura, Buenos Aires-Argentina, Pág. 522



## 1.5 FORMAS DE MANIFESTACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

### 1.5.1 Actos Administrativos, Concepto y Formas

Según Juan Carlos Cassagne, el acto administrativo es: “(...) toda declaración de un órgano estatal, en ejercicio de la función materialmente administrativa y caracterizada por un régimen exorbitante, que produce efectos jurídicos individuales, en forma directa, con relación a los administrados o terceros destinatarios del acto”.<sup>51</sup>

La Administración Pública expresa su voluntad a través de actos<sup>52</sup> administrativos, previstos por la ley y ajustados a la ética, que producen efectos jurídicos administrativos en los administrados.

En la legislación ecuatoriana, el ERJAFE, en su Art. 65, define Acto administrativo: “Es toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma directa”.

Para Agustín Gordillo, el acto administrativo es la declaración unilateral de la voluntad administrativa, efectuada en ejercicio de atribuciones que produce efectos jurídicos individuales de forma directa con relación a los administrados destinatarios del acto. Sin embargo hace distinción entre acto unilateral y bilateral, desde el punto de vista de la formación del acto y enseña que:

“El contrato administrativo sería la expresión típica del acto bilateral tanto en su formación como en sus efectos, quedando para el acto administrativo la posibilidad de un triple planteo: a) que el acto sea unilateral en su formación y en sus efectos: en esto no hay discusión alguna; b) que el acto sea unilateral

---

<sup>51</sup> CASSAGNE (1986), DERECHO ADMINISTRATIVO, Tomo I, Edi. ABELEDO-PERROT, Buenos Aires-Argentina, pág.56

<sup>52</sup> Acto (acción, efecto de hacer.): es la manifestación de la voluntad humana, Diccionario de la Lengua Española, Real Academia de la Lengua Española. XXII edición (2001)

en su formación y bilateral en sus efectos. c) que el acto sea bilateral en su formación y unilateral en sus efectos.”

El artículo 65 del ERJAFE establece lo que es acto administrativo y más adelante, en el artículo 80 ibídem, establece que acto normativo: “Es toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos generales, objetivos de forma directa (...)”.

El tratadista Roberto Dromi, en su obra DERECHO ADMINISTRATIVO, define al acto administrativo como: “(...) la expresión de la voluntad de la administración pública, la cual se expresa mediante declaraciones unilaterales o bilaterales, de alcance individual o general y de efectos directos o indirectos.” Y que: “(...) Las decisiones administrativas no se expresan sólo a través de operaciones materiales, sino también mediante declaraciones intelectuales de origen unilateral o bilateral, de alcance individual o general y de efectos directos o indirectos”.<sup>53</sup>

Para que sea válido, el acto administrativo debe cumplir con todos los requisitos y formalidades establecidos por la Ley. Todo acto jurídico, y conforme al Derecho Administrativo, debe contener los siguientes elementos: **a) Sujeto o autoridad competente**, es decir, el funcionario o servidor que actúa a nombre del órgano, personas naturales dotadas de voluntad y conciencia propias, a las cuales la Ley o el reglamento les ha atribuido facultades para obrar a nombre de la Administración Pública. A través de esas personas, dotadas de competencia, es que los órganos administrativos generan actos válidos, capaces de generar obligaciones y derechos. **b) Objeto o contenido del acto**, es la declaración o la decisión sobre el cumplimiento de los deberes, potestades, facultades, atribuciones de la Administración Pública, referentes a personas, bienes o certificaciones, siempre referidas al cumplimiento del bien común. **c) Causa o motivo**, significa la motivación del acto, sobre la base del cumplimiento de la ley y de la moral; es la expresión de

---

<sup>53</sup> Dromi. (1998): Derecho Administrativo. Edi. Ciencia y Cultura, Buenos Aires-Argentina, Pág. Pág. 233.

la oportunidad y procedencia de la emisión de los actos, ajustados a los hechos y al Derecho, como cuando en un decreto o resolución, se los explica en los considerandos.<sup>54</sup> El artículo 31 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada, en adelante LME, dispone: “Todos los actos emanados de los órganos del Estado, deberán ser motivados. La motivación debe indicar los presupuestos de hecho y las razones jurídicas que han determinado la decisión del órgano, en relación con los resultados del procedimiento previo.(...)”. El Art. 76, numeral 7, literal l) de la ConsE, prevé que: “Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se consideraran nulos...” **d) Fin**, la finalidad general es, solamente, la del interés público, del bien común. **e) Las formalidades**, es decir, la forma cómo deben exteriorizarse los actos administrativos, conforme lo preestablecen las leyes, los reglamentos, (procedimientos administrativos) los instructivos: por escrito y sujetos a las ritualidades establecidas, especialmente ajustados al requerimiento de la publicidad y la notificación; son actos reglados en tanto deben seguir los procedimientos previstos por las leyes.<sup>55</sup>

El Plan Anual de Contratación tiene como fin planificar las compras públicas dentro de un periodo anual, que permita satisfacer las necesidades de de la Administración para atender las necesidades de los administrados, dentro de un periodo de tiempo, de manera que se cumpla la finalidad estatal del bien común.

---

<sup>54</sup> Art. 76, numeral 7, literal l) ConsE: “Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se consideraran nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.”

<sup>55</sup> Art. 76, numeral 1 de la ConsE: “Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y derechos de las partes.”

La consecuencia jurídica de la omisión de cumplir con el mandato legal, es la de establecer responsabilidades en contra de los servidores que hubieren incurrido en esa falta culposa, lo que, de momento, la misma LOSNCPub, en sus Disposiciones Generales Primera y Segunda, establece que las infracciones a la ley serán sancionadas, por la Contraloría General del Estado como entidad de control posterior lo cual crea un vacío que debe ser llenado, otorgándose al propio INCOP la potestad sancionadora en caso de contravenciones a la Ley ibídem, en Sede Administrativa, especialmente en lo referido a la omisión de formular y publicar el PAC, en tanto es el órgano rector de la Contratación Pública, directamente vinculado con esas actividades, el INCOP.

### **1.5.2 Actos de Simple Administración**

Para Dromi el acto de simple administración: “(...) Es toda declaración unilateral interna o interorgánica, efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales en forma directa”.<sup>56</sup>

El ERJAFE establece, en su Art. 70 los Actos de simple administración:

“(...) Son toda declaración unilateral interna o interorgánica,<sup>57</sup> realizada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma indirecta en vista de que solo afectan a los administrados a través de los actos, reglamentos y hechos administrativos, dictados o ejecutados en su consecuencia.”

En los actos de simple administración no existe la intervención del administrado, la administración simplemente expide actos para realizar las tareas cotidianas del servicio público, previstas en Reglamentos o Instructivos y consistentes, generalmente en disposiciones internas, como las de ciertos

---

<sup>56</sup> Dromi. (1998): Derecho Administrativo. Edi. Ciencia y Cultura, Buenos Aires-Argentina.

<sup>57</sup> La actividad interorgánica es aquella que vincula a dos o más órganos de la Administración integrantes de una misma persona pública estatal.” CASSAGNE (1985), DERECHO ADMINISTRATIVO TOMO II, Buenos Aires-Argentina, EDI. ABELEDO-PERROT.

informes o comunicaciones. El destinatario en este caso es la misma Administración.

### **1.5.3 Hecho Administrativo**

Para Dromi, hecho administrativo: “Es toda actividad material, traducida en operaciones técnicas o actuaciones físicas, ejecutada en ejercicio de la función administrativa, productora de efectos jurídicos directos o indirectos.”

El hecho administrativo es aquella actividad material manifestada en operaciones técnicas o actuaciones físicas, producidas en el ejercicio de la función pública, productora de efectos jurídicos directos o indirectos. Por ejemplo, la obra pública de apertura de una alcantarilla o la recolección de basura.

El ERJAFE, establece en su Art. 78:

“El hecho administrativo es toda actividad material, traducida en operaciones técnicas o actuaciones físicas, ejecutadas en ejercicio de la función administrativa, productora de efectos jurídicos directos o indirectos, ya sea que medie o no una decisión de acto administrativo previo.”

### **1.5.4 Contrato Administrativo**

Héctor Jorge Escola, en su obra “TRATADO INTEGRAL DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS”, cita a García Oviedo, quien define a contrato administrativo como: “(...) actos de actividad administrativa, “es decir, actos cuyo objeto –fundamentalmente obras y servicios públicos- constituyen medio característico de la administración para el cumplimiento de sus fines de interés público (...).”<sup>58</sup>

---

<sup>58</sup> ESCOLA (1977), TRATADO INTEGRAL DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, Volumen I, Buenos Aires, Ediciones Depalma.

El contrato administrativo es la manifestación unilateral del Estado que se origina en la manifestación de la voluntad de dos las partes, una de las cuales debe adherir a las cláusulas exorbitantes impuestas por la parte estatal que actúa sobre la base de la Ley; acto que produce efectos jurídicos directos y obligatorios para las partes contratantes.

El Art. 75, del ERJAFE establece: “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.”

La contratación se ha dividido en dos fases: **a) Precontractual**, la formación de una serie de requisitos previos a la expresión de la voluntad de la administración sobre quien será su contratante, así, el administrado contribuye en la formación de la voluntad bilateral, solamente cuando existe el vínculo de la adjudicación.

Para efectos de este trabajo, el Plan Anual de Contratación forma parte sustancial de los requisitos precontractuales, ya que para la adquisición de bienes o servicios o ejecución de obras, debe existir planificación previa; salvo que, de manera extraordinaria, se declare la emergencia, es decir, la ejecución de los actos y los elementos necesarios para superar los eventos que ameritan afrontar hechos o situaciones extraordinarias, con urgencia, sin dilación, para enfrentar eventos extraordinarios (casos fortuitos o de fuerza mayor)<sup>59</sup> como guerras, catástrofes naturales, conmoción interna, etc., excepción que confirma la regla. **b) Fase Contractual**, es decir el otorgamiento y la ejecución de un contrato administrativo, cuando se cumplirán las formalidades legales y consecuentemente las obligaciones contractualmente estipuladas entre las partes.

---

<sup>59</sup> Art. 30 CC: “Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”

Para que el contrato administrativo sea válido, es necesario que esté revestido de:

- a) consentimiento de las partes: la administrativa y la privada, mediante la aceptación por la Administración de la oferta o propuesta de la parte privada, mediante el acto de la adjudicación; relación que debe concretarse en un contrato escrito, con la intervención del competente funcionario y del representante legal o de la persona legalmente capaz, por la partes contratante y contratista, respectivamente.
- b) la existencia de un hecho o de una prestación de bienes, obras o servicios, que estén en el comercio lícito y que sea la que planificó y requiere la Administración para la consecución de sus fines.
- c) Forma, es decir, el cumplimiento de los requisitos y las ritualidades que exige la Ley y los reglamentos, a las que adhiere el contratista, con su voluntad libre, bajo pena de nulidad.
- d) Competencia del Órgano Administrativo, al que legalmente le esté atribuida la facultad de celebrar ese tipo de contrato, y del representante de la Administración, que sea quien reglamentariamente tenga competencia para intervenir en su otorgamiento y, por tal, la representación o delegación que legalmente se requiera; y capacidad del contratista, persona natural o jurídica de derecho privado, o sea la demostración de la aptitud legal para ser titular de los derechos subjetivos y de los deberes jurídicos a los que adhiere y que asume contractualmente.
- e) Causa, que para la Administración será siempre la motivación del bien común, de un fin público, la satisfacción de necesidades colectivas; aun cuando para la persona natural o jurídica de derecho privado, tendrá, en general, una causa lucrativa, a menos que se tratase de una persona jurídica sin fines de lucro.
- f) La explotación de servicios públicos o de negocios asumidos por el Estado, o la adquisición de bienes o servicios que requiera la administración para su funcionamiento y para la atención de los servicios públicos en procura del bien común.

## 1.6 LEGALIDAD, LEGITIMIDAD Y RESPONSABILIDAD

### 1.6.1 Legalidad

Para Dromi, el principio de legalidad se determina jurídicamente por cuatro condiciones:

“1) delimitación de su aplicación (reserva legal); 2) ordenación jerárquica de sujeción de las normas a la ley; 3) determinación de selección de normas aplicables al caso concreto, y 4) precisión de los poderes que la norma confiere a la Administración.”

La actuación administrativa debe sujetarse a la ley, al ordenamiento jurídico. Es así, que quienes actúan en la Administración Pública, pueden ejercer únicamente las competencias y facultades atribuidas por la Constitución y la Ley, preceptuadas jurídicamente para garantizar la aplicación de los derechos individuales y la permanencia del Estado. Así prevé el Art. 226 de la ConsE, ya citado.

Es más, el mismo Estado y los servidores públicos, son responsables por sus omisiones o por sus actos realizados en el ejercicio de sus funciones.<sup>60</sup>

---

<sup>60</sup> Art. 233 ConsE: “Ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones, y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos. Las servidoras o servidores públicos y los delegados o representantes a los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado, estarán sujetos a las sanciones establecidas por delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y, en estos casos, los juicios se iniciarán y continuarán incluso en ausencia de las personas acusadas. Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aun cuando no tengan las calidades antes señaladas.”

Art. 53 íbidem- “(...) El Estado responderá civilmente por los daños y perjuicios causados a las personas por negligencia y descuido en la atención de los servicios públicos que estén a su cargo, y por la carencia de servicios que hayan sido pagados.”

Art. 54 íbidem.- “Las personas o entidades que presten servicios públicos o que produzcan o comercialicen bienes de consumo, serán responsables civil y penalmente por la deficiente prestación del servicio, por la calidad defectuosa del producto, o cuando sus condiciones no estén de acuerdo con la publicidad efectuada o con la descripción que incorpore.”



Potestad, Según el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual es: “En el Derecho Romano (...) facultad de mando, la potestad (“potestas”) comprendía el Poder administrativo; como el de publicar edictos, multar, embargar (...).”<sup>61</sup>

Es pues, el ejercicio del poder que el Estado, mediante ley, asigna a un órgano o a una persona a la que confiere competencia. “La potestad estatal consiste esencialmente en poderes efectivos, en derechos activos de dominación (...).”<sup>62</sup>

### 1.6.2 Delegación

Delegación es la transferencia del ejercicio de una facultad, de un órgano superior en otro, es decir la distribución de trabajo entre los diferentes estamentos administrativos especializados a fin de que cada tarea sea efectivamente realizada. Esto es, la excepción al principio general de improrrogabilidad de la competencia.

El artículo 4 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en adelante Reg-LOSNCPub, establece que: “(...) son delegables todas las facultades previstas para la máxima autoridad tanto en la Ley como en este Reglamento, aún cuando no conste en dicha normativa la facultad de delegación expresa.”

Por delegación<sup>63</sup> se entiende la transferencia de funciones, atribuciones y autoridad, que realiza una persona que ocupa un cargo superior, a un inferior, a otro de igual rango, para que este las ejerza a su nombre, en un objetivo específico, sin eximir al delegante de responsabilidad.

---

<sup>61</sup> CABANELLAS, G. (1994), DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO DE DERECHO USUAL, EDI. HELIASTA S.R.L., Argentina, Pág. 337

<sup>62</sup> <http://books.google.com.ec/books?id=4e12e90bP7sC&pg=PA86&lpg=PA86&dq>

<sup>63</sup> El Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual define a delegación como: “Otorgamiento de representación.” CABANELLAS, G. (1994), DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO DE DERECHO USUAL, EDI. HELIASTA S.R.L., Argentina, pág. 53

Como ya se dijo, ninguna autoridad, funcionario ni servidor o servidora pública está exento de responsabilidad por los actos u omisiones realizados en el ejercicio de sus funciones, según prescribe el artículo 233 de la ConsE.

El artículo 61 de la LOSNCPub., en el segundo inciso, prescribe que: “Esta delegación no excluye las responsabilidades del delegante.”. Por tanto, la máxima autoridad, cuando delega sus funciones a otro funcionario, subalterno o no, delega funciones pero no su responsabilidad la que, en consecuencia, es indelegable.

### **1.6.3 Legitimidad**

Todos los actos se presumen legítimos. Dejan de serlo cuando por alguna causal prevista por la ley, se declara su nulidad por juez competente, por estar viciados; aunque seguirán vigentes hasta tanto esa declaración tenga efectos legales.

El artículo 68 del ERJAFE prevé que: “Los actos administrativos se presumen legítimos y deben cumplirse desde que se dicten (...)”.

Según el Diccionario de la Lengua Española, legitimar es: “Probar o justificar la verdad de algo o la calidad de alguien o algo conforme a las leyes.” (ESPAÑOLA, 2001)

Así, legitimidad equivale a la verdad del contenido de un acto o de hecho con relación al precepto legal que lo permite.

## CAPÍTULO II

### 2 CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL ECUADOR

#### 2.1 CONCEPTO

La Contratación Pública tiene lugar cuando las entidades públicas contratan con personas naturales o jurídicas, del sector privado o público, nacionales o extranjeras para de esta manera cumplir con sus obligaciones de servicio público. Es así que el contrato administrativo es un acuerdo bilateral, creador de relaciones y obligaciones jurídicas.

Contratación según el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, quiere decir: “Contrato, contrata, pacto, ajuste o convenio”. El Diccionario de la Lengua Española, dice que Público quiere decir: “Se dice de la potestad, jurisdicción y autoridad para hacer algo, como contrapuesto a privado”.

Según Roberto Dromi contrato administrativo: “(...) es toda declaración bilateral o de voluntad común, productora de efectos jurídicos entre dos personas, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa.”.

Se necesita de la expresión de la voluntad del Estado, por intermedio de un órgano estatal o a su vez por algún ente en ejercicio de la función administrativa, por intermedio de un funcionario competente o delegado, por una parte y, por otra, la de un particular. Es así, que el contrato administrativo produce efectos jurídicos propios, directos e inmediatos y de manera individual para cada una de las partes, es decir, por oposición a los reglamentos, que son actos unilaterales que producen efectos jurídicos generales.

El Código Civil, en adelante CC, en su Libro IV, De Las Obligaciones En General y De Los Contratos, establece la definición de contrato o convenio, como aquel: “acto por el cual una parte se obliga para con otra (...)”.<sup>64</sup>

Lo que diferencia de un contrato civil y un contrato administrativo, es que en éste deben las partes someterse a la Ley, y una parte será el Estado y, la otra, los administrados (quienes prestan sus servicios, venden bienes o realizan una obra, dependiendo de lo que el órgano estatal contratante requiera de ellos). Mientras que en un contrato civil, los participantes pueden ser personas, naturales o jurídicas.<sup>65</sup>

Contrato de obra pública “es un procedimiento mediante el cual el Estado, o entidades públicas no estatales, indirectamente, a través de terceros, llevan a cabo la mencionada obra”.<sup>66</sup>

En Ecuador, la LOSNCPub en su artículo 6, numeral 5 define 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 (...)”.

El Estado por intermedio de un órgano estatal, realiza la planificación anual de compras públicas para la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras públicas, prestación de servicios.

El artículo 288 de la ConsE preceptúa 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

---

<sup>64</sup> Código Civil, Corporación de estudios y publicaciones, expedido en el Suplemento del Registro Oficial No. 46, del 24 de Junio de 2005.

<sup>65</sup> Entendiendo en este caso como persona jurídica empresas o compañías que no tengan relación alguna con el Estado.

<sup>66</sup> Dromi. (1998): Derecho Administrativo. Edi. Ciencia y Cultura, Buenos Aires-Argentina.

provenientes de la economía popular y solidaria, y de las micro, pequeñas y medianas unidades productivas.”

La Contratación Pública vincula por una parte, al Estado como sujeto contratante (su principal conexión es el interés general, bien común), y por otra parte, a personas naturales o jurídicas privadas o públicas, cuyo objeto es la prestación de un servicio, la provisión de un bien o la ejecución de una obra, según lo que el órgano estatal requiera.

La LOSNCPub en su artículo 6 numeral 6 define al 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”.<sup>67</sup>

Y el numeral 28 del mismo artículo define proveedor:

“Es la persona natural o jurídica nacional o extranjera, que se encuentra inscrita en el RUP,<sup>68</sup> de conformidad con esta Ley, habilitada para proveer bienes, ejecutar obras y prestar servicios, incluidos los de consultoría, requeridos por las entidades contratantes”.

El artículo 1 de la LOSNCPub establece las entidades sujetas a dicha Ley y los enumera de la siguiente manera:

1. Los Organismos y dependencias de las Funciones del Estado.
2. Los Organismos Electorales.
3. Los Organismos de Control y Regulación.

---

<sup>67</sup> CONSULTORIA.- “Se refiere a la prestación de servicios profesionales especializados no normalizados, que tengan por objeto identificar, auditar, planificar, elaborar o evaluar estudios y proyectos de desarrollo...”. Ley Orgánica del Sistema nacional de Contratación Pública.

<sup>68</sup> RUP.- Registro Único de Proveedores: “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.” Definición establecida por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. (Ibídem)

4. Las entidades que integran el Régimen Seccional Autónomo.
5. Los Organismos y entidades creados por la Constitución o la Ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado.
6. Las personas jurídicas creadas por acto legislativo seccional para la prestación de servicios públicos.
7. Las corporaciones, fundaciones o sociedades civiles en cualquiera de los siguientes casos: a) estén integradas o se conformen mayoritariamente con cualquiera de los organismos y entidades señaladas en los números 1 al 6 de este artículo o, en general por instituciones del Estado; o, b) que posean o administren bienes, fondos, títulos, acciones, participaciones, activos, rentas, utilidades, excedentes, subvenciones y todos los derechos que pertenecen al Estado y a sus instituciones, sea cual fuere la fuente de la que procedan, inclusive los provenientes de préstamos, donaciones y entregas que, a cualquier otro título se realicen a favor del Estado o de sus instituciones; siempre que su capital o los recursos que se le asignen, esté integrado en el cincuenta (50%) por ciento o más con participación estatal; y en general toda contratación en que se utilice, en cada caso, recursos públicos en más del cincuenta (50%) por ciento del costo del respectivo contrato.
8. Las compañías mercantiles cualquiera hubiere sido o fuere su origen, creación o constitución que posean o administren bienes, fondos, títulos, acciones, participaciones, activos, rentas, utilidades, excedentes, subvenciones y todos los derechos que pertenecen al Estado y a sus instituciones, sea cual fuere la fuente de la que procedan, inclusive los provenientes de préstamos, donaciones y entregas que, a cualquier otro título se realicen a favor del Estado o de sus instituciones; siempre que su capital, patrimonio o los recursos que se le asignen, esté integrado en el cincuenta (50%) por ciento o más con participación estatal; y en general toda contratación en que se utilice, en cada caso, recursos públicos en más del cincuenta (50%) por ciento del costo del respectivo contrato. Se exceptúan las personas jurídicas a las que se refiere el numeral 8 del artículo 2 de esta Ley, que se someterán al régimen establecido en esa norma.”

Como condición establecida por la ley, cada entidad contratante deberá realizar su debida planificación anual de contratación de bienes, servicios u obras y

publicarlo en el portal de Compras Públicas, cumpliendo con uno de los principios primordiales, que es la libre competencia.<sup>69</sup> Principio, que permite la intervención simultánea de una pluralidad de agentes pasivos que puedan tener reglas claras y iguales oportunidades de ofrecer sus productos, servicios u obras, de manera que la entidad contratante poder escoger de entre ellos a la que presente la oferta más conveniente para los intereses públicos, de manera que la entidad pueda cumplir con lo planificado de manera eficiente y económica.

## **2.2 ANÁLISIS NORMATIVO ENTRE LA CODIFICACIÓN DE LA LEY DE CONTRATACIÓN PÚBLICA Y LA LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA**

Sin duda, los sistemas precontractuales y de registro en la contratación pública se han adecuado a los cambios que permite la tecnología. La anterior Ley de Contratación Pública publicada en el Registro Oficial No. 272 el 22 de febrero del 2001, no previó un registro control electrónico. Previo como procedimientos precontractuales la licitación, el concurso público de ofertas. El registro de contratistas incumplidos y adjudicatarios fallidos, se llevaba en la Contraloría General del Estado, lo que creaba una contradicción con su tarea fundamental de control posterior. Establecía el requisito de informe previo de la Contraloría y Procuraduría General del Estado para la celebración de contratos sometidos a licitación, concurso público o de aquellos cuyo monto supere el señalado para los concursos públicos.

La Ley vigente, la LOSNCPub,<sup>70</sup> creó nuevos mecanismos electrónicos para el registro de proveedores y para el procedimiento concursal, lo que permite llevar un control más eficiente y eficaz en los procedimientos precontractuales,

---

<sup>69</sup> Según el Diccionario de la Lengua Española competencia es: “Oposición o rivalidad entre dos o más que aspiran a obtener la misma cosa.”. Es decir, permitir a las empresas o compañías interesadas en prestar sus servicios u obras, dependiendo del caso, tengan la oportunidad de presentar sus ofertas.

<sup>70</sup> Registro Oficial 395 el 4 de agosto del 2008

acordes con la informática moderna. Crea el Registro Único de Proveedores,<sup>71</sup> accesible por medios electrónicos, como un requisito necesario para que los contratistas puedan contratar con el Estado. También crea un órgano rector de las compras públicas denominado Instituto Nacional de Contratación Pública (INCOP), organismo de derecho público, técnico, con autonomía técnica, presupuestaria y financiera, jurisdicción nacional, con personería jurídica, cuyo representante legal es que nombrado por el Presidente de la República; así lo establece el artículo 10 de la LOSNCPub. Establece los procedimientos dinámicos de compras por catálogo (Art. 44), subasta inversa (Art. 47), además de la licitación (Art. 48), cotización y menor cuantía (Art. 50), contrataciones por precio fijo (Art. 53) y las señaladas para situaciones de emergencia (Art. 57). Crea el requisito del Plan Anual de Contratación, para todas las entidades públicas, lo que comporta su inserción en la planificación nacional para el desarrollo (Art. 22). Establece el uso de herramientas informáticas para el trámite de los procedimientos establecidos en esa ley (Art. 28), entre ellos, crea el Portal de Compras Públicas (Art. 21). Permite que dos o más entidades públicas realicen en forma conjunta un procedimiento de selección único para la adquisición de bienes o servicios y la ejecución de obras de interés común (Art. 29).

### **2.3 CLÁUSULAS EXORBITANTES Y CONTRATOS DE ADHESIÓN EN LOS CONTRATOS PÚBLICOS**

Según el Diccionario de la Lengua Española, Cláusula, es: “Cada una de las disposiciones de un contrato (...), público o privado.”

El adjetivo exorbitante, lo define el Diccionario antes mencionado como “Excesivo, fuera de la medida normal.”

---

<sup>71</sup> Artículo 6, numeral 29 de ley ibídem, define al Registro 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 Instituto Nacional de Contratación Pública y se lo requiere para poder contratar con las entidades contratantes.”



Cláusula exorbitante es aquella estipulación contractual que rebasa los principios y normas previstos en el Derecho Común, como los de igualdad de los contratantes y la libertad contractual que priman en la contratación civil.

El oferente o el contratista tiene la opción de ejercer su voluntad libre, su capacidad de actuar, al adherir a estas cláusulas que impone la ley administrativa, con lo que el Estado contratante adquiere preeminencia sobre el contratista en cuanto, sometido a la Ley que debe observar, adquiere facultades contractuales exorbitantes del Derecho Común, como la de imponer unilateralmente el procedimiento precontractual y ciertas condiciones del contrato, como la de declararlo terminado unilateralmente, la de imponer sanciones contractuales por incumplimiento, la de exigir garantías de determinado contenido y forma, entre otras. Los límites de este tipo de cláusulas se encuentran previstos por el Ordenamiento Jurídico de la actividad administrativa. Es decir, no cabe la discrecionalidad, a menos que lo admita la propia ley; tampoco el abuso, penados por la Ley administrativa o penal.

A ese tipo de convención se denomina Contrato de Adhesión, a los que Guillermo Cabanellas, en su Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual lo define como: “Aquel en el que una de las partes fija las condiciones uniformes para cuantos quieran luego participar en él, si existe mutuo acuerdo sobre la creación del vínculo dentro de las inflexibles cláusulas”.

Contrato de Adhesión es aquel por medio del cual un sujeto, denominado Contratante, elabora anticipadamente el contenido del contrato, de manera que coloca a su contraparte en la posición de decidir si contrata o no en dichos términos, con la alternativa de aceptar o no sus estipulaciones que le son impuestas. Es decir, se descarta la posibilidad de negociar lo que impone la parte administrativa que redactó previamente el documento contractual, en los términos de la Ley.

Manuel de la Puente y Lavalle citado por Atilio Aníbal Alterini en su obra “El Contrato por Adhesión”, indica los elementos del contrato por adhesión:

“Dos elementos típicos del contrato por adhesión que lo distinguen del contrato paritario o discrecional son: El primer elemento que tipifica el contrato por adhesión es que una de las partes fija unilateralmente las estipulaciones contractuales, sin participación de la otra. Por otro lado, en ese contrato la aceptación íntegra de las estipulaciones determina la celebración del mismo, en el sentido de que no cabe distinguir entre estipulaciones y oferta, desde que no hay parte del contenido contractual que escape a la fijación unilateral.”

Es decir, los contratos por o de adhesión limitan el contenido del contrato a la exclusiva voluntad de uno de los sujetos contractuales (Administración Pública), por mandato de la Ley que impone su contenido, y solo permite al contratista que revise su contenido y decida si acepta o no dichas condiciones. El contratista podrá adherirse, dentro de los términos de la oferta contractual.

## **2.4 CENTRALIZACIÓN, DESCENTRALIZACIÓN Y DESCONCENTRACIÓN ADMINISTRATIVA**

### **2.4.1 Centralización Administrativa**

Según Roberto Dromi, centralización quiere decir la unión de varias materias en un centro común, el cual implica dependencia de un poder central. Existe una relación piramidal entre los órganos administrativos, que se concentran en una autoridad, con la cual se enlazan los demás órganos del sistema actuando de manera dependiente y subordinada que imparte el órgano superior. Es decir, es el ejercicio de la administración del gobierno desde un solo punto (nacional o seccional). La toma de decisiones desciende del órgano mayor al inferior, así, todas las entidades administrativas se encuentran bajo un orden y obedecen lo dispuesto por la cúspide de la organización central.

La centralización según Agustín Gordillo: “implica que las facultades de decisión están reunidas en los órganos superiores de la administración”.<sup>72</sup>

---

<sup>72</sup> GORDILLO, A. (2000), Tratado de Derecho Administrativo, Buenos Aires, Argentina, Pág. XIV - 1

Tradicionalmente, la centralización administrativa y económica ha sido la forma de actuar de los gobiernos en Latino América, lo cual ha traído problemas en la gestión administrativa por la falta oportuna de atención a obras y servicios y las transferencias económicas a los organismos subordinados para que ejecuten sus planes y proyectos seccionales o regionales. La Centralización se considera un sistema caduco, por su falta de agilidad para la consecución de los objetivos por parte de los organismos subordinados. Es por eso que la tendencia va hacia la descentralización, con una proyección a la autonomía y autogestión.

#### **2.4.2 Descentralización Administrativa**

El artículo 1 de la ConsE establece: “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada”.

Para Roberto Dromi, la descentralización administrativa es aquel ordenamiento jurídico, por medio del cual confiere atribuciones administrativas o competencias públicas de forma regular y permanente a entidades con personería jurídica, es decir, dotadas de autonomía.

Agustín Gordillo, concuerda con Roberto Dromi, al decir que la descentralización existe cuando los entes estatales pueden actuar por sí mismos, es decir, que son autónomos. Dichos entes pueden celebrar contratos en su nombre, por ley tienen la percepción de algún impuesto o tasa, tienen competencia específica para resolver problemas, que la actuación del ente plantee. “(...) estas entidades son de “propiedad” del Estado, en el sentido de que el Estado central puede eventualmente suprimir el ente y establecer el destino de sus fondos como desee (...)”.<sup>73</sup>

---

<sup>73</sup> Ibídem

Así el artículo 242 de la ConsE preceptúa que:

“El Estado se organiza territorialmente en regiones, provincias, cantones y parroquias rurales. Por razones de conservación ambiental, étnico-culturales o de población podrán constituirse regímenes especiales. Los distritos metropolitanos autónomos, la provincia de Galápagos y las circunscripciones territoriales indígenas y pluriculturales serán regímenes especiales”.

De lo anteriormente dicho, se concluye que el Ecuador por disposición constitucional, se constituye en un Estado eminentemente descentralizado territorialmente, y que cuenta con regímenes especiales. La Carta Magna prevé la posibilidad de agrupación de provincias, cantones o parroquias cercanas para formar mancomunidades, con el objeto y finalidad de fomentar la integración.

El artículo 238 ibídem prevé que los Gobiernos Autónomos Descentralizados poseen autonomía política, administrativa y financiera, es decir, que estos podrán actuar independientemente, sin que esto implique secesión del territorio Nacional.

El artículo 1 de la ConsE prescribe que: “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.”

### **2.4.3 Desconcentración Administrativa**

Según Roberto Dromi,<sup>74</sup> desconcentración administrativa se da cuando un órgano de la Administración central delega atribuciones a órganos inferiores, dentro de su misma organización. El órgano desconcentrado carece de personería jurídica y patrimonio propio, al carecer de personería y patrimonio

---

<sup>74</sup> Dromi, R (1998) Derecho Administrativo. Buenos Aires – Argentina. Pág. 177

es dependiente del órgano de la Administración central, limitándose a cumplir funciones determinadas establecidas por medio de un reglamento orgánico funcional.

Efraín Pérez, en su obra “Derecho Administrativo acorde con la nueva Constitución Ecuatoriana” expone: “La desconcentración consiste en la delegación de importantes poderes decisorios que se hace a favor de determinados agentes del poder central con los cuales mantiene el Ejecutivo una relación jerárquica.”. La desconcentración implica delegación de competencias al interior de una entidad pública o dependencia a través del acto administrativo de la máxima autoridad de la institución.

El Diccionario Jurídico Espasa define desconcentración:

“Transferencia de la titularidad y ejercicio de una determinada competencia de un órgano jerárquicamente superior a uno inferior perteneciente a la misma Administración pública. (...) La desconcentración es un principio organizativo opuesto a la acumulación de funciones en órganos centrales mediante el que se pretende conseguir un mayor acercamiento de la Administración al ciudadano.”

Es una estrategia administrativa que permite a una institución pública delegar a servidores u órganos subalternos responsabilidades operativas, recursos y funciones a excepción de aquellas que por disposición legal las debe ejercer la misma institución pública nacional o el gobierno central del Estado. El objetivo final es lograr una mayor eficiencia en la prestación de servicios, de esta manera cumplir con las metas trazadas.

Para efectos del presente trabajo, el Art. 10 de la LOSNCP prescribe que: “Créase el Instituto Nacional de Contratación Pública, como organismo de derecho público, técnico y autónomo, con personalidad jurídica propia y autonomía administrativa, técnica, operativa, financiera y presupuestaria.(...)” El Reg-LOSNCP, concordantemente, en su artículo 5 prescribe: “**Del Instituto**

**Nacional de Contratación Pública (INCOP).**- Es la entidad rectora del Sistema Nacional de Contratación Pública (SNCP), responsable de las políticas, gestión y administración desconcentrada. (...). Es decir, es un organismo desconcentrado, que tiene autonomía administrativa, técnica, operativa, financiera y presupuestaria.

## **2.5 REQUISITOS: PLANIFICACIÓN, EXISTENCIA DE FONDOS, ACTUACIONES PRE PROCESALES**

Según el Diccionario de la Lengua Española, Planificación es: “Plan general, metódicamente organizado y frecuentemente de gran amplitud, para obtener un objetivo determinado, tal como el desarrollo armónico (...).”. Es decir, es aquel proceso de organización por medio del cual se busca obtener un objetivo determinado.

Para efectos de este trabajo, planificación es aquel proceso de elaboración de proyectos y selección de objetivos y metas, basada en las necesidades de cada órgano administrativo, encaminados a la consecución de un objetivo determinado, relacionado con el desarrollo económico, social, cultural, etc. que hubiera decidido el ente estatal; que deberá contar con los recursos financieros y con el presupuesto correspondiente. Es decir, es una proyección futura, objetiva, realista y verificable.

A través de la planificación se establecen y ejecutan ordenadamente políticas, programas y presupuestos para realizar compras públicas o la adquisición de obras o servicios, según las necesidades de la gestión prevista por el órgano administrativo, en un periodo anual.

Para obtener contratos con el Estado existen tres etapas: Preparatoria (determinación de la necesidad de la entidad contratante), Pre-contractual (preparación de un contrato futuro) y Contractual (etapa en la cual se da el desarrollo del objeto contractual por parte del contratista y de la contraprestación por parte del contratante).

Así, el Plan Anual de Contratación se encuentra dentro de la etapa preparatoria, es decir, constituye el conjunto de elementos materiales y legales para la determinación de la necesidad, de la adquisición de un bien o servicio o de la ejecución de una obra pública, realizada con rigurosidad jurídica, logística y técnica, adecuadas a tal propósito, que permite iniciar un proceso contractual.

En esta etapa preparatoria es importante que cada entidad contratante realice su respectiva planificación, ajustada a la ley y determinando sus necesidades reales. Esta será la base y el soporte fundamental de los contratos, permitirá que tales operaciones contractuales se ajusten a sus necesidades y permitan cumplir con los objetivos y metas propuestos.

El Plan Anual de Contratación, es aquella proyección de objetivos y metas, sujeto a la disponibilidad presupuestaria, de la ejecución de estudios y diseños completos definitivos y actualizados para la contratación de provisión de bienes, servicios y ejecución de obra pública (este tipo de información detallada y concreta es importante ya que los contratos se basarán en ella). Así lo establece el artículo 23 de la LOSNCPub: “Antes de iniciar un procedimiento precontractual (...), la entidad deberá contar con los estudios y diseños completos, definitivos y actualizados, planos y cálculos, especificaciones técnicas, debidamente aprobados por las instancias correspondientes, vinculados al Plan Anual de Contratación de la entidad”.

La omisión de algunos de estos puntos, se reflejarán en el desarrollo del proceso de selección, lo que puede generar la imposibilidad o la declaratoria de desierta de procedimiento concursal; o durante la ejecución misma del contrato, incumplimientos, modificaciones por la necesidad de ajustarlo a la realidad del bien o servicio prestado, terminaciones anticipadas, unilaterales o por mutuo acuerdo del contrato o la declaratoria de su nulidad absoluta, o simplemente el inejecutabilidad del contrato. Es decir, la entidad se encuentra en la obligación de realizar estudios técnico-económicos precisos, que ayuden a realizar la contratación de un producto de calidad, bajo especificaciones precisas y a un

costo adecuado, desde luego bajo la responsabilidad de los servidores a cuyo cargo estuvo el proceso en sus diferentes etapas y disciplinas.

Se realizó una entrevista a la ingeniera Pamela Rodas en su calidad de Gerente de Abastecimiento de la Corporación Nacional de Telecomunicaciones quien manifestó:

“La planificación se realiza con tres meses de anticipación, es decir, en septiembre todas las aéreas de la empresa empiezan a realizar los requerimientos. Una vez realizados los requerimientos de cada área se realiza un análisis de manera horizontal y de compras (es como una depuración). Como tercer paso ve el presupuesto tanto de ingresos como de gastos de manera tal que la empresa pueda cumplir con sus metas. Finalmente se define modalidades de contratación y cronogramas de contratación, así el Plan Anual de Contratación estará aprobado por la máxima autoridad de la entidad hasta el 31 de diciembre.”

La planificación es una herramienta importante para el administrador, la que permite, de manera organizada, adelantarse a los acontecimientos en un futuro previsible, que en la administración pública se denomina el año fiscal de manera que se pueda cumplir las metas y los objetivos programados de manera eficiente, económica y oportuna”

Como herramienta de la administración pública la planificación, no solamente permite organizar previamente todos los elementos administrativos financieros que permitan lograr las metas y los objetivos de la entidad pública, que necesariamente es la prestación de los servicios públicos para la atención de las necesidades de la colectividad, sino que, permite lograr la evolución hacia el desarrollo nacional adecuado a las circunstancias modernas cada vez más exigentes y dependientes de elementos tecnológicos modernos, y del constante incremento de la población cada vez más exigente de servicios de óptima calidad.



El Art. 26 del Reg- LOSNCP prescribe el contenido del PAC. Dispone:

“El Plan Anual de Contratación estará vinculado con los objetivos del Plan Nacional de Desarrollo o de los planes regionales, provinciales, locales o institucionales y contendrá, por lo menos, la siguiente información: 1. Los procesos de contratación que se realizarán en el año fiscal; 2. Una descripción del objeto de las contrataciones contenidas en el Plan, suficiente para que los proveedores puedan identificar las obras, bienes, servicios o consultoría a contratarse; 3. El presupuesto estimativo de los bienes, servicios u obras a adquirir o contratar; y, 4. El cronograma de implementación del Plan. Sin perjuicio de lo anterior, en el caso de las entidades contratantes que realicen actividades empresariales o de carácter estratégico, en coordinación con el INCOP, establecerán el contenido del PAC que será publicado en el Portal, con la finalidad de que dicha información no afecte el sigilo comercial y de estrategia necesarios para el cumplimiento de los fines y objetivos de dichas entidades.”

El artículo 233 de ConsE 2008 preceptúa:

“Ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones, y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos.”

El PAC es realizado por la autoridad competente de cada entidad contratante, deberán obtener el certificado sobre la partida y la disponibilidad presupuestaria y la existencia presente o futura de recursos, suficientes para poder cumplir con las obligaciones derivadas de la contratación. Así lo establece el artículo 27 del Reg-LOSNCPub. La responsabilidad de realizar o no dicho plan, recae sobre la máxima autoridad o de su delegado y, desde luego, sobre la de los servidores respectivos. En caso de que el plan lo desarrolle el delegado(s) de la autoridad competente, la responsabilidad recae tanto en ellos como en la autoridad competente, delegante, pues así lo prescribe la ConsE, en su artículo 233 antes mencionado.

El Reg-LOSNCPub en su artículo 26, establece el Contenido del Plan Anual de Contratación (PAC) el cual estará vinculado con los objetivos del Plan Nacional de Desarrollo:<sup>75</sup>

“1. Los procesos de contratación que se realizarán en el año fiscal; 2. Una descripción del objeto de las contrataciones contenidas en el Plan, suficiente para que los proveedores puedan identificar las obras, bienes, servicios o consultoría a contratarse; 3. El presupuesto estimativo de los bienes, servicios u obras a adquirir o contratar; y, 4. El cronograma de implementación del Plan.”

Es decir, la planificación debe realizarse de forma organizada, de tal manera que, la entidad contratante sea clara en sus objetivos y requerimientos, tanto así como que los contratistas puedan conocer previamente las especificaciones de manera transparente y objetiva, ofrezcan sus servicios, bienes u obras, de ser adjudicados, y las ejecuten de manera efectiva y eficaz, acorde lo requerido por el ente público contratante. Para elaborar el Plan Anual de Contratación, el Instituto Nacional de Contratación Pública emitió un “Instructivo para llenar el formato del Plan Anual de Contratación”.

En Ecuador, la LOSNCPub, en su Art. 22 establece: “Las entidades contratantes, para cumplir con los objetivos del Plan Nacional de Desarrollo, sus objetivos y necesidades institucionales, formularan el Plan Anual de Contratación con el presupuesto correspondiente (...)”. Es así que las entidades contratantes están obligadas a publicar el Plan Anual de Contratación, dentro de los primeros quince días del mes de enero, como lo establece el artículo 25 del Reg-LOSNCPub.

El Plan Anual de Contratación puede ser reformado únicamente por la máxima autoridad, o su delegado, de la entidad contratante, mediante resolución debidamente motivada, realizando la debida publicación en el muro de

---

<sup>75</sup> El Plan Nacional de Desarrollo es aquel instrumento que orienta la gestión pública y la asignación de recursos, elaborado con visión integral de desarrollo que privilegia el progreso del buen vivir.

Compras Públicas de dicha reforma. En caso de no publicar dichas reformas, no se podrá realizar ningún tipo de compras, contrataciones de servicios u obras que no estén publicadas, lo que obedece a que comportan actos administrativos que deben ser debidamente formados, motivados y notificados o publicados para que sean tenidos como vigentes, exigibles.

El artículo 25 inciso tercero del Reg-LOSNCPub establece que: “Los procesos de contrataciones deberán ejecutarse de conformidad y en la oportunidad determinada en el Plan Anual de Contratación elaborado por cada entidad contratante (...)”. Es decir, el Plan Anual de Contratación debe ser cumplido de acuerdo con el cronograma establecido, existirán excepciones, esto es solo en situaciones de emergencia, así como por ejemplo un desastre natural que afecte a una ciudad o región determinada. Es así como inicia el proceso de contratación.

Como se mencionó en el capítulo anterior, el Estado, tiene una estructura administrativa, es decir, una adecuada división de los diferentes órganos y entidades administrativas especializados a los que se les atribuye la realización de determinadas actividades, que les permita cumplir con su objetivo principal dentro del ámbito de su competencia, para la realización del bien común.

Cada Órgano Estatal, para poder ejecutar las diferentes fases del Plan Anual de Contratación, debe contar además con una partida presupuestaria y con suficientes recursos financieros. El Art. 27 del Reg-LOSNC, inciso cuarto, prescribe que:

“En cualquiera de los casos previstos, se deberá emitir la certificación sobre la disponibilidad presupuestaria y la existencia presente o futura de los recursos suficientes para cubrir las obligaciones derivadas de las contrataciones que constan en el Plan Anual de Contrataciones, cuya responsabilidad le corresponde al Director Financiero de la entidad contratante o a quien haga sus veces.”

Según dicha norma, para iniciar cualquier proceso de contratación, la ley impone que la entidad cuente con una partida presupuestaria y con la existencia presente o futura de los recursos a los que se aplicará el gastos, que deben ser suficientes para poder cumplir las obligaciones derivadas de la contratación, o que se cuente con recursos provenientes de financiamiento otorgados por los propios oferentes, inversionistas, organizaciones estatales, organismos e instituciones financieras o crediticias, lo que debe constar en forma expresa en los documentos precontractuales y en el mismo contrato. Destaca el hecho de que la planificación nacional no solamente comprende los planes para la adquisición de bienes o servicios o la ejecución de obra pública de una entidad estatal, sino que ellos deben estar incluidos dentro del universo de la planificación financiera nacional, comprendida en el presupuesto general del Estado o en los de cada entidad autónoma.

La ConsE respecto del Presupuesto General del Estado, prescribe en su artículo 292:

“El Presupuesto General del Estado es el instrumento para la determinación y gestión de los ingresos y egresos del Estado, e incluye todos los ingresos y egresos del sector público, con excepción de los pertenecientes a la seguridad social, la banca pública, las empresas públicas y los gobiernos autónomos descentralizados.”

En concordancia con el artículo 292 de la ConsE, el artículo 95 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, en adelante COPFP,<sup>76</sup> establece el contenido y la finalidad del presupuesto, el cual comprende normas, técnicas y procedimientos que ayudan a la previsión de gastos, ingresos y financiamiento para la adquisición de bienes y servicios con el fin de cumplir con las metas del Plan Nacional de Desarrollo<sup>77</sup> y políticas públicas.<sup>78</sup>

---

<sup>76</sup> Publicado en el Registro Oficial No. 306-2S del 22 de octubre del 2010.

<sup>77</sup> Artículo 34 Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, establece: “(...) es la máxima directriz política y administrativa para el diseño y aplicación de la política pública y todos los instrumentos, dentro del ámbito definido en este Código, su observancia es obligatoria para el sector público e indicativa para los demás sectores.”

El artículo 117 del COPFP prescribe que:

“La obligación se genera y produce afectación presupuestaria definitiva en los siguientes casos: 1. Cuando ineludiblemente por excepción deban realizarse pagos sin contraprestación, de acuerdo con lo que dispongan las normas técnicas de presupuesto que dicte el ente rector de las finanzas públicas; y, 2. Cuando se reciban de terceros obras, bienes o servicios adquiridos por autoridad competente, mediante acto administrativo válido, haya habido o no compromiso previo.”

La afectación significa que los recursos que se apliquen a determinada partida presupuestaria, es de obligatorio cumplimiento para el encargado del área financiera; es decir que los fondos o recursos financieros que sean necesarios para cumplir el compromiso en cualquiera de esos dos casos, no podrán ser utilizados sino en el cumplimiento de esas obligaciones, por lo que no podrán disponerse de otra manera.

El mismo Código prevé la planificación participativa entre los diferentes niveles estatales, y regular la gestión integrada de las finanzas públicas. Los principios de equidad, plurinacionalidad e interculturalidad deben enmarcarse en el ejercicio de las potestades públicas planificando el desarrollo nacional.

Los objetivos del Código *ibídem* se encuentran el artículo 3: “Articular y coordinar la planificación nacional con la planificación de los distintos niveles de gobierno y entre éstos (...)”. En otras palabras, la planificación nacional comprende no solo de los distintos niveles de gobierno central, sino que impone la coordinación con los gobiernos y entidades autónomas, en tanto se refiere a planificación y articulación de un plan nacional integrado como elemento para procurar el Desarrollo de la Nación, de manera armónica y universal.

---

<sup>78</sup> Artículo 15 *ibídem* establece: “(...) Los ministerios, secretarías y consejos sectoriales de política, formularán y ejecutarán políticas y planes sectoriales con enfoque territorial, sujetos estrictamente a los objetivos y metas del Plan Nacional de Desarrollo.”

De lo expuesto anteriormente, se deduce que existen fases para la consecución del objetivo del Estado (la satisfacción de necesidades de la comunidad). La primera fase es la planificación, que es el resultado de la determinación de las necesidades colectivas así como por ejemplo: infraestructura vial, infraestructura de electrificación, entre otros. Después de haber determinado estas necesidades, en la fase de planificación es necesario proponer las partidas que lo prevean y contar con el presupuesto asignado al organismo competente para que sea el encargado de ejecutar las obras.

## CAPÍTULO III

### 3 INSTITUTO NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

#### 3.1 RESEÑA HISTÓRICA DEL INSTITUTO NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

En el Ecuador, la contratación pública ha tenido, como muchas de las ramas del Derecho Público, un proceso que, empezando por la aplicación de las normas del Código Civil, conforme con el origen romanista de nuestro Derecho, nos ha traído a la expedición de la actual LOSNCPub.

Desde la expedición del C.C. en 1881,<sup>79</sup> las normas de la contratación se regían por sus disposiciones, inclusive para los relativos al Estado. Paulatinamente se expidió en el país normas dispersas en varias leyes, como la Ley de Hacienda, expedida el año de 1928,<sup>80</sup> referente a ciertos requisitos de los contratos del Estado, que los debía autorizar y controlar previamente la Contraloría General de la Nación.

A dicha ley le sustituyó la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control en 1977<sup>81</sup> que creó la Contraloría General del Estado, a la que le atribuyó el control posterior de las operaciones y actuaciones de las entidades y organismos del Sector Público, estableciendo entre sus facultades la de emitir informes razonados previamente a la celebración de los contratos que contengan egresos de recursos públicos establecido en el Art. 304.<sup>82</sup> A la vez, tenía la facultad de examinar los procesos contractuales y la ejecución de los contratos, mediante el mecanismo de auditoría gubernamental, hasta

---

<sup>79</sup> El Código Civil fue aprobado el Congreso el 21 de noviembre de 1857; y el 4 de diciembre de 1860 expidió el Gobierno Provisional de entonces, el Decreto por el cual dispuso que comience a regir el 1º de enero de 1861.

<sup>80</sup> Publicada en el Registro Oficial No. 448 de 16 de noviembre de 1927.

<sup>81</sup> Publicada en el Registro Oficial No. 337 de 16 de mayo de 1977.

<sup>82</sup> Ley Orgánica de Administración Financiera y Control (2000). Corporación de Estudios y Publicaciones.

establecer responsabilidades administrativas y civiles y proceder ante la justicia ordinaria, en caso de presunción de responsabilidad penal, en contra de los servidores o contratistas que estuvieran en el caso de actuaciones u omisiones culposas o dolosas, según la materia.

Se expidió la Ley de Licitaciones y Concurso de Ofertas,<sup>83</sup> el 30 de enero de 1974, primero; y luego otra con el mismo nombre el 20 de agosto de 1976,<sup>84</sup> que legislaron lo concerniente a los procesos administrativos de licitación y concursos de ofertas para la contratación de bienes y servicios y obras públicas que deban realizar: "(...) las instituciones de derecho público, o las de derecho privado con finalidad social o pública cuyos presupuestos se financien con fondos del Estado o participaciones tributarias." Así determinaba el Art. 1 de dicha Ley que, además, establecía en su Art. 11 que el Contralor General del Estado debía otorgar informe previo y favorable, tanto sobre los procedimientos de licitaciones y concursos de ofertas, como sobre los proyectos de contratos. Que en caso de que el oferente adjudicado, no firmara el contrato, se le haría efectiva la garantía de seriedad de la propuesta y que "(...) no podría intervenir en licitaciones o concursos de ofertas ni suscribir nuevos contratos hasta después de dos años de satisfechas todas las obligaciones derivadas de la mora o incumplimiento".<sup>85</sup> En caso de retardo o incumplimiento total o parcial por parte del contratista, el Estado podía dar por terminado el contrato anticipada y unilateralmente y el contratista sería obligado a al pago de las obligaciones provenientes del contrato. Finalmente, que para los efectos establecidos en esa ley, la Contraloría llevará el correspondiente registro de los contratos celebrados y su cumplimiento (Art. 54)

Dicha ley fue sustituida por la Ley de Contratación Pública, expedida el 31 de julio de 1990;<sup>86</sup> posteriormente reformada y finalmente codificada<sup>87</sup> en la cual se estableció en el Art. 112, (antes 119):

---

<sup>83</sup> Publicada en el Registro Oficial No. 486 de 4 de febrero de 1974.

<sup>84</sup> Publicada en el Registro Oficial No.159 de 27 de agosto de 1976.

<sup>85</sup> Arts. 9 y 10 de la Ley de Licitaciones y Concursos de Ofertas

<sup>86</sup> Publicada en el Registro Oficial No. 501 de 16 de agosto de 1990.

<sup>87</sup> Registro Oficial No. 272 de 22 de febrero del 2001.



“Registro de incumplimientos.- Las entidades del sector público informarán obligatoriamente a la Contraloría General del Estado, acompañando los documentos probatorios del incumplimiento de los contratos suscritos con ellas, para que se efectúe el registro correspondiente de todos aquellos contratistas que hubieren incumplido sus obligaciones contractuales o se hubieren negado a suscribir contratos adjudicados.”

El Art. 56 de la ex Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, en adelante ex LOAFYC,<sup>88</sup> prescribía:

**"Compromisos.-** La asignación presupuestaria se comprometerá en el momento en que la autoridad competente, mediante acto administrativo válido, decida adquirir de terceros bienes o servicios, o les encargue la realización de obras. - El compromiso subsistirá hasta que las obras se realicen, los bienes se entreguen o los servicios se presten. Sin embargo la misma autoridad que contrajo el compromiso, y mientras éste no se haya convertido en obligación podrá anularlo total o parcialmente. – Esta anulación podrá hacerse cuando el compromiso se considere inconveniente, innecesario o cuando se tenga la certeza de que no podrá ser cumplido, en todo o en parte. – Esta disposición podrá aplicarse también a los contratos legalmente celebrados por servidores públicos cuando se hubiere incurrido en compromisos; sin embargo, para esta anulación total o parcial por la autoridad correspondiente se requerirá informe favorable previo, del Procurador General de la Nación o del abogado asesor o procurador, según el caso.”

El Art. 57 de la misma ex LOAFYC establecía:

**"Obligaciones.-** La obligación se genera y produce afectación presupuestaria definitiva en los siguientes casos: - “1. Cuando se reciban de terceros obras, bienes o servicios adquiridos por autoridad competente, mediante acto administrativo válido, haya habido o no compromiso previo; y – 2. Cuando ineludiblemente deban realizarse pagos sin contraprestación, de acuerdo con lo que dispongan las normas técnicas de presupuesto que dicte el Ministro de Finanzas”.

Finalmente, el Art. 58 de la misma ex LOAFYC, determinaba: “Requisitos para contraer compromisos y obligaciones.-

---

<sup>88</sup> Publicada en el registro Oficial No. 337 de 16 de mayo de 1977

“Ninguna entidad u organismo del sector público, ni funcionario o servidor de los mismos, contraerá compromisos, celebrará contratos, autorizará o contraerá obligaciones, respecto de recursos financieros, sin que conste la respectiva asignación presupuestaria y sin que haya disponible un saldo suficiente para el pago completo de la obligación correspondiente. – “Los contratos cuya ejecución deba durar más de un período presupuestario podrán celebrarse cuando el presupuesto vigente contenga la asignación y disponibilidad suficiente para cubrir el costo de la parte que deba ejecutarse en el período. Para el cumplimiento total de las obligaciones derivadas de estos contratos se establecerán asignaciones suficientes en los presupuestos de cada período subsiguiente.”

La ex LOAFYC fue sustituida por el Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, publicada en el Registro Oficial No. 306-2S del 22 de octubre del 2010, la cual, además del Art. 117 antes transcrito, prevé las siguientes disposiciones atinentes a este tema:

**“Art. 114.- Normativa aplicable.-** Las disposiciones sobre la programación de la ejecución, modificaciones, establecimiento de compromisos, devengamientos y pago de obligaciones serán dictadas por el ente rector de las finanzas públicas y tendrán el carácter de obligatorio para las entidades y organismos del Sector Público no Financiero.”

**“Art. 115.- Certificación Presupuestaria.-** Ninguna entidad u organismo público podrán contraer compromisos, celebrar contratos, ni autorizar o contraer obligaciones, sin la emisión de la respectiva certificación presupuestaria.”

**“Art. 116.- Establecimiento de Compromisos.-** Los créditos presupuestarios quedarán comprometidos en el momento en que la autoridad competente, mediante acto administrativo expreso, decida la realización de los gastos, con o sin contraprestación cumplida o por cumplir y siempre que exista la respectiva certificación presupuestaria. En ningún caso se adquirirán compromisos para una finalidad distinta a la prevista en el respectivo presupuesto. - El compromiso subsistirá hasta que las obras se realicen, los bienes se entreguen o los servicios se presten. En tanto no sea exigible la obligación para adquisiciones nacionales e internacionales, se podrá anular total o parcialmente el compromiso.”

Se realizó una entrevista al Director Jurídico de la Contraloría General del Estado el Doctor Carlos Burgos Nichols, y manifestó que la auditoría gubernamental es:

“Únicamente posterior a raíz de la expedición de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Antes, la Contraloría con la Codificación de la Ley de Contratación Pública emitía un informe previo a los contratos que generen egreso de recursos públicos. Pues así lo establecía el artículo 31 numeral 16 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, derogado con la LOSNCP.”

Sin duda, no había una entidad que concentre en un sistema único, aplicable a todas las instituciones del Estado, los elementos de control previo, registro y consulta, de los procedimientos precontractuales y de cumplimiento de los contratos, de manera que la aplicación de la ley y la administración de los procesos previstos por la ley, sean administrados de manera transparente, eficiente y universal, por una sola entidad que aplique procedimientos contractuales utilizando mecanismos tecnológicos modernos que lleven a la eficiencia, economía y que faciliten el control, la promoción y la aplicación de la ley, en beneficio de la planificación para el desarrollo nacional.

Se publicó la LOSNCPub,<sup>89</sup> considerando la necesidad de instaurar un sistema de contratación pública:

“(…) que articule y armonice a todas las instancias, organismos e instituciones en los ámbitos de planificación, programación, presupuesto, control, administración y ejecución de las adquisiciones de bienes y servicios, así como en la ejecución de obras públicas que se realicen con recursos públicos”.<sup>90</sup>

En su artículo 10, la LOSNCPub prevé: “Créase el Instituto Nacional de Contratación Pública, como organismo de derecho público, técnico y autónomo,

---

<sup>89</sup> Se publicó en el Registro Oficial No. 395, el 4 de Agosto del 2008

<sup>90</sup> Considerando Primero de la LOSNCPub.

con responsabilidad jurídica propia y autonomía administrativa, técnica, operativa, financiera y presupuestaria.”

Se estableció el INCOP, como el organismo rector en cuanto a la Contratación Pública se refiere. En la misma Ley *ibídem*, en su artículo 6 numeral 14 define que: “Es el órgano técnico rector de la Contratación Pública.”. Con los artículos mencionados concuerdan los artículos 5 y 6 del Reg-LOSNCPub que establecen que el INCOP es aquella entidad rectora del Sistema Nacional de Contratación Pública; es decir, es el órgano estatal encargado del monitoreo de los procedimientos efectuados por parte del Sistema Nacional de Contratación Pública, y observar que las entidades contratantes cumplan con los requisitos de la planificación anual, entre otros.

El artículo 6 numeral 28 de la LOSNCPub define que Proveedor: “Es la persona natural o jurídica nacional o extranjera, que se encuentra inscrita en el RUP, de conformidad con esta Ley, habilitada para proveer bienes, ejecutar obras y prestar servicios, incluidos los de consultoría, requeridos por las entidades contratantes.”. En otras palabras, proveedor es aquella persona natural o jurídica (nacional o extranjera), habilitada para poder contratar con el Estado, cumpliendo los requisitos legales, entre ellos, el de registrarse en el Registro Único de Proveedores en el portal de compras públicas y de no estar impedido de contratar. El numeral 29 del artículo *ibídem*, define 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.”

El INCOP como órgano rector, entre otras atribuciones, lleva el Registro sobre Proveedores, Contratistas Incumplidos y Adjudicatarios Fallidos, actividad que antes de la vigencia de la LOSNCPub, estaba atribuida a la Contraloría General del Estado.<sup>91</sup>

---

<sup>91</sup> Art. 112 de la Ley de Contratación Pública, vigente antes de la publicación de la LOSNCPub.

Contratista, conforme al Art. 6, numeral 6 de la misma Ley ibídem: “Es la persona natural o jurídica, nacional o extranjera, o asociación de estas, contratada por las entidades contratantes para proveer bienes, ejecutar obras y prestar servicios, incluidos los de consultoría.”

Incumplido, como adverbio, es según el DRAE, “Que no cumple con sus obligaciones o con lo que promete.” Contratista incumplido es aquel que, habiendo firmado un contrato con el Estado, ha quebrantado sus obligaciones contractuales a que se comprometió conforme a las estipulaciones contractuales o a las normas legales pertinentes, por causas imputables al propio contratista, por lo que el Estado lo sanciona con la objeción de las entidades del Estado, de contratar con él, por un plazo legalmente previsto.

Fallido, como adverbio es, según el DRAE: “Frustrado, sin efecto”. Según el Art. 30 del Reg-LOSNCPub: “Una vez adjudicado un contrato, el procedimiento será declarado desierto si el contrato no puede celebrarse por causas imputables al adjudicatario,(...)”. Es decir, adjudicatario fallido es aquel oferente a quien una entidad pública le ha adjudicado el contrato de que trate el procedimiento precontractual, y que, por causas atribuibles a su culpa, no comparece a la celebración del contrato, por lo que se le impone la sanción de que no pueda contratar con el Estado, durante el plazo legalmente previsto.

Las entidades afectadas por los incumplimientos culposos de los fallidos o incumplidos, deben notificar el INCOP para que los registre con adjudicatarios fallidos o contratistas incumplidos.

El Art. 98 de la LOSNCPub preceptúa en su primer inciso, que:

“Las entidades remitirán obligatoriamente al Instituto Nacional de Contratación Pública la nómina de aquellos contratistas o proveedores que hubieren incumplido sus obligaciones contractuales o se hubieren negado a suscribir contratos adjudicados, acompañando los documentos probatorios correspondientes, a fin de quesean suspendidos en el RUP por cinco (5) y tres (3) años

respectivamente. En consecuencia, la actualización del registro será responsabilidad del Instituto Nacional de Contratación Pública.”

El INCOP se encuentra incluido en el Sistema Nacional de Contratación Pública.<sup>92</sup> Está orgánicamente conformado por un Directorio, y por el Director Ejecutivo (elegido por el o la Presidente de la República) interviene únicamente con voz y no con voto, y a su vez actúa como secretario del Directorio. El artículo 7 del Reg-LOSNCPub establece las atribuciones del Director Ejecutivo entre ellas menciona “Ejercer la representación legal, judicial y extrajudicial del INCOP.”

Forman parte del Directorio: el Ministro de Industrias y de competitividad (actúa como Presidente); Máxima Autoridad del Organismo Nacional de Planificación; Ministro de Finanzas; un Alcalde elegido por la Asociación de Municipalidades Ecuatorianas y un Prefecto elegido por el Consorcio de Consejos Provinciales del Ecuador. Así lo establece la LOSNCPub en su artículo 11.

### **3.2 ATRIBUCIONES, CARACTERÍSTICAS Y FACULTADES**

El INCOP es el Organismo rector de las compras del Sector Público. Sus atribuciones se encuentran establecidas en el artículo 10 de la LOSNCPub que, para efectos de este estudio, resulta importante transcribir:

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;

---

<sup>92</sup> El artículo 7 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública establece: “El Sistema Nacional de Contratación Pública (SNCP) es el conjunto de principios, normas, presupuestos procedimientos, mecanismos y relaciones organizadas orientadas al planeamiento, programación y ejecución de las contrataciones realizadas por las entidades contratante.”

4. Administrar el Registro Único de Proveedores RUP;
5. Desarrollar y administrar el Sistema Oficial de Contratación Pública del Ecuador, COMPRASPUBLICAS, 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 catálogos 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. Publicar en el Portal COMPRASPUBLICAS el informe anual sobre resultados de la gestión de contratación con recursos públicos;
16. Elaborar y publicar las estadísticas del SNCP; y,

17. Las demás establecidas en la presente Ley, su Reglamento y demás normas aplicables.”

Cabe mencionar que todas las atribuciones conferidas por la LOSNCPub al INCOP, son trascendentes. Sin embargo el numeral 6 del artículo en mención tiene un alcance social político y económico que redundará en la activación de la economía a través de la protección de la producción Nacional. Pues el INCOP es el encargado de verificar la real utilización de bienes y servicios nacionales en la contratación por parte del Estado.

El numeral 1 del artículo en mención, garantiza el cumplimiento de los objetivos ya que existen mecanismos para exigir el cumplimiento de los mismos.

Las evaluaciones periódicas que se pueden hacer a los resultados e impactos del sistema nacional de contratación pública permiten corregir y reforzar políticas establecidas en la Ley y tener una estadística de los resultados positivos y negativos, de esta manera corregir o reforzar las herramientas del sistema, así lo estipula el numeral 13 ibídem.

En concordancia con el artículo 10 de la LOSNCPub., el artículo 6 del Reglamento de la LOSNCPub., el cual establece responsabilidades del INCOP. El numeral 2 ibídem establece: “Emitir de oficio o a petición de parte, observaciones de orden técnico y legal en la fase precontractual, las que serán de cumplimiento obligatorio para las entidades contratantes.”

La creación y la existencia misma del INCOP y su intervención en la contratación pública, debe generar la atribución de una competencia adicional, que no prevé la Ley, fundamental en tanto es órgano de regulación, control y ejecución. Esto es que, como consecuencia de su facultad de exigir el cumplimiento de los objetivos del Sistema Nacional de Contratación Pública, entre ellos el de publicar en el portal de Compras Públicas los informes sobre los resultados de la gestión de contratación con recursos públicos, capacitar y



asesorar en los procedimientos relacionados con contratación pública, etc., debe agregarse la potestad de verificar y sancionar las acciones u omisiones culposas, en cuanto a la inobservancia o a la indebida observación de las normas legales y reglamentarias que imponen la manera de proceder de las entidades públicas y la de sus servidores obligados a su acatamiento y ejecución, referidos a preparar y publicar el PAC.

El INCOP, como Organismo rector, garantiza la transparencia y evita las discrecionalidades en la contratación pública en cuanto a que tiene como facultades, fundamentalmente: 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;<sup>93</sup> además, tiene como objetivos cuidar del Sistema Nacional de Contratación Pública, como garantizar la calidad del gasto público y la permanencia y efectividad de los sistemas de control de gestión, entre otras establecidas en la LOSNCPub en el artículo 9; por lo que, es de nuestra opinión, que debe atribuírsele la potestad sancionadora en caso de incumplimiento a las normas administrativas de contratación, a fin de que el ámbito de su acción esté completo y asegure el cumplimiento de la ley, de las normativas secundarias y, sobre todo, de la transparencia en esas tareas de tanta importancia. Además debería tener la facultad de tramitar denuncias o reclamos. Desde luego, eso sin perjuicio del control posterior que está atribuido constitucionalmente a la Contraloría General del Estado.

Realizamos para completar nuestro estudio, una entrevista a un Analista de Control del Instituto Nacional de Contratación Pública, señor Gabriel Villacís, quien informó que el INCOP emite un comunicado a la entidad contratante que no ha cumplido con su obligación de presentar el Plan Anual de Contratación,

---

<sup>93</sup> Art. 10 LOSNCPub

recordándole que lo debe hacer con fecha máxima 30 de enero del año en curso. Si la entidad contratante no lo hace, el INCOP pone en conocimiento a la Contraloría General del Estado, para que, luego del proceso de auditoría gubernamental, esta emita una sanción administrativa a dicha entidad contratante que no cumplió con lo establecido en la LOSNCPub en su artículo 22. Pero no tiene potestad sancionadora por si misma. Sabemos que las entidades que presentaron el Plan Anual de Contratación dentro del plazo, en el año en curso, son 2476, y las que no lo presentaron, 2200.

### **3.3 ENTIDADES SIMILARES EN OTRO PAÍSES**

En Perú, la entidad rectora encargada de regular las contrataciones del Estado se denomina Organismo Superior de las Contrataciones del Estado (OSCE), entidad encargada de velar por el cumplimiento de normas en lo que se refiere a adquisiciones públicas. Es un organismo adscrito al Ministerio de Economía y Finanzas, el cual promueve la gestión eficiente, eficaz y transparente de la administración pública. Dicha entidad, emite informe a la Contraloría General del Estado cuando se ha determinado que existen trasgresiones a la normativa de contrataciones públicas, siempre que se encuentren indicios de perjuicio económico al estado o de comisión de un delito. Mientras que en Ecuador el Instituto Nacional de Contratación Pública, emite un listado a la Contraloría General del Estado de las entidades que no han cumplido con la Ley.

En Chile existe el Sistema de Información de Compras y Contrataciones de la Administración a cargo de la Dirección de Compras y Contratación Pública (entidad encargada de asesorar a los organismos públicos en la planificación y gestión de sus procesos de compra y contratación. Es responsable de la creación, administración y actualización de los proveedores), el cual se encuentra bajo la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio de Hacienda. Y también existe un Tribunal de Contratación Pública, entidad encargada de garantizar transparencia e igualdad en los procesos de contratación. El artículo 4 del Reglamento de la Ley N° 19.886 de bases sobre

Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios (Chile) establece el Manual de Procedimientos para la adquisición de bienes, servicios u obras:

“Para estos efectos, el Manual de Procedimientos de Adquisiciones deberá referirse a lo menos, a las siguientes materias: Planificación de Compras, Selección de Procedimientos de Compra, Formulación de Bases y Términos de Referencia, Criterios y Mecanismos de Evaluación, Gestión de Contratos y de Proveedores, Recepción de Bienes y Servicios, Procedimientos de Pago, Política de Inventarios, uso del sistema [www.chilecompra.cl](http://www.chilecompra.cl), autorizaciones que se requieran para las distintas etapas del Proceso de Compra, y Organigrama de la Entidad y de las Áreas que intervienen en los mismos, con sus respectivos niveles Decreto 1763, y flujos...”

España tiene un sistema de control de la contratación pública denominado Plataforma de Contratación del Estado a cargo de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, así lo establece el artículo 309 numeral 1 de la Ley 30/2007:

“La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, a través de sus órganos de apoyo técnico, pondrá a disposición de todos los órganos de contratación del sector público una plataforma electrónica que permita dar publicidad a través de INTERNET a las convocatorias de licitaciones y sus resultados y a cuanta información consideren relevante relativa a los contratos que celebren (...).”

El artículo en mención numeral 2, establece: “La plataforma deberá contar con un dispositivo que permita acreditar fehacientemente el inicio de la difusión pública de la información que se incluya en la misma.”

De esta manera, la Plataforma de Contratación del Estado fomenta el intercambio de información de contratación (se asimila con una plaza de mercado), permitiendo concurrencia de compradores. Basados en los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, así lo establece el artículo 1 de dicha Ley.

Las entidades contratantes son las encargadas de realizar la planificación así el artículo 105 de la ley *ibídem* establece:

1. (...) La aprobación del proyecto corresponderá al órgano de contratación salvo que tal competencia este específicamente atribuida a otro órgano por una norma jurídica.
2. En el supuesto de adjudicación conjunta de proyecto y obra, la ejecución de esta quedara condicionada a la supervisión, aprobación y replanteo del proyecto por el órgano de contratación.

De lo que se ha visto, la creación del INCOP como órgano rector del sistema de Contratación Pública, comporta un evidente avance en el tratamiento de un tema de singular trascendencia en la relación de las entidades contratantes con los contratistas y proveedores, que pasaba por un trance de desactualización y falta de una entidad que lidere tales procesos; singularmente, en cuanto a la necesidad de organizar procedimientos precontractuales ajustados a la transparencia y a la tecnología, cuando la ley sustenta su creación, en la necesidad de que dirija la aplicación de los principios de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad y participación nacional.<sup>94</sup> Todo ello en procura de la debida aplicación de los principios, normas, procedimientos, mecanismos y relaciones organizadas orientadas al planeamiento, programación, presupuestos, control administración y ejecución de contrataciones realizadas por las entidades contratantes, todas ellas que forman parte del sistema de contratación pública,<sup>95</sup> lo que hace efectivo en la ley, los principios constitucionales de eficacia, eficiencia, calidad, coordinación, transparencia, planificación y evaluación, que debe existir entre entidades del Estado.<sup>96</sup>

---

<sup>94</sup> Art. 4 de la LOSNCPub

<sup>95</sup> Art. 7 de la LOSNCPub

<sup>96</sup> Art. 227 de la CosE

## CAPÍTULO IV

### 4 RESPONSABILIDADES

#### 4.1 ANTECEDENTES

Para León Dugüit: “En la concepción tradicional la responsabilidad implica una violación del Derecho: y quien crea el Derecho por un acto de su voluntad soberana, no puede violarle”.<sup>97</sup>

Es decir, el Estado creador del derecho está llamado a garantizarlo por lo que no puede entenderse que lo inobserve o peor que lo violente.

En la época antigua, el Estado como aparato oficial, se encontraba gobernado por el rey, emperador o príncipe, quienes gobernaban por sí solas, autocráticamente (auto, uno; kratos, gobierno) Eran sus decisiones la suprema ley, por lo que eran totalmente irresponsables de los perjuicios que causarían a las personas en razón de su actividad pública.

En la época imperial Romana, surgió por primera vez la institución del Fisco, que era una especie de persona moral, diferente al Estado y al gobernante, integrada por los bienes públicos, contra la que se podían ejercer acciones indemnizatorias por los perjuicios causados a las personas. Aunque significaba un gran avance para la época, esta figura no prosperó históricamente.<sup>98</sup>

En otras palabras, se separa la responsabilidad del Estado y la responsabilidad de los servidores, ya que la soberanía radica en el pueblo. Se entendía al aparato estatal como un instrumento puesto al servicio de la Nación, por lo que no podía de ninguna manera causar daño a los particulares. Pero los

---

<sup>97</sup> Dugüit, L. (1975). Las transformaciones del Derecho Público y Privado. Argentina: Heliasta S.R.L., Pág.: 136

<sup>98</sup> Restrepo, J.A. (2005). Evolución de la responsabilidad estatal. Colectivo de Abogados.

servidores eran responsables por los actos irregulares o ilegales que cometían en ejercicio de sus funciones; de esta manera los particulares a los que se les hubiere ocasionado algún perjuicio, podrían ejercer una acción contra el funcionario responsable.

Entre los años de 1895 a 1903 las altas Cortes francesas dan un paso adelante, teorizando la responsabilidad directa del Estado, ya que es función esencial de éste prestar a la comunidad los servicios públicos que requiere para la satisfacción de las necesidades más importantes y cualquier daño causado por irregularidades o deficiencias en la prestación de esos servicios debe ser reparado. Estamos ante la llamada teoría de la falla en el servicio, en donde se entiende que es el Estado el directamente responsable y no sus agentes, por lo que la inexistencia de la culpa en el agente no es óbice para que el Estado esté llamado a reparar los daños causados.<sup>99</sup>

Es decir, las altas Cortes francesas teorizan la responsabilidad directa del Estado indicando que cualquier irregularidad o deficiencia en los servicios públicos es de responsabilidad directa del mismo, sin que los servidores públicos sean responsables.

La responsabilidad de los servidores para Altamira J.,<sup>100</sup> se encuentra emanada de la representación que el pueblo le confiere, y no como se creó en la antigüedad que el rey era representante divino.

Para que exista responsabilidad, se deben reunir ciertas características, como actuar en ejercicio de funciones públicas y que en su desempeño, perjudique a personas o bienes de sus subordinados. Se considera una evolución de la responsabilidad amplia y completa a la idea de irresponsabilidad. En este caso

---

<sup>99</sup> *Ibidem.*

<sup>100</sup> Altamira, J. (1973). Responsabilidad del Estado. Buenos Aires: Astrea de Rodolfo Depalma y Hnos. Pág. 56 "(...) y pronto se empezó a comprender que el rey no era un representante de origen divino, sino que, por el contrario, su poder emanaba directamente del pueblo al que gobernaba, por cuanto era él quien de un modo u otro se lo confería de acuerdo con la organización política imperante. Así, comenzó a vislumbrarse en el horizonte del derecho el concepto de responsabilidad.

cuando el individuo se siente perjudicado por un acto ilegal, arbitrario, abusivo o injusto del Estado o un funcionario tiene la facultad de reclamar y pedir indemnización.

## 4.2 CONCEPTO

Guillermo Cabanellas define responsabilidad: “Obligación de reparar y satisfacer por uno mismo, o en ocasiones especiales por otro, la pérdida causada, el mal inferido o el daño originado.”

La palabra responsabilidad proviene del latín *responsum*, “responderé”, que quiere decir responder. “**3** adj. Consciente de sus responsabilidades y obligaciones y dispuesto a obrar de acuerdo con ellas”.<sup>101</sup>

Según el Diccionario de la Lengua Española (DRAE), responsabilidad es: “Deuda, obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otra persona, a consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal.”. Es decir, la responsabilidad surge como consecuencia de una actividad ilícita, contraria a Derecho.

Así, como consecuencia, la reparación del daño causado el cual puede ser de carácter civil o económico (indemnización - efecto que surte la actividad del estado en relación con los individuos), en el caso de resarcimiento que debe satisfacer la Administración Pública (el Estado) o Penal.

El Estado, a partir de su personalidad jurídica asume responsabilidades que pueden ser contractuales o extracontractuales. La particularidad de la figura jurídica de responsabilidad, es la de imponer el resarcimiento del perjuicio causado, igual al que pudiera corresponder al de cualquier otro sujeto jurídico, como demostración del sometimiento de los poderes públicos al imperio del Derecho.

---

<sup>101</sup> Moliner, M. (1998) Diccionario de Uso del Español, Madrid. Pág.: 944

Hablar de responsabilidad conlleva una indemnización por el daño causado por parte del Estado o del funcionario, a manera de reparación. Dicha indemnización no se basa en la reglas del C.C., tampoco procede invocar las reglas del derecho común, en cuanto se refiere a la restitución de lo indebido o al enriquecimiento sin causa. Entonces la indemnización surge sin la necesidad de norma expresa.

Se podría considerar como un ejemplo claro de indemnización el pago que realiza el Estado en el caso de una expropiación. Al expropiar un inmueble, el Estado toma para uso de la comunidad la propiedad privada, sobre la base de velar por el bien común, con la provisión de servicios públicos. Es decir, lo toma con la exclusiva y fundamentada finalidad de destinar el bien privado al uso público. La Constitución, reconoce el derecho que tiene el particular a ser indemnizado, pero también reconoce, el derecho de la comunidad para disponer de bienes para la mejor atención de servicios públicos.

Del ejemplo anterior, se puede deducir, que el Estado es responsable de los actos de autoridad o administrativos y, en los casos determinados en la ley, por los actos de gestión o administración, en tanto correspondan a la atención de servicios públicos. En otras palabras, el Estado es responsable sobre las decisiones, acciones u omisiones tomadas por los servidores o empleados públicos.

Para Cassagne,<sup>102</sup> la concepción francesa sobre la responsabilidad del Estado, por actos y hechos administrativos se basa en la idea de un funcionamiento irregular o defectuoso de la función administrativa acorde a las leyes y reglamentos que rigen la función y al daño causado al administrado por medio de intervenciones no justificadas, inacciones injustificadas, entre otros.

La ConsE, establece las responsabilidades de los servidores públicos en su artículo 233, el cual es importante transcribir:

---

<sup>102</sup> Cassagne, J.C. (1985) Derecho Administrativo, Tomo I. Buenos Aires – Argentina. Págs.: 271-275



“Ninguna servidora ni servidor pública estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones, y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo de administración de fondos, bienes o recursos públicos.

Las servidoras o servidores públicos y los delegados o representantes a los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado, estarán sujetos a las sanciones establecidas por delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. La acción para seguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y, en estos caso, los juicios se iniciaran y continuaran incluso en ausencia de las personas acusadas. Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aún cuando no tengan las calidades antes señaladas.”

A lo que se refiere el artículo en mención, es que, los servidores y las servidoras públicas responderán civil, penal o administrativamente por sus actos u omisiones en el ejercicio de sus funciones administrativas. Pues, los servidores públicos y las servidoras públicas únicamente pueden realizar lo que la ley les permite, así lo establece la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 226.<sup>103</sup> Contrario sensu, los servidores públicos están prohibidos de hacer lo que la ley no prevé o de dejar de hacer puntualmente lo que ella exige de ellos.

Para León Dugüit:<sup>104</sup> “La actividad del Estado se pone en movimiento por voluntades individuales.”

En un artículo publicado en la revista de la Contraloría General del Estado No. 3, se expone: “La responsabilidad está directamente vinculada a la existencia del hombre- en este caso, del agente o servidor público y de terceros vinculados con la administración- y en cuanto a su comportamiento”.<sup>105</sup>

---

<sup>103</sup> Artículo 226, Constitución de la República: “... ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la Ley.”

<sup>104</sup> Dugüit, L. (1975). Las transformaciones del Derecho Público y Privado. Argentina: Heliasta S.R.L

<sup>105</sup> Revista de la Contraloría General del Estado, artículo Comentarios a la Ley Orgánica de Administración Financiera y control en Relación a los delitos de Peculado. Dr. Rómulo García Sosa

La responsabilidad surge como consecuencia de una actividad contraria al derecho. Así, todas aquellas personas que ejercen alguna parte de la potestad pública son responsables de sus actos, lo que genera, como consecuencia, la obligación jurídica de reparar el daño sufrido por el Estado; responsabilidades que pueden ser de carácter civil, administrativo o penal.

El Dr. Rómulo García Sosa, en su artículo publicado en la Revista de la Contraloría General del Estado No. 3, al hablar sobre las responsabilidades civil, administrativa y penal, cita a Recaredo de Velasco Calvo en su obra "Resumen de Derecho Administrativo y Ciencia de la Administración" que dice:

"Desde un punto de vista subjetivo por responsabilidad civil se entiende la atribución que se hace a una persona, respecto de las consecuencias de un acto y, desde un punto de vista objetivo, la necesidad de producir en alguna forma la compensación pertinente adecuada al acto realizado. Desde un punto de vista jurídico la responsabilidad civil deriva de un daño patrimonial y se resuelve en una indemnización." (Comentarios a la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control en relación a los delitos de Peculado, 1984)

La responsabilidad civil de los servidores públicos se produce por la acción u omisión de los deberes y funciones atribuidos por la ley a un servidor público, causando un perjuicio económico al Estado, o a los administrados. La entidad encarga de examinar dichas actuaciones y, de ser el caso, determinar la responsabilidad civil, es la Contraloría General del Estado, mediante glosas u órdenes de reintegro, previo estudio del movimiento financiero o del proceso de contratación por medio de la auditoría gubernamental.

"(...) la determinación de las responsabilidades civiles, queda absoluta y totalmente independiente de las responsabilidades administrativas que se refieren a la omisión del cumplimiento cabal de las atribuciones y deberes legales, de las normas, de las órdenes del funcionario o empleado público y es así mismo totalmente independiente de la responsabilidad penal, pero pueden conjugarse las tres. (...)" (Comentarios a la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control en relación a los delitos de Peculado, 1984)

La responsabilidad administrativa, es la omisión por parte de los servidores públicos del cumplimiento de las atribuciones y deberes establecidos en la ley.

En cuanto a la responsabilidad penal, el Dr. Rómulo García explica:

“Como consecuencia de la auditoría realizada por la Contraloría General, el auditor puede presumir la existencia de un delito a través de la serie de indicios y evidencias que reúna en el decurso del examen; debe, hacerse conocer los hechos al juez de lo penal competente para conocer y decidir sobre los casos de responsabilidad penal.”

Actualmente, según la Ley adjetiva penal, los hechos presuntamente penales deben hacerse conocer a la Fiscalía para que siga el debido proceso, conforme actualmente se halla establecido.

Es importante señalar las diferencias entre ellas, en el cuadro que se encuentra a continuación:

Cuadro N° 4.1

<b>Tipo de Responsabilidades</b>	<b>Definición</b>
<b>Civil del Estado</b>	El Estado debe cubrir el daño económico causado a los administrados o terceros, a través de una indemnización. Son responsables los servidores o empleados de la Administración Pública causantes de dicho perjuicio ya sea por su acción u omisión culposa, cuya reparación será establecida por los órganos de control o por repetición, en caso de sentencias en contra del Estado. Entonces los elementos de este tipo de responsabilidad son: Perjuicio económico y Acción u omisión culpable que le sea imputable al Estado o al funcionario o empleado que estuvieren en el caso de reparar un perjuicio ocasionado con motivo de su intervención en servicios públicos o en contratos del Estado.
<b>Administrativa</b>	Se establece contra el servidor que hubiere actuado con exceso de poder u omitido el cumplimiento de sus deberes, establecidos en la ley (fuera del límite sus competencias). De dicha responsabilidad se derivan dos tipos de sanciones: a) multas y b) destitución, o anular a la vez.
<b>Penal</b>	Los servidores de la administración pública, que han incurrido en uno de los tipos penales establecidos por el Código Penal, serán sancionados penalmente por un Tribunal de garantías penales. La Contraloría General del Estado mediante informe de auditoría o examen especial, comunicará al Ministerio Público para que investigue y procese dicha presunción.

**Fuente:** Investigación realizada.

**Elaborado por:** La autora

El artículo 99 inciso segundo de la LOSNCPub establece que la máxima autoridad de la entidad contratante, servidores o servidores de la misma, que hubieren intervenido en cualquiera de las etapas de los procedimientos

precontractuales hasta la ejecución de los contratos serán personal y económicamente responsables por el cumplimiento de las disposiciones de la LOSNCPub sin perjuicio, de ser el caso, de la responsabilidad penal a que hubiere lugar.

### 4.3 ELEMENTOS

Roberto Dormi,<sup>106</sup> dice que:

“Los actos, hechos u omisiones que traducen la conducta lesiva del derecho, libertad o garantía constitucional pueden ser: **1) Por la forma:** Actos, hechos u omisiones. Cualquiera de las formas de la conducta lesiva debe lesionar, restringir, alterar o amenazar derechos garantías expresas o implícitamente reconocidos por la Constitución; **2) Por los efectos jurídicos:** El acto lesivo debe ser de arbitrariedad o de ilegalidad manifiesta, o sea, que el agravio a uno de los bienes tutelados debe derivar de un acto ilegítimo, contrario a derecho, arbitrario; es decir, que ostensiblemente constituya transgresión al orden jurídico.; **3) Por los sujetos:** el acto lesivo puede provenir tanto de autoridad pública como de particulares. La conducta lesiva, activa u omisa, puede emanar de órganos o agentes de la Administración Pública, nacional, provincial o municipal, centralizada o descentralizada, entes autárquicos y empresas del Estado. Igualmente, la actividad lesiva puede emanar de personas privadas, físicas o jurídicas.; **4) Por la naturaleza de la actividad:** En principio, sólo es impugnabile por esta vía judicial la actividad administrativa lesiva, cualquiera que sea el órgano estatal que en la emergencia haya ejercido tal función administrativa. Exclúyese por ello la actividad sustancialmente legislativa y judicial. y **5) Por la oportunidad:** La actividad lesiva debe ser actual. De no serlo, o sea si carece de actualidad o de carácter presente, el riesgo tiene que ser inminente, previsible, por acontecer de inmediato o incondicionalmente en cualquier momento o al instante.”

Para que exista responsabilidad, se debe determinar la existencia de: a) la actuación de la administración, b) el daño o perjuicio causado, y c) nexo causal entre el daño y la actuación irregular.

---

<sup>106</sup> Dromi, R. (1998). Derecho Administrativo. Buenos Aires- Argentina. Pág. 849 y 850

**a) Actuación de la Administración.-** Es decir, que una persona pública (funcionario o empleado público) haya actuado ilegalmente u omitido actuar conforme a la ley, causando perjuicio y violando derechos y garantías reconocidos en la Constitución.

Para Ramiro Borja y Borja “La manifestación de la voluntad supone, en primer término, un elemento subjetivo, a saber: la capacidad de querer y la de manifestar lo querido”.<sup>107</sup> Es decir, se debe determinar que el funcionario público ha actuado en ejercicio de sus funciones vulnerando un derecho.

**b) Daño o perjuicio.-** Es la afectación a las normas del derecho administrativo, al patrimonio de la Administración Pública ó de particulares; o a los bienes jurídicamente tutelados (en otras palabras, la responsabilidad prevenida por la ley penal).

**c) Nexos causal entre el daño y la actuación.-** Relación que existe entre funcionario o empleado público, o contratistas o delegatarios con el daño o perjuicio ocasionado. En el presente estudio, se refiere a los servidores o empleados públicos cuando han omitido con la obligación de presentar el Plan Anual de Contratación (PAC) y ejecutarlo.

---

<sup>107</sup> Borja, R (1995), Teoría General del Derecho Administrativo. Buenos Aires- Argentina.

## CONCLUSIONES

Como se ha visto en el desarrollo de esta tesis, se han producido cambios en el sistema de Contratación Pública en el Ecuador, no obstante que amerita reformas que, consecuentemente, aseguren el cumplimiento de determinados requisitos, necesarios para el cumplimiento de los Planes Nacionales de Desarrollo.

La LOSNCPub, creó una institución rectora de la Contratación Pública, denominada Instituto Nacional de Contratación Pública (INCOP).

Las entidades contratantes, a partir de la expedición de esta ley, deben formular y entregar al INCOP, su Plan Anual de Contratación (PAC), es decir, el documento que contenga la planificación de sus compras anuales, documento que deberá ser publicado en el Portal de Compras Públicas, medio electrónico por el cual las entidades contratantes promueven y realizan sus compras y registran a los potenciales oferentes y contratistas, de manera de que el público en general pueda tener acceso a la planificación de cada entidad contratante, y de esta manera, puedan conocer de manera transparente las necesidades de cada entidad y quienes podrán presentar sus ofertas.

La formulación y publicación oportuna del PAC es muy importante, ya que además de que permite organizar de manera anticipada las compras públicas, constituye la inserción de esas tareas administrativas, dentro del Plan Nacional de Desarrollo, que contiene la proyección de objetivos y metas, tanto nacionales como de cada institución, sujeta a la disponibilidad presupuestaria, a la ejecución de estudios, diseños actualizados para la contratación de provisión de bienes, servicios y ejecución de obras (los contratos se basarán en este tipo de información). La máxima autoridad, o su delegado, es el obligado de formular y publicar el PAC, como manda el Art. 22 de la LOSNCPub. Como se puede entender de dicha norma, no se trata de una facultad, de manera que discrecionalmente se pueda o no acatar. La norma es mandatoria, ordena que

se cumpla tal actividad administrativa, por lo que su omisión, corresponderá a la obligación de reparar el daño que se cause a la administración, a la entidad contratante y al Estado mismo, porque, conforme explica el mismo Art. 22 ibídem, debe hacérselo "... para cumplir con los objetivos del Plan Nacional de Desarrollo, sus objetivos y necesidades institucionales..."

La planificación es uno de los elementos más importantes en el desarrollo económico y social de un país moderno, ya que le permite prevenir, de manera organizada y sistemática, acontecimientos futuros que le permitan cumplir las metas y objetivos nacionales en un momento dado, de manera eficiente económica y oportuna, con la ayuda de las ciencias administrativa, financiera y tecnológica.

Además, las consultas que se realicen al INCOP, en cuanto se refiera a contratación pública sobre la aplicación de preceptos legales o procedimientos precontractuales y contractuales, deben ser debidamente atendidas por el INCOP, de manera de que se homologue la aplicación de los procesos en el Sector Público, sin dejar de lado las facultades constitucionales y legales de la Procuraduría General del Estado.

Si la máxima autoridad de la entidad no publica a tiempo el PAC, como lo establece la Ley, debe ser sancionada. Actualmente quien sanciona este tipo de incumplimientos es la Contraloría General del Estado, luego de realizar una auditoría gubernamental posterior a la omisión.

El INCOP, como se dijo, actualmente es el órgano rector de la Contratación Pública, pero hemos visto que no tiene facultades suficientes para imponer el cumplimiento de tal requisito de manera de que se pueda tener disponible y transparente acceso a toda la información sobre la materia, por lo que sería pertinente que se otorgue a dicha entidad, la potestad sancionadora para castigar a quienes, teniendo la obligación legal en representación de una entidad pública incurran en la omisión de formular y publicar el PAC. El tipo de



sanción administrativa es una multa o, aún, la destitución del funcionario público respectivo.

El procedimiento para que el INCOP advierta, prevenga o determine responsabilidades administrativas en contra del funcionario público que omita el cumplimiento de sus deberes legales de entregar y publicar el PAC, debe ser:

- a)** el Director Ejecutivo envía un recordatorio a la máxima autoridad para que realice la publicación del PAC en la oportunidad legal, previniéndole que, en caso de no cumplir con dicha disposición legal, será sancionado.
- b)** Si la máxima autoridad no publica el PAC en el plazo legalmente establecido, se le sancionará con una multa y, dependiendo de la gravedad de la falta o de reincidencia, se le impondrá la multa más grave y hasta puede aplicársele la destitución.

## **RECOMENDACIONES**

En función del análisis realizado se sugiere el siguiente:

### **PROYECTO DE REFORMAS A LA LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA**

LA ASAMBLEA NACIONAL

#### **CONSIDERANDO**

Que en el Suplemento del Registro Oficial No. 395 de 4 de agosto del 2008 se encuentra publicada la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública;

Que el actual marco legal de contratación pública ha significado una verdadera transformación en el Sistema de Contratación del Ecuador, generando indudables beneficios de agilidad, economía, transparencia, fortalecimiento de la participación nacional, regional, provincial y local, entre otros.

Que no obstante los beneficios logrados, para fortalecer y mejorar los resultados alcanzados, se requiere introducir reformas al actual marco legal del Sistema de Contratación Pública, que permitan un mayor control y evite distorsiones que pudiesen afectar el sistema.

Que el Plan Anual de Contratación es un elemento importante, constitutivo del Plan Nacional de Desarrollo, de manera que se establezcan los presupuestos administrativos y financieros que el Estado Ecuatoriano requiere para lograr sus planes y programas de manera eficiente y efectiva para alcanzar el desarrollo integral y armónico de la Nación, con todos los elementos que lo integran.

Que el Art. 22 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, impone la obligación de las entidades contratantes, a través de su máxima autoridad, para formular y publicar el Plan Anual de Contratación, obligatoriamente, en la página Web de la entidad contratante y en el portal de Compras Públicas, acorde con los objetivos del Plan Anual de Desarrollo y conforme a los objetivos y necesidades institucionales.

Que en consecuencia de tal obligación legal, es importante establecer un mecanismo de control previo que imponga sanciones por el incumplimiento de tal obligación legal, que afecta a los principios de transparencia y legalidad, conforme prevé el Art. 226 de la Constitución de la República.

En uso de las atribuciones previstas en la Constitución de la República, expide la siguiente:

### **Reforma a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.**

**Artículo 1.-** En el artículo 10 incorpórese los siguientes numerales

Después de numeral 12, agréguese otro inciso que dirá: “El INCOP generará un banco de datos sobre información de la absolución de consultas y de criterios institucionales.”

Después del numeral 16, agréguese el siguiente:

“17. Sancionar con la imposición de una multa, o multa y destitución en caso de reincidencia, a la máxima autoridad o a su delegado que omitan la formulación y publicación del Plan Anual de Contratación dentro de los plazos previstos en la presente ley.”

El actual numeral 17. será numerado como 18.

**Artículo 2.-** Agréguese en el Art. 10, el siguiente numeral:

“4. Sancionar mediante resolución debidamente motivada del Director Ejecutivo, a la máxima autoridad o a su delegado que hubiera omitido el cumplimiento de la formulación y publicación del PAC, conforme manda el Art. 22 de esta Ley.”

**Artículo 3.-** Después del artículo 14, inclúyanse los siguientes:

**Art. (...) De las sanciones.-** La falta de formulación oportuna del PAC y su publicación, conforme manda el Art. 22 de la LOSNCPub constituye falta grave, en los términos del Art. 42, literal b), de la Ley Orgánica del Servicio Público.

**Art. (...)** En caso de incumplimiento en la formulación y publicación del PAC por intermedio del portal de compras públicas, el Instituto Nacional de Contratación Pública, el Director Ejecutivo procederá de la siguiente manera:

- 1) Enviará a la autoridad competente de la entidad, en los primeros días del mes de diciembre, un recordatorio para que cumpla con la formulación y publicación del PAC, antes del 15 de enero del siguiente año;
- 2) De no cumplir con tal recordatorio, hasta finales del mes de diciembre, procederá a advertirle por escrito de su obligación y, que en caso de que no lo haga en el plazo perentorio de 15 días, será sancionado, y;
- 3) En caso de omisión del cumplimiento de la obligación legal establecida por el Art. 22 de la LOSNCPub, hasta la fecha legalmente establecida, el Director Ejecutivo del Instituto Nacional de Contratación Pública, procederá a tramitar un procedimiento administrativo a fin de establecer la responsabilidad del servidor respectivo, de conformidad con lo que dispone el Art. 44 de la Ley Orgánica del Servicio Público, y sobre la base de una resolución debidamente motivada, sancionará al funcionario público competente que, a pesar de las advertencias, no ha presentado ni

ha publicado el PAC en el plazo establecido en la ley, con una multa que no excederá del diez por ciento de su remuneración y, en caso de reincidencia, le impondrá la multa más grave y la destitución del cargo. El reglamento determinará las demás formalidades del proceso.

**Artículo 4.** En el Artículo 15 introdúzcase como primer inciso el siguiente:

El INCOP como organismo especializado en contratación pública, tendrá la potestad de realizar el control previo y sancionar a la máxima autoridad de la entidad contratante y a los servidores a quienes omitan su obligación legal o reglamentaria, de efectuar la elaboración y publicación en el Portal de Compras Públicas, del Plan Anual de Contratación conforme dispone el Art. 22 de esta Ley.

Los demás incisos, quedarán como segundo y tercero.

Dado en Quito DM., a los...”

## BIBLIOGRAFÍA

### Libros:

- AGUILAR, A. (2011). Manual de Contratación Pública. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- ALTAMIRA, J. (1973). Responsabilidad del Estado. Buenos Aires: Astrea de Rodolfo Depalma y Hnos.
- ANDREUCCI C. (2007). Contratación pública. Sistemas de selección. Transparencia. Publicidad oficial, Buenos Aires –Argentina.
- ARISTÓTELES. (1996). La Política. Quito: Fundación "I.C.Y.S."
- BORJA, R. (2002). Enciclopedia de la Política. México: Fondo de Cultura Económica
- BORJA, R. (1995). Teoría General del Derecho Administrativo. Quito: Ediciones Depalma, Buenos Aires - Argentina.
- CABANELLAS, G. (1994). Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Buenos Aires, Argentina: HELIASTA S.R.L.
- CASSAGNE, J. (1985). Derecho Administrativo. TOMO I. Buenos Aires - Argentina: ABELEDO - PERROT.
- DROMI, R. (1998). Derecho Administravio. Buenos Aires - Argentina: Editorial de Ciencia y Cultura.
- DUGUIT, L. (1975). Las Transformaciones del Derecho Público y Privado. Argentina: HELIASTA S.R.L.
- ESCOLA, H. (1977). Tratado Integral de los Contratos Administrativos. Buenos Aires: Depalma.
- ESPAÑOLA, R. (2001). Diccionario de la Lengua Española. Madrid: Espasa Calpe.
- ESPASA. (2001). Diccionario Jurídico ESPASA. Madrid: Espasa Calpe S.A.
- GORDILLO, A. (1999). Tratado de Derdecho Administrativo. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo.

- JORDANO J. (1997). Nulidad de los actos administrativos y derechos fundamentales. Madrid, España.
- MANTILLA, B. (1996). Filosofía del Derecho. Santa Fe de Bogotá: TEMIS S.A.
- MEDELLÍN, A. (Octubre de 2005). Manual de Contratación. Segunda Versión. Secretarías General y Servicios Administrativos. Medellín, Colombia.
- MONROY, M. (2003). Introducción al derecho. Bogotá: TEMIS S.A.
- PÉREZ, E. (2009). Derecho Administrativo acorde con la nueva Constitución Ecuatoriana. Quito - Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- SANTOFIMIO, J. (1996). Tratado de Derecho Administrativo: Introducción a los conceptos de la Administración Pública y el Derecho Administrativo. Bogotá, Colombia.

#### **Documentos de Internet:**

- ALTERINI, A. (s.f.). <http://www.uss.edu.pe/Facultades>. Recuperado el 11 de enero de 2011
- MARIENHOFF, M. (s.f.). <http://www.scribd.com/doc/30824031/Marienhoff-Miguel-Tratado-de-Derecho-Administrativo-Tomo-III-b>. Recuperado el 10 de octubre de 2010
- PARADA, R. (2008). <http://www.marcialpons.es/catalogos/100831358.pdf>. Recuperado el 17 de Noviembre de 2010
- RESTREPO, J. (2005). Historia de la Responsabilidad Estatal. Retrieved junio 30, 2011, from <http://www.colectivodeabogados.org/Historia-de-la-responsabilidad>.
- RODRÍGUEZ, L. (s.f.). <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1594/16.pdf>. Recuperado el 10 de Diciembre de 2010
- [http://www.osce.gob.pe/consucode/userfiles/image/Ley%20y%20Reglamentacion%202011\\_11\\_09.pdf](http://www.osce.gob.pe/consucode/userfiles/image/Ley%20y%20Reglamentacion%202011_11_09.pdf). (s.f.). Recuperado el 28 de abril de 2011
- <http://www.osce.gob.pe/opcion.asp?ids=1&ido=2>. (s.f.). Recuperado el 28 de abril de 2011
- <http://www.uaim.edu.mx/web-carreras/carreras/derecho/Cuarto>. (s.f.). Recuperado el 15 de octubre de 2010

- <http://www.unlu.edu.ar/~uai>. (s.f.). Recuperado el 10 de enero de 2011

### **Base Legal:**

- CÓDIGO CIVIL. (2009). Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- CÓDIGO ORGÁNICO DE PLANIFICACIÓN Y FINANZAS PÚBLICAS. (2010). Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. (2011). Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- LEY DE ADMINISTRACIÓN FINANCIERA Y CONTROL. (1981). Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- LEY DE CONTRATACIÓN PÚBLICA. (2004). Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- LEY DE MODERNIZACIÓN DEL ESTADO, PRIVATIZACIONES Y PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS POR PARTE DE LA INICIATIVA PRIVADA. (2006). Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- LEY ORGÁNICA DE ADMINISTRACIÓN FINANCIERA Y CONTROL. (2000). Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- LEY ORGÁNICA DEL SERVICIO PÚBLICO. (2010). Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA. (2010). Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

### **Revistas.**

- Comentarios a la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control en relación a los delitos de Peculado. Revista de la Contraloría General del Estado, 43-50.



## NOMENCLATURA

**C.C.:** Código Civil.

**ConsE:** Constitución de la República del Ecuador.

**COPFP:** Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas.

**ERJAFE:** Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la función Ejecutiva.

**INCOP:** Instituto Nacional de Contratación Pública.

**LME:** Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada.

**LOAFYC:** Ley Orgánica de Administración Financiera y Control.

**LOSNCPub:** Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

**PAC:** Plan Anual de Contratación.

**Reg-LOSNCPub:** Reglamento de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

# ANEXOS



**Entrevista Director Jurídico de la Contraloría General del Estado**

**Dr. Carlos Burgos**

- 1. ¿Cuál es intervención de la Contraloría en los procesos de contratación a partir de la vigencia de la actual Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública?**

El control posterior de los procedimientos de contratación pública. Un control externo a través de exámenes especiales (modalidad de control limitado en determinados aspectos de actividad administrativa; a lo que se refiere procedimiento precontractual, contractual ejecución y liquidación del contrato.). El control externo posterior que ejerce la Contraloría abarca todos los procedimientos de contratación, es decir, desde la fase contractual hasta la liquidación del contrato. En los aspectos técnicos, legales y financieros.

- 2. ¿Ha habido consultas relacionadas con la aplicación de la ley, especialmente en lo que se refiere a la entrega del PAC?**

No, ya que el organismo competente para asesorar es el Instituto de Contratación Pública. Como Contraloría asesoramos al Instituto de Contratación Pública para la elaboración de pliegos precontractuales.

- 3. ¿Qué funciones tiene la Contraloría en relación con los procesos de Contratación pública?**

Control externo, posterior a los procedimientos.

- 4. ¿La auditoria gubernamental hace control concurrente y posterior el cumplimiento de la entrega del PAC?**

Únicamente posterior a raíz de la expedición de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Antes, la Contraloría con la Codificación de la Ley de Contratación Pública emitía un informe previo a los contratos que generen egreso de recursos públicos. Pues así lo establecía el artículo 31 numeral 16 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, derogado con la LOSNCP.

**5. ¿Se establecen responsabilidades por la falta de entrega del PAC?**

Responsabilidad Administrativa, ya que existe quebrantamiento de la norma, al no presentar el PAC dentro del tiempo que la Ley prevé. Si es primera vez que incumple se impone una multa al funcionario responsable. Si es reincidente se destituye al funcionario, no siempre. Queda a criterio del analista del Director de Responsabilidades.



**Entrevista: Gerente de Abastecimiento Ing. Pamela Rodas**  
**Corporación Nacional de Telecomunicaciones**

**1. ¿Qué se requiere para la elaboración del Plan Anual de Contratación?**

La planificación se realiza con tres meses de anticipación, es decir, en septiembre todas las áreas de la empresa empiezan a realizar los requerimientos. Una vez realizados los requerimientos de cada área se realiza un análisis de manera horizontal y de compras (es como una depuración). Como tercer paso ve el presupuesto tanto de ingresos como de gastos de manera tal que la empresa pueda cumplir con sus metas. Finalmente se define modalidades de contratación y cronogramas de contratación, así el Plan Anual de Contratación estará aprobado por la máxima autoridad de la entidad hasta el 31 de diciembre.

**2. ¿En qué ayuda a la entidad la formulación del Plan Anual de Contratación?**

El Plan Anual de Contratación es una herramienta de planificación, es un marco de referencia, de tal manera, que la entidad se organiza para poder cumplir con las metas establecidas.

**3. ¿En INCOP, ayudó a la entidad en la publicación del Plan Anual de Contratación en el portal de compras públicas?**

El INCOP si nos ha apoyado cuando lo hemos necesitado. Nosotros tenemos un PAC interno que es mucho más amplio (el cual nos permite realizar un seguimiento a los procesos) que el que se publica.

**4. ¿En lo que va del año, la entidad ha tenido la necesidad de hacer alguna reforma al Plan Anual de Contratación? Que dificultad tuvo para hacerlo?**

Si, hemos hecho varias reformas, con su respectiva motivación. El Plan Anual que presentamos es referencial, nos basamos en las últimas compras del año anterior.

**5. ¿Cuál es la importancia de la Planificación?**

La planificación es una herramienta importante para el administrador, la que permite, de manera organizada, adelantarse a los acontecimientos en un futuro previsible, que en la administración pública se denomina el año fiscal de manera que se pueda cumplir las metas y los objetivos programados de manera eficiente, económica y oportuna.





**Entrevista: Asesor Jurídico Dr. Patricio Troya**

**Instituto Nacional de Contratación Pública**

- 1. ¿Antes del 2008, existía en el país alguna entidad que realizaba similares funciones que las que el INCOP tiene actualmente por ley?**

No, como órgano rector nunca. Antes la Contraloría General del Estado y la Procuraduría General del Estado emitían un informe, cuando se trataba de contrataciones de montos altos.

- 2. ¿Por qué el legislador mira la necesidad de crear un órgano especializado para la Contratación Pública?**

Porque el sistema anterior no funcionaba, y de cierta manera tratar de organizar el sistema de contratación pública. Ahora con la ayuda de la tecnología la contratación es una herramienta económica, ya que ayuda a la protección del producto nacional, entre otros.

Ahora, con el nuevo sistema, se busca que los procedimientos en contratación pública sean transparentes.

- 3. ¿Cómo el INCOP controla que las entidades contratantes publiquen el PAC en el portal de Compras Públicas?**

Por el hecho de publicar el PAC en el portal de compras públicas. Las entidades contratantes que no lo hagan según lo establece la ley, el INCOP emite un comunicado a la entidad recordándole que debe publicar el PAC.

Si la entidad contratante no publica el PAC, no podrá contratar.

- 4. ¿Qué medios se aplica el INCOP para el cumplimiento del PAC?**

El INCOP solo vigila el cumplimiento de la Ley. Existe un formato para que las entidades contratantes publiquen el PAC y de esta manera el INCOP controla el cumplimiento.

5. **¿Qué medios aplica el INCOP para recopilar y difundir los planes, procesos y resultados de los procedimientos de contratación pública, como lo establece el artículo 10 de la LOSNCPub, numeral 10?**

Existe un modulo de estadísticas que se encuentra en el portal de compras públicas. Este tipo de información se obtiene por medio de los mecanismos del nuevo sistema electrónico de contratación pública.

6. **¿Se entiende que no existen medios coercitivos para la entidad incumplida, exigiendo la publicación del PAC?**

El INCOP, no tiene la potestad para sancionar a una entidad contratante incumplida. Existen proyectos de reformas a la ley, en los cuales se han establecido sanciones administrativas y multas para aquellas entidades que incumplan con la ley.

7. **¿Sería pertinente, que el INCOP tenga la atribución de exigir el cumplimiento del PAC por parte de la máxima autoridad?**

El INCOP exige el cumplimiento, pero no puede sancionar a la entidad contratante incumplida.

8. **¿Cree usted, que el INCOP debería tener potestad sancionadora?**

Si, ya que como órgano rector de la contratación pública es posible determinar de manera inmediata si alguna entidad contratante incumpla con lo establecido en la ley.

9. **¿Cómo funciona del Directorio del INCOP?**

El directorio se reúne para determinar ciertas políticas del INCOP.

10. **¿Las consultas que las entidades contratantes realizan al INCOP son de carácter obligatorio o facultativo?**

Las consultas que realizan las entidades contratantes al INCOP no son vinculantes.

11. **¿De qué manera sirve el PAC como instrumento dentro del Sistema de Contratación Pública?**

Es importante, la planificación ayuda a las entidades contratantes a tener un mejor control de los recursos. De esta manera obligando a la entidad contratante a realizar contrataciones necesarias.





## Entrevista Funcionario del Instituto Nacional de Contratación Pública

**Analista de Control INCOP: Gabriel Villacís**

**1. ¿Cuál es la función del INCOP?**

Es el Organismo rector de las compras del sector público.

**2. ¿Qué acción toma el INCOP cuando una entidad contratante no ha realizado el Plan Anual de Contratación a tiempo?**

Se envía un comunicado a la entidad, recordándole que debe realizar el Plan Anual de Contratación hasta el 30 de enero.

Si las entidades con el recordatorio que se realiza el INCOP, no realizan el Plan Anual de Contratación, el siguiente paso es reportar a la Contraloría General del Estado cuales han sido las entidades que no han cumplido con lo que establece la Ley.

**3. ¿Existe alguna sanción para la entidad contratante que no realice el Plana Anual de Contratación?**

Como INCOP no podemos aplicar sanción alguna a las entidades que no cumplan con lo establecido en la Ley.

**4. ¿Cuál es la autoridad competente para imponer sanciones en el caso del incumplimiento de entregar el Plan Anual de Contratación?**

La Contraloría General del Estado.

**5. ¿Cuántas entidades contratantes han presentado el Plan Anual, en el plazo que establece la Ley (año 2011)?**

Las entidades que han presentado puntualmente el Plan Anual de Contratación, es decir hasta el 15 de enero del año en curso son 2476 y las entidades que no subieron el Plan Anual de Contratación hasta esa fecha son 2200.

**6. ¿De qué manera ayuda a la contratación pública el Plan Anual de Contratación a las entidades contratantes y contratistas?**

A las entidades contratantes el Plan Anual de Contratación les ayuda a planificar de manera organizada y así poder tener un mejor control de su presupuesto. Mientras que a los contratistas les ayuda prepararse en las necesidades que cada entidad contratante publique en el Plan Anual de Contratación y saber cuándo pueden participar.

**7. ¿Cuál es la importancia del Plan Anual de Contratación en la Planificación de las metas del Estado?**

La importancia del Plan Anual de Contratación es el poder Programar el Presupuesto General del Estado para un mejor control del presupuesto de cada entidad contratante.

**8. ¿Qué normas se aplican en caso de incumplimiento del PAC?**

El INCOP, no tiene la facultad para sancionar a las entidades que no han cumplido con su obligación de realizar y presentar el Plan Anual de Contratación. Pues solo se emite un comunicado a la Contraloría General del Estado, así lo establece la Ley Orgánica Nacional de Contratación Pública vigente.

**9. ¿Qué tipo de responsabilidades tiene el INCOP en caso de no exigir la remisión del PAC a las entidades públicas?**

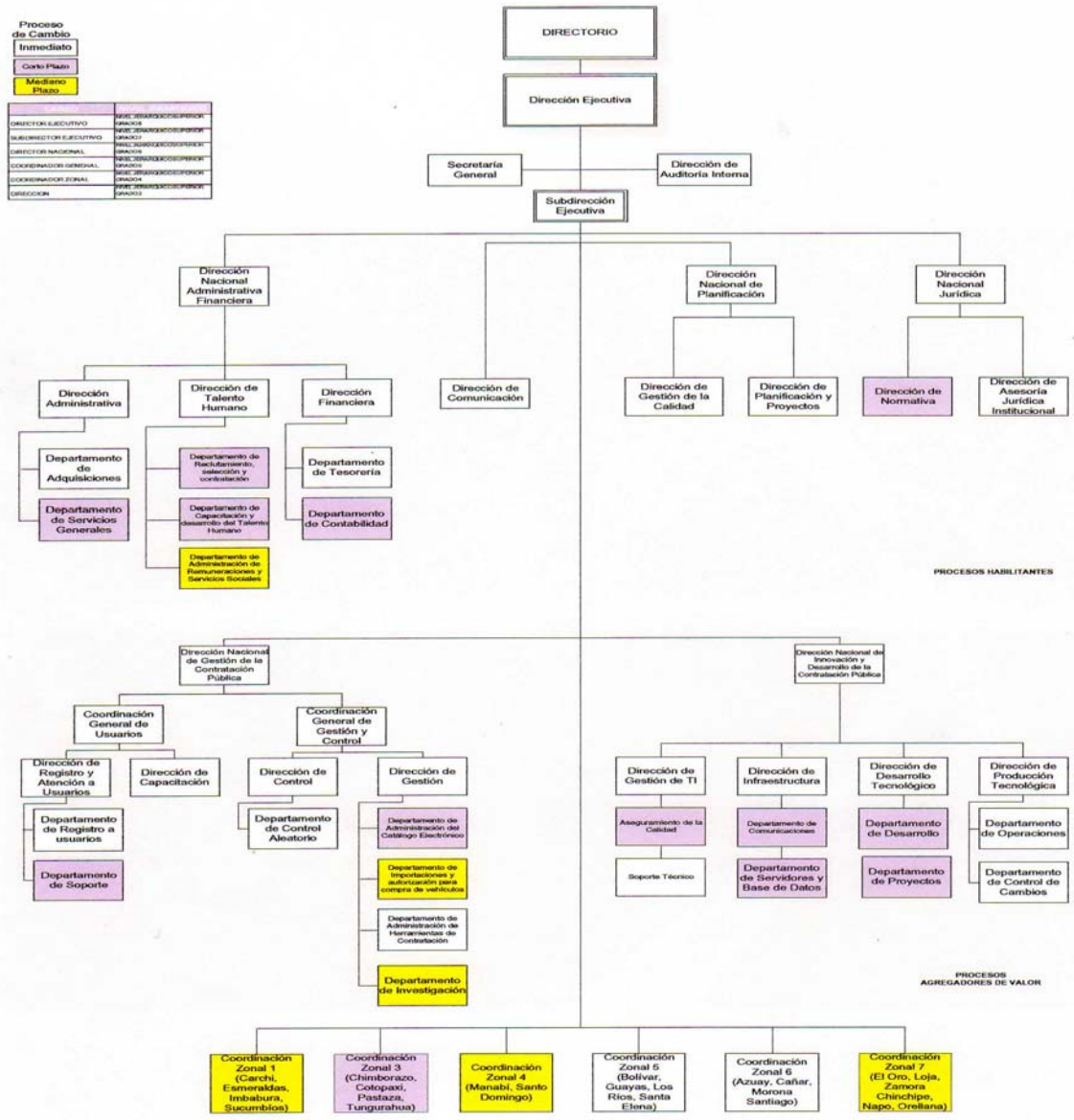
El INCOP como tal no es responsable, solo tiene la obligación de recordar a las entidades contratantes que deben realizar el Plan Anual de Contratación y publicarlo en el Portal de Compras Públicas. Pues el INCOP solo verifica que se cumpla lo establecido en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento.

# Instituto Nacional de Contratación Pública

Proceso de Cambio	
Inmediato	ROJO
Corto Plazo	ROSA
Mediano Plazo	AMARILLO

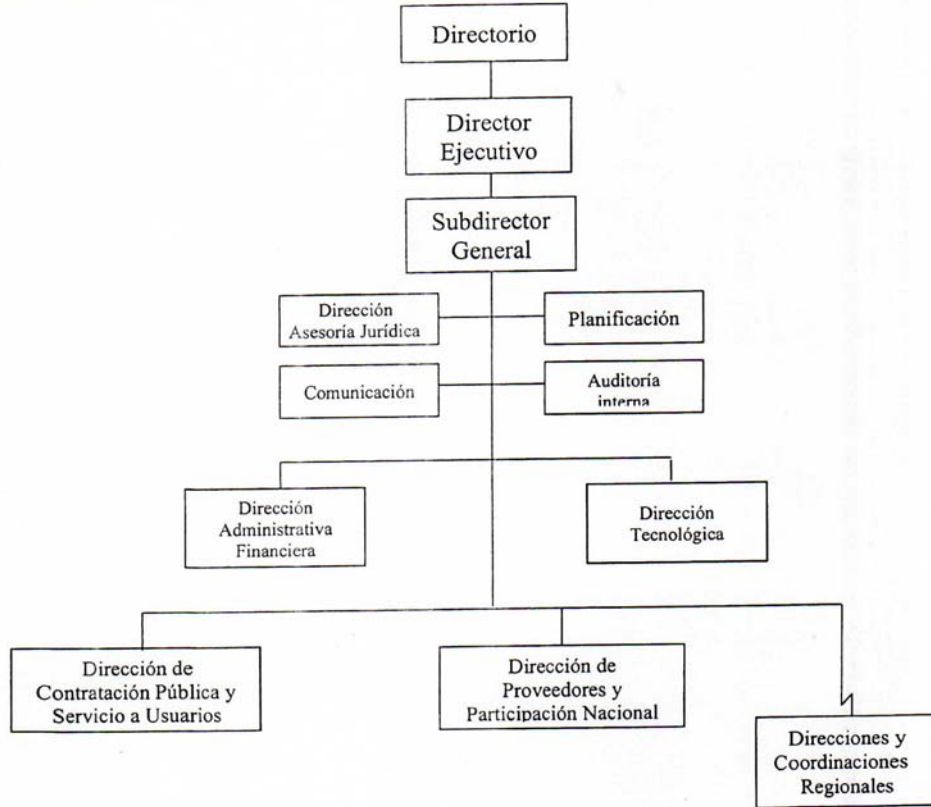
DIRECCIÓN EJECUTIVA	ROJO
SUBDIRECCIÓN EJECUTIVA	ROJO
DIRECCIÓN NACIONAL	ROJO
COORDINACIÓN GENERAL	ROJO
COORDINACIÓN ZONAL	ROJO
DIRECCIÓN	ROJO



PROCESOS HABILITANTES

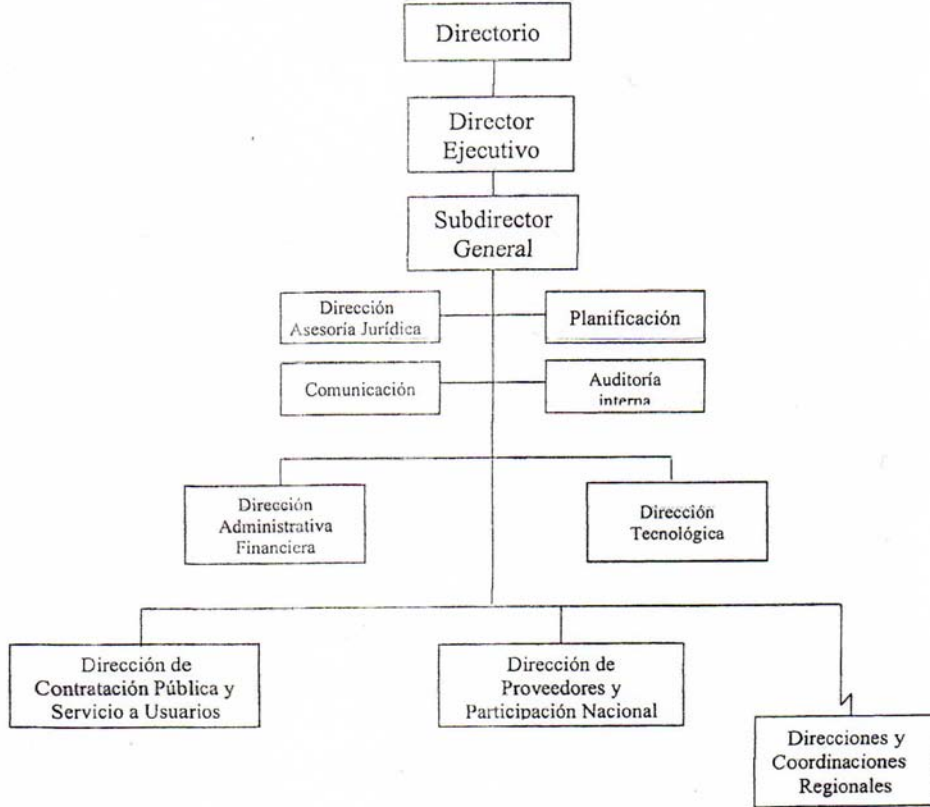
PROCESOS AGREGADORES DE VALOR

**3. ESTRUCTURA ORGANICA**



Handwritten mark resembling a stylized '0' or a signature.

3. ESTRUCTURA ORGANICA







# INSTITUTO NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

Regular y administrar el sistema de Registro y capacitación a Entidades y Proveedores

Regular y administrar los procedimientos de contratación pública

Administrar el Sistema Oficial de Contratación del Estado

Ejercer monitoreo constante de los procedimientos de contratación

Usuarios (Entidades/ proveedores)

Evaluar los resultados e impactos del SNCP

Directorio

Dirección Ejecutiva

Subdirección Ejecutiva

Dirección Nacional de Gestión de la Contratación Pública

Dirección Nacional de Innovación y Desarrollo Tecnológico

Dirección Nacional Administrativa

Dirección Nacional de Planificación

Dirección Nacional Jurídica

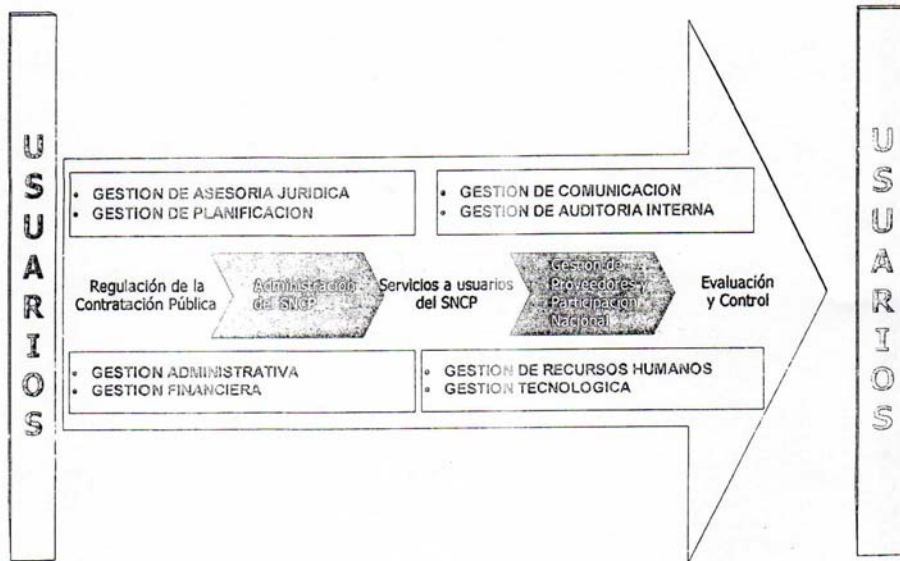
Dirección de Comunicación

Usuarios (Entidades/ proveedores)

**Artículo 8.- Representaciones gráficas de las estructuras de gestión del Instituto Nacional de Contratación Pública.-**

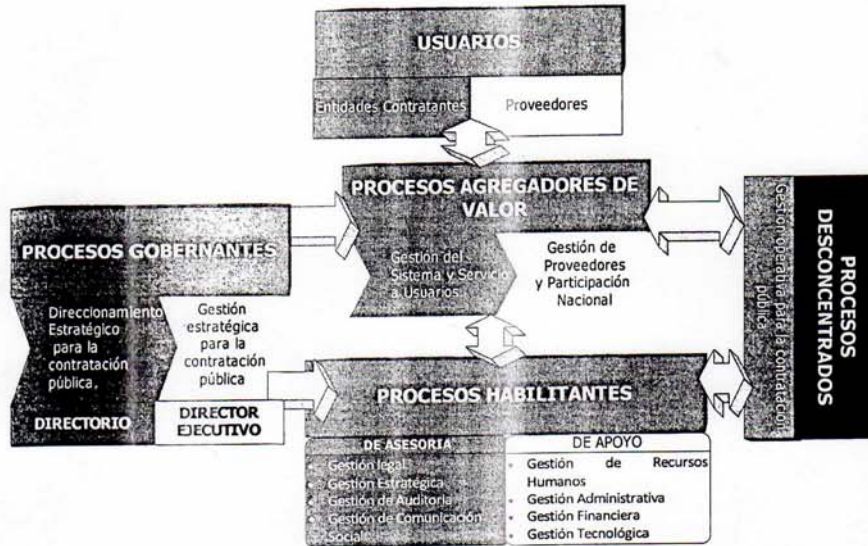
Se define las siguientes representaciones gráficas:

**1. CADENA DE VALOR**



M

2. MAPA DE PROCESOS



3

5