



FACULTAD DE DERECHO

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD FRENTE A LA DISCRECIONALIDAD EN EL
SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DEL ECUADOR

“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

Dr. César Zumarraga Ramírez

Autora

Paola Ximena García Arellano

Año

2014

DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA

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

César Zumarraga Ramírez

Abogado

1707772594

DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE

“Declaro que este trabajo es original, de mí 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.”

Paola Ximena García Arellano

1712641842

AGRADECIMIENTOS

A Dios, por todas sus bendiciones;

A mis padres, por darme el estudio;

A mis hermanos, por su ejemplo;

A mi sobrino, mi mayor inspiración;

A mi tutor y corrector, por su
paciencia y dedicación.

DEDICATORIA

Dedico el presente trabajo de titulación a la persona que cambió mi vida, Juan Francisco Viera Andrade.

Gracias por tu apoyo incondicional.

RESUMEN

El trabajo investigativo se encuentra enfocado en el sistema establecido por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

En el presente estudio se intentará establecer la relación entre la discrecionalidad existente en los procesos de contratación pública y el Principio de Legalidad.

Con base a la investigación de campo y documental realizada con el objeto de recolectar opiniones acerca de los procesos de contratación pública aplicados actualmente en el Ecuador, fueron detectadas las falencias que adolece el actual sistema.

El aspecto más relevante encontrado, fue la falta de control de la facultad discrecional de la cual están investidos los servidores públicos, y la carencia de una verdadera motivación en cuanto a la emisión de actos administrativos y de simple administración en el ejercicio de sus funciones.

Es evidente la necesidad de instituir medidas que permitan establecer nuevas atribuciones a la entidad que controla las compras estatales, correspondiéndole dicha potestad al Instituto Nacional de Contratación Pública.

Las medidas a ser implementadas tendrán como fin el viabilizar la creación de una unidad encargada de la verificación de los actos discrecionales de los servidores públicos facultados a llevar a cabo un proceso de contratación.

La propuesta fundamental de la presente investigación es la creación de una unidad administrativa con capacidad operativa, la cual sea parte del Instituto Nacional de Contratación Pública y se encargue del análisis pre contractual de los procesos realizados a nivel nacional en materia de compras públicas, a solicitud o denuncia de parte, en busca de actos discrecionales que afecten los intereses del Estado, con el propósito de aplicar los correctivos necesarios y obtener procesos que se apeguen a los principios y al marco legal que los rige.

ABSTRACT

This research focus on the system established by the “Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública” specifically one of its components which is the relation between the Legality Principle; and the faculty of decision on the public procurement contract processes.

Weak points were detected based on an analysis of the existing documents and on a field research (to collect opinions about the procurement contract processes currently applied in Ecuador). I found several problems as: a lack of control on the public employees’ faculty of decision; and a lack of legal sustenance on the administrative steps leading to a public procurement contract.

I will show the necessity of modifying the current legal frame of the “Instituto Nacional de Contratación Pública” in order to create a unit in charge of verifying public employees’ faculty of decision applied on the public procurement contract processes.

This unit will analyze public procurement contract processes in search of public employees’ faculty of decision affecting state best interest; once it find those problems it has to apply corrective measures and effectively correct them

.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
1. CAPÍTULO I. SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA	4
1.1. La contratación pública en el Ecuador	4
1.1.1. La Administración Pública	4
1.1.2. Reseña de la evolución de la contratación pública en el Ecuador	7
1.1.3. Objeto y alcances de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública del Ecuador.....	15
1.1.3.1. Plan Plurianual Institucional (PPI)	19
1.1.3.2. Plan Operativo Anual (POA).....	20
1.1.3.3. Plan Anual de Contrataciones (PAC)	21
1.2. El Principio de Legalidad	23
1.2.1. Definición del Principio de Legalidad.	23
1.3. La Discrecionalidad	25
1.3.1. La Actividad Discrecional en la Administración Pública.	25
2. CAPÍTULO II. LA DISCRECIONALIDAD Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.....	30
2.1. Actos discrecionales comunes a todos los procesos de contratación pública	30
2.1.1. Actos discrecionales en la elaboración de los pliegos.	30
2.1.2. Actos discrecionales en la etapa de calificación, selección, negociación y adjudicación.	34
2.2. Actos discrecionales presentes en los procedimientos de contratación	36
2.2.1. Actos Discrecionales en el procedimiento de Consultoría.....	36

2.2.1.1. Consultoría Contratación Directa.	37
2.2.1.2. Consultoría Lista Corta.	38
2.2.1.3. Consultoría Concurso Público.	38
2.2.2. Actos Discrecionales en los Procedimientos Dinámicos.	38
2.2.2.1. Catálogo Electrónico.	39
2.2.2.2. Subasta Inversa Electrónica.	40
2.2.3. Actos discrecionales en los Procedimientos Comunes.	41
2.2.3.1. Licitación.	42
2.2.3.2. Cotización.	42
2.2.3.3. Menor cuantía.	43
2.2.3.4. Ínfima cuantía.	43
2.2.4. Actos discrecionales en los Procedimientos Especiales.	44
2.2.4.1. Contratación integral por precio fijo.	45
2.2.4.2. Contratación en situaciones de emergencia.	45
2.2.4.3. Adquisición de bienes inmuebles.	46
2.2.4.4. Arrendamiento de bienes inmuebles.	46
2.2.4.5. Ferias Inclusivas.	47
2.2.5. Actos discrecionales procedimientos sometidos al Régimen Especial.	47
2.3. Estudio de un caso	47
3. CAPÍTULO III. PROPUESTA.	62
3.1. Investigación de campo.	62
3.1.1. Encuestas.	62
3.1.1.1. Primera pregunta.	62
3.1.1.2. Segunda pregunta.	63
3.1.1.3. Tercera pregunta.	64
3.1.1.4. Cuarta pregunta.	65
3.1.1.5. Quinta pregunta.	66
3.1.1.6. Sexta pregunta.	67
3.1.1.7. Séptima pregunta.	68
3.1.1.8. Octava pregunta.	70
3.1.1.9. Novena pregunta.	71

3.1.1.10. Décima pregunta.	72
3.1.1.11. Décima Primera pregunta.....	73
3.1.1.12. Décima Segunda pregunta.....	74
3.2. Conclusiones.....	75
3.2.1. Falsa Motivación.	75
3.2.2. Afectación al Principio de Legalidad.	76
3.2.3. Mala elaboración de los estudios de mercado.....	76
3.2.4. Abuso del Poder Discrecional.	77
3.2.5. Exceso de libertad en la Contratación Directa.....	77
3.2.6. atentado contra la Seguridad Jurídica.	78
3.2.7. Afectación al Principio de Transparencia.....	79
3.2.8. Falta de intervención por parte del Instituto Nacional de Contratación Pública.	79
3.2.9. Falta de determinación del personal a realizar las Especificaciones Técnicas y Términos de Referencia.....	80
3.2.10. Inexistencia de parámetros para la determinación de Participación Nacional.....	80
3.2.11 Desconocimiento de normas supletorias.	81
3.3. Recomendaciones.....	81
3.3.1. Implementar un Sistema de Selección Automático.	81
3.3.2. Crear una Dirección para la elaboración de especificaciones técnicas y términos de referencia.	82
3.3.3. Crear la Dirección de Control del Poder Discrecional.....	83
3.3.4. Controlar la correcta Motivación de los actos administrativos y de simple administración.....	84
3.3.5. Establecer nuevas atribuciones para el Instituto Nacional de Contratación Pública.	84
3.3.6. Reafirmar la Seguridad Jurídica.....	85
3.3.7. Capacitar al personal de las diferentes áreas de adquisiciones.....	85
REFERENCIAS	87
ANEXOS.....	90

INTRODUCCIÓN

El Principio de Legalidad limita las actuaciones de todos quienes conforman el sector público; y sus atribuciones o facultades conferidas por la ley.

Antonio Pérez determina que “Las actuaciones en derecho público se encuentran sujetas estrictamente a las disposiciones legales (...)”. (Pérez, 2011, pp. 1).

Este Principio se encuentra reconocido por el artículo 226 de la Constitución de la República del Ecuador, en el que se determina que “Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley.” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 226); es decir, su actuación está contemplada y regulada únicamente al encontrarse dentro de una normativa determinada.

Por otro lado, la facultad discrecional es el espacio de libertad con el que cuentan los servidores públicos para actuar de una u otra forma de acuerdo a su personal decisión conforme a las facultades establecidas por la ley, siempre encaminado a la consecución de un fin específico y en busca del bienestar común e institucional.

El poder discrecional está sujeto “(...) igualmente a la norma jurídica, pero dentro del marco general de la competencia del órgano (...)” (Pérez, 2009, pp. 460); es decir, el acto administrativo se encuentra limitado por la norma en un determinado campo de acción y ésta a su vez le concede al servidor público libertades de actuación para tomar diversas posiciones con respecto a determinado punto a tratar.

La Legalidad establece límites de actuación para el servidor público y a su vez le concede libertades dentro del campo de acción de la entidad a la que éste pertenece y los objetivos institucionales a cumplirse.

No todo acto administrativo es completamente discrecional pues cuenta con normas que lo limitan, ni en toda norma se puede abarcar el sin fin de circunstancias y posibilidades que pueden presentarse, por lo que es necesaria la aplicación de la discrecionalidad del servidor público para la toma de acciones y decisiones que se encuentren dentro de sus competencias. Es decir, el Principio de Legalidad va de la mano de la facultad discrecional.

El objetivo central de este trabajo es establecer si el Principio de Legalidad se ve afectado frente a la facultad discrecional con la que cuentan los servidores públicos en ejercicio de sus funciones. Esto debido a que existen procesos de contratación pública en los cuales se han podido observar indicios de direccionamiento del proceso en la etapa precontractual, lo que convierte a algunos procesos en excluyentes, causado por el establecimiento de características únicas o de difícil cumplimiento, mismas que conllevan a contar con un solo oferente participante.

Al encontrarse a criterio de los servidores públicos la elaboración de especificaciones técnicas y términos de referencia, queda demostrado que el poder discrecional no cumple necesariamente con los intereses de la entidad contratante, como se indicó en el párrafo precedente.

Los actos discrecionales no solo se limitan a la elaboración de los pliegos, están presentes en casi todas las etapas de un proceso de contratación como por ejemplo en la valoración de la propuesta, la adjudicación de un contrato o la declaratoria de proceso desierto, entre otras.

Es por ello que el poder discrecional debe ir en completa armonía con el Principio de Legalidad, pues el segundo establece las reglas que debe cumplir el servidor público al momento de iniciar una contratación así como las reglas aplicables en el transcurso del proceso hasta su culminación. Mientras tanto, la discrecionalidad entra en juego por la falta de regulaciones debido a la imposibilidad que tiene la norma de prever cada aspecto que pudiera generarse, ya que cada contratación puede ser considerada como única, varios

procesos de contratación pueden ser similares pero nunca serán exactamente iguales.

La discrecionalidad debe ser utilizada de manera adecuada, sin que esta sobrepase o intente sobrepasar atribuciones legales.

1. Capítulo I. Sistema Nacional de Contratación Pública

1.1. La contratación pública en el Ecuador

1.1.1. La Administración Pública

El Estado puede ser definido como un conjunto de instituciones que poseen autoridad y potestad para establecer las normas que regulan una sociedad, con soberanía interna y externa sobre un territorio determinado; es una sociedad políticamente organizada, materializada en normas que regulan las relaciones entre los integrantes de la sociedad.

Por lo antes expuesto, el Estado se ve en la necesidad de contar con un órgano de control que regule su actuación frente a la sociedad en general, lo cual da nacimiento al concepto de Administración Pública, definiéndola como la encargada de presidir y tutelar el Estado desde el Estado, contemplado en un ordenamiento jurídico, a través de una "(...) actividad permanente de manejo de una entidad o negocio (...)" (Secaira, 2004, pp. 40).

El verbo administrar tiene su origen etimológico del latín "ad-ministrare", "ad" que significa dirigir, ir, hacia; y "ministrare" que significa servir, cuidar; Administración Pública es un término "(...) empleado para designar al conjunto de los órganos dependientes del Poder Ejecutivo, que se encarga de planear, organizar, dirigir y controlar todas las actividades tendientes a la satisfacción de las necesidades de los gobernados (...)" (Martínez, 1994, pp.217).

"La administración pública se encuentra totalmente organizada y los funcionarios son simples agentes de esta organización. La administración pública no es representante de la comunidad, sino de una organización puesta a su servicio, lo cual es en esencia distinto. Sus actos no valen por eso como propios de la comunidad, sino como propios de una organización dependiente, necesitada de justificarse en cada caso en el servicio de la comunidad a la que está ordenada." (García de Enterría, 2008, pp. 8).

“La Administración Pública es el conjunto de funciones que se ejecutan por un sujeto administrador, que comprende tanto su carácter sustancial u objetivo (formal), como su carácter orgánico o subjetivo (material). Estos dos elementos, formal y material, se complementan e interrelacionan armónicamente a fin de cumplir los cometidos del Estado.

También se puede entender como la disciplina encargada del manejo científico de los recursos y de la dirección del trabajo humano enfocada a la satisfacción del interés público, entendiendo este último como las expectativas de la colectividad.”(López, 2012, pp. 25).

Larrea Holguín en la Enciclopedia Jurídica Ecuatoriana se refiere a la Administración Pública como:

“Los actos de gobierno; cuanto ejecutan las autoridades y organismos del estado para conseguir el bien común. Por lo tanto, se distingue una administración de la función legislativa, otra de la ejecutiva y de la judicial. Con todo, se reserva el término de Administración Pública especialmente a la acción de las autoridades ejecutivas. El gobierno se refiere directamente a las potestades públicas con relación a las personas, mientras que la administración se aplica inmediatamente a los bienes, en vista del servicio a las personas”. (Larrea, 2006).

La Constitución de la República del Ecuador en su artículo 227 determina que “La administración pública constituye un servicio a la colectividad (...)”; y establece que el sector público se encuentra comprendido por:

1. “Los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social.
2. Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado.
3. Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado.

4. Las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de los servicios públicos.” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 225).

La doctrina define a la Administración Pública

“(…) a partir de tres enfoques, a través de los cuales es más fácil obtener un concepto de ella:

1. Como Sujeto: la Administración Pública tiene la capacidad de adquirir y ejercer derechos y obligaciones, y la titularidad de derechos de contenido económico.
2. Como Organización: la Administración Pública es resultado de la necesidad del Estado de cumplir con las finalidades que justifican su existencia y que demanda la formación de estructuras (funcionales y territoriales) que atiendan a tales fines.
3. Como Actividad: la Administración Pública implica la concreción del poder del Estado que, dotada de características propias, desarrolla y asegura la normatividad”. (Parejo, 1997).

La Administración Pública es la organización encargada de tomar las decisiones políticas y hacerlas cumplir mediante una serie de órganos o departamentos (gobierno, ministerios, secretaría de Estado, gobiernos territoriales o regionales, policía, seguridad social, etc.), debiendo hacerlo siempre en función de las necesidades de interés general.

La Administración Pública cuenta con una serie de principios rectores, cuyo fin es establecer un proceso administrativo, eficaz, eficiente, transparente y en aplicación de la norma, que busca que los servidores públicos realicen en función de sus cargos únicamente lo que la ley les atribuye, [salvo ciertos casos que serán analizados posteriormente], en función social y no por interés o beneficio propio.

1.1.2. Reseña de la evolución de la contratación pública en el Ecuador

La contratación pública es entendida por el conjunto de actividades mediante las cuales la administración pública solicita y contrata a una persona [entiéndase el término persona de manera general, tanto persona natural como persona jurídica], con el objeto de “(...) adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras públicas o prestación de servicios incluidos los de consultoría.” (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008, art. 6, numeral 5).

La contratación pública constituye un proceso a través del cual los gobiernos centrales efectúan políticas y estrategias públicas a fin de satisfacer requerimientos estatales de acuerdo con su naturaleza e importancia, el mismo que deberá ser analizado dentro del contenido de un sistema de administración financiera pública.

La contratación pública en el Ecuador tiene su antecedente más antiguo en la expedición del Código Civil en el año 1881, que en su artículo 1454 establece que un contrato es “(...) 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” (Código Civil, 2005, Art. 1454).

Si bien es cierto que la figura jurídica del contrato tiene igual sentido en diferentes campos del derecho, se debe observar que en el derecho administrativo tiene una peculiaridad, una de las partes contratantes es el Estado. Marienhoff lo define como “(...) el acuerdo de voluntades, generador de obligaciones, celebrado entre un órgano de Estado, en ejercicio de las funciones administrativas que le competen, con otro órgano administrativo o con un particular o administrado, para satisfacer finalidades públicas.”.

El contrato administrativo es “(...) toda declaración bilateral o de voluntad común, productora de efectos jurídicos entre dos personas, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa.” (Dromi, 1998). Un contrato civil difiere de un contrato administrativo, ya que en el primero concurren personas naturales o jurídicas de derecho privado, mientras que en el contrato

administrativo observamos por una parte la intervención de una persona natural o jurídica de derecho privado, y por otra el Estado.

Queda claro que la diferencia entre un contrato de ámbito civil y un contrato de ámbito administrativo, es la intervención de las entidades contratantes del Estado, en donde se constituye una “Obligación que tiene por contenido una prestación de dar, hacer o no hacer, querida por las partes” (Dromi, 1998, pp. 27), contrato en el cual en el ámbito civil prima el interés particular, mientras que en el ámbito administrativo la finalidad es el bien común.

“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”. (Casaggne, 1999, pp. 15).

Un elemento fundamental dentro de la contratación es el consentimiento, el cual “(...) consta de dos etapas: la oferta que hace una persona a otra para celebrar un contrato, y la aceptación de la otra parte.”. (Abeliuk Manasevich, 2005, pp. 54).

A pesar de existir consentimiento entre las partes al momento de la suscripción de un contrato administrativo, es evidente la desigualdad entre ellas, esto se debe a ciertas cláusulas que privilegian a la Administración Pública, como por ejemplo: la imposición de multas, la terminación unilateral sin recurrir a una autoridad judicial, la relación *intuitu personae*, la exigencia de garantías a favor de la Administración Pública, entre otras.

El 14 de agosto de 1990, la Comisión de Legislación y Codificación del Congreso Nacional expidió la Ley 95, también llamada “Ley de Contratación Pública”, publicada en el Registro Oficial 51 el 16 de agosto de 1990 y codificada en el año 2001, convirtiéndose en la primera Ley de Contratación Pública del Ecuador, la cual constaba con 115 artículos, agregando al cuerpo normativo disposiciones transitorias.

La Ley proyectaba la regulación de los contratos para un Estado de planificación centralizada, esto “(...) implica que las facultades de decisión están reunidas en los órganos superiores de la administración.” (Gordillo, 2000, pp. XIV-1).

La Ley de Contratación Pública contenía procedimientos precontractuales onerosos, complicados y tardos. Esto podía ser evidenciado dentro de la etapa precontractual, en la cual se establecía el “(...) pago de una suma de dinero a manera de inscripción para que cada oferente interesado pudiera recibir la documentación pertinente.” (Ley de Contratación Pública, 1990, art. 19), constituyéndose en un requerimiento indispensable para acceder a la participación dentro de un proceso de contratación.

Además, se establecía el pago de una “garantía de seriedad de la propuesta” (Ley de Contratación Pública, 1990, art. 67), que obligaba a los oferentes a “(...) someterse a las exigencias y condiciones de los documentos precontractuales y contractuales caso de ser adjudicatario” (Ley de Contratación Pública, 1990, art. 16, literal b), y que debía realizarse por parte del oferente una carta de presentación y compromiso.

Previo a la creación de un sistema unificado para llevar a cabo los procesos de contratación del Estado [Sistema Nacional de Contratación Pública], la regulación de estas contrataciones se ejecutaba mediante interpretaciones particulares del marco legal vigente, realizadas por parte de las diferentes instituciones.

La creación de este abanico legal causó problemas para la tan anhelada aplicación de una contratación pública ágil, pues cada contratación se regulaba por una norma en particular, tenían regímenes de contratación individuales como por ejemplo, la Ley de Contratación Pública regulaba la adquisición de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, dejando a un lado los servicios de consultoría, los cuales se encontraban regulados por la Ley de Consultoría; siendo también el caso el de las empresas públicas telefónicas, eléctricas, petroleras, entre otras.

Una vez expedida la Ley de Contratación Pública y con el pasar del tiempo, se expidieron leyes reformativas que comprobaban cambios constantes, lo que generaba descontento a los proveedores y una afectación a la seguridad jurídica.

La Ley en mención no cumplía con el contrato administrativo que “(...) 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 (...)”. (Casaggne, 1999, pp. 15).

La Ley de Contratación Pública no velaba por el interés común, quedando derogada mediante Disposición Derogatoria Primera de la Ley s/n (Registro Oficial. 395-S, 4-VIII-2008).

Mediante Decreto Ejecutivo No. 258, publicado en el Registro Oficial 66 de 18 de abril de 2007, fue creado el Sistema Nacional de Contratación Pública, el cual debía ser

“(...) entendido como el conjunto de procesos, procedimientos y mecanismos de evaluación de las compras realizadas por las instituciones del Estado, estará orientado a la consecución de los siguientes objetivos generales:

- Garantizar la transparencia y evitar la discrecionalidad en las compras públicas.
- Convertir las compras públicas en un elemento dinamizador de la producción nacional.
- Promover la participación de micro, pequeñas y medianas empresas con ofertas competitivas, como proveedoras del sector público.
- Agilizar, simplificar y adecuar los procesos de adquisición a las distintas necesidades de las políticas públicas y a su ejecución oportuna.
- Impulsar la participación social a través de procesos de veeduría ciudadana que se desarrollen a nivel nacional.

- Modernizar los procesos de compras públicas para que sean una herramienta de eficiencia en la gestión económica de los recursos del Estado.”. (Decreto Ejecutivo No. 258, 2007, art. 1)

El Sistema Nacional de Contratación Pública comprendía la implementación de nueva tecnología, la creación de una institución reguladora, la expedición de normativa legal concordante a la finalidad perseguida, entre otros.

Los aspectos tecnológicos dieron inicio con la expedición del Decreto Ejecutivo 744, publicado en el Registro Oficial 221 de 28 de noviembre de 2007, en el cual se dispuso el desarrollo del Sistema Oficial de Información de Contratación Pública y Consultoría del Ecuador, que consistiría en la creación de un portal denominado www.compraspublicas.gov.ec, como la “(...) herramienta informática (...)” encargada de “(...) implementar, en forma integral, la política de transparencia y compra electrónica o subasta en línea, en el sector público ecuatoriano”. (Decreto Ejecutivo 744, 2007, Art. 2).

En el cantón Montecristi, ubicado en la Provincia de Manabí, la Asamblea Constituyente reunida en el Centro Cívico Ciudad Alfaro, aprobó una nueva Ley de Contratación Pública, denominada “Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública”, que fue publicada mediante Registro Oficial No. 395 de 04 de agosto de 2008, dando inicio a una nueva etapa en la contratación pública ecuatoriana, la que principalmente busca:

“(...) crear un Sistema de Contratación Pública que articule y armonice a todas las instancias, organismos e instituciones en los ámbitos de planificación, programación, presupuesto, control, administración y ejecución de las adquisiciones de bienes y servicios así como en la ejecución de obras públicas que se realicen con recursos públicos.”. (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008, Primer Considerando).

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en su artículo 10 estableció la creación del

“(...) Instituto Nacional de Contratación Pública, como organismo de derecho público, técnico y autónomo, con personalidad jurídica propia y autonomía administrativa, técnica, operativa, financiera y presupuestaria”.

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

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

- de contratación pública, para lo cual podrá contar con la asesoría de la Procuraduría General del Estado y de la Contraloría General del Estado;
9. Dictar normas administrativas, manuales e instructivos relacionados con esta Ley;
 10. Recopilar y difundir los planes, procesos y resultados de los procedimientos de contratación pública;
 11. Incorporar y modernizar herramientas conexas al sistema electrónico de contratación pública y subastas electrónicas, así como impulsar la interconexión de plataformas tecnológicas de instituciones y servicios relacionados;
 12. Capacitar y asesorar en materia de implementación de instrumentos y herramientas, así como en los procedimientos relacionados con contratación pública;
 13. Elaborar parámetros que permitan medir los resultados e impactos del Sistema Nacional de Contratación Pública y en particular los procesos previstos en esta Ley;
 14. Facilitar los mecanismos a través de los cuales se podrá realizar veeduría ciudadana a los procesos de contratación pública; y, monitorear su efectivo cumplimiento;
 15. Publicar en el Portal COMPRASPÚBLICAS el informe anual sobre resultados de la gestión de contratación con recursos públicos;
 16. Elaborar y publicar las estadísticas del SNCP; y,

17. Las demás establecidas en la presente Ley, su Reglamento y demás normas aplicables.”. (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008, art. 10).

Mientras que en su artículo 16 dispuso:

“Créase el Registro Único de Proveedores (RUP), como un sistema público de información y habilitación de las personas naturales y jurídicas, nacionales y extranjeras, con capacidad para contratar según esta Ley, cuya administración corresponde al Instituto Nacional de Contratación Pública.

El RUP será dinámico, incluirá las categorizaciones dispuestas por el Instituto Nacional de Contratación Pública y se mantendrá actualizado automática y permanentemente por medios de interoperación con las bases de datos de las instituciones públicas y privadas que cuenten con la información requerida, quienes deberán proporcionarla de manera obligatoria y gratuita y en tiempo real.”. (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008, art. 16).

Cuatro días posteriores a la emisión de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, fue expedido su Reglamento General mediante suplemento del Registro Oficial No. 399 de fecha viernes 08 de agosto de 2008, siendo reformado mediante Decreto No. 1331 de fecha 16 de septiembre de 2008, publicado en el Suplemento No. 427 de fecha 17 de septiembre de 2008.

El Reglamento fue derogado y modificado mediante Decreto Ejecutivo No. 1700 de fecha 30 de abril de 2009, y publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 588 de fecha 12 de mayo de 2009, siendo la última reforma introducida el 15 de agosto de 2011.

La presencia de ciertos errores de forma y circunstancias no contempladas motivaron las sucesivas reformas anteriormente descritas. La instauración de

un nuevo sistema de contratación buscó transformar a la contratación pública nacional en un proceso dinámico e incluyente.

La contratación pública como hoy la conocemos, es un novísimo sistema que ha sido implementado hace pocos años en el Ecuador.

1.1.3. Objeto y alcances de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública del Ecuador.

La necesidad de unificar el gran abanico legal existente para realizar contrataciones públicas, dio como resultado la creación de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública del Ecuador. La cual estableció procesos y procedimientos sistemáticos para la celebración de contratos de obras bienes y servicios [incluidos los de consultoría].

En tal razón, la Derogatoria No. 9 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, dispuso:

“Deróguese todas las disposiciones generales y especiales que se opongan a esta Ley de manera particular las siguientes: (...)”, “9. Las normas especiales de contratación pública que contengan otras leyes. Se exceptúan expresamente las contrataciones en actividades de exploración y explotación de los recursos hidrocarburíferos; las contrataciones de bienes de carácter estratégico necesarias para la defensa nacional, que no se refieran al ámbito de la presente Ley”. (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008, derogatoria 9).

El objeto de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública se encuentra determinado en el artículo 1 de la mencionada Ley, el cual:

“(...) 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 (...)”. (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008, art. 1).

Adicionalmente al establecimiento de los lineamientos básicos y primordiales para los procesos de contratación que deben ser adoptados por las entidades contratantes pertenecientes al sector público, la Ley determina que los mismos deben estar regidos por los principios de la contratación pública nacional establecidos dentro del mismo cuerpo legal.

Las entidades que se encuentran sujetas a la aplicación de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública son:

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.”. (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008, art. 1).

El establecimiento de procesos y procedimientos tienen como fin dar cumplimiento a los requerimientos de las entidades públicas, para lo cual todo aquel debe iniciarse con el desarrollo de una planificación.

La planificación es una herramienta utilizada por la Administración Pública que ayuda a la previsión de eventos futuros y facilita su manejo, lo que constituye un puntal dentro del desarrollo económico y social del Ecuador.

El Estado inicia la planificación de contratación pública con “(...) el Plan Nacional de Desarrollo denominado para este período de gobierno “Plan Nacional para el Buen Vivir 2009-2013”.”, (Plan Nacional de Desarrollo 2009-2013, 2010, art. 1), que “(...) ha sido elaborado a través de la orientación

técnica y metodológica de la Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo (SENPLADES) (...)", (Plan Nacional de Desarrollo 2009-2013, 2010, art. final), siendo "(...) un instrumento técnico y político que incorpora propuestas de acción pública sectorial y territorial provenientes de los distintos espacios institucionales, así como valiosos aportes ciudadanos, obtenidos de los procesos de deliberación y consulta a nivel regional y nacional(...)" (Plan Nacional de Desarrollo 2009-2013, 2010, considerando); teniendo como objetivos los siguientes:

“Objetivo 1. Auspiciar la igualdad, cohesión e integración social y territorial, en la diversidad.

Objetivo 2. Mejorar las capacidades y potencialidades de la ciudadanía.

Objetivo 3. Mejorar la calidad de vida de la población.

Objetivo 4. Garantizar los derechos de la naturaleza y promover un medio ambiente sano y sustentable.

Objetivo 5. Garantizar la soberanía y la paz, e impulsar la inserción estratégica en el mundo y la integración latinoamericana.

Objetivo 6. Garantizar el trabajo estable, justo y digno en su diversidad de formas.

Objetivo 7. Construir y fortalecer espacios públicos interculturales y de encuentro común.

Objetivo 8. Afirmar y fortalecer la identidad nacional, las identidades diversas, la plurinacionalidad y la interculturalidad.

Objetivo 9. Garantizar la vigencia de los derechos y la justicia.

Objetivo 10. Garantizar el acceso a la participación pública y política.

Objetivo 11. Establecer un sistema económico social, solidario y sostenible.

Objetivo 12. Construir un Estado democrático para el Buen Vivir.”. (Plan Nacional de Desarrollo 2009-2013, 2010, Considerando).

Una vez elaborado el Plan Nacional de Desarrollo, se prevén ciertos requisitos establecidos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública para realizar una contratación, por lo que las instituciones requirentes deben haber cumplido con lo siguiente:

- Plan Plurianual Institucional;
- Plan Operativo Anual, y
- Plan Anual de Contratación.

1.1.3.1. Plan Plurianual Institucional (PPI)

Es un instrumento utilizado para la planificación de los diferentes objetivos a cumplirse a mediano plazo, convirtiéndose en la base para la elaboración de planes operativos anuales.

“El Plan Plurianual Institucional tiene por objeto asegurar la sostenibilidad intertemporal de los programas, proyectos, acciones y actividades que se prevé realizar, pretende establecer las finalidades y objetivos que tiene el gobierno y vincularlos potencialmente a la programación presupuestaria. Asimismo, busca alinear las prioridades de las instituciones nacionales con los objetivos gubernamentales.

El Plan Plurianual se convierte en el elemento orientador de la gestión institucional para producir efectos claros y concretos en materia de políticas públicas, de manera que aun cuando se produzcan cambios de las autoridades institucionales, será factible asegurar la continuidad de los objetivos estratégicos institucionales y por lo tanto de programas y proyectos.”. (Instructivo Metodológico para la Formulación de Planes Plurianuales Institucionales, 2007, numeral 2.1).

La elaboración del PPI debe realizarse dentro de un proceso de interacción institucional interno, “(...) de acuerdo a los instrumentos metodológicos

presentados por SENPLADES” (Instructivo Metodológico para la Formulación de Planes Plurianuales Institucionales, 2007, numeral 2.5), siendo la Dirección de Planificación de las respectivas instituciones contratantes, la encargada de la coordinación de su elaboración.

La información del PPI se hará constar dentro de un formulario que deberá ser remitido a la plataforma informática de la página web de la Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo quien lo validará, y una vez validado será remitido a la respectiva entidad para su aprobación; cabe recalcar que la aprobación del PPI es un requisito previo a la elaboración del POA.

“En virtud de que las condiciones en que es concebido el PPI pueden cambiar, la elaboración del Plan Operativo Anual es el espacio adecuado para expresar esas nuevas circunstancias, pero siempre en el contexto de los objetivos estratégicos del PPI” (Instructivo Metodológico para la Formulación de Planes Plurianuales Institucionales, 2007, numeral 2.2).

1.1.3.2. Plan Operativo Anual (POA)

Es un instrumento mediante el cual se estructura de manera organizada la planificación de los diferentes objetivos a cumplirse durante el transcurso de un año de gestión institucional.

“La planificación operativa se concibe como la desagregación del Plan Plurianual de Gobierno y los planes plurianuales institucionales en objetivos estratégicos, metas, programas, proyectos, acciones y actividades que se impulsarán en el período anual.”

“Los planes operativos anuales tienen como propósito fundamental orientar la ejecución de los objetivos gubernamentales; convierten los propósitos gubernamentales en pasos claros y objetivos y metas evaluables a corto plazo”, ofreciendo un “reajuste de los objetivos, metas, programas, proyectos y acciones a las condiciones y circunstancias que se presentan cada año, y a los cambios no

previstos.”. (Instructivo Metodológico para la Formulación de Planes Operativos Anuales Institucionales, 2007, numeral 2.1).

La elaboración del POA debe realizarse dentro de un proceso de interacción institucional interno, “(...) de acuerdo a la metodología presentada por la SENPLADES y a los techos presupuestarios institucionales incorporados en las directrices presupuestarias” (Instructivo Metodológico para la Formulación de Planes Operativos Anuales (POA) Institucionales, 2007, numeral 2.5), siendo la Dirección de Planificación de las respectivas instituciones contratantes, la encargada de la coordinación de su elaboración.

La información del POA se hará constar dentro de un formulario que deberá ser remitido a la plataforma informática de la página web de la Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo; cabe recalcar que la aprobación del POA es un requisito previo a la elaboración del Plan Anual de Contrataciones.

1.1.3.3. Plan Anual de Contrataciones (PAC)

“El Plan anual de Contrataciones, PAC, se constituyó con el fin de dotar a las entidades contratantes de una herramienta que permita planificar las contrataciones a lo largo del periodo fiscal, considerando que esta planificación permite a la entidad establecer un orden cronológico para poder contratar obras, bienes y servicios, incluidos los de consultoría, que necesita para el desempeño de su gestión”. (Pérez, López, Aguilar, 2011, pp. 81).

Posterior a la aprobación del PPI, el POA y al contar con los estudios y diseños requeridos, cada entidad contratante procede con la elaboración del Plan Anual de Contratación, el cual será aprobado por “(...) la máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado (...)”. (Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2009, art. 25).

El PAC será publicado en el portal del Instituto Nacional de Compras Públicas hasta el 15 de enero de cada año fiscal, y podrá generarse “(...) previa consulta

de la disponibilidad presupuestaria (...).” (Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2009, art. 25).

Cada entidad contratante debe realizar su Plan Anual de Contratación, el cual no es más que una planificación a futuro de los requerimientos que se tendrán a lo largo del año fiscal, pudiendo ser estos “(...) obras, bienes o servicios incluidos los de consultoría (...)”, “(...) en función de sus respectivas metas institucionales y de conformidad a lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley.”. (Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2009, art. 25).

A diferencia del PPI y del POA, no existe disposición expresa sobre el encargo a una Dirección específica de la entidad contratante respecto a la elaboración del PAC, generando caos al momento de compactar la información de las necesidades institucionales en una base de datos.

Debe ser considerada la realización de una capacitación acerca de los lineamientos para elaborar el PAC a los servidores públicos que se encargarán de hacerlo, ya que ésta permitirá levantar correctamente los perfiles que permitan cumplir con los objetivos propuestos por dicho PAC.

Dentro del Plan Anual de Contratación deberán contemplarse los siguientes parámetros:

1. Los procesos de contratación que se realizarán en el año fiscal;
2. Una descripción del objeto de las contrataciones contenidas en el Plan, suficiente para que los proveedores puedan identificar las obras, bienes, servicios o consultoría a contratarse;
3. El presupuesto estimativo de los bienes, servicios u obras a adquirir o contratar; y,
4. El cronograma de implementación del Plan.”. (Reglamento General de la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2009, art. 25).

“El Plan Anual de Contratación podrá ser reformado por la máxima autoridad o su delegado, mediante resolución debidamente motivada, la misma que junto con el plan reformado serán publicados en el portal www.compraspublicas.gov.ec. Salvo las contrataciones de ínfima cuantía o aquellas que respondan a situaciones de emergencia, todas las demás deberán estar incluidas en el PAC inicial o reformulado”. (Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2009, art. 25).

El artículo mencionado es considerado por una gran cantidad de servidores públicos como el escape perfecto para su falta de planificación y coordinación al momento de la elaboración del Plan Anual de Contratación, esto se ve evidenciado en el Portal de Compras Públicas, en el cual constan las múltiples reformas realizadas durante el año fiscal, por parte de instituciones estatales.

El Plan Anual de Contratación está dividido en tres cuatrimestres por el lapso de un año fiscal, en los cuales debería cumplirse a cabalidad con lo establecido en mismo, para tener una buena ejecución presupuestaria y evitar la reducción del presupuesto anual, como le sucedió en el año 2013 a la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación, que bajó su presupuesto institucional en USD. 2'715.706.16 en relación al año 2012.

1.2. El Principio de Legalidad

1.2.1. Definición del Principio de Legalidad.

El Principio de Legalidad constituye el eje sobre el cual se rige el derecho, ya que en lo que respecta a las instituciones pertenecientes al sector público, permite la incorporación de reglas primordiales que rigen sus actos, procurando la no aplicación arbitraria y desmedida de éstos.

Cabanellas define al Principio de Legalidad como la “Calidad de legal o proveniente de la ley. Legitimidad. Licitud. Régimen político fundamental de un Estado; especialmente el establecido por su Constitución.”. (Diccionario Jurídico virtual de Cabanellas, 2010).

El Principio de Legalidad regula la conducta de los ciudadanos en general al igual que las actuaciones de los funcionarios públicos, ya que a través de la expedición de normativa especialmente elaborada se delimita la conducta humana y social a fin de asegurar una convivencia armónica, al respecto Eduardo García Enterría señala que el servidor público “Sin una atribución legal previa de potestades de Administración no puede actuar simplemente (...)”. (García, 2001, pp. 433-441).

Los tratadistas Cantaro Salvador y Hugo Sierra, señalan al Principio de Legalidad como “(...) una característica distintiva de las constituciones modernas de los países civilizados (...)”, en nuestra legislación también el Principio de Legalidad se encuentra presente, normando tanto las actuaciones realizadas por funcionarios que prestan sus servicios en las entidades estatales, como las actuaciones realizadas por parte de particulares.

En el entorno administrativo, la normativa busca regular las actuaciones de los funcionarios públicos, con el fin de impedir un exceso o abuso del poder o privilegios otorgados en razón de sus funciones.

Sin embargo, Sebastián Soler al respecto establece que “La sola exigencia de la ley no basta; esta ley debe reunir ciertos caracteres, deber ser concreta definitoria de una acción (...)”, es decir, debe determinar a través de la norma las actuaciones de los servidores públicos, por lo que ésta debe reunir ciertos requisitos y establecer lineamientos, a fin de que pueda cumplir con un rol reglamentario eficiente, para evitar una mala aplicación de las atribuciones otorgadas por la administración pública a favor del funcionario.

Donna Edgardo, expone que: “La ley debe reunir los siguientes requisitos o corolarios:

- Debe ser escrita.
- Debe ser estricta.
- Debe ser cierta.
- Debe ser previa.
- Debe tutelar bienes jurídicos constitucionalmente receptados.”

Bajo este entendido se puede definir al principio de legalidad como aquel que limita las actuaciones de los funcionarios públicos y poderes administrativos mediante la norma.

El Principio de Legalidad determina que toda orden, facultad o prerrogativa a la que deben sujetarse los funcionarios públicos, debe estar comprendida dentro de la legislación vigente, lo que se traduce a que toda actuación se encuentre enmarcada en la norma pertinente, convirtiendo a los actos que se encuentren realizados fuera del marco legal, a veces discrecionales y a veces como actos ilícitos.

El Principio de Legalidad dicta que toda actuación realizada por la administración pública, incluida la aplicación de procedimientos de contratación, se efectúe conforme a lo establecido por la Constitución y las leyes, actuando únicamente dentro de las facultades que éstas lo permitan.

Lamentablemente, dentro de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su Reglamento y Resoluciones emitidas por el Instituto Nacional de Contratación Pública, el Principio de Legalidad no se encuentra debidamente desarrollado, como lo veremos más adelante.

1.3. La Discrecionalidad

1.3.1. La Actividad Discrecional en la Administración Pública.

La discrecionalidad administrativa es la facultad que tiene el servidor público para elegir entre una y otra opción o situación. Es la misma ley la que lo habilita para actuar en uno u otro sentido, siempre y cuando se busque el bien común.

Eberhard Schmidt-Assmann define a la discrecionalidad como “(...) la facultad específica de concreción jurídica para la consecución de un fin determinado (...)” (Schmidt-Assmann, 2003, pp. 220), es la facultad de elección de una opción que tiene el servidor público, con el objeto de alcanzar un fin previsto.

Sin embargo, esto no significa que el funcionario tiene una libertad de elección abierta, sino que debe orientarse en los parámetros establecidos en la propia

ley, teniendo en cuenta sus mandatos de acción, que se encuentran en función del cumplimiento de los objetivos institucionales determinados por la ley.

La discrecionalidad administrativa encierra un mandato de actuación para el funcionario público mediante el uso de la racionalidad.

Bajo este mismo parámetro Santiago González-Varas Ibáñez establece que la discrecionalidad administrativa no es sinónimo de arbitrariedad sino "(...) que se encuentra evidentemente sometido a los extremos determinados en el bloque de la legalidad y en finalidad específica del bien común que debe buscar toda ley y perseguir toda actuación de la administración pública.". (González-Varas, 2005 pp. 233).

Se reconoce la confianza que la ley establece en el arbitrio del servidor público, por lo que éste actúa de acuerdo a los objetivos trazados por el legislador al momento de establecer la norma legal.

En este sentido, la discrecionalidad se refiere al análisis de los procesos y alternativas legales que tiene el servidor público para decidir, facultándolo para obrar o abstenerse de realizar una determinada actuación dependiendo de las circunstancias que se presenten y disposiciones legales que lo faculden.

La discrecionalidad sólo se concibe en una norma habilitante, que al mismo tiempo que le permite su actuación, establece restricciones o limitantes, repeliendo en todo lo que excediere los límites legales permitidos.

De entre las garantías que se establecen a fin de delimitar la aplicación en cuanto a la discrecionalidad administrativa según Jaime Vidal Perdomo (Vidal, Díaz, Rodríguez, 2005, pp. 340) se encuentran:

- Debido proceso.- Es la garantía de aplicación justa de los procesos administrativos y judiciales que concluyen con una decisión.
- Motivación.- Es uno de los principios rectores de los procesos administrativos, por el cual se debe fundamentar debidamente las circunstancias de hecho y de derecho de cualquier acto administrativo o decisión de autoridad de cualquier tipo.

“La motivación no es un requisito de carácter meramente formal, sino que lo es de fondo e indispensable, porque sólo a través de los motivos pueden los interesados conocer las razones que justifican el acto, porque son necesarios para que pueda controlarse la actividad de la administración, y porque sólo expresándolos puede el interesado dirigir contra el acto las alegaciones y pruebas que correspondan según lo que resulte de dicha motivación que, si se omite, puede generar la arbitrariedad e indefensión prohibidas por la Constitución.”. (Reglamento para el Control de la Discrecionalidad en los Actos de Administración Pública, 2002, Art. 4 inciso 2^{do}).

- Publicidad.- Difusión de actos administrativos a realizarse, permitiendo tener conocimiento sobre el contenido de cada acto administrativo realizado siempre y cuando no se encuentre limitado o prohibido por la ley.
- Interés general.- Todo acto administrativo debe estar establecido en vía del interés social.
- Proporcionalidad.- La decisión tomada por parte del funcionario debe estar en relación a las circunstancias que se presentan, debiendo ser la resolución equilibrada, cuidando que ésta no exceda las atribuciones funcionales, y no descuide los detalles administrativos.

“Las medidas que el acto discrecional involucre deben ser proporcionalmente adecuadas a la finalidad perseguida.”. (Reglamento para el Control de la Discrecionalidad en los Actos de Administración Pública, 2002. Art. 11).

Sin embargo, pese a estas seguridades, la determinación legal de las actuaciones administrativas no pueden anticipar los resultados obtenidos en aplicación de ciertos parámetros rectores de la administración, sino que establecen únicamente la obligatoriedad de la observancia de las formas establecidas para determinado procedimiento, es por ello que se presentan un sin número de falencias en cuanto a una correcta aplicación discrecional por

parte de los funcionarios, debido a la subjetividad personal a la que se encuentra sujeta.

Dentro de nuestro ordenamiento se ha establecido el Reglamento para el Control de la Discrecionalidad en los Actos de Administración Pública, mismo que a través de su artículo 2 establece:

“La potestad discrecional de la administración en la producción de actos administrativos se justifica en la presunción de racionalidad con que aquella se ha utilizado en relación con los hechos, medios técnicos y la multiplicidad de aspectos a tener en cuenta en su decisión, a fin de que la potestad discrecional no sea arbitraria, ni sea utilizada para producir una desviación de poder sino, antes al contrario, ha de fundarse en una situación fáctica probada, valorada a través de previos informes que la norma jurídica de aplicación determine e interpretados y valorados dentro de la racionalidad del fin que aquella persigue.

La discrecionalidad respaldada por el derecho implica la elección de una entre varias opciones igualmente válidas, dentro de los límites de la potestad y de la competencia del órgano. Todo acto administrativo dictado en ejercicio de la potestad discrecional reglada es impugnabile en vía administrativa o judicial.”. (Reglamento para el control de la Discrecionalidad en los Actos de Administración Pública, 2002, Art. 2).

Dentro de este artículo se establece una parte muy importante, la presunción de racionalidad, que consiste en la confianza que se deposita en el funcionario público para que su acto sea en aplicación a la norma legal y dentro de los intereses colectivos y no en aplicación de conveniencias personales sean estas económicas o morales.

La discrecionalidad correctamente aplicada le permite al servidor público respaldarse por la norma, lo que implica la selección de varias opciones legalmente establecidas, convirtiendo al acto administrativo en un acto totalmente confiable, sin embargo, divergen los intereses colectivos con los individuales, haciendo caso omiso de la obligatoriedad que tienen los

funcionarios de aplicar un proceso discrecional fiable, primando el interés del servidor público.

Es responsabilidad del funcionario, previo a la expedición de un acto administrativo, verificar que exista una adecuada y correcta apreciación de los hechos y presupuestos determinantes y cuya valoración permita tomar una decisión adecuada, lastimosamente se expiden actos administrativos erróneos, mismos que posteriormente son impugnados por los afectados, convirtiéndose en un proceso de contienda entre la entidad pública y el particular afectado, desperdiciando tiempo y recursos provenientes de ambos contradictores.

“El acto discrecional debe ser cierto y jurídicamente posible, debiendo tender a la finalidad prevista en las normas que otorgan las facultades pertinentes del órgano emisor sin poder perseguir encubiertamente otros fines públicos o privados distintos de los que justifican el acto, su causa y objeto. Por tanto el elemento finalidad adquiere su principal importancia en la valoración del acto discrecional.”. (Reglamento para el Control de la Discrecionalidad en los Actos de Administración Pública, 2002. Art. 10).

Es por ello que la finalidad discrecional debe estar en persecución del cumplimiento de los objetivos institucionales, pues ésta no puede ni debe ir en contra de los fines estatales establecidos en la Constitución y la ley, siendo la principal función de la administración pública el atender a las necesidades y cumplir con las exigencias que se encuentren guiadas hacia el bien común.

2. Capítulo II. La discrecionalidad y el principio de legalidad en los procedimientos de contratación pública

Como se dijo anteriormente, la discrecionalidad es aquella facultad que tiene el servidor público para actuar y tomar decisiones, siempre y cuando las referidas se encuentren debidamente motivadas y contempladas dentro del marco de la ley.

De igual manera se determinó también que, dentro del acto administrativo no todo puede encontrarse reglado debido al gran número de circunstancias que pueden presentarse al momento de realizar un acto administrativo, así como no todo está sujeto a la decisión discrecional del servidor público pues debe cumplir con ciertos parámetros establecidos dentro de la ley. Sin embargo para determinar el correcto o irregular uso de la discrecionalidad, es necesario analizar cómo ésta puede producirse en los distintos procesos de contratación.

2.1. Actos discrecionales comunes a todos los procesos de contratación pública

Existen actos discrecionales aplicables a todos los procesos de contratación, los cuales de manera general se presentan en las siguientes etapas:

- Elaboración de los pliegos;
- Calificación;
- Selección;
- Negociación; y,
- Adjudicación.

2.1.1. Actos discrecionales en la elaboración de los pliegos.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en su artículo 23 dispone que

“Antes de iniciar un procedimiento precontractual, de acuerdo a la naturaleza de la contratación, la entidad deberá contar con los estudios y diseños completos, definitivos y actualizados, planos y cálculos,

especificaciones técnicas, debidamente aprobadas por las instancias correspondientes, vinculados al Plan Anual de Contratación de la entidad.

Los estudios y diseños incluirán obligatoriamente como condición previa a su aprobación e inicio del proceso contractual, el análisis de desagregación tecnológica o de Compra de Inclusión, según corresponda, los que determinarán la proporción mínima de participación nacional o local de acuerdo a la metodología y parámetros determinados por el Instituto Nacional de Contratación Pública.”. (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008, art. 23).

Una vez que se cuente con la documentación anteriormente citada, se procederá a la elaboración de los pliegos, los cuales son documentos precontractuales elaborados por la entidad contratante a fin de definir los parámetros de contratación, mismos que deben ser cumplidos a cabalidad por parte de los oferentes para de esta manera asegurar una contratación acorde a los intereses institucionales, éstos deben estar estructurados acorde a los formatos establecidos por el INCOP.

Es en ésta etapa se evidencia en casi todas sus partes el poder discrecional empleado por parte de los servidores públicos a cargo de llevar a cabo los procesos de contratación.

La actividad reglamentaria se aplica a través de los formatos generales emitidos por parte del INCOP, por lo que la entidad contratante no puede elaborar los pliegos a su entera conveniencia, sin embargo, existen ciertos aspectos que quedan a entera aplicación del poder discrecional del servidor público, como por ejemplo la elaboración de las especificaciones técnicas.

El inciso segundo del artículo 31 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública establece que “Los Pliegos contendrán toda la información técnica, económica y legal requerida en un proceso como planos, estudios, especificaciones técnicas, condiciones económicas, legales y

contractuales.”. (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008, art. 31).

La información técnica contempla el estudio que debe aplicarse sobre la necesidad de la institución contratante, mientras que las condiciones económicas se refieren al análisis y al estudio completo de la situación real de los costos comerciales de lo que se pretende contratar o adquirir, a fin de obtener un rubro legítimo denominado “Presupuesto Referencial”, que sirva como valor base para el inicio de un procedimiento de contratación y ayude a la obtención de la mejor oferta económica.

El 12 de noviembre de 2011 el Instituto Nacional de Contratación Pública expidió la Resolución signada con el código No. INCOP 054-2011, en la que se establecen las normas en las que debe basarse el servidor público al momento de la elaboración de especificaciones técnicas y términos de referencia.

Uno de los puntos tratados dentro del inciso segundo del artículo 31 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, hace referencia a las especificaciones técnicas, el cual merece una precisión, ya que el artículo 3 de la Resolución No. INCOP 054-2011 establece que “Se entenderá como “especificación técnica” a las características fundamentales que deben cumplir los bienes o rubros requeridos (...)”, (Resolución No. INCOP 054-2011, art. 3), por lo tanto, las especificaciones técnicas serán aplicadas únicamente para la adquisición de bienes o para la ejecución de obras.

Dentro del mismo artículo 3 de la Resolución No. INCOP 054-2011, indica que los (...) “términos de referencia” constituirán las condiciones específicas bajo las cuales se desarrollará la consultoría o se prestarán los servicios.”. (Resolución No. INCOP 054-2011, art. 3).

La elaboración de especificaciones técnicas o términos de referencia, dan lugar a que la contratación pueda direccionarse a un determinado oferente, generando de esta manera perjuicios graves a los demás participantes, así como a la propia entidad pública.

Este problema se presenta de manera frecuente con respecto a la contratación pública en general, pues en ciertos casos las especificaciones técnicas o términos de referencia, son elaborados de tal manera que no se ajustan a la necesidad real de la entidad sino más bien a las condiciones de determinados oferentes.

Dentro de los procesos de contratación a llevarse a cabo, los pliegos tienen características que pueden violentar la aplicación de ciertos principios legales, convirtiendo a los pliegos en excluyentes y direccionados.

Un pliego es excluyente si establece especificaciones técnicas que determinen características exclusivas de un oferente, por lo tanto, se elimina totalmente la oportunidad de participación de otros oferentes dentro del proceso de contratación.

Por consiguiente, la contratación irá en un solo sentido, pues se encuentra direccionada a dicho oferente, mismo que evidentemente resultará favorecido con la adjudicación del contrato. Estas acciones son una mala práctica acerca de los principios constitucionales, ya que violentan al Principio de Igualdad y Trato Justo.

La Resolución No. INCOP 054-2011 expone lineamientos y un orden de acción semejante a un manual, sin embargo adolece de una falencia en su estructuración, ya que a pesar de establecer directrices para elaboración de especificaciones técnicas y términos de referencia, no determina criterios para designar que unidad institucional o persona calificada debe ser la encargada de elaborarlos; por lo que queda a discreción de la máxima autoridad de la entidad contratante el designar su elaboración a cualquier funcionario que labore en la institución.

La elaboración de especificaciones técnicas por parte de un servidor público no especializado no hará necesariamente que se corra el riesgo de comprometer la calidad de la contratación, cuando los procesos contractuales no requieran una determinación detallada del bien a adquirirse, el servicio a prestarse o de la obra a ejecutarse.

Sin embargo, es necesario que un servidor público se encuentre capacitado para contrataciones que por su magnitud, monto o tipo, requieran un estudio minucioso y detallado para realizar una correcta elaboración de especificaciones técnicas y términos de referencia, a fin de que éstos no resulten excluyentes o direccionados y mucho menos, comprometan la calidad y eficiencia de la contratación.

Para ejemplificar lo expuesto: Si la Dirección Nacional de Asesoría Jurídica del Registro Civil, Identificación y Cedulación necesita adquirir cinco impresoras, pese a que ésta sea la unidad requirente, la competencia recaerá en Dirección de Tecnología.

Como consecuencia a la elaboración de especificaciones técnicas, términos de referencia y pliegos

“La máxima autoridad de la Entidad Contratante y los funcionarios que hubieren participado en la elaboración de los estudios, en la época en que éstos se contrataron y aprobaron, tendrán responsabilidad solidaria junto con los consultores o contratistas, si fuere el caso, por la validez de sus resultados y por eventuales perjuicios que pudieran ocasionarse en su posterior aplicación.”. (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008, art. 23).

2.1.2. Actos discrecionales en la etapa de calificación, selección, negociación y adjudicación.

La calificación de los oferentes es el momento mediante el cual la entidad pública contratante valora las ofertas obtenidas a fin de determinar la que mejor se ajuste a sus necesidades técnicas y económicas, por lo que se basan para su valoración en los parámetros establecidos por los numerales 17, 18 y 19 del artículo 6 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, además de los requisitos establecidos dentro de los pliegos.

Según se entiende con esta conceptualización no habría un acto discrecional demasiado amplio para la aplicación por parte del servidor público al momento

de seleccionar la oferta más favorable, pues esta actividad se encuentra reglada por parte de la normativa pertinente y los pliegos.

Sin embargo, existen ciertas declaraciones realizadas por parte de los servidores públicos, de los cuales depende el resolver, adjudicar, cancelar o declarar desierta la contratación.

Dependiendo del tipo de contratación se realiza la conformación de una comisión técnica, la cual deberá estar conformada por:

- “1. Un profesional designado por la máxima autoridad, quien la presidirá;
2. El titular del área requirente o su delegado; y,
3. Un profesional afín al objeto de la contratación designado por la máxima autoridad o su delegado.

Los miembros de la Comisión Técnica serán funcionarios o servidores de la entidad contratante.”. (Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008, art. 18).

La Comisión Técnica tiene como objetivo el analizar y valorar las ofertas presentadas por parte de los oferentes y decidir si los mismos cumplen o no con los parámetros requeridos para la contratación, con el fin de calificarlos en el caso de que cumplan con lo demandado.

Posteriormente, solicita que se realice cualquier tipo de convalidación en el caso de que existan errores susceptibles a ser convalidados o inhabilita a los oferentes que no cumplan con lo requerido o sus ofertas contengan errores insubsanables.

Finalmente, la Comisión Técnica es la encargada de la elaboración y remisión de una recomendación a la máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado, a fin de que la misma tome la decisión de adjudicar el proceso o declararlo desierto.

Existen ciertas actuaciones en las cuales la máxima autoridad de una entidad y la Comisión Técnica aplican de manera desmedida la discrecionalidad. [Posteriormente será analizado un caso en el cual la Comisión Técnica, pese a que la oferta presentada cumple con las especificaciones técnicas y el aspecto económico requeridos en los pliegos, decide emitir una recomendación a la máxima autoridad de declarar el proceso desierto, aduciendo que la oferta no se apega a los intereses institucionales, evidenciando el mal uso del poder discrecional].

Los actos discrecionales enmarcados en intereses particulares afectan al Principio de Legalidad dentro de los procesos de contratación, por lo que se considera necesaria una evaluación permanente sobre la aplicación discrecional realizada por parte del servidor público encargado de llevar a cabo un proceso de contratación.

2.2. Actos discrecionales presentes en los procedimientos de contratación

Entre los procedimientos de contratación establecidos a través de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento General tenemos:

- Contratación de Consultoría,
- Procedimientos Dinámicos,
- Procedimientos Comunes,
- Procedimientos Especiales, y
- Procedimientos sometidos a Régimen Especial.

2.2.1. Actos Discrecionales en el procedimiento de Consultoría.

El Instituto de Consultores de Empresas del Reino Unido define la Consultoría como un “Servicio Prestado por una persona o personas independientes y calificadas, para la identificación e investigación de problemas relacionados con políticas, organización, procedimientos y métodos; recomendaciones de

medidas apropiadas y prestación de asistencia en la aplicación de dichas recomendaciones”. (Garzón Castrillo, Manuel A. 2005, pp. 141).

La consultoría es un servicio que presta una persona natural o jurídica a fin de agilizar, mejorar y perfeccionar una determinada actividad realizada por un tercero, en este caso ese tercero vendrían a ser las entidades públicas que poseen poco o carecen totalmente de conocimientos en determinada materia, ya sea esta operacional, técnica o profesional.

El artículo 40 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, establece que la Consultoría dependiendo el valor contrato, puede realizarse por procedimientos de Contratación Directa, Lista Corta y Concurso Público.

2.2.1.1. Consultoría Contratación Directa.

El presupuesto referencial en este procedimiento es inferior o igual a USD. 52.218,54. “La selección, calificación, negociación y adjudicación la realizará la máxima autoridad de la Entidad Contratante de acuerdo al procedimiento previsto en el Reglamento a la Ley (...).” (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008, art. 40).

Este tipo de contratación enmarca el uso discrecional en su máxima extensión, debido a que brinda la posibilidad al servidor público encargado de llevar a cabo el procedimiento de contratación, a invitar a cualquier consultor habilitado que cumpla con los requisitos establecidos dentro de los pliegos.

A fin de respetar el Principio de Legalidad que dentro de la ley determina que debe existir igualdad, trato justo y oportunidad para la participación de los procedimientos de contratación, no deben generarse arbitrariedades en cuanto al uso del poder discrecional, por lo tanto, los servidores públicos al momento de elaborar las especificaciones técnicas, términos de referencia y pliegos, no deben establecer parámetros que resulten preferentes a la elección de un proveedor.

2.2.1.2. Consultoría Lista Corta.

Se lo aplica en el caso de que el presupuesto referencial se encuentre entre USD. 52.218,54 y USD. 391.639,05.

Este procedimiento permite a la entidad contratante ampliar las invitaciones realizadas a un mínimo de tres oferentes hasta un máximo de seis oferentes, a fin de que éstos puedan participar dentro de los procesos de contratación.

Al no contar con metodología referente a la selección de oferentes a ser invitados, la selección queda a uso discrecional del servidor público, estableciéndose la misma problemática de direccionamiento que fue expuesto dentro de la contratación directa.

2.2.1.3. Consultoría Concurso Público.

Es aplicado cuando el presupuesto referencial del contrato es igual o superior a USD. 391.639,05; en este procedimiento se realiza una convocatoria, a fin de que los interesados puedan presentar sus ofertas.

El Concurso Público no se encuentra exento de actos discrecionales, pues al igual que los procedimientos anteriores, éstos se presentan dentro de los pliegos, sin embargo se dificulta la parcialización de un proceso de contratación a favor de un oferente, debido a que participa no solo un número limitado de oferentes que se encuentran seleccionados por la propia entidad, sino que se encuentra abierta a cualquier oferente que pudiere cumplir con los requerimientos establecidos.

2.2.2. Actos Discrecionales en los Procedimientos Dinámicos.

Los procedimientos dinámicos fueron establecidos con el fin de realizar una contratación simplificada, rápida y eficaz; dependiendo de las circunstancias establecidas dentro de las necesidades de la entidad pública contratante, estos se dividen en:

- Catálogo Electrónico; y,
- Subasta Inversa.

2.2.2.1. Catálogo Electrónico.

Se encuentra amparado en los artículos 43, 44, 45 y 46 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, es un procedimiento que establece una lista de bienes y servicios cuyas características y especificaciones están debidamente homologados y catalogados [se los define como bienes y servicios normalizados] los cuales son publicados a través del portal de compras públicas, a fin de que se realice su contratación de manera directa, y sin formalidad que entorpezca su contratación, debiendo ser desarrollados a través de los parámetros establecidos por el Instituto Nacional de Contratación Pública.

La homologación es entendida como la ubicación de determinado bien o servicio, que cuenten con características similares entre unos y otros dentro de una misma categoría.

El acto discrecional dentro de este procedimiento se encuentra en dos puntos críticos que son:

- La homologación y catalogación de los bienes y servicios que se incluirán en el catálogo electrónico; y,
- La verificación del catálogo electrónico antes de iniciar un proceso de contratación.

El Instituto Nacional de Contratación Pública es el ente encargado de realizar los procesos de catalogación y homologación de bienes y servicios a ser contratados directamente por la entidad requirente, conforme a sus necesidades en virtud y aplicación de los convenios marco.

Sin embargo, existe una fuerte dificultad en cuanto a la incorporación de ciertos bienes o servicios dentro del catálogo, como por ejemplo los productos alimenticios, debido a que existen personas quienes opinan que son

susceptibles de catalogación, mientras que otro grupo de personas mantiene que los productos alimenticios, por sus características no lo son.

La discrecionalidad se encuentra en la determinación de que bienes son o no son susceptibles a ser catalogados con el propósito de utilizar los catálogos resultantes, para así realizar una contratación de forma directa.

Uno de los principales beneficios que presenta este tipo de contrataciones para los oferentes, es la obligatoriedad que tiene la entidad contratante de revisar el Catálogo Electrónico previo a la adquisición de bienes y servicios.

Sin embargo, dentro de la elaboración de los pliegos existe la posibilidad de que éstos estén estructurados de tal manera que salgan de las características establecidas dentro del catálogo electrónico, justificando de este modo la aplicación de procesos alternativos de contratación, debido a que no existe un órgano competente que se encargue de la verificación de la necesidad real de las condiciones establecidas dentro de los pliegos.

2.2.2.2. Subasta Inversa Electrónica.

Al no encontrarse en el Catálogo Electrónico los bienes y servicios requeridos, la entidad contratante realizará una convocatoria a través del portal de compras públicas, donde los proveedores "(...) pujan hacia la baja el precio ofertado, en acto público o por medios electrónicos a través del Portal de COMPRAS PÚBLICAS (...)." (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008, art. 47).

En este procedimiento los oferentes se ven forzados, siempre y cuando estén dentro de sus capacidades, a mejorar las propuestas económicas mediante la rebaja de costos, en lugar de aumentar los costos por la obtención de un bien o servicio de calidad, estos se disminuyen.

Esta rebaja está considerada con respecto al presupuesto referencial de la contratación, lastimosamente no existen parámetros para establecer el porcentaje de variación mínima, siendo éste de gran importancia tanto para la entidad requirente como para el oferente, ya que debe ser determinada en

aplicación plena de los intereses institucionales a fin de que genere un beneficio a la entidad y no afecte a sus intereses económicos, considerándose beneficiosa para el oferente, ya que él tendrá conocimiento del valor aproximado que debe ser ofertado para ser adjudicado.

El porcentaje de variación mínimo es establecido en aplicación plena del poder discrecional, pues es la máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado es quien determina este tipo de porcentaje, pudiendo ser entre el 1% de rebaja como por ejemplo se lo aplicó en el proceso signado con el código No. SIE-DHS-008-2013 de adquisición de tóneres, hasta lo que él considere lo justo, por lo que no existe límite para determinar este valor de rebaja; cabe resaltar que lo generalmente aplicado como porcentaje de variación mínima es el 2%.

Si una oferta es presentada en un procedimiento de subasta inversa y cumple con todos los requisitos establecidos dentro de las especificaciones técnicas, y al mismo tiempo, el oferente establece un porcentaje de rebaja conforme a la variación mínima establecida por la entidad contratante, lo lógico es que le sea adjudicado el contrato.

A pesar de la acción lógica referida en el párrafo anterior, se han suscitado varios casos en los cuales, pese al cumplimiento del oferente acerca de todo lo establecido por la entidad contratante, el proceso es declarado desierto, por una aplicación errada de la discrecionalidad administrativa y una motivación equívoca, como expondré posteriormente en un proceso realizado.

2.2.3. Actos discrecionales en los Procedimientos Comunes.

Los procedimientos comunes son aquellos utilizados para la contratación de bienes y servicios no normalizados, los cuales varían dependiendo de la cuantía de la contratación, dividiéndose en:

- Licitación
- Cotización
- Menor Cuantía
- Ínfima Cuantía

2.2.3.1. Licitación.

Los procesos de licitación se realizan siempre y cuando fuera imposible aplicar los procedimientos dinámicos; en el caso que una vez aplicados dichos procedimientos éstos hubiesen sido declarados desiertos; cuando se trate de bienes y servicios no normalizados [exceptuando los de Consultoría], siempre que el presupuesto referencial sobrepase los USD. 391.639,05; y en el caso de ejecución de obras siempre que el presupuesto supere los USD. 783.278,11 (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008, art. 48).

2.2.3.2. Cotización.

Los procedimientos de Cotización se realizan siempre y cuando fuera imposible aplicar los procedimientos dinámicos; en el caso que una vez aplicados dichos procedimientos éstos hubiesen sido declarados desiertos; o cuando se trate de bienes y servicios no normalizados siempre que el presupuesto referencial se encuentre entre los USD. 52.218,54 y USD.391.639,05 centavos; para los casos de ejecución de obras cuyo presupuesto referencial sea entre USD. 182.764, 89 y USD. 783.278,11. (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008, art. 50).

En este procedimiento la entidad contratante realiza una invitación a por lo menos cinco proveedores mediante sorteo público bajo la modalidad aleatoria, los proveedores antes mencionados deben encontrarse registrados en el RUP (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008, art. 50); se debe tener en cuenta que este sorteo no es de carácter excluyente pues permite la participación de cualquier oferente calificado, siempre y cuando se encuentre en la misma categoría registrada en el RUP.

Los procedimientos de Licitación y Cotización se encuentran reglamentados en cuanto a su forma de aplicación, por lo que la discrecionalidad en este sentido se encuentra un poco limitada al resto de procedimientos de contratación, siendo aplicables las falencias que se detallan dentro de los actos discrecionales aplicables a todos los procesos de contratación.

2.2.3.3. Menor cuantía.

Los contratos de menor cuantía se podrán aplicar siempre en las contrataciones de bienes y servicios no normalizados, exceptuando los de consultoría cuyo presupuesto referencial sea inferior de USD. 52.218,54; en el caso de que fuera imposible aplicar los procedimientos dinámicos o, en el caso que una vez aplicados dichos procedimientos, éstos hubiesen sido declarados desiertos siempre que el presupuesto referencial sea inferior de USD.52.218,54; y para contrataciones de obras se lo realizará siempre y cuando el presupuesto referencial sea menor o igual a USD.182.764,89. (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008, art. 51).

Para el caso de procedimientos de cotización y menor cuantía, se realizará una selección preferente en la adquisición de bienes y contratación de servicios, a excepción de los de consultoría, entre las micro y pequeñas empresas, con artesanos o profesionales, domiciliados en el cantón en el que se ejecutará el contrato, mismos que deberán acreditar sus respectivas condiciones de conformidad a la normativa que los regulen. Solamente en caso de que no existiera oferta de proveedores que acrediten las condiciones anteriormente, se podrá contratar con proveedores de otros cantones o regiones del país. (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008, art. 52).

2.2.3.4. Ínfima cuantía.

Este tipo de contrataciones se encuentran previstas en el artículo 60 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y en la Resolución No. INCOP 062-2012, en las cuales se indica que será aplicado este procedimiento para las contrataciones de ejecución de obras, adquisición de bienes o prestación de servicios, cuya cuantía sea igual o menor a USD. 5.221,85 centavos y será realizada de forma directa con un proveedor seleccionado por la entidad contratante sin que sea necesario que éste conste inscrito en el RUP.

En los contratos de ínfima cuantía se evidencia la facultad discrecional en cuanto a la facultad que la ley otorga al servidor público para contratar a un oferente sin dar mayor explicación, a parte de la inexistencia de parámetros claros para realizar la contratación, en el artículo 7 de la Resolución No. INCOP-062-2012, se establece que “(...) siempre que sea posible, se exhorta a las entidades contratantes a que cuenten con al menos tres proformas previamente a definir el proveedor con quien se realizará la contratación por ínfima cuantía.”. (Resolución No. INCOP-062-2012, art. 7).

La palabra “exhorta” hace que los servidores públicos de la unidad de adquisiciones, no se vean en la necesidad de contar con varias proformas, ya que la ley no dispone que sea obligatoria la obtención de tres proformas, esto podría provocar que los servidores públicos direccionen el proceso de contratación, por ejemplo, consiguiendo proformas por montos más elevados en comparación a la proforma presentada por el oferente beneficiario del direccionamiento.

Se debería crear un proceso con lineamientos claros y específicos para que no exista discrecionalidad del servidor público de adquisiciones, con respecto a la obtención de un número de proformas y más aún, a la decisión de elaboración o no de un cuadro comparativo de precios que justifique la contratación que se realiza.

2.2.4. Actos discrecionales en los Procedimientos Especiales.

Los procedimientos especiales son aquellos seguidos en casos excepcionales en los cuales no se requiere la aplicación de los procedimientos regulares de contratación, entre los cuales se observan:

- Contratación Integral Por Precio Fijo
- Contrataciones en situaciones de Emergencia
- Adquisición de Bienes Inmuebles
- Arrendamiento de Bienes Inmuebles
- Ferias inclusivas

2.2.4.1. Contratación integral por precio fijo.

Son contratos utilizados para la contratación de obras, y debe cumplir con los requisitos del artículo 53 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, el cual establece:

- “1. Si del análisis previo a la resolución de la máxima autoridad, resulta más ventajosa esta modalidad con respecto a la contratación por precios unitarios;
2. Si se tratare de la ejecución de proyectos de infraestructura en los que fuere evidente el beneficio de consolidar en un solo contratista todos los servicios de provisión de equipo, construcción y puesta en operación;
3. Si el presupuesto referencial de dicha contratación sobrepasa el valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,1% por el monto del Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico;
4. Que la Entidad Contratante cuente con los estudios completos, definitivos y actualizados.”. (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008, art. 53).

Para realizar contratación integral por precio fijo “... la selección del contratista para la celebración de este tipo de contratos, se realizará por el procedimiento de Licitación...”. (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008, art. 54).

2.2.4.2. Contratación en situaciones de emergencia.

El numeral 31 del artículo seis de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, determina a las situaciones de emergencia como aquellas provenientes de acontecimientos graves tales como accidentes, terremotos, inundaciones, sequías, grave conmoción interna, inminente agresión externa, guerra internacional, catástrofes naturales, y otras que provengan de fuerza mayor o caso fortuito, a nivel nacional, sectorial o

institucional. Una situación de emergencia es concreta, inmediata, imprevista, probada y objetiva.

Ante situaciones de emergencia, éstas deben estar debidamente probadas y justificadas y antes de iniciar un procedimiento en situación de emergencia, “(...) el Ministro de Estado o en general la máxima autoridad de la entidad deberá emitir resolución motivada que declare la emergencia, para justificar la contratación.”. (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008, art. 57).

Este procedimiento permite que se contrate directamente, sin demora y al precio que fuere necesario para responder inmediatamente sobre la emergencia en cuestión, por lo que se encuentra a discreción del funcionario público el determinar con que proveedor contratar, en este procedimiento se puede probar la existencia de la emergencia, pero no la necesidad de contratar exclusivamente la persona adjudicada, por lo que queda a consideración del servidor público encargado de realizar la contratación.

2.2.4.3. Adquisición de bienes inmuebles.

Para la adquisición de un bien inmueble a fin de cubrir las necesidades, se debe proceder primeramente con la declaratoria de utilidad pública o interés social según lo determinado por la ley.

2.2.4.4. Arrendamiento de bienes inmuebles.

El arrendamiento de bienes inmuebles procede si se cumplen dos condiciones:

- Las entidades como ente arrendador; y
- Las entidades como arrendatarias.

Tanto para el caso en que la entidad desee arrendar bienes inmuebles como para el caso en que la entidad desee arrendar bienes de su propiedad las entidades contratantes publicarán en el portal www.compraspublicas.gov.ec los pliegos en los que constarán las condiciones mínimas de inmueble requerido, o las condiciones en las que se dará en arrendamiento el inmueble, según el

caso, con la referencia al sector y al lugar de ubicación del mismo. (Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2009, art. 64, 65)

2.2.4.5. Ferias Inclusivas.

El numeral 13 del artículo 6 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de contratación Pública, establece que Feria Inclusiva es el “(...) Evento realizado al que acuden las Entidades Contratantes a presentar sus demandas de bienes y servicios, que generan oportunidades a través de la participación incluyente, de artesanos, micro y pequeños productores en procedimientos ágiles y transparentes, para adquisición de bienes y servicios (...)”. (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008, art. 6, numeral 13).

2.2.5. Actos discrecionales procedimientos sometidos al Régimen Especial.

A más de los procedimientos antes enunciados, se establece la ejecución de un Procedimiento Especial en el cual “...se someterán a la normativa específica que para el efecto dicte el Presidente de la República en el Reglamento General a esta Ley, bajo criterios de selectividad (...)”, (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008, art. 2).

En la mayoría de los casos detallados en el artículo 2 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, existen criterios de discrecionalidad en cuanto a la selección del proveedor.

2.3. Estudio de un caso

El caso que será analizado a continuación se encuentra publicado en el Portal de Compras Públicas www.compraspublicas.gob.ec.

El 07 de enero de 2013, mediante Resolución No. 00086-DIGERCIC-DGDO-2013, el Director General del Registro Civil, Identificación y Cedulación autorizó el inicio del procedimiento para la “Adquisición de 1500 sellos automáticos secos, 1500 sellos automáticos de tinta para legalización y 1500 sellos

automáticos de tinta para las ventanilla express, para los servicios que presta la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación a nivel nacional”, sumando un total de 4500 sellos de diversas características.

Para el procedimiento antes referido la unidad requirente determinó un presupuesto referencial de USD. 205.500,00 (Doscientos cinco mil quinientos dólares de los Estados Unidos de América con 00/100) más IVA., y justificó contratación ya que la misma se encontraba contemplada dentro del Plan Anual de Contratación, tal como lo dispone el Art. 25 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

En base al presupuesto referencial se aprueba y decide optar por el procedimiento de Subasta Inversa Electrónica de acuerdo a lo establecido en el artículo 44 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, publicándose en el día 20 de febrero de 2013 en el Portal de Compras Públicas.

Tabla 1. Fechas de control del proceso.

Fechas de Control del Proceso		SIE-DGRCIC-002-2013
Fecha de Publicación	2013-02-20 16:30:00	Indicar la fecha real en la cual desea publicar el Proceso.
Fecha Límite de Preguntas	2013-02-22 16:30:00	Fecha máxima para solicitar aclaraciones respecto al Proceso de Contratación.
Fecha Límite de Respuestas	2013-02-25 16:30:00	Fecha máxima para solventar cualquier inquietud relacionada al Proceso de Contratación.
Fecha Límite entrega Ofertas	2013-02-27 10:30:00	Fecha máxima de entrega Ofertas Técnica.

Fecha Límite solicitar Convalidación	2013-03-01 10:30:00	Fecha máxima para que la Entidad notifique los errores de forma en las ofertas.
Fecha Límite respuesta Convalidación	2013-03-05 11:30:00	Fecha máxima para respuestas de Convalidación de Errores.
Fecha Límite de Calificación	2013-03-06 11:30:00	Fecha máxima para calificar a proveedores.
Fecha Inicio de Puja	2013-03-07 11:30:00	Fecha en que inicia la puja.
Fecha Final de Puja	2013-03-07 11:45:00	Fecha en que finaliza la puja.
Fecha Estimada de Adjudicación	2013-03-12 11:45:00	Fecha estimada para la Adjudicación de la compra.

Nota: Tomado del Portal de Compras Públicas www.compraspublicas.gob.ec.

El proceso iniciado se encuentra signado con el código No. SIE-DGRCIC-002-2013; los pliegos publicados cuentan con todas las especificaciones determinadas por los formatos establecidos por Instituto Nacional de Contratación Pública, debidamente adecuado a la contratación en cuestión.

Lo más destacable de los pliegos son las especificaciones técnicas, debiendo tenerse en cuenta para el momento de valorar las ofertas, mismas que se presentaron de acuerdo a los siguientes cuadros:

Tabla 2. Especificaciones Técnicas de los sellos secos.

Característica	Especificaciones
<u>SELLOS SECOS</u>	
Modelo de sello seco	Modelo compacto que garantice un mejor movimiento de la palanca y mayor fuerza para resultados precisos y nítidos con un mínimo de esfuerzo
Cantidad	unidades 1.500
Numeración	Numeración secuencial ascendente desde el número 1718 hasta el número 3218
Acabado exterior	Color negro
Material	Metal
Accesorio externo	Cada sello con su respectiva pinza porta placa
Dimensiones	Porta placa de 51 mm redonda
Material de la placa	Derlin (material especial para sello seco fabricado en máquina láser)
Característica de la placa	El material debe ser grabado a laser en fotopolímero para que se obtenga un mejor resultado y nitidez, con el menor esfuerzo

Nota: Tomadas del Portal de Compras Públicas www.compraspublicas.gob.ec, Pliegos de la contratación.

Tabla 3. Especificaciones Técnicas de los sellos automáticos.

Característica	Especificación
<u>SELLOS AUTOMÁTICOS</u>	
Modelo de sello automático	Automático con almohadillas para multi impresión y de fácil recambio y limpieza
Cantidad	1.500 unidades
Numeración	Numeración secuencial ascendente desde el número 1501 hasta el número 3000
Dimensiones	Placa tamaño 8.5 x 5.5 mm con mango orgánico para un fácil manejo
Material de la placa	Caucho ecológico grabado en tecnología laser
Característica de la placa	El material debe ser grabado a laser para que se obtenga un mejor resultado y nitidez, con el menor esfuerzo.

Nota: Tomadas del Portal de Compras Públicas www.compraspublicas.gob.ec, Pliegos de la contratación.

Tabla 4. Especificaciones Técnicas de los sellos para ventanilla express.

Característica	Especificación
SELLOS PARA VENTANILLA EXPRESS	
Modelo de sello seco	Automático con almohadillas para impresión a un solo color y de fácil recambio y limpieza
Cantidad	1.500 unidades
Numeración	No tiene numeración
Dimensiones	Placa tamaño 75 *38 mm
Material de la placa	Caucho ecológico grabado en tecnología laser
Característica de la placa	El material debe ser grabado a laser para que se obtenga un mejor resultado y nitidez, con el menor esfuerzo

Nota: Tomadas del Portal de Compras Públicas www.compraspublicas.gob.ec, Pliegos de la contratación.

Las especificaciones técnicas fueron elaboradas por el Director Técnico de Cedulación, el cual determinó los requisitos que deben ser cumplidos por parte del oferente de acuerdo a las necesidades que creyere conveniente el servidor público.

El 27 de febrero de 2013, siendo el día y hora señalados para la presentación de las ofertas técnicas, se presentaron cinco ofertas de proveedores calificados, de las cuales una quedó descartada por presentar su oferta fuera del cronograma establecido.

Tabla 5. Detalle de presentación de ofertas.

No. de Oferta	Código de Oferta	Fecha de Recepción de la Oferta	Hora de Recepción de la Oferta
1	DGRCIC-04439	27 de febrero de 2013	08:32 a.m.
2	DGRCIC-04449	27 de febrero de 2013	09:54 a.m.
3	DGRCIC-04451	27 de febrero de 2013	09:56 a.m.
4	DGRCIC-04457	27 de febrero de 2013	10:13 a.m.
5	DGRCIC-04458	27 de febrero de 2013	10:33 a.m.

Nota: Tomada del Portal de Compras Públicas www.compraspublicas.gob.ec, Acta No. 2 de la Comisión Técnica, denominada "Apertura de ofertas".

Mediante el Acta No. 2, denominada “Apertura de ofertas”, se solicitó a los cuatro oferentes realizar las convalidaciones que sean necesarias para que de esa manera puedan continuar dentro del procedimiento de contratación. [Se habla de cuatro oferentes debido a que la fecha límite para entrega de ofertas fue el día 27 de febrero de 2013 a las 10:30, y el oferente signado con el código DGRCIC-04458, presentó su oferta fuera del horario establecido dentro del cronograma establecido].

Las convalidaciones requeridas no cambian el objeto del contrato, por lo que se enmarcan dentro de lo establecido en el artículo. 23 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y la Resolución No. INCOP- RE-2013-0000083.

Entendidos los oferentes sobre la solicitud de convalidación de errores, éstos proceden a dar cumplimiento a la misma, por lo que a su presentación, la Comisión Técnica determina que:

- El primer, tercer y cuarto oferente cumplen con los requisitos solicitados,
- El segundo oferente no cumple con las convalidaciones solicitadas con respecto a lo determinado por el formulario 6

Tabla 6. Calificación de ofertas.

No	Código Oferente	de	Calificación	Razón de Calificación
1	DGRCIC-04439		Habilitado	Por convalidar correctamente lo solicitado.
2	DGRCIC-04449		Inhabilitado	Por cuanto no convalida correctamente lo solicitado.
3	DGRCIC-04451		Habilitado	Por cumplir con lo requerido en los pliegos de contratación aprobados.
4	DGRCIC-04457		Habilitado	Por cumplir con lo requerido en los pliegos de contratación aprobados.

Nota: Tomada del Portal de Compras Públicas www.compraspublicas.gob.ec, Acta No. 3 de la Comisión Técnica, denominada “De conocimiento de convalidaciones y calificación de oferentes”.

Bajo esta razón la entidad contratante resuelve mediante Acta No. 3 denominada “De conocimiento de convalidaciones y convalidación de errores”, que “(...) de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, inciso segundo, el día jueves 07 de marzo de 2013, de 11h30 a 11h45, se procederá con la puja prevista en el cronograma.” (Acta No. 3 de la Comisión Técnica, 2013 pág. 4).

En la puja participaron únicamente dos oferentes calificados: Aida Sofía Benalcázar Rosero y Verónica del Carmen Sánchez Torres, cuyas ofertas económicas iniciales fueron de 205.499,99 y 205.499,00 respectivamente.

Dentro de la puja se obtuvo el siguiente resultado:

Tabla 7. Orden final de la puja.

Proveedor	Última Oferta	Fecha Oferta
BENALCAZAR ROSERO AIDA SOFÍA	USD 201.300,00	2013-03-07 11:43:17.86621
SANCHEZ TORRES VERÓNICA DEL CARMEN	USD 205.499,00	2013-03-06 15:57:59.099598

Nota: Tomada del Portal de Compras Públicas www.compraspublicas.gob.ec, Acta No. 4 de la Comisión Técnica, denominada “De informe de resultados”.

Es decir que conforme a los resultados obtenidos, la mejor oferta presentada, la cual cumple con los requisitos establecidos dentro de los pliegos, así como de los parámetros de valoración establecidos por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, es la realizada por la señora Aida Sofía Benalcázar Rosero.

Tabla 8. Oferta Técnica

- a.** La Carta de Presentación y Compromiso (Formulario No.1). El oferente, para ser considerado, deberá:
-
- I.** Ofertar todos y cada uno de los bienes solicitados.
- II.** Los precios no deberán incluir el Impuesto al Valor Agregado IVA.
- b.** Datos Generales del Oferente (Formularios No. 2 y Anexos) como son: copia de cédula de identidad o pasaporte del representante legal de la empresa (persona jurídica) o propietario de la empresa (persona natural);
- c.** Descripción de los bienes ofertados, (Formulario No. 3).
- d.** Garantía Técnica de tres (3) años, (Formulario No. 4).
- e.** Información de accionistas de personas jurídicas (Resolución INCOP No.037-09 Formulario No. 5).
- f.** Formulario de declaración de agregado nacional (Formulario No. 6).
- g.** Cálculo del porcentaje de valor agregado nacional respecto al costo de producción. (Formulario No. 6-A)
- h.** El oferente deberá presentar dos (2) certificados originales de contratos suscritos en los últimos dos (2) años que acrediten su experiencia, en el objeto a fin al proceso de contratación.
- i.** Certificado original de ser distribuidor autorizado, con al menos 2 años de experiencia en el país.
- j.** Presentación de muestra física de los sellos, acorde a las especificaciones técnicas detalladas en los presentes pliegos. No se considerarán las muestras de sellos que no cumplan las especificaciones técnicas del suscrito proceso.

Nota: Tomada del Portal de Compras Públicas www.compraspublicas.gob.ec, Pliegos de la contratación.

Tabla 9. Análisis del orden final de la puja.

Oferentes:	1 ^{ra} Oferta	Oferta Final	Presupuesto Referencial	Ahorro final para el Estado
Benalcázar Rosero Aida Sofía	205.499,99	201.300,00	205.500,00	4.199,99
Sánchez Torres Verónica del Carmen	205.499,00	205.499,00	205.500,00	1,00

Acto seguido la Comisión Técnica, una vez cumplido lo establecido en los artículos 45 y 46 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, informó al Director General del Registro Civil sobre los resultados obtenidos a fin de que éste realice la adjudicación o la declaratoria de desierto del proceso, conforme lo determina el artículo 48 del mismo cuerpo legal, para lo cual recomendó declarar desierto el proceso, mediante Acta No. 4 denominada “De informe de resultados” de fecha 7 de marzo de 2013, citando el numeral 4 del artículo 33 de la Ley “*Por considerarse inconvenientes para los intereses nacionales o institucionales todas las ofertas o la única presentada*”. (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008, Art. 33).

En el acta referida se recomienda la declaratoria de desierto del proceso

“ (...) debido a que en el presente proceso de contratación no se obtuvo el mejor precio, objetivo fundamental de un proceso de Subasta Inversa Electrónica, lo que se constituye en un factor económico primordial para precautelar los intereses institucionales, y dar cumplimiento a los principio de contratación pública consagrados en la Ley Orgánica del

Sistema Nacional de Contratación Pública”. (Acta No. 4 de la Comisión Técnica, denominada “De informe de resultados”, 2013, pp. 2).

Esta recomendación no es de aplicación obligatoria para la máxima autoridad de la entidad contratante, más bien se constituye un aspecto considerativo, teniendo la facultad dicha autoridad de seguir o rechazar dicha recomendación, buscando siempre salvaguardar los intereses institucionales.

Cabe recalcar que tanto la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública como su Reglamento General, no establecen la obligatoriedad de seguir las recomendaciones realizadas por parte de la Comisión Técnica.

El informe de la Comisión Técnica tiene el grado o calificación de “informativo y referencial”, en ninguna parte se menciona su carácter obligatorio, por lo que corresponde a la máxima autoridad valorar la totalidad del proceso y la recomendación de la Comisión Técnica para determinar si el contrato debe ser adjudicado el proceso o declarado desierto, conforme a los intereses institucionales, para lo cual su resolución debe ser motivada de manera adecuada.

El 21 de marzo de 2013, la máxima autoridad de la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación, suscribió la Resolución de declaratoria de procedimiento desierto signada con el código No. 00153-DIGERCIC-DGDO-2013.

Para analizar este acto administrativo carente de fundamento, es necesario establecer que se requiere para la declaratoria de desierto de un proceso de contratación, para lo cual debe observarse lo establecido en el artículo 33 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública:

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

1. Por no haberse presentado oferta alguna;

2. Por haber sido inhabilitadas las ofertas presentadas por incumplimiento de las condiciones o requerimientos establecidos en los Pliegos;
3. Por no celebrarse el contrato por causas imputables al adjudicatario, siempre que no sea posible adjudicar el contrato a otro oferente; y,
4. Por considerarse inconvenientes para los intereses nacionales o institucionales todas las ofertas o la única presentada. La declaratoria de inconveniencia deberá estar sustentada en razones económicas, técnicas o jurídicas. Una vez declarado desierto el procedimiento, la máxima autoridad podrá disponer su archivo o su reapertura. La declaratoria definitiva de desierto cancelará el proceso de contratación y por consiguiente se archivará el expediente. La declaratoria de desierto o cancelación no dará lugar a ningún tipo de reparación o indemnización a los oferentes.”. (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008, Art. 33).

La Resolución de declaratoria de procedimiento desierto signada con el código No. 00153-DIGERCIC-DGDO-2013, basa para su emisión en el numeral 4 del artículo 33 de la Ley “Por considerarse inconvenientes para los intereses nacionales o institucionales todas las ofertas o la única presentada.”, (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008, Art. 33); y justifica dicha decisión determinando que los intereses económicos no son cumplidos con respecto a los parámetros de la contratación que es el mejor precio, conforme a lo establecido por la recomendación realizada por la Comisión Técnica.

Teniéndose en cuenta que el mejor costo es uno de los parámetros establecidos para la valoración de las ofertas, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública determina en el numeral 17 del artículo 6 una definición clara a fin de que no quede cabida a una mala interpretación estableciendo a este parámetro de la siguiente manera: “Mejor Costo en Bienes o Servicios Normalizados: Oferta que cumpliendo con todas las especificaciones y requerimientos técnicos, financieros y legales exigidos en

los documentos precontractuales, oferte el precio más bajo.” (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008. Art. 6, numeral 17).

En este procedimiento de contratación las ofertas presentadas fueron dos, siendo la oferta final presentada por la señora Aida Sofía Ben alcázar Rosero aquella que cumplía con todos los parámetros de contratación requeridos, representando un ahorro de 4.200,00 (Cuatro mil doscientos dólares de los Estados Unidos de América con 00/100), a la contratación con respecto al presupuesto referencial, es decir el 2,4%.

Dentro del Portal de Compras Públicas, en la descripción del proceso, se establece que la variación mínima de las ofertas a presentarse, deberán ser del 2%, lo que permite que cualquier oferta presentada califique para su adjudicación.

Tabla 10. Descripción del proceso de contratación.

Descripción del Proceso de Contratación	
Entidad:	DIRECCION GENERAL REGISTRO CIVIL
Objeto de Proceso :	ADQUISICIÓN DE MIL QUINIENTOS (1500) SELLOS SECOS, MIL QUINIENTOS (1500) SELLOS AUTOMÁTICOS DE TINTA PARA LEGALIZACIÓN Y MIL QUINIENTOS (1500) SELLOS AUTOMÁTICOS DE TINTA PARA VENTANILLA EXPRESS, PARA LOS SERVICIOS QUE PRESTA LA DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTRO CIVIL IDENTIFICACIÓN Y CEDULACIÓN A NIVEL NACIONAL
Código:	SIE-DGRCC-002-2013
Tipo Compra:	Bien
Presupuesto Referencial Total (Sin Iva):	USD 205,500.00
Tipo de Contratación:	Subasta Inversa Electrónica
Forma de Pago:	Anticipo 30% Saldo: Pago contra entrega de bienes obras o servicio 70.00%
Tipo de Adjudicación:	Total
Plazo de Entrega:	165 días
Vigencia de Oferta:	60 días
Funcionario encargado del proceso:	soledad.montero@registrocivil.gob.ec
Estado del Proceso:	<p>Desierta Razón: DECLARAR DESIERTO EL PROCESO DE SUBASTA INVERSA ELECTRONICA NO SIE-DGRCC-002-2013, DE ACUERDO A LO CONTEMPLADO EN LA LOSNCP EN SU ARTICULO 33 DE "DECLARATORIA DE PROCEDIMIENTO DESIERTO.- LA MÁXIMA AUTORIDAD DE LA ENTIDAD CONTRATANTE, SIEMPRE ANTES DE RESOLVER LA ADJUDICACION, DECLARARÁ DESIERTO EL PROCEDIMIENTO DE MANERA TOTAL O PARCIAL, EN LOS SIGUIENTES CASOS: (...) 4. POR CONSIDERARSE INCONVENIENTES PARA LOS INTERESES NACIONALES O INSTITUCIONALES TODAS LAS OFERTAS O LA UNICA PRESENTADA. LA DECLARATORIA DE INCONVENIENCIA DEBERÁ ESTAR SUSTENTADA EN RAZONES ECONÓMICAS, TÉCNICAS O JURÍDICAS" Fecha: 2013-03-22 16:13:30</p>
Descripción:	ADQUISICIÓN DE MIL QUINIENTOS (1500) SELLOS SECOS, MIL QUINIENTOS (1500) SELLOS AUTOMÁTICOS DE TINTA PARA LEGALIZACIÓN Y MIL QUINIENTOS (1500) SELLOS AUTOMÁTICOS DE TINTA PARA VENTANILLA EXPRESS, PARA LOS SERVICIOS QUE PRESTA LA DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTRO CIVIL IDENTIFICACIÓN Y CEDULACIÓN A NIVEL NACIONAL
Costos de levantamiento de textos, reproducción y edición de los Pliegos	<p>Costo: USD 500.00 Detalle de Pago: POR CONCEPTO DE LEVANTAMIENTO DE TEXTOS, REPRODUCCION Y EDICION DE PLIEGOS</p>
Variación mínima de la Oferta durante la Puja:	2% Tipo Variación: Precio total

Nota: Tomado del Portal de Compras Públicas www.compraspublicas.gob.ec.

Lo antes expuesto manifiesta que la señora Aida Sofía Benalcázar Rosero debió haber sido favorecida con la adjudicación del contrato, hecho que no sucedió ya que el proceso fue declarado desierto.

La Constitución de la República del Ecuador establece que:

“l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.”. (Constitución de la República del Ecuador, 2008, Art. 76, numeral 7, literal l).

Entendiéndose a la motivación como la justificación que realiza el funcionario público, mediante la aplicación de los fundamentos de hecho y de derecho para sustentar la resolución tomada, en otras palabras el acto administrativo “(...) goza de una razón de ser, de una causa, de un origen (...)” (Galindo, 2006, pp. 320).

En este caso los fundamentos de hecho se constituirían en los procesos seguidos por parte de la administración y los oferentes para llevar a cabo una determinada contratación, y los de derecho en los artículos o normas en los que se basan para dicha actuación.

La motivación es un derecho y una obligación de la administración pública mediante la cual se busca asegurar que la realización de un procedimiento se encuentre apegada a derecho por parte del servidor público, limitando de esta manera sus facultades a los sucesos realizados, y no a simples especulaciones.

La máxima autoridad al declarar el proceso desierto estaba haciendo pleno uso de sus facultades discrecionales, sin embargo, se encontraba en la obligación de justificar adecuadamente dicha resolución, en atención al Principio de

Legalidad y a su obligación de motivar la misma, lo cual no sucedió dentro de la Resolución de declaratoria de proceso desierto signada con el código 00153-DIGERCIC-DGDO-2013 de 21 de marzo de 2013.

La entidad contratante alega que el contrato no fue adjudicado en razón de no ser conveniente económicamente, sin embargo, no se detalla su fundamento, no se establece el ¿por qué?.

El proceso cumple con todos los parámetros establecidos por la propia entidad, lo cual genera una falsa o equívoca motivación, dando a entender y evidenciando que existe una mala aplicación de la norma, una actuación desmedida del poder discrecional por parte de la máxima autoridad y una pésima aplicación del mismo, esto debido a que la máxima autoridad debería haber adjudicado el contrato, atentando de esta manera a la seguridad jurídica en materia de Contratación Pública.

El Director General de Registro Civil, Identificación y Cedulación, mediante Resolución No. 00154-DIGERCIC-DGDO-2013 de fecha 21 de marzo de 2013, autorizó nuevamente el inicio de un procedimiento para la adquisición de sellos, pero esta vez se realizó bajo el procedimiento de Cotización de Bienes signado con el código COTB-DGRCIC-003-2013.

Se realizó el sorteo automático conforme lo determina el artículo 56 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en la cual los proveedores sorteados no presentan su propuesta económica, pero en pleno derecho presentan sus ofertas 3 proveedores que se encuentran habilitados en el RUP.

De las ofertas presentadas se descalifican a dos de ellas pues una de éstas no cumple con los certificados que acredita la experiencia mínima de dos años, requisito que es excesivo puesto que excluye a los oferentes que pudieren cumplir con el objeto de la contratación, afectando al principio de igualdad, mientras que la otra oferta no ofrece todos los bienes solicitados por la entidad contratante.

Después del análisis de las ofertas presentadas, la Comisión Técnica recomendó a la máxima autoridad adjudicar el contrato a la empresa BALMERT IMPORT S.A., por un precio de \$190.500,00 (Ciento noventa mil quinientos dólares de los Estados Unidos de América con 00/100) más IVA.

Esta situación puede generar un estado de incertidumbre con respecto a las contrataciones realizadas por las entidades públicas además del ineficaz control aplicado por parte del Instituto Nacional de Contratación Pública, ya sea por su inobservancia o por su falta de competencia.

Lo analizado crea pérdidas tanto para la administración pública como para los oferentes que han participado en los dos procesos de contratación, a la administración debido al precedente de mala aplicación de la discrecionalidad dentro de un procedimiento de contratación y un equívoco estudio de mercado, y a los oferentes debido a los gastos en los que incurrieron para la presentación de sus ofertas.

3. Capítulo III. Propuesta.

3.1. Investigación de campo.

3.1.1. Encuestas.

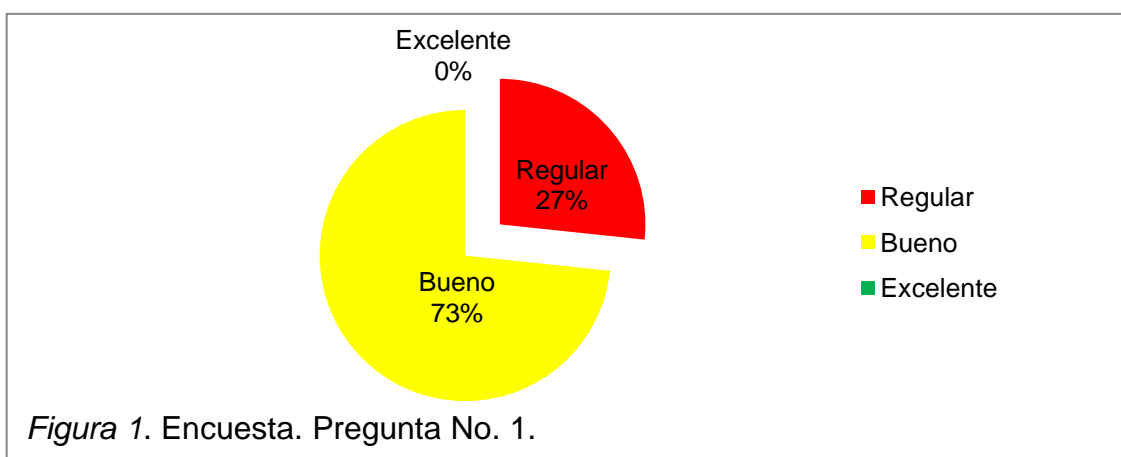
De las encuestas realizadas a servidores públicos que laboran en el área de adquisiciones en diferentes instituciones estatales, se han obtenido los siguientes resultados, los cuales serán establecidos a través de pasteles a fin de interpretar sus datos.

3.1.1.1. Primera pregunta.

¿Cómo considera usted la eficiencia del Sistema Nacional de Contratación Pública Ecuatoriano?

Tabla 11. Encuesta. Pregunta No. 1.

Válidos	Frecuencia	Porcentaje
Regular	4	26,70
Bueno	11	73,30
Total	15	100,00



En la primera pregunta el 73% de los encuestados determinó que la eficiencia del actual Sistema Nacional de Contratación Pública es buena, el 27% restante determinó que es regular, y un 0% de servidores públicos determinaron que es excelente.

Esto denota la existencia de un porcentaje de servidores públicos que se encuentran disconformes en cuanto a la eficiencia de los procesos de contratación pública manejada a través del actual sistema, lo que resulta poco conveniente para el estado ya que las contrataciones son realizadas con fondos públicos, los cuales deben ser utilizados de la mejor manera posible, evitando cualquier tipo de perjuicio que pudiere generar su mala utilización dentro los procedimientos establecidos por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

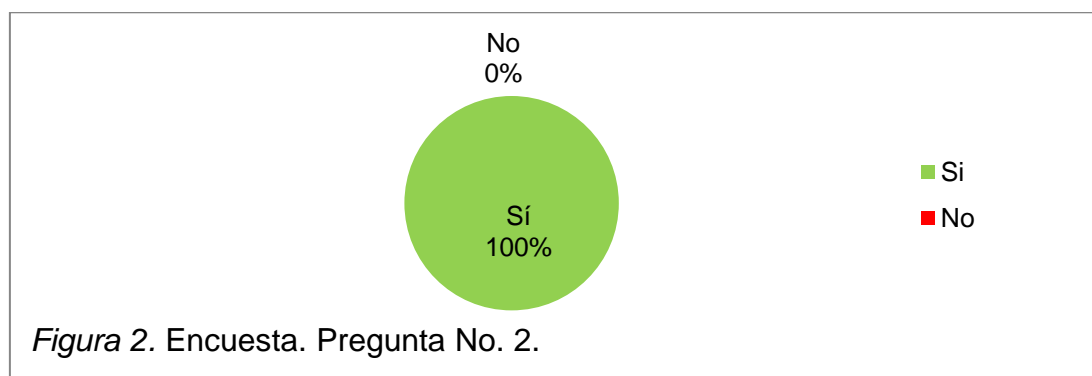
Teniendo en cuenta que se presentaron tres opciones, siendo la última excelente, debe resaltarse el hecho de que ningún encuestado haya contestado que el Sistema Nacional de Contratación Pública tenga una calificación excelente en cuanto a su eficiencia, es decir que reconoce la existencia de falencias que deben ser corregidas, se debería realizar un estudio del sistema, a fin de encontrar los errores de los que pudiera adolecer y de esta manera subsanarlos.

3.1.1.2. Segunda pregunta.

¿Tiene usted conocimiento de los diversos procedimientos de contratación pública vigentes en el Ecuador?

Tabla 12. Encuesta. Pregunta No. 2.

Válidos	Frecuencia	Porcentaje
Sí	15	100,00
Total	15	100,00



De la pregunta dos, el 100% de los encuestados afirman conocer los diversos procedimientos de contratación pública vigentes en el Ecuador.

Este porcentaje es realmente óptimo, pues determina la buena preparación con la que cuentan los servidores públicos, se podría decir que el conocimiento se debe a los constantes cursos de actualización que se imparten en cada una de las entidades públicas, sin dejar atrás la iniciativa propia de cada servidor público.

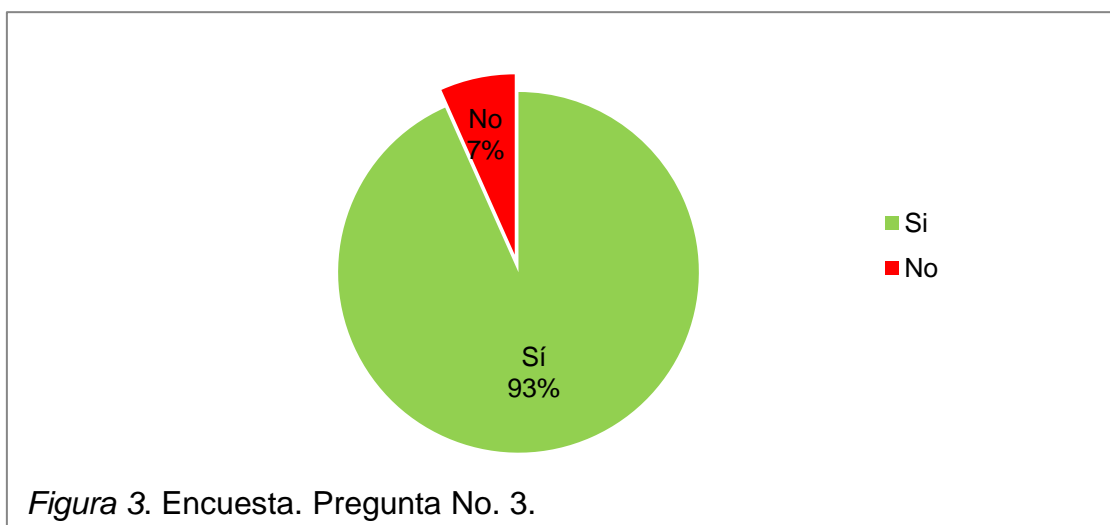
Este continuo aprendizaje debe conservarse a fin de mantener altos los estándares de conocimiento requeridos para realizar contrataciones en apego a la ley.

3.1.1.3. Tercera pregunta.

¿Tiene usted conocimiento acerca de cuáles son los principios que rigen al Sistema Nacional de Contratación Pública?

Tabla 13. Encuesta. Pregunta No. 3.

Válidos	Frecuencia	Porcentaje
Sí	14	93,30
No	1	6,70
Total	15	100,00



De las encuestas realizadas se obtiene que el 93% de los encuestados tiene pleno conocimiento de los principios que rigen la contratación pública, frente al 7% que desconoce los mismos.

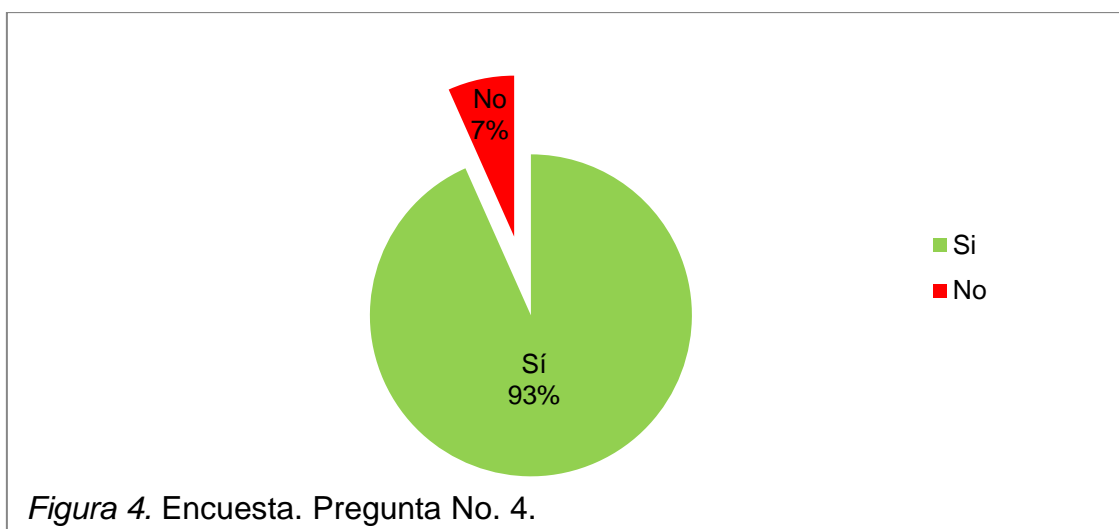
Estos datos estadísticos resultan ser excelentes, pues determinan que existe un conocimiento de los principios que rigen la contratación pública, sin embargo, no está por demás, implementar talleres destinados a fortalecer los conocimientos ya adquiridos a fin de evitar que los principios lleguen a ser violentados.

3.1.1.4. Cuarta pregunta.

¿Conoce acerca del Principio de Legalidad?

Tabla 14. Encuesta. Pregunta No. 4.

Válidos	Frecuencia	Porcentaje
Sí	14	93,30
No	1	6,70
Total	15	100,00



De la cuarta pregunta se establece que el 93% tiene conocimiento acerca del Principio de Legalidad, frente al 7% que determina que no.

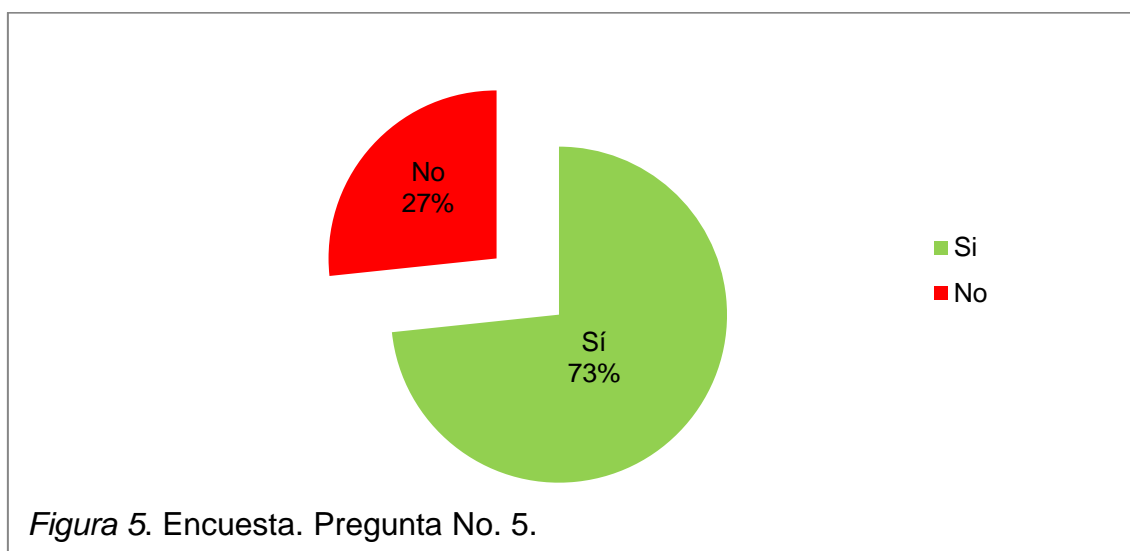
Esta pregunta concuerda con la anterior ya que presenta el mismo resultado dentro del sistema de porcentajes, esto denota la necesidad de que dentro de los talleres antes mencionados se profundice acerca del Principio de Legalidad, enfatizando la importancia de su aplicación, sin desmerecer a los demás principios.

3.1.1.5. Quinta pregunta.

¿Tiene usted conocimiento acerca de la Discrecionalidad con la cuentan los servidores públicos?

Tabla 15. Encuesta. Pregunta No. 5.

Válidos	Frecuencia	Porcentaje
Sí	11	73,30
No	4	26,70
Total	15	100,00



El 73% de los encuestados conocen acerca de la Discrecionalidad Administrativa, frente al 27% que determina que no la conoce.

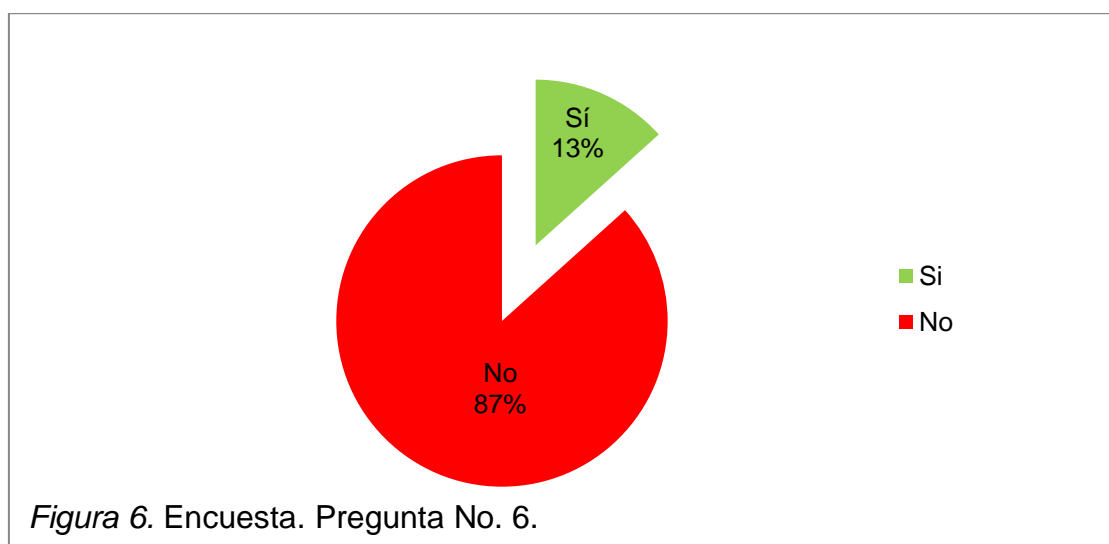
Los porcentajes obtenidos son aceptables ya que para los servidores públicos en general es de vital importancia el conocimiento de la Discrecionalidad Administrativa, sin embargo, se debe realizar un proceso informativo acerca de sus características y límites, a fin de que se familiaricen en lo que respecta a su correcta aplicación.

3.1.1.6. Sexta pregunta.

¿Conoce usted normativa que regule las actuaciones discrecionales, la cual sea aplicable en materia de Contratación Pública?

Tabla 16. Encuesta. Pregunta No. 6.

Válidos	Frecuencia	Porcentaje
Sí	2	13,00
No	13	87,00
Total	15	100,00



De la pregunta número seis se obtiene que el 13% de los servidores públicos encuestados tiene conocimiento sobre normativa que regula el poder discrecional, misma que puede ser aplicable a la contratación pública, mientras que el 87% determina un desconocimiento acerca del tema.

Dentro de los datos presentados existe un resultado alarmante pues existe gran desconocimiento sobre la existencia de normativa que regule directamente el poder discrecional.

Por otro lado, los dos encuestados que respondieron que sí tienen conocimiento sobre la existencia de normativa que regule directamente el poder discrecional, citaron como ejemplo a la Ley de Poder de Control de Mercado, la cual, si bien es cierto, puede ser aplicada en ciertos aspectos, mas no establece las reglas mínimas con respecto a la discrecionalidad específicamente hablando.

Cabe resaltar que mediante Decreto Ejecutivo No. 369 de 18 de octubre de 2002, fue expedido el Reglamento para el Control de la Discrecionalidad en los Actos de la Administración Pública, en el cual se establecen parámetros básicos a tomarse en cuenta. Del año de publicación, se colige que el Reglamento no es reciente, por lo tanto, no puede justificarse de ninguna manera el desconocimiento de su existencia.

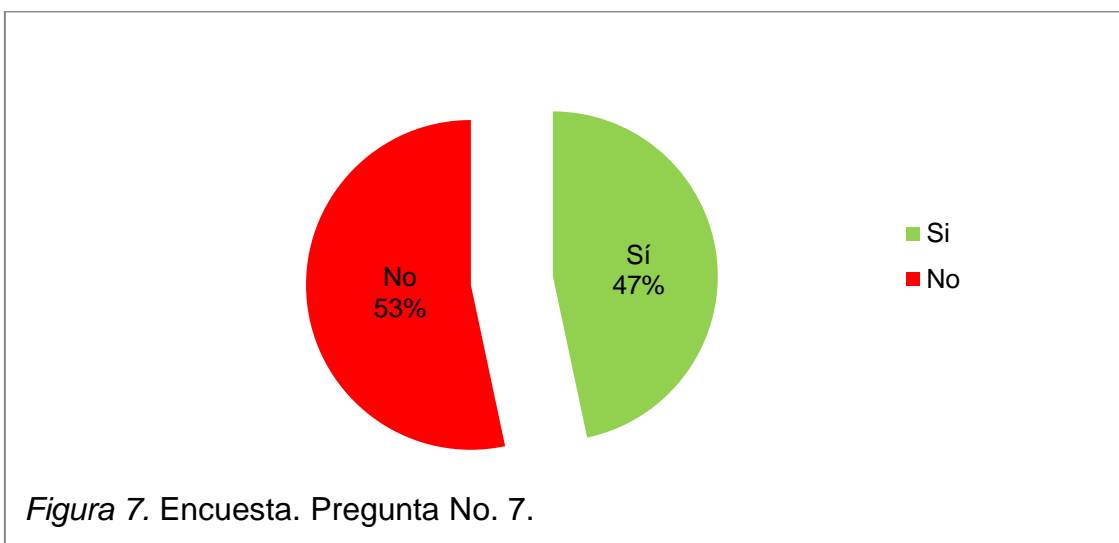
Es por esto que existe la necesidad de capacitar a los servidores públicos de manera íntegra con respecto a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y las normas que pueden actuar como supletorias para la regulación de los actos discrecionales.

3.1.1.7. Séptima pregunta.

¿Considera usted que el Principio de Legalidad es correctamente aplicado dentro de los actos administrativos en materia de Contratación Pública?

Tabla 17. Encuesta. Pregunta No. 7.

Válidos	Frecuencia	Porcentaje
Sí	7	46,70
No	8	53,30
Total	15	100,00



El 53% de los servidores públicos encuestados asegura que sí se cumple con el Principio de Legalidad en los procesos de contratación pública, frente al 47% que determina que este principio no es aplicado correctamente.

Los resultados indican una división casi igualitaria en cuanto a la apreciación de la aplicación del Principio de Legalidad dentro de los procedimientos de contratación, por lo que es necesario establecer controles que permitan elaborar datos estadísticos acerca de las fallas referentes a lo que este principio se refiere, con el objeto de poder establecer las sanciones o correcciones que sean necesarias dependiendo del caso.

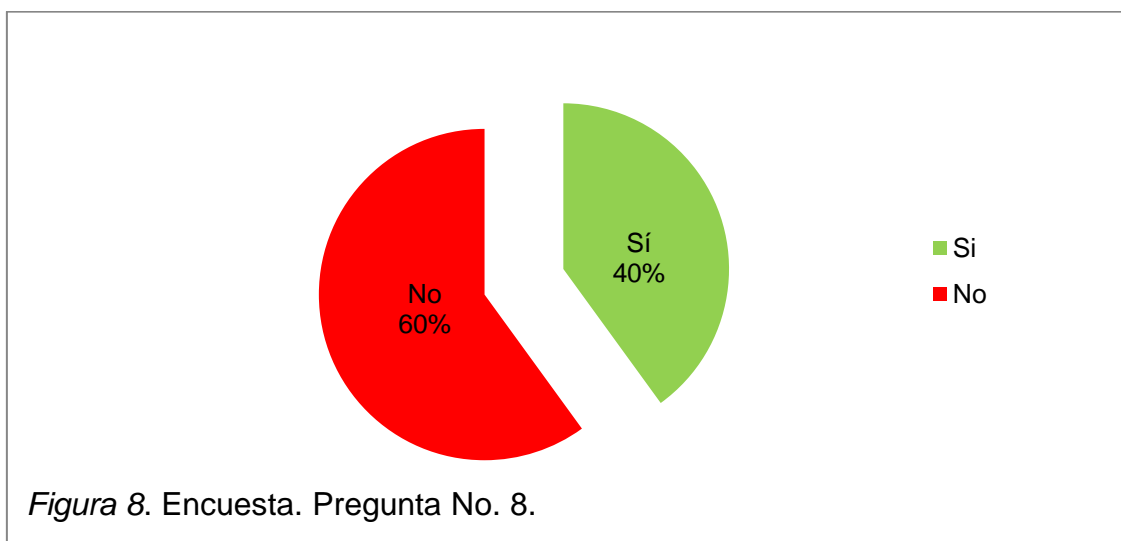
Los principios deben ser aplicados fielmente, a fin de poder cubrir realmente los intereses institucionales, mismos que se encuentran encaminados a conseguir el bien común, sin embargo, cómo se puede hablar del bien común si los mismos servidores públicos no cumplen cabalmente con sus obligaciones.

3.1.1.8. Octava pregunta.

¿Considera usted que los actos administrativos son correctamente motivados en materia de Contratación Pública?

Tabla 18. Encuesta. Pregunta No. 8.

Válidos	Frecuencia	Porcentaje
Sí	6	40,00
No	9	60,00
Total	15	100,00



El 60% de los encuestados establecen que la motivación no es aplicada de manera correcta en materia de contratación pública, frente al 40% que establece que su aplicación es correcta.

Los resultados afirman que los actos administrativos no son correctamente motivados en un gran porcentaje, requisito indispensable para la validez del mismo. Esto convierte a la contratación pública nacional en un sistema que no cuenta con las seguridades necesarias para una correcta aplicación.

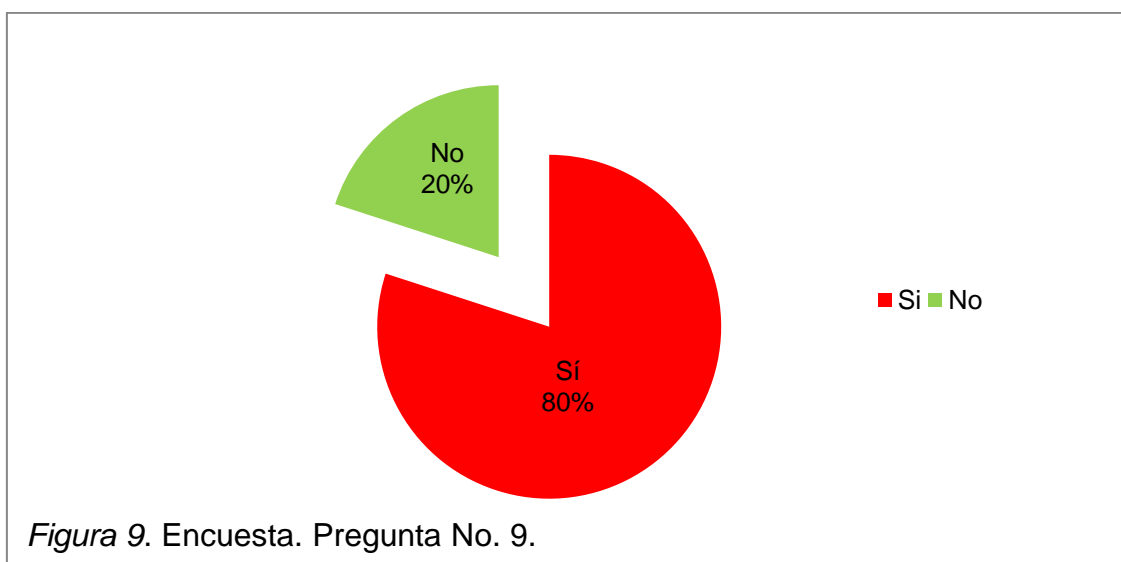
Es necesario establecer controles rígidos que impidan una falsa o equívoca motivación a fin de justificar una contratación pública ilegítima.

3.1.1.9. Novena pregunta.

¿Conoce usted sobre algún caso en el que haya existido falta o equívoca motivación en los actos administrativos?

Tabla 19. Encuesta. Pregunta No. 9.

Válidos	Frecuencia	Porcentaje
Sí	12	80,00
No	3	20,00
Total	15	100,00



El 80% de los encuestados determina que si conocen sobre casos en los que se ha presentado una falsa o equívoca motivación frente al 20% que determina que no.

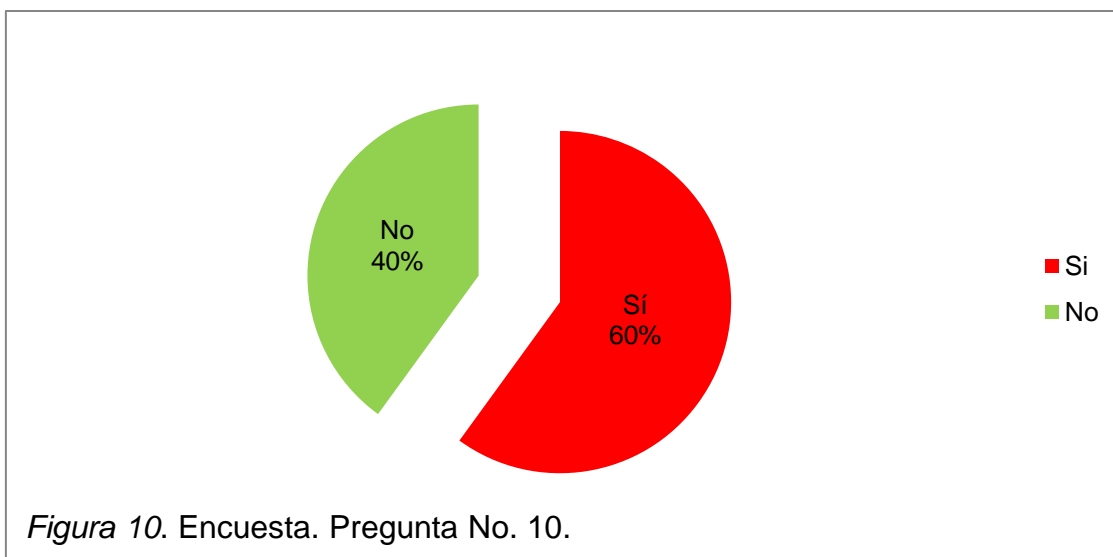
Esta pregunta contrasta con la anterior, indicando la realidad que enfrenta el actual Sistema Nacional de Contratación Pública, ya que es alarmante determinar que existen malos elementos que motivan sus actuaciones erróneamente, o intencionalmente realizan una falsa motivación, lo cual es inconcebible para un servidor público, ya que de ellos depende el desarrollo institucional y social, estos errores pueden afectar gravemente al Estado.

3.1.1.10. Décima pregunta.

¿Conoce usted de casos en los que se hayan presentado actos discrecionales desmedidos?

Tabla 20. Encuesta. Pregunta No. 10.

Válidos	Frecuencia	Porcentaje
Sí	9	60,00
No	6	40,00
Total	15	100,00



El 60% de los encuestados determinan que si conocen de casos en los que se ha excedido la facultad discrecional del cual son revestidos los servidores públicos, frente al 40% que determina que no.

Debido a la importancia que tiene el acto discrecional del servidor público, este debe ser aplicado en completa atención a las normas aplicables al proceso de contratación a seguir y a los intereses institucionales, por lo que el servidor debe actuar de una manera correcta, evitando ocasionar perjuicios a los oferentes participantes de los procesos de contratación, el no acatar lo citado originaría desconfianza en el Sistema Nacional de Contratación Pública.

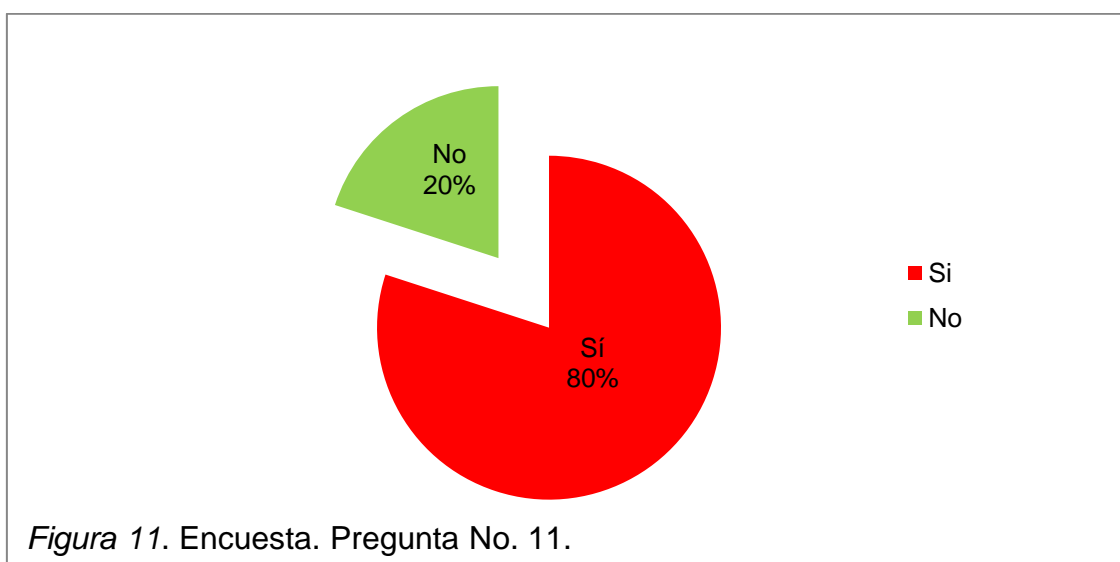
El Instituto Nacional de Contratación Pública, como órgano regulador de los procedimientos de contratación establecidos por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, debe estudiar los actos discrecionales realizados por los servidores encargados de llevar a cabo un procedimiento de contratación pública, con el objeto de efectivizar dichos procesos y aplicar una contratación transparente y en plena sujeción de los principios que los rigen.

3.1.1.11. Décima Primera pregunta.

¿Considera usted que la discrecionalidad otorgada a los servidores públicos puede amenazar el Principio de Legalidad?

Tabla 21. Encuesta. Pregunta No. 11.

Válidos	Frecuencia	Porcentaje
Sí	12	80,00
No	3	20,00
Total	15	100,00



El 80% de los encuestados establece que el Principio de Legalidad si puede verse afectado frente a una mala aplicación del poder discrecional, esto en relación al 20% que determina que no se vería afectado.

El poder discrecional aplicado abusivamente y sin control puede generar una seria afectación al Principio de Legalidad debido a la posible incursión de trucos o artimañas para justificar actuaciones evidentemente mal ejecutadas, esto afectaría directamente con los intereses del Estado, a los oferentes que participen en el proceso de contratación y a la misma entidad contratante.

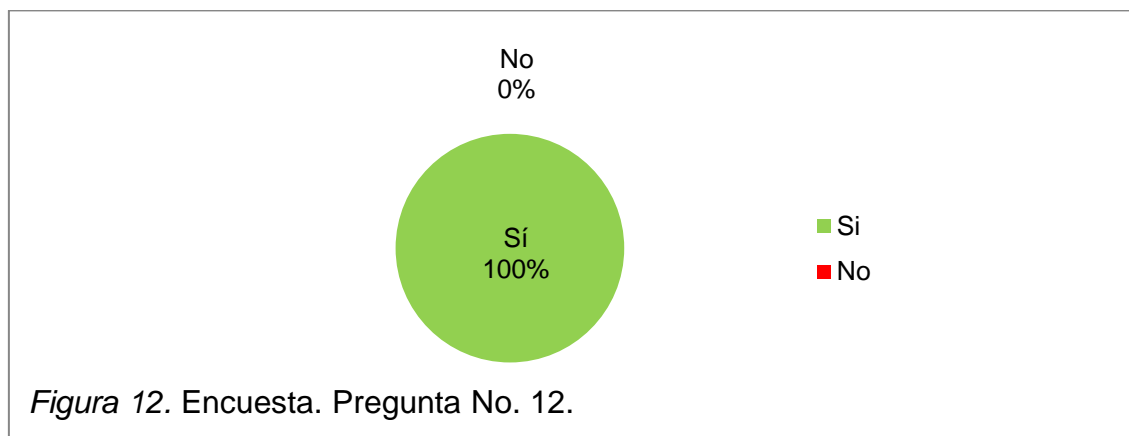
No todo puede encontrarse regulado, razón por la cual la discrecionalidad actúa en función de los espacios permitidos por la norma, sin embargo el abuso del poder discrecional pretende sobrepasar dichos espacio, transgrediendo la misma norma, volviéndose necesaria la aplicación de verdaderos procedimientos de control con el objeto de determinar si existe un abuso o no del poder discrecional y de si éste afecta o no al Principio de Legalidad, a fin de poder tomar las medidas que sean necesarias para corregir dichas falencias.

3.1.1.12. Décima Segunda pregunta.

¿Considera usted necesaria la implementación de un sistema que permita vigilar la correcta aplicación de los actos discrecionales en materia de Contratación Pública?

Tabla 22. Encuesta. Pregunta No. 12.

Válidos	Frecuencia	Porcentaje
Sí	15	100,00
Total	15	100,00



El 100% de los encuestados manifiestan la necesidad de la implementación de un sistema que permita regular los actos discrecionales en materia de Contratación Pública.

Este debido a que pese a las diferentes opiniones vertidas en las encuestas aplicadas, todos coinciden en que la discrecionalidad mal encaminada puede ocasionar perjuicios a los procesos que lleva a cabo la entidad contratante para adquirir bienes, realizar obras o la prestación de servicios.

3.2. Conclusiones.

Con la investigación realizada se puede deducir las siguientes conclusiones, respecto al mal uso del poder discrecional por parte de los servidores públicos al momento de llevar a cabo un procedimiento de contratación afectando de esta manera y en ciertas circunstancias el Principio de Legalidad.

3.2.1. Falsa Motivación.

Es la falsa justificación de un acto administrativo, pues establecen únicamente los fundamentos de derecho que piensan que son aplicables, sin tomar en cuenta la totalidad de la norma y no prestan atención o expresan adecuadamente los fundamentos de hecho.

Esto pudo ser observado con el estudio del caso realizado, debido a que la subasta a la inversa realizada debió ser adjudicada a la oferente cuya propuesta cumplió con todos los requisitos, e incluso con la variación mínima que son los porcentajes mínimos de rebaja que el oferente debe hacer, en este caso se limitó únicamente a citar la norma y no se justificó el porqué de las resoluciones, declarando el proceso desierto.

Las causas en la que se fundamenta la Comisión Técnica y decide tomar en cuenta y ejecutarla el servidor encargado de llevar a cabo el proceso de contratación se encuentra determinada en el artículo 33 numeral 3 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, fundamentando que la propuesta no es conveniente a los intereses del Estado, en cuanto a la parte económica, lo que hace dudar sobre la legitimidad del proceso por lo que se

debió esclarecer porqué la oferta económica presentada no cumple con dichos intereses institucionales.

3.2.2. Afectación al Principio de Legalidad.

El Principio de Legalidad se constituye en la base para desarrollar los procedimientos de contratación, conjuntamente con la facultad discrecional que tiene el servidor público de actuar con respecto a las situaciones que no se encuentran completamente reglamentadas o de estarlo, brindan esta característica de decisión al servidor público.

Citando el ejemplo anteriormente expuesto, el criterio de la máxima autoridad de la entidad contratante se contrapone a la norma en cuanto a la consideración de mejor oferta económica, esto se debe a que el artículo 6 numeral 17 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, establece que el mejor costo en bienes y servicios normalizados se da cuando la “oferta cumpliendo con todas las especificaciones y requerimientos técnicos, financieros y legales, exigidos en los documentos precontractuales, oferte el precio más bajo.”.

Al haber resuelto la declaratoria de procedimiento desierto, a pesar de que el oferente cumplía con la normativa precedente, se evidencia una clara afectación al Principio de Legalidad.

3.2.3. Mala elaboración de los estudios de mercado.

Uno de los principales requisitos para dar inicio a un procedimiento de contratación es el estudio de mercado, a fin de elaborar un presupuesto real, siguiendo las fluctuaciones económicas con respecto a determinado bien, servicio u obra a contratar o ejecutar respectivamente. Con ello se puede generar un aproximado en cuanto al costo de la contratación y así conseguir los productos o servicios con el objeto de cubrir dichas necesidades a un mejor costo y una excelente calidad.

Sin embargo, estos estudios no son aplicados a conciencia, permitiendo que existan falencias en cuanto a su establecimiento, esto se puede evidenciar

cuando en procesos de contratación se verifica la presentación de una oferta económica significativamente baja, lo cual hace pensar que dicho oferente ejecuta las contrataciones en contra de sus intereses patrimoniales o existe una mala práctica de estudios de valores de mercado.

3.2.4. Abuso del Poder Discrecional.

Como se vio anteriormente este se encuentra en la libertad de actuación que tiene el servidor público a falta de norma que establezca un proceso de ejecución completo.

Existe abuso discrecional cuando un servidor público debiendo actuar de una determinada manera lógica, emite una resolución contradictoria justificando de manera errónea la procedencia de dicha decisión.

Los actos discrecionales se presentan frecuentemente y se hallan presentes en casi todos los procedimientos de contratación, al momento de elaborar los pliegos, especificaciones técnicas, términos de referencia, valoración de las propuestas y declaratoria de adjudicación y o declaratoria de desierto un proceso, entre otros.

Por lo que la mala práctica o el abuso de la facultad discrecional puede generar perjuicios en cuanto a la legitimidad del proceso, debido a que en plena aplicación de este poder se elabora en circunstancias que pudieren direccionar la contratación a un solo oferente, dando de esta manera una ilusión de correcta aplicación.

Esto incluso puede entorpecer la contratación, constituyéndose en un obstáculo auto impuesto para la insatisfacción de la necesidad institucional, impidiendo que esta pueda cumplir con sus objetivos de manera eficiente.

3.2.5. Exceso de libertad en la Contratación Directa.

Existen casos de necesidades institucionales, en los cuales por sus características y cuantía se permite la contratación directa, es decir que sin la necesidad de realizar un procedimiento de contratación se pueda contratar a

determinado oferente a fin de cubrir con la necesidad institucional o de interés social por la urgencia de la misma.

Esta situación se convierte en una oportunidad para quienes quieren aprovecharse de dichas circunstancias, si bien es cierto, la ínfima cuantía con respecto al resto de contrataciones no puede representar un gasto significativo, éste puede representar un excelente ingreso para un microempresario que depende de dicha contratación para mejorar sus oportunidades de crecimiento.

3.2.6. Atentado contra la Seguridad Jurídica.

Entendiendo a esta como la seguridad que posee cualquier persona, natural, jurídica, pública o privada de que sus derechos sean cumplidos y respetados, por lo que su principal objetivo es mantener la integridad de los mismos y de ser el caso, de que uno de ellos fuera transgredido, este sea reparado.

Si bien es cierto los oferentes afectados por las malas prácticas administrativas como la falsa motivación, el uso excesivo de la discrecionalidad o errores administrativos en materia de contratación pública, cuentan con una serie de acciones a fin de hacer valer sus derechos frente a estas malas prácticas hasta que se sean corregidas a través de un proceso judicial, mediador, o administrativo, mediante la petición por parte del o los interesados.

El tiempo transcurrido pone en riesgo la seguridad jurídica en lo referente a la protección de los derechos, e incluso pueden no hacerse efectivas por la falta de denuncia, debido a la falta de confianza por parte de los afectados con respecto a la obtención de una respuesta que represente sus intereses y resarza los perjuicios ocasionados.

Esto sucede debido a que al presentarse el daño por parte de la autoridad que es la encargada de llevar un procedimiento de contratación a cabo, éste al ser un servidor público que se encuentra en función de los intereses generales y forma parte de una entidad estatal, misma que por su calidad se halla obligada a respetar y hacer respetar los derechos de los particulares, consideran los perjudicados que no tendrán una respuesta positiva.

3.2.7. Afectación al Principio de Transparencia.

El Principio de Transparencia busca exponer con total claridad a los particulares los procedimientos de contratación que son llevados a cabo por todas las entidades contratantes, facilitándoles de esta manera contratar con el Estado, esto se debe a que desde un comienzo se tienen pleno conocimiento de los requisitos, tiempos, formalidades y demás requerimientos que deben cumplirse para poder acceder a la participación dentro de una contratación.

Por lo tanto, la transparencia se ve plasmada al momento de aplicar el Principio de Publicidad, esto se da ya que al publicar la información sobre las contrataciones de una entidad se está eliminando el ocultamiento de información que podría ser relevante.

Por lo tanto, el Principio de Transparencia va de la mano con el Principio de Publicidad, exigiendo que la administración despliegue su actividad de tal manera que permita a los ciudadanos conocer los aspectos más importantes del proceso de contratación.

3.2.8. Falta de intervención por parte del Instituto Nacional de Contratación Pública.

El Instituto Nacional de Contratación Pública es el encargado de observar los procedimientos de contratación realizados por las instituciones estatales, sin embargo, analiza los procedimientos únicamente mediante solicitud, debería ser al contrario, se deberían observar los procedimientos por su propia iniciativa.

El Instituto Nacional de Contratación Pública al momento de revisar un procedimiento de contratación se limita a establecer si existe o no cumplimiento de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, sin tomar en cuenta la medida de la discrecionalidad adoptada por parte de los servidores públicos, lo que hace que se presenten actuaciones indebidas e incorrectas.

3.2.9. Falta de determinación del personal a realizar las Especificaciones Técnicas y Términos de Referencia.

Las especificaciones técnicas y términos de referencia son uno de los elementos de vital importancia a tomarse en cuenta antes de llevar a cabo una contratación, por lo que se requiere para su elaboración la participación de personas especializadas en la materia en la que se encuentra el objeto de la contratación.

Sin embargo, éstas se encuentran elaboradas de manera descuidada por parte de las entidades públicas, por lo que no cuentan con una justificación real que determine la necesidad de ciertas características que debe poseer el bien, servicio u obra a contratarse.

Esto se debe a la inexistencia de un departamento especializado que se encargue específicamente de elaborar las especificaciones técnicas y los términos de referencia en las entidades públicas, lo que causa en varias ocasiones que éstas sean elaboradas por personal que no tienen un pleno conocimiento sobre el objeto de la contratación, presentándose errores en la elaboración de los mismos.

3.2.10. Inexistencia de parámetros para la determinación de Participación Nacional.

La participación nacional es uno de los principios que deben regir la contratación pública, cuyo objetivo es generar un estado de preferencia de los oferentes nacionales antes que uno foráneo.

Sin embargo, no existe una unidad u organismo que se encargue de establecer los términos de participación nacional ni su método de valoración, por lo que queda completamente a discrecionalidad del funcionario responsable del procedimiento de contratación, mucho menos existe una unidad que se encargue de verificar que los oferentes efectivamente cumplen con los porcentajes de participación nacional que afirman tener al momento de

presentar su oferta, convirtiéndose en un gran problema pues de esta depende también la adjudicación o no de un contrato.

3.2.11 Desconocimiento de normas supletorias.

No todo se encuentra reglamentado dentro de una normativa en particular, por lo que las normas supletorias sirven para determinar controles que se hallan ausentes dentro de la norma principal, en este caso la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Las encuestas realizadas afirman que existe un desconocimiento casi total acerca de las normas supletorias en cuanto al control del poder discrecional se refiere, lo cual representa una falencia de vital importancia que puede afectar la contratación pública en sí.

Una de las normas que presentan parámetros para una correcta aplicación del poder discrecional, es el Reglamento para el Control de la Discrecionalidad en los Actos de la Administración Pública, así como esta norma existen varias que pueden ser aplicables para el establecimiento parámetros de la facultad discrecional.

3.3. Recomendaciones.

3.3.1. Implementar un Sistema de Selección Automático.

Esto permitirá que dentro de los procedimientos de contratación directa, se realice una selección completamente imparcial, puesto que es el sistema informático el que se encargará de seleccionar entre uno de los oferentes inscritos para la adjudicación del contrato, evitando de esta manera una incorrecta aplicación de la facultad discrecional al momento de elegir con quien contratar.

3.3.2. Crear una Dirección para la elaboración de especificaciones técnicas y términos de referencia.

Esta Dirección [que será parte de cada institución Estatal] será encargada exclusivamente de la elaboración de las especificaciones técnicas y los términos de referencia, mismas que deberán ampararse en el Manual emitido por el Instituto Nacional de Contratación Pública para la realización de las mismas, la Dirección deberá crearse dentro de cada entidad pública o por lo menos en aquellas que realizan contrataciones de manera constante y cuyas cuantías representen una mediana o fuerte inversión institucional.

La Dirección debe tener profesionales que sean afines a las áreas institucionales principales, con el objeto de que con sus conocimientos elabore los requerimientos mínimos y suficientes para una contratación y evitar de esta manera la incorporación de requisitos innecesarios que pudieran perjudicar los procesos contratación pública incurriendo de esta manera en un perjuicio institucional.

La Dirección a crearse debe tener autonomía de decisión para establecer las características necesarias, sin que esta pudiera ser alterada por parte de la máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado, esto con el fin de asegurar una completa transparencia al momento de su elaboración.

Estas especificaciones serán registradas dentro de un archivo departamental, mismo que será remitido periódicamente al Instituto Nacional de Contratación Pública, a fin de que se asegure el cumplimiento de los mismos al momento de valorar, adjudicar o declarar desierto un proceso de contratación, verificando de esta manera su legitimidad.

Para ello se debe incorporar dentro del Instituto Nacional de Contratación Pública nuevas atribuciones que le permitan analizar las especificaciones técnicas y los términos de referencia emitidas por la Dirección especializada de la entidad contratante a fin de asegurar su cumplimiento.

Para la creación de la Dirección en mención, deberá observarse lo establecido en la Ley Orgánica del Servicio Público y el Decreto No. 106 del Presidente Constitucional de la República, de fecha 11 de septiembre de 2013.

3.3.3. Crear la Dirección de Control del Poder Discrecional.

La Dirección de Control de Poder Discrecional se encargaría de verificar los actos discrecionales desde el inicio de un procedimiento de contratación pública hasta su terminación, esto con el fin de determinar si las actuaciones realizadas por parte de los funcionarios públicos son legítimos y no se encuentran direccionados los procesos, se conforman como un elemento excluyente o afecta a la aplicación de los principios establecidos dentro de la Ley.

Esta Dirección formaría parte del Instituto Nacional de Contratación Pública, teniendo la facultad de interferir en los procedimientos de contratación cuando se presente una irregularidad justificable; esto permitiría brindar una seguridad jurídica real hacia los oferentes, pues tendrían la plena confianza de que todos los actos realizados por parte de la entidad contratante se encuentran conforme a derecho y debidamente motivados.

Los objetivos a ser alcanzados con la instauración de la Dirección de Control de Poder Discrecional son:

- Llevar un control efectivo sobre la medida en la que se aplican los actos discrecionales en un proceso de contratación.
- Obtener el 100% la confianza que tienen los oferentes de los procesos de contratación que se llevan a cabo.
- Establecer un marco regulatorio que facilite la aplicación de la Dirección de Control del Poder Discrecional.
- Obligar a los servidores públicos a motivar debidamente sus actos administrativos en cuanto a la correcta aplicación de la facultad discrecionalidad.

- Determinar sanciones al momento de cometer un acto discrecional desmedido o infundado por parte del servidor público encargado de llevar adelante un proceso de contratación.
- Obligar a justificar los procedimientos de contratación desde la declaratoria misma de inicio de contratación, por medio del estudio del objeto y características de la contratación y la determinación de la necesidad real que la motivó.

Para la creación de la Dirección en mención, deberá observarse lo establecido en la Ley Orgánica del Servicio Público y el Decreto No. 106 del Presidente Constitucional de la República, de fecha 11 de septiembre de 2013.

3.3.4. Controlar la correcta Motivación de los actos administrativos y de simple administración.

Este control debe ser realizado indiscutiblemente por parte del Instituto Nacional de Contratación Pública a través de la Dirección de Control del Poder Discrecional, ya que la motivación es el motor fundamental de todo acto administrativo.

Se debe hacer énfasis en análisis de las resoluciones emitidas por parte de las autoridades y servidores públicos correspondientes, dentro de un proceso de contratación, determinando si los actos administrativos son correctamente motivados y solicitando a las entidades contratantes la toma medidas al respecto, de ser el caso, esto puede ser realizado ya sea por medio de una reforma de dicho acto o justificándolo correctamente.

3.3.5. Establecer nuevas atribuciones para el Instituto Nacional de Contratación Pública.

De entre las cuales se contemplará la revisión de los actos discrecionales de los servidores públicos, así como la motivación de los mismos, para lo cual se deberá reformar la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento General, incorporando dichas facultades y dando paso a la

creación de las unidades pertinentes que se encargarán de la verificación de dichos aspectos.

3.3.6. Reafirmar la Seguridad Jurídica.

Extendiendo el campo de acción del Instituto Nacional de Contratación Pública y generando opciones mediante las cuales este pueda controlar íntimamente al servidor público encargado de llevar a cabo un procedimiento de contratación y este a su vez por la presión de encontrarse sujeto a una situación de control, se verá obligado a actuar correctamente frente a un procedimiento de contratación.

En el caso de presentarse un tipo de abuso o error por parte del servidor público y debido a las múltiples atribuciones entre ellas el control del acto discrecional, correcta motivación, podrá el Instituto realizar los correctivos que sean necesarios, incluso antes de que se presenten las denuncias respectivas, por lo que se obtendrá por parte de los oferentes una confianza en cuanto a la correcta aplicación de los procedimientos de contratación, fortaleciendo de esta manera la seguridad jurídica.

3.3.7. Capacitar al personal de las diferentes áreas de adquisiciones

Es necesario realizar capacitaciones constantes que versen sobre las normas que pueden ser aplicables a la contratación pública, principalmente de aquellas que se refieren del uso de la discrecionalidad administrativa, pues mediante su conocimiento se puede mejorar la actuación del servidor público al momento de ejecutar los actos discrecionales, a fin de que estos sean aplicados en la medida correcta.

Es preciso mejorar integralmente la contratación pública nacional a fin de obtener un proceso de contratación completo que no adolezca de errores que por su inobservancia comprometan la transparencia y legalidad de la contratación.

Este Sistema es relativamente nuevo por lo que no todo se encuentra regulado o establecido, esto hace que se requiera realizar estudios profundos que permitan detectar falencias en cuanto a la aplicación de los diversos procedimientos de contratación pública establecidos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; así como en las diversas resoluciones a fin de estos sean subsanados.

Esto junto con la capacitación y control exhaustivo del personal encargado de llevar a cabo un procedimiento de contratación pública, convertirá al aplicado por el Ecuador en uno de los más completos y eficaces, colocándonos en un nuevo nivel normativo con respecto a otros países que aplican sistemas similares.

Para el cumplimiento de todo señalado dentro del Capítulo Tercero, serán utilizadas las siguientes estrategias:

- Capacitar a los oferentes acerca de los derechos y obligaciones que tienen a fin de que puedan ejercerlos y cumplirlos.
- Realizar foros internos en las instituciones públicas, mismos que estarán dirigidos a crear una conciencia en cuanto a la forma correcta de aplicar los actos que se encuentran sometidos al poder discrecional.

Cabe recalcar que debido a la premura del tiempo, no han sido comprendidas dentro de este trabajo de investigación las últimas Resoluciones expedidas por el Instituto Nacional de Contratación Pública.

REFERENCIAS

- ABELIUK Manasevich, René (2005). Las Obligaciones. Santiago de Chile, Chile.
- BARRIOS, Franz. (2004). La Administración Pública en la Constitución Boliviana. La Paz, Bolivia: Unidad de Coordinación de la Asamblea Constituyente y Agencia Española de Cooperación Internacional.
- Cámara de la Construcción de Quito, Revista Construcción No.200, Quito – Ecuador.
- CASAGGNE, Juan Carlos. (1999). El Contrato Administrativo. Buenos Aires, Argentina: Abelardo Perrot.
- CASAGGNE, Juan Carlos. (2005). El Contrato Administrativo. (2^{da} ed.). Buenos Aires, Argentina: Abelardo Perrot.
- Código Civil actualizado y codificado, Corporación de Estudios y Publicaciones, Suplemento del Registro Oficial No. 46, del 24 de junio de 2005, Quito-Ecuador.
- 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.
- DROMI, Roberto José. (1998). Derecho Administrativo. Buenos Aires, Argentina: Editorial de Ciencia y Cultura.
- DROMI, Roberto José. (2004). Derecho Administrativo. (10^{ma} ed.). Argentina: Editorial de Ciencia y Cultura.
- GALINDO, M. (1997). Derecho Administrativo. (2^{da} ed.) México DF, México: Editorial Porrúa.
- GARCÍA, E; FERNÁNDEZ, E; TOMAS R. (2000). Curso de Derecho Administrativo. (tomo I; 10^{ma}ed). Madrid, España: Editorial Civitas S.A.

GARCÍA, E; FERNÁNDEZ, T. (2000). Curso de Derecho Administrativo. (tomo I; 10^{ma}ed). Madrid, España: Editorial Civitas S.A.

GARCÍA, E. (2008). Curso de Derecho Administrativo. (Tomo I). Bogotá, Colombia: TEMIS S.A.

GORDILLO, A. (2000). Tratado de Derecho Administrativo. (tomo 1) Buenos Aires, Argentina: Fundación de Derecho Administrativo.

Guía elaborada por Ediciones Legales EDLE S.A. con la colaboración del Dr. Genaro Eguiguren.

<http://ppikas.files.wordpress.com/2009/06/senplades-instructivopoa.pdf> (POA)

Instructivo Metodológico para la Formulación de los Planes Plurianuales Institucionales, Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo, Registro Oficial Suplemento No. 102 de 11 de junio de 2007

Instructivo Metodológico para la Formulación de Planes Operativos Anuales (POA) Institucionales, Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo, Registro Oficial Suplemento No. 103 de 12 de junio de 2007.

LARREA, H. (2006). Enciclopedia Jurídica Ecuatoriana. Quito, Ecuador: Editorial Fundación Latinoamericana Andrés Bello.

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Registro Oficial Suplemento 395 de 04 de agosto de 2008.

Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información.

Ley de Licitaciones y Concurso de ofertas, Registro Oficial No. 486 de 04 de febrero de 1974.

LÓPEZ, A. (2012). Tratado de Contratación Pública. (2^{da} ed., tomo I). Ecuador: Editorial Jurídica del Ecuador.

MARTÍNEZ, R. (1994) Fundamentos de Derecho Público. México: McGrawHill,

PAREJO, A., dirigido por García E., y Clavero M. (1997). El Derecho Público de Finales de Siglo. Madrid, España: Editorial Civitas S.A.

PÉREZ, A., LÓPEZ, D., AGUILAR, J. (2011). Manual de Contratación Pública, Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Plan Nacional de Desarrollo 2009-2013, Registro Oficial Suplemento No. 144 de 05 de marzo de 2010.

Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Registro Oficial Suplemento No. 588 de 12 de mayo de 2009.

Reglamento para el Control de la Discrecionalidad en los Actos de Administración Pública, Registro Oficial Suplemento No. 686 de 18 de octubre de 2002.

Resolución No. INCOP 054-2011(Normas relacionadas con las especificaciones técnicas, términos de referencia y el establecimiento de plazos y términos que forman parte de los pliegos para los procedimientos de contratación pública)

Resolución No. INCOP 062-2013(Casuística del uso del procedimiento de ínfima cuantía)

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

www.fielweb.com

www.senplades.gov.ec

ANEXOS