



FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

EL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURIDICA EN EL MARCO DE LA LEY  
ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

MILTON DAVID MORALES PALACIOS

NOVIEMBRE-2010



FACULTAD DE DERECHO

**EL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURIDICA EN EL MARCO DE LA LEY  
ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.**

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:  
José Gabriel Terán Naranjo

Autor:  
Milton David Morales Palacios

**Año  
2010**

### **DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA**

“Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con el estudiante, orientando sus conocimientos y competencias para un eficiente desarrollo del tema y tomando en cuenta la Guía de Trabajos de Titulación correspondiente”

José Gabriel Terán Naranjo  
Abogado  
C.C. 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”

Milton David Morales Palacios  
CI: 180293121-0

## **AGRADECIMIENTOS**

Agradezco a Dios y a la Madre Dolorosa por ser mis mentores celestiales.

Agradezco a toda mi familia, por su apoyo incondicional. En especial a mis padres y hermano.

De igual forma agradezco a mis amigos, mis maestros, con especial énfasis al Abogado José Gabriel Terán Naranjo y al doctor Gonzalo Muñoz por su amistad, por los conocimientos transmitidos y por la amistad y solidaridad demostrados.

## **DEDICATORIA**

La presente investigación está dedicada a mi universidad, a mis maestros quienes durante todo el transcurso de mi formación académica tanto primaria, secundaria y universitaria, supieron plasmar, en mí, valores principios y conocimientos dignos de personificar una figura plena y completa en pro de la sociedad. El agradecimiento en especial lo dedico a mis padres, a mi hermano y a quienes han hecho posible que mis ambiciosas y humildes metas se hagan realidad.

## RESUMEN

El presente trabajo de titulación está estructurado por cuatro capítulos. El primer capítulo enmarca a la contratación pública como una parte del Derecho Administrativo. Además, este capítulo estudia a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública como marco innovador normativo que regula las contrataciones que realizan las Entidades Contratantes.

El segundo capítulo analiza la importancia del principio de seguridad jurídica como pilar fundamental del Estado, su importancia dentro Sistema Nacional de Contratación Pública y su afectación tras la vigencia del Decreto Ejecutivo 1793.

El tercer capítulo estudia la incidencia de la inhabilidad creada por el Decreto Ejecutivo 1793 y la posible declaratoria de inconstitucionalidad del mismo por cuestiones de forma. El cuarto capítulo concluye la necesidad de iniciar una acción pública de inconstitucionalidad en contra del Decreto Ejecutivo 1793. Dicha necesidad se debe al detrimento de los principios de legalidad, jerarquía normativa, debido proceso de creación normativa, seguridad jurídica, entre otros establecidos en la Constitución de la República del Ecuador.

El tema propuesto es práctico: supera las barreras teóricas en concordancia con el espíritu de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Además, mediante el presente trabajo, se permite conocer a la normativa legal vigente y a los principios de Derecho Administrativo aplicables a todo procedimiento de contratación pública. Dichos principios, en conjunto, deben inspirar un ordenamiento jurídico certero, legal y ecuánime para los actores.

En conclusión, el irrespeto al principio de seguridad jurídica tras la expedición del Decreto Ejecutivo 1793 es evidente. Es, por lo tanto, indispensable defender los preceptos constitucionales y legalmente establecidos dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano. Dichos preceptos deben garantizarse a

través de normas claras que no den lugar a interpretaciones demagógicas, el respeto a los citados principios, solo se logrará, a través de los mecanismos constitucionales o acciones legales instituidas para el efecto en la normativa ecuatoriana vigente.

**EL AUTOR**



## **ABSTRACT**

The present graduation work is structured by four main chapters. The first chapter explains the importance of the Public Procurement as part of administrative laws. Also, another part of this chapter is the study of the Organic Law of the National Public Procurement System as the innovative organic law that regulates the government procurement.

The second chapter analyses the importance of the legal security as the main principle that supports the State of rights, and also the importance of this principle in the public procurement system.

The third chapter analyses the incidence of the inability created through the presidential order 1793, and the possible illegalities that this order produces in the legislative laws.

The fourth chapter concludes the need to initiate the public action of unconstitutionality against the presidential order 1793. This need is caused by the detriment of some basic constitutional principles such as legality, legal security, and hierarchy rules.

The proposed theme is practical: It overcomes the theoretical according with the spirit of the Organic Law of National Procurement System. Also, this theme provides information about the current legislation and administrative laws and principles that are applicable to all public procurement procedure. Such principles, must inspire, a complete legal and equitable state of rights.

In conclusion, the damage caused to the principle of legal security by the creation of the presidential order 1793 is evident. Therefore is essential to defend the constitutional and legal principles established in the Ecuadorian legal system.

Such principles must ensure accurate rules which do not allow demagogic interpretations, through constitutional mechanisms or legal actions instituted for such purpose.

**THE AUTHOR**

# ÍNDICE

<b>Introducción</b>	1
<b>Capítulo I</b>	
<b>1. DERECHO ADMINISTRATIVO Y LA LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA</b>	3
<b>1.1 Derecho Administrativo</b>	3
1.1.1 Origen y evolución histórica del Derecho Administrativo	3
1.1.2 Evolución histórica del Derecho Administrativo	4
a) La antigüedad clásica-Evolución del Derecho Administrativo	4
b) La edad media- Evolución del Derecho Administrativo	6
c) La edad moderna- Evolución del Estado	7
d) Edad contemporánea- Derecho Administrativo	8
1.1.3 Etimología de la acepción Derecho Administrativo	10
1.1.4 Definición de Derecho Administrativo	11
1.1.5 Características del Derecho Administrativo	12
<b>1.2 Derecho Administrativo y su relación con la contratación pública</b>	15
1.2.1 La contratación pública	15
1.2.2 Elementos de la contratación pública	16

1.2.2.1 Elementos personales	16
1.2.2.2 Elementos reales	19
1.2.2.3 Elementos formales	19
<b>1.3 Evolución normativa de la contratación pública en el Ecuador</b>	<b>20</b>
1.3.1 Cuadro comparativo entre la CLCP y la LOSNCP	21
TABLA 1-1	21
<b>1.4 Breve análisis del contenido de la LOSNCP</b>	<b>26</b>
1.4.1 De los regímenes de contrataciones	28
FIGURA 1-1	28
FIGURA 1-2	28

## Capítulo II

### 2. LA SEGURIDAD JURÍDICA

<b>2.1 Definición de la seguridad jurídica en la constitución de la República, en la Ley, en la jurisprudencia ecuatoriana y en la doctrina</b>	<b>31</b>
2.1.1 En la Constitución de la República	31
2.1.2 En la Ley	32
2.1.3 En la Jurisprudencia	33
2.1.4 En la doctrina	36
<b>2.2 Elementos de la definición de seguridad jurídica</b>	<b>38</b>

<b>2.3 Seguridad Jurídica en el marco del Sistema Nacional de Contratación Pública</b>	40
2.3.1 Principios de legalidad y legitimidad en relación a la seguridad jurídica del Estado. Presunción de legalidad	40
<b>2.4 La seguridad jurídica en la economía</b>	44
<b>2.5 La seguridad jurídica en el contrato administrativo</b>	46
<b>2.6 Inseguridad jurídica</b>	47
<b>2.7 Análisis del decreto ejecutivo 1793 y su incidencia en la seguridad jurídica</b>	49
2.7.1 Artículo primero del decreto ejecutivo 1793	49
2.7.2 Artículo segundo del decreto ejecutivo 1793	51
<b>2.8 Inseguridad jurídica producto de la vigencia del decreto ejecutivo 1793</b>	52
2.8.1 Inestabilidad normativa	52
2.8.2 Irrespeto a la jerarquía normativa	53
2.8.3 Desviación de poder	57
<b>2.9 Efectos y consecuencia en la inversión extranjera producto de la suscripción del decreto ejecutivo 1793</b>	59
2.9.1 Efectos en la economía e inversión	59
2.9.2 Efectos en las relaciones comerciales internacionales	60
2.9.3 Efectos en el ordenamiento jurídico	61

## Capítulo III

### 3. LAS INHABILIDADES Y SU EFECTO EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

	63
3.1 Definición de inhabilidad	63
3.2 Origen de la inhabilidad	65
3.3 Naturaleza jurídica de la inhabilidad en la contratación pública	67
3.3.1 La capacidad jurídica del oferente	69
3.4 Las inhabilidades y el principio de conurrencia en la contratación administrativa	70
3.5 Clasificación de las inhabilidades dentro De la LOSNCP y el RLOSNCP	73
FIGURA3-1 esquema de las Inhabilidades generales	74
FIGURA 3-2 esquemas de las Inhabilidades especiales	75
3.6Diferencias entre las inhabilidades generales y especiales en la contratación pública	76
TABLA 3-1	76
3.7 Identificación de la inhabilidad creada a través del D.E 1793, ¿es general o es especial?	78

<b>3.8 Control de la legalidad, de la inhabilidad creada a través del D.E 1793. Conflicto jerárquico normativo</b>	<b>79</b>
<b>3.9 Inconstitucionalidad del D.E 1793</b>	<b>83</b>
3.9.1 Definición de Inconstitucionalidad	83
3.9.2 Supremacía de la Constitución	83
3.9.3 Procedimiento para iniciar la acción Pública de inconstitucionalidad	85
3.9.3.1 Competencia	85
3.9.3.2 Objeto de la acción de inconstitucionalidad	86
3.9.3.3 Accionantes	86
3.9.3.4 Fundamento de la acción pública de Inconstitucionalidad	87
3.9.3.5 Efectos del control de constitucionalidad	88
<b>3.10 Interposición del recurso contencioso administrativo de anulación u objetivo como mecanismo de control jurisdiccional</b>	<b>89</b>
3.10.1 El exceso de poder	89
3.10.2 La desviación de poder como vicio del acto administrativo	91
3.10.3 definición del recurso objetivo o de anulación	92
3.10.4 Condiciones de admisibilidad y procedimiento para iniciar el recurso objetivo o de anulación	93
3.10.4.1 Competencia y plazo	94
3.10.4.2 Objeto del recurso	94

3.10.4.3 Accionantes	95
3.10.4.4 Fundamento del recurso	96
3.10.4.5 Efectos del recurso	98
<b>Capítulo IV</b>	<b>99</b>
<b>4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES</b>	
<b>4.1 Conclusiones</b>	<b>99</b>
<b>4.2 Recomendaciones</b>	<b>102</b>
<b>Bibliografía</b>	<b>104</b>
<b>Índice de abreviaturas</b>	<b>111</b>
<b>Anexos</b>	<b>112</b>

## INTRODUCCIÓN

Las exigencias sociales y las correlativas necesidades gubernamentales de satisfacerlas, han contribuido al fortalecimiento del Derecho Administrativo como herramienta y rama del Derecho Público indispensable en la vida de la administración pública y los requerimientos estatales.

Abordar esta rama del Derecho público implica analizar un sin número de actividades jurídicas de la administración, entre las cuales se encuentra la contratación pública instrumento de gestión trascendental en donde el Estado, a través de los contratos que celebra con los particulares, cumple su rol fundamental de llevar a cabo la gestión pública que los ciudadanos le han encargado.

En el Ecuador, el desarrollo de nuevos mecanismos que permitiesen mejorar las condiciones de las compras públicas fue limitado, no se incorporaban el uso de las nuevas tecnologías en tan importante actividad administrativa y se mantenían al margen las posibles innovaciones y recomendaciones para su mejoría, lo cual rezagó el desarrollo y progreso del campo contractual público con relación al resto de naciones de la región.

Afortunadamente con la publicación, en el Registro Oficial No. 395 de 4 de agosto de 2008 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, el panorama es prometedor, pues entra en vigencia en el ordenamiento jurídico ecuatoriano un nuevo marco jurídico-normativo cuyo objeto y ámbito de aplicación es regular la adquisición de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultoría, que realicen las Entidades Contratantes a través del Sistema Nacional de Contratación Pública. Posteriormente y luego de varias reformas y creaciones jurídicas se publica, en el Decreto Ejecutivo No. 1700, en el Registro Oficial No. 588 de 12 de mayo de 2009 el Reglamento General de la Ley. Su objeto principal de creación es regular la aplicabilidad de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.



Mediante Decreto Ejecutivo 1793, publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 621 del 26 de Junio de 2009, se crea una inhabilidad general la cual afecta directamente el principio de libre concurrencia de los oferentes, además afecta al principio de jerarquía normativa y de seguridad jurídica.

Este acontecimiento inusual obliga el análisis de las consecuencias, en el corto plazo, de la creación de inhabilidades a través de actos normativos, mismos que afectan a los actores del Sistema Nacional de Contratación Pública de manera directa o indirecta.

Con los antecedentes mencionados el presente trabajo de titulación busca identificar el detrimento que ha sufrido la seguridad jurídica y el Sistema Nacional de Contratación Pública ecuatoriano, producto de la vigencia del Decreto Ejecutivo 1793, demostrándose su inconstitucionalidad de forma, pues se creó una inhabilidad adicional evadiendo el procedimiento legislativo establecido en la Constitución Política de la República y afectando principios básicos de Derecho.

Busca, además, constituir a la seguridad jurídica como principio rector de la contratación pública en el Ecuador, conjuntamente con los principios establecidos en el artículo 4 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública garantizando a través de estos, transparencia y certeza para que los proveedores locales y extranjeros puedan participar libre y activamente en la contratación con el Estado.

Finalmente, se plantea la acción pública de inconstitucional y el recurso objetivo o de anulación del Decreto Ejecutivo 1793 y del Decreto Ejecutivo 144, con la finalidad de restablecer los principios constitucionales afectados y restablecer el ordenamiento jurídico.

# ***CAPÍTULO I***

## ***1. DERECHO ADMINISTRATIVO Y LA LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA***

### **1.1 Derecho Administrativo**

#### **1.1.1 Origen y evolución histórica del Derecho Administrativo**

Estudiar Derecho Administrativo es de imperativa importancia en la formación de la carrera de Jurisprudencia para todos y cada uno de los abogados y además para la formación de los ciudadanos en cada Nación. No cabe la menor duda que este ámbito del Derecho constituye una de las ramificaciones de mayor importancia al momento de entender la forma en la cual se originó, administra y evoluciona el Estado y como se relaciona con la vida de los particulares. A través del estudio de su evolución histórica, se sustenta la aparición y desarrollo de esta importante rama del Derecho Público.

Comprender los principios, origen y progreso del Derecho Administrativo, constituye una herramienta indispensable para vislumbrar la razón de su aparición, así como del actual apogeo y moderna aplicación de la que goza en la vida de la administración pública y de la administración de la “res pública” o cosa pública.

El Estado, hoy por hoy, en el ejercicio de sus funciones, cohesiona las necesidades de los particulares con las oportunidades de atenderlas en un marco indiscutible de derechos y principios plenamente establecidos de responsabilidad, eficacia, igualdad, seguridad y justicia, entre otros, para el pleno alcance de los fines de cualquier Estado.

En definitiva hablamos de la administración estatal y de los administrados gracias al dinamismo y desarrollo del Derecho Administrativo.

## **1.1.2 Evolución histórica del Derecho Administrativo**

### **1.1.2.1 La Antigüedad clásica.- Evolución del Derecho en Roma**

La antigüedad clásica se encuentra comprendida desde el siglo VIII a. c. hasta el siglo II d. c. La evolución histórica del Derecho Administrativo inicia con el desarrollo, asimilación y perfeccionamiento, por parte de los territorios adyacentes, de la cultura, lenguaje, y por ende de las instituciones del Derecho de la antigua Grecia y posteriormente del territorio e Imperio Romano, imperio que asumió un trascendental papel e influencia en todas las culturas y costumbres de las provincias conquistadas.

En palabras de algunos tratadistas en este periodo se evidenció *“la continuidad jurídico-histórica del derecho romano-hispánico”*<sup>1</sup> y es gracias a él, que el antiguo Derecho Romano, en adelante D.R, cosmopolita y de grandiosa sapiencia para su época, es la fuente de donde mana la influencia y el legado que actualmente hereda el sistema jurídico romano, aplicado actualmente en algunos sistemas jurídicos contemporáneos y en América Latina en algunos países, *“particularmente a la familia francesa, cuya influencia alcanzó nuestro sistema u ordenamiento jurídico y por ende leyes locales”*<sup>2</sup>.

La historia romana, significa, con mayor precisión, tratar las etapas de desarrollo científico, cultural y por supuesto jurídico. Es por ello que será pertinente analizar con mayor énfasis los períodos denominados: La República y del Imperio Romano.

---

<sup>1</sup> DROMI, Roberto, Derecho Administrativo, Hispania Libros, Buenos Aires. 12 ed., 2009 pág.78.

<sup>2</sup> FERNANDEZ, Pedro, Estudios de Derecho Comparado, editorial Pudeleco, Cuenca Ecuador, pág. 61.

Los periodos antes citados simbolizaron en la historia del entonces, mundo conocido, un avance significativo para la ciencia del Derecho, que posteriormente servirían para el desarrollo de las ramas del Derecho Público.

En la Etapa Imperial y en la etapa de la República, el Emperador y los Cónsules respectivamente, fueron los máximos regentes de la vida de las Ciudades-Estado. Las autoridades mencionadas a través de edictos y de constituciones decretadas, regían y regulaban la vida de los particulares en concordancia con el desenvolvimiento del Estado, es decir se regulaba la organización de los territorios del Imperio, su población y el poder que el Emperador mantenía sobre ambos elementos constitutivos.

En el período de la República, se encuentran características puntuales que denotan el desarrollo de administración pública, entre otras, mantener un sistema de administración en donde los miembros de las familias aristócratas de la época presidían el sistema de gobierno, quienes reunidos en un número de cuarenta personas, conformaban el Senado, pilar fundamental del sistema de gobierno de la República. Este órgano político decretaba normas, exigía responsabilidades y otorgaba facultades a los Cónsules para la administración de la *“res publica”*<sup>3</sup>.

Asimismo en las etapas mencionadas se estructuraron imponentes monumentos jurídicos como la Ley de las doce tablas y el *“Corpus Iuris Civilis”*, promovido por el Emperador Justiniano *“el cual representa por su propia naturaleza y por el reconocimiento expreso que los juristas del mundo entero le han hecho, la base de sustentación de los derechos pertenecientes a la gran Familia Romanista”*<sup>4</sup>.

Sin duda alguna el D.R y su desarrollo, aporta al presente estudio información indispensable para comprender al Derecho Administrativo desde sus orígenes,

---

<sup>3</sup> IGLESIAS, Juan, Derecho Romano historia e instituciones, undécima edición, editorial Ariel Barcelona septiembre de 1998, pág. 38.

<sup>4</sup> FERNANDEZ Pedro, Estudios de derecho Comparado , editorial Pudeleco Cuenca Ecuador ,pág. 63

ya que es gracias al importante legado de normas y de políticas públicas creadas en las etapas republicana e imperial que se puede evidenciar eficacia del sistema positivo de normas las cuales se ajustaron a las necesidades de la sociedad.

En conclusión es evidente que la antigüedad clásica en el D.R, constituye actualmente una importante fuente de influencia del contenido y características del Derecho Administrativo moderno, ya que durante siglos de desarrollo de las instituciones romanas y según como la historia describe, los senados y cónsules crearon los mecanismos que poco a poco sirvieron para regular la administración del Imperio y de la República, normas e instituciones de trascendental importancia que han sabido perdurar durante el paso del tiempo y han transmitido un importante legado para los Estados y gobiernos existentes en la actualidad.

#### **1.1.2.2. La Edad Media - Evolución del Derecho Administrativo**

Etapa comprendida desde el siglo XI hasta el siglo XV, el Estado, se encuentra personificado en la más fuerte y absolutista forma de gobierno: el Monarca. El poder gira en torno a la figura del rey o monarca, quien tiene la facultad divina de ejecutar las sentencias y de solicitar se cumplan las normas o dictámenes que irónicamente, el se encarga de crear.

Esta etapa histórica, atestigua al Derecho y la administración del Estado sometidos a un manejo antojadizo de los reyes y monarcas en su momento.

Debido a la creación absolutista de leyes y dictámenes, la baja edad media se destaca, en el poderío absoluto del gobernante, en donde la última instancia era la voluntad del Rey, pues no existía división de poderes, permitiendo

instaurar un antecedente a favor de los regímenes monárquicos. Dicha forma de Gobierno evolucionaria, posteriormente, al conocido Estado de Policía.

En conclusión la edad media fue, al parecer, el período con mayor importancia e influencia para el desarrollo de la ciencia del Derecho Público, ya que se constituiría en el referente y motor de desarrollo normativo para el Derecho Administrativo que se denominaría como tal en la edad moderna.

Al respecto, el doctor Juan Carlos Cassagne en su libro de Derecho Administrativo asegura que *“el análisis histórico del Derecho Administrativo, demuestra que así como el Estado del siglo XIX heredó y aplicó muchas de las típicas manifestaciones del Estado absoluto, este conservó, por su parte numerosas instituciones de los siglos anteriores”*<sup>5</sup>.

### **1.1.2.3. La edad moderna- Evolución del Estado**

El Estado de Policía afianza su vigencia durante la edad moderna en Francia desde el siglo XVIII hasta el siglo XIX, dicha forma de Estado consistía en la concentración del poder punitivo y de gobierno en la figura del príncipe. En este sentido, el tratadista Agustín Gordillo menciona:

“El acto del príncipe era como un acto de Dios, por encima del orden jurídico; su versión en el Estado constitucional fue la teoría de los “actos de imperio,” primero y de los “actos de gobierno” o “institucionales,” después. Todavía hoy existen autores que sostienen una o ambas teorías, a pesar de su obvia desubicación histórica y jurídica”<sup>6</sup>.

Como consecuencia de las premisas anteriores, numerosos tratadistas y estudiosos de la Historia del Derecho, aseguran que este lapso en el que

---

<sup>5</sup> VILLAR Palasi, José, curso de Derecho Administrativo, t.I, Madrid 1972, pág. 81, CITADO POR CASSAGNE, Juan Carlos, en el libro Derecho administrativo, Vol. 1. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 8 ed.,2006 pág. 101

<sup>6</sup> GORDILLO, Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I octava edición, Buenos Aires Argentina, Fundación de Derecho Administrativo, 2003, pág. 222.

imperó el Estado de Policía, es considerado como el punto de partida de lo que hoy se conoce como Derecho Administrativo. Así tratadistas de sistemas jurídicos germanos y franceses sostienen con relación al Estado de Policía que *“la supremacía del príncipe lo facultaba a ejercer sobre los administrados el poder necesario a fin de procurar el orden público y el bienestar general”*<sup>7</sup>.

No todos los tratadistas del Derecho concuerdan con lo anteriormente anotado, el doctor Juan Carlos Cassagne asegura que del proceso de transmisión de las instituciones del antiguo D.R hacia los sistemas jurídicos actualmente vigentes *“el Derecho Administrativo contemporáneo ha heredado un gran número de técnicas y principios provenientes del Derecho Regio, aunque no faltan algunos autores que hayan pretendido ubicar su origen en el llamado Estado de Policía”*<sup>8</sup>.

En conclusión, el poder otorgado al Príncipe, desmedido en algunas circunstancias como al momento de dictar sentencias en cualquier materia sin requerir más que su propia voluntad, supuso un poder ilimitado y descomunal el cual quedo a merced de su propia discrecionalidad, no restringida en la mayoría de los casos por norma alguna, pero que de alguna manera abriría las puertas para el origen de la rama de Derecho público tratada en este capítulo.

#### **1.1.2.4 Edad contemporánea.- Derecho Administrativo**

Basados en los precedentes acontecimientos históricos, el Derecho Administrativo tiene como antecedente de desarrollo institucional, una necesidad, que a través de los tiempos se ha enfocado en normativizar el desenvolvimiento de las instituciones públicas en vista de las necesidades de la población.

---

<sup>7</sup> MAYER, Otto, Derecho Administrativo Alemán, t. I, traducción y cita de Horacio H. Heredia, Depalma, Buenos Aires, 1949, pág. 34.

<sup>8</sup> CASSAGNE, Juan Carlos, Derecho administrativo, Vol. 1. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 8 ed., 2006 pág. 101.

Cabe resaltar que el Derecho Administrativo, en su construcción y evolución histórica desafió un sin número de acontecimientos, uno de ellos la revolución francesa, que desembocarían en el desarrollo de un “régimen administrativo” que como muchos autores señalan es el punto de partida para el Derecho Administrativo, es así que el doctor Juan Carlos Cassagne menciona:

“De todas las características que la doctrina clásica atribuía al “régimen administrativo” la que, sin lugar a dudas, determina su configuración autónoma y, por ende, la del Derecho Administrativo como derecho común de la Administración (no especial, ni excepcional), es la existencia de un sistema de prerrogativas de poder público que influyen también, correlativamente, en un aumento de las garantías del administrado, a efectos de compensar el poder público y mantener un justo equilibrio entre ambas”<sup>9</sup>.

Por otro lado, el tratadista Agustín Gordillo señala, con relación a la evolución en la edad contemporánea del Derecho Administrativo:

“En los estados desarrollados, se observa una mutación doble frente a la administración de antaño: en el siglo XIX ésta “respondía a un régimen autoritario en el orden político, liberal en el orden económico,” mientras que luego en el mundo desarrollado, en la primera mitad del siglo pasado, estos dos postulados se habían “en cierto modo, invertido”: el liberalismo se había “introducido en el orden político y la autoridad en el orden económico.” En las postrimerías del siglo XX parece advertirse una nueva evolución en el mundo, que es el resultado inmediato de un cambio en las políticas mundiales fruto entre otras cosas, a su vez, de la globalización de la economía, de las comunicaciones, de las ideas. La búsqueda de esa época es el liberalismo tanto en lo político como en lo económico, luego de haber advertido los efectos a veces indeseados e imprevistos de muchas intervenciones económicas realizadas en el pasado”<sup>10</sup>.

De las citas antes mencionadas, se puede concluir que en las distintas etapas históricas de la transformación del Estado y por ende en las formas de administración del mismo, se constata una permanente evolución en la

---

<sup>9</sup> CASSAGNE, Juan Carlos. Derecho administrativo, Vol. 1, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 8 ed., 2006 pág. 122.

<sup>10</sup> GORDILLO, Agustín , Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I octava edición, Buenos Aires Argentina, 2003, pág. 94



regulación y satisfacción de necesidades y organización del gobierno y de la administración, es así que han ido progresando nuevos modelos de gobierno que de una u otra forma han colaborado con la consolidación de un poder, representado en un inicio por una sola autoridad (monarca, príncipe) a la cual se le otorgaron poderes por sobre el resto de habitantes del territorio para que administre la cosa pública, rebasando las actuales formas de gobierno en donde se evidencia una democratización del poder en el que el gobernante lidera el régimen pero este es fiscalizado por otros poderes como el legislativo (democracia).

En fin el progreso del Derecho Administrativo, se ha visto influenciado debido a las circunstancias de cada etapa de la historia de la humanidad, desde la concentración de poder en un solo representante hasta la famosa división de poderes que aseguraría un peso y contrapeso en la administración de la cosa pública, no obstante es evidente que el Derecho Administrativo hoy en día se ha configurado en una rama del Derecho que protege y garantiza los intereses y derechos de los administrados en contraprestación de las facultades exorbitantes del Estado.

### **1.1.3 Etimología de la acepción Derecho Administrativo**

Derecho público género del Derecho Administrativo, proviene del latín “publicus” es decir lo perteneciente al “populus<sup>11</sup>”, que posteriormente sería utilizado por primera vez en la denominación de la “*res-publica*” o república Romana.

Además la etimología de la palabra administración proviene del latín “administratio” que está formado de la siguiente manera:

---

<sup>11</sup> GUZMÁN, Valdivia, Historia de la administración pública, cuarta edición, alianza editorial, Madrid-España 2007, pág. 76.

“El prefijo “ad” que significa hacia, y de “ministratio”, vocablo compuesto de: minus que significa inferioridad, o al servicio de, y de “ter” utilizado como término de comparación. Los elementos principales de su etimología son: servicio y subordinación”<sup>12</sup>.

De la concepción etimológica citada, se afirma que la administración, en un principio fue concebida como una función que se realiza bajo el mando de otra persona, a la postre la actividad de administración resulta en una obligación de servicio.

#### **1.1.4 Definición del Derecho Administrativo**

a) El doctor Serra Rojas, tratadista mexicano, lo define como:

“Una Rama del Derecho Público interno, instituido por el conjunto de instituciones y principios doctrinales y por normas que se encargan de regular las actividades del Estado, la organización, funcionamiento y control de las instituciones públicas, los servicios públicos y las relaciones con los particulares”<sup>13</sup>

b) El doctor Juan Carlos Cassagne considera que es:

“Una parte del Derecho público interno que regula la organización y las funciones de sustancia administrativa, legislativa y jurisdiccional del Órgano Ejecutor y de las entidades jurídicamente descentralizadas, las funciones administrativas de los restantes órganos que ejercen el poder del Estado (Legislativo y Judicial) y , en general, todas aquellas actividades realizadas por personas públicas o privadas a quienes el ordenamiento les atribuye potestades del poder público derogatorias o exorbitantes del Derecho Privado. Aún cuando no sean personas administrativas”<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> CALVET, Louis-Jean, Historias de palabras y etimologías europeas, editorial Alfaguara, Madrid, Gredos (1996), pág.23.

<sup>13</sup> SERRARAJAS, Andrés, tratado de Derecho Administrativo, editorial Porrúa, biblioteca jurídica, ciudad de México- México 2009, pág. 123.

<sup>14</sup> CASSAGNE, Juan Carlos, Derecho administrativo, Vol. 1, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 8 ed., 2006 pág.101

- c) El tratadista Marienhoff lo define como *“el conjunto de normas que regula las relaciones del Estado con los particulares, puede decirse que ha existido siempre, desde el nacimiento del Estado”*<sup>15</sup>.
- d) Para Zanobini, citado por Ramón Parada en su obra Derecho Administrativo Parte General, es *“aquella parte del Derecho Público que tiene por objeto la organización, los medios y la forma de la actividad de las administraciones públicas y las consiguientes relaciones entre aquellas y otros sujetos”*<sup>16</sup>

En conclusión, el Derecho Administrativo es una rama del Derecho Público que regula las diversas formas de manifestación de la voluntad del Estado y de la organización de la actividad administrativa que normaliza el funcionamiento de las entidades del sector público y permite la consecución de los fines estatales, en sus relaciones con los particulares, procurando el amparo de los derechos de los ciudadanos frente a los posibles abusos del poder.

### 1.1.5 Características del Derecho Administrativo

El doctor Roberto Dromi menciona varias características del Derecho Administrativo, siendo las más importantes las siguientes: público, autónomo y funcional.

Sin embargo, la doctrina comparada propone otras características considerables como son: en permanente formación, mutable, dinámico, referencial, subordinado, protector e interno por su ámbito de acción.

---

<sup>15</sup> MARIENHOFF Miguel S, actos de la administración pública, 4a. ed. actualizada, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993, pág. 190.

<sup>16</sup> PARADA, Ramón en su obra Derecho Administrativo Parte General, citado de la pagina web [www.tutoriasderecho.gov.ar](http://www.tutoriasderecho.gov.ar), Dr. Ibáñez Ramsés consultado el día jueves 20 de mayo de 2010 a las 22h33pm.

1. **Es Derecho autónomo:** porque es una rama autónoma del Derecho, tiene sus propios principios generales, se autoabastece; es decir es un sistema jurídico autónomo paralelo al Derecho privado.

Al respecto de esta característica, el doctor Dromi sostiene:

“En este sentido entonces, el Derecho Administrativo se ha ganado un lugar propio, “autónomo”, más allá del contacto que mantiene con las restantes ramas jurídicas y de sus propias subdivisiones. Se trata de un ordenamiento jurídico específico de dirección y control (...)”<sup>17</sup>

2. **Derecho público:** *“En tanto el derecho administrativo regula un sector de la actividad estatal y de los entes no estatales que actúan en ejercicio de la función administrativa, por autorización o delegación estatal, se lo ubica como una rama del derecho público (...)”*<sup>18</sup>
3. **Es un Derecho protector:** regula los derechos y deberes del Estado, en sus relaciones jurídicas con los particulares, sus derechos y garantías.
4. **Es un Derecho en permanente formación y adaptación:** está influenciado por el dinamismo social, por tanto se notarán cambios en su contenido normativo a medida que la sociedad cambie sus normas, costumbres y expresiones de vida.
5. **Es un Derecho referencial** y por ello común, ya que sirve de fuente subsidiaria de aplicación para otras ramas del Derecho Público como son la tributaria, ambiental, productividad, aduanero. Para el doctor Agustín Gordillo el Derecho Administrativo es común ya que:

“Es el sector de la ciencia del derecho que estudia los principios “básicos” del derecho público. Así como el derecho civil abastece los principios rectores de los derechos obligacional, familiar, registral,

---

<sup>17</sup> DROMI, Roberto, Derecho administrativo, Hispania Libros, Buenos Aires, 12 ed. 2009, pág. 266

<sup>18</sup> GORDILLO, Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I octava edición, Buenos Aires Argentina, 2003, pág. 156.

etc., el derecho administrativo suministra los principios comunes para los derechos municipal, tributario, policial, aduanero, ambiental, previsional, de aguas”<sup>19</sup>.

**6. Es un Derecho dinámico:**

“En tanto al orden normativo administrativo lo integran las normas generales de significado constitucional y legal, y también la propia generación normativa, de origen unilateral o bilateral y de efectos individuales o generales, según los casos, a través de la emisión de actos y reglamentos administrativos y de la celebración de contratos administrativos, podemos especificar al derecho administrativo como un derecho "dinámico", no sólo por la operatividad de la función o actividad administrativa, sino también por la normatividad jurídica que comprende”<sup>20</sup>.

**7. Es un derecho mutable:** debido a su constante modificación a través de las diversas formas de manifestación de la actividad administrativa, en relación con una sociedad determinada.

**8. Es un Derecho subordinado,** es decir se encuentra sometido a la Carta Magna, norma de superior jerarquía en el sistema normativo ecuatoriano.

**9. Es un Derecho interno:** *“pues el ámbito de aplicación se circunscribe al territorio nacional”*<sup>21</sup>.

**10. Es un derecho funcional y práctico:** ya que la ciencia jurídica es la combinación entre la praxis y la teoría, en donde el *“Derecho Administrativo es el régimen jurídico del obrar administrativo, con una vinculación directa entre las funciones del Estado (materiales-fines) y las del poder (formales-medios)”*<sup>22</sup>.

---

<sup>19</sup> GORDILLO, Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I octava edición, Buenos Aires Argentina, 2003, pág. 156.

<sup>20</sup> *Ibíd.*

<sup>21</sup> *Ibíd.*, pág. 157.

<sup>22</sup> DROMI, Roberto, Derecho administrativo, Hispania Libros, Buenos Aires, 12 ed. 2009, pág.267

## 1.2 Derecho Administrativo y su relación con la contratación pública

### 1.2.1 La contratación pública

El artículo 1454 del Código Civil, en adelante C.C, define contrato como “*un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas*”<sup>23</sup>.

Por otra parte hay que precisar que el componente que transforma un contrato del ámbito civil al ámbito público es la intervención, en la celebración del contrato, del Estado a través de las entidades de la administración pública o Entidades Contratantes como se las denomina en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en adelante LOSNCP.

“En el contrato administrativo, a diferencia de los contratos regidos por el derecho privado, la Administración procura la satisfacción de un interés público relevante, de realización inmediata, o directa.... -Añade el mismo autor-, el contrato administrativo responde a la idea de que los particulares colaboren con la misión que persigue la administración mediante la institución contractual que, correlativamente, le garantiza al contratista privado la intangibilidad de sus derechos económicos”<sup>24</sup>

Otra sección de la doctrina señala que debería denominársele “**contratación administrativa**” refiriéndose, por supuesto, a las contrataciones de obras, bienes y servicios, incluido los de consultoría que realiza la administración pública, en el ejercicio de sus funciones para cumplir los fines estatales.

Para que la contratación pública mantenga criterios uniformes de aplicabilidad y resultados, es necesario remitirnos a lo determinado por la Constitución de la República del Ecuador, en adelante C.R:

---

<sup>23</sup> Código Civil actualizado y codificado, Corporación de estudios y publicaciones, Suplemento del Registro Oficial No. 46, del 24 de Junio de 2005, Quito-Ecuador.

<sup>24</sup> CASSAGNE Juan Carlos, “el contrato administrativo”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999, página 15.

**“Art. 288.-** Las compras públicas cumplirán con criterios de eficiencia, transparencia, calidad, responsabilidad ambiental y social. Se priorizarán los productos y servicios nacionales, en particular los provenientes de la economía popular y solidaria, y de las micro, pequeñas y medianas unidades productivas<sup>25</sup>”.

El numeral 5 del artículo 6 de la LOSNCP, define a la contratación pública como:

“Definiciones: Contratación Pública: Se refiere a todo procedimiento concerniente a la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras públicas o prestación de servicios incluidos los de consultoría. Se entenderá que cuando el contrato implique la fabricación, manufactura o producción de bienes muebles, el procedimiento será de adquisición de bienes. Se incluyen también dentro de la contratación de bienes a los de arrendamiento mercantil con opción de compra”<sup>26</sup>.

De la definición antes citada se evidencia un fuerte nexo entre la contratación pública y el Derecho Administrativo, pues son ramas del Derecho pertenecientes al Derecho Público, en donde el Estado genera necesidades en función de sus planes anuales de contratación y de sus planes operativos, los cuales se ejecutan a través de la administración para lograr sus objetivos y fines institucionales.

Como señalamos en párrafos anteriores, esta definición se ve plenamente enlazada con las funciones que en el ejercicio de las potestades administrativas, ejercen las Entidades Contratantes, determinadas en el artículo 1 de la LOSNCP, para la contratación de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios incluidos los de consultoría.

## **1.2.2 Elementos de la contratación pública**

### **1.2.2.1 Elementos personales**

A simple vista existe un elemento que constituye premisa básica en la contratación pública, dicho elemento es la intervención del Estado o la

---

<sup>25</sup> Constitución de la República del Ecuador, publicación oficial de la asamblea constituyente 2008, publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de Octubre de 2008.

<sup>26</sup> Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 4 de Agosto de 2008, Registro Oficial #395

administración pública a través de las **Entidades Contratantes**. Este es el elemento personal de mayor trascendencia al momento de configurar un contrato como público.

Al respecto el artículo 1 de la LOSNCP señala:

“Objeto y ámbito.- Esta Ley establece el Sistema Nacional de Contratación Pública y determina los principios y normas para regular los procedimientos de contratación para la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultoría, que realicen:

1. Los Organismos y dependencias de las Funciones del Estado.
2. Los Organismos Electorales.
3. Los Organismos de Control y Regulación.
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”.<sup>27</sup>

Obviamente las citadas Entidades Contratantes, deberán ser competentes en la materia en la que se piensa contratar para convocar y celebrar posteriormente un contrato, cumpliendo de esta manera con un requisito del elemento personal indispensable en la contratación pública, es decir la competencia. Esta condición habilitante (competencia) determinará la capacidad de las Entidades Contratantes para obligarse en virtud del contrato celebrado y obviamente determinará una parte del éxito de la contratación pública.

El doctor Cassagne, sin embargo, explica que no basta con que la administración actúe en la celebración del contrato sino que es necesaria para la calificación de un contrato como administrativo, “que la jurisdicción aplicable se enfoque hacia la consecución del fin o interés público<sup>28</sup>”

Otro elemento personal en la contratación pública se refiere, a los oferentes y si se adjudica el contrato se denominarán contratistas, quienes pueden ser personas jurídicas públicas o privadas y personas naturales, conforme lo determinan los numerales 6 y 28 del artículo 6 de la LOSNCP.

“6. 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.

28. 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,

---

<sup>27</sup> Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 4 de Agosto de 2008, Registro Oficial #395

<sup>28</sup> CASSAGNE Juan Carlos, “el contrato administrativo”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999, página 16.

incluidos los de consultoría, requeridos por las Entidades Contratantes<sup>29</sup>.

Así mismo, proveedores como contratistas, deberán gozar de la capacidad determinada y deberán contar con los documentos habilitantes establecidos por la Ley para obligarse y celebrar un contrato con el Estado.

### **1.2.2.2 Elementos reales**

El elemento real, tanto en la contratación civil como en la contratación pública se refiere a la prestación, es decir a la cosa u objeto materia del contrato, por un lado, y la contraprestación, por el otro.

Para el caso en cuestión, es elemento real de toda contratación pública, lo comprendido en el artículo 1 de la LOSNCP es decir la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultoría.

### **1.2.2.3 Elementos formales**

Se refiere a los elementos que componen el procedimiento precontractual y el contractual y que lo hacen solemne o formal, permitiendo que surta efectos legales respecto de terceros.

Dichas formalidades permiten el perfeccionamiento del contrato cuando la Ley así lo dispone, en este sentido el numeral 4 del artículo 68 de la LOSNCP, menciona que *son requisitos para la celebración de los contratos, los siguientes: 4 La formalización del contrato, observando el debido proceso y los requisitos constantes en la presente Ley y su Reglamento*<sup>30</sup>.

---

<sup>29</sup> Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 4 de Agosto de 2008, Registro Oficial #395.

<sup>30</sup> *Ibíd.*

El artículo anteriormente citado se relaciona directamente con el artículo 69 de la misma Ley, que menciona los requisitos al momento de la suscripción del contrato, entre entidad contratante y adjudicatario:

“Suscripción de contratos.- Los contratos que por su naturaleza o expreso mandato de la Ley lo requieran se formalizarán en escritura pública dentro del término de quince (15) días desde la notificación de la adjudicación. Los contratos cuya cuantía sea igual o superior a la base prevista para la licitación se protocolizarán ante Notario Público. ...”<sup>31</sup>. (Los puntos suspensivos son de mi autoría)

El inciso segundo de este artículo obliga, como requisito de forma de contrataciones realizadas bajo el sistema de catálogo electrónico, a que *“las contrataciones que se realicen por el sistema de catálogo se formalizarán con la orden de compra y el acta de entrega”*<sup>32</sup>.

En conclusión el elemento formal, se refiere al mecanismo a través del cual la Ley dispone los requisitos necesarios para celebrar un contrato público para que el mismo surta efectos legales generando derechos y correlativas contraprestaciones.

Finalmente, los elementos formal, personal y real, constitutivos de la contratación pública, concurren para alcanzar la perfección en la satisfacción de las necesidades del ente contratante y el posterior beneficio a los ciudadanos.

### **1.3 Evolución normativa de la contratación pública en el Ecuador**

La Asamblea Constituyente, reunida en el Centro Cívico "Ciudad Alfaro", cantón Montecristi provincia de Manabí, el 22 de julio de 2008, aprobó la Ley

---

<sup>31</sup> Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 4 de Agosto de 2008, Registro Oficial #395.

<sup>32</sup> *Ibíd.*

Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y se publicó, en el Registro Oficial No. 395 de 04 de Agosto de 2008, con la cual se determinan nuevos procedimientos para la contratación de bienes, obras y servicios, incluidos los de consultoría que realizan las Entidades Contratantes.

La LOSNCP derogó de manera expresa la Codificación de la Ley de Contratación Pública publicada en el Registro Oficial 272 de 22 de febrero del 2001, en adelante CLCP, y a la codificación de la Ley de Consultoría publicada en el Registro Oficial 455 de 5 de noviembre del 2004. En definitiva existe “una verdadera innovación en la contratación pública debido a la necesaria unificación de la legislación en esta materia<sup>33</sup>”

El Reglamento de la LOSNCP, en adelante RLOSNCP, fue expedido con fecha 30 de abril de 2009 mediante Decreto Ejecutivo No. 1700 y publicado en el Registro Oficial No. 588 con fecha 12 de mayo de 2009.

### 1.3.1 Cuadro comparativo entre la CLCP y la LOSNCP

TABLA 1-1

<b>Parámetros diferenciadores</b>	<b>Codificación Ley de Contratación Pública</b>	<b>Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública</b>
<i>Actores de la Contratación Pública</i>	Instituciones del sector Público y contratistas (artículo 1)	Entidades Contratantes, contratistas y el Instituto Nacional de Contratación Pública INCOP (artículos 1 y 10)
<i>Objetivos de la contratación pública</i>	Estaban dispersos, eran ambiguos, algunos inclusive no realizables, no comprobables, no verificables.	El artículo 9 de la LOSNCP establece objetivos plenamente claros y concretos.

<sup>33</sup> AGUILAR, José Luis, seminario de contratación pública, tema: la contratación pública, marco jurídico, Quito-Ecuador, Septiembre 06 de 2010.

<b>Parámetros diferenciadores</b>	<b>Codificación Ley de Contratación Pública</b>	<b>Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública</b>
<i>Procedimiento de contratación</i>	Para las contrataciones de obras, bienes y servicios no existen procedimientos dinámicos.	Existen procedimientos dinámicos para cada contratación pública que requieran las Entidades Contratantes.
<i>Institución rectora de las contrataciones</i>	Cada institución pública.	El Instituto Nacional de Contratación Pública artículo 6 numeral 14
<i>La publicación de la convocatoria a una contratación</i>	Se realizaba obligatoriamente a través de un periódico (Artículo 40) de amplia circulación en el lugar donde se realice la contratación.	Se las realiza a través del portal de compras públicas <a href="http://www.compraspublicas.gov.ec">www.compraspublicas.gov.ec</a>
<i>Herramientas tecnológicas y uso de nuevas tecnologías TIC's</i>	El sistema de contratación pública era monótono, debido a que los mecanismos y herramientas tecnológicas utilizadas eran desactualizadas.	El Sistema Nacional de Contratación Pública (artículo 7), es innovador e incorpora avances tecnológicos que facilitan las contrataciones públicas, por ejemplo la subasta inversa electrónica.

<p><b>Parámetros diferenciadores</b></p>	<p><b>Codificación Ley de Contratación Pública</b></p>	<p><b>Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública</b></p>
<p><i>Base y calificación de proveedores</i></p>	<p>No existía un registro homologado de proveedores, cada institución mantiene su base de datos de proveedores y su forma de calificarlos.</p>	<p>El INCOP a través de la administración del RUP mantiene un archivo y registro único, digitalizado de proveedores y contratistas.</p>
<p><i>Eficacia y transparencia presupuestaria</i></p>	<p>Las Entidades Contratantes realizaban sus contrataciones con el presupuesto asignado al inicio del año fiscal, sin existir un registro real de gasto lo cual comprometía la calidad de uso del presupuesto general del Estado.</p>	<p>Cada entidad contratante al poseer un Plan Anual de Contratación PAC (artículo 22) garantiza la calidad de gasto ya que se planifica sus compras públicas en el año con el presupuesto correspondiente.</p>
<p><i>Organismos de control de las contrataciones públicas</i></p>	<p>Se requerían los informes, aprobando la celebración de contratos que hubieren sido adjudicados siguiendo los trámites de licitación o concurso público de ofertas, tanto de la Procuraduría General del Estado como de la Contraloría General del Estado (art. 60)</p>	<p>No intervienen ni la Procuraduría General del Estado ni tampoco la Contraloría General del Estado con informes previos que aprueben la celebración de un contrato luego de la adjudicación del mismo, lo cual no representa una pérdida en sus facultades controladoras</p>

<b>Parámetros diferenciadores</b>	<b>Codificación Ley de Contratación Pública</b>	<b>Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública</b>
<p><i>Seguimiento de los contratos firmados por Entidades Contratantes</i></p>	<p>La Entidad Contratante está en la obligación de enviar a la Procuraduría General del Estado y a la Contraloría General del Estado copias certificadas de los contratos cuya cuantía sea igual o mayor a la prevista para el concurso público de ofertas, para su registro en estas entidades (artículo 63).</p>	<p>La Procuraduría General del Estado y la Contraloría General del Estado no receptan copias de los contratos celebrados, ni están facultadas para su registro, a no ser que la entidad contratante así lo hubiere solicitado, y que solicite la intervención de estas dos entidades de control. Sin embargo, el control es posterior.</p>
<p><i>Presentación de garantía de seriedad de la oferta y fiel cumplimiento.</i></p>	<p>El Art. 67 establecía que se debía presentar una garantía de seriedad de la propuesta para asegurar la celebración del contrato. La garantía de fiel cumplimiento se debía presentar sin importar el monto a contratar.</p>	<p>En la LOSNCP se eliminó la obligación de presentar la garantía de seriedad, y en el caso de garantía de fiel cumplimiento no se la exigirá en contratos cuya cuantía sea menor a multiplicar el coeficiente 0.000003 por el Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico.</p>

<p><b>Parámetros diferenciadores</b></p>	<p><b>Codificación Ley de Contratación Pública</b></p>	<p><b>Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública</b></p>
<p><i>Herramientas electrónicas que permitan la fiscalización y transparencia de contrataciones</i></p>	<p>No existe un sistema informático en donde oferentes y Entidades Contratantes interactúen, para la contratación de bienes obras o servicios, incluidos los de consultoría que permitan fiscalizar a los actores el avance de la contratación.</p>	<p>El artículo 6 numeral 25 define al portal de Compras públicas (<a href="http://www.compraspublicas.gov.ec">www.compraspublicas.gov.ec</a>) como el Sistema Informático oficial y obligatorio uso de contratación pública del Estado ecuatoriano, al cual los ciudadanos pueden acceder a fin de conocer los contratos suscritos por las Entidades Contratantes.</p>
<p><i>Contratación de Consultoría</i></p>	<p>Existía una Ley de consultoría autónoma la cual se encargaba de regular la contratación de las mismas. Es decir existía una ley de consultoría no unificada a la CLCP.</p>	<p>La LOSNCP unifica el objeto de las contrataciones públicas en el artículo 1, considerando a las consultorías que pueden ser en las siguientes modalidades: contratación directa, concurso público y lista corta.</p>
<p><i>Contratación de Bienes y servicios</i></p>	<p>Se establece un sistema generalizado de contratación, bajo las modalidades de licitación y concurso público de ofertas sin diferenciar entre bienes normalizados y no normalizados.</p>	<p>Se diferencia entre la adquisición de Bienes Normalizados: a través de la Compra por catálogo y Subasta Inversa Electrónica, y bienes no normalizados: de acuerdo al monto, menor cuantía, cotización y licitación. Artículo 6</p>



Parámetros diferenciadores	Codificación Ley de Contratación Pública	Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública
<i>Contratación de Obras</i>	Se establece un sistema generalizado de contratación licitación y concurso público de ofertas.	Se realiza la contratación de este tipo por medio de: menor cuantía, cotización y licitación contratación integral por precio fijo.
<i>Preferencia de la producción nacional</i>	No se considera prioridad la contratación de los bienes obras y servicios de proveedores locales, tampoco se tomaba en cuenta la calidad del oferente es decir si era micro, pequeño, mediano o gran productor. No existen criterios definidos respecto a la participación inclusiva de los micros y pequeños productores	En el texto integro de la Ley se prioriza la oferta nacional de bienes obras y servicios, estableciendo parámetros inclusivos para pequeños y medianos productores de la localidad. Se elimina y regula la competencia desleal y el monopolio. Artículo 6 numeral 21 al 24 y artículo 25 de la LOSNCP. <sup>34</sup>

#### 1.4 Breve análisis del contenido de la LOSNCP

La LOSNCP se encuentra comprendida por 105 artículos, seis disposiciones generales y once disposiciones transitorias.

El **Título I** denominado “Generalidades”, contiene las bases o cimientos que sostienen la estructura e institucionalidad de la LOSNCP. Además permite conocer el ámbito de aplicación y el objeto de la LOSNCP, así como sus principios rectores.

El **Título II**, contiene criterios innovadores respecto al denominado “Sistema Nacional de Contratación Pública”, en adelante SNCP. La creación legislativa

---

Fuente tabla 1-1: Autor Milton David Morales Palacios

del SNCP da como resultado en un revolucionario sistema, a través del cual se aplicarán nuevas herramientas de tipo electrónico y nuevos procedimientos contractuales que en conjunto ofrecen a los usuarios y actores del sistema un espacio innovador y transparente, dejando a un lado las antiguas prácticas de contratación administrativa en donde los procesos se instrumentaban por medio del papel y de los medios de comunicación comunes.

El Art. 7 de la LOSNCP, define al SNCP de la siguiente manera:

“Sistema nacional de contratación pública SNCP.- El Sistema Nacional de Contratación Pública (SNCP) es el conjunto de principios, normas, procedimientos, mecanismos y relaciones organizadas orientadas al planeamiento, programación, presupuestos, control, administración y ejecución de las contrataciones realizadas por las Entidades Contratantes. Forman parte del SNCP las entidades sujetas al ámbito de esta Ley”<sup>35</sup>.

El **Título III** denominado “De los Procedimientos” dispone los procedimientos, previamente establecidos que deben aplicar las Entidades Contratantes de acuerdo al tipo de contratación, en unos casos, y al monto o presupuesto a invertir, en otros. Además contiene, las normas comunes a todos los procedimientos de contratación pública.

El **Título IV** denominado “De los Contratos” establece los lineamientos básicos que debe contener todo contrato después de haber sido adjudicado por parte de la máxima autoridad o su delegado, así como las capacidades, inhabilidades o nulidades en las contrataciones y en las que pudieren incurrir los actores del SNCP.

Finalmente el **Título V**, denominado “De las reclamaciones y controversias” establece los procedimientos para tramitar y solucionar reclamaciones y posibles controversias entre la Entidad Contratante y el contratista en el transcurso de la ejecución contractual.

---

<sup>35</sup> Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 4 de Agosto de 2008, Registro Oficial #395.

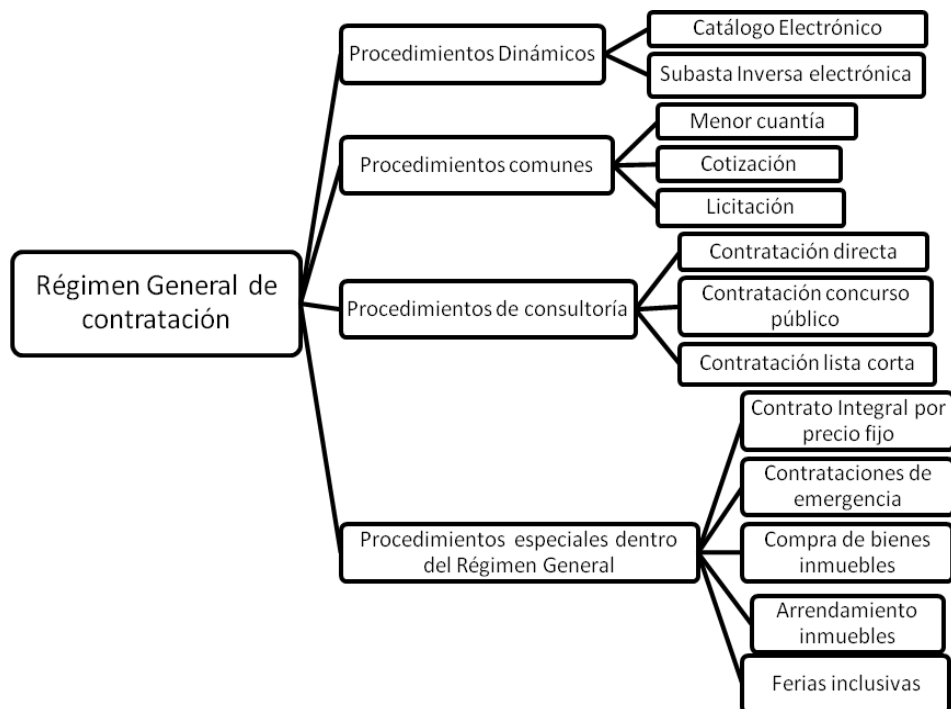
### 1.4.1 De los regímenes de contrataciones

Debido a la complejidad del SNCP, resulta práctico realizar un análisis esquematizado que permita comprender y aprehender de mejor manera, las modalidades de contratación pública denominados, en la actual Ley, los regímenes general y especial de contrataciones.

**a) Régimen General de Contrataciones:** Consiste en procedimientos de aplicación generalmente obligatoria para todas las Entidades Contratantes, excepto si el procedimiento es de régimen especial. Dichos procedimientos comprenden:

- 1) Procedimientos Dinámicos, artículos del 43 al 47.
- 2) Procedimientos Comunes, artículos del 48 al 52.
- 3) Procedimientos de Consultoría, artículos del 37 al 42.
- 4) Procedimientos especiales dentro del Régimen General, artículos del 53 al 59.

FIGURA 1-1 ESQUEMA DEL RÉGIMEN GENERAL DE CONTRATACIONES



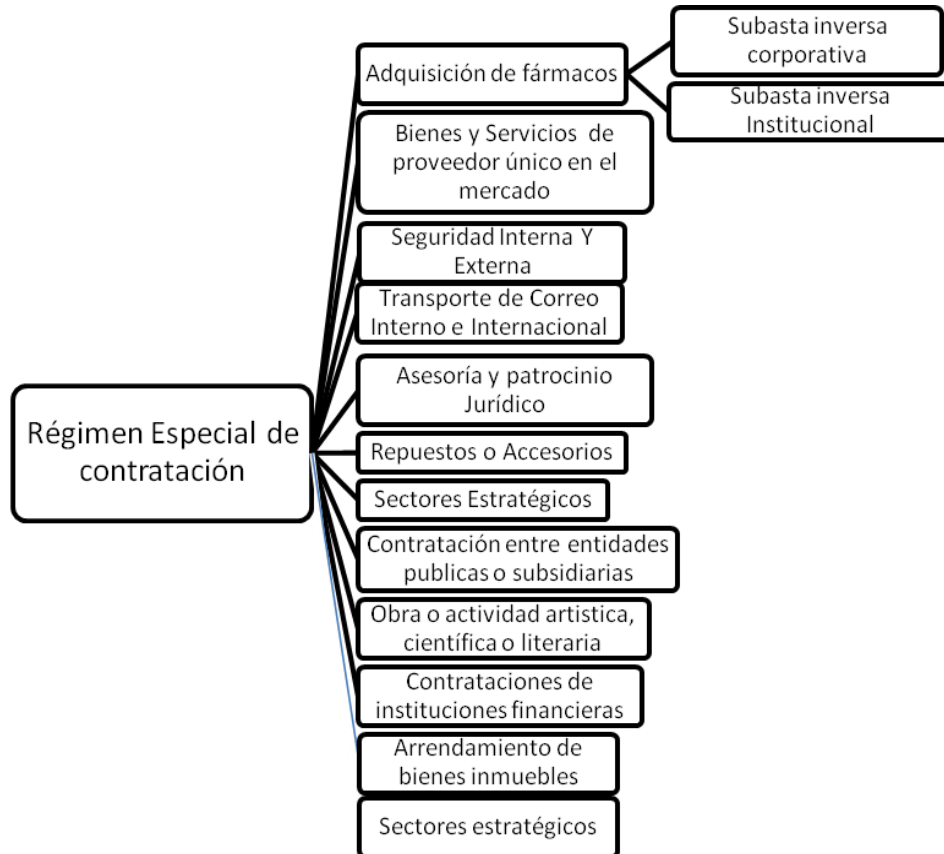
El Régimen General de Contrataciones se encuentra plenamente determinado por los procedimientos que la componen, los mismos que se encuentran apropiadamente regulados por la LOSNCP y el RLOSNCP, de manera que se pueda aplicar en razón de la necesidad para la que fue creada.

Por ejemplo los procedimientos dinámicos, como su nombre lo indica, buscan dinamizar el SNCP a través de la aplicación de las nuevas tecnologías en pro de la contratación pública. Tecnologías como internet, utilización del portal de compras públicas, sistemas de compras electrónicas por catálogo, medios de notificación electrónicos, firma de contratos a través de la firma electrónica, carga de documentos (pliegos) de fácil acceso, digitalización de la información y bases de datos en archivos electrónicos, son algunas de las ventajas ganadas a través de la implementación de la LOSNCP.

Cabe destacar que los mismos son de aplicación obligatoria para todas las Entidades Contratantes. De esta manera si la entidad contratante “Y” necesita adquirir vehículos por la suma de 1'000.000, la entidad “Y” antes de optar por los procedimientos comunes de contratación pública (licitación, menor cuantía y cotización), deberá aplicar los procedimientos dinámicos que para el efecto la LOSNCP y el RLOSNCP han determinado, es decir, en su orden, el procedimiento de catálogo electrónico y de subasta inversa electrónica, conforme lo establece el inciso final del artículo 42 del RLOSNCP.

- b) Régimen Especial de contrataciones:** Se someterán a este régimen, ciertos procedimientos que se instrumentarán a través de la normativa específica que para el efecto dicte el Presidente de la República en el RLOSNCP.

FIGURA 1-2 ESQUEMA DE LOS PROCEDIMIENTOS APLICABLES EN EL RÉGIMEN ESPECIAL



El Régimen Especial de Contrataciones, por otra parte, tiene un tratamiento totalmente diferente en cuanto al objeto de contratación, según lo determina la misma LOSNCP. Si bien es cierto, comparte aspectos y características similares (en momentos contractuales y precontractuales) con el régimen general, como por ejemplo la obligatoriedad de publicar a través del portal de compras públicas el inicio del proceso y la invitación a los oferentes, el objeto del contrato es totalmente diferente y por ello se le otorga un “régimen especial”, heterogéneo y exclusivo (en cuanto a normativa) de manera tal que se asegure el éxito de la compra pública.

## **CAPÍTULO II**

### **2. SEGURIDAD JURIDICA**

#### **2.1 Definición de seguridad jurídica en la Constitución de la República, en la Ley, en la jurisprudencia ecuatoriana y en la doctrina.**

##### **2.1.1 En la Constitución de la República del Ecuador**

El objetivo del presente capítulo es definir a la seguridad jurídica, concepto que en algunas legislaciones y por denotados juristas no ha podido ser plenamente determinado, pues, es una idea que en el subjetivismo jurídico mantiene bases concretas, pero que en la norma escrita se conserva como un principio general de Derecho.

Al respecto la C.R en el artículo 82, establece que *“El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”*<sup>38</sup>.

El artículo citado de la C.R, establece un determinado orden jerárquico de respeto normativo y de seguridad normativa, alrededor del cual se desenvuelve

---

<sup>38</sup> Constitución de la República del Ecuador, publicación oficial de la asamblea constituyente 2008, publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de Octubre de 2008.

un sistema jurídico de normas claras, precisas y creadas por las autoridades competentes. Todos los ciudadanos y ciudadanas están conminados a respetar lo establecido en el orden normativo.

El artículo 82 de la C.R, establece además un modelo constante a seguir para que los funcionarios del sector público, magistrados, jueces administradores de justicia, quienes, al resolver en sentencia un caso o a través de sus facultades administrativas emitan una resolución, se remitan imperativamente a lo establecido por la C.R y las leyes

Lo mencionado se extiende a todos los funcionarios, incluido el Presidente de la República conforme lo dispone el artículo 147 de la C.R:

“Son atribuciones y deberes de la Presidenta o Presidente de la República, además de los que determine la ley: 1. Cumplir y hacer cumplir la Constitución, las leyes, los tratados internacionales y las demás normas jurídicas dentro del ámbito de su competencia<sup>39</sup>.”

Se puede concluir, que el Presidente de la República es el primer ciudadano llamado a cumplir lo determinado en la Constitución, y como representante de la función ejecutiva está destinado a velar por Su cumplimiento.

### **2.1.2 En la Ley**

El artículo 7 del C.C., con respecto a los efectos de la norma jurídica y en concordancia con los elementos de seguridad jurídica señalados en la definición del artículo 82 de la C.R, determina que: **“La ley no dispone sino para lo venidero: no tiene efecto retroactivo; y en conflicto de una ley**

---

<sup>39</sup> Constitución de la República del Ecuador, publicación oficial de la asamblea constituyente 2008, publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de Octubre de 2008.

**posterior con otra anterior, se observarán las reglas siguientes (...)**<sup>40</sup>” (Las negrillas y los puntos suspensivos son de mi autoría)

La norma jurídica citada busca que, dentro de un determinado territorio y en un sistema jurídico, las personas naturales y jurídicas tanto nacionales como extranjeras tengan un panorama claro, oportuno y uniforme respecto a la aplicación de la normativa que, por regla general, regula la totalidad de las actividades que desarrollan.

Además, el artículo 13 del C.C., establece una regla fundamental para ofrecer seguridad jurídica a todos los habitantes con respecto al sistema jurídico que los regula: *“La ley obliga a todos los habitantes de la República, con inclusión de los extranjeros; y su ignorancia no excusa a persona alguna*<sup>41</sup>”. El objetivo de esta norma, es garantizar estabilidad y orden social en un territorio determinado, ya que ninguna persona puede aducir desconocimiento de la mismas, y de esa manera deslindarse de haber cometido una infracción o delito.

En conclusión, la Ley es explícita y determina la importancia de la seguridad jurídica, enfocándose principalmente en los efectos que produce la norma en el tiempo estableciendo, claramente, su alcance y dinamismo, en definitiva garantizando estabilidad normativa.

### **2.1.3 En la Jurisprudencia**

La Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la ex Corte Suprema de Justicia, en adelante C.S.J, ahora denominada Corte Nacional de Justicia, en adelante C.N.J en un análisis de profuso contenido jurídico, enuncia una aproximación a la definición de seguridad jurídica:

---

<sup>40</sup> Código Civil, actualizado y codificado, corporación de estudios y publicaciones, Suplemento del Registro Oficial No. 46, del 24 de Junio de 2005, Quito-Ecuador.

<sup>41</sup> *Ibíd.* artículo 13.



“QUINTO.- Sobre la **garantía constitucional de la seguridad jurídica**, esta Sala ya expresó en los fallos citados que comparte el criterio expresado por Alberto Wray en el sentido de que el **concepto de la seguridad jurídica alude al conjunto de condiciones necesarias para anticipar las consecuencias jurídicas de la conducta personal y de la de terceros; que propuesto como principio constitucional, significa que el orden jurídico proscribiera cualquier práctica en el ejercicio del poder que conduzca a la incertidumbre, es decir, a la imposibilidad de anticipar o predecir las consecuencias jurídicas de la conducta; que no se trata de una regla susceptible de invocarse para valorar los actos de poder creadores de normas particulares, si son el resultado de facultades regladas.** En efecto, si tales actos se apartan de lo ya establecido en la ley, habrá un problema de legalidad del acto en sí, sin que pueda decirse que está en juego la garantía constitucional de la seguridad jurídica, porque el conjunto de condiciones que la configuran no ha sido alterado. Distinto es el caso de los actos creadores de normas generales: las leyes, las ordenanzas, los reglamentos, pueden atentar directamente contra la seguridad jurídica en cuanto establezcan reglas de alcance general de cuya aplicación se genere la incertidumbre jurídica, lo que ocurre, por ejemplo, con las leyes retroactivas; de la existencia de normas que atenten directamente contra la seguridad jurídica y que nace la vinculación entre el debido proceso y la garantía constitucional a la seguridad jurídica, ya que esta última no es sino una regla del debido proceso aplicable al ejercicio del poder normativo. De lo anterior se concluye que el juez, si llega a establecer que una determinada norma viola directamente la garantía básica de la seguridad jurídica, está en el deber de así declararlo y dejar de aplicarla al tenor de lo que dispone el artículo 274 de la Constitución Política de la República. Por lo tanto, si dentro del proceso una de las partes estima que el tribunal de última instancia ha aplicado indebidamente una determinada disposición legal que viola en forma directa el derecho fundamental a la seguridad jurídica y que, por lo tanto, dejó de cumplir con su deber de declararla inaplicable por ser contraria al ordenamiento constitucional, podrá acudir en casación acusando el vicio, pero habrá de determinar con toda exactitud, claridad y precisión cuál es la norma inconstitucional y porque lo considera tal. La seguridad jurídica no es sinónimo de inmovilismo; el derecho tiene una dinámica acorde con la evolución de las sociedades y debe permanentemente ajustarse a las necesidades de esta.”<sup>42</sup> (Las negrillas y lo subrayado son de mi autoría)

---

<sup>42</sup> Drs. ALBÁN GÓMEZ Ernesto; ANDRADE UBIDIA Santiago; GALARZA PAZ Galo...CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. PRIMERA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL, Gaceta Judicial. Año CIV. Serie XVII. Publicación No. 11. Página 3428 Quito, 11 de julio de 2002)

Examinado el fallo de la C.S.J, se evidencian algunos aspectos y características particulares que conforman el concepto de seguridad jurídica, las cuales se analizan a continuación:

- 1) En la presente sentencia, seguridad jurídica, **se traduce en una garantía constitucional**. Por lo tanto seguridad jurídica en un mismo sentido, puede significar: estabilidad normativa, garantía constitucional, derecho adquirido, principio jurídico o *“conjunto de condiciones necesarias para anticipar las consecuencias jurídicas de la conducta personal y de la de terceros”*<sup>43</sup>.
- 2) Se establece que la Ley debe regir para lo venidero, es decir, la Ley debe ser irretroactiva. Esta característica implica certidumbre y por lo tanto seguridad en la aplicación de la normativa escrita desde el momento de su creación hacia el futuro, conforme los estamentos legalmente preestablecidos.
- 3) La seguridad jurídica es un Derecho el cual debe ser garantizado, si esto no sucede los jueces tienen el deber, a través de la administración de justicia, de cumplir y hacer cumplir lo determinado por las normas, es por ello que se pueden iniciar procesos legales como el de inconstitucionalidad o procesos de lesividad, entre otros, en los cuales el juez analizará si la norma impugnada cumple o no con los requisitos constitucionales básicos de aplicabilidad.
- 4) Dejar de lado el principio de seguridad jurídica equivaldría a la arbitrariedad y discrecionalidad desproporcionada de los órganos de control estatal, de las entidades encargadas de administrar justicia e inclusive de los ciudadanos de una nación, por ello la seguridad jurídica

---

<sup>43</sup> Extracto Recurso de Casación C.S.J, Gaceta Judicial. Año CIV. Serie XVII. Publicación No. 11., Quito 11 de julio de 2002, Página 3428.

es elemento fundamental y principio inexorable de todo Estado de Derecho.

- 5) Se reconoce el valor de la seguridad jurídica, en la necesidad de dinamizar y no obstaculizar la creación de nuevas normas y propiciar la evolución del sistema jurídico, pues si el juez detecta una irregularidad en la aplicación de la norma, esta debe ser reformada y adecuada a las necesidades de la sociedad.

#### 2.1.4 Definición de seguridad jurídica en la doctrina

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española señala que es *“la cualidad del ordenamiento jurídico, que implica la certeza de sus normas y, consiguientemente, la previsibilidad de su aplicación. En varias legislaciones la seguridad jurídica es un principio constitucional”*<sup>44</sup>.

El doctor Rodrigo Borja Cevallos, establece que:

“Es la **certidumbre** que las personas tienen sobre los alcances y límites de la autoridad pública. La seguridad jurídica **es un valor** propio del Estado de Derecho, es decir, del Estado cuya misión fundamental es asegurar la realización del Derecho en la sociedad. Esta forma de organización estatal ofrece a las personas la garantía de que el aparato coercitivo del Estado será siempre utilizado en la forma y condiciones fijadas **previamente** por las leyes<sup>45</sup>” (Las negrillas son de mi autoría)

---

<sup>44</sup> Diccionario de la Real Academia Española de la lengua vigésima tercera edición oficial, <http://www.rae.es/rae.html>, consultado el día martes 17 de noviembre de 2009.

<sup>45</sup> BORJA, Rodrigo, Enciclopedia de la Política, Fondo de Cultura Económica México D.F. 1997, México D.F. primera edición, páginas 862 y 863.

El doctor Fabián Corral señala:

“Es uno de los principios más enunciados pero menos comprendidos y aplicados. Más aún, constituye una genuina aspiración de la sociedad. La existencia de reglas de juego sólidas, justas y bien hechas asegura la previsibilidad respecto de los actos de las autoridades y de los jueces. La responsabilidad legal del Estado y sus funcionarios y la posibilidad de demandar daños y perjuicios por sus acciones y omisiones, garantizan el apego a la Ley, la seguridad jurídica tiene que ver con la irretroactividad de las leyes, con el principio de legalidad en la actuación de la administración pública, con la atribución de competencia a los jueces, etc. La seguridad jurídica es la condición esencial del Estado de Derecho; lo que significa que sin previsibilidad y certeza respecto de las conductas del Estado y de la aplicación de las normas, no es posible la vida civilizada. La seguridad jurídica es el alma del ordenamiento jurídico, lo que lo explica y legitima”<sup>46</sup>.

El doctrinario Atilio Aníbal Alterini cita a Torres Kirmser, respecto a la definición de seguridad jurídica: “demuestra la certeza y la permanencia de las situaciones jurídicas, vale decir, de las que están regladas por el sistema del Derecho”<sup>47</sup>.

Para el doctor Rodrigo Muñoz Serafín, seguridad jurídica es: “*Uno de los bienes más preciados que el Estado garantiza.*”<sup>48</sup>.

En este sentido el Estado, como ente rector de las relaciones en sociedad, no sólo establece los lineamientos y normas a seguir, sino que en un sentido amplio tiene la obligación de establecer seguridad jurídica al ejercer su poder de gobierno.

---

<sup>46</sup> CORRAL, Fabián, editorial sección política diario El Comercio, publicado el viernes, 01 de febrero de 2008, página A-4.

<sup>47</sup> TORRES KIRMSEER, José Raúl, Presidente de la Excelentísima Corte Suprema de Justicia, publicación trimestral tema: seguridad jurídica y estado de derecho XIV, Cumbre Judicial Iberoamericana, Primera Reunión Preparatoria Isla Margarita Venezuela 8 al 10 de noviembre, editado en Paraguay 2006

<sup>48</sup> MUÑOZ SERAFÍN, Rodrigo, Comentarios a las facultades conferidas a la Procuraduría Federal del Contribuyente, Ponencia, Durango, Dgo., 2004.

Después del análisis constitucional, legal, jurisprudencial y doctrinario se puede concluir que seguridad jurídica es el “valor protagonista<sup>49</sup>” que alcanza certidumbre y dinamismo razonable y necesario, de las normas constitucionales, tratados internacionales, leyes, reglamentos, actos normativos, ordenanzas, resoluciones y demás normas dentro del sistema jurídico aplicado en el Estado, normativa en base a la cual se garantiza razonabilidad, estabilidad, previsibilidad y legalidad de los actos y actuaciones tanto de la administración como de los administrados.

## 2.2 Elementos de la definición de seguridad jurídica

El doctor Roberto Dromi en su obra Seguridad Jurídica y Derecho Administrativo, señala que “*para lograr seguridad jurídica moderna o social y la solidaridad social, a los principios clásicos de certeza, publicidad y estabilidad debemos sumarles: razonabilidad, igualdad...*”<sup>50</sup>(Los puntos suspensivos son de mi autoría)

Además de los elementos mencionados anteriormente, el artículo 82 de la C.R, establece otros elementos indispensables para la **existencia de seguridad jurídica**, entre otros: normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por autoridad competente.

A continuación se explican cada uno de los elementos de la definición de seguridad jurídica:

1. **Certeza:** “La seguridad primero es certeza, derecho cierto, conocido, no ignorado, publicado, no secreto, verdadero, no derecho falso”<sup>51</sup>.

---

<sup>49</sup> PAREJO Luciano, DROMI Roberto, Seguridad Jurídica y Derecho Administrativo, Marcial Pons ediciones jurídicas y sociales S.A, Buenos Aires Madrid 2001 editorial ciudad Argentina, página 9

<sup>50</sup> *Ibíd*, página 217.

<sup>51</sup> *Ibíd.*, página 220.

**2. Estabilidad:** Es decir que las normas jurídicas creadas por la legislatura, mantengan un tiempo mínimo de vigencia dentro del ordenamiento jurídico, o se conciban para un periodo más o menos duradero dentro del sistema jurídico.

**3. Publicidad y legalidad:** Para asegurar que el Derecho sea conocido y cognoscible y la legalidad inquebrantable e inexorable, como reaseguro contra el arbitrio absolutista o tiránico, se incorpora el formalismo de la “promulgación de las leyes” el cual es un ingrediente indispensable que garantiza la seguridad jurídica.

“La publicidad y la legalidad le dan al Derecho la certeza ordenadora, como garantía de su plena exigibilidad”<sup>52</sup>.

Publicidad va de la mano con la legalidad, pues una vez que la Ley es promulgada es de imperativo cumplimiento para todos y su ignorancia no excusa a persona alguna.

**4. Razonabilidad:** Es decir “*para acotar la seguridad, la prudencia, la proporción (...) en suma la no arbitrariedad*”<sup>53</sup> del ordenamiento jurídico.

**5. Previsibilidad:** la Ley escrita debe ser irretroactiva, que su validez y aplicabilidad prevalezcan desde que fue creada, en adelante o hasta su derogación. La ley rige para lo venidero.

---

<sup>52</sup> PAREJO Luciano, DROMI Roberto, Seguridad Jurídica y Derecho Administrativo, Marcial Pons ediciones jurídicas y sociales S.A, Buenos Aires Madrid 2001 editorial ciudad Argentina, página 218.

<sup>53</sup> *Ibíd.*

## 2.3 Seguridad jurídica en el marco del Sistema Nacional de Contratación Pública (SNCP)

La LOSNCP, como norma rectora de la adquisición de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultoría, no señala expresamente a la seguridad jurídica dentro de los principios rectores del SNCP: “Art. 4.- Principios.- Para la aplicación de esta Ley y de los contratos que de ella deriven, se observarán los principios de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad; y, participación nacional<sup>54</sup>”.

### 2.3.1 Principios de legalidad y legitimidad en relación a la seguridad jurídica del Estado. Presunción de legalidad.

El principio de legalidad es la “**presunción de que todo acto, contrato o resolución administrativa es legal en su forma y contenido**<sup>55</sup>”. (Las negrillas son de mi autoría)

Se ha dicho, además, que el principio de legalidad le impone a la administración pública una especie de regla psicológica: “**la obligación de tener en cuenta, en su acción, el interés público**”<sup>56</sup>. (Las negrillas son de mi autoría)

El principio de legalidad garantiza un ambiente de estabilidad en los actos de la administración de manera que “*el desconocimiento u olvido de este deber*

---

<sup>54</sup> Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 4 de Agosto de 2008, Registro Oficial #395.

<sup>55</sup> GONZÁLEZ Paúl Carrión, universidad técnica particular de Loja, texto guía maestría de derecho administrativo, introducción al derecho, editorial de la universidad técnica particular de Loja, mayo, 2010, Loja – Ecuador, primera edición, pagina 132.

<sup>56</sup> CORRAL, Fabián, editorial sección política diario El Comercio, publicado el viernes, 01 de febrero de 2008, página A-4.

*puede viciar el respectivo acto, incurriéndose, por ejemplo, en "desviación de poder, que es una de las formas en que se concreta la "ilegitimidad"<sup>57</sup>".*

“Por lo tanto, el ámbito de vigencia del principio de la legalidad de la actividad administrativa, supone: 1.-La sumisión de los actos administrativos concretos a las disposiciones vigentes de carácter general; 2.- La sumisión de los órganos que dictan disposiciones generales, al ordenamiento jerárquico de las fuentes escritas del Derecho. Debido a esta última afirmación se concluye: a) Las disposiciones y resoluciones administrativas no podrán infringir lo dispuesto en leyes dictadas por el Poder Legislativo; b) Las disposiciones y resoluciones administrativas no podrán vulnerar los preceptos contenidos en disposiciones dictadas por autoridad de superior jerarquía<sup>58</sup>”.

Es importante destacar que en ningún momento, ni por razones de excepción, por ejemplo en un estado de emergencia, el principio de legalidad deja de ser aplicable. Al respecto la legislación comparada, dice:

“Ciertamente, el principio de legalidad a que debe atenerse la Administración no excluye la posibilidad de que, en circunstancias **"excepcionales"**, dicho principio sea soslayado y se adopten válidamente resoluciones contra legem; verbigracia, reglamentos de necesidad y urgencia. Pero esto es verdaderamente "excepcional" y **requiere la concurrencia de circunstancias especialísimas**<sup>59</sup>. (Las negrillas son de mi autoría)

En conclusión se puede establecer que legalidad es el:

---

<sup>57</sup> CORRAL, Fabián, editorial sección política diario El Comercio, publicado el viernes, 01 de febrero de 2008, página A-4.

<sup>58</sup> OYANGUREN, Armando Rizo, Manual de Derecho administrativo, editorial de la facultad de ciencias sociales de la UNAN, León ,1992 página 220.

<sup>59</sup> 8.20 CSJN, *Cía. Azucarera Tucumana, S.A. c. Gobierno Nacional, JA*, 1989-IV-429. Este principio puede también servir para descalificar, en algunos casos, las conductas que vulneran la doctrina de los actos propios en cuanto desconocimiento de precedentes administrativos válidos; aunque la igualdad ante la ley no ha sido interpretada con el alcance de que debe darse a todos lo reconocido a unos o algunos. (BIANCHI, *Una meditación acerca de la función institucional de la Corte Suprema, op. cit.*, § 8, con cita de PADILLA, *Lecciones sobre derechos Humanos y Garantías*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993, pp. 192-195.)



“Principio general del Derecho que supone **el sometimiento pleno de la Administración a la Ley y al Derecho**, la sujeción de la Administración al bloque normativo.

El principio de legalidad implica, en primer lugar, la supremacía de la Constitución y de la ley como expresión de la voluntad general, frente a todos los poderes públicos. Además, el principio de legalidad implica la sujeción de la Administración a sus propias normas, los reglamentos”<sup>60</sup> (Las negrillas y el subrayado son de mi autoría)

Si bien todo acto administrativo, goza de presunción de legalidad o como en jurisprudencia comparada se menciona “presunción de legitimidad”, cabe puntualizar el verdadero sentido del principio de legalidad.

Por una parte el principio de legalidad supone el respeto irrestricto del funcionario público y por lo tanto de la administración pública, a lo que está establecido en las normas, mientras que la presunción de legitimidad o de legalidad (así conceptualizado en la doctrina ecuatoriana) es la “suposición de que todo acto de la administración pública ha sido dictado en armonía con el ordenamiento jurídico”<sup>61</sup>.

Si esta presunción no se cumple plenamente, es necesaria una revisión por parte de la autoridad competente de manera que:

“Como puede observarse la presunción de legalidad del acto administrativo no tiene un valor jurídico absoluto o permanente pues, se verifica y dura hasta tanto autoridad competente declare lo contrario, por pedido expreso del interesado a quien potencialmente se ha irrogado perjuicio, negando, desconociendo o no reconociendo su derecho subjetivo.

En efecto, los administrados tienen facultad constitucional y legal para recurrir sean en sede administrativa o jurisdiccional a impugnar las resoluciones públicas que les perjudican. Pero, por efecto de dicha presunción, están obligados a justificar ante la autoridad

---

<sup>60</sup> Enciclopedia Jurídica Espasa Calpe, S.A, segundo Tomo, Editora Celia Villar Fundación Tomás Moro, Directora de Diccionarios, texto y educación Marisol Palés, Madrid, 2001.

<sup>61</sup> CASSAGNE, Juan Carlos, Derecho administrativo, Vol. 2. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 8 ed., 2006 pág. 320

pública a la cual recurren, de qué manera el acto administrativo es contrapuesto al ordenamiento jurídico, aportando para ese efecto, los fundamentos de hecho y de derecho que prueben sus asertos<sup>62</sup>”.

En conclusión el acto administrativo, no siempre goza de carácter absoluto o definitivo pues los principios que regulan la actividad administrativa son los indicativos precisos al momento de detectar una irregularidad o vicios en su aplicación, y por lo tanto en el caso de que el acto administrativo carezca de presunción de legalidad “carece de ejecutoriedad<sup>63</sup>”.

Otro principio relacionado con la legalidad, es la legitimidad:

“La norma de un orden jurídico vale durante todo el tiempo que transcurra hasta que su validez no sea terminada en la manera determinada por ese orden jurídico, o hasta que sea reemplazada por la validez de otra norma de ese orden jurídico, es el principio de legitimidad<sup>64</sup>”.

Aunque algunos tratadistas consideran que **“la legalidad es la conformidad con los principios inspiradores del orden jurídico<sup>65</sup>”**, y algunas veces; **“no siempre lo legal es legítimo<sup>66</sup>”**, se considera para el presente trabajo, que la tesis del control legítimo de la legalidad es la más acertada, la cual tiene por objeto:

“Hacer respetar la "legalidad", asegurando que los actos del ente autárquico armonicen con el "derecho objetivo". El "alcance" del control de legitimidad es amplio: procede cuando se vulnera una ley, ya se refiera ésta a competencia o forma, o al fondo del acto, o en los supuestos de indebida aplicación de la ley; procede, asimismo,

---

<sup>62</sup> Durango, Patricio Adolfo, universidad técnica particular de Loja, texto guía maestría de derecho administrativo, editorial de la universidad técnica particular de Loja, mayo, 2010, Loja – Ecuador, primera edición, página 132.

<sup>63</sup> CASSAGNE, Juan Carlos, Derecho administrativo, Vol. 2. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 8 ed., 2006 pág. 323

<sup>64</sup> KELSEN, Hans teoría pura del Derecho, editorial Porrúa, onceava edición, México, 2000, página 218

<sup>65</sup> CORRAL, Fabián, editorial sección política diario El Comercio, publicado el viernes, 01 de febrero de 2008, página A-4.

<sup>66</sup> BORJA, Rodrigo, Enciclopedia de la Política, Fondo de Cultura Económica México D.F. 1997, México D.F. primera edición, página 574.

cuando se viola un contrato; cuando se lesiona un derecho adquirido, o cuando se incurra en desviación de poder”<sup>67</sup>.

En páginas posteriores se estudia a fondo el control legítimo de la legalidad, las consecuencias de los principios vulnerados, los procedimientos obviados y las consecuencias de las fallas en el control de legalidad y legitimidad.

Por el momento, se concluye que *“el principio de legalidad, las instituciones democráticas y el Estado de Derecho son inseparables”*<sup>68</sup> pues dentro de un Estado deben existir entes encargados de regular en la práctica la legalidad y legitimidad de la norma, evitándose menoscabos a los derechos y obligaciones establecidos por el ordenamiento jurídico, garantizando un control legítimo de aplicabilidad del Derecho y generando un ambiente de seguridad, estabilidad y certeza.

## **2.4 La seguridad jurídica en la economía**

El principio de seguridad jurídica, como fin del Estado, se encuentra plenamente ligado al sistema económico del mismo.

El doctor Fabián Corral, al respecto menciona que:

“La seguridad jurídica en la economía y en los contratos.- La Constitución Política de 1998 llevó la seguridad jurídica a la condición de primordial obligación estatal en el sistema de economía social de mercado. El art. 244, numeral 1 (de la Constitución de 1998), asigna al Estado la tarea de “garantizar el desarrollo de las actividades económicas, mediante un orden jurídico e instituciones que las promuevan, fomenten y generen confianza”, es decir, que el mercado debe operar en una red institucional y con instrumentos legales estructurados, que eliminen la discrecionalidad de los agentes económicos y de la autoridad. Adviértase que la actuación del Estado debe hacerse “mediante un orden jurídico”, lo que es distinto de la simple intervención discrecional de la administración”

---

<sup>67</sup> GORDILLO, Agustín, teoría general del Derecho administrativo, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1984, pág. 123.

<sup>68</sup> *Ibíd.*

pública. La Ley es, pues, el referente de carácter fundamental en esas tareas estatales”<sup>69</sup> (el subrayado es de mi autoría)

Desde el punto de vista económico, la seguridad jurídica brinda estabilidad y certeza a las inversiones, tanto nacionales como extranjeras, a tal punto que en ciertas naciones se vuelve un referente indispensable para que los capitales extranjeros prosperen dentro de un determinado sistema u orden jurídico.

El Estado, en este caso, tiene un rol fundamental: garantizar a través de las normas y el ordenamiento jurídico correspondiente, un sistema adecuado en el cual los capitales “semilla” culminen en una producción y rendimiento significativo deseado y que los mismos atraigan nuevas inversiones.

Al respecto un estudio realizado por el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo sostiene:

“Las diversas condiciones o características en las políticas y en las leyes de los Estados pueden **fomentar en los inversionistas una sensación o sentimiento de seguridad** que hará que las inversiones crezcan o, por el contrario, generar en ellos una retracción o inhibición en sus inversiones. **La carencia de seguridad jurídica**, en sus múltiples expresiones, **puede inhibir suficientemente** la inversión en los países y, paralelamente, hacer evidente la ineficiencia de la administración pública, la corrupción, la excesiva discrecionalidad normativa”<sup>70</sup>. (Las negrillas son de mi autoría)

En conclusión, los potenciales inversionistas tomarán en cuenta múltiples aspectos, a parte de los ya mencionados, a la hora de concretar la inversión de capital en un determinado país o sistema económico, pero fundamentalmente tomarán en cuenta la seguridad jurídica evaluando, entre otros aspectos, los siguientes: La lucha contra la ilegalidad, la administración de justicia independiente, el desempeño de las administraciones públicas en el ejercicio

---

<sup>69</sup> CORRAL, Fabián, editorial sección política diario El Comercio, publicado el viernes, 01 de febrero de 2008, página A-4.

<sup>70</sup> Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, Seguridad Jurídica y las inversiones: apuntes para un enfoque integral, Publicación semestral numero 2, Abril de 2000, Editorial Justicia y Sociedad hacia un mejor servicio público. Pág. 63

de sus funciones, el fenómeno de la corrupción y las medidas para erradicarla y por supuesto un ordenamiento jurídico estable y certero.

## 2.5 La seguridad jurídica en el contrato administrativo

En el contrato administrativo, en adelante C.A, la seguridad jurídica juega un rol fundamental y esencial ya que brinda a las partes involucradas un ambiente de igualdad entre los concurrentes. Dicha igualdad radica en diversas etapas, tanto del contrato, como en las pre-contractuales.

Se destaca la importancia de la igualdad por ejemplo, en la etapa de publicidad del contenido de las cláusulas de los contratos, en la transparencia y legalidad en los procedimientos de selección del contratista, entre otros aspectos, que brindan confianza a las partes intervinientes.

el artículo 75 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, en adelante ERJAFE define al contrato administrativo como: "Es todo acto o declaración multilateral o de voluntad común; productor de efectos jurídicos, entre dos o más personas, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa. Su regulación se regirá por las normas jurídicas aplicables".

A continuación se mencionan las principales características del C.A, relacionado con el principio de la seguridad jurídica:

1. **Libre concurrencia:** se refiere a la posibilidad de oposición entre los interesados en la futura contratación, e **"implica la prohibición para la Administración de imponer condiciones restrictivas para el acceso a las contrataciones públicas de los oferentes habilitados"**<sup>71</sup>. (Las negrillas son de mi autoría)

---

<sup>71</sup> PAREJO Luciano, DROMI Roberto, Seguridad Jurídica y Derecho Administrativo, Marcial Pons ediciones jurídicas y sociales S.A, Buenos Aires Madrid 2001 editorial ciudad Argentina, pág. 333.

2. **Igualdad entre los oferentes:** este aspecto se refiere a la posibilidad de que los oferentes concurren a una invitación para presentar sus ofertas, por ejemplo dentro de una licitación, *“tendrán la igualdad de posibilidades en la adjudicación del objeto del futuro contrato”*<sup>72</sup>.
3. **Publicidad:** “Desde el llamado a un concurso o proceso de contratación, **la publicidad significa la posibilidad de que el mayor número de interesados tome conocimiento del pedido de ofertas de la administración**, ampliando así su concurrencia y competencia<sup>73</sup>”. (Las negrillas son de mi autoría)
4. **Transparencia:** este elemento se refiere a la garantía la Entidad Contratante, en utilizar los presupuestos asignados de la mejor manera posible, demostrando probidad en la contratación pública.

En conclusión el Dr. Fabián Corral manifiesta con relación al C.A y la seguridad jurídica:

“La seguridad jurídica es el sustento de todos los contratos, ya sean administrativos o privados, de compraventa o de trabajo. Si ese principio no se respeta, las relaciones jurídicas quedan sujetas al arbitrio de cada cual. Sin un mínimo de estabilidad legal y certeza contractual, el abuso del derecho, el abuso en la contratación y la interpretación interesada de las cláusulas sería la norma”<sup>74</sup>.

## 2.6 Inseguridad jurídica

---

<sup>72</sup> PAREJO Luciano, DROMI Roberto, Seguridad Jurídica y Derecho Administrativo, Marcial Pons ediciones jurídicas y sociales S.A, Buenos Aires Madrid 2001 editorial ciudad Argentina, pág

<sup>73</sup> *Ibíd.*, página 335.

<sup>74</sup> CORRAL, Fabián, editorial sección política diario El Comercio, publicado el viernes, 01 de febrero de 2008, página A-4.

La Real Academia de la Lengua Española, define a la inseguridad como “*La falta de seguridad*”<sup>75</sup>

La seguridad jurídica, más allá del significado que tenga es “*un valor de la conducta*”<sup>76</sup> del aparato estatal en el ejercicio de sus funciones.

Dicho sea de paso este valor se encuentra relacionado directamente con los valores de orden, seguridad y poder los cuales, en conjunto, reúnen los pilares fundamentales de todo Estado de Derecho.

Una característica de la **inseguridad jurídica**, es que resulta en el contravalor de la seguridad jurídica, debido a que:

“**La seguridad** como valor está presente en situaciones ciertas, firmes, y tranquilas, de modo tal que la certidumbre, la firmeza y la tranquilidad en la conducta certifican su polo positivo.

El **disvalor correlativo** se nos aparece así tipificado en las conductas sociopolíticas tendientes **a la incertidumbre, a la intranquilidad y a la falta de protección**, que mancomunadas arriban en síntesis, a la incoordinación de tareas comunes. (...). Puede afirmarse algo parecido de los valores orden, seguridad y poder... Desenvuelve la posibilidad de desarrollo humano como proyección vital, en un mundo ordenado al que exige certidumbre y que se capta desde un futuro próximo que temporaliza el presente”<sup>77</sup> (Los puntos suspensivos, el subrayado y las negrillas son de mi autoría).

Inseguridad en definitiva es sinónimo de desorden, de anarquía, de incertidumbre, intranquilidad y desprotección, todos estos términos se aparejan ideal e implícitamente dentro del término “*inseguro*” y en la medida que se aglutinan, conciben un Estado de desconcierto en donde la aplicación regular y racional de la normativa jurídica vigente es imposible, producto de ello nace la inseguridad jurídica.

---

<sup>75</sup> Diccionario de la Real Academia Española de la lengua vigésima tercera edición oficial, <http://www.rae.es/rae.html>, consultado el día martes 17 de noviembre de 2009.

<sup>76</sup> Enciclopedia Jurídica Omeba Royce Editores, S.A. de C.V. 2005 Col. Hipódromo Condesa. México, D.F.

<sup>77</sup> *Ibíd.*

## 2.7 Análisis del Decreto Ejecutivo 1793 y su incidencia en la seguridad jurídica.

### a) Antecedentes:

Mediante Decreto Ejecutivo No. 1793 suscrito el 20 de junio de 2009, publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 621 del 26 de Junio del 2009, en adelante D.E 1793, el Presidente Constitucional de la República del Ecuador, fijó nuevos requisitos para la calificación como proveedor y habilitación como oferente de una persona jurídica, dentro de un proceso de contratación pública.

El D.E 1793, añade nuevas normas respecto a las inhabilidades destinadas para los oferentes, aparte de las previamente contempladas por la LOSNCP.

### b) Estructura del D.E 1793 :

#### 2.7.1 Artículo primero del D.E 1793

“Será requisito previo a la calificación como proveedor y habilitación como oferente de una persona jurídica la determinación clara de sus accionistas, partícipes o asociados sean personas naturales o jurídicas, ..., para los efectos de las inhabilidades establecidas en los artículos 62, 63 y 64 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; 110 y 111 del Reglamento a la indicada Ley”<sup>78</sup>.  
(El subrayado es de mi autoría).

“Si en la determinación de los accionistas, partícipes o asociados o cualquier forma de participación se llegare a determinar que tienen la calidad de personas jurídicas con domicilio **en los denominados**

---

<sup>78</sup> Decreto ejecutivo 1793, suscrito el 20 de junio de 2009, publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 621 del 26 de Junio del 2009, Presidencia de la República del Ecuador.



“**paraísos fiscales**” determinados por el Servicio de Rentas Internas de la República del Ecuador; **esta situación será causa de descalificación inmediata**. La persona jurídica que no cumpla con este requerimiento significará que no desea convertirse en un co-contratante del Estado”<sup>79</sup> (El subrayado y negrillas son de mi autoría).

Dentro de la norma citada se encuentran los siguientes elementos:

- a) En el párrafo inicial del artículo primero, se establece un **nuevo requisito** consistente en la determinación clara de los accionistas, partícipes o asociados sean personas naturales o jurídicas que forman parte de la persona jurídica que desea contratar con el Estado.
- b) Sin duda alguna este requisito, se convierte en una nueva inhabilidad, pues en el texto del D.E 1793 se estableció que tendrán “**efectos de las inhabilidades establecidas en los artículos 62, 63 y 64 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; 110 y 111 del Reglamento a la indicada Ley**”, si un oferente o proveedor en una contratación pública tiene accionistas que se hayan constituido o se encuentren domiciliadas en un paraíso fiscal, o simplemente sino se presentare la mencionada declaración. (Las negrillas son de de mi autoría)
- c) El D.E 1793 regula un escenario eminentemente jurídico que no se encontraba previamente establecido en la LOSNCP (artículos 62 y 63), ni en su reglamento general de aplicación lo cual crea incertidumbre y zozobra.
- d) La consecuencia directa, preocupante, e inmediata, si se cumplen los parámetros establecidos en el D.E 1793, se encuentra en la LOSNCP en el artículo 64, la cual sanciona que:

---

<sup>79</sup> Decreto ejecutivo 1793, suscrito el 20 de junio de 2009, publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 621 del 26 de Junio del 2009, Presidencia de la República del Ecuador.

“Si se celebrare un contrato contra expresa prohibición de esta Ley, la máxima autoridad de la Entidad Contratante **podrá declarar en forma anticipada y unilateral la terminación del contrato, sin que proceda reconocer indemnización alguna al contratista.** (...)”

Si la celebración del contrato causare perjuicio económico a la Entidad Contratante, serán responsables solidarios el contratista y los funcionarios que hubieren tramitado y celebrado el contrato, sin perjuicio de la sanción administrativa y penal a que hubiere lugar<sup>80</sup>. (El subrayado, puntos suspensivos y negrillas son de mi autoría).

De lo anterior se deduce que el artículo primero del D.E 1793, se convierte en un elemento persuasivo para que el futuro oferente, que mantenga relaciones o participaciones con personas naturales o jurídicas constituidas en paraísos fiscales, lo piense dos veces antes de intentar contratar administrativamente con el Estado, ya que podría ser declarado unilateralmente cancelado el contrato, e inclusive podría sentenciarse a pagar daños y perjuicios al Estado en contra del oferente que incumpla esta disposición.

### **2.7.2 Artículo segundo del D.E 1793**

El artículo segundo es el canalizador del ambiguo e inconsistente D.E 1793, pues las disposiciones establecidas en el artículo primero “**serán aplicables a toda contratación**”<sup>81</sup> consignando los efectos del artículo primero del D.E 1793, a todo tipo de contrataciones establecidas en la LOSNCP.

En definitiva, a través de un acto normativo de la administración (D.E 1793), se restringe y limitan los derechos de los oferentes (personas jurídicas) sin tomar en consideración los mecanismos legales previamente establecidos por la C.R para la modificatoria de una Ley orgánica.

---

<sup>80</sup> Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 4 de Agosto de 2008, Registro Oficial #395.

<sup>81</sup> Extracto del artículo segundo del decreto ejecutivo 1793, suscrito el 20 de junio de 2009, publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 621 del 26 de Junio del 2009.

## 2.8 Inseguridad jurídica producto de la vigencia del D.E. 1793

### 2.8.1 Inestabilidad normativa

Existe **incertidumbre y a la vez inestabilidad normativa**, ya que el D.E 1793 atento en contra de las políticas económicas establecidas en el artículo 284, numeral segundo de la C.R vigente, artículo que dispone: “La política económica tendrá los siguientes objetivos: 2.-Incentivar la producción nacional, la productividad y competitividades sistémicas (...)” (Los puntos suspensivos son de mi autoría)

A través del D.E 1793 se ha desincentivado a la economía y producción nacional, ya que algunas empresas nacionales, como revela una investigación realizada por el Diario El Comercio, tienen un 70,5% de accionistas en el exterior.

Además los reportes del Servicio de Rentas Internas, en adelante SRI, señalan que de 51 consorcios empresariales ecuatorianos, 36 registran como accionistas a empresas radicadas en otros países<sup>82</sup>. En este punto, cabe preguntarse ¿es posible un incentivo a la producción nacional, cuando las normas de un país arremeten en contra de la inversión extranjera?, ¿Qué sucedería si mañana el SRI establece que un determinado país, cualesquiera que este sea, es un paraíso fiscal?, ¿Qué sucedería si este nuevo país, considerado paraíso fiscal, es un socio comercial importante del Ecuador?

De lo anterior se infiere la coexistencia de incertidumbre y una profunda disyuntiva normativa ya que el D.E 1793, además de ser ambiguo, **atropelló el principio de producción nacional** establecido en el artículo 9 numeral cuarto de la LOSNCP, pues como quedo antes explicado, existen empresas

---

<sup>82</sup><http://www.elcomercio.com/Generales/Solo-Texto.aspx?gn3articleID=183682>, publicado el 7 de julio de 2009, consultado el día sábado 24 de julio de 2010.

nacionales cuyo capital accionario se encuentra conformado por personas jurídicas o naturales extranjeras, constituidas en paraísos fiscales.

En conclusión y, al contrario de lo que se trata de contrarrestar a través del D.E 1793, se generan una serie de nuevas irregularidades y formas de eludir la regulación de la LOSNCP pues:

- ✓ El D.E 1793, **genera simulación jurídica**, siendo las empresas interesadas en participar en las contrataciones con el Estado, quienes buscarán evadir la fiscalización previa a través de soluciones legales “alternativas” para que la Entidad Contratante no verifique que sus socios o partícipes son o una persona natural o jurídica constituida o domiciliada en un paraíso fiscal.
- ✓ Muchas de las personas jurídicas las cuales venían desarrollando con normalidad sus actividades empresariales dentro del territorio ecuatoriano, actualmente se encuentran en un estado de incertidumbre e inestabilidad por la modificación en las “reglas del juego”.
- ✓ A pesar de existir una reforma al D.E 1793 (D.E 144), el acto normativo sigue siendo inadecuado e inoportuno, y muchos lo tachan de ilegal e irregular por lo cual debería derogárselo o declarárselo inconstitucional.

### **2.8.2 Irrespeto a la jerarquía normativa**

“Se entiende por jerarquía, la aplicación de un orden o grado referido a instituciones, personas o cosas, mediante el cual, lo que está en el grado superior con respecto a otro, se halla en una situación de preeminencia, o preferencia, o en un grado de superioridad”<sup>83</sup>

---

<sup>83</sup>Enciclopedia Jurídica Espasa Calpe, S.A, segundo Tomo, Editora Celia Villar Fundación Tomás Moro, Directora de Diccionarios, texto y educación Marisol Palés, Madrid, 2001.

En la anterior definición encontramos varios elementos de vital importancia para el presente análisis, uno de ellos es el que se refiere a **grado superior o preeminencia**, es decir cuando por mandato de una norma o de un estatus, una persona o una ley **poseen un nivel superior de poder, mando y aplicabilidad** sobre otra norma o persona de menor rango.

En este sentido el artículo 424 de la C.R., determina: “La **Constitución es la norma suprema y prevalece** sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los **actos del poder público** deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica (...)”<sup>84</sup> (Las negrillas y los puntos suspensivos son de mi autoría)

En concordancia con el anterior, el artículo 425 de la C.R señala que:

“El **orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución**; los tratados y convenios internacionales; **las leyes orgánicas**; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; **los decretos** y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y **los demás actos** y decisiones **de los poderes públicos** (...)”<sup>85</sup> (Las negrillas y los puntos suspensivos son de mi autoría).

Sobre las normas mencionadas, la Enciclopedia Jurídica ESPASA, indica:

“La estructura piramidal del ordenamiento jurídico, permite destacar que el **fundamento de validez** de una norma jurídica, **está en otra norma jerárquicamente superior, porque una norma es válida, no sólo cuando ha sido establecida por los órganos y con el procedimiento prescrito por otra norma superior (validez formal), sino también cuando su contenido encuadra en lo que dispone la norma fundante (validez material)**”<sup>86</sup> (Las negrillas son de mi autoría)

---

<sup>84</sup> Constitución de la República del Ecuador, publicación oficial de la Asamblea Constituyente 2008, publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de Octubre de 2008

<sup>85</sup> *Ibíd.*

<sup>86</sup> Enciclopedia Jurídica Espasa Calpe, S.A, segundo Tomo, Editora Celia Villar Fundación Tomás Moro, Directora de Diccionarios, texto y educación Marisol Palés, Madrid, 2001

En conclusión el principio de jerarquía, soslayado por el D.E 1793, establece una clara disposición: mantener un **“orden”**. Un ejemplo del principio de jerarquía en la creación de una ley o modificación de la misma, se explica:

a) el ordenamiento jurídico de un Estado se lo dictamina a través de un “orden” determinado, en base a procedimientos previamente establecidos y conocidos por todos los ciudadanos del Estado. b) Si se incumplen este **“orden de procesos”** en la producción de la normativa, es evidente que **existe una irregularidad** en el acto y en los efectos que produce. c) La **irregularidad** se evidencia ya que, a través del D.E 1793, se modifican artículos y se integra una inhabilidad diferente a las previamente establecidas en la LOSNCP, alterándose los principios de previsibilidad y certeza normativa constitucionalmente garantizados.

Al respecto el constitucionalista Hernán Ribadeneira, explica que “el Presidente sí puede co-legislar a través de decretos ejecutivos para reglamentar una Ley, pero no la puede corregir o reformar. Eso le corresponde a la función legislativa”.<sup>87</sup>

El constitucionalista Ernesto López explica que “un decreto presidencial no tiene la jerarquía jurídica para ir sobre la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública”<sup>88</sup>

De lo anterior, resulta evidente que se han obviado procedimientos legislativos establecidos en el capítulo segundo, sección tercera de la C.R en donde encontramos detallado el procedimiento legislativo a seguir para la creación, modificación y reforma de una ley. El procedimiento se halla detallado desde el artículo 132 hasta el 140.

El art. 132 de la C.R, claramente dispone que:

---

<sup>87</sup> <http://www.elcomercio.com/Generales/Solo-Texto.aspx?gn3articleID=183682>, consultado el día sábado 24 de julio de 2010, publicado el miércoles 24 de Junio de 2009.

<sup>88</sup> *Ibíd.*

**“La Asamblea Nacional aprobará como leyes las normas generales de interés común<sup>89</sup>”; [consecuentemente el art. 133 establece] “La expedición, reforma, derogación e interpretación con carácter generalmente obligatorio de las leyes orgánicas requerirán mayoría absoluta de los miembros de la Asamblea Nacional<sup>90</sup>”.** (Las negrillas y el subrayado son de mi autoría)

Se deduce que, en la norma constitucional, se establece un “orden” de pasos para la modificación o reforma de cualquier Ley Orgánica, como lo es la LOSNCP.

Al momento de publicar el D.E 1793, existe una evidente transgresión al procedimiento establecido en la C.R. para la modificación o reforma de una ley orgánica como consecuencia, se produce un subterfugio e irrespeto a la jerarquía normativa y concatenadamente también se soslaya la seguridad jurídica.

El principio de jerarquía normativa permite establecer el orden de aplicabilidad de las normas jurídicas y el criterio para solucionar las posibles contradicciones entre normas de distinto rango. La C.R. garantiza expresamente el principio de jerarquía normativa **“de modo que las normas de rango inferior no pueden contradecir ni vulnerar lo establecido por una norma de rango superior”**.<sup>91</sup> (Las negrillas son de mi autoría).

El mencionado precepto de orden jerárquico se ve además relacionado con el principio de primacía de la ley que se refiere a que:

**“Debe concederse primacía a la norma legislativa.** Entendida la ley en sentido amplio, como toda norma con origen estatal, se afirma y reconoce dentro de ella un conjunto de clases, que quedan así

---

<sup>89</sup> Constitución de la República del Ecuador, publicación oficial de la asamblea constituyente 2008, publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de Octubre de 2008.

<sup>90</sup> *Ibíd.*

<sup>91</sup> Enciclopedia Jurídica Espasa Calpe, S.A, segundo Tomo, Editora Celia Villar Fundación Tomás Moro, Directora de Diccionarios, texto y educación Marisol Palés, Madrid, 2001.

mismo, sujetas a un criterio de rango preferente (...)”<sup>92</sup>. (Los puntos suspensivos y las negrillas son de mi autoría)

Resulta inconcebible e inhóspito que el Presidente de la República en uso de sus atribuciones haya irrespetado, con el D.E 1793, la jerarquía y la previsibilidad normativa principios constitucionalmente garantizados en el artículos 424, 425, 426 y siguientes, debido a que se añaden nuevas reglas referentes a prohibiciones e inhabilidades vulnerando claramente la seguridad jurídica en donde **“la función ejecutiva en el uso de sus atribuciones tiene y debe tener de cara a la seguridad jurídica, un papel estelar”**<sup>93</sup>. (Las negrillas son de mi autoría)

### 2.8.3 Desviación de poder

Como consecuencia del D.E 1793, se configura el fenómeno **“de la desviación de poder”**<sup>94</sup>. Este hecho irregular se resume en la manipulación, por parte de las autoridades, de las normas constitucionales, leyes, y otras normas de menor jerarquía, utilizándolas “como instrumento de inseguridad jurídica”<sup>95</sup>

La Enciclopedia Jurídica Espasa define a la desviación de poder como “un vicio del fin del acto”<sup>96</sup>. Existe un vicio cuando las facultades otorgadas a las funciones del Estado son manipuladas o usadas al antojo de sus representantes.

Otro elemento que permite identificar, la desviación de poder, es cuando “el Mandatario legisla en función de una situación y de una persona”<sup>97</sup>, vulnerándose principios como el de abstracción e impersonalidad de la norma,

---

<sup>92</sup> Enciclopedia Jurídica Espasa Calpe, S.A, segundo Tomo, Editora Celia Villar Fundación Tomás Moro, Directora de Diccionarios, texto y educación Marisol Palés, Madrid, 2001.

<sup>93</sup> TERAN, Miguel Hernández, Seguridad Jurídica, análisis, doctrina y jurisprudencia, editorial Edino, Guayaquil Ecuador 2004 pág. 27.

<sup>94</sup> *Ibíd.* pág. 165.

<sup>95</sup> *Ibíd.*

<sup>96</sup> Enciclopedia Jurídica Espasa Calpe, S.A, segundo Tomo, Editora Celia Villar Fundación Tomás Moro, Directora de Diccionarios, texto y educación Marisol Palés, Madrid, 2001.

<sup>97</sup> Luis Herrería en entrevista otorga al diario el comercio, <http://www.elcomercio.com/Generales/Solo-Texto.aspx?gn3articleID=183682>, consultado el día sábado 24 de julio de 2010, publicado el miércoles 24 de Junio de 2009.



las leyes no se emiten para regular o resolver casos individuales, ni para personas o grupos determinados, **“su impersonalidad y abstracción las conducen a la generalidad<sup>98</sup>”**. (Las negrillas son de mi autoría)

Como se aprecia, con la vigencia del D.E 1793 se configura la desviación de poder y por lo tanto una evidente ilegalidad, al establecerse una reforma a la LOSNCP, pues a través de un acto normativo de la función ejecutiva se modifica la LOSNCP y el RLOSNCP, prescindiendo de los mecanismos constitucionalmente establecidos para realizar dicha reforma.

En conclusión, producto de la vigencia del D.E 1793, se generó un entorno de inseguridad jurídica como lo señalan algunos tratadistas ecuatorianos, debido a que “hay una legislación demagógica, en donde la ley puede contribuir con la inseguridad jurídica<sup>99</sup>”. La ley es demagógica, cuando es creada para beneficiar o satisfacer intereses de un determinado grupo o para sanear hechos en determinadas circunstancias que convienen a los gobernantes de turno.

Inclusive es posible comprobar la existencia de abuso de poder, por parte del poder ejecutivo con la vigencia del D.E 1793, lo cual profundiza la problemática respecto a que los actos de la administración denoten abuso de poder y por lo tanto puedan ser impugnados, declarados nulos e inclusive inexistentes como se analizara posteriormente.

Por este hecho los actos normativos demagógicos, dejan de ser legales y legítimos generando un sistemático deterioro de la credibilidad del régimen normativo provocando incertidumbre jurídica y malestar generalizado, en fin corroborando inseguridad jurídica.

---

<sup>98</sup> TERAN, Miguel Hernández, Seguridad Jurídica, análisis, doctrina y jurisprudencia, editorial Edino, Guayaquil Ecuador 2004, pág. 221

<sup>99</sup> *Ibíd.*, pág. 32

## 2.9 Efectos y consecuencias en la inversión extranjera producto de la suscripción del decreto ejecutivo 1793.

### 2.9.1 Efectos en la economía e inversión

El Informe Gerencial de Deloitte, plantea la siguiente consulta:

“¿En su criterio, cuáles considera usted son las principales razones por las cuales la inversión extranjera directa se ha incrementado de manera importante en Colombia y Perú?

Los resultados a esta pregunta fueron los siguientes:

1) Estabilidad política, jurídica y tributaria	45%
2) Apoyo y apertura a la inversión extranjera	28%
3) Acuerdo y tratados de libre comercio	20%
4) Gobiernos transmiten confianza	7% <sup>100</sup>

Las respuestas anteriormente tabuladas, evidencian una ineludible realidad, en el Ecuador no existe una verdadera seguridad jurídica para el inversor extranjero. A través de este informe, se difunde la realidad macro y micro económica del Ecuador, convirtiéndose en un referente para la inversión extranjera y para la economía local.

Fundamentalmente los informes Deloitte, responden consultas comunes de los inversionista antes de invertir, como por ejemplo ¿existe en realidad seguridad jurídica en el Ecuador o en cualquier país del mundo?, ¿es seguro invertir? Obviar estas preguntas y las cifras presentadas resultaría insensato e inconveniente.

---

<sup>100</sup> Informe Gerencial de Deloitte, sección Incremento en Confianza Empresarial, mes de junio 2010, página 7.

Un análisis del mes de Febrero de 2010 realizado por Deloitte, respecto al Índice de Confianza Empresarial (en adelante ICE), indica al lector en general que ha disminuido el ICE en el Ecuador:

“Debido a la crisis mundial, **falta de seguridad jurídica y reglas claras del juego para las empresas extranjeras** que deben invertir en el país, lo cual sumado al informe del GAFI podría afectar aun más la posibilidad del Ecuador de aumentar el ICE”<sup>101</sup>. (Las negrillas son de mi autoría)

En síntesis es clara la incertidumbre existente desde hace varios meses en el Ecuador, debido a los cambios y modificaciones del ordenamiento jurídico, sobre todo en el último cuatrimestre del año 2009, debido al periodo de transición normativa que coexiste actualmente. Los gobernantes para resolver esta situación, deben tomar cartas y acciones consensuadas en miras al restablecimiento de la seguridad jurídica y por lo tanto en el incremento de la inversión nacional y extranjera.

### 2.9.2 Efectos en las relaciones comerciales internacionales

Otro efecto destacado en el diario electrónico “Ecuador inmediato”, explica que:

“El gobierno de Panamá, país que consta dentro de las listas de paraísos fiscales del SRI, **“ha manifestado que aplicará la ley de “retorsión” con Ecuador**, eso quiere decir que dará un trato recíproco a cualquier Estado que discrimine a una persona natural o jurídica de procedencia panameña”, el director del SRI Carlos Marx Carrasco comunicó al respecto: “ supe que hay un rechazo de Panamá más que de las empresas panameñas, (pero) el combate a los paraísos fiscales lo ha declarado el mundo prácticamente”, según Carrasco “en un paraíso fiscal lo que menos existe es transparencia, por lo tanto, en hora buena que existe el decreto del señor Presidente. “A mí me parece que eso le va a hacer definitivamente bien al desarrollo del país señalo el funcionario.”<sup>102</sup> (Las negrillas son de mi autoría)

---

<sup>101</sup> Informe Gerencial de Deloitte, sección Incremento en Confianza Empresarial, mes de febrero de 2010, página 6.

<sup>102</sup> [http://www.ecuadorinmediato.com/Noticias/news\\_user\\_view/ecuadorinmediato\\_noticias--107036](http://www.ecuadorinmediato.com/Noticias/news_user_view/ecuadorinmediato_noticias--107036), 29 de junio de 2009, extraído el día sábado 24 de julio de 2010.

Producto de las declaraciones y medidas adoptadas, se evidencia una creciente tensión en materia de comercio internacional entre Ecuador-Panamá, cuando debería tratarse de evitar todo lo contrario, pues se conoce que “Panamá se presenta como el principal socio comercial del Ecuador”<sup>103</sup> refiriéndose a la región Centroamericana y del Caribe.

Si el Ecuador desea mantener un índice o una balanza comercial favorable para el final del cuarto trimestre del 2010, deberá realizar y revisar sus actuaciones y estrategias en materia de comercio internacional y políticas económicas dictadas al respecto. Para lo cual valdría la pena, establecer reglas de juego certeras que otorguen credibilidad, legalidad y legitimidad a las actuaciones de las funciones o poderes del Estado.

### 2.9.3 Efectos en el ordenamiento jurídico

El D.E 1793 y su posterior reforma, se configuran en un arma de doble filo para el Estado, pues **“el decreto ha incluido una limitación que la ley no trae y que debe ser incorporada para no tener controversias posteriores, y que pueda aplicarse sin riesgo de que en un proceso judicial alguien diga que no está previsto”<sup>104</sup>**, por otro lado se convierte en un antecedente funesto para los cientos de inversionistas, empresas locales y demás consorcios que tienen constituidas sus empresas dentro de las legislaciones que el Ecuador considera paraísos fiscales, ya que no existe certeza y previsibilidad en cuanto a la estabilidad de la LOSNCP u otras leyes de igual valor en materia comercial, cuando de manera unilateral se cambian las reglas del juego. (Las negrillas son de mi autoría)

A criterio, del Procurador General del Estado, doctor Diego García el D.E 1793 **“va más allá de la ley”**, además el sostiene que **“el decreto 1793 podría ser**

---

<sup>103</sup> [http://www.mmrree.gov.ec/mre/documentos/novedades/boletines/boletines%20promocion/2004/p\\_e\\_bol006\\_3.htm](http://www.mmrree.gov.ec/mre/documentos/novedades/boletines/boletines%20promocion/2004/p_e_bol006_3.htm), consultado el día martes 03 de agosto de 2010 de la página web de la Dirección General de Promoción de Exportaciones e Inversiones Bilaterales.

<sup>104</sup> GARCÍA, Diego, entrevista concedida a [www.eluniverso.com](http://www.eluniverso.com), publicada el domingo 28 de junio del 2009, sección Política pág. G3-1.

**impugnado porque crea inhabilidades** para contratistas, lo cual no está previsto en la Ley de Contratación Pública”<sup>105</sup> (Las negrillas son de mi autoría)

Al respecto es indispensable explicar los efectos y limitaciones del D.E 1793:

“Existen ciertos límites a la acción colegislativa de la administración, que deben observar los reglamentos, entre las cuales se citan:

1. Ningún reglamento puede estar en contra de la Constitución ni de la ley.
2. Los reglamentos no pueden derogar leyes, principios de derecho ni costumbres expresamente reconocidas por la ley”<sup>106</sup>.

Lamentablemente se evidencia arbitrariedad en las facultades otorgadas a la función ejecutiva ya que, a través del D.E 1793, se intenta regular una situación que debía estar previamente establecida en la LOSNCP y si no lo estaba debía realizarse una modificación a la LOSNCP por los mecanismos establecidos en la CR.

Por esta razón uno de los titulares en la prensa ecuatoriana sostuvo que “el Decreto de Correa choca con la ley<sup>107</sup>”, noticia en la que se recogieron varios comentarios de notables juristas y funcionarios públicos, en donde se llega a la conclusión de que, el D.E 1793, genera controversia y ambigüedad en el ámbito público y privado soslayando la posibilidad de certidumbre jurídica para las inversiones y progreso empresarial.

En conclusión la promulgación del D.E 1793, crea una anomalía dentro del ordenamiento jurídico, irregularidad que debe ser subsanada por los mecanismos legalmente establecidos en la C.R, de esta manera se recuperará el orden y la certeza jurídica necesaria para incentivar la inversión y recuperar la credibilidad del sistema normativo ecuatoriano y en la contratación pública.

---

<sup>105</sup> [www.eluniverso.com/.../8D9CE3371C014D818D33E659C6C20087](http://www.eluniverso.com/.../8D9CE3371C014D818D33E659C6C20087) Domingo 28 de junio del 2009 Política, sección Política pág. G3-1

<sup>106</sup> GONZÁLEZ Paúl Carrión, universidad técnica particular de Loja, texto guía maestría de derecho administrativo, introducción al derecho, editorial de la universidad técnica particular de Loja, mayo, 2010, Loja – Ecuador, primera edición, pagina 77.

<sup>107</sup> Se hace referencia a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, cuando se habla de ley en <http://www.elcomercio.com/Generales/Solo-Texto.aspx?gn3articleID=183682>, consultado el día sábado 24 de julio de 2010, publicado el MIÉRCOLES 24/06/2009.

## **CAPITULO III**

### **3. LAS INHABILIDADES Y SU EFECTO EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA**

#### **3.1 Definición de inhabilidad**

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, define a la inhabilidad como: “1. f. Falta de habilidad, talento o instrucción; 2. f. Defecto o impedimento para obtener o ejercer un empleo u oficio”<sup>108</sup>.

El doctor Marco Idrobo Arciniega indica:

“La noción jurídica de inhabilidad es la de ineptitud, impedimento o incapacidad. Concretamente se define como el impedimento debido a causas naturales, morales o de cualquier otra índole, para desempeñar un cargo, realizar un acto jurídico, celebrar un contrato o proceder en otras formas de la actividad jurídica”<sup>109</sup>.

Como concepción jurídica, el Dr. Guillermo Cabanellas, dice: “*Significa incapacidad, ineptitud, impedimento y torpeza*”<sup>110</sup>.

La jurisprudencia comparada de la Corte Suprema de la República de Colombia ha señalado que:

“Las inhabilidades son restricciones fijadas por el constituyente o el legislador para limitar el derecho de acceso al ejercicio de cargos o funciones públicas. También han sido definidas como aquellos requisitos negativos para acceder a los contratos administrativos, los cuales buscan rodear de condiciones de transparencia, imparcialidad, igualdad y moralidad... de tal suerte que las decisiones públicas sean objetivas y tengan como resultado el adecuado cumplimiento de los fines del Estado que asegure la

---

<sup>108</sup> Diccionario de la Real Academia Española de la lengua vigésima tercera edición oficial, <http://www.rae.es/rae.html>, consultado el día martes 28 de agosto de 2010.

<sup>109</sup> IDROBO, Marco La contratación administrativa en el Ecuador, editorial época, Quito Ecuador 1984, páginas 107 y 108

<sup>110</sup> CABANELLAS, Guillermo, *Diccionario de Derecho usual*, T. 2", Ed. Viracocha, 1953

convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo” Cfr. Corte Constitucional”<sup>111</sup>.

Para el doctor Homero López Obando, es:

“El impedimento debido a causas naturales, morales o de cualquier otra índole, para desempeñar un cargo, realizar un acto jurídico, celebrar un contrato o proceder en otras formas de actividad jurídica...

Estas inhabilidades tienen efectos de incompatibilidades, dentro del respectivo proceso precontractual, sin lugar a reclamo alguno<sup>112</sup>.  
(Los puntos suspensivos son de mi autoría)

Analizadas las presentes definiciones se evidencia una interesante relación entre inhabilidad e incapacidad, es así que la LOSNCP considera que una especie de inhabilidad es aquella en la que el contratista no tiene capacidad legal para contratar. La capacidad del oferente será tema de análisis en puntos posteriores.

Habitualmente las inhabilidades **son direccionadas a un determinado individuo y a una determinada circunstancia de orden jurídico**, es decir no se inhabilita a cosas sino a personas pues lo que trata de regular el ordenamiento jurídico, es la conducta o el estado jurídico de una persona, así como también trata de regular el vínculo consanguíneo o de afinidad que pueda tener, entre otros parámetros, que podrían interferir con los fines del negocio o del acto jurídico, en este caso de la contratación administrativa.

En definitiva, inhabilidad es la condición que impide a una persona realizar una determinada actividad o ejercer una determinada potestad, o la condición que establece límites, incapacidades y restricciones en determinados actos y contratos jurídicos, tanto para personas naturales como jurídicas,

---

<sup>111</sup> Departamento administrativo de la función pública de la República de Colombia, inhabilidades e incompatibilidades de la función administrativa, editorial de Elizabeth Rodríguez Taylor, Bogotá, D.C., 2009

<sup>112</sup> OBANDO, Homero, Celebración de contratos administrativos; nulidades e inhabilidades en el contrato administrativo, corporación editora nacional, Quito 2001 pág. 160

conminándolos a respetar los límites de actuación legalmente establecidos por el legislador.

### 3.2 Origen de la inhabilidad

Históricamente, las inhabilidades se desarrollaron en el antiguo ordenamiento jurídico Romano, los jefes de clanes o familias impedían que sus descendientes o cónyuges contraigan obligaciones en representación de la familia. El simple hecho de que un inhábil (un hijo o la esposa) contrate con un tercero, contrariaba las normas y por lo tanto el individuo incurría en una prohibición que, en algunos casos, era sancionado con la expulsión del clan.

En el antiguo D.R, se evidencia el desarrollo de la noción de inhabilidad, en la forma más simple de acto jurídico conocida como: negocio jurídico.

Los romanos explican que existe *“ineficacia de los negocios jurídicos y por lo tanto, carencia de efectos jurídicos”*<sup>113</sup> cuando se ha cumplido la siguiente inhabilidad: *“Falta de capacidad jurídica o de obrar; entre otras”*<sup>114</sup>

Como se distingue en el D.R., para que sea válido el negocio jurídico se deben cumplir ciertos requisitos; uno de ellos es que dentro de la familia el *“paterfamilias”* es el único representante del patrimonio familiar y del destino de los bienes de la familia y por lo tanto quien puede celebrar contratos o generar actos cuyos efectos evidencien voluntad y surtan efectos.

Si uno de los individuos pertenecientes a la familia desea contratar o generar obligaciones en representación de la familia simplemente es inhábil para realizarlos, pues originalmente el poder o las facultades para realizar un negocio jurídico eran exclusivos del *“paterfamilias”*.

---

<sup>113</sup> Iglesias Juan, Derecho romano historia e instituciones, undécima edición, editorial Ariel Barcelona septiembre de 1998, página 167

<sup>114</sup> *Ibid.*



Algunas instituciones del D.R, también hacen mención a la inhabilidad de obligarse, cuando por ejemplo un miembro de la familia, que no era el “*paterfamilias*” lo intentaba. Si un hijo o la esposa deseaban, por ejemplo, enajenar un bien del patrimonio familiar, estos eran simplemente inhábiles para hacerlo. Así en el matrimonio, así en la transacción de bienes muebles o inmuebles, entre otros contratos y negocios jurídicos.

En la actividad estatal en el Imperio Romano, la “*inhabilidad suponía la prohibición para la persona, debido a su condición legal, para ejercer un cargo o nombramiento y cuya inobservancia significaría una sanción de carácter disciplinario*”<sup>115</sup>.

El paso del tiempo denota, en la organización del D.R., la asimilación de ciertos usos y costumbres que posteriormente evolucionaron en prohibiciones, inhabilidades y finalmente en normas de carácter taxativo. Estas evolucionaron de ser utilizadas en situaciones meramente cotidianas que ocasionaban dificultades, hasta convertirse en referentes normativos de obligatorio cumplimiento y por último en leyes y reglamentos.

La doctrina moderna reconoce la importancia del D.R, en el aporte al Derecho moderno en cuanto al desarrollo de la noción de inhabilidad, lo cual ha permitido vislumbrar el siguiente concepto:

“ La inhabilidad se funda en deficiencias en el desarrollo psicofísico de los agentes, o en el padecimiento de afecciones psicopáticas.... el hombre puede ser más o menos inhábil para realizar un acto normal, como cuando carece del suficiente desarrollo psicofísico y cuando padece de una afección psicopática que le priva del uso de la razón, [continúa el autor y concluye] fundándose en estas consideraciones derivadas de la realizada, el derecho, ya con un fin jurídico específico, el cual es el de proteger el ejercicio de la autonomía de la voluntad privada, también puede prohibirle al ser humano que se encuentre en tales condiciones realizar por si mismo

---

<sup>115</sup> Iglesias Juan, Derecho romano historia e instituciones, undécima edición, editorial Ariel Barcelona septiembre de 1999, página 182.

actos jurídicos, o sea, declararlo legalmente incapaz<sup>116</sup>". (Los puntos suspensivos son de mi autoría)

En conclusión es indiscutible que las inhabilidades se originaron en los antiguos sistemas de Derecho, cuyas normas y códigos de conducta han sido adaptados a través de los siglos, perfeccionándolos en razón de las necesidades de control y de regulación.

### **3.3 Naturaleza jurídica de la inhabilidad en la contratación pública**

Es pertinente analizar las causas por las cuales una determinada norma, limita la actuación de un individuo en un determinado acto o negocio jurídico, además inhabilidad trata de los fines prohibitivos de la norma.

Así por ejemplo en el Derecho Administrativo, específicamente en la contratación administrativa, se inhabilita para contratar con el Estado a quienes no estén debidamente inscritos en el RUP o quienes estando inscritos consten como suspendidos en ese registro, entre otras condiciones. La Ley es clara, establece una condición necesaria para que se acceda a la contratación pública, si no se la cumple se inhabilita o se prohíbe a los oferentes o proveedores.

En tratándose de contratación pública, las inhabilidades están directamente relacionadas a la capacidad y limitaciones jurídicas establecidas en la LOSNCP consignadas a los oferentes, "*dado que el interés público exige un control de la capacidad de los concurrentes*<sup>117</sup>".

---

<sup>116</sup> OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo ,Teoría general del contrato y del **negocio** jurídico , 7 ed., Bogotá editorial Temis, 2005, noción lógica del acto o negocio jurídico, páginas 22 y 23

<sup>117</sup> DROMI, Roberto. Derecho administrativo. Hispania Libros. Buenos Aires. 12 ed. 2009 pág. 455

Al mismo tiempo la doctrina corrobora la importancia del control de las inhabilidades y capacidades cuando menciona:

“Los conceptos competencia y capacidad integran el elemento sujeto. Ambos atañen la validez del contrato, pues exige que los sujetos contratantes tengan aptitud legal para celebrar y ejecutar el contrato. Por lo tanto, como presupuesto del consentimiento, se exige la capacidad jurídica del contratista”.<sup>118</sup>

La capacidad del oferente, resulta en un indicador indispensable para determinar la existencia de inhabilidades, por ello si se verifica la incapacidad jurídica del oferente es evidente que es un caso de inhabilidad general como lo señala el artículo 62 de la LOSNCP el cual será posteriormente analizado. Al mismo tiempo las condiciones de admisibilidad o inhabilidad implican intrínsecamente una restricción a la participación, la cual surge de una necesidad de la administración de regular y controlar la confluencia de ciertos partícipes que pueden ser inhábiles. Sin embargo cabe rescatar que dicha regulación no debe verse manipulada o discrecionalmente utilizada para increpar a los partícipes, licitadores, oferentes, etc. en casos no previstos por la Ley.

La inhabilidad al ser producto de una incapacidad, mantiene dos corrientes dentro de la contratación pública:

“Capacidad genérica: para contratar con la administración es necesario contar, en todos los casos, con la capacidad para obligarse contractualmente que, de modo general, establece el derecho privado, código civil entre otros...

Capacidad específica: se refiere a una serie de requisitos éticos, específicos, jurídicos, de idoneidad técnica o de solvencia socio económico-financiero a los que deben sujetarse los oferentes. Es decir, que a la capacidad para contratar se le agrega cierta calificación en función de asegurar la seriedad de la oferta y el

---

<sup>118</sup> DROMI, Roberto. Derecho administrativo. Hispania Libros. Buenos Aires. 12 ed. 2009 pág.456

cumplimiento del contrato. Es pues una capacidad adjetivada, y así se habla de capacidad jurídica, técnica y económica financiera<sup>119</sup>.

En conclusión es claro que la naturaleza jurídica de las inhabilidades en la contratación pública está dada en razón de ciertas condiciones de admisibilidad establecidas en la LOSNCP y el RLOSNCP. Dichas condiciones consisten en la calificación ética, económica, familiar (consanguineidad y afinidad) entre otros parámetros, de las personas naturales y jurídicas quienes desean formar parte de un proceso de contratación administrativa, ya sea como oferente-proveedor o como posterior adjudicatario.

### 3.3.1 La capacidad jurídica del oferente

La capacidad es *“un atributo de la personalidad jurídica o, mejor aún, el atributo esencial de esta, puesto que constituye el cuño que, aplicado a cualquier ser, humano o no, le permite existir como sujeto de derecho”*<sup>120</sup>.

La capacidad en la contratación administrativa consiste en *“ser oferentes las personas naturales o jurídicas que se hallen en plena posesión de su capacidad jurídica y de obrar”*<sup>121</sup>. Es decir quienes se hallen en uso de sus facultades psíquicas y morales de actuar serán considerados sujeto de derechos u oferentes hábiles para iniciar una contratación con el Estado.

La capacidad jurídica del oferente, es un elemento imprescindible en toda contratación pública, debido a que el concordante artículo 68, numeral segundo de la LOSNCP exige como requisito de validez de los contratos públicos, *“la capacidad del adjudicatario”*<sup>122</sup>.

---

<sup>119</sup> DROMI, Roberto. La licitación pública. Hispania Libros. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1999. 2004, pág. 312.

<sup>120</sup> OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo ,Teoría general del contrato y del negocio jurídico , 7 ed., Bogotá editorial Temis, 2005, noción lógica del acto o negocio jurídico, página 21

<sup>121</sup> DROMI, Roberto. Derecho administrativo. Hispania Libros. Buenos Aires. 12 ed. 2009 pág.456

<sup>122</sup> Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 4 de Agosto de 2008, Registro Oficial #395.

Al respecto el artículo 14, numeral quinto de la LOSNCP señala:

“El Instituto Nacional de Contratación Pública tendrá a su cargo el cumplimiento de las atribuciones previstas en esta Ley, incluyendo en consecuencia, la verificación de: 5. Que los proveedores seleccionados **no presenten inhabilidad o incapacidad** alguna hasta el momento de la contratación...” (Las negrillas, puntos suspensivos y subrayado son de mi autoría)<sup>123</sup>

En síntesis “las restricciones sobre la capacidad jurídica del contratista se deben a diversas razones: penales... económicas... administrativas... éticas” (Los puntos suspensivos y el subrayado son de mi autoría)<sup>124</sup>.

### **3.4 Las inhabilidades y el principio de libre concurrencia en la contratación administrativa**

Dentro de la contratación administrativa resulta indispensable contar con normas claras y certeras que determinen cuales son las limitaciones, inhabilidades o prohibiciones que se establecen a los oferentes, personas naturales y jurídicas, quienes probablemente serán futuros contratistas del Estado.

Por esta razón la LOSNCP, en los artículos del 62 y 63 del capítulo I de las Capacidades, Inhabilidades o Nulidades, determina los casos exactos en los que se generan inhabilidades, las consecuencias jurídicas de las mismas y la forma de proceder en caso de ser detectadas por las Entidades Contratantes, máximas autoridades y sus respectivas comisiones técnicas de calificación e incluso por el INCOP.

---

<sup>123</sup> Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 4 de Agosto de 2008, Registro Oficial #395

<sup>124</sup> DROMI, Roberto. Derecho administrativo. Hispania Libros. Buenos Aires. 12 ed. 2009 pág.456

La regulación que genera en este aspecto tanto el INCOP, conjuntamente con la entidad contratante, resultan en medidas determinantes para la correcta culminación de la etapa tanto precontractual como contractual de la contratación administrativa. Sin embargo las entidades antes citadas, deben sujetarse a lo establecido en la LOSNCP y su reglamento, de manera que se respete los principios rectores establecidos por el artículo 4 de la LOSNCP.

En cuanto a las inhabilidades, doctrina comparada explica que:

“La finalidad de las inhabilidades, en la contratación administrativa, es garantizar la idoneidad, moralidad, probidad y eficacia en el uso del erario público. De igual forma son una garantía de que el comportamiento anterior o el vínculo familiar no afectarán el correcto desenvolvimiento del interés público...”.<sup>125</sup> (Los puntos suspensivos son de mi autoría)

Asimismo la legislación colombiana sostiene, que en cuanto al concepto y finalidades de las inhabilidades, **“éstas obedecen a la necesidad de establecer una serie de normas que persigan la transparencia y moralidad en la actuación pública para lograr una administración eficiente, justa y sólida**<sup>126</sup>”. (Las negrillas son de mi autoría)

Las anteriores afirmaciones aluden la importancia de las inhabilidades y el control administrativo de las mismas con el fin de lograr un impecable desempeño de la contratación administrativa. Sin embargo no se debe descuidar el objetivo eminente de toda contratación pública: la contraprestación y por lo tanto generación de obligaciones y derechos para las partes contrayentes.

---

<sup>125</sup> Departamento administrativos de la función pública de la republica de Colombia, inhabilidades e incompatibilidades de la función administrativa, Elizabeth Rodríguez Taylor, Bogotá, D.C., 2009

<sup>126</sup> *Ibíd.*

Una contraprestación que se genera en la etapa precontractual, es el principio de libre concurrencia el cual se refiere a: “La confianza y garantía de la posibilidad de oposición entre los interesados en la futura contratación... e implica la prohibición para la Administración de imponer condiciones restrictivas para el acceso al concurso”<sup>127</sup> (los puntos suspensivos son de mi autoría).

El doctor José Luis Aguilar, explica:

“El principio de concurrencia, establecido en el artículo cuarto de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, es aquel que garantiza la libre afluencia del mayor número de oferentes dentro de un proceso de contratación pública, en igualdad de condiciones y sin restricciones de índole discrecional, permitiendo consecuentemente que el precio y calidad de las ofertas sea amplio, y no restringido, de manera que las entidades contratantes tengan un amplio universo de selección favorable a los intereses estatales”<sup>128</sup>.

A pesar de que este principio es pilar de toda contratación administrativa, “no es un principio absoluto”<sup>129</sup>, pues la Ley impone ciertas restricciones o inhabilidades dado que “el interés público exige un control de la capacidad de los concurrentes”<sup>130</sup>.

Sin embargo, todo control respecto a las inhabilidades de los oferentes, debe ser pleno y legal, para ello el legislador es el funcionario gubernamental llamado a regular y establecer el régimen de inhabilidades que se encuentra consagrado en la LOSNCP y en el RLOSNCP. Así mismo el legislador es el único autorizado a realizar una reforma al primero de los mencionados. El órgano ejecutivo no está facultado para la creación de nuevas inhabilidades,

---

<sup>127</sup> DROMI, Roberto. Derecho administrativo. Hispania Libros. Buenos Aires. 12 ed. 2009 pág483

<sup>128</sup> AGUILAR, José Luis, seminario de contratación pública, tema: la contratación pública, marco jurídico, Quito-Ecuador Setiembre 06 de 2010.

<sup>129</sup> DROMI, Roberto. Derecho administrativo. Hispania Libros. Buenos Aires. 12 ed. 2009 pág470

<sup>130</sup> *Ibíd.*, pág. 455

sino que está facultada solo a reglamentar lo establecido previamente en las leyes.

Existe detrimento en contra del analizado principio de libre concurrencia pues aunque:

“el interés público justifica que se excluya de la concurrencia a ciertos oferentes [sin embargo esto no debe vulnerar] “el principio de igualdad, pues las restricciones para estar dotadas de legitimidad deben tener carácter general y establecerse antes del llamado a los oferentes. Estas limitaciones deben provenir del legislador, porque toda reglamentación de las libertades individuales forma parte de su zona de reserva...<sup>131</sup>” (Los puntos suspensivos y lo escrito en cuadrados son de mi autoría)

Del anterior análisis doctrinal, se evidencia menoscabo al principio de igualdad de los oferentes y por último al principio de concurrencia. El D.E 1793 fue dictaminado por la función ejecutiva en flagrante contradicción con el principio de libre concurrencia, pues no se han generado los presupuestos y condiciones necesarias de respeto a la jerarquía normativa, afectando directamente a los oferentes y proveedores.

En conclusión las inhabilidades son el resultado de un intuitivo control, orientado por el legislador, permitiendo generar seguridad e igualdad entre los oferentes en beneficio de los intereses estatales.

### **3.5 Clasificación de las inhabilidades dentro de la LOSNCP**

La LOSNCP determina que existen dos tipos de inhabilidades:

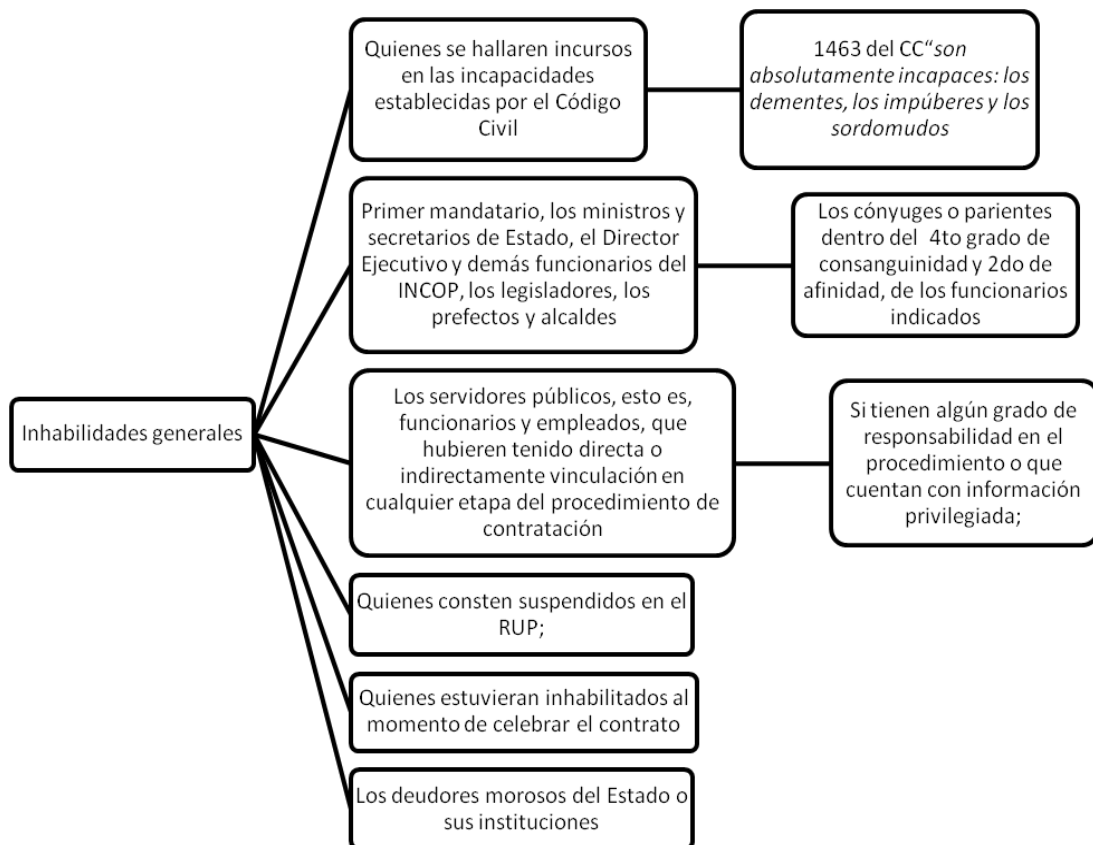
---

<sup>131</sup> FIORINI, Bartolomé A., Derecho administrativo, 1a. ed. publicada en 1968 con el título "Manual de derecho administrativo", reimpresión de 1995 con el título actual. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995 la contratación administrativa página



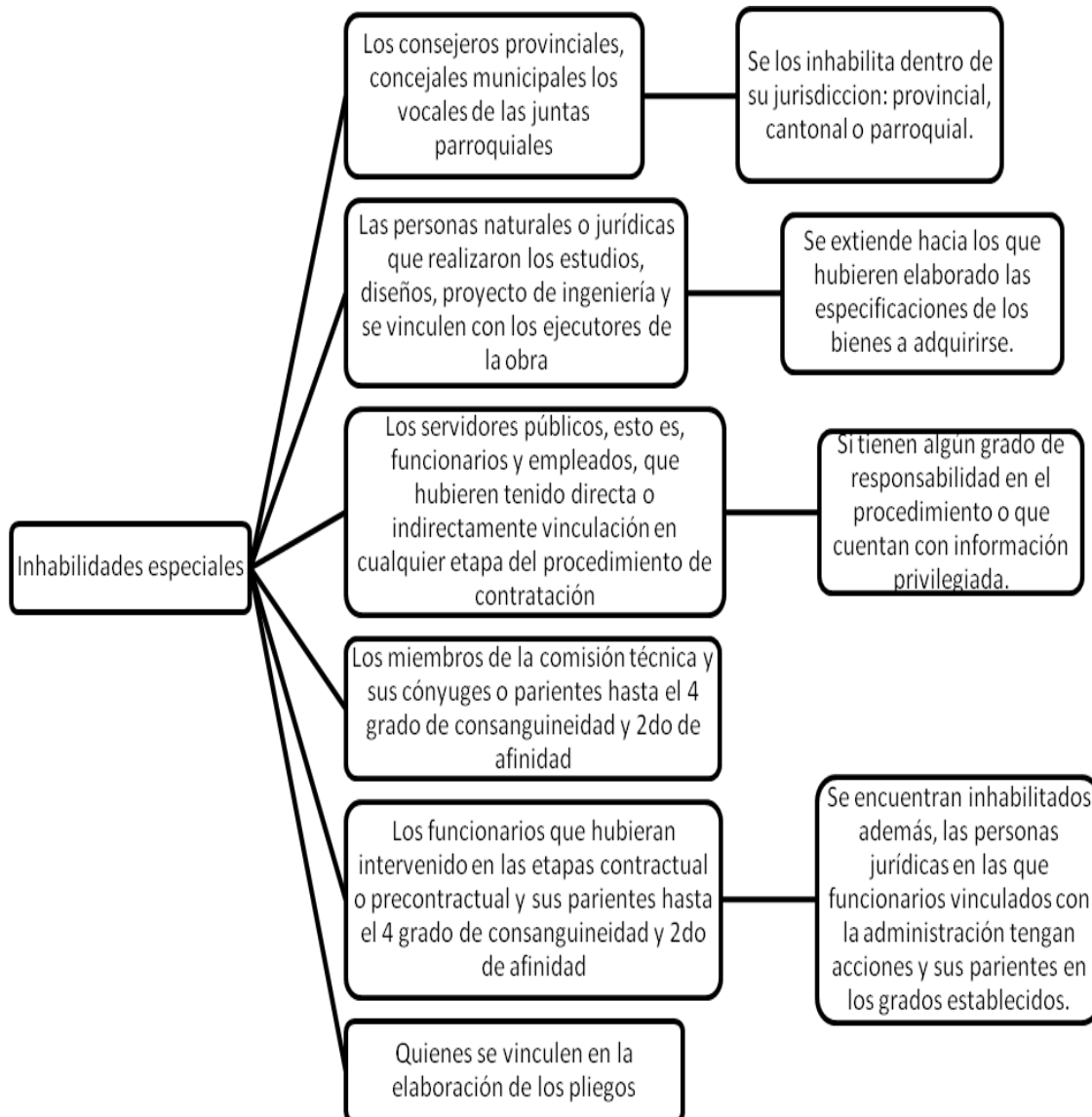
1) **Inhabilidades generales:** Se encuentran dispuestas en el artículo 62, se refieren a las prohibiciones o ineptitudes en las que comúnmente incurren los oferentes y que **los inhabilita para contratar con todas las Entidades Contratantes.**

**FIGURA3-1 LAS INHABILIDADES GENERALES**



2) **Las inhabilidades Especiales:** Se encuentran dispuestas en el artículo 63 de la LOSNCP se refieren a las limitaciones para celebrar contratos con una determinada entidad contratante.

**FIGURA 3-2 LAS INHABILIDADES ESPECIALES**



Fuente figura 3-2: Autor Milton David Morales Palacios

### 3.6) Diferencias entre las inhabilidades generales y especiales en la contratación pública.

**TABLA 3-1**

<b><i>Parámetros diferenciadores</i></b>	<b><i>Inhabilidades generales artículo 62 de la LOSNCP</i></b>	<b><i>Inhabilidades especiales artículo 63 de la LOSNCP</i></b>
<i>Por la especialidad</i>	Se refieren a casos comunes y frecuentes de incapacidad, o de limitaciones o falta de requisitos de los oferentes.	Son casos específicos de incapacidad o límites impuestos a los oferentes.
<i>Por los parámetros que se califican</i>	Se califica la capacidad e idoneidad tanto física como psicopática del oferente.	Se agregan otras calificaciones en función de asegurar la seriedad de la oferta y el cumplimiento del contrato.
<i>Por el alcance de la norma que inhabilita</i>	Quienes incurran en este tipo de inhabilidad, no pueden contratar con todas las entidades contratantes a nivel nacional.	Quienes incurran en este tipo de inhabilidad, no pueden contratar con las entidades contratantes que se encuentra en su jurisdicción.
<i>Por la vinculación en el procedimiento precontractual</i>	La inhabilidad general prohíbe o limita la participación del oferente, en cualquier etapa del procedimiento precontractual.	La inhabilidad especial, limita a quienes hubieren realizado estudios, diseños y los proyectos de ingeniería o arquitectura. Es decir inhabilita en una etapa específica del procedimiento precontractual.

Sobre el cuadro comparativo, queda evidenciado que si un oferente incurre en una inhabilidad general, ya no será necesario analizar si incurre en una inhabilidad especial, por ejemplo, si un proveedor ha sido suspendido en el RUP por un incumplimiento contractual con el Ministerio de Transporte y Obras Públicas, la consecuencia es que no podrá contratar con ninguna Entidad Contratante determinadas en el artículo 1 de la LOSNCP, sin necesidad de establecer si tiene otra inhabilidad especial.

Cabe mencionar lo que la Procuraduría General del Estado, en adelante PGE, ha resuelto y respondido referente a las inhabilidades. Su pronunciamiento en el siguiente caso ha sido el siguiente:

**Consulta:**

“¿Es procedente que un profesional de la ingeniería civil, arquitectura o cualquier otro que es yerno de un concejal o concejala, pueda celebrar contratos para la ejecución de obras civiles, con la Municipalidad en cuya jurisdicción su suegro/ a ostenta tal dignidad?”.

**Pronunciamiento de la PGE:**

Las prohibiciones determinadas en los Arts. 41 ordinal 3º y 64 numeral 12 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal y de las prohibiciones e inhabilidades para la celebración de contratos previstas en los artículos 64 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, y del Art. 111 de su reglamento general, al encontrarse el suegro con el yerno en el primer grado de parentesco en línea recta o directa de afinidad, es improcedente la celebración de contratos para la ejecución de obras civiles con el yerno de un Concejal de la Municipalidad en que ejerce tal dignidad.

### **3.7 Identificación de la inhabilidad creada a través del D.E 1793, ¿es general o es especial?**

La inhabilidad creada, en el D.E 1793, es la siguiente:

“Será requisito previo a la calificación como proveedor y habilitación como oferente de una persona jurídica la determinación clara de sus accionistas, partícipes o asociados sean personas naturales o jurídicas... “Si en la determinación de los accionistas, partícipes o asociados o cualquier forma de participación se llegare a determinar que tienen la calidad de personas jurídicas con domicilio en los denominados “paraísos fiscales” determinados por el Servicio de Rentas Internas de la República del Ecuador; esta situación será causa de descalificación inmediata ...., para los efectos de las inhabilidades establecidas en los artículos 62, 63 y 64 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; 110 y 111 del Reglamento a la indicada Ley”<sup>134</sup>. (Los puntos suspensivos son de mi autoría).

La norma es específica y determina una nueva inhabilidad en un caso particular de alcance general: toda persona jurídica, que desea participar en un proceso de contratación administrativa, que **está asociada con personas jurídicas domiciliadas en los denominados “paraísos fiscales”**; esta situación será **causa de descalificación inmediata**; y por lo tanto, **el oferente no podrá acceder a un contrato con el Estado, quedando inhabilitado para contratar con todas las entidades contratantes.**

En este punto cabe analizar brevemente el concepto de paraíso fiscal, o estado de baja imposición tributaria: *“son aquellos territorios que poseen un sistema fiscal que ofrece una escasa o nula tributación, generalmente en relación con*

---

<sup>134</sup> Decreto ejecutivo 1793, suscrito el 20 de junio de 2009, publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 621 del 26 de Junio del 2009, función ejecutiva, presidencia de la república del Ecuador. Extracto párrafos primero y tercero y cuarto.

*los impuestos directos y que facilita la elusión fiscal de contribuyentes pertenecientes a otras jurisdicciones”*.<sup>135</sup>

Es evidente que la nueva inhabilidad creada a través del D.E. 1793 es una “inhabilidad general”, debido a que la misma, tienen un alcance y cobertura mucho más amplio que las inhabilidades especiales. Por esa razón el legislador explica que “no podrán celebrar contratos previstos en esta Ley con las Entidades Contratantes<sup>136</sup>”; es decir no pueden celebrar contrato **con todas las entidades** cuando se incurra en alguna de las inhabilidades generales.

En conclusión, la inhabilidad general, establecida en el D.E 1793, se caracteriza por su amplitud pues prohíbe que cualquier oferente sea calificado y posteriormente contratado **con todas las entidades contratantes**, sin excepción. Mientras que una inhabilidad especial limita a la contratación pública, con la entidad que se vincula directamente con el oferente y no con todas las entidades contratantes.

### **3.8 Control de la legalidad, de la inhabilidad creada a través del D.E 1793.- Conflicto jerárquico normativo**

La ilegalidad consiste en el mecanismo utilizado para la promulgación y puesta en vigencia de la nueva inhabilidad general, la cual no se la debió engendrar como un acto normativo de la administración o D.E 1793, sino como una reforma a la LOSNCP a través de los mecanismos, previa y legalmente establecidos en la C.R.

---

<sup>135</sup>“Xavier, Alberto, op.cit., pág.297; “aquellos territorios o Estados que se caracterizan por la escasa o nula tributación a que someten a determinadas personas o entidades que en dichas jurisdicciones encuentran su cobertura o amparo.” Pérez Rodilla, Gerardo, “Los Paraísos Fiscales. Su regulación en la actual normativa fiscal”, Información Comercial Española. Spitz, Barry Planificación Fiscal Internacional, 1ª Edición en español, Ediciones Deusto, Bilbao, 1992, págs.44-45.

<sup>136</sup> Art 62 Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 4 de Agosto de 2008, Registro Oficial #395

Es ilegal pues el D.E 1793 incide directamente en la LOSNCP y el RLOSNCP, generando un ambiente de inseguridad jurídica debido a la manera en la que el Presidente de la República modificó las dos normas sin considerar o tomar en cuenta el mecanismo legal que se encuentra especificado en la carta magna en el artículo 133 inciso segundo el cual manda a que: *“La expedición, reforma, derogación e interpretación con carácter generalmente obligatorio de las leyes orgánicas requerirán mayoría absoluta de los miembros de la Asamblea Nacional”*<sup>137</sup>.

Al respecto, de los actos normativos de la administración Hans Kelsen menciona:

“Señalaremos aquí solo la distinción entre ley y los actos reglamentarios que tiene especial importancia cuando la constitución delega fundamentalmente la producción de normas jurídicas generales en un parlamento elegido por el pueblo, pero permite, para la formulación más precisa de las leyes, a normas generales producidas por ciertos órganos administrativos, o bien cuando la constitución autoriza al gobierno en ciertos casos excepcionales, a dictar, en lugar del parlamento, todas las normas generales necesarias, o alguna de ellas. Las normas generales provienen del órgano administrativo, mientras que la Ley se origina del órgano legislativo”<sup>138</sup>. [Más adelante el mismo autor complementa el primer enunciado cuando menciona] “Las constituciones escritas contienen por lo común las determinaciones especiales relativas a los procedimientos mediante los cuales se pueden modificar los reglamentos, las leyes o la propia constitución”<sup>139</sup>. [Como se analizó anteriormente hace referencia a los principios de legitimidad y legalidad de producción de la norma].

De lo anterior se evidencia el claro afán del autor, de instituir un procedimiento y órgano competente para expedir, modificar, crear o reformar una Ley. Si se incumple ese mandato constitucional se configura una ilegalidad indiscutible.

---

<sup>137</sup> Constitución de la República del Ecuador, publicación oficial de la asamblea constituyente 2008, publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de Octubre de 2008.

<sup>138</sup> Kelsen, Hans teoría pura del Derecho, editorial Porrúa, onceava edición, México, 2000, página 239

<sup>139</sup> *Ibíd.* 217.

Se demuestra la ilegalidad del D.E 1793, en el hecho de que el decreto entra en vigencia y modifica de manera directa a la LOSNCP y el RLOSNCP, sin tomar en cuenta el procedimiento legislativo establecido para el efecto y sin prevenir en el respeto al principio de jerarquía normativa y consecuentemente al principio de supremacía constitucional, principios que serán detallados más adelante.

En atención a este inusitado e ilegal D.E 1793, el doctor José Luis Aguilar, respondiendo a la pregunta ¿cree usted que el decreto ejecutivo 1793 afecta a los principios establecidos en el artículo 4 de la LOSNCP?, menciona:

“En mi criterio personal, efectivamente se han afectado algunos de los principios consagrados en la LOSNCP y además algunos principios jurídicos consagrados en la Constitución de la República del Ecuador, en virtud de la publicación del D.E 1793. En la constitución encontramos en el artículo 288 algunos principios los cuales se han irrespetado. Uno de los más evidentes es el de promoción de los pequeños y medianos productores que probablemente pudieran tener nexos con empresas constituidas en paraísos fiscales.

Por otra parte, se han vulnerado principios contemplados en la LOSNCP abusando principalmente del principio de libre competencia, ya que se han limitado el número de ofertas y por lo tanto la calidad de productos y el precio final, como explique antes. También se ha afectado el principio de legalidad ya que la nueva inhabilidad se creó a través de un acto de inferior jerarquía a la LOSNCP. Un caso que se ha detectado y sugiero se produjo a raíz de la expedición del Decreto Ejecutivo 1793, es que en algunas entidades contratantes se imponían restricciones y limitaciones a oferentes de origen chino, estas limitaciones fueron establecidas en los pliegos contractuales de manera discrecional en donde se indicaba que no podían contratar ni siquiera adquirir bienes, servicios y consultorías de origen Chino. Existen casos similares día a día que no son oportunamente controlados lo cual crea incertidumbre y desigualdad lo cual denota un SNCP deficiente<sup>140</sup>”.

También existe ilegalidad debido a la incertidumbre normativa desencadenada.

Existe incertidumbre, ya que hay una evidente contradicción e inconsistencias

---

<sup>140</sup> AGUILAR, José Luis, la contratación pública, marco jurídico, seminario realizado en el auditorio del colegio de abogados, Quito-Ecuador Septiembre 06 de 2010.



entre la LOSNCP y en el RLOSNCP y otras disposiciones secundarias resueltas por el INCOP referentes a la contratación pública. En los dos años de vigencia de la LOSNCP, se han evidenciado un sin número de cambios de carácter sustancial y determinante a la hora de iniciar una contratación pública.

Lamentablemente dichos cambios se los han realizado de manera inusual e incomprensible para los entendidos en el Derecho Administrativo, generando inestabilidad para quienes aplican dichas normativas.

Por esta razón el doctor José Luis Aguilar manifiesta:

“Una de las falencias y observaciones que descubro en el análisis del Sistema Nacional de Contratación Pública, es la inconsistencia que existe entre la LOSNCP, el reglamento general de aplicación y las resoluciones emitidas por el INCOP.

Esta afirmación y a la vez criterio personal, se justifica en el hecho de que muchas veces, y a vista y paciencia de abogados expertos en la materia, el reglamento e inclusive las resoluciones del INCOP, legislan lo que no se encuentra determinado en la LOSNCP. Un claro ejemplo es el procedimiento de ínfima cuantía, el cual al ser de valiosa utilidad para las entidades contratantes, no se encuentra regulado por la LOSNCP sino por su reglamento general de aplicación<sup>141</sup>”.

En conclusión es claro el desconcierto que se genera día a día, en virtud de las disposiciones que sin tener un grado superior al de la LOSNCP o el RLOSNCP, han modificado el flujo normal de las contrataciones públicas. En el corto plazo estas disposiciones y nuevas reformas han logrado sus objetivos; entonces deberían formar parte de la normativa rectora de contrataciones y no deberían encontrarse dispersos en resoluciones y decretos que lo único que provocan son disensos y confusión en el SNCP. Por esta razón se vuelve necesario recurrir a los mecanismos de control tanto constitucionales (acción pública de

---

<sup>141</sup> AGUILAR, José Luis, la contratación pública, marco jurídico, seminario realizado en el auditorio del colegio de abogados, Quito-Ecuador Septiembre 06 de 2010.

constitucionalidad) como jurisdiccionales (recurso objetivo o de anulación) a continuación explicados.

### **3.9 Inconstitucionalidad del D.E 1793**

#### **3.9.1 Definición de Inconstitucionalidad**

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española menciona: Inconstitucional: f. Oposición de una ley, de un decreto o de un acto a los preceptos de la constitución<sup>142</sup>”

Guillermo Cabanellas menciona: “Inconstitucional: Quebrantamiento de la letra o del espíritu de la Constitución por leyes del Parlamento, por decretos, leyes o actos de gobierno.<sup>143</sup>”

Analizadas las anteriores definiciones se puede establecer una propia; inconstitucionalidad, se refiere a la transgresión en la que incurre una norma de carácter inferior, y los efectos que esta produce, al contradecir los principios dogmáticos y materiales establecidos en la Carta Política o Constitución Política del Estado.

#### **3.9.2 Supremacía de la Constitución.**

El doctor Rafael Oyarte Martínez explica este principio de la siguiente manera:

“La supremacía material de la Constitución, la cual se manifiesta en la superioridad de su contenido respecto al resto del ordenamiento jurídico, pues es la Constitución el origen de toda la actividad jurídica

---

<sup>142</sup> Diccionario de la Real Academia Española de la lengua vigésima tercera edición oficial, <http://www.rae.es/rae.html>, consultado el día domingo 12 de septiembre de 2010.

<sup>143</sup> CABANELLAS, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, editorial Heliasta, Buenos Aires, 21ª. Edición, tomo IV, p 380.

desarrollada por el Estado, la que se debe subordinar en todas sus formas de actividad. La Constitución crea y organiza las competencias de los órganos del poder público por lo que, obviamente, es superior a dichas potestades pues ella las otorgo”<sup>144</sup>.

El artículo 424 de la C.R establece:

“La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica. La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.”

Concordantemente el artículo 425 de la C.R, cita el orden jerárquico de la normativa el cual se debe respetar:

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

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

La supremacía de la C.R. es un principio inexorable e inexcusable, en virtud del cual:

“Existe un mecanismo jurídico, un dispositivo institucional que asegura la real y efectiva vigencia, el cumplimiento de ese principio en la vida y marcha del Estado, que en suma garantice que en el ordenamiento jurídico no haya normas que desconozcan, nieguen o

---

<sup>144</sup> OYARTE, Rafael, La acción de inconstitucionalidad de actos normativos, publicación del Tribunal constitucional, “Fortalecimiento de la Justicia Constitucional en el Ecuador”, editora nacional, Quito 2008, pág. 33

contradigan lo que la constitución dispone, y en caso de haberlas, las destruya jurídicamente y las expulse de ese ordenamiento<sup>145</sup>”.

El mecanismo al que se hizo alusión, es la llamada acción pública de inconstitucionalidad amparada en el numeral segundo del artículo 436 de la C.R, el mismo que:

“Tiene por objeto alcanzar que el órgano estatal competente declare la invalidez de las normas que no se ajustan en el fondo o en la forma a la Constitución, y que expulse en consecuencia del ordenamiento jurídico vigente a las normas irregulares. La demanda de inconstitucionalidad constituye así, el medio procesal que asegura la eficacia del principio de supremacía constitucional<sup>146</sup>”.

### **3.9.3 Procedimiento para iniciar la acción pública de inconstitucionalidad**

La C.R, conjuntamente con la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en adelante LOGJCC, establecen el procedimiento a seguir para el inicio de la acción pública de inconstitucionalidad. A continuación se explican los pasos más relevantes para la presentación de esta acción de control constitucional:

#### **3.9.3.1 Competencia**

En razón del artículo 436 y el concordante artículo 75 de la LOGJCC, la Corte Constitucional es el órgano competente “para conocer de las demandas o

---

<sup>145</sup> ORDOÑEZ, Hugo, demanda de inconstitucionalidad en el Ecuador, editorial Pudeleco, Quito marzo de 1997, pág. 37.

<sup>146</sup> *Ibíd.*, pág. 43

acciones públicas de inconstitucionalidad presentadas individual o colectivamente por cualquier ciudadana o ciudadano”<sup>147</sup>.

Es así que, “respecto de los actos normativos, vale decir, leyes orgánicas, decretos.... emitidos por órganos del poder público, la Corte Constitucional ejerce control concentrado, abstracto, preventivo y a posteriori, a instancia de parte y obligatorio, y con efectos de carácter general, según lo dispone la Constitución<sup>148</sup>” (Los puntos suspensivos son de mi autoría)

### **3.9.3.2 Objeto de la acción de inconstitucionalidad**

El objeto de la demanda o acción pública de inconstitucionalidad, según lo establece el artículo 436 de la C.R numeral segundo y el concordante artículo 98 de la LOGJCC, versará en contra de los “actos normativos de carácter general emitidos por órganos autoridades del Estado. La declaratoria de inconstitucionalidad tendrá como efecto la invalidez del acto normativo impugnado<sup>149</sup>”.

En el presente caso, es claro que el D.E 1793 es un acto normativo de carácter general emitido por la función ejecutiva.

### **3.9.3.3 Accionantes**

Para el caso previsto en el artículo 436 numeral segundo de la C.R, el artículo 439 de la C.R y el concordante artículos 77 y 98 de la LOGJCC, permiten que

---

<sup>147</sup> Artículo 439 de la Constitución de la República del Ecuador, publicación oficial de la asamblea constituyente 2008, publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de Octubre de 2008

<sup>148</sup> MORALES, Marco, el control de la administración y la justicia constitucional, publicación del Tribunal constitucional, “Descentralización administrativa”, editora nacional, Quito 2005, pág. 81

<sup>149</sup> Constitución de la República del Ecuador, publicación oficial de la asamblea constituyente 2008 articulo

sea presentada la acción pública de inconstitucionalidad individual y colectivamente, es decir por un número de ciudadanos que se sienta en el deber de exigir se torne nula una norma contraria a la C.R, o por el contrario una sola persona podrá presentar y fundamentar la acción.

#### **3.9.3.4 Fundamento de la acción pública de inconstitucionalidad**

Es imperativo establecer claramente, al presentar la acción de inconstitucionalidad del D.E 1793, si el vicio o inconstitucionalidad denunciados son de fondo o de forma.

“Los vicios de fondo se refieren a que el acto normativo contradice el contenido de la Constitución, tanto respecto a su parte dogmática como en relación a la parte orgánica....

Los vicios de forma se producen si el acto normativo no se creo, modificó o derogó conforme al procedimiento de formación previsto en la Constitución (por ejemplo si la ley no fue aprobada en dos debates por el Congreso Nacional...). Si una norma se crea, violando el procedimiento de formación, no tiene validez jurídica pues el órgano del poder público habrá quebrado la Constitución al no ejercer sus facultades en la forma prevista por el Código Político”<sup>150</sup>. (Los puntos suspensivos son de mi autoría)

En el caso puntual, el D.E. 1793 vicia de manera evidente el procedimiento de formación, derogación o creación de una Ley Orgánica, dicho procedimiento se encuentra determinado en los artículos 132 y 133 de la C.R:

---

<sup>150</sup> OYARTE, Rafael, La acción de inconstitucionalidad de actos normativos, publicación del Tribunal constitucional, “Fortalecimiento de la Justicia Constitucional en el Ecuador”, editora nacional, Quito 2008, páginas 32 y 36.

“La Asamblea Nacional aprobará como leyes las normas generales de interés común<sup>151</sup>”; consecuentemente el art. 133 establece que: “La expedición, reforma, derogación e interpretación con carácter generalmente obligatorio **de las leyes orgánicas** requerirán mayoría absoluta de los miembros de la Asamblea Nacional<sup>152</sup>”. (Las negrillas y el subrayado son de mi autoría)

Por esta razón es factible presentar una acción pública de inconstitucionalidad, en contra de la publicación en el registro oficial del D.E 1793 y del D.E 144 y de la Resolución INCOP No.037-09<sup>153</sup>, cuyo fundamento de derecho versará en cuanto existe una flagrante violación o vicio de forma, al no respetarse el procedimiento constitucionalmente establecido para reformar una Ley Orgánica (LOSNCP) y por lo tanto violentando el principio de jerarquía normativa.

### **3.9.3.5 Efectos del control de constitucionalidad**

El artículo 436 de la C.R menciona: La declaratoria de inconstitucionalidad tendrá como efecto la invalidez del acto normativo impugnado.

El artículo 96 de la LOGJCC señala: Las sentencias que se dicten sobre las acciones públicas de inconstitucionalidad surten efectos de cosa juzgada (...). (Los puntos suspensivos son de mi autoría)

Referente a los efectos de la inconstitucionalidad, el doctor Oyarte menciona:

“En virtud de que la declaratoria de inconstitucionalidad invalida el acto y por tanto lo expulsa del ordenamiento jurídico positivo, se ha señalado que el Tribunal Constitucional [actual Corte Constitucional] obra como un legislador negativo y que la declaratoria de inconstitucionalidad opera como una derogatoria (...) [Posteriormente concluye el autor y mencionan], La declaratoria de

---

<sup>151</sup> Constitución de la República del Ecuador, publicación oficial de la asamblea constituyente 2008 artículo 132

<sup>152</sup> *Ibíd.*, artículo 133.

<sup>153</sup> Resolución suscrita el 27 de noviembre del 2009, y publicada en el Registro Oficial # 93 con fecha 22 de diciembre de 2009.

inconstitucionalidad entra en vigencia con su publicación en el registro oficial<sup>154</sup>” (Lo escrito en cuadrados y los puntos suspensivos son de mi autoría)

El Tribunal Constitucional Federal Alemán, señala un efecto adicional, al indicar que:

“Una sentencia que declare la nulidad de una ley, tiene no solo fuerza de ley, sino que también, de conformidad con el artículo 31 inc. 1 de la Ley del Tribunal Constitucional, los fundamentos de la decisión vinculan a todos los órganos constitucionales de la federación, de manera tal que en el futuro no será posible expedir una ley federal con el mismo contenido<sup>155</sup>”

En conclusión, el efecto inmediato de la sentencia que declare inconstitucional un acto normativo, será la invalidez del mismo, es decir, que no puede ser aplicado por ninguna autoridad en ninguna circunstancia ya que sus efectos y vigencia fueron derogados.

Asimismo la sentencia que declare la inconstitucionalidad, goza de efectos de cosa juzgada es decir sentencia de última instancia lo cual la vuelve inapelable e inimpugnable.

### **3.10 Interposición del recurso contencioso administrativo de anulación u objetivo como mecanismo de control jurisdiccional**

#### **3.10.1 El exceso de poder**

El diccionario de la Real Academia de la Lengua Española señala:

“Abusar. (De abuso).

---

<sup>154</sup> OYARTE, Rafael, La acción de inconstitucionalidad de actos normativos, publicación del Tribunal constitucional, “Fortalecimiento de la Justicia Constitucional en el Ecuador”, editora nacional, Quito 2008, páginas 42 y 43.

<sup>155</sup> Tribunal Constitucional Federal Alemán, Sentencia 1, 14 de la sala segunda de 23 de octubre de 1951, citado por OYARTE, Rafael, La acción de inconstitucionalidad de actos normativos, pág. 45.



1. intr. Usar mal, excesiva, injusta, impropia o indebidamente de algo o de alguien. Abusaba de su autoridad.

poder1. (Del lat. \*potēre, formado según potes, etc.).

1. tr. Tener expedita la facultad o potencia de hacer algo”<sup>156</sup>.

Un alcance a la definición de abuso de poder, lo realiza la RAE como, exceso de poder por lo cual se asume, una equivalencia entre exceso o abuso: exceso de poder. 1. m. Der. Vicio por ilegalidad del acto administrativo<sup>157</sup>.

El término exceso o abuso de poder, claramente indica que se genera una ilegalidad al momento en que el funcionario, o quien detenta el poder, ejerce sus facultades ignorando y extralimitándose a lo establecido en el ordenamiento jurídico que regula el ejercicio de sus funciones, y por lo tanto, se genera un vicio e ilegalidad en el acto administrativo.

Para el doctor José Rodríguez Elizondo, catedrático chileno, el exceso de poder se configura en cuatro tipos de causales: “1 la incompetencia, 2 los vicios de forma, 3 la violación de la Ley y 4 la desviación de poder<sup>158</sup>”.

En líneas posteriores el mismo autor explica:

“El recurso por exceso de poder, en su fase actual, se nos aparece como un recurso de anulación que procede por incompetencia, vicio de forma, violación a la ley y desviación de poder. Cualquiera de estas causales puede dar origen al recurso...”<sup>159</sup>

A continuación se analizará la desviación de poder como causal del exceso de poder del D.E 1793.

---

<sup>156</sup> Diccionario de la Real Academia Española de la lengua vigésima tercera edición oficial, <http://drae2.es/?lema=poder>, consultado el día lunes 15 de noviembre de 2010

<sup>157</sup> *Ibíd.*

<sup>158</sup> RODRÍGUEZ, ELIZONDO José A. Protección Jurisdiccional de los Administrados (El exceso de Poder), editorial jurídica de Chile, Santiago de Chile 1961, página 46.

<sup>159</sup> *Ibíd.*, página 35

### 3.10.2 La desviación de poder como vicio del acto administrativo

“La desviación de poder, puede conceptualizarse como aquella irregularidad que se produce cuando una autoridad, en el ejercicio de su competencia, observando formas legales, ajustando el contenido de su acto a la ley y obrando sobre la base de presupuestos ciertos, hace uso de sus prerrogativas con fines distintos a los que la ley tuvo en vista al conferírseles<sup>160</sup>”

En párrafos anteriores, específicamente en el capítulo segundo, se analizó la desviación de poder como productor de inseguridad jurídica en el ordenamiento jurídico, motivo suficiente para recurrir a los mecanismos de garantías constitucionales establecidos tanto por la C.R (acción pública de inconstitucionalidad) como a los mecanismos de garantías jurisdiccionales administrativas establecidos en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en adelante LJCA.

La desviación de poder se configura en un elemento que vicia el acto administrativo, pues generalmente, en el hecho de manipularse un acto de la administración pública hacia un determinado sujeto o una determinada situación se genera inmediatamente un detrimento de las garantías de los administrados.

Los actos administrativos y el fin de los mismos, deben someterse a lo previamente establecido en la C.R y en las leyes de menor jerarquía, siempre con el horizonte de satisfacer las necesidades de los administrados y del interés público y no con el objetivo de satisfacer los caprichos o interés de los funcionarios que detentan el poder público.

---

<sup>160</sup> RODRÍGUEZ, ELIZONDO José A. en su obra Protección Jurisdiccional de los Administrados (El exceso de Poder), editorial jurídica de Chile, Santiago de Chile 1961, página 78.

Si el fin es conseguido a través de anómalos procedimientos, que aparentan legalidad en los actos, los fines sin duda se verán viciados indirectamente y por lo tanto se vuelven impugnables. “La desviación de poder es un vicio del fin<sup>161</sup>”

En conclusión, la desviación de poder se configura debido a la ilegalidad en la creación del acto de la administración pública, lo cual generalmente se produce en el ejercicio del poder discrecional del funcionario, discrecionalidad que es desmedida e inconsciente, pero a la vez regulada por los órganos de control jurisdiccional pertinentes, los cuales están facultados para definir el futuro jurídico del acto administrativo impugnado

### **3.10.3 Definición del recurso de anulación o recurso objetivo**

Una vez entendida la premisa, de que la desviación de poder es una de las causales por las que se origina el exceso de poder, se vuelve necesario analizar que mecanismo jurisdiccional permite reorganizar el orden normativo. La solución se encuentra en la interposición de un recurso contencioso administrativo, que cesen los efectos del acto, el mismo que se define como: “un medio de defensa del Derecho objetivo violado, que solo puede perseguir la anulación del acto lesivo<sup>162</sup>”

Al respecto el maestro José Rodríguez Elizondo, explica que el Derecho objetivo es aquel “que pertenece a toda la sociedad”<sup>163</sup> es decir que el acto administrativo que adolezca de irregularidades afecta generalmente a toda la ciudadanía, motivo por el cual debe ser extraído del ordenamiento jurídico de manera que se restablezca el interés y orden público.

---

<sup>161</sup> RODRÍGUEZ, ELIZONDO José A. en su obra Protección Jurisdiccional de los Administrados (El exceso de Poder), editorial jurídica de Chile, Santiago de Chile 1961, página

<sup>162</sup> *Ibíd.* página 30.

<sup>163</sup> *Ibíd.* pág. 28

El artículo 3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, define taxativamente al recurso de anulación u objetivo o por exceso de poder:

“como aquel que tutela el cumplimiento de la norma jurídica objetiva, de carácter administrativo, y puede proponerse por quien tenga interés directo para deducir la acción, solicitando al Tribunal la nulidad del acto impugnado por adolecer de un vicio legal<sup>164</sup>”.

En conclusión el recurso contencioso administrativo de anulación u objetivo es de incuestionable importancia ,ya que permite a quien lo proponga, resguardar y exigir el control de legalidad que debe existir en todo acto administrativo engendrado por la administración pública, garantizando el correcto desenvolvimiento y potestades de la función administrativa y de las distintas entidades que componen el sistema de control jurisdiccional pues, como menciona Sarria, “el régimen constitucional es perfecto si la administración, además del sometimiento a la ley, se somete a la justicia<sup>165</sup>”

#### **3.10.4 Condiciones de admisibilidad y procedimiento para iniciar el recurso objetivo o de anulación**

La LJCA, establece el procedimiento a seguir para el inicio recurso objetivo o de anulación.

Del estudio de diversos tratadistas de legislaciones extranjeras, se sintetiza las siguientes condiciones de admisibilidad del recurso:

“1.- Existencia de un acto administrativo, 2.- lesión provocada por este acto en un interés legítimo personal y directo del administrado,

---

<sup>164</sup> Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, artículo tercero, Ley No. CL 35. Registro Oficial No. 338 de 18 de Marzo de 1968.

<sup>165</sup> SARRÍA, citado por RODRÍGUEZ, ELIZONDO José A. en su obra Protección Jurisdiccional de los Administrados (El exceso de Poder), editorial jurídica de Chile, Santiago de Chile 1961, página 22.

3.- que el administrado no disponga de un recurso paralelo , 4.- que el recurso se interponga en los plazos y con las formas legales y 5.- capacidad del administrado para comparecer a juicio”<sup>166</sup>.

A continuación se explica el procedimiento para la presentación de esta acción de control jurisdiccional-administrativo:

#### **3.10.4.1 Competencia y Plazo**

Dentro de la Jurisdicción contencioso administrativa, los Tribunales Distritales de lo Contencioso - Administrativo son los encargados para conocer los recursos objetivos o de anulación y subjetivos o de plena jurisdicción.

Por lo tanto el recurso se lo deberá presentar ante los tribunales quienes se encargarán de dar el trámite correspondiente al proceso.

El plazo de interposición del recurso objetivo según la LJCA, es:

“En los casos que sean materia del recurso contencioso de anulación u objetivo se podrá proponer la demanda hasta en el plazo de tres años, a fin de garantizar la seguridad jurídica. En los casos que sean de materia contractual y otras de competencia de los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, se podrá proponer la demanda hasta en el plazo de cinco años”<sup>167</sup>.

#### **3.10.4.2 Objeto del recurso objetivo o de anulación**

“El recurso de anulación, objetivo o por exceso de poder, tutela el cumplimiento de la norma jurídica objetiva, de carácter administrativo, y puede proponerse por quien tenga interés directo para deducir la acción, solicitando al Tribunal la nulidad del acto impugnado por adolecer de un vicio legal”<sup>168</sup>.

---

<sup>166</sup> RODRÍGUEZ, ELIZONDO José A. en su obra Protección Jurisdiccional de los Administrados (El exceso de Poder), editorial jurídica de Chile, Santiago de Chile 1961, página 110

<sup>167</sup> Resolución de la Corte Nacional de Justicia, Competencias de los tribunales distritales de lo contencioso administrativo resolución de 25 de agosto de 2010 registro oficial no. 276 de 10 de septiembre de 2010

<sup>168</sup> Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa artículo 1, Ley No. CL 35. Registro Oficial No. 338 de 18 de Marzo de 1968.

Una de las condiciones de admisibilidad establecidas inicialmente, supone que exista lesión al interés legítimo personal y directo del administrado, por lo cual el recurso se enfocará en resolver las cuestiones objetivas de los derechos o derecho vulnerado por un acto de la administración pública.

En conclusión el recurso objetivo o de anulación siempre tendrá por objeto la anulación del acto administrativo que genere detrimento o que genera estado en relación a los intereses de los particulares y correlativamente a los fines públicos.

#### **3.10.4.3 Accionantes**

El artículo primero de la LJCA indica:

“ El recurso contencioso administrativo puede interponerse por las personas naturales o jurídicas contra los reglamentos, actos y resoluciones de la Administración Pública o de las personas jurídicas semipúblicas, que causen estado, y vulneren un derecho o interés directo del demandante<sup>169</sup>” .

Es importante indicar, que el recurso procede sin necesidad de agotar las instancias administrativas pertinentes y cuando la resolución de la administración pública causa estado, es decir, cuando se agota la vía administrativa de impugnación.

El recurso de anulación, no es de carácter popular, es decir no puede ser perseguido por el conglomerado de ciudadanos, sino que “ el recurrente debe estar en una cierta situación jurídica con relación al acto que se impugna, no basta la calidad de ciudadano<sup>170</sup>” en el caso concretó, debe existir un interés legítimo del accionante del recurso el cual se define como “ un interés individual

---

<sup>169</sup> Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa artículo 1, Ley No. CL 35. Registro Oficial No. 338 de 18 de Marzo de 1968.

<sup>170</sup> RODRÍGUEZ, ELIZONDO José A. en su obra Protección Jurisdiccional de los Administrados (El exceso de Poder), editorial jurídica de Chile, Santiago de Chile 1961, página 33.

estrictamente vinculado a un interés público y protegido por el ordenamiento solo mediante la tutela jurídica de este último interés”<sup>171</sup>.

En conclusión para interponer el recurso objetivo o de anulación se deben cumplir algunos requisitos de admisibilidad, entre los que destacan el interés legítimo del administrado quien podrá solicitar la anulación del acto administrativo cuando este cause detrimento a sus derechos, por lo cual el recurso debe ser plenamente sustentado en los fundamentos de Derecho en donde se demuestre que el acto de la administración pública afecta al interés público.

#### **3.10.4.4 Fundamento del recurso objetivo o de anulación**

En el caso concreto se solicitará la anulación del D.E 1793 y del decreto No.144, por existir exceso y una flagrante desviación de poder como se demostró en párrafos anteriores, en cuanto con la vigencia del D.E 1793 creado en virtud de un interés particular de funcionarios de la administración pública, se generó inseguridad e incertidumbre normativa.

Al respecto Marienhoff señala:

“Si la Administración no actuase de acuerdo con los fines de la ley, sus actos serían írritos, por ilegítimos, sea esto por exceso de poder o por desviación de poder....

La actividad administrativa, y la estatal en general, deben cumplirse y desarrollarse en forma que satisfagan las necesidades e intereses públicos, por ser éste el fin de la actividad del Estado. Por eso es que al derecho le interesa siempre cómo actúa la Administración para lograr sus finalidades. Esto da como resultado la existencia de un conjunto de normas legales que disciplinan y regulan todo lo atinente a la actividad de la Administración, normas clasificadas en

---

<sup>171</sup> RODRÍGUEZ, ELIZONDO José A. en su obra Protección Jurisdiccional de los Administrados (El exceso de Poder), editorial jurídica de Chile, Santiago de Chile 1961, Página 115

tres grupos que corresponden a tres momentos distintos de la actividad administrativa: 1) normas de organización; 2) normas atinentes al contenido del acto; 3) normas relacionadas con el procedimiento.

La violación de cualquiera de esos tipos de normas implicaría, para la Administración, haber excedido los respectivos límites puestos a su actividad. Así, por ejemplo, el desconocimiento de las llamadas normas sobre "organización" daría lugar a un acto viciado de incompetencia; la violación de las normas atinentes al "contenido" daría por resultado un acto viciado por cualquiera de las fallas que afectan a la expresión de voluntad, y así tendríamos un acto afectado de exceso de poder, de desviación de poder, de error, dolo o fraude. Lo mismo ocurriría con la violación de las normas que regulan el proceso de emanación del acto; por ejemplo, un acto que afecte derechos subjetivos de un administrado, requiere que en su emanación se le haya dado audiencia al interesado, que éste haya sido oído, ya que de lo contrario se habría afectado una garantía esencial.

En síntesis: en cumplimiento de sus finalidades públicas, la Administración debe observar y respetar los expresados tres tipos de normas que regulan su actividad; si así no lo hace, el respectivo acto hallaríase viciado de "ilegitimidad"<sup>172</sup>.

El acto normativo criticado (DE 1793) se encuentra viciado, es ilegítimo, debido a las circunstancias de creación del mismo. Por lo visto este decreto, satisfizo el capricho de una orden más no el interés público y la razón.

En conclusión el fundamento en la interposición del recurso, versará en la ilegalidad del acto, el mismo que no ha respetado la normativa jurídica vigente y que al estar viciado en su finalidad de creación, por lo tanto es anulable.

#### **3.10.4.5 Efectos del recurso objetivo o de anulación**

Una importante característica del citado recurso es que tiene efecto "erga omnes". Si por ejemplo se anula un acto normativo (decreto ejecutivo) como

---

<sup>172</sup> MARIENHOFF Miguel S, actos de la administración pública, 4a. ed. actualizada, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993, pág.343



decisión del contencioso administrativo, la anulación resulta en beneficio de todos los administrados ya que se restablecería el ordenamiento jurídico afectado y por lo tanto se restablecería el interés público.

Existen algunas posibilidades producto del fallo, del tribunal que conoce del recurso:

- 1) Que el fallo sea a favor de la administración, con lo cual el acto se mantiene vigente y surte efectos pues está acorde al ordenamiento jurídico.
- 2) Que el fallo sea adverso para la administración, es decir que el fallo del tribunal ordene se anule el acto impugnado, por lo cual “la administración debe dejarlo sin aplicación”<sup>173</sup>.
- 3) Si el acto administrativo, todavía no surte efectos legales y el fallo es adverso, la administración debe abstenerse de ejecutar lo contenido por el acto administrativo.
- 4) Según lo determina la LJCA en el artículo 63 literal c:

“ Si la acción de nulidad fuese desechada en sentencia, sin perjuicio de ordenar la ejecución del fallo, se condenará al demandante al pago de costas y a la indemnización de daños y perjuicios que hubieren sido demostrados, por la demora en la ejecución de la sentencia, y fueren determinados por el Tribunal”.

---

<sup>173</sup> RODRÍGUEZ, ELIZONDO José A. en su obra Protección Jurisdiccional de los Administrados (El exceso de Poder), editorial jurídica de Chile, Santiago de Chile 1961, página 135

En conclusión los efectos del recurso contencioso administrativo objetivo o de anulación son directos, claros y precisos, y tanto la administración pública como el o los administrados, tendrán que cumplir las disposiciones de los jueces en lo pertinente.

## ***CAPÍTULO IV***

### **4. Conclusiones y recomendaciones**

#### **4.1 Conclusiones**

1. Derecho Administrativo es una rama del Derecho público que se encarga de regular las facultades de los órganos de gobierno, procurando el amparo de las garantías básicas ciudadanas y la consecución de los fines estatales, en relación a las necesidades de los particulares.
2. El Derecho Administrativo está directamente relacionado a la Contratación Pública, debido a que es una de las actividades de la administración que permite satisfacer las necesidades de los particulares y del Estado a través de la contratación de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios incluidos los de consultoría.
3. La Contratación Pública en el Ecuador está regulada por la Constitución de la República, por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, por el Reglamento de la Ley y por las resoluciones del Instituto Nacional de Contratación Pública, normativa que en conjunto y en ese orden jerárquico, permiten mejorar y dar seguridad jurídica en el marco del nuevo Sistema Nacional de contratación Pública establecido en Agosto del 2008.

4. La LOSNCP y el RLOSNCP son cuerpos normativos perfectibles y modificables, siempre y cuando se utilicen los mecanismos legalmente establecidos para el efecto.
5. La seguridad jurídica es un Derecho y principio fundamental, para el ciudadano y la administración. Todo Estado de Derecho otorga a través de este principio garantías de orden, estabilidad, previsibilidad, legalidad y razonabilidad en la aplicación y obediencia del ordenamiento jurídico.
6. La seguridad jurídica garantiza certidumbre, legalidad, previsibilidad y estabilidad en el ámbito normativo y por defecto en lo económico, contractual, laboral, comercial, internacional, etc. En fin garantiza el desenvolvimiento normal de todas las actividades de la sociedad.
7. El contenido del D.E 1793, reforma la LOSNCP por lo tanto se transgrede el procedimiento establecido en la C.R. para la modificación o reforma de una Ley Orgánica, como consecuencia se produce un subterfugio e irrespeto al principio de jerarquía normativa (art. 425 de la C.R) y legalidad.
8. El D.E 1793 establece una contraposición entre los principios de transparencia y jerarquía normativa soslayando el principio de seguridad jurídica, este hecho es inaceptable dentro de un Estado de Derecho.
9. Las inhabilidades establecidas en el D.E 1793 para regular la participación de personas naturales y jurídicas en la contratación pública, deben ser reguladas por el legislador, es decir para que

surtan efectos, deben ser creadas a través del procedimiento legislativo establecidos para el efecto en la C.R.

10. Ningún Decreto Ejecutivo puede estar en contra de la Constitución ni de la ley; y ningún Decreto Ejecutivo puede derogar leyes, principios de derecho ni costumbres expresamente reconocidas por la ley.
11. El D.E 1793 evidencia desviación de poder y una legislación demagógica, por lo tanto se generó un entorno de inseguridad jurídica y de irrespeto a los Derechos objetivos del administrado, motivo suficiente para la interposición del recurso contencioso administrativo de anulación u objetivo.
12. La eventual inversión extranjera se ve afectada con la expedición del D.E 1793, pues existen empresas extranjeras constituidas en paraísos fiscales que participan en las contrataciones con el Estado ecuatoriano o que forman parte de empresas nacionales.
13. Toda norma inferior a la C.R. o que contrarié principios y procedimientos establecidos en ella, serán inconstitucionales por el fondo o por la forma dependiendo del caso.
14. El D.E 1793, el D.E 144 y toda resolución del INCOP que reglamente la aplicación de los citados decretos son inconstitucionales, por lo cual se debe interponer una acción pública de inconstitucional ante la Corte Constitucional en los parámetros y bajos los fundamentos de hecho y de derecho establecidos en los capítulos II y III del presente trabajo de titulación.
15. El D.E 1793 al no contar con presunción de legalidad necesaria para su ejecutoriedad, es susceptible de interposición de recurso objetivo o de anulación ante la jurisdicción contencioso administrativa.

## 4.2 Recomendaciones

- 1) Derogar el D.E 1793, declararlo inconstitucional por la forma o instar a la jurisdicción contencioso administrativa a su anulación (a través del recurso objetivo) en caso de que no sea derogado por la función ejecutiva, restableciendo así el ordenamiento y jerarquía normativa, y en consecuencia, la seguridad jurídica.
- 2) Formular políticas públicas de transparencia, control, rendición de cuentas, promoción de la participación ciudadana y prevención en la lucha contra la corrupción en la contratación pública.
- 3) Otorgar al INCOP facultades regulatorias y sancionatorias especiales dentro del SNCP, que permitan cumplir eficientemente los objetivos especificados en el artículo 4 de la LOSNCP.
- 4) Agregar a la seguridad jurídica como principio rector del SNCP, a más de los establecidos en el artículo 4 de la LOSNCP.
- 5) Efectuar un control legítimo y legal de las inhabilidades para proveedores y oferentes, a través de la normativa establecida por la LOSNCP y no en normativa vigente de menor jerarquía.
- 6) Fomentar el crecimiento, participación y desarrollo en la Contratación Pública de los micros, pequeños y medianos productores como oferentes y proveedores habilitados en el RUP, a través de un marco jurídico estable, seguro y legal.

- 7) Proyectar y solventar futuras necesidades de los actores del SNCP, a través del portal de compras públicas [www.compraspublicas.gov.ec](http://www.compraspublicas.gov.ec) y otras herramientas tecnológicas de la sociedad de la información.
- 8) Fomentar la participación de compañías extranjeras en el SNCP generando mayores fuentes de ingreso y oportunidades para la inversión.
- 9) Permitir a profesionales del sector privado aportar conocimientos y la experiencia de sus investigaciones para mejorar el SNCP, de esta manera se fortalecerán los objetivos de la LOSNCP, permitiendo despuntar los conocimientos y políticas del sector público en contratación pública.

## BIBLIOGRAFÍA

1. AGUILAR, José Luis, seminario de contratación pública, tema: la contratación pública, marco jurídico, Quito-Ecuador, Septiembre 06 de 2010.
2. BORJA, Rodrigo, Enciclopedia de la Política, Fondo de Cultura Económica, primera edición, México D.F. 1997.
3. CABANELLAS, Guillermo, Diccionario de Derecho usual, T. 2", Ed. Viracocha, 1953
4. CALVET, Louis-Jean, Historias de palabras y etimologías europeas, editorial Alfaguara, Madrid, Gredos 1996.
5. CASSAGNE, Juan Carlos, Derecho administrativo, Vol. 1 y 2. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 8 edición, 2006.
6. CASSAGNE Juan Carlos, "el contrato administrativo", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999.
7. CORRAL, Fabián, editorial sección política diario El Comercio, publicado el viernes, 01 de febrero de 2008.
8. Diccionario de la Real Academia Española de la lengua, vigésima tercera edición oficial, <http://www.rae.es/rae.html>, noviembre de 2009.
9. DROMI, Roberto, Derecho Administrativo, Hispania Libros, Buenos Aires. 12 ed., 2009.
10. DROMI, Roberto. La licitación pública. Hispania Libros. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1999. 2004

11. Departamento administrativo de la función pública de la República de Colombia, inhabilidades e incompatibilidades de la función administrativa, editorial de Elizabeth Rodríguez Taylor, Bogotá, D.C., 2009
12. Enciclopedia Jurídica Espasa Calpe, S.A, segundo Tomo, Editora Celia Villar Fundación Tomás Moro, Directora de Diccionarios, texto y educación Marisol Palés, Madrid, 2001
13. Enciclopedia Jurídica Omeba Royce Editores, S.A. de C.V, Col. Hipódromo Condesa. México, D.F. 2005
14. FERNANDEZ, Pedro, Estudios de Derecho Comparado, editorial Pudeleco, Cuenca Ecuador, 2001
15. FIORINI, Bartolomé A., Derecho administrativo, la contratación administrativa, Buenos Aires , Abeledo Perrot , Argentina, 2ª ed. 2003.
16. GONZÁLEZ Paúl Carrión, universidad técnica particular de Loja, texto guía maestría de derecho administrativo, introducción al derecho, primera edición, editorial de la universidad técnica particular de Loja, Loja – Ecuador, mayo 2010
17. GORDILLO, Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I octava edición Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires Argentina, 2003.
18. GORDILLO, Agustín, Teoría general del derecho administrativo, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1984
19. BADENI, Gregorio, tratado de Derecho constitucional tomo II, segunda edición actualizada y amplia, Buenos Aires 2006.



20. GUZMÁN, Valdivia, Historia de la administración pública, cuarta edición, alianza editorial, Madrid-España 2007.
21. IDROBO, Marco La contratación administrativa en el Ecuador, editorial época, Quito Ecuador 1984
22. IGLESIAS, Juan, Derecho Romano historia e instituciones, undécima edición, editorial Ariel Barcelona, septiembre de 1998.
23. Informe Gerencial de Deloitte , sección Incremento en Confianza Empresarial, mes de junio 2010
24. Informe Gerencial de Deloitte , sección Incremento en Confianza Empresarial, mes de febrero de 2010
25. KELSEN, Hans teoría pura del Derecho, editorial Porrúa, onceava edición, México, 2000.
26. MARIENHOFF, Miguel, actos de la administración pública, 4a. ed. actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993.
27. MAYER, Otto, Derecho Administrativo Alemán, t. I, traducción de Horacio H. Heredia, editorial Depalma, Buenos Aires, 1949.
28. MORALES, Marco, el control de la administración y la justicia constitucional, publicación del Tribunal constitucional, "Descentralización administrativa", editora nacional, Quito 2005.
29. MUÑOZ Serafín, Rodrigo, Comentarios a las facultades conferidas a la Procuraduría Federal del Contribuyente, Ponencia, Durango, Dgo., 2004.

30. OBANDO, Homero, Celebración de contratos administrativos; nulidades e inhabilidades en el contrato administrativo, corporación editora nacional, Quito 2001.
31. OSPINA Fernández, Guillermo, Teoría general del contrato y del negocio jurídico, 7 ed., editorial Temis, Bogotá 2005.
32. ORDOÑEZ, Hugo, demanda de inconstitucionalidad en el Ecuador, editorial Pudeleco, Quito marzo de 1997.
33. OYARTE, Rafael, La acción de inconstitucionalidad de actos normativos, publicación del Tribunal constitucional, "Fortalecimiento de la Justicia Constitucional en el Ecuador", editora nacional, Quito 2008.
34. OYANGUREN, Armando Rizo, Manual de Derecho administrativo, editorial de la facultad de ciencias sociales de la UNAN, León, 1992
35. PARADA, Ramón en su obra Derecho Administrativo Parte General, citado de la pagina web [www.tutoriasderecho.gov.ar](http://www.tutoriasderecho.gov.ar), por el Dr. Ibáñez Ramsés, mayo de 2010.
36. PAREJO Luciano, DROMI Roberto, Seguridad Jurídica y Derecho Administrativo, Marcial Pons ediciones jurídicas y sociales S.A, editorial ciudad Argentina, Buenos Aires Madrid 2001.
37. Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, Seguridad Jurídica y las inversiones: apuntes para un enfoque integral, Publicación semestral numero 2, Editorial Justicia y Sociedad hacia un mejor servicio público Abril de 2000.

38. RODRÍGUEZ, ELIZONDO José A. Protección Jurisdiccional de los Administrados (El exceso de Poder), editorial jurídica de Chile, Santiago de Chile 1961.
39. SERRAROJAS, Andrés, tratado de Derecho Administrativo, editorial Porrúa, editorial biblioteca jurídica, ciudad de México- México 2009.
40. TERÁN, Miguel Hernández, Seguridad Jurídica, análisis, doctrina y jurisprudencia, editorial Edino, Guayaquil Ecuador 2004.
41. TORRES KIRMSER, José Raúl, Presidente de la Excelentísima Corte Suprema de Justicia, publicación trimestral tema: seguridad jurídica y estado de derecho XIV, Cumbre Judicial Iberoamericana, Primera Reunión Preparatoria Isla Margarita Venezuela 8 al 10 de noviembre, editado en Paraguay 2006
42. VILLAR Palasi, José, curso de Derecho Administrativo, t.I, Madrid 1972.

**Normativa consultada:**

1. Código civil ecuatoriano, Corporación de estudios y publicaciones, actualizado a agosto de 2007, publicado en el Registro Oficial Suplemento # 46 con fecha 24 de Junio de 2005.
2. Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial # 449 con fecha 20 de Octubre de 2008, Asamblea Constituyente.
3. Decreto ejecutivo # 1793, suscrito el 20 de junio de 2009, publicado en el Registro Oficial Suplemento # 621 del 26 de Junio del 2009, Presidencia de la República del Ecuador.
4. Decreto Ejecutivo # 144, suscrito el 19 de noviembre de 2009, publicado en el Registro Oficial #70 del 28 de noviembre de 2009 Presidencia de la República del Ecuador.

5. Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, Ley No. CL 35. Registro Oficial No. 338 de 18 de Marzo de 1968
6. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Registro Oficial # 395, de 4 de Agosto de 2008.
7. Ley Orgánica de Garantías jurisdiccionales y control constitucional publicada en el Registro Oficial Suplemento # 52 de fecha 22 de octubre de 2009.
8. Reglamento de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública suscrito con fecha 30 de abril de 2009 mediante Decreto Ejecutivo No. 1700 y publicado en el registro Oficial No.588 con fecha 12 de mayo de 2009
9. Resolución del Instituto Nacional de Contratación Pública # 37, suscrita el 27 de noviembre del 2009 publicada en el Registro Oficial # 93 con fecha 22 de diciembre de 2009.
10. Resolución de la Procuraduría General del Estado # 0, publicada en el Registro Oficial # 612 de fecha 05 de Julio de 2002.

**Jurisprudencia consultada:**

1. Drs. Ernesto Albán Gómez.- Santiago Andrade Ubidia.- Galo Galarza Paz...CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. PRIMERA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL, Gaceta Judicial. Año CIV. Serie XVII. Publicación No. 11. Página 3428 Quito, 11 de julio de 2002)
2. Extracto Recurso de Casación C.S.J, Gaceta Judicial. Año CIV. Serie XVII. Publicación No. 11., Quito 11 de julio de 2002.
3. Procuraduría General del Estado, en adelante PGE, consultas realizadas en el año 2010.
4. CSJN, Cía. Azucarera Tucumana, S.A. c. Gobierno Nacional, JA, 1989-IV-429. meditación acerca de la función institucional de la Corte Suprema, Lecciones sobre derechos Humanos y Garantías, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993,

5. Tribunal Constitucional Federal Alemán, Sentencia 1, 14 de la sala segunda de 23 de octubre de 1951, citado por Oyarte, Rafael, La acción de inconstitucionalidad de actos normativos

**Documentos de Internet consultados:**

1. <http://www.elcomercio.com/Generales/Solo texto.aspx?gn3articleID=183682>, consultado el día sábado 24 de julio de 2010, publicado el miércoles 24/06/2009
2. Luis Herrería en entrevista otorga al diario el comercio, <http://www.elcomercio.com/Generales/Solo texto.aspx?gn3articleID=183682>, consultado el día sábado 24 de julio de 2010, publicado el miércoles 24/06/2009
3. [http://www.ecuadorinmediato.com/Noticias/news\\_user\\_view/ecuadorinmediato\\_noticias--107036](http://www.ecuadorinmediato.com/Noticias/news_user_view/ecuadorinmediato_noticias--107036), publicado el 29 de junio de 2009, extraído el día sábado 24 de julio de 2010.
4. [http://www.mmrree.gov.ec/mre/documentos/novedades/boletines/boletines%20promocion/2004/pe\\_bol006\\_3.htm](http://www.mmrree.gov.ec/mre/documentos/novedades/boletines/boletines%20promocion/2004/pe_bol006_3.htm), consultado el día martes 03 de agosto de 2010 de la página web de la Dirección General de Promoción de Exportaciones e Inversiones Bilaterales
5. GARCÍA, Diego, entrevista concedida a [www.eluniverso.com](http://www.eluniverso.com), publicada el domingo 28 de junio del 2009, sección Política pág. G3-1
6. <http://www.elcomercio.com/Generales/Solo Texto.aspx?gn3articleID=183682>, publicado el miércoles 24 de Junio de 2009, consultado el día sábado 24 de julio de 2010.
7. Diccionario de la Real Academia Española de la lengua vigésima tercera edición oficial, <http://drae2.es/?lema=poder>

## ABREVIATURAS

Art.	Abreviatura utilizada para artículo de la Constitución, artículos de la Ley, Reglamentos, Resoluciones y Decretos Ejecutivos en la legislación vigente
C.A	Contrato administrativo
C.C	Código Civil
CLCP	Codificación de la Ley de Contratación Pública 2002
C.S.J	Corte Suprema de Justicia
C.N.J	Corte Nacional de Justicia
C.R	Constitución de la República del Ecuador
ERJAFE	Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva
D.E 1793	Decreto Ejecutivo 1793
D.R	Derecho Romano
ICE	Índice de confianza empresarial
INCOP	Instituto Nacional de Contratación Pública
LJCA	Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa
LOSNCP	Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública
LOGJCC	Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional
PAC	Plan Anual de contratación
RLOSNCP	Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública
RUP	Registro Único de Proveedores
SNCP	Sistema Nacional de Contratación Pública