



FACULTAD DE DERECHO

TEMA:

**TRANSPARENCIA, PRINCIPIO FUNDAMENTAL
PARA EL SISTEMA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DEL ECUADOR**

Trabajo de Titulación para la obtención del Título de Abogado

Presentado Por:

Gabriel Omar Macas Ramírez

Tutor:

Hugo Javier Montalvo

Quito, febrero de 2023

RESUMEN

Este importante trabajo de titulación tiene como finalidad, un profundo análisis al principio de transparencia dentro de la Contratación Pública en Ecuador, como un eje fundamental y sobre el cual se propone a gran magnitud el desarrollo del país. De manera más específica es necesario entender que estos procesos deben guiarse por los parámetros ya establecidos en la ley, de la cual no puede ni debe desapegarse el sector de contratación pública junto con sus instituciones.

El presente trabajo se presenta con un enfoque de democracia pues se considera altamente relevante los principios intrínsecos y transversales en todo nuestro ordenamiento jurídico y además, inscritos en los más altos instrumentos internacionales de los cuales el Estado es parte, es así que se brinda un panorama amplio proceso de contratación pública, mismo que en todas sus fases debe direccionarse al apego de los principios básicos cuando se trata del uso de recursos que benefician o perjudican seriamente a la sociedad ecuatoriana.

Se analiza las situaciones en las cuales el Estado ecuatoriano puede inhibir este principio o al menos no tomarlo con la importancia y relevancia que el país así lo requiere, teniendo como fundamentación las enormes cantidades de dinero que se manejan, así, y más importante el desarrollo y la producción económica de toda la sociedad ecuatoriana. Se consideran los principios en conjunto con la discrecionalidad en lo que se refiere a contratación pública, esto con el ímpetu de aclarar los estándares bajo los cuales se encaminan mecanismos y la accesibilidad a la información pública.

Se examinan procesos de los cuales se distingue claramente la regulación de la contratación pública del Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP) y el control de éste en diferentes casos, con el único fin de brindar un panorama más claro y objetivo en cómo y cuándo debe garantizarse la supervisión efectiva y eficiente por las instituciones que manejan información y temas de interés público. Bajo ese mismo concepto se manejan distintas controversias, mismas que los mecanismos alternativos de resolución de conflictos son los llamados a atender y solucionar estas problemáticas con mayor eficiencia, eficacia y transparencia, sin embargo, también las limitaciones que existen el arbitraje y mediación para conocer temas que le pertenecen a la justicia ordinaria.

Palabras clave: SNCP (Servicio Nacional de Contratación Pública), inclusión, económica nacional, contratación pública, SERCOP, compras públicas.

DECLARACIÓN DE ACEPTACIÓN DE NORMA ÉTICA Y DERECHOS

El presente documento se ciñe a las normas éticas y reglamentarias de la Universidad Hemisferios. Así, declaro que lo contenido en este ha sido redactado con entera sujeción al respeto de los derechos de autor, citando adecuadamente las fuentes. Por tal motivo, autorizo a la Biblioteca a que haga pública su disponibilidad para lectura dentro de la institución, a la vez que autorizo el uso comercial de mi obra a la Universidad Hemisferios, siempre y cuando se me reconozca el cuarenta por ciento (40%) de los beneficios económicos resultantes de esta explotación.

Además, me comprometo a hacer constar, por todos los medios de publicación, difusión y distribución, que mi obra fue producida en el ámbito académico de la Universidad Hemisferios.

De comprobarse que no cumplí con las estipulaciones éticas, incurriendo en caso de plagio, me someto a las determinaciones que la propia Universidad plantee.

Gabriel Omar Macas Ramírez

C.I. 1724013030

DEDICATORIA

A mi mamá, mi papá, a toda mi familia, personas fundamentales en mi vida, mismas que me llenaron de amor, fuerza y disciplina para que yo me encuentre en este momento de gran relevancia en mi vida.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I	2
CONTRATACIÓN PÚBLICA	2
SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA	3
PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA EN LA LOSNCP	4
CAPÍTULO II	6
PRINCIPIOS EN CONTRATACIÓN PÚBLICA	6
PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA	14
RÉGIMEN ESPECIAL	16
DISCRECIONALIDAD EN CONTRATACION PÚBLICA	18
CAPÍTULO III	20
ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA	20
MECANISMOS QUE FACILITAN EL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA	22
INSTITUCIONES ENCARGADAS DE VIGILAR LA CONTRATACIÓN PÚBLICA	23
CAPÍTULO IV	24
RÉGIMEN IMPUGNATORIO	25
ARBITRAJE Y MEDIACIÓN EN CONTRATACIÓN PÚBLICA	26
CONCLUSIONES.....	28
BIBLIOGRAFÍA	30

TRANSPARENCIA, PRINCIPIO FUNDAMENTAL PARA EL SISTEMA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DEL ECUADOR

Autor: Gabriel Omar Macas Ramírez

Correo electrónico: gomacsr@estudiantes.uhemisferios.edu.ec

Resumen:

Este importante trabajo de titulación tiene como finalidad, un profundo análisis al principio de transparencia dentro de la Contratación Pública en Ecuador, como un eje fundamental y sobre el cual se propone a gran magnitud el desarrollo del país. De manera más específica es necesario entender que estos procesos deben guiarse por los parámetros ya establecidos en la ley, de la cual no puede ni debe desapegarse el sector de contratación pública junto con sus instituciones.

El presente trabajo se presenta con un enfoque de democracia pues se considera altamente relevante los principios intrínsecos y transversales en todo nuestro ordenamiento jurídico y además, inscritos en los mas altos instrumentos internacionales de los cuales el Estado es parte, es así que se brinda un panorama amplio proceso de contratación pública, mismo que en todas sus fases debe direccionarse al apego de los principios básicos cuando se trata del uso de recursos que benefician o perjudican seriamente a la sociedad ecuatoriana. Se analiza las situaciones en las cuales el Estado ecuatoriano puede inhibir este principio o al menos no tomarlo con la importancia y relevancia que el país así lo requiere, teniendo como fundamentación las enormes cantidades de dinero que se manejan, así, y más importante el desarrollo y la producción económica de toda la sociedad ecuatoriana. Se consideran los principios en conjunto con la discrecionalidad en lo que se refiere a contratación pública, esto con el ímpetu de aclarar los estándares bajo los cuales se encaminan mecanismos y la accesibilidad a la información pública.

Se examinan procesos de los cuales se distinga claramente la regulación de la contratación pública del Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP) y el control de éste en diferentes casos, con el único fin de brindar un panorama más claro y objetivo en cómo y cuándo debe garantizarse la supervisión efectiva y eficiente por las instituciones que manejan información y temas de interés público. Bajo ese mismo concepto se manejan distintas controversias, mismas que los mecanismos alternativos de resolución de conflictos son los llamados a atender y solucionar estas problemáticas con mayor eficiencia, eficacia y transparencia, sin embargo, también las limitaciones que existen el arbitraje y mediación para conocer temas que le pertenecen a la justicia ordinaria.

Palabras clave: SNCP (Servicio Nacional de Contratación Pública), inclusión, económica nacional, contratación pública, SERCOP, compras públicas.

ABSTRACT:

The purpose of this important degree work is a deep analysis of the principle of transparency in public procurement in Ecuador, as a fundamental axis on which the development of the country is proposed to a large extent. More specifically, it is necessary to understand that these processes must be guided by the parameters already established in the law, from which the public procurement sector and its institutions cannot and should not detach themselves.

This paper is presented with a focus on democracy, as it is considered highly relevant to the intrinsic and transversal principles throughout our legal system, as well as those enshrined in the highest international instruments to which the State is a party, thus providing a broad overview of the public procurement process, which in all its phases must be directed towards adherence to the basic principles when it comes to the use of resources that seriously benefit or harm Ecuadorian society.

It analyses the situations in which the Ecuadorian state can inhibit this principle or at least not take it with the importance and relevance that the country requires, taking as a basis the enormous amounts of money that are handled, and more importantly, the development and economic production of the whole of Ecuadorian society. The principles are considered in conjunction with discretionality in terms of public procurement, with the aim of clarifying the standards under which mechanisms and accessibility to public information are conducted.

Processes are examined in which the regulation of public procurement by the National Public Procurement Service (SERCOP) and its control in different cases are clearly distinguished, with the sole purpose of providing a clearer and more objective picture of how and when effective and efficient oversight by institutions handling information and issues of public interest should be ensured. Under this same concept, different controversies are handled, and alternative dispute resolution mechanisms are the ones called upon to address and solve these problems with greater efficiency, effectiveness and transparency, but also the limitations that exist in arbitration and mediation to deal with issues that belong to the ordinary justice system.

Key words:

SNCP (National Public Procurement Service), inclusion, national economic, public procurement, SERCOP, public procurement.

INTRODUCCIÓN

La contratación pública entre entidades estatales se configura en modelos contractuales de relevante importancia en el Siglo XXI, es aplicada hasta la presente fecha por el Estado ecuatoriano con la finalidad de tener más presencia en estas actividades, ya que es importante tener una investigación clara y precisa sobre cómo se realizan los actos de contratación pública en distintos ámbitos.

En Ecuador se promulgó la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, bajo el cual se trazan los pasos dentro del proceso de contratación pública, y las maneras en las que los datos puedan y deban ser públicos, así mismo, se detalla información que por sus características de ser confidencial, guardando los intereses del Estado pues debe ser reservada, bajo este criterio surgen algunas interrogantes, ¿Al momento de un proceso de contratación pública, bajo qué criterio se puede tener reserva de los datos durante este proceso? ¿Qué información podemos conocer? ¿Se hace un buen uso de la información reservada? ¿Puede configurarse una vulneración del principio de transparencia o discrecionalidad?, interrogantes que serán estudiadas y analizadas en diferentes capítulos de este trabajo.

Para dilucidar aquellas interrogantes, se han planteado tres capítulos. En el Capítulo I, se estudia brevemente el surgimiento de la contratación pública y sus conceptualizaciones junto con sus procedimientos, entrando a la manera en cómo se rige y se configuran estos procesos. En el Capítulo II se encuentran los principios como columna vertebral de la contratación pública, abarcando la legalidad, el principio de trato justo, igualdad, calidad y demás principios relevantes en esta esfera para así continuar con el Capítulo III para investigar sobre los mecanismos establecidos por el Estado tanto sociales, jurídicos y políticos, asegurando bienestar e interés social sobre el acceso a la educación e instituciones que son las llamadas a guardar la transparencia en procedimientos estatales con interés a la inversión con el fondo público y, finalmente en el capítulo IV, presenta la regulación de la contratación pública y sus límites; sin embargo, en caso de controversia se considera el régimen impugnatorio, arbitraje y mediación en la contratación pública.

CAPÍTULO I

CONTRATACIÓN PÚBLICA

- 1.1 Contratación pública es entendida como un cierto tipo de actividades, que realiza la administración pública, empezando con una solicitud, contratando a personas naturales o jurídicas que como finalidad tiene el adquirir o arrendar bienes, ejecución de obras públicas o contratar la prestación de servicios donde se incluye a los de consultoría. Se constituye mediante un proceso donde la administración pública crea estrategias y dinámicos políticos para satisfacer necesidades del Estado que de acuerdo con su relevancia cada proceso debe investigarse dentro de un sistema financiero público. En Ecuador, el concepto de contratación pública más antiguo es con la creación del Código Civil de 1881, Art. 1454 donde se indica que un contrato es “(...) acto bajo el cual una persona está obligada con otra para dar, hacer o hacer cosa alguna, donde cada parte puede ser una o muchas personas” (CÓDIGO CIVIL, ART. 1454).¹
- 1.2 “La contratación pública involucra los tipos de contratos celebrados por la administración pública, por la naturaleza especial y las peculiaridades de este sector, se justifican las reglas especiales aplicadas”, así lo indica (ESCRIHUELA, 2007). Comprende manejar un entendimiento de la fundamentación misma del Estado y de su administración, aparte de aquel marco de derecho que engloba la relación con los privados. ²
- 1.3 El Estado se basa en un interés de desarrollo con la sociedad o entre las personas quienes hacen uso y provecho de recursos públicos que a la vez son regulados por instituciones del propio Estado, esto genera una relación de control a aquellas personas jurídicas capaces de ofertar bienes y servicios cuando así se lo requiera. El Estado, persona jurídica, y por tanto facultado para contraer obligaciones y firmar contratos, se remonta incluso a la época del derecho romano. A partir de estos momentos, en los mercados públicos que se desarrollaron a principios del siglo XX, comenzaron a formarse reglas especiales para la suscripción de bonos entre el Estado y los particulares, ya que los contratos públicos contaban con características que estarían sujetos a la legislación común. (CASTRO, GARCÍA & MARTÍNEZ, LA CONTRATACIÓN ESTATAL).

¹ LA COMISIÓN DE LEGISLACIÓN Y CODIFICACIÓN, *CÓDIGO CIVIL* (ECUADOR, s. f.). ² *Contratación pública y transparencia* (España: El Consultor de Los Ayuntamientos, 2016).

SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

1.1. El 4 de agosto de 2008, en el Registro Oficial No. 395, se publicó la Ley de la Comisión del Sistema Nacional de Contrataciones Públicas, desde esa fecha se ha realizado un cambio significativo en estos procesos, con ello se configura el sistema nacional de contrataciones públicas. Su objetivo primordial es reemplazar una ley obsoleta e incompatible con la visión global de otros países del mundo y de la región sobre las compras públicas, donde es necesario establecer un eje de eficacia, eficiencia, teoría y práctica a lo largo del proceso de contratación pública en el estado ecuatoriano.

- 2.1 William López Arévalo, autor ecuatoriano, indica que la legislación en la cual se recogía lo referente a compras públicas en Ecuador ya no tenía un buen funcionamiento, estaba desactualizada y era maniobrable para prácticas corruptas por parte de quienes estaban inmersos en la relación de contratar con el Estado, esto significa que la mayoría de las prácticas públicas no se realizaban con la seguridad que lo amerita, afectándose al Estado, sus instituciones y la sociedad ecuatoriana.² Cuando entra en vigencia el Sistema Nacional de Contratación Pública (SNCP) se dinamizan los procedimientos y esto significa nueva tecnología, pues los procedimientos son mucho más rápidos y accesibles a la participación, así entró al país este sistema con la finalidad de regular y facilitar la contratación pública, pero también se eliminaron ciertos elementos que restringían prácticas a los oferentes del Estado y sus instituciones, como los pagos de inscripción para acceder a los pliegos del concurso; se suprimió también la garantía de seriedad de la oferta, misma que anteriormente la presentaban los participantes.
- 2.2 Se debe indicar que desde el año 2008 que entró en vigor la LOSNCP a través de su ámbito de aplicación en entidades públicas y privadas cuando éstas administraban recursos públicos, estaban exentas de las leyes de contratación pública y de consultoría, por lo que, se regían por procedimientos específicos de contratación, estos eran dictados por el propio gobierno y sus distintas direcciones.³ Es de relevancia

² secretaría de Gestión Estratégica e Innovación, *Manual de Contratación Pública* (Presidencia de la República, 2011).

³ Lorenzo Mellado Ruiz, *El Principio de Transparencia Integral en la Contratación del Sector Público* (Tirant lo Blanch, 2018).

indicar que en la motivación cuando se promulgó la LOSNCP, se consideró esencial la implementación y planificación de políticas para compras públicas, reducción de la discrecionalidad en las contrataciones, la igualdad de condiciones de participación y se prestó atención especial a la producción nacional con el fin de generar y mejorar la industria y sus fuentes de empleo. ⁴

PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA EN LA LOSNCP

3.1 De conformidad con la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, hay varios procedimientos para el contrato de bienes, obras y servicios, incluida la asesoría. En relación con la adjudicación de contratos de obras, existen procedimientos de importes inferiores, presupuestos y licitaciones en caso de rubros más altos, estos se aplican de acuerdo con la cantidad por la que se va a contratar.

3.2 Para la compra de bienes y servicios, el criterio es claro y sustenta la utilidad de la vigencia tecnológica, la cual opera luego de ser verificada y aprobada por la entidad petitionaria. Si los bienes o servicios no se encuentran en el catálogo, se podrá utilizar el proceso de subasta inversa electrónica, con un valor menor, una cotización o una puja, considerados de acuerdo con las características y valor del contrato. ⁵ En el caso de servicios especializados como la consultoría, existe el proceso de: ventanilla, preselección y convocatoria abierta.

3.3 En general, en estos procesos el principio de concurrencia entre licitadores se aplica directamente, ya que todos los licitadores son convocados a través del portal de contratación pública, donde participan diferentes entidades basadas en determinados bienes, obras o servicios. Esto tiene algunas excepciones porque el monto menor limita la aprobación de ofertas haciendo llamadas locales, una vez que esto termine, las llamadas regionales continuarán con las llamadas nacionales, si las hubiera.

⁴ Silvia Lorena Paredes Reinoso, *Análisis de las impugnaciones en materia de contratación pública en el Ecuador* (Quito, Ecuador, 2016).

⁵ Isabel Escudero Bué, *Administración eficiente de los recursos públicos asociados a la contratación pública en el marco de la gestión de resultados para el desarrollo* (Quito, 2020).

- 3.4 La contratación directa de consultores les permite invitar a profesionales seleccionados por el titular del contrato. Por otro lado, el Portal de Contratación Pública ha diseñado procedimientos para montos pequeños, incluyendo contratistas locales, priorizando a los micro, pequeños y medianos proveedores, y opera luego de subir el proceso al Portal del Sistema Nacional de Contratación Pública, llama a todos los posibles postores y serán ellos quienes acepten el llamamiento, posteriormente el sistema escoge a uno de ellos para verificar la oferta de descuento, en caso de que la acción no resulte en premio, es posible que el portal realice un nuevo sorteo, permitiendo la participación de otro proveedor.
- 3.5 Los contratos directos de consultoría es un procedimiento de adjudicación de contratos de servicios especializados por lo que se considera un monto bajo, mediante el cual esta invitación se envía directamente al proveedor, quien participa ingresando al portal de compras públicas, con propuestas técnicas y económicas, y posteriormente quién cumpla con todos los requisitos, es admisible para la adjudicación del contrato. El sistema privado tiene contratos para casos específicos, donde se puede celebrar un contrato directo con un contratista, y esto significa que no hay competencia por licitaciones, por ejemplo, bienes y servicios en un solo mercado o proveedor.

CAPÍTULO II

PRINCIPIOS EN CONTRATACIÓN PÚBLICA

El artículo 4 de la LOSNCP, indica que existen principios los cuales se deben regir por todos los procesos de contratación pública.

1.1 Legalidad

1.1.1 La legalidad como principio fundamental, actúa dentro de un órgano público y está facultado conforme a la norma, la observancia y la aplicación de la norma en lo que se disponga, además rige en cada uno de los procedimientos precontractuales y contractuales (EFRAÍN PÉREZ).⁶

1.1.1.1 Para el Derecho público es transversal el principio de legalidad, más aún cuando se trata de temas de contratación pública ya que las instituciones, autoridades y empleados estatales pueden ejercer exclusivamente facultades atribuidas en la Carta Magna de Ecuador y en las demás normas, si esto no pasa, las personas naturales como jurídicas no pueden realizar actividad alguna. El Código Orgánico Administrativo ha desarrollado este principio ampliamente, pues tiene un mayor alcance y somete la actuación administrativa, la Constitución y la Ley, instrumentos internacionales sin olvidar a los principios y la jurisprudencia.

1.2 Trato Justo

1.2.1 El trato justo precisa la manera en la que la administración pública debería brindar a los participantes, considerando la definición del Manual de Buenas Prácticas en la Contratación Pública para el Desarrollo del Ecuador indica lo siguiente: “...*Es cierto que todos los agentes del régimen de contratistas nacionales, para dar a todos los que correspondan y lograr un equilibrio en la relación antes de contratar, contrato e implementación entre la entidad firmada y los proveedores, y evitar que los funcionarios públicos actúen con discrecionalidad o subjetividad. El tratamiento justo significa que la*

⁶ GRACIELA MOYA MONTEROS, MAESTRIA EN DERECHO CON MENCIÓN EN CONTRATACIÓN PÚBLICA Y MODERNIZACIÓN DEL ESTADO, 2012.

relación entre las dos partes está en transparencia y moralidad...”.⁷ Por lo que, es la finalidad del principio de trato justo obligar al Estado y más aún quienes cuentan con poder de adjudicación para que, en casos similares, se trate a todos los participantes por igual, con excepción a lo correspondiente en situaciones específicas con justificaciones técnicas, objetivas y razonables, dependiendo del caso.

1.3 Principio de igualdad

1.3.1 La igualdad nace de un nivel de conciencia jurídica en la que la sociedad brinda una misma condición de igualdad a todo ser humano, así esto se ha conocido y se ha trabajado en las declaraciones y tratados internacionales de los derechos humanos plasmándose en constituciones contemporáneas. La CRE indica que “el derecho a la igualdad formal igualdad material y no discriminación” además también se indica que “el Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad”, de ahí viene el importante reconocimiento por parte de la contratación pública al principio de igualdad.⁸

1.3.2 El Dr. Marco Morales define el principio como (*... una manifestación de un precepto de manera constitucional, mismo que radica en un tratamiento igual para situaciones iguales, proscribire en este contexto, discriminaciones de ningún tipo pues todo acto administrativo debe gozar de un trato igual...*) Se debe considerar además que la Convención Americana de Derechos Humanos, se ha pronunciado sobre el principio de igualdad en su artículo 24 indica lo siguiente: “*Todas las personas son iguales ante la ley y por ende tienen derecho, sin discriminación a una igual protección de la ley*”, lo cual se ve complementado con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que en su artículo 25 indica lo siguiente: “*Las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a la protección de la misma. La ley prohibirá toda discriminación para así garantizar su protección igual y efectiva contra cualquier motivo de discriminación por su raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social*”.¹⁰ El principio de igualdad obliga a que las instituciones que contratan a que establezcan iguales condiciones para los concursantes, pues

⁷ CATALINA VITERI TORRES, *LOS PRINCIPIOS DE TRANSPARENCIA Y PUBLICIDAD EN LOS PROCESOS LICITATORIOS ESTABLECIDOS EN LA LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA* (UASB, 2010).

⁸ secretaría de Gestión Estratégica e Innovación, *Manual de Contratación Pública*. ¹⁰ secretaría de Gestión Estratégica e Innovación.

de ser lo contrario, se constituiría una discriminación injustificada o un trato preferente que carece de sustento legal y de naturaleza arbitraria, esto tendría como efecto el perjuicio de unos oferentes frente a otros. En el proceso de contratación pública debe determinarse y aplicarse el trato que debe recibir cada participante por parte de la administración pública, de acuerdo con este principio, el Dr. Efraín Pérez señala en su libro de derecho administrativo, que: “Los contratistas no pueden distinguirse en el proceso de adjudicación de un contrato, esto confirma el principio de que los contratistas tienen el mismo estatus entre sí, antes de que se firme el contrato y antes de que se dé la ley”. La Corte Constitucional es clara en su SENTENCIA N.0 019-16-SIN-CC CASO N.0 009015IN, indica dentro de su jurisprudencia lo siguiente: *El principio de igualdad representa uno de los pilares de toda sociedad bien organizada y de todo Estado Constitucional, este principio impone al estado el deber de tratar a los individuos de tal modo que las cargas y ventajas se distribuyan equitativamente entre ellos. Este deber se concreta en cuatro mandatos: 1. Un mandato de trato igual a destinatarios que se encuentren en mismas condiciones; 2. Un mandato de trato diferenciado a destinatarios en las que sus situaciones no compartan un elemento común; 3. Un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presentes similitudes y diferencias, pero las similitudes sean mucho más relevantes que las diferencias, y 4. Un mandato de trato diferenciado a aquellos destinatarios que se encuentran en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en tal caso las diferencias sean más relevantes que las similitudes.* (SENTENCIA, 2016)

1.3.4 El trato justo y la igualdad como principios se encuentran en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado y su reglamento de aplicación, mismos que tipifican como una conducta anticompetitiva, actos o conductas provenientes de otros operadores económicos como los proveedores o los compradores que serían las entidades contratantes, teniendo por objeto afectar injustificadamente la libre competencia en compras públicas, además, se faculta a la Superintendencia de Control de Poder de Mercado a realizar monitoreos continuos de procedimientos de contratación y subcontratación realizados con base a un principio de raigambre constitucional del Estado.

1.4 Principio de calidad

1.4.1 La extensión en que el bien sirve con éxito a los fines del usuario mientras se haga uso de algún procedimiento público, se llama “aptitud para el uso”. El concepto de aptitud para el uso o de idoneidad para el uso, ha sido popularmente denominado “calidad”, y es utilizable a todos los bienes y servicios, esto es determinado por las características del bien que en una entidad contratante pueda percibir como beneficiosas para la misma.

1.4.1.2 Existen también algunos cimientos sobre los cuales se constituye la aptitud para el uso o calidad, por ejemplo, las siguientes características son:

Calidad tecnológica: dureza, inductancia, acidez.

Psicológicas: sabor, belleza, status.

Tiempo: fiabilidad, mantenibilidad

Contractuales: garantía técnica

Éticas; atienden al personal de ventas con una honradez de los talleres que sean de servicio.

1.4.1.3 Este es un principio constitucional básico que garantiza la satisfacción de las necesidades públicas, sea directa o indirectamente, y que se implementen con edificaciones, bienes y servicios, que cuente con los mejores atributos para satisfacerlas. Tanto el costo como el objeto del contrato deben ser los mismos, y ello en atención a la elaboración de los correspondientes pliegos o términos de referencia, según sea el caso, ya que existen documentos precontractuales en los requisitos de trámite y normas que aseguren la aplicación de este principio y durante la ejecución de los contratos junto con la entrega y la recepción de la cosa, es de carácter obligatorio controlar su aptitud.

1.5 Principio de vigencia tecnológica

1.5.1 Este principio se encuentra en el artículo 15 de la codificación del SERCOP, y se relaciona con la prestación de servicios en los que se contempla el uso de bienes específicos señalados en aquella resolución, a fin de que estos reúnan ciertas condiciones de calidad, mismas que son necesarias para cumplir de manera efectiva la finalidad requerida, desde el momento de su adquisición hasta un tiempo determinado y previsible de vida útil.

1.5.1.2 Este principio comprende aquello que se relaciona a los mantenimientos preventivos y correctivos de los bienes, a sus garantías técnicas, repotenciación y demás las reposiciones temporales y definitivas, provisión de repuestos, partes, accesorios y piezas, además de una efectiva asistencia y tiempos de respuesta.

Añadiendo esto al derecho comparado, tenemos el derecho peruano, pues en el Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, artículo 3 numeral

7 sobre los principios que rigen a las contrataciones y adquisiciones lo define de la siguiente manera:

“Los bienes, servicios o la ejecución de las obras deberán reunir las condiciones de calidad y modernidad tecnológica necesarias para el efectivo cumplimiento de los fines para los cuales son requeridos, una vez adquiridos o contratados, con posibilidad de ser adaptados, integrados y renovados, en su caso, con avances en ciencia y tecnología. (LEY DE CONTRATACIONES Y ADQUISICIONES DEL ESTADO, 1997)

1.5.1.3 Esto quiere decir, que los lineamientos de la región se apegan al nuestro como sociedad y como país, se trata constantemente de mejorar la vía de la modernización y actualización constantemente, sin embargo, es positivo entender que la norma se va adecuando a avances tecnológicos y científicos en los cuales se pueda desarrollar de mejor manera los fines del Estado, entre ellos, los objetivos del Sistema Nacional de Contratación Pública.¹¹

1.6 Principio de oportunidad

- 1.6.1 La Ley Orgánica Administrativa prevé en su artículo 3, que el principio de eficacia en la respuesta de los actos administrativos realizados se fundamenta en el logro de los objetivos fijados para cada organismo o unidad pública en el marco de sus disposiciones; Así como el artículo 4, prevé que los procedimientos administrativos adoptarán, en principio, medidas que faciliten el ejercicio de los derechos de las personas porque se les prohíben dilaciones no justificadas. Considerando lo antes expuesto, el principio de oportunidad en materia de contratación pública se asimila a la eficiencia y eficacia que se deben observar por todas las administraciones públicas en general, ya que, mediante los procesos de compras públicas, se procura resolver las necesidades de entidades contratantes, por lo que su ejecución debe ser ágil dependiendo el caso que lo amerite.
- 1.6.2 Se establece entonces, la necesidad inmediata de actuar con celeridad, con el objetivo de satisfacer el interés general, en el menor tiempo posible y de forma óptima, es necesario tener en consideración que un proceso de contratación pública oportuna depende también de los diferentes oferentes, quienes tienen la obligación de participar e interactuar con las entidades contratantes con la finalidad de evitar la falta de presentación o el incumplimiento de requisitos.
- 1.6.3 En este punto es de vital importancia mencionar que el Sistema Nacional de Contratación Pública buscó simplificar la contratación pública, con el uso efectivo de herramientas en el portal de compras públicas. Se considera que por los daños

que se han dado en el sistema de justicia ecuatoriano y en especial a la contratación pública es necesario informes previos de la Contraloría y de la Procuraduría para reducir el riesgo y las peligrosas prácticas de la corrupción y sus efectos.

1.7 Principio de concurrencia

1.7.1 Según el doctor Efraín Pérez, la concurrencia es un principio que:

“Esto se manifiesta en la exigencia del mayor número posible de participantes y postores, pues cuantas más ofertas se hagan, mayores serán las posibilidades de encontrar la más adecuada. Incluso en los procedimientos de excepción, debe haber una selectividad mínima. El legislador no pretende nombrarlo, pero según los criterios preestablecidos en la edificación se cumplen criterios técnicos, legales y económicos que permiten elegir entre varias opciones”¹⁰

1.7.2 De acuerdo con el doctor Pérez, este principio establece la necesidad de actuar con celeridad y, además, su objetivo es satisfacer el interés general, en el menor tiempo posible y de forma óptica. El procedimiento depende de que también los diferentes oferentes ya que finalmente son ellos quienes tienen el derecho y deber de participar e interactuar con las entidades. En el proceso de contratación pública, debe haber un número determinado de contratistas, a fin de comparar los bienes o servicios ofrecidos y seleccionar el mejor producto u obra para contratar un servicio de alta calidad en todas sus etapas.

1.7.3 La resolución No. RE-SERCOP-2016-0000072, aprobó la codificación y actualización de las resoluciones emitidas por el Servicio Nacional de Contratación Pública, se normó la aplicación de garantías técnicas, reposición de bienes, equipamiento informático, garantías técnicas, y capacitación para el uso de los equipos informáticos, de impresión, vehículos y equipamiento médico.

1.7.4 La concurrencia para Roberto Dromi es donde se “afianza la posibilidad de oposición entre los interesados en la futura contratación”, y dicha oposición hace que las contrataciones sean más transparentes e inclusive ayuda que las condiciones de los pliegos no sea una práctica restrictiva.¹³

1.8 Principio de transparencia y publicidad

1.8.1 El principio de transparencia se entiende como una obligación de la administración pública, más aún cuando se trata de contratos públicos, ya que el órgano de gobierno debe rendir cuentas para evitar la corrupción, este principio rige para

regular el comportamiento contractual y permitir la demostración de los usos y fines para los cuales la administración pública otorga recursos del país.⁹

1.8.2 Es un principio consagrado en nuestra Constitución, y, además, en el artículo 12 del Código Orgánico Administrativo define a este principio como “*Las personas accederán a la información pública y de interés general, a los registros, expedientes y archivos administrativos*”. Esto llevado a materia de contratación pública, se traduce en la utilización del portal de compras públicas, para una efectiva realización de procedimientos imparciales, honestos y justos, tanto como para la entidad contratante como para los oferentes. Este principio permite a los ciudadanos conocer lo que se hace dentro de los procesos de contratación a través de la información publicada en las páginas de las instituciones, salvo los casos en que se haya impuesto un límite por razones de reserva o confidencialidad, siempre que se describan y justifiquen.¹⁰

1.8.3 La publicidad también constituye una obligación de la administración pública, pues la no publicación trae consigo un vicio de procedimiento; la omisión de la misma afectaría a los posibles oferentes interesados, que, por no tener acceso a esa información, no tendrían oportunidades de presentar sus ofertas y participar en un proceso de contratación. Esto también ocurre con la publicación defectuosa, incompleta o que se omitió de forma intencional cierta información, con el objeto de beneficiar a determinadas personas en perjuicio de otras. La publicidad “autoriza a los interesados, para acceder a la documentación precontractual y de ejecución del contrato en cualquier momento”, la publicidad contribuye a aquella realización de una mejora al procedimiento de contratación pública.

1.9 Principio de participación nacional

La participación nacional, además de ser un principio, también es un objetivo del sistema nacional de compras públicas, para estimular y beneficiar la producción local y nacional,

⁹ Isabel Escudero Bué, *Administración eficiente de los recursos públicos asociados a la contratación pública en el marco de la gestión de resultados para el desarrollo*.

¹⁰ Daniel López Suarez, *Manual de Contratación Pública Segunda Edición*, s. f.

implementar incentivos, márgenes y algunos criterios preferenciales de compras. Este principio se caracteriza por la participación de los micro, pequeños y medianos productos nacionales, así como por el desarrollo de un sector económico colectivo y solidario que prevalece sobre los competidores de otros países y sobre todos los potenciales proveedores extranjeros. Este principio es constitucional y legal, tal como lo indica el tratadista Efraín Pérez: *“Es una excepción al principio de igualdad porque establece una preferencia por los bienes y servicios nacionales sobre los bienes y servicios extranjeros, y es también un instrumento de política pública, ya que contribuye a una mejor cohesión social y económica, al permitir a las MIPYMES y AEPS superar una desventaja competitiva frente a empresas consolidadas ”.*¹¹

1.8.4 Es un principio bastante solidario y funcional con ciertos sectores y oferentes del país a los que beneficia el principio dentro del proceso de contratación pública, es necesario mencionar que la participación nacional también acoge a consultores nacionales, y que les da preferencia respecto a los extranjeros, quienes únicamente pueden participar en aquellos casos en los que no exista capacidad técnica o experiencia de consultores ecuatorianos, en tal situación deberá certificarse por parte del ente rector de la contratación pública. La inobservancia de este principio puede desembocar en arbitrariedades por parte del Estado y sus instituciones.

1.10 Principio de transparencia

“La actuación de la administración pública, debe dejarse mirar como a través de un cristal”. (Zak)

1.8.5 La Corte Constitucional, en sentencia No. 47-15-IN/21, respecto al principio de transparencia:

“Se puede apreciar que el principio de transparencia, en cierta medida, está íntimamente relacionado con los principios de la realidad jurídica y económica, pues incentiva a los contribuyentes a actuar con honestidad ante las autoridades fiscales, para cumplir con las obligaciones oficiales y materiales. De conformidad con las normas contables y financieras vigentes; Respetando así la verdadera naturaleza económica y jurídica de los negocios”

¹¹ Contratación pública y transparencia.

- 1.8.6 En este punto, es lógico como la Corte Constitucional, guarda la lealtad procesal, deberes formales y materiales respecto de las personas naturales y jurídicas en base a normas contables y financieras vigentes.¹²
- 1.8.7 Por otro lado, Carlos Alberto Andreucci, indica que no se puede omitir que, en toda contratación de provisión de bienes, cosas muebles, prestaciones de servicios, de construcción de una obra o de adquisición de muebles o inmuebles se invierte dinero público que se genera por los recursos públicos de impuestos, tasas, tarifas, contribuciones, siendo indispensable que su aplicación sea eficaz y cumpla fines públicos. Se debe también, el análisis que se hace dentro del balance objetivo y razonable entre calidad (del contratista y del objeto del contrato), precio (gasto público) y transparencia (publicidad y honestidad en el modo de contratar y gastar); con esto resultaría evidente que el principio de transparencia se fortalece con la introducción de herramientas electrónicas.¹⁸
- 1.8.8 En el marco del procedimiento de contratación pública, que se ampara en el principio de transparencia, toda la información relativa al procedimiento de selección estará disponible y visible para todos. Los licitadores están obligados a hacer su selección a través de procesos de licitación o selección, incluidos los procedimientos generales, la información y los documentos, con reglas de objetividad, equidad, claridad y exhaustividad, pues así no deberán inducir a error a los contratistas. Las autoridades, están sujetas a ejercer una competencia exclusivamente con fines previstos en el ordenamiento, por lo tanto, es prohibido eludir los procedimientos de selección y los demás requisitos previstos en la LOSNCP.

Marco Peres Useche, autor colombiano:

“Los ciudadanos a menudo desconocen cómo se toman las decisiones públicas, e Internet ayuda a mejorar la credibilidad del gobierno en la medida en que los ciudadanos pueden aprender, monitorear y discutir las acciones públicas”.

- 1.8.9 Este principio fundamentalmente busca fortalecer la credibilidad de cómo actúan los funcionarios de la administración pública, ya que en la medida en que la

¹² Isabel Escudero Bué, *Administración eficiente de los recursos públicos asociados a la contratación pública en el marco de la gestión de resultados para el desarrollo.* ¹⁸ *contratación pública y transparencia.*

ciudadanía tenga más información sobre los servicios y transacciones públicas y no se le restrinja el acceso a esta información, más transparente se verá su reacción pues bajarán los índices de corrupción en contratación pública.¹³

2. Transparencia y eficacia de la administración pública

2.1 El principio de transparencia ayuda al trabajo en conjunto dentro y fuera de las instituciones públicas, mejorando la fluidez de información entre funcionarios que así la requieran para realizar de mejor manera su labor (Vergara, 2008), y permite integrar mejor los esfuerzos en el caso de políticas transversales, de manera que los resultados se valoren en conjunto y no sean fraccionados por fronteras jurisdiccionales de cada institución estatal (JAMES, 2005).

3. Transparencia y corrupción

3.1 La transparencia administrativa constituye un instrumento poderoso para combatir constantemente la corrupción en Ecuador y en la región. Los diseños organizacionales y procedimentales que promueven la transparencia y el buen gobierno son mecanismos preventivos de la actuación pública que son negligentes, dolosamente, esto promueve falta de servicio y abre camino a la corrupción. Se debe impulsar el cambio de la educación y cultura institucional para la administración y de un sistema de control y equilibrio basado en una información de calidad, eficaz y eficiente de la administración pública a quien interese.¹⁴ La transparencia tiene cuatro aspectos diferentes: divulgación de los contratos; publicación de los términos aplicables a la operación; limitación arbitraria y disposición de elementos de cumplimiento de normas y verificación. Arrowsmith (2005)

¹³ Agustí Cerrillo i Martínez, *El principio de integridad en la contratación pública*.

¹⁴ GRACIELA MOYA MONTEROS, *MAESTRIA EN DERECHO CON MENCIÓN EN CONTRATACIÓN PÚBLICA Y MODERNIZACION DEL ESTADO*.

RÉGIMEN ESPECIAL

3.2 En la normativa del Sistema Nacional de Contratación Pública, doctrinariamente, el autor ecuatoriano William López, conceptualiza como:

Los procedimientos de contratación tienen un carácter especial, pues están sujetos a normas específicas dictadas por el presidente de esta República en el reglamento general de la Ley Básica del Sistema Nacional de Contrataciones Públicas, incluyendo un número determinado de contratos.

Sólo cuando el sistema privado no describa o detalle algún procedimiento particular o necesario para la contratación de bienes, obras o servicios, generalmente se siguen de manera adicional los procedimientos previstos en los contratos públicos.

3.3 Por otro lado, el SERCOP, define al régimen especial como “un procedimiento precontractual, por medio del cual una entidad inicia un proceso para la contratación de bienes, obras, y/o servicios específicos, que se encuentran normas por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su reglamento bajo criterios de selectividad”. Se debe considerar que los procesos del régimen especial no son un sistema de excepción, pues las entidades contratantes como proveedores cumplirán los mismos requisitos que existen en la normativa del SNCP.¹⁵ Los procesos sujetos al Régimen Especial no son concursables, es decir, la contratación es directa y de acuerdo con su naturaleza es necesario disponer de todos los documentos técnicos y económicos que la justifiquen y determinar su conveniencia en la adjudicación. Por lo tanto, tenemos el hecho de que el régimen especial debe someterse no a la LOSNCP, además deben ciertos criterios de selectividad, cumpliendo con los requisitos que establece la normativa del SNCP. Por lo que, hay que tomar en consideración parecería existir una contradicción del SERCOP, pues teniendo en cuenta que estos actos no se realizan por concurso, sino que se existe una subcontratación, es fundamental que se disponga de la documentación técnica y económica que sustenta cada uno de estos procedimientos. Por lo que, el régimen

¹⁵ Isabel Escudero Bué, *Administración eficiente de los recursos públicos asociados a la contratación pública en el marco de la gestión de resultados para el desarrollo.*

especial que prevé la normativa del SNCP ya establece procesos de contratación pública, estos obedecen a dos criterios.

3.4 El primero estaría enfocado en aquellos sujetos, sin importar si son entidades contratantes o contratistas (criterio subjetivo) mientras que por otro lado existen consideraciones de los objetos de contratación o, en otras palabras, de lo que se va a contratar (criterio objetivo). Inés María Baldeón, jurista española, clasifica los procedimientos de régimen especial de la siguiente manera:

3.4.1 *Criterio subjetivo:*

a) *Los comunicadores.*

b) *Los abogados.*

c) *Los artistas, literarios o científicos.*

d) *Los proveedores únicos o exclusivos.*

e) *Las empresas o instituciones públicas nacionales o extranjeras.*

f) *Los contratistas de empresas públicas que contraten en el giro específico de su negocio.*

3.4.2 *. Criterios objetivos:*

a) *Seguridad interior y exterior (Fuerzas Armadas y Policía Nacional).*

b) *estupefacientes para organizaciones y personas contratadas para prestar servicios de salud pública*

c) *actividades en redes sociales.*

d) *Asesoramiento o asistencia letrada.*

e) *Repuestos y accesorios - no incluidos en el catálogo - para el mantenimiento de equipos y maquinarias.*

f) *Las obras artísticas, literarias o científicas.*

g) *patentes, propiedad o tecnología que no permita alternativas técnicas.*

3.5 Tal como lo indica anteriormente la jurista Inés Baldeón y con base a los criterios de selección señalados por la LOSNCP, ciertas acciones del régimen deben ser de mutuo acuerdo, mientras que ésta debe ser por concurso, en ambos casos sin vulnerar los principios que son columna vertebral de los mismos organismos reguladores. Los abogados Eduardo García de Enterría y, Tomás Ramón Fernández se refieren a estos

principios en contratación pública y se puede mediar la restricción de libre concurrencia, sin embargo, no puede entenderse en sentido extenso, sino que debe tener un carácter restringido, con el fin de no pasar el límite de la discrecionalidad ni cometer arbitrariedades.

DISCRECIONALIDAD EN CONTRATACIÓN PÚBLICA

3.6 La discrecionalidad administrativa es la facultad que tiene un servidor público cuando elige una solución que, dentro de su cargo está facultado por ley, para actuar de manera diligente y responsable hacia los intereses comunes.

“La discrecionalidad es la facultad específica de concreción jurídica para la consecución de un fin determinado (...)” (SchmidtAddmann, 2003, pp. 220).¹⁶

3.7 Entender esto significa que se debe elegir una opción disponible para que el servidor público pueda lograr el objetivo previsto. Sin embargo, esto no significa que los servidores públicos tengan la libertad de elegir abiertamente, su elección más que nada debe guiarse por parámetros establecidos en la propia ley y por ende su accionar pues ésta debe ser tenida en cuenta, reglamentada y determinada. con base en el logro de los objetivos de cada establecimiento previamente definidos por la ley. Bajo este mismo parámetro, el autor Santiago Gonzales-Varas, señala que la discrecionalidad administrativa no es sinónimo de arbitrariedad, sino que “(...) depende claramente de los extremos definidos en bloque legal y en la finalidad concreta del bien común que debe buscar cualquier ley y ejercer cualquier acción de la administración pública (...)”. (Gonzales-Varas, 2005 pp.233).¹⁷ Si bien es cierto existe un vínculo de confianza que la ley ha establecido en el arbitrio del servidor público, por lo que su actuar siempre tiene que ir de la mano con los objetivos trazados por el legislador al momento que se cuenta con una normativa legal.

3.8 Existen de entre las garantías que se han establecido, a fin de delimitar la aplicación sobre la discrecionalidad administrativa, según el doctor, Jaime Vidal Perdomo (Vidal, Díaz, Rodríguez, 2005, pp340)²⁴ se encuentran:

¹⁶ CATALINA VITERI TORRES, *LOS PRINCIPIOS DE TRANSPARENCIA Y PUBLICIDAD EN LOS PROCESOS*

LICITATORIOS ESTABLECIDOS EN LA LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.

¹⁷ Daniel López Suarez, *Manual de Contratación Pública Segunda Edición.* ²⁴ Daniel López Suarez.

- 3.8.1 Debido proceso: Es una garantía de aplicación justa en todos los procesos administrativos y judiciales en los que la autoridad los concluye con una decisión.
- 3.8.2 Motivación: Es un principio rector de los procesos administrativos y mediante el mismo se debe fundamentar circunstancias de hecho y de derecho de cualquier acto administrativo o decisión de autoridad de cualquier tipo.
- 3.8.3 Interés general: El acto administrativo cualquiera que este fuese debe estar establecido y tener como fin el interés social.
- 3.8.4 Proporcionalidad: Cuando una decisión ha sido tomada por parte del funcionario, esta debe tener relación a circunstancias que se presentan, la resolución debe ser equilibrada y no debe exceder atribuciones funcionales, esto teniendo en cuenta los requisitos y características administrativos.
- 3.9** El Reglamento para el Control de la Discrecionalidad en los Actos de Administración Pública, expedida en el año 2002, en su artículo 10, prevé *“El acto discrecional debe ser jurídicamente cierto y factible, y debe perseguir el objeto previsto en la norma que atribuya las correspondientes facultades al emisor sin que pueda perseguir secretamente fines públicos o privados distintos de los que justifican el acto, su causa y objeto. Por tanto, el componente de finalidad adquiere su principal importancia en la evaluación del acto discrecional.”*¹⁸ Es por ello que la finalidad del poder decisorio en las contrataciones públicas debe corresponder a los objetivos institucionales, ya que estos fines no pueden ni deben contradecir los propósitos del Estado previstos en la Constitución y la legislación, y su cometido primordial es cumplir los propósitos últimos de la organización. Se debe cumplir con los requisitos del interés público, teniendo en cuenta que existen procedimientos discrecionales que se aplican a todos los procesos de contratación, a saber: elaboración de los pliegos; calificación; selección; negociación; y, adjudicación.

¹⁸ Silvia Lorena Paredes Reinoso, *Análisis de las impugnaciones en materia de contratación pública en el Ecuador*.

CAPÍTULO III

ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

1.1 La Constitución de la República del Ecuador establece, en el marco de la garantía legal, en el artículo 91, que el acto de acceder a la información pública debe estar contenido en los artículos siguientes: *“El acceso a la información pública tiene por objeto asegurar el acceso cuando se deniegue expresa o implícitamente, o cuando la información proporcionada sea incompleta o poco confiable. Esta garantía puede darse incluso si la renuncia se basa en la confidencialidad, reserva, confidencialidad o cualquier otra condición de la información. Los caracteres reservados deben ser declarados con anterioridad al pedido, por la autoridad correspondiente y de conformidad con la ley.”*. (Sentencia No. 013-16-SEP-CC) (Caso No. 1739-14-EP) Corte Constitucional del Ecuador.

1.2 Además, el Estado ecuatoriano, cuenta con la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, misma que en su Art. 5 prevé: *“Se debe considerar a la información pública, todo documento en cualquier formato, que se encuentre bajo poder de instituciones del estado y de las personas jurídicas a las se refiere la presente Ley, contenidos, creados u obtenidos por ellas, que se encuentren bajo su responsabilidad o se produzcan de los recursos del Estado”* Además, el Art. 7 sobre difundir la información pública la misma norma prevé que la gestión administrativa por su transparencia y su labor, están obligadas a observar a las instituciones del Estado, mismas que conforman el sector público bajo el artículo 118 de la Constitución, pues se deberán difundir a través del portal de información o página web, así como cualquier medio que se estime necesario para que disponga libremente el público debiendo estar la misma actualizada.

Literal i *“información completa y detallada sobre los procesos contractuales, de adjudicación y liquidación, de las contrataciones de obras, adquisición de bienes, prestación de servicios, arrendamientos mercantiles, etc., celebrados por la institución con personas naturales o jurídicas, incluidos concesiones, permisos o autorizaciones”*.¹⁹

¹⁹ Luis Fernando Otero Hoyos, *Principio de publicidad en la contratación pública en las instituciones educativas públicas de Colombia*.

Posteriormente, en el Art. 22 de la misma norma se indica que “ *El derecho de acceso a la información en los tribunales se garantizará mediante el acceso a los recursos de información, en los términos previstos por este Código, sin perjuicio de las acciones de la autoridad constitucional. Cualquier persona a quien se le haya negado información implícita o explícitamente de cualquier forma tiene derecho a interponer un recurso de acceso a la información. (...)*”.

1.3 Se contrasta también nuestra legislación con la legislación colombiana y se hace referencia al principio de transparencia como el acceso a la información pública y además se señala “*la ley se presume pública, por ende, toda información que este en poder de sujetos e instituciones públicas, están en el deber de proporcionar y facilitar el acceso en los mismos términos amplios posibles para que a través de medios y procedimientos ideales se facilite la información de cualquier interesado, misma que siempre y cuando no se encuentre sometida a reserva*”. (LEY 1712 DE 2014-DECRETO 103 DE 2015)²⁰

1.4 La gran cantidad de leyes, reglamentos y garantías de acceso a la información pública es una tendencia mundial que indica mayor pulcritud en materia de compras públicas, lo cual es ideal para que se refleje de manera más transparente. Distintos países discuten, en su legislación, una visión estrecha de sólo un derecho de acceso a los documentos administrativos y, por otro lado, una posición más amplia y contundente respecto al acceso a la información pública como derecho fundamental. Dado que algunos sectores, como la organización internacional Access Info Europe (2006), promueven su protección de los derechos humanos como un derecho humano emergente, esto puede entenderse como un componente esencial de políticas probabilísticas más amplias.

MECANISMOS QUE FACILITAN EL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

1.5 De acuerdo con el principio de publicidad y transparencia en la gestión administrativa, los órganos estatales que crean los sectores público y privado, siempre que utilicen recursos públicos, deben publicarlos a través de portales o sitios web. La

²⁰ Silvia Lorena Paredes Reinoso, *Análisis de las impugnaciones en materia de contratación pública en el Ecuador*.

información electrónica, así como las instalaciones necesarias a disposición del público, deberán realizarse en las mismas instalaciones. Para tal efecto, existe un mecanismo de difusión inmediata de la información pública en el Ecuador, el cual se asegura a través de la presentación de informes periódicos por parte de los organismos obligados. En sentido, todas las instituciones públicas, a través de sus titulares o representantes legales, deberán presentar a la Defensoría del Pueblo, antes del último día hábil del mes de marzo de cada año, un informe anual sobre el respeto del derecho de acceso a la información pública debe contener:

- 1.5.1 Información pública del periodo anterior sobre el cumplimiento del derecho al acceso a la información pública.
- 1.5.2 Detalle de las solicitudes de acceso a la información y el trámite dado a cada una de ellas.
- 1.5.3 Informe semestral actualizado sobre el listado índice de información reservada.

1.6 Por otro lado, encontramos el mecanismo para hacer efectivo el derecho a la información pública, es decir, el mecanismo de exigibilidad porque son las formas, medios, procedimientos y políticas administrativas o judiciales que cada persona puede pedir al Estado que respete, o garantizar, proteger o indemnizar los derechos humanos consagrados en la Constitución del Ecuador y justamente es en ese cuerpo normativo en su artículo 95 que prevé: (...) *La participación ciudadana en todos los asuntos de interés público es un derecho que debe ser instrumentado a través de mecanismos representativos, directos y societariamente democráticos.*²¹ Con base en ello, existen tres clases de mecanismos de exigibilidad: los políticos o de hecho, los administrativos y los judiciales (garantías jurisdiccionales), por lo que, dentro de nuestras se encuentran la Acción de Acceso a la Información Pública, es decir, un mecanismo judicial de exigibilidad de derechos humanos, que, por la especialidad que lo caracteriza tutela el derecho al acceso a la información pública de todos los ciudadanos, y tiene por objeto garantizar su acceso y acceder al mismo no tiene mayores requisitos pues cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad puede proponerla, el proceso es oral en todas sus fases e instancias y sin formalidades, no existe la necesidad de indicar la norma, todos los hechos detallados en

²¹ Silvia Lorena Paredes Reinoso, *Análisis de las impugnaciones en materia de contratación pública en el Ecuador*.

una demanda se presume cierta, por lo que es la autoridad pública la responsable de demostrar lo contrario, en el proceso y se consideran hábiles todos los días y horas. Para activar este mecanismo, la acción de acceso a la información pública debe presentarse ante cualquier juez de primera instancia, donde tiene sede la institución que presuntamente ha violentado el derecho.

INSTITUCIONES ENCARGADAS DE VIGILAR LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

1.7 La Defensoría del Pueblo es la institución encargada de garantizar, promocionar y vigilar el correcto ejercicio del derecho al libre acceso a la información pública por parte de la ciudadanía y el cumplimiento de las instituciones públicas y privadas obligadas por la ley a proporcionar la información pública; y, además, de recibir informes anuales de su cumplimiento.

Para cumplir con esta obligación, tiene las siguientes funciones:

- 1.7.1 *Es el órgano promotor del ejercicio y cumplimiento del derecho al acceso a la información pública en Ecuador.*
- 1.7.2 *Vigila el cumplimiento de la LOTAIP por parte de las instituciones públicas, personas jurídicas de derecho público o privado.*
- 1.7.3 *Vigila que la documentación pública se archive bajo los lineamientos que en esta materia dispone la Ley del Sistema Nacional de Archivos.*

CAPÍTULO IV

¿CÓMO SE REGULA UN PROCESO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA?

- 1.1 La administración pública y sus servidores deben considerar que para la calificación y para la selección de ofertas es vital que se fundamenten sus decisiones, con base a la norma jurídica y esto será en los requerimientos de los mismos pliegos o en una lógica propia del acto de la contratación con sus finalidades, esto significa que jamás debe tomarse una decisión por mero antojo o con arbitrariedad. El problema de la regulación en la contratación pública no es el principio de discrecionalidad ni lo que ello significa, pues este principio es necesario, puesto que no está escrito en la ley la forma detallada pero sobre la cual se deba evaluar una oferta determinada de un procedimiento en concreto y los criterios que haya que ponderar.
- 1.2 Se debe rechazar, totalmente la arbitrariedad, pues esto conlleva a la toma de decisiones sin suficiente motivación y sustento y se ampara en consideraciones subjetivas y en privilegios no previstos en la norma. Sin una debida regulación, la discrecionalidad se vuelve absoluta, es ahí donde las instituciones del Estado como el SERCOP, están llamados a establecer modelos, instructivos y recomendaciones de buenas y leales practicas orientadas a que la discrecionalidad tenga un cauce, por lo que, toda decisión en contratación pública deberá observar lo que se prescribe constitucionalmente, así, el artículo 76, literal I: *(Art. 76. En todo proceso en el que se hayan determinado derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegura el derecho al debido proceso que incluye las siguientes garantías básicas: 1. Corresponde a la autoridad judicial o administrativa garantizar el cumplimiento de las normas y derechos de las respectivas partes..)*, y por otro lado, Fiorini señala que: *“La discrecionalidad administrativa, expresión de una actividad jurídica, para crear un acto o una norma cuando esta no se ha establecido, se expresa como un juicio de creación para determinar el o los motivos de un acto eficaz”*, en definitiva, el problema no es la discrecionalidad en sí, sino su abuso y la arbitrariedad, y cuando no se encauza adecuadamente la discrecionalidad, se tiene una vinculación directa con la falta de transparencia del sistema.
- 1.3 La Constitución de la República del Ecuador, Capitulo IV sobre Soberanía

Económica, sección segunda Política Fiscal, artículo 288 dispone: *“Las compras públicas cumplirán con criterios de eficiencia, transparencia, calidad, responsabilidad ambiental y social. Se priorizarán los productos y servicios nacionales, en particular los provenientes de la economía popular y solidaria, y de las micro, pequeñas y medianas unidades productivas.”*²² Por ello, los principios básicos recogidos por nuestra legislación son los mencionados por la doctrina, es decir, igualdad, concurrencia, transparencia y legalidad, mismos que se les ha otorgado un rango constitucional. Toda actuación de la administración pública debe estar debidamente justificado por una norma jurídica previa, esto se torna relevante si por parte de quienes están llamados a tomar decisiones se aplica de manera razonable.

1.4 Por último, actores como Dromi, respecto a la base contractual indica que existen dos principios, el de continuidad, respecto a la posibilidad de exigir al contratista la no interrupción de la ejecución contractual pues con la finalidad del contrato es que se satisfaga el interés público; y, el de mutabilidad entendiéndose como aquella facultad de un ente público de modificar el contrato dentro de lo razonable. Estos principios son lo que orientan las decisiones que deben adoptar los órganos competentes en las diferentes contrataciones. Las actividades estatales, tienen relevancia respecto a los intereses del pueblo ecuatoriano, generan una necesidad inevitable de configurar un sistema jurídico que regula las mismas y garantice la efectiva realización de los servicios y obras contratadas.

RÉGIMEN IMPUGNATORIO

1.5 Con la expedición de la Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, se incluyeron reformas en los artículos 102 y 103, mismos que regulaban los mecanismos de impugnación previstos en el LOSNCP, estos son el reclamo y el recurso de apelación.

1.6 Del reclamo, el artículo 102 de la LOSNCP, dispone que todas las personas que tengan interés directo, en las actuaciones de las entidades contratantes podrán interponer un reclamo, para lo cual la ley indica dos opciones:

²² Lorenzo Mellado Ruiz, *El Principio de Transparencia Integral en la Contratación del Sector Público*.

- 1.7 Que el reclamo sea interpuesto ante el SERCOP, órgano que de tener indicios de incumplimiento de los principios o normas que rigen el Sistema Nacional de Contratación Pública, se deberá dar inicio al procedimiento correspondiente, o de lo contrario se dispone el archivo del reclamo.
- 1.8 El procedimiento debe contemplarse en forma de una norma legal, iniciando con la notificación y de esta manera remitir a una entidad contratante, quienes disponen una suspensión temporal del procedimiento de contratación por el periodo de siete días hábiles, en el cual el SERCOP debe aportar pruebas y argumentos que motiven una resolución del reclamo, el SERCOP también debe remitir el expediente a los organismos de control, como la entidad contratante, en tal caso, tiene la obligación de responder en el plazo de siete días sin derecho a suspender el procedimiento de contratación.

RECURSO DE APELACIÓN

- 1.9 El Art. 103 de la LOSNCP, regula el proceso de apelación, mecanismo que ha sido sustituido al recurso de reposición contemplado en el referido artículo antes de la reforma. Este recurso se interpone respecto de actos administrativos emitidos dentro del procedimiento de contratación, ante la máxima autoridad de la entidad contratante, quien dentro de siete días debe resolver el mismo.²³
- 1.10 Dentro del proceso, como medida para evitar que la entidad se demore en atender el recurso, el legislador indica como condicionante que, en caso de que el mismo no sea resuelto en el determinado tiempo, el SERCOP debe suspender el procedimiento de contratación en el portal institucional hasta que se emita una resolución correspondiente.

²³ Agustí Cerrillo i Martínez, *El principio de integridad en la contratación pública*.

ARBITRAJE Y MEDIACIÓN EN CONTRATACIÓN PÚBLICA

1.11 Los mecanismos alternativos de resolución de conflictos están debidamente reconocidos en la Constitución del Ecuador desde el año 1998, se adhirió a la Constitución del 2008, pues estos métodos deben aplicarse en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir. La mediación es un procedimiento no adversarial, en el cual un tercero neutral e imparcial asiste a las partes para que logren un acuerdo, se amplían las puertas del acceso al sistema de administración de justicia, por cuanto permite acudir a los Centros de Mediación de manera voluntaria para llevar a cabo un proceso ágil, rápido y legal.

1.12 El mecanismo puede ser utilizado por particulares como también por entidades públicas, analizando la mediación para solucionar conflictos en materia de contratación pública, pues al intervenir una persona jurídica del sector público, se observa el principio de legalidad y se debe identificar que pueden transigir las instituciones públicas.²⁴

1.13 Las ventajas en materia de contratación pública es que, por un lado es un proceso ágil en relación de un proceso en justicia ordinaria y, por otro lado, evita perjuicios económicos para quienes aceptan voluntariamente elegir este método de solución de controversias, permitiendo un equilibrio económico de los sujetos contractuales, el interés público resulta afectado cuando el contratista no cumple a cabalidad con las especificaciones técnicas o el cronograma de trabajo, razones por las cuales una entidad pública debería garantizar las necesidades públicas, en las cuales debe adoptar decisiones que no generen un perjuicio al interés particular del contratista.

1.14 Así también puede resultar afectado por acción propia de la administración pública, por ejemplo, cuando no se cumple con la entrega de anticipos, pagos periódicos, entrega de insumos necesarios para que el contratista realice la obra o preste el servicio, generando perjuicios tanto para el interés público como para el interés particular.

²⁴ Luis Fernando Otero Hoyos, *Principio de publicidad en la contratación pública en las instituciones educativas públicas de Colombia*.

1.15 Por otro lado, en Arbitraje, a nivel mundial, los procesos de Arbitraje internacional y los casos domésticos, van en constante aumento, sin embargo, en Ecuador el índice de controversias sometidas a Arbitraje Nacional entre particulares y entidades del sector público, han sido reducidas notablemente en un mismo periodo. Esto ha ocurrido por los preceptos constitucionales hacia la contratación pública y por disposiciones emitidas desde el Gobierno Nacional. En su gran mayoría, las controversias llevadas a arbitraje entre particulares y Estado tienen estrecha relación con asuntos de contratación pública y se ventilan ante la justicia ordinaria, por lo tanto, en Tribunales Contencioso Administrativos. Tanto es así, que el Código Orgánico General de Procesos, contempla en su artículo 326, numeral 4 literal e), a las controversias en materia de contratación pública como una de las acciones especiales que se tramitan vía procedimiento contencioso administrativo ordinario. Para arbitrajes con el Estado ecuatoriano en materia contratación pública, debe contarse previamente con el pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, además del artículo 190 de la Constitución de la República del Ecuador.

CONCLUSIONES

El Gobierno nacional del Ecuador, cuenta con un método informático para seguir los denominados “Gobierno por Resultados”, sin embargo, estas se refieren al sistema de alineación entre los objetivos gubernamentales con los planes estratégicos y operativos de las instituciones dependientes del Ejecutivo, pero esto no incluye la planificación, ejecución o control de las adquisiciones públicas, y en sentido inverso, la planificación y ejecución no se conecta con el método antes mencionado. Los instrumentos de adquisiciones públicas progresan para dar una respuesta efectiva a las crecientes demandas sociales por eficiencia, eficacia, transparencia, integridad y sostenibilidad. Por esto se indica en base a la investigación realizada que la normativa que rige a las compras públicas debe ser lo suficientemente fuerte y a la vez flexible para facilitar este intercambio, es notable que no existe un desarrollo normativo, metodológico y de control sobre los aspectos que se ha mencionado respecto a la transparencia como principio primordial dentro de un proceso de contratación pública, y aun así, no ha sido suficiente que los principios y disposiciones generen un logro de resultado y consten en la ley, pues no ha existido esto de parte del Gobierno, pues no se aplican mecanismos para unos resultados acertados.

Conforme a la LOSNCP, constituye un esfuerzo en incorporar nuevas herramientas y procedimientos que en función de su correcta aplicación ayudarían a brindar una dinamización y agilizar la contratación pública. Debe existir a la par una herramienta informática más hábil y precisa, que ayude al usuario o interesado común y corriente el conocimiento de cuándo, cómo y cuánto está contratando el Estado ecuatoriano a través de las diferentes instituciones, aunque se ha podido observar un alto nivel de incumplimiento de las instituciones públicas respecto de sus obligaciones sobre la información pública, incluso en desmedro de sus propios objetivos. En cuanto a diferentes procesos que merecen cierto manejo discrecional por parte del Estado, por ejemplo los procedimientos de régimen especial, pueden llegar a ser menos regulados y no responden al criterio del funcionario de turno, lo cual mediante el portal de compras públicas deberían ser mucho más transparentes o al menos capacitar de mejor manera al sector público encargado de temas sensibles y de interés nacional donde no puede existir ni haber lugar para malas prácticas públicas, privadas y mucho menos problemas de corrupción. Por lo expuesto, se considera que la LOSNCP, cumple con indicar los principios que rigen

la contratación pública. Finalmente, resta mucho camino por recorrer hasta plasmar en la realidad los objetivos tan esperados y deseados por el interés social, mucho más allá de la norma y la regulación jurídica que se tenga respecto a los procesos de contratación pública, debe primar la conciencia y voluntad humana, para hacer prevalecer el principio de transparencia y todos los demás que deben tener como finalidad un próspero desarrollo para el país y la sociedad ecuatoriana, siempre apegados al derecho y la moral.

BIBLIOGRAFÍA

Agustí Cerrillo i Martínez. El principio de integridad en la contratación pública. Aranzadi Thomson Reuters. España, 2014.

CATALINA VITERI TORRES. LOS PRINCIPIOS DE TRANSPARENCIA Y PUBLICIDAD EN LOS PROCESOS LICITATORIOS ESTABLECIDOS EN LA LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA. UASB, 2010.

Contratación pública y transparencia. España: El Consultor de Los Ayuntamientos, 2016.

Daniel Lopez Suarez. Manual de Contratación Pública Segunda Edición, s. f.

GRACIELA MOYA MONTEROS. MAESTRIA EN DERECHO CONMENCION EN CONTRATACION PÚBLICA Y MODERNIZACION DEL ESTADO, 2012.

Isabel Escudero Bué. Administración eficiente de los recursos públicos asociada a la contratación pública en el marco de la gestión de resultados para el desarrollo. Quito, 2020.

Jorge Luis González Tamayo. Régimen jurídico del nuevo sistema de contratación pública ecuatoriano en el contexto internacional. Ecuador: creative commons, 2016.

LA COMISIÓN DE LEGISLACIÓN Y CODIFICACIÓN. CÓDIGO CIVIL. ECUADOR, s. f.

Lorenzo Mellado Ruiz. El Principio de Transparencia Integral en la Contratación del Sector Público. Tirant lo Blanch, 2018.

Luis Fernando Otero Hoyos. Principio de publicidad en la contratación pública en las instituciones educativas públicas de Colombia, s. f.

Marco Landázuri Álvarez. La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Incidencia en el Cumplimiento de los Principios que Rigen la Contratación Pública. Quito, Ecuador: USFQ, 2014. secretaría de Gestión Estratégica e Innovación. Manual de Contratación Pública. Presidencia de la Republica, 2011.

Silvia Lorena Paredes Reinoso. Análisis de las impugnaciones en materia de contratación pública en el Ecuador. Quito, Ecuador, 2016.

Ley de contrataciones y adquisiciones del Estado (19 de 07 de 1997).

Zak, D. P. (s.f.). EL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA EN LA ADMINISTRACION.