

UCUENCA

Universidad de Cuenca

Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas y Sociales

Maestría en Derecho mención Derecho Administrativo

La actuación del SERCOP y la discordancia entre normativa y funcionalidad de herramientas en contratación pública

Trabajo de titulación previo a la obtención del título de Magíster en Derecho mención Derecho Administrativo

Autor:

Laura Jackeline Castro Pacuruco

Director:

Juan Pablo Aguilar Andrade

Cuenca, Ecuador

2023-02-10

Resumen

Con la presente investigación se pretende abordar en un primer capítulo la extralimitación del Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP) en ejercicio de las potestades administrativas conferidas en su calidad de ente rector del Sistema Nacional de Contratación Pública (SNCP), debido a la desbordante e incompatible expedición de normas administrativas, tergiversación en la atención a reclamos, control difuso e inverosímil, para en un segundo capítulo exponer la discordancia entre la normativa y la funcionalidad de las herramientas informáticas empleadas en torno a una contratación pública electrónica basada en el uso de las TIC, ambos factores productores de vulneración a los principios regentes en contratación pública e ineficiencia en la gestión económica de los recursos del Estado. Con el análisis de la actuación del SERCOP en ejercicio de sus potestades administrativas y las discordancias entre normativa y funcionalidad de herramientas en el SNCP, se identificará las consecuencias de la incorrecta aplicación de estas potestades, se expondrá las discordancias encontradas entre la normativa y herramientas, así como posibles soluciones. La metodología empleada es la analítica, a través de la revisión de bibliografía, normativa jurídica vigente enmarcada en contratación pública, ya que de esta fuente y leyes se analiza la pertinencia del estudio para llegar a los objetivos planteados, por otro lado, se empleará el método comparativo, por medio de la funcionalidad de las principales herramientas y portal de compras públicas frente a la normativa de la materia. El resultado del análisis demuestra la necesidad de ubicar un freno a la extralimitación del ente rector de la contratación pública en ejercicio de sus atribuciones, la importancia del uso de las TIC en contratación pública pero bajo parámetros de confiabilidad y concordancia entre lo normado y los sistemas utilizados para una contratación pública eficiente, ya en un futuro podremos ver si se toman medidas correctivas necesarias que eviten las referidas vulneraciones y se restablezca la seguridad jurídica y confianza legítima, que permitan actuaciones con criterios de certeza y previsibilidad.

Palabras clave: potestades administrativas, reclamo, control, seguridad jurídica, TIC, herramientas informáticas, contratación pública

Abstract

This research aims to address in a first chapter the overreach of the National Public Procurement Service (SERCOP) in the exercise of the administrative powers conferred in its capacity as governing body of the National Public Procurement System (SNCP), due to the overflowing and incompatible issuance of administrative rules, misrepresentation in the attention to claims, diffuse and implausible control, for in a second chapter expose the discordance between the regulations and the functionality of the computer tools used around an electronic public procurement based on the use of ICT, both factors producing violation of the governing principles public procurement and inefficiency in the economic management of State resources. With the analysis of the performance of SERCOP in the exercise of its administrative powers and the discordances between regulations and functionality of tools in the SNCP, the consequences of the incorrect application of these powers will be identified, the discrepancies found between the regulations and tools will be exposed, as well as possible solutions. The methodology applied is the analytical, through the review of bibliography, current legal regulations framed in public procurement, since this source and laws analyze the relevance of the study to reach the objectives set, on the other hand, the comparative method will be used, through the functionality of the main tools and public procurement portal against the regulations of the matter. The result of the analysis demonstrates the need to place a brake on the overreach of the governing body of public procurement in the exercise of its powers, the importance of the use of "TIC" in public procurement but under parameters of reliability and concordance between the regulations and the systems used for efficient public procurement, and in the future we can see if necessary corrective measures are taken to avoid the aforementioned violations and restore legal certainty and legitimate expectations, which allow actions with criteria of certainty and predictability.

Keywords: administrative powers, complaint, control, legal certainty, ICT, computer tools, public procurement

Índice

Resumen	2
Abstract	3
Dedicatoria	8
Agradecimiento	8
Capítulo I	9
1.1 Principales potestades: normativa, control y reclamos	9
Potestad normativa.	13
Control, monitoreo y evaluación del Sistema Nacional de Contratación Pública.	19
Atención a reclamos.	25
1.2. Discrecionalidad por dispersión normativa	30
1.3. Seguridad jurídica y confianza legítima en el ejercicio de las potestades administrativas	39
1.4. Revisión y control de las actuaciones del SERCOP	45
Capítulo II	49
2.1 Tecnología y contratación pública	49
2.2 Uso obligatorio de sistemas informáticos para contratación pública en la Comunidad Andina (CAN)	54
2.3 Procedimientos de contratación pública en el Ecuador y su sistematización	58
2.4 Normativa y funcionalidad de las herramientas en el sistema nacional de contratación pública del Ecuador	71
Conclusiones	80
Referencias	83
Referencia General	83
Referencia Normativa	86

Índice de Tablas

Tabla 1. Delegación para el ejercicio de atribuciones	21
Tabla 2. Datos del proceso de cotización de obra	27
Tabla 3. Datos del proceso de licitación de seguros	35
Tabla 5. Parámetros de análisis	57

Índice de ilustraciones

Ilustración 1. Procedimientos de Régimen Común	58
Ilustración 2. Procedimientos de Régimen Especial	59

Índice de figuras

Figura 1. MFC PAC y MFC PL	61
Figura 2. MFC OF	62
Figura 3. SOCE publicación procedimientos de contratación parte 1	64
Figura 4. SOCE publicación procedimientos de contratación parte 2	65
Figura 5. Tipos de contratación en SOCE para procedimiento Régimen Especial	65
Figura 6. SOCE proveedores del Estado	66
Figura 7. Registro ofertas régimen común	67
Figura 8. Consulta Procesos	67
Figura 9. Menú Reclamos	67
Figura 10. Formulario trámites reclamos	68

Dedicatoria

Dedico este trabajo a dos seres sublimes, a mi hija Amelia, el cimiento de mi vida desde su gestación, el amor puro que me hace sentir única, el aliento que me recuerda que soy fuerte y debo continuar luchando, la voz que me levanta en mis momentos de tristeza e impotencia, la caricia que hace de mi mundo un lugar mágico, la sonrisa que acompaña mi felicidad, la locura que complementa mi ser.

A ti abuelito Estuardo, a tu memoria dedico este trabajo, por haberme guiado desde niña a estudiar, me acompañaste en cada escalón que subía durante mi preparación, añorabas que sea una gran profesional que pueda subsistir por su cuenta procurando igualdad y justicia ante un mundo competitivo y prejuicioso, quien cuando me titulé como abogada desbordaba orgullo y saltaba de felicidad, porque su legado se iba cumpliendo más y más, y que tu afán era que se siga de generación en generación, estoy segura que donde estés, vas a seguir sintiendo orgullo y satisfacción por tu deber cumplido y vas a celebrar este logro académico y profesional de tu nieta que te adora y agradece infinitamente por tu apoyo, ten la seguridad que guiaré a mi hija y sobrinos por el mismo sendero.

Agradecimiento

Agradezco a mi familia por el apoyo, ánimo, paciencia y cariño con el que me han acompañado no solo durante los estudios realizados hasta la culminación con este trabajo, sino en toda mi formación, donde aprendí de mi papá a tener fuerza de voluntad, de mi mamá a ser perseverante, de mi hermana a no tener miedo a los cambios, de mi hermano a no perder el tiempo, de mi hija a que existe el amor verdadero e incondicional y que todo esfuerzo tiene su recompensa; y de mis sobrinos, que la vida continúa a pesar de todo.

Un agradecimiento especial a Paúl, por ser la persona que Dios me dio la oportunidad de conocer para compartir nuestras vidas y que, con su comprensión, tiempo y amor, me ha alentado a tomar impulso para seguir adelante y cumplir mis metas.

Finalmente, agradezco al Dr. Juan Pablo Aguilar por su profesional y valiosa guía en la elaboración y consecución de este trabajo, de quien me siento bien retribuida por los conocimientos adquiridos.

La Actuación del SERCOP y la discordancia entre normativa y funcionalidad de herramientas en contratación pública

Capítulo I

1.1 Principales potestades: normativa, control y reclamos

El Título II de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (2008) en adelante LOSNCP contempla lo relativo al Sistema Nacional de Contratación Pública (SNCP), donde se lo define como un conjunto de principios, normas, procedimientos, mecanismos y relaciones organizadas orientadas al planeamiento, programación, presupuestos, control, administración y ejecución de las contrataciones realizadas por las Entidades Contratantes y su rectoría se encuentra asignada al Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP).

El SERCOP, según el artículo 10 de la LOSNCP (2008), se crea como un organismo de derecho público, técnico regulatorio, con personalidad jurídica propia y autonomía administrativa, técnica, operativa, financiera y presupuestaria, donde su máximo personero y representante legal es designado por el presidente de la república, siendo el director general o la directora, es por tanto el legislador quien crea a este organismo para cumplir con las atribuciones y competencias que le atribuya la ley.

En ese sentido, la LOSNCP le concede al SERCOP la rectoría del Sistema Nacional de Contratación Pública conforme a las atribuciones previstas en el artículo y Título antes referidos, de las que se analizarán las siguientes: 1) la de dictar normas administrativas, manuales e instructivos relacionados con la ley de la materia; 2) el control, monitoreo y evaluación del SNCP; y, 3) la atención a reclamos.

Previo al análisis de cada una de estas atribuciones, haré referencia a concepciones sobre los términos administración pública y potestades administrativas.

Históricamente Cassagne (2012), señala a la administración pública como “un concepto análogo en el sentido que el mismo puede aplicarse a diferentes objetos de un modo que no es idéntico ni totalmente distinto”, refiriéndola además como conjunto de órganos encabezados por el Poder Ejecutivo, e incluye a ese concepto a entidades jurídicamente descentralizadas, de ahí que la competencia sería la aptitud legal que le habilitaría a actuar a una persona jurídica pública estatal (p.205).

Por tanto, desde la antigüedad ya se aplicaba la división de poderes y a quién le correspondía el ejercicio de competencias. Desde otro punto de vista, para Pardo (2016):

El incentivo para el desarrollo de la administración pública y su cabal comprensión es adentrarse en la forma en que ha establecido no un objeto de

estudio, sino objetos de estudio, ligados primero, a la recurrente discusión sobre el carácter positivo y normativo de esta disciplina, a sus métodos de investigación, pero también al apropiado funcionamiento de los gobiernos y de sus burocracias, lo que a todas luces complica, pero enriquece su espectro de conocimiento. Por ello, la administración pública no ha sido nunca definida como una ciencia, sino que se ha desarrollado haciendo frente a lo que el devenir histórico y las circunstancias políticas y sociales le han ido exigiendo. Primero, construir instituciones y normar la vida social; segundo, organizar y establecer normas y procedimientos; tercero, conducir el desarrollo y controlar; y cuarto, de manera paradójica, simplificar, achicar, desregular y volver a regular mejor. (p.74)

La administración pública es un campo disciplinario y profesional, vivo y actuante; es un elemento indisoluble del Estado y es la herramienta fundamental con que cuentan los gobiernos para lograr incidir en un equilibrio social más justo. Sus transformaciones han sido espectaculares, aunque sus resultados no han ofrecido lo que al menos en términos de expectativas se esperaba de ellas. Sin embargo, no existe en el desarrollo social una mejor alternativa para lograr recortar la distancia entre los que tienen más y tienen menos. (p.77)

Marienhoff (2010) señala: “La Administración Pública, considerada como sujeto activo de potestades administrativas, *siempre* es -en definitiva- una persona jurídica, ya se trate de la Administración central, en cuyo supuesto su personalidad subsúmete en la del Estado, o ya se trate de la Administración indirecta [...]” (p.155), manifiesta que las potestades administrativas son los medios jurídicos para el desarrollo de actividades y logro de fines, y señala como potestades a “la reglamentaria, la imperativa o de mando, la ejecutiva o de gestión, la jurisdiccional y la sancionadora” (pp.261-262).

De lo anotado, para un entendimiento de la administración pública del Estado, se tendrían dos acepciones, una como ejercicio de función y otra como persona jurídica, esta doctrina indica adicionalmente, que la administración pública tiene que existir cual persona jurídica de derecho público.

En el estado ecuatoriano, la administración pública como función, se encarna en el artículo 227 de la Constitución de la República del Ecuador (2008) CRE, donde se la establece como “un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación”.

Y en cuanto a la administración pública como persona jurídica, figura en el artículo 225 de la CRE (2008), que describe cómo se encuentra comprendido el sector público: “1. Los

organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Electoral y de Transparencia y Control Social; 2. Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado; 3. Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado; 4. Las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos”. Lo antes dicho se traslada al artículo 44 del Código Orgánico Administrativo (2017) COA, donde se establece que “la administración pública comprende las entidades del sector público previstas en la CRE”.

En cuanto a la potestad administrativa, como punto de partida se invoca una definición de potestad contenida en el diccionario panhispánico del español jurídico de la Real Academia Española (2022):

Poder general de actuación conferido por el ordenamiento jurídico, cuya titularidad no implica la existencia de otros sujetos obligados, sino simplemente afectados y sometidos a dicha potestad, de cuyo ejercicio pueden derivar beneficios (una regulación favorable), gravámenes (una nueva exacción tributaria), o situaciones neutrales o indiferentes (como ocurre, normalmente, con el ejercicio por la Administración de su potestad de organización).

A la que se añade la definición de potestad administrativa como la “Facultad de actuación reconocida por el ordenamiento jurídico a los órganos de las administraciones públicas” Real Academia Española (2022).

Ferrara Bórquez (2007), la precisa como “un poder jurídico que comparte las características propias de todo el poder público estatal, del que la Administración del Estado forma parte, particularmente su sometimiento estricto al Derecho, su servicio a los intereses generales y su carácter unilateral y coactivo” (p.9), señala además lo siguiente:

Las potestades administrativas son de distinta intensidad y tienen contenido diverso, aunque todas ellas están encaminadas a satisfacer los intereses públicos puestos bajo la tutela de la organización administrativa por el ordenamiento jurídico. Dentro de ellas se pueden destacar las potestades reglamentarias, de ejecución, de revisión de sus actos y sancionatoria, por nombrar las más relevantes, todas potestades exorbitantes de la Administración del Estado y que implican una posición privilegiada de ésta dentro del ordenamiento jurídico justificado en los intereses públicos puestos bajo su cargo. (p.11)

De lo anotado, por un lado, es un poder propio del Derecho Público reconocido o contenido en el ordenamiento jurídico que le corresponde ejercer a los órganos de la administración

pública, y por otro lado, sería para fines variados en “pro” de satisfacer el interés público, sin embargo, estas potestades administrativas pueden resultar ser “exorbitantes” y ante estos privilegios de la administración pública Ferrara Bórquez (2007), acota que en el marco de los derechos de las personas y el control de las potestades administrativas, “no sería admisible actualmente seguir reconociendo esta amplia gama de potestades exorbitantes de la Administración del Estado, sin que, por otra parte, se habilitaran mecanismos efectivos de control y garantía de los derechos de los ciudadanos frente al poder” (p.21)

La CRE (2008), en su artículo 226 refiere 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 [...]”, lo que derivaría en que el funcionario público solo debe realizar lo que la norma expresamente le ordene, lo lógico es que cuando los órganos públicos en uso de sus potestad emiten actos, normas, disposiciones, etc., que sean contrarias al ordenamiento jurídico, estas carezcan de validez y no sean aplicables, lamentablemente, en materia de contratación pública deja mucho que desear esta lógica, las razones se analizarán más adelante.

Consecuentemente, administración pública y potestades administrativas, están intrínsecamente ligadas, ya que de estas actuaciones de poder a las que no solamente deben someterse los administrados sino también los funcionarios subordinados, se derivan los controles por los respectivos entes, donde se analizarán tanto las acciones como las omisiones de quienes las aplican.

En todo caso, Araujo (2021), como idea general del régimen exorbitante del Derecho común, señala que el rasgo que caracteriza al Derecho administrativo es “la aplicación de reglas exorbitantes del Derecho común, como medio necesario para que las autoridades públicas encargadas de la gestión administrativa puedan lograr una adecuada realización de los fines de interés colectivo, general o superior” (p.52), sin dejar de concluir lo dicho por RADE, Ch. (como se citó en Araujo, 2021) sobre lo que posee la exorbitancia del Derecho administrativo: “1º., la justificación: el interés público; 2º., la traducción: la existencia de prerrogativas y sujeciones particulares; y 3º., la función: designar al Derecho administrativo como debiendo normalmente aplicarse a la situación jurídica así identificada” (p.54)

Así mismo, frente al principio de equilibrio entre prerrogativas de Poder público y derechos fundamentales Araujo (2021) decanta la problemática del Derecho administrativo prevista por WEIL P. (como se citó en Araujo, 2021):

la tensión que no es más que un aspecto de la profunda contradicción ante la ambigüedad básica de una disciplina que pretende ser, a la vez: instrumento de liberalismo y garante de la acción administrativa, protectora del ciudadano y medio de acción del Estado, y donde la síntesis es imposible: a lo más que

se puede llegar es a tener en cada momento un punto de equilibrio, siempre amenazado, siempre puesto en entredicho, según los movimientos pendulares de la historia (p.55).

Finalmente, al hablar de la “Crisis del Derecho Administrativo” - Araujo (2021) -, enmarca tres ámbitos en la teoría de la “huida del Derecho administrativo”, siendo estos: contratación pública, función pública y organización administrativa, para el primer ámbito del fenómeno de huida, señala que al sistema de contratación pública por los “controles y limitaciones que ésta establece, cuyo cumplimiento es mucho más riguroso que el de la contratación privada, por supuesto, lo cual ha servido a constituir de caldo de cultivo para el clientelismo y la corrupción administrativa” (p.123), que más que huida, considera un “auténtico fraude de los principios que rigen la contratación pública” (p.124)

Con las referencias antes anotadas, árgidas sin duda, considerando que los órganos de la administración pública muta y cambia constantemente a más de las transformaciones que sufre acorde al criterio del mandante, sumado a ello la política pública que implante según la ideología que los poderes políticos dejan a su paso, y como se ha dicho, al ser la contratación pública parte del Derecho público administrativo, no está por fuera de esta argidez, que como plus trae a cuesta las potestades administrativas otorgadas a la administración pública, que para este estudio, sería al SERCOP, por lo que a continuación se analizan las que fueron consideradas para el presente objeto de este estudio: potestada normativa; control, monitoreo y evaluación; y, atención a reclamos.

Potestad normativa.

Conforme consta en líneas anteriores, al estar la atribución de dictar normas administrativas, manuales e instructivos relacionados con la ley de la materia, debidamente conferida por la LOSNCP al SERCOP, estas serían de obligatorio cumplimiento, pero cabe recalcar que solo sería en el caso de que estas normas administrativas, manuales e instructivos no sean contrarios a la Constitución y leyes vigentes, la pregunta es si en verdad esto ocurre, con ello, enfatizo que una de las potestades administrativas atribuidas más importante es sin duda la potestad normativa.

Chible Villadangos (2022), realiza una crítica sobre ciertos mitos respecto a que la creación de normativa efectuada por la Administración es ilegítima, lo cual ha impedido la construcción de una defensa sólida en favor de la potestad normativa de la administración en el Estado, refiere a la potestad normativa de la administración como contraria a principios morales del derecho. Alude la caracterización de un proceso de abdicación del derecho, esto es, que el derecho se ha contraído para dejar mayor espacio de actuación a la Administración, mayor atención a sus decisiones, esto sumado a que ante las necesidades

contemporáneas, con complejidad de los problemas planteados, los altos costos de información e incertidumbre en los procesos de decisión, habrían llevado a que legisladores notaran las eficiencias de un Estado Administrativo que exhiben mayor legitimidad técnica, e incluso, a veces, democrática, para generar regulaciones efectivas (p.p.197-226).

Análisis que llama la atención ya que, confrontando con la realidad ecuatoriana, este espacio de actuación de la administración pública, genera extralimitación en el ejercicio de las potestades administrativas, que con el fin de “corregir” la falta de tecnicidad y correspondencia con la norma jerárquica superior, usan y abusan del poder atribuido para dictar normas, reformas tras reformas y que en el desarrollo del presente trabajo se irá puntualizando.

En cuanto al área de contratación pública, Álvarez Patiño (2020), indica en relación a la normativa colombiana, que consensuada la competencia reglamentaria y reserva legal, se reconoce la competencia de las entidades para reglamentar asuntos a su cargo, puntualiza el caso del ente rector “Agencia Nacional de Contratación Pública”, que a través de manuales de contratación y pliegos de condiciones de procesos contractuales y en razón de que la función legislativa se encuentra opacada por la potestad reglamentaria por su actual papel protagónico, existe una hiperinflación reglamentaria por la necesidad de instrumentos temporales, ágiles y adaptables a circunstancias del mercado económico que imputan retos en el sistema de fuentes, con lo cual se revalúan esta potestad reglamentaria y nacen restricciones a la autonomía administrativa, pero a la final, esta competencia no tiene una regulación sobre su fuerza vinculante, obligatoriedad y alcance, es rígido ante el principio de legalidad, refiere que una mejor práctica contractual exige mayor ductilidad normativa, sin dejar de lado la posibilidad de pasar de la informalidad a la ilegalidad, por ello resulta imperativo analizar las funciones e instrumentos que emite la referida Agencia (p.p. 55-56), particular que no se aleja de la realidad ecuatoriana.

Concluye Álvarez Patiño (2020), relevando la importancia de la competencia reglamentaria con sus restricciones y control imperativo en la gestión pública, así como el reconocimiento del valor normativo en el sistema de fuentes y por tanto de la existencia de potestades normativas del ente productor de normas (p.p.25-76), es muy puntual y certera esta relevancia, dado que por el mismo hecho de que las normas que se producen con base a una competencia, adquieren vida en el mundo jurídico, el control debe ir de la mano, es otro tema que se revisará en el trayecto se desarrollará.

En tal razón, lo que en realidad ocurre es que la potestad o competencia se verifica como un derecho subjetivo, ante lo cual, Arriagada (2016) al tratar sobre las bases para identificación y caracterización de los conceptos jurídicos de derecho subjetivo, identifica un grupo de normas a las que define como “Las normas de competencia o sobre la producción jurídica son aquellas que, en un sistema jurídico, definen las competencias o potestades para

producir válidamente normas jurídicas o participar válidamente en su producción” (p.p.4-5) y sobre ello puntualiza como un derecho subjetivo a la potestad o competencia: “[...] un individuo tiene un derecho subjetivo cuando, con fundamento en una norma jurídica de competencia, tiene la posibilidad de realizar actos jurídicos que producen, modifican o eliminan normas jurídicas, y, en consecuencia, posiciones y relaciones jurídicas” (p.7).

En el Estado Constitucional ecuatoriano, la carta magna (2008) en su artículo 120 otorga la potestad de “expedir, codificar, reformar y derogar las leyes a la Asamblea Nacional” y en el artículo 147 la de “expedir los reglamentos necesarios para la aplicación de las leyes al presidente o presidenta de la República”, mientras que en el artículo 130 del Código Orgánico Administrativo (2017) se deviene que la competencia normativa de carácter administrativo tiene las máximas autoridades administrativas siempre que estén expresamente atribuidas en la ley.

En ese sentido, en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (2008), norma dictada por la Asamblea Nacional, se confiere al Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP), entre otras, la atribución contenida en el numeral 9 del artículo 10 de “dictar normas administrativas, manuales e instructivos relacionados con esta Ley”, por tanto, la competencia atribuida se encuentra claramente establecida para que el órgano SERCOP, resultando pertinente traer a colación un concepto primigenio de actos normativos.

Para lo antes dicho, se recurre al concepto dado por Dromi (1998), quien refiere que las formas de exteriorización del reglamento son diversas: “[...] decreto, orden ministerial, resolución, ordenanza, circulares, instrucciones, etcétera y estos a su vez sería la forma de exteriorización jurídica de los órganos estatales” (p.266), a su vez, sostiene que la competencia de dichos órganos nace de la Constitución y las leyes y subordinado jerárquicamente por las mismas (p.267), estos *reglamentos son actos normativos*, reconociendo además que las circulares e instrucciones también tienen valor normativo siempre que la relación de supraordinación funcional sea de derecho (p.268).

Por otro lado, respecto a las normas administrativas Dromi (1998), se plantea las interrogantes ¿Qué hacer para que el derecho vaya por donde debe? ¿Qué hacer para que el derecho haga en favor de la persona, para que se rehumanice?, y entre las respuestas por las que se debería pasar sería:

3.4. De la complejidad a la simplicidad jurídica. Es decir, lograr que el derecho explicita con sencillez el lenguaje de las relaciones sociales entre individuo y Estado. Aquí está el reto al rito [...].

La sociedad sufre de "angustia dogmática" ante el reglamentarismo anarquizante, que debe inexorablemente ser reemplazado por una ordenación

única y simplificada del lenguaje del poder público. Realismo no quiere decir "intransigente dogmatismo", sino normativismo idóneo, simple y eficaz. (p.56)

Por tal razón, Dromi (1998) resume que el derecho administrativo en cara con el realismo jurídico nacional, debe librar la batalla por la sencillez y la simplicidad jurídicas, logrando el reto al rito, con el objetivo final de terminar con el incremento legislativo asistemático y la producción normativa coyuntural y transitoria, reconocer que para "saber el derecho" no basta la fórmula sacramental que "se lo presume conocido" y que para "salvaguardar la unidad del derecho" es insuficiente el formalismo antiguo por el que "se deroga toda ley que se oponga a la presente", por cuanto es una confesión del desconocimiento del derecho aplicable e incluso prueba que ni los "jurisperitos" conocen siempre de las normas vigentes, estas serían las bases para reformular el derecho como punto de llegada, de tal manera que el derecho administrativo que viene de tiempo atrás podrá robustecer el reino de justicia distributiva y rescatar la fe en el derecho democrático (p.66).

A la fecha, en materia de contratación pública no se llega al reto, por cuanto la normativa expedida por el ente Rector, a más de ser cambiante o inconstante, es confusa, contradictoria con normas de superior jerarquía; se reforma la reforma y para aplicar un artículo se tiene que revisar el historial de resoluciones con las reformas hasta que se actualice el compendio expedido; se deroga lo que se contradiga, pero no se expresa qué, en fin, son normas anti técnicas.

Cordero Quinzacara (2010), analiza las normas administrativas con un punto de vista de los posibles reparos de constitucionalidad ante leyes que atribuyen la potestad normativa a órganos de la administración que no sea el Presidente de la República, empero de aquello, precisa que los órganos con esta potestad normativa la ejercen bajo la forma de resoluciones pero como una expresión jurídica de las atribuciones de los órganos de gobierno y administración (p.9), por lo que de manera general reduce a dos categorías de normas que se adoptarías los actos de la administración: reglamentos y circulares de los cuales Cordero Quinzacara (2010) distingue lo siguiente:

En primer lugar, los reglamentos emanan de una potestad atribuida expresamente por la Constitución o la ley, en cambio las circulares son una manifestación de la potestad de mando o jerárquica que tiene todo jefe de servicio [...]. En segundo término, las circulares no se publican, pues se dan a conocer a los funcionarios-destinatarios por la vías o canales internos prevista para tal efecto. Por su parte, es *conditio sine qua non* la publicación para la entrada en vigencia de todo reglamento [...] (p. 13).

Entre las conclusiones más relevantes realizadas por Cordero Quinzacara (2010) destaco las que describe en cuanto a que las normas administrativas han construido en el sistema un espacio umbrío sin merecimiento de preocupación doctrinaria y a las que poco o nada

llega el reflejo de normas constitucionales. Por otro lado, sostiene que el contenido normativo puede reconducir a reglamentos o circulares y que la regla que debe adoptar el operador jurídico es estar a los elementos sustantivos de este tipo de normas antes que a su nominación por la falta de capacidad de alterar su contenido esencial; y, en la mayoría de los casos, los reglamentos o circulares, no cumplen con las condiciones formales exigidas para tal efecto, de manera especial lo relacionado con su publicación. (p.p.27-28)

Ahora bien, la LOSNCP es la que determina los principios y normas que regulan los procedimientos de contratación pública, para su aplicación, se encuentra el Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (2009) RGLOSNCP, que como se había analizado, es atribución y deber de la o el Presidente de la República su expedición, reglamento que no debe contravenir ni alterar la ley, sin embargo, este reglamento lo que hace es transferir la competencia de normar la aplicación de la LOSNCP al SERCOP, ya que de su texto se desprenden frases como: “EL SERCOP establecerá criterios”, “El SERCOP establecerá el o los mecanismos”, “El SERCOP, mediante las correspondientes resoluciones, determinará la casuística”, “El SERCOP determinará el procedimiento y los requisitos”, “observarán el procedimiento de contratación que para el efecto dicte el SERCOP”, se presumiría que por parte del Presidente existiría algún traspaso indebido de la facultad reglamentaria para la expedición de normativa por parte del SERCOP, no en cuanto a la nomenclatura de reglamentar, sino porque esta función es un reflejo material de una competencia normativa, que en este caso lo estaría ejerciendo el SERCOP.

En todo caso, el SERCOP ha venido desarrollando su potestad normativa a través de resoluciones externas, siendo por tanto norma secundaria que como se indicó en líneas anteriores, son de cumplimiento obligatorio, las cuales repercuten ya sea de manera directa o indirecta a los actores del SNCP.

La resolución externa inicial expedida por el SERCOP fue la RESOLUCIÓN INCP No. 001-08 de fecha 11 de agosto de 2008, hasta la expedición de la Codificación y Actualización de Resoluciones emitidas por el SERCOP el 31 de agosto de 2016 con Resolución RE-SERCOP-2016-0000072, generó 126 resoluciones, y luego de este compendio normativo hasta el presente año, nos encontramos con la Resolución No. R.E-SERCOP-2022-0129 de fecha 04 de octubre de 2022, es decir, emitió 57 resoluciones adicionales, esta cantidad de instrumentos expedidos por el SERCOP sin duda llama la atención y un rechazo ante la abundancia, frecuente y cambiante disposiciones en materia de contratación pública.

El objetivo de realizar una codificación de resoluciones era efectivamente contar con un cuerpo normativo íntegro, evitar la dispersión normativa y conocer qué estaba vigente, desechando lo derogado o reformado, no obstante, fue una utopía difícil de alcanzar, nótese que este incremento de resoluciones no se debe a que el ente rector necesariamente norma

algo que no estaba previsto en un inicio, sino el motivo es corregir o modificar lo que ya normó pero olvidó hacerlo en todo el articulado que atañe al tema normado, o simplemente olvidó dejar sin efecto lo que ya no se aplica por algún cambio realizado, incluso, normando algo nuevo, no prevé de manera íntegra el alcance en todos los artículos concernientes, en fin, por el motivo que fuere, es un problema que ocasiona confusión, incertidumbre, mala aplicación de normativa, discrecionalidad por parte de las entidades públicas que como consecuencia, decanta en reclamos por parte de los proveedores del Estado; y, también esta confusión es para estos últimos actores que incurrir en errores u omisiones al momento de elaborar su oferta.

Por otro lado, a pesar que de manera expresa se indica en la atribución de dictar normas administrativas, manuales e instructivos que serán relacionados con la LOSNCP, el SERCOP se extralimita en su competencia por cuanto genera ley mas no normativa administrativa para lo que si se encuentra atribuido, generando grandes discusiones y controversias dentro del marco jurídico vinculante en materia de contratación pública, igual situación ocurre en el texto del RGLOSNC, no reglamenta lo normado sino que también genera ley, como el caso de contemplar dentro de los procedimientos de régimen especial a procesos de adquisición de bienes o servicios únicos en el mercado, cuando estos no están contenidos en el artículo 2 de la LOSNCP.

Adicional a esto, no hay que dejar de lado a las Circulares que emite el SERCOP, toda vez que la mayoría contiene disposiciones normativas, cumplimiento de requisitos, obligatoriedad de incluir procedimientos que validan los procesos de contratación o invalidan una oferta técnica – económica, agrega como información relevante documentos o formalidades no previstas en la Ley o su Reglamento de aplicación, etc., como ejemplo tenemos la Circular Nro. SERCOP-SERCOP-2020-0022-C de fecha 27 de octubre de 2020 que norma la implementación de la firma electrónica, que su inobservancia no puede dar lugar a decisiones desfavorables atendiendo la supremacía legal ordenada en el artículo 425 de la CRE.

El presente estudio se inició cuando se encontraba vigente el RGLOSNC emitido con Decreto Ejecutivo 1700 y publicado en el Registro Oficial Suplemento 588 de 12 de mayo de 2009, y en el transcurso de su desarrollo entró en vigencia el nuevo Reglamento que fue expedido mediante Decreto Ejecutivo 458 de 20 de junio de 2022, publicado en el Registro Oficial Suplemento 87 de 20 de junio de 2022 y reformado conforme DE No. 488 publicado en Registro Oficial Suplemento 104 de 13 de Julio del 2022 y el DE 550 de fecha 30 de agosto de 2022 publicado en el Suplemento del RO 138 el 31 de agosto de 2022, que en resumen es una transcripción de un 90% de la Codificación y Actualización de Resoluciones emitidas por el SERCOP, lo que quiere decir es que se trasladó el problema de las inconsistencias existentes en la norma administrativa dictada por el ente rector lo cual se

verifica con las reformas existentes en un trimestre de su expedición, a lo que hay que adicionar los tiempos concedidos en las disposiciones generales a este órgano para que actualice su normativa, sistema informático y herramientas del sistema.

Considero, que el reconocimiento del SERCOP como ente productor de normas, es imprescindible que esta facultad normativa deba ser controlada, de tal manera se evitaría la interdicción de la arbitrariedad.

Control, monitoreo y evaluación del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Entre las atribuciones inherentes al SERCOP, el numeral 1 del artículo 10 de la LOSNCP contempla la de asegurar y exigir el cumplimiento de los objetivos prioritarios del SNCP, es así que en el Capítulo II del Título II de la ley analizada, se detalla el alcance de este control, monitoreo y evaluación del sistema, que incluye las fases: precontractual, contractual y de evaluación (art. 14).

En los numerales 29 y 30 del artículo 2 de la Codificación y Actualización de Resoluciones emitidas por el SERCOP, se puntualiza desde y hasta dónde comprende la fase precontractual y la fase contractual. En el primer caso, inicia con la publicación del procedimiento en el portal institucional del SERCOP y finaliza con la adjudicación o declaratoria de desierto del proceso de contratación. En el segundo caso, inicia con la suscripción del contrato y concluye con la liquidación de los contratos en cualquiera de sus formas y la finalización del procedimiento, siendo por tanto objeto de control y monitoreo todas las actuaciones que se desarrollen en las etapas que conforman cada una de las referidas fases.

Entre las acciones a verificar para cumplir con la atribución analizada, la LOSNCP en su artículo 14 incluye lo relativo al uso obligatorio de herramientas del sistema, de modelos precontractuales y contractuales oficializados, el cumplimiento de políticas emitidas por el directorio del SERCOP, la contratación con proveedores inscritos en el RUP según aplique, que los proveedores no se encuentren incurso en inhabilidades o incapacidades, y que la información relevante se encuentre publicada en las herramientas del sistema.

De acuerdo a la norma suprema del Ecuador CRE (2008), artículo 147, es atribución y deber de la o el Presidente de la República la de *“13. Expedir los reglamentos necesarios para la aplicación de las leyes, sin contravenirlas ni alterarlas, así como los que convengan a la buena marcha de la administración”*, sin embargo, en el RGLOSNCP (2009) se señalan cuatro atribuciones adicionales al SERCOP, las que no reglan la aplicación de atribuciones previstas en la Ley, sino a otras atribuciones como, así literalmente lo dice su artículo 6: *“Atribuciones del SERCOP. - A más de las establecidas en la Ley, serán atribuciones del SERCOP:*

1. *Ejercer el monitoreo constante de los procedimientos efectuados en el marco del Sistema Nacional de Contratación Pública;*
2. *Emitir de oficio o a petición de parte, observaciones de orden técnico y legal en la fase precontractual, las que serán de cumplimiento obligatorio para las entidades contratantes;*
3. *Supervisar de oficio o pedido de parte, conductas elusivas de los principios y objetivos del Sistema Nacional de Contratación Pública, tales como: plazos insuficientes, especificaciones técnicas subjetivas o direccionadas, presupuestos fuera de la realidad del mercado, parámetros de evaluación discrecionales, entre otros;*
4. *Realizar evaluaciones y reportes periódicos sobre la gestión que en materia de contratación pública efectúen las entidades contratantes; y de ser el caso, generar alertas o recomendaciones de cumplimiento obligatorio, sin perjuicio de que sean puestas en conocimiento de los organismos de control pertinentes.*

Y es con base en estas últimas, sobre las cuales el SERCOP ejerce principalmente la atribución de control y monitoreo.

Ahora bien, la competencia para realizar estas verificaciones, de acuerdo al Estatuto orgánico de gestión organizacional por procesos del Servicio Nacional de Contratación Pública SERCOP¹, le corresponde a la Gestión Técnica de Control a través del Coordinador/a Técnico de Control, que entre otras atribuciones y responsabilidades se encuentran:

- a) Coordinar el monitoreo y supervisión permanente de los procedimientos de contratación del Sistema Nacional de Contratación Pública;
- e) Articular con los organismos pertinentes, los reclamos y denuncias que fueran presentados ante el Servicio Nacional de Contratación Pública y la suspensión de los procedimientos objeto del reclamo, de ser el caso; (p.11)

Para cumplir con estas atribuciones y responsabilidades, la máxima autoridad del SERCOP mediante Resolución Interna Nro. R.I.-SERCOP-2018-00000459, de 20 de noviembre de 2018, resolvió: “EXPEDIR LA DELEGACIÓN DE LAS SIGUIENTES COMPETENCIAS A LOS ÓRGANOS ADMINISTRATIVOS CONFORMAN EL SERVICIO NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA” y según la reforma realizada con Resolución No. R.I.-SERCOP-2019-00010 de fecha 26 de agosto de 2019, el control, monitoreo y supervisión del SNCP, se delega el ejercicio de atribuciones de la siguiente manera:

¹ Directorio del Servicio Nacional de Contratación Pública. *Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por procesos del Sistema Nacional de Contratación Pública SERCOP*. Registro oficial edición especial 231, 18 de enero de 2018, nivel 1.3.2.1.

Tabla 1. Delegación para el ejercicio de atribuciones

Cargo	Territorio	Delegación	Montos
Coordinador/a Técnico/a de Control	A nivel nacional	Suspensión y levantamiento del procedimiento	Procedimiento de contratación cuyo presupuesto referencial sea menor a multiplicar el coeficiente de 0.00007 del presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico
Director/a de Supervisión de Procedimientos	A nivel nacional	Monitoreo, supervisión de procedimientos	Sin límite de monto de los presupuestos referenciales
		Suspensión y levantamiento del procedimiento	Procedimiento de contratación cuyo presupuesto referencial sea menor a multiplicar el coeficiente de 0.00003 del presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico
Coordinador Zonal 3	Provincias de Cotopaxi, Tungurahua, Chimborazo y Pastaza	Monitoreo, supervisión, suspensión y levantamiento de procedimientos	Procedimiento de contratación cuyo presupuesto referencial sea menor a multiplicar el coeficiente de 0.000015 del presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico
Coordinador Zonal 4	Provincias de Manabí, Santo Domingo y Esmeraldas	Monitoreo, supervisión, suspensión y levantamiento de procedimientos	Procedimiento de contratación cuyo presupuesto referencial sea menor a multiplicar el coeficiente de 0.000015 del presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico
Coordinador Zonal 5 y 8	Provincias de Santa Elena, Guayas, Bolívar, Los Ríos, Galápagos y El Oro	Monitoreo, supervisión, suspensión y levantamiento de procedimientos	Procedimiento de contratación cuyo presupuesto referencial sea menor a multiplicar el coeficiente de 0.00007 del presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico
Coordinador Zonal 6	Provincias de Cañar, Azuay y Morona Santiago	Monitoreo, supervisión, suspensión y levantamiento de procedimientos	Procedimiento de contratación cuyo presupuesto referencial sea menor a multiplicar el coeficiente de 0.00015 del presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico

Resolución No. R.I.-SERCOP-2019-00010 de fecha 26 de agosto de 2019

Señalando que cuando los montos de contratación superen al ahí establecido, las Zonales 3, 4 y 6 correrán traslado a la Zonal 5 y cuando superen el monto de dicha coordinación, se remitirán a la Dirección de Supervisión de Procedimientos.

Así el panorama, queda por analizar el desarrollo y cumplimiento de estas actividades por parte de los delegados de la máxima autoridad el SERCOP, ¿mantienen criterios unificados

para generar los llamados “hallazgos” sobre los cuales deciden suspender y levantar suspensiones?, ¿califican y consideran los “descargos” presentados por las entidades contratantes en igualdad de condiciones?, ¿existen contradicciones o respuestas diferentes a las entidades contratantes ante una situación similar?, sin duda existen criterios diversificados en la misma Coordinación así como entre las demás Coordinaciones ante un mismo caso, más adelante, en el punto 3 de atención a reclamos, se referirá un caso encontrado en la búsqueda de procesos en el portal de compras públicas.

En la Codificación y Actualización de Resoluciones emitidas por el SERCOP (2016), se encuentran las causas por las cuales el ente rector realiza de oficio este control y monitoreo, los medios de notificación y tiempos para dar respuesta, es así que en su artículo 64.1 enuncia:

Art. 64.1.-Concurrencia.-En caso que la entidad contratante haya recibido mas de una oferta dentro de un procedimiento de contratación correspondiente a los Dinámicos y de Régimen Común, y resulte un solo oferente habilitado para la etapa de puja o para la evaluación por puntaje, según corresponda, el Servicio Nacional de Contratación Pública con el fin de garantizar los principios y objetivos del Sistema Nacional de Contratación Pública entre los que se encuentra la concurrencia, trato justo, igualdad, así como para precautelar los intereses del Estado, suspenderá de manera automática el procedimiento de contratación pública y notificará electrónicamente a la entidad contratante de dicha acción. Dentro del término de setenta y dos (72) horas la entidad deberá remitir las justificaciones técnicas, legales y económicas que motivaron la descalificación de los demás oferentes.

En caso que la entidad contratante no presente las justificaciones respectivas de descargo, no podrá realizar ningún acto o decisión administrativa sobre el procedimiento de contratación objeto de suspensión y deberá aplicar la recomendación de cumplimiento obligatorio que disponga el SERCOP.

Resumido el artículo antes referido, cuando una entidad contratante, a pesar de tener más de una oferta, califica y habilita una oferta, el SERCOP con el fin de velar con los principios de contratación pública, suspende automáticamente el procedimiento, enviando la notificación a través del correo electrónico del usuario creador del proceso, del usuario administrador del portal de compras públicas de la entidad contratante y de la máxima autoridad. Es importante anotar que este control aplicaría para el caso de los procedimientos de subasta inversa electrónica, por cuanto, al habilitar una oferta, no se produce la puja, que es el objetivo de dicho procedimiento; y para los procedimientos que contemplan evaluación por puntaje.

Esta suspensión, acorde al asunto del correo, es la llamada “ACCIÓN DE CONTROL POR DESCALIFICACION DE TODOS LOS OFERENTES EXCEPTO A UNO - SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO”, adicionalmente, dentro de este control también efectúa una suspensión cuando se ha recibido una oferta, acción de suspensión que se denomina “ACCIÓN DE CONTROL POR ÚNICA OFERTA PRESENTADA - SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO”, durante este tiempo, el estado del procedimiento en el portal es “SUSPENDIDO”, no pudiendo continuar con las siguientes etapas del proceso precontractual y solo una vez que se levante la suspensión, según los resultados de la acción de control, la entidad contratante podrá continuar o declarar desierto el procedimiento.

En cuanto al control, en el artículo 15 de la LOSNCP (2008) establece el subsistema de control para el Sistema Nacional de Contratación Pública, que está conformado por los organismos y entidades que efectúen control gubernamental, en relación con cualquier actuación o contratación efectuada al amparo de la Ley, por parte de cualquier actor del SNCP, en ese sentido, establece que este sistema lo conforman entre otras por:

la Contraloría General del Estado, Procuraduría General del Estado y Fiscalía General del Estado, el ente rector del Sistema Nacional de Contratación Pública, el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, y las superintendencias acordes a la materia, a efectos de lo cual estas entidades deberán suscribir los convenios interinstitucionales que se requiera.

A estas entidades les corresponde efectuar controles a los procedimientos de contratación ejecutados por las contratantes, de manera coordinada, articulada, interconectada, permanente y eficaz de cualquier situación o irregularidad que se presentare en las fases de contratación pública, en el ámbito de sus competencias, para lo cual, requiere implementar herramientas, normativa, alertas, análisis o cualquier mecanismo de innovación que permita combatir la corrupción.

En todo caso, el ente rector es el vocero para informar cada vez que conozca el cometimiento de infracciones a lo dispuesto en la Ley, para las acciones de control, sin perjuicio de la actuación de oficio que emprendan estos organismos, control que será oportuno, y no será obstaculizado ni impedido por ninguna autoridad administrativa o judicial.

A pesar que la LOSNCP ha establecido el control por parte de las entidades que conforman el Sistema de Contratación, esta norma, así como otras del ordenamiento jurídico ecuatoriano, está diseñada para realizar un control posterior de los procesos de compra pública.

Con la reforma a la LOSNCP mediante el artículo agregado por Disposición Reformatoria Quinta de Ley No. 0, publicada en Registro Oficial Suplemento 392 de 17 de febrero del 2021, se reformó la LOSNCP agregando el artículo 22.1 que establece el procedimiento para la obtención del informe de pertinencia y favorabilidad previo a todas las contratación pública otorgado por la Contraloría General del Estado, para muchos, la inclusión de la obligación de contar con un informe previo emitido por la Contraloría General del Estado significaba la oportunidad de identificar posibles errores en los procedimientos y por consiguiente, evitar así los problemas que se pueden presentar en la ejecución contractual, sin embargo, este informe no cumplió con este anhelo, por cuanto resultó ser una simple revisión de si se cuenta con los documentos preparatorios del proceso, sin hacer un análisis sobre el contenido de estos que en conclusión se traduce en un check list de documentación preparatoria relevante para iniciar un proceso de contratación.

Sumado a lo antes dicho, con Decreto Ejecutivo N° 155 de fecha 12 de agosto de 2021 publicado en el Cuarto Suplemento del Registro Oficial No. 516 de fecha 16 de agosto de 2021, se reforma el RGLOSNCP que en su disposición transitoria Primera sobre la implementación del informe de pertinencia y favorabilidad que en una primera etapa sería:

Durante el primer año contado desde la entrada en vigencia de esta reforma, la Contraloría General del Estado emitirá los Informes de Pertinencia solamente para aquellas contrataciones que su monto de contratación sea igual o superior al valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0.00003 por el Presupuesto General del Estado aprobado del correspondiente ejercicio económico

Con la vigencia del nuevo RGLOSNCP expedido mediante Decreto Ejecutivo 458 de 20 de junio de 2022, publicado en el Registro Oficial Suplemento 87 de 20 de junio de 2022 y reformado conforme DE No. 488 publicado en Registro Oficial Suplemento 104 de 13 de Julio del 2022 y el DE 550 de fecha 30 de agosto de 2022 debidamente publicado en el Suplemento del RO 138 el 31 de agosto de 2022, en la Disposición Transitoria Octava del RGLOSNCP contempla lo siguiente:

La Contraloría General del Estado durante el primer año de vigencia del presente reglamento, emitirá los Informes de Pertinencia para aquellas contrataciones que su monto de contratación sea superior al valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0.00003 por el Presupuesto Inicial del Estado, a excepción de los procedimientos de contratación contemplados en el artículo 70

Lo que claramente evidencia que no existe una capacidad institucional por parte de la Contraloría General del Estado para realizar un simple check list, peor aún realizar un informe de pertinencia y favorabilidad con una revisión de fondo para cada proceso de contratación a realizarse por parte de las entidades contratantes del Estado, entendible de alguna manera por la cantidad de instituciones públicas y procesos a ejecutar por cada una de estas, incluso cuando realizan sus auditorías son con base a ciertos procesos de contratación o a los que de alguna manera han sido denunciados.

En consecuencia, nos hemos acostumbrado que parte del control se cumpla con los procesos de rendición de cuentas complementados con los informes emitidos por la Contraloría General del Estado, pero con ello no se ataca al origen del problema, es decir dejamos de lado los conflictos que se generan en las entidades contratantes en la fase preparatoria y que inciden directamente en la ejecución contractual, a lo que se agregaría la inconsistente actuación del SERCOP en la fase precontractual, lo que sin duda genera la necesidad de incluir procesos de control interno más efectivos que sirvan a las entidades contratantes y sus funcionarios y a que a su vez les permitan evitar observaciones y sanciones posteriores.

Atención a reclamos.

La atención a reclamos va de la mano del control y monitoreo, que como se analizó con anterioridad, ese control puede ser de oficio o por reclamos que se presenten ante el SERCOP, y es el artículo 102 de la LOSNCP (2008) que establece lo relativo a las reclamaciones bajo los siguientes términos:

Para todos los efectos de esta Ley, quienes tengan interés directo, que se consideren afectados por las actuaciones realizadas por entidades contratantes previstas en el artículo 1 de esta Ley podrán presentar un reclamo motivado ante el Servicio Nacional de Contratación Pública, quien en caso de considerar la existencia de indicios de incumplimiento de las normas de la presente ley, su reglamento y las regulaciones, normas técnicas y demás normativa emitida por el Servicio Nacional de Contratación Pública SERCOP, notificará de este particular a la máxima autoridad de la entidad contratante, quién dispondrá la suspensión del proceso por el plazo de siete días hábiles, en el que deberá presentar las pruebas y argumentos técnicos correspondientes.

Al término del plazo previsto en este artículo, la máxima autoridad de la entidad contratante podrá implementar las rectificaciones que correspondan, o continuar con el proceso.

El Servicio Nacional de Contratación Pública SERCOP podrá sugerir medidas necesarias para rectificar el proceso y, de ser el caso, la suspensión definitiva del procedimiento precontractual y notificará a los órganos de control competentes.

Artículo que adicionalmente indica que esta reclamación puede presentarse ante la entidad contratante, aplicaría la preclusión de derechos luego de transcurridos tres días término una vez terminada cada fase del proceso de contratación, y que la suspensión del proceso no da lugar a ningún tipo de reparación o indemnización a los oferentes.

Esta atribución generalmente se activa una vez que los oferentes pueden visualizar los resultados de la calificación, cuando no se encuentran conformes con las razones de rechazo de la oferta y su descalificación, proceden a presentar su reclamo ante el SERCOP, que como ya se ha referido, es quien debe sugerir medidas, suspender el procedimiento precontractual provisional o de manera definitiva, refiriendo, además, el hecho de generar recomendaciones de cumplimiento obligatorio.

El artículo 153 del RGLOSNC (2009) determina siete requisitos mínimos que debe contener un reclamo para su interposición:

1. El nombre y apellidos del reclamante o recurrente, así como la identificación personal del mismo;
2. El acto que se impugna o recurre;
3. Firma del reclamante o recurrente, identificación del lugar o medio que se señale a efectos de notificaciones;
4. Órgano de la entidad contratante al que se dirige;
5. La pretensión concreta que se formula, con los fundamentos de hecho y de derecho en que se ampare;
6. La firma del compareciente, de su representante o procurador y la del abogado que lo patrocina; y,
7. Las demás particularidades exigidas, en su caso, por las disposiciones específicas.

Mientras que en el último inciso del artículo 168.A de la Codificación (2016) se señala que en caso de existir un reclamo o denuncia ante el SERCOP o este de oficio practica una supervisión o monitoreo, la entidad contratante no puede adjudicar ni celebrar un contrato mientras no concluya la acción de control, y para que sea efectiva esta situación, debe tener conocimiento la contratante del reclamo o denuncia o estar notificada con el inicio de la supervisión o monitoreo por parte del SERCOP.

Como lo define la LOSNCP, recibido el reclamo, lo califica y corre traslado a la entidad contratante para que presente sus descargos técnico legales, de considerarlo suspende el procedimiento en el portal y advierte a la entidad contratante de no continuar con acciones

como adjudicar o firmar el contrato; luego de recibida la respuesta de la entidad contratante, realiza el control del proceso precontractual y genera sus hallazgos y emite sus recomendaciones, para ejemplificación de lo señalado, se tomará un proceso de contratación para análisis, en el que adicionalmente, se verificará si se cumple con las premisas de ley, los términos máximos y los resultados de su resolución que pone fin la acción de control.

El estado en el que se encontraba el procedimiento que a continuación se analizará, cuanto se presentó el reclamo fue “Por Adjudicar”:

Tabla 2. Datos del proceso de cotización de obra

Parámetro	Descripción
Código del Procedimiento:	COTO-GADC-109-2020
Entidad Contratante:	Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Cuenca
Objeto de Contratación:	CONSTRUCCIÓN DEL PUENTE EN LA QUEBRADA LA COMPAÑÍA CAMINO A OCHOA LEÓN Y CAMINO A PATAMARCA
Tipo de Compra:	Obra
Tipo de Contratación:	Cotización
Presupuesto Referencial:	625 121 21 dólares

<https://www.compraspublicas.gob.ec/ProcesoContratacion/compras/PC/informacionProcesoContratacion2.cpe?idSoliCompra=vnFVW790u7wyUuGfeQCPB6m-6KhPFbb1JXWo5claeFk>,

De acuerdo al contenido del texto relativo al punto control monitoreo y evaluación del Sistema Nacional de Contratación Pública, en razón que el monto del presupuesto referencial supera el coeficiente 0,0015 del PIE la Zonal 6 no tenía competencia para realizar el control y atención de reclamo, por lo que se trasladó la supervisión a la Zonal 5.

Con Oficio Nro. SERCOP-CZ5-2020-5520-OF de fecha 26 de octubre de 2020 el Coordinador Zonal 5 y 8 requiere al alcalde de Cuenca que “en el término de cinco días de recibida la comunicación, remita las justificaciones a los hallazgos formulados con los respectivos argumentos que desvirtúen las observaciones realizadas por este ente rector”.

Del análisis de los hallazgos descritos en el oficio de la referencia, se indica que la entidad contratante ha inobservado la normativa vigente considerando lo siguiente:

- a) Del acta de calificación de las ofertas se aprecia que concluye y recomienda la adjudicación del contrato al consorcio FABRIMO, conformado por el Ing. Braulio Fabián Brito Moscoso y el Ing. Jorge Marcelo Solano Vera.

Sin embargo en reclamo planteado se determina mediante copia certificada en notaria que el Ing. Braulio Brito mantiene o mantuvo al momento de la calificación de ofertas deudas en mora con el Estado a través de la ANT.

De lo anotado se desprende como primer punto, que existe un reclamo, del cual no se hace referencia si cumple con los requisitos mínimos y su calificación para continuar con el trámite, en segundo lugar, tampoco corre traslado del reclamo a la entidad contratante.

Con oficio Nro. DGCP-0879-2020 de fecha 30 de octubre de 2020 el GAD Municipal del cantón Cuenca, da respuesta a lo requerido por el ente rector, anotando como descargos legales, entre otros, el artículo 16 de la LOSNCP, enfatizando que el Registro Único de Proveedores -RUP-, es el sistema público de información y habilitación de personas naturales y jurídicas que se mantendrá actualizado de manera permanente y automática por interoperación de las bases de datos de las instituciones públicas y privadas con la obligación de facilitar la información obligatoria, gratuita y en tiempo real.

De la Codificación, registra los artículos 24 y 41, los que señalan que el SERCOP es quien registrará y actualizará la información de los proveedores en el RUP por medio de la interoperabilidad de datos entre las instituciones obligadas a entregar información, y en cuanto a las que no interoperen sus registros, deben remitir información de proveedores morosos del Estado con el objeto que sean inhabilitados del RUP.

En tal razón, aduce que lo que realizó la comisión técnica es la revisión en tiempo real a la fecha de calificación de todos los oferentes y en el caso de los consorcios, de todos y cada uno de sus miembros, a través del RUP como el sistema que contiene la información de habilitación de los proveedores y que se entiende se encontraba actualizada, ya sea por la interoperabilidad de datos o por la información que las instituciones que no interoperan remitieron para actualizar la información de proveedores morosos del Estado, y que de los resultados obtenidos, se verificó que se encontraban habilitados.

Ante estos descargos, el Coordinador Zonal 5 y 8 con fecha 13 de noviembre de 2020 a través del oficio Nro. SERCOP-CZ5-2020-5855-OF, manifiesta que la observación realizada ha sido conforme a las inhabilidades en el artículo 62 de la LOSNCP y que si bien el SOCE mantiene sus herramientas de consulta para verificación de habilitación de proveedores, esta mantiene interoperabilidad con el IESS y SRI, pero para determinar deuda en mora con alguna institución del Estado, “la contratante debe realizar y documentar una búsqueda prolija, en todas o en las principales entidades que pudieran generar valores de cobro y que se encuentren en mora como por ejemplo CNEL, CNT, BANECUADOR, Banco Pacifico, Etc”, concluyendo lo siguiente:

la calificación del proveedor consorcio FABRIMO, conformado por el Ing. Braulio Fabián Brito Moscoso y el Ing. Jorge Marcelo Solano Vera, contraviene con los principios de legalidad, trato justo y transparencia

dispuesto en el art 4 de la LOSNCP, al tener uno de los consorciados una deuda en mora con la ANT, al momento de calificar ofertas.

Por lo antes mencionado se concluye que existiría una afectación al proceso de contratación, por lo que se recomienda conforme faculta el art 6 del Reglamento a la LOSNCP, tome las acciones administrativas pertinentes, tendientes a corregir el acta de calificación a fin de realizar la evaluación conforme manda el marco legal y reglamentario que rige la materia, consecuentemente notifique a este Servicio Nacional las acciones administrativas realizadas.

El GAD Municipal del cantón Cuenca requiere el 30 de noviembre de 2020 mediante oficio Nro. DGCP-0987-2020, al Coordinador Zonal 5 y 8, reconsideración a lo planteado y la permisibilidad de continuar con el procedimiento según el artículo 99 de la LOSNCP, para lo cual, acota que el artículo 62 refiere a la condición de habilitación para la firma de contrato, adjunta oficio de 19 de octubre de 2020 del oferente FABRIMO con anexos de materializaciones realizadas en la Notaría Tercera del cantón Cuenca el 16 de octubre de 2020 referentes a información de los portales institucionales de no mantener obligaciones con la EMOV ni CTE, encontrándose activo en el RUP y que en todo el proceso se encontraron en estado pasivo e inhabilitado.

Ante la petición realizada, el GAD Cuenca recibe respuesta a través del oficio Nro. SERCOP-CZ5-2020-6326-OF de fecha 10 de diciembre de 2020, bajo los términos transcritos a continuación:

Toda vez que la entidad contratante ha presentado los descargos que considera que le asisten en derecho; y, considerando las recomendaciones y observaciones realizadas por este organismo de control, encontrándose el proceso de contratación en etapa de calificación, se informa a la entidad contratante que corresponderá a la máxima autoridad institucional o su delegado resolver sobre la continuidad del proceso en mención, de acuerdo a lo establecido en el artículo 99 de la LOSNCP [...].

El proceso de contratación COTO-GADC-109-2020, fue declarado desierto conforme a la Resolución administrativa de fecha 31 de diciembre de 2020 y de la revisión del estado del mismo en el portal de compras públicas.

De lo resumido, desde un punto de vista personal, se identifica que:

- No se considera lo establecido en la LOSNCP en cuanto a la sustanciación de reclamos.

- El trámite inicia un 26 de octubre de 2020 y finaliza el 10 de diciembre de 2020, es decir, tardó un mes y medio y como resultado del mismo, se tiene un proceso declarado desierto.
- En las respuestas realizadas por el ente rector, se deja sentado que no existe una actualización de información en cuanto a la habilitación del RUP de proveedores del estado, proveniente de remisiones obligatorias por parte de instituciones públicas que no interoperan sus datos con los sistemas del SERCOP, en consecuencia, a pesar de conocer esta omisión, traslada la responsabilidad a la entidad contratante.
- Se extralimita al exigir que la contratante debía establecer una debida diligencia para determinar deuda con principales entidades que a su entender podían ser CNEL, CNT, BANECUADOR, Banco Pacífico, cuando la norma claramente establece cómo se debía realizar las verificaciones, además, su parecer estaría enmarcado en la subjetividad, considerando la cantidad de instituciones que pueden registrar mora y generar inhabilidad en las personas para contratar con el Estado, todas son públicas y no se puede reducir a principales.
- Existe contradicción entre las conclusiones y recomendaciones emitidas por el Coordinador Zonal 5, que como primer plano recomienda corregir la calificación por contravenir con los principios de legalidad, trato justo y transparencia, mientras que en segundo plano acepta descargos e informa que corresponde a la entidad resolver la continuidad del proceso, con lo cual se ejemplificaría los criterios diversificados en los controles realizados por los delegados del SERCOP, inclusive por el mismo delegado en un mismo caso.
- Debido al tiempo transcurrido, a decir de la entidad, se afectó la planificación del proyecto que inicialmente fue planificado para iniciar en el año 2020 y en razón de las variaciones de los costos, debe actualizarse los valores al año 2021, consecuentemente, se recomendó la declaratoria de procedimiento desierto.

El ente rector exige cumplimiento de normativa, pero en lo que respecta a su obligación de así hacerlo, no lo efectúa.

1.2. Discrecionalidad por dispersión normativa

El término “discrecionalidad” en materia de administración pública es muy utilizado, considerando que en la normativa no se encuentra previstas pautas para todos los casos que puedan presentarse en las actividades del día a día de la actuación e interacción con los administrados, consecuentemente, ejerce su potestad discrecional. En ese sentido, para Gómez González (2019),

La ley es una norma abstracta por naturaleza, su vocación de generalidad le impide prever todas las posibles circunstancias concurrentes en un supuesto específico. Como consecuencia de ello, la atribución de potestades a la Administración contempla ámbitos o espacios para que aquella pueda concretar la programación contenida en la norma respectiva, a través de la integración de criterios o elementos que solo dicha autoridad, atendida su posición, puede efectuar (p.8)

Mientras que, Castanedo Abay & Cárdenas Travieso (2020) consideran:

[...] la discrecionalidad administrativa, como institución imposible de descalificar y sobre la cual circunda la materia jurídica administrativa, ha llegado a ser acercada a las conocidas razones de oportunidad y conveniencia de la Administración sin tomar en consideración los propios límites nacidos del respeto al principio de la legalidad por la norma jurídica administrativa y la decisión que interpretando a tal, adopta la Administración Pública. (p. 6)

Se demuestra que esta potestad mucho tiene que ver con los vacíos y dispersión normativa existente, que le permite en muchos de los casos tomar decisiones beneficiosas hacia la administración.

En el caso de la normativa ecuatoriana, en el Código Orgánico Administrativo (2017), artículo 14, se define al principio de juridicidad como una actuación administrativa sometida a la Constitución, instrumentos internacionales, a la ley, principios, a la jurisprudencia aplicable y al mismo Código, refiriendo en su segundo inciso que la potestad discrecional “se utilizará conforme a Derecho”, a su vez, en el artículo 18 que contiene el concepto del principio de interdicción de la arbitrariedad, dispone que en el ejercicio de esta potestad se observará los derechos individuales, el deber de motivar y la debida razonabilidad.

Alberto Pérez Dayán (2014), sobre la actividad discrecional y reglada de la administración manifiesta que, si bien es claro que las actividades de órganos públicos incluso los administrativos, se encuentra sometida al principio de legalidad es cierto y lógico afirmar que dicha subordinación al orden normativo “puede variar el grado o intensidad de su influencia, de ahí que a partir de tal distinción gradual podamos encontrar una actividad administrativa reglada, en oposición a una actividad administrativa discrecional” (p. 12). Sostiene sobre la actividad reglada que si se precisa la norma se reduce el poder de apreciación subjetiva que tienen los órganos públicos, por tanto, la competencia está reglada ya que la ley no deja lugar a su libertad; mientras que la actividad discrecional se fija cuando “creada la competencia material de acción por el texto de la ley, se deja al agente público la libertad de

escoger, en vista de las circunstancias (mérito u oportunidad) si debe utilizarla y de qué manera ejercerla” (p. 13)

De ahí que, la facultad discrecional se enmarca cuando el orden jurídico otorgue cierta libertad para elegir entre uno y otro curso de acción, para hacer una u otra cosa, o hacerla de una u otra manera, por si solo esta facultad podría mal llevarse, ahora, conociendo la realidad de ductilidad normativa de contratación pública, sumado a que el contenido de la actividad administrativa es lo menos previsible y lo más variable, acompañado de los cambios de autoridades y las transiciones por cambio de mandos, se produciría lo que Alberto Pérez Dayán (2014) advirtió “El exceso de discrecionalidad otorgado por la ley a la administración corre el severo riesgo de transformarse en un vicio de arbitrariedad protegido por el orden normativo” (p. 14)

A pesar de lo antes anotado, el empleo de esta discrecionalidad aplicando la motivación, razonabilidad y apego al Derecho, se reitera la subjetividad existente, ya que cada administración considera que su criterio es correcto, cuando para el administrado no puede serlo o incluso, para quien realice el control y supervisión de si la decisión discrecional cumple con lo que prevé la norma, puede concebirlo como incorrecto, o en realidad, puede ser arbitrario, como ya se indicó en el tema anterior, la potestad exorbitante de la administración pública, recae fácilmente en la llamada interdicción de la arbitrariedad.

Es lo que ocurre día a día en la ejecución de los procedimientos de contratación pública frente a la dispersión e inestable permanencia en el tiempo de la normativa, ya sea de manera directa o indirecta, la mala regulación que existe en la normativa creada por el SERCOP, que en su mayoría se dirige al actuar durante la fase precontractual, ocasiona en los funcionarios designados para llevar la fase precontractual así como a los miembros de las comisiones técnicas, varios inconvenientes al momento de revisar las ofertas y establecer errores susceptibles o no de convalidación y razones para descalificar una oferta, por decir un ejemplo, siguiendo la línea del tema de firma electrónica, se anota lo siguiente:

Con la expedición del a Resolución SERCOP No. 106 de fecha 17 de julio de 2020, publicada en Registro Oficial Suplemento 832 de 29 de Julio del 2020, en su artículo 2 agrega los artículos 10.1 y 24.1 a la Codificación y Actualización de Resoluciones emitidas por el SERCOP, por medio de los cuales se establece que los que los documentos relevantes correspondientes a la fase preparatoria, precontractual y contractual, incluyendo las ofertas, deberán ser suscritos electrónicamente tanto por las entidades contratantes como por los proveedores del Estado. Para dicho fin, se debe contar con un certificado de firma electrónica expedido por una de las entidades de certificación de información y servicio relacionados, autorizadas y acreditadas por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones; estableciéndose adicionalmente, que el sistema oficial de validación de documentos firmados electrónicamente será el aplicativo “FIRMA EC”, provisto por el

Ministerio de Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información, disposiciones que entrarían en vigencia en 90 días plazo contados desde la publicación de la resolución en el Registro Oficial, por tanto, entró en vigencia desde el 28 de octubre de 2020.

Previo a la entrada de vigencia de esta disposición, la Directora General del SERCOP, Econ. Laura Silvana Vallejo Páez, emite la Circular Nro. SERCOP-SERCOP-2020-0022-C de fecha 27 de octubre de 2020, mediante la cual, comunica las directrices técnico-orientativas para la implementación de la obligación del uso de firma electrónica en los procedimientos sometidos al SNCP, tanto para entidades contratantes como para proveedores del estado.

Luego de la inclusión de los referidos artículos 10.1 y 24.1, respecto a la firma electrónica, se realizaron varias reformas detalladas a continuación:

- Incisos primero y cuarto sustituidos por artículo 3 de Resolución SERCOP No. 112 de fecha 15 de enero de 2021, publicada en Registro Oficial Suplemento 388 de 9 de febrero del 2021.
- Inciso final agregado por artículo 1 de la Resolución SERCOP No. 114 de fecha 13 de abril 2021, publicada en Registro Oficial Suplemento 432 de 15 de abril del 2021.
- Inciso cuarto sustituido por artículo 2 de la Resolución SERCOP No. 116, de fecha 16 de julio de 2021, publicada en Registro Oficial Suplemento 504 de 28 de Julio del 2021.
- Inciso final agregado por artículo 1 de la Resolución SERCOP No. 123 de fecha 10 de marzo de 2022 publicada en Registro Oficial Suplemento 30 de 28 de marzo del 2022.

Lo antes anotado en concordancia con el artículo 157, referente a los errores de naturaleza convalidable, que con resoluciones 112 y 116, se agregó y sustituyó, respectivamente, el numeral 4 con los siguientes textos, respectivamente:

4. Cualquier oferta presentada con firma manuscrita digitalizada en los procedimientos en los que el SERCOP haya establecido la obligación de emplear firma electrónica. La convalidación consistirá en que el oferente proceda a firmar su oferta con firma electrónica.

4. Cualquier oferta presentada con firma manuscrita digitalizada, sus anexos o certificados en los procedimientos en los que el SERCOP haya establecido la obligación de emplear firma electrónica. La convalidación consistirá en que el oferente proceda a firmar su oferta, sus anexos o certificados con firma electrónica.

Partiendo de estas premisas, se efectuarán dos análisis relativos a la firma electrónica, desde el escenario relacionado a las convalidaciones de errores.

En un primer análisis se tiene que del 09 febrero hasta antes del 28 de julio 2021, solo se consideraba convalidable la firma electrónica de la oferta siempre que se haya presentado con firma manuscrita digitalizada, esta disposición produjo que con base en lo dispuesto en los numerales 10.1 y 24.1, las ofertas presentadas cuyos anexos o certificados que formaban parte de la misma y que no estaban firmados electrónicamente, fueran descalificadas.

A partir del 28 de julio de 2021, con la reforma contenida en la Resolución 116, se considera también convalidable a más de la oferta, los anexos o certificados que forman parte de ella, requerir se inserte la firma electrónica en estos documentos.

La LOSNCP (2008) en su artículo 17 ordena que las entidades contratantes no podrán exigir en las ofertas la presentación de documentos que sirvieron para la obtención del RUP, lamentablemente, muchos proveedores del Estado por decir de alguna manera, tienen la mala práctica de enviar en sus ofertas como anexos los digitales de RUC, RUP, cédulas, certificados de votación, en el caso de personas jurídicas, el nombramiento del gerente o representante legal, información que por ley no se requiere, pero al adjuntar a la oferta lo convierte en uno o varios anexos más de la oferta, que como ya se indicó, la Codificación dispone que estos sean validados.

En este tema puntual, antes de la reforma de convalidación, ya surgió un primer escenario de cómo actuar por parte de quienes son responsables de revisar y calificar las ofertas, así como de quienes prestan asesoría al respecto, de acuerdo a lo que ya se ha tratado en puntos anteriores, aplicando la jerarquía de la norma, esta información no debería ser considerada como anexos de las ofertas y por tanto, no era causal de rechazo de la oferta, sin embargo, los funcionarios y/o miembros de comisiones técnicas discrecionalmente podían discernir que el desconocimiento de la ley no exime de responsabilidad a nadie y que no se podía poner en desigualdad o falta de trato justo frente a los oferentes que presentaron correctamente su oferta, esto es, suscribiendo electrónicamente todos los anexos de la oferta, independientemente de si son o no documentos requeridos en el pliego precontractual y simplemente aplicaban la obligatoriedad de firmar electrónicamente la oferta y sus anexos.

Por otro lado, para el caso de los índices financieros, con fines meramente informativos, se realiza a través de la declaración del impuesto a la renta del año inmediato anterior, para lo cual, los oferentes adjuntan el formulario que por defecto genera el sistema del Servicio de Rentas Internas SRI, el cual cuenta con su código QR para verificación de autenticidad, que es adjuntado a la oferta, que el caso de estar digitalizado con otros documentos y al final contar con la firma del oferente, no había inconveniente, pero qué sucede cuando se anexa solo el formulario y sin firma.

Según la Codificación (2016), en el artículo 24.1 antes referido, los anexos o documentos de respaldo adjuntos a la oferta contendrán la firma eléctrica incluidos los casos en que estos hayan sido suscritos o emitidos por un tercero con firma manuscrita, ya que la firma del oferente implicaría la declaración que los documentos presentados son auténticos, exactos y veraces y que el oferente se hace responsable de los mismos para controles posteriores.

En cambio, al ser un documento generado por un sistema del Estado central de gobierno, es susceptible de verificación por parte de las entidades contratantes, como también es el caso de títulos o registro de títulos, que con la sola consulta en la página de la SENESCYT se puede verificar, con ello se garantiza la concurrencia sin exigir requisitos o documentos adicionales que puedan limitar la participación de mayor número de oferentes, que incluso, en los modelos de pliego emitidos por el SERCOP es obligación de quienes revisan las ofertas, por sus medios verificar la información, más aun teniendo acceso a estas verificaciones.

Ante lo expuesto, también se presenta los casos en que los funcionarios y/o miembros de comisiones técnicas, aplican la jerarquía normativa y principios de contratación pública, sobre todo el de concurrencia, y continúan con el procedimiento precontractual sin considerar anexos como los descritos en párrafos que anteceden, por cuanto o no son requeridos o porque realizaron las respectivas verificaciones, pero les ocurrió lo siguiente:

Revisado el portal de compras públicas en el período de las reformas realizadas a la normativa sobre firma electrónica, se identificó un proceso que se tomó como muestra para ilustración de lo antes anotado el proceso de contratación detallado a continuación, en este caso, se reitera que acorde al presupuesto referencial, el control y atención de reclamo le correspondió a la Zonal 5:

Tabla 3. Datos del proceso de licitación de seguros

Parámetro	Descripción
Código del Procedimiento:	LICS-GADC-17423-2021
Entidad Contratante:	Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Cuenca
Objeto de Contratación:	PROGRAMA DE SEGUROS DE RAMOS GENERALES PARA EL GOBIERNO AUTONOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DEL CANTON CUENCA, EMPRESAS PUBLICAS, FUNDACIONES Y ENTIDADES MUNICIPALES 2021
Tipo de Compra:	Seguros
Tipo de Contratación:	Licitación de Seguros

Presupuesto Referencial: 527 372 00 dólares

[https://www.compraspublicas.gob.ec/ProcesoContratacion/compras/PC/informacionProcesoContratacion2.cpe?idSoliCompra=MRa3F4do-TdUiuO77mbbEszRLWb7K3eASbjruCaEX8I,](https://www.compraspublicas.gob.ec/ProcesoContratacion/compras/PC/informacionProcesoContratacion2.cpe?idSoliCompra=MRa3F4do-TdUiuO77mbbEszRLWb7K3eASbjruCaEX8I)

De la información contenida en los documentos publicados en la sección de archivos se tiene que con Oficio Nro. SERCOP-CZ5-2021-2360-O de fecha 28 de mayo de 2021, el Servicio Nacional de Contratación Pública -SERCOP-, suspendió el procedimiento por haber recibido un reclamo en este procedimiento de contratación y emitió observaciones, entre las cuales se encuentra el siguiente hallazgo:

2.- De lo manifestado dentro de la Resolución RE-SERCOP-2021-0112 de fecha 15 de enero de 2021, en su artículo 4 indica: “... *En los casos de ofertas presentadas con firma electrónica, cada anexo o documentación de respaldo que se adjunte, y que hayan sido suscritos o emitidos por un tercero con firma manuscrita, deberán ser digitalizados y este documento será firmado electrónicamente por el oferente. Esta firma implicará la declaración de que todos los documentos presentados son auténticos, exactos y veraces, y que el oferente se hace responsable de los mismos dentro de los controles posteriores que se pueda realizar...*” (La negrilla me pertenece).

Al respecto, de la revisión de la información subida al Portal Institucional del SERCOP por todos los oferentes participantes, se evidenciaría que los mismos no habrían dado estricto cumplimiento a la normativa en mención respecto a los anexos presentados dentro de sus ofertas, por lo que no se entendería la calificación de dichas ofertas toda vez que habrían inobservado la normativa legal vigente en materia de contratación pública.

Concluye que se ha evidenciado incumplimiento e inobservancia a la norma invocada y como organismo de control con competencia para “generar alertas o recomendaciones de cumplimiento obligatorio”, recomendando a su vez, declarar desierto el procedimiento de contratación en los términos del artículo 33 de la LOSNCP.

La comisión técnica emitió las respuestas con los respectivos descargos, adjuntando a la vez, las capturas de validación de firmas realizadas en el aplicativo FIRMA EC, con lo cual subsanaría este hallazgo, sin embargo, con oficio Nro. SERCOP-CZ5-2021-3020-OF, de fecha 29 de junio de 2021 el ente rector se ratifica en la observación realizada con base a la Resolución RE-SERCOP-2021-0112, indicando lo siguiente:

[...] de la información registrada en el módulo facilitador por los oferentes, se observaría que los anexos o documentos de respaldo firmados por un tercero no se encuentran firmados electrónicamente por el oferente, por lo que dicha observación se mantiene ya que no se habría subsanado de parte de la entidad contratante.

[...] este Organismo de control en su capacidad de generar alertas o recomendaciones de cumplimiento obligatorio, se ratifica en la recomendación de proceder con la declaratoria de desierto del proceso objeto de análisis, por lo que su representada deberá remitir la Resolución de declaratoria de desierto para proceder con el levantamiento de la suspensión del procedimiento en mención. (p. 4-5)

A criterio del Coordinador Zonal 5 y 8 del SERCOP, este hallazgo fue una de las causales para que un proceso de contratación tenga que ser declarado desierto, por un documento que es referencial e informativo como lo era la declaración del impuesto a la renta, el artículo 166 de la Codificación contempla que el incumplimiento de los valores de los índices financieros que establezca la entidad contratante, “no será causal de rechazo de la oferta, por no ser éstos requisitos mínimos de obligatorio cumplimiento”, incluso, en la Sección II de las Condiciones Generales del Pliego se tiene que “Los índices financieros previstos en el pliego, en caso de ser considerados, no constituirán un requisito mínimo de obligatorio cumplimiento y en consecuencia tendrán un carácter informativo” (p.108), su no cumplimiento no implica descalificación pero el documento generado por un sistema del gobierno central, plenamente verificable, por no estar firmado electrónicamente por el oferente para declarar que es auténtico, exacto y veraz, si fue causal para que se rechace la oferta.

Al SERCOP le hizo falta seis meses para entender que con su normativa se trasgredió por todo ese tiempo, de manera puntual, los principios de legalidad, igualdad y concurrencia, por cuanto en los procesos de contratación ejecutados durante ese período, se descalificaron todas las ofertas cuyos anexos no se encontraban firmados electrónicamente, sin importar que estos no constituirían afección alguna a la parte técnica, económica o legal de la oferta, ocasionando adicionalmente, que los encargados de revisar dichas ofertas, actúen en el marco de la discrecionalidad que, a la corta o la larga, fueron constreñidos por la interpretación de este ente rector dando primacía a una norma de rango inferior como lo es la Codificación sobre la LOSNCP.

Como segundo análisis, se considera el hecho de la suscripción electrónica de documentos y la validación de los documentos firmados electrónicamente, dos actos establecidos en los artículos 10.1 y 24.1 agregados en la Codificación y Actualización de Resoluciones emitidas

por el SERCOP, y que de acuerdo a la Disposición Transitoria Vigésima Segunda de la Codificación, fue exigible a partir del 28 de octubre de 2020, el disponer del certificado vigente para uso de la firma electrónica a través del aplicativo “FIRMA EC”.

Consecuentemente y acorde a las directrices establecidas en la Circular Nro. SERCOP-SERCOP-2020-0022-C, los documentos relevantes de las fases preparatoria, precontractual, contractual y ofertas, propios de la materia de contratación pública, deben ser suscritos y validados a través del aplicativo “FIRMA EC” provisto por el Ministerio de Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información.

Este aplicativo permite realizar tres operaciones, la de “FIRMAR DOCUMENTO”, “VERIFICAR DOCUMENTO” y “VALIDAR CERTIFICADO”, para el primer caso, como se observa en la práctica, la firma se reduce a un código QR y con el fin de validar esta firma y que luego de firmado el documento no fue alterado ni se agregó otros documentos, se efectúa con la segunda opción del aplicativo.

Se reitera que según las directrices para contratación pública se deben realizar las dos operaciones, firmar y verificar los documentos, ocurre que si no se firma a través del aplicativo sino únicamente firma como un archivo adobe PDF, cuando se ejecuta la acción de verificar, se genera un resultado como firma “válida”, porque normalmente la firma para cualquier otro trámite no lo hacen a través del aplicativo FIRMA EC, sin embargo, se estaría incumpliendo el mandato que debe ser firmada y validada por medio de dicho aplicativo.

De lo mencionado inicialmente, esta circunstancia no se encuentra considerada como un error de forma de naturaleza convalidable, no obstante, cabe examinar y comparar la circunstancia de si se puede requerir la firma en la oferta presentada con firma manuscrita y de los anexos que no estén firmados, que son documentos relevantes que obligatoriamente deben ser suscritos electrónicamente, por qué no se podría requerir la firma de una oferta o anexos que sí están firmados electrónicamente pero no a través del aplicativo definido para el efecto.

Deja mucho que pensar y está incertidumbre provoca sin duda las decisiones discrecionales de quienes actúan en las revisiones de ofertas, en muchos casos, lo más sencillo es aplicar lo que ente rector dice textualmente “suscripción y validación” esto es, exigir las dos condiciones, la norma administrativa prima porque de no acatarla, sobrevienen los controles de incumplimiento que son derivados al órgano de control para que se establezcan las sanciones respectivas; mientras que en otros casos, el alcance es más legalista, donde los responsables encargados se juegan a defender la Ley, no únicamente normas administrativas que a todas luces vulneran los derechos de participación y concurrencia, a sabiendas que por hacer aquello, también serán objeto de control.

1.3. Seguridad jurídica y confianza legítima en el ejercicio de las potestades administrativas

Lo manifestado en el tema que antecede tendría que ir de la mano de ciertos principios fundamentales como el de seguridad jurídica y confianza legítima, para lo cual, se analizará lo relativo a dichos principios y si están siendo atendidos cuando el SERCOP ejerce las potestades administrativas atribuidas.

Para León González, Barrueta Quesada, & Martell Alonso (2019), en el siglo XXI debe concebirse un concepto de seguridad de manera amplia y dinámica, que cubra integralmente los ámbitos de seguridad del Estado y sus ciudadanos, describen a la seguridad jurídica y confianza legítima en el ámbito español como:

La seguridad jurídica es un principio del derecho universalmente reconocido, que se basa en la ***certeza del derecho***, tanto en el ámbito de su publicidad como en su aplicación, y que significa la seguridad de que se conoce, o puede conocerse, lo previsto como prohibido, ordenado o permitido por el poder público.

La seguridad jurídica garantiza la confianza que los ciudadanos pueden tener en la observancia y el respeto de las situaciones derivadas de la aplicación de normas válidas y vigentes. Por ello, como dice el Tribunal Constitucional español, *“entendida en su sentido más amplio, la seguridad jurídica supone la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en el cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del derecho. La seguridad jurídica se asienta sobre el concepto de predictibilidad, es decir, que cada uno sepa de antemano las consecuencias jurídicas de sus propios comportamientos”* y este principio se basa en la legalidad, jerarquía, normativas, responsabilidad, ordenamiento jurídico, interdicción de la arbitrariedad. (p.4)

Del análisis que realizan, la seguridad jurídica sería la posibilidad que el Estado debe dar a los ciudadanos mediante el derecho, previendo efectos y consecuencias de actos o contratos, para que sean celebrados en términos legales y surtan efectos o se tomen medidas para evitar lo no deseado. Asimismo, reconocen aspectos objetivo y subjetivo de la seguridad jurídica, el primero se manifiesta en la regularidad estructural y funcional del sistema jurídico por medio de normas e instituciones, el segundo se presenta en la certeza del derecho, de ahí la importancia de que sea posible el conocimiento del derecho por los ciudadanos que se obligan ante este sistema jurídico y con lo cual obtiene la certeza o incertidumbre de las consecuencias de sus actos obligarse, esta sería la fase subjetiva (p.5).

León González, Barrueta Quesada, & Martell Alonso (2019), puntualizan que para la realización del aspecto objetivo de la seguridad jurídica, lo estructural, requiere del positivismo del derecho, que como mínimo debe reunir las siguientes condiciones: “Que la positividad se establezca mediante leyes; Que el de derecho positivo se base en hechos y no en el árbitro del juez; Que esos hechos sean practicables, es decir, susceptibles de verificación; Que el Derecho positivo sea estable” (p.5) y citan adicionalmente a Lon Fuller con ocho exigencias para que el derecho positivo satisfaga el requerimiento estructural de la seguridad jurídica:

1. Generalidad de las normas
2. Promulgación
3. Irretroactividad
4. Claridad
5. Coherencia
6. Posibilidad de cumplimiento
7. Estabilidad
8. Congruencia entre lo dispuesto en las leyes y su aplicación (p.5)

Resulta importante resaltar la influencia de una correcta creación de normas para garantizar la seguridad jurídica, sobre todo su estabilidad y publicidad, con ello, la certeza de conocimiento de los destinatarios.

Campos Ramos (2018), aborda el principio de seguridad jurídica desde un punto de cómo se lo afecta por el impacto de alguna legislación debido a la falta de calidad en su generación, con lo cual, al no generar certeza en las normas, produce problemas que inciden en el ejercicio de derechos (p.2).

En el marco de su análisis basado en la experiencia comparada, Campos Ramos (2018) plantea soluciones, tales como la simplificación de la legislación, proponer una codificación por materia con libre acceso electrónico, así como la depuración y desregulación.

En el primer caso, a través de la cual competiría a los Estados sistematizar la globalidad normativa vigente, deponer desechos e indicar las colisiones e inconsistencias encontradas, a lo que se ha llamado “procesos de sistematización legislativa y de codificación temática”, con lo cual, se procura la identificación de normas vigentes, siendo necesario revisar las derogatorias expresas e identificar aquellas que pueden haber sido derogadas de manera tácita o haber caído en desuso (p.6).

Para esta solución, refiere que proponer codificaciones por materias y accesos electrónicos, lo haría con el uso de tecnologías de la información y comunicación, a través de las TIC que facilitan “la programación, ejecución y control de los procesos de sistematización que implican la revisión y confrontación sistemática de inmensa cantidad de normas” (p.6)

En cuanto a la depuración y desregulación, la autora enfatiza “Las reformas regulatorias responden al objetivo de garantizar la seguridad jurídica. Para ello, se requiere que las normas sean de calidad y adecuadas para lograr su propósito” (p.6)

Arrázola Jaramillo (2014) aborda el concepto de seguridad jurídica con algunos de los elementos que forman su esencia y su relación con el derecho, basado en su estudio bibliográfico, concluyendo:

(i) es uno de los valores o principios más importantes de un ordenamiento jurídico, pues sin ella no resulta posible la convivencia pacífica entre los ciudadanos, ni posible la planificación o ejecución de un plan de vida individual o colectivo; (ii) es la primera y más importante manifestación de un Estado de derecho bien dispuesto, en razón a que sirve como freno y control al poder del Estado y de sus agentes, lo cual constituye una de las principales justificaciones de obediencia al Derecho. (p.23)

Otro de los puntos importantes que el autor ha logrado destacar de un consenso entre los autores analizados, fue que “la seguridad jurídica consiste en la certeza y la previsibilidad de la actuación del Estado y de los ciudadanos, así como en la estabilidad del sistema jurídico mismo” (p.23), que es considerado como un valor o uno de los principios jurídicos más relevantes que incluso dentro del ordenamiento, abarca todos los demás principios, por último, revela varias amenazas y destaca como serias a “la gran crisis de la ley por desvalorización como fuente del derecho” y “el irrespeto al precedente judicial por parte de los jueces”, y con otras amenazas que la afectan, imputa su origen en el “irrespeto al principio de separación de los poderes por parte de cualquiera de las ramas del poder público” (p.24)

Barboza Russian (2013) realiza un relato sobre la noción de la confianza legítima como una “expectativa plausible o expectativa legítima, tiene su origen en la Jurisprudencia del Derecho Alemán de mediados de los años 50, en el famoso caso de la *Viuda de Berlín*”, el citado caso consistió en que la administración notificó a la viuda de un empleado público su traslado obligatorio a Berlín Occidental para recibir su pensión de viudez, sin embargo, luego de un tiempo se consideró que acorde al principio de legalidad, la viuda no cumplía requisitos para recibir la pensión, cesando la prestación y exigiendo la devolución de lo percibido, ante lo cual, la viuda presentó la pretensión de protección, donde los tribunales en amparo de la petición dejó sin efecto el acto por cuanto el actuar de la señora correspondió al requerimiento de la administración, y estableció la no devolución de pensiones percibidas y el derecho de seguir recibéndolas, lo cual refiere sin duda a confianza legítima (p.p.3-4), consecuentemente, su concepto tiene su génesis en lo jurisprudencial mas no en el derecho positivo.

Con lo cual, Barboza Russian (2013) manifiesta que la confianza legítima “no impide que el Estado pase de la estabilidad a la flexibilidad, pero sí exige que el Estado module esa actuación con medidas transitorias que eviten un perjuicio a los justiciables que se encuentran en medio de esos cambios”, por tratarse de un principio que responde a la tensión existente en el derecho frente a la actuación estatal, la necesidad tanto de la seguridad y estabilidad como del cambio o flexibilidad en el actuar del Estado para responder al progreso social (p.4).

De su parte, López Oliva (2011) señala que seguridad jurídica es “un principio conocido en el área del derecho, que representa la certeza del conocimiento de todo lo previsto como prohibido, mandado y permitido por el denominado poder público”(p.3) , desde el punto de vista analizado, antes de la Revolución Francesa, indica que el principio de seguridad jurídica no se implementó en debida forma, existieron varias irregularidades en cuanto a la administración de justicia, todo giraba en torno a la conveniencia e intereses del monarca, y como respuesta a estas irregularidades, surge la Revolución Francesa con la cual se implementan de manera principal, el principio de seguridad jurídica y el de legalidad. (p.13)

Ante lo anotado, surge la necesidad de traer a mención un concepto de otro de los principios primordiales en el tema abordado, el de legalidad, que, continuando en la línea de los orígenes de un concepto, en palabras de Dromi (1998) “el principio de legalidad aplicado al Estado no es más que la conformidad con el derecho, que debe acompañar a todos los actos públicos” (p.439) y en cuanto a materia de control, determina que:

el principio de legalidad opera en el quehacer de la Administración Pública, imponiendo una determinada modalidad de obrar ajustada a reglas jurídicas y políticas, de legitimidad o juridicidad estricta y de oportunidad o conveniencia. Legalidad es sinónimo de legitimidad. [...] La legalidad, conformadora y limitadora de la actuación pública, asegura a los administrados la disposición de la variedad de remedios sustantivos y vías formales para efectivizar la fiscalización y el control de la Administración Pública. La Constitución y las leyes definen las atribuciones del poder público y a ellas debe sujetarse su ejercicio.

La actividad pública está regulada jurídicamente, y en su quehacer rigen ciertos principios jurídicos [...] como el principio de legalidad, [...]. Este asegura al individuo, imponiéndole al Estado, el respeto a la normatividad y prelación jurídica, igualdad y razonabilidad jurídica, control y responsabilidad jurídica. (p.71)

En el tema de la potestad normativa se consignaron las normas administrativas generadas por el SERCOP, la que desde el año 2016 se encuentra compilada en la llamada

Codificación y Actualización de Resoluciones emitidas por el Servicio Nacional de Contratación Pública, que fue expedida mediante RESOLUCIÓN No. RE- SERCOP-2016-0000072 de fecha 31 de agosto de 2016, la que fue publicada en el Registro Oficial Edición Especial 245 de fecha 29 de enero de 2018, esto es, oficializado mucho tiempo después de la emisión del acto normativo de carácter administrativo.

En párrafos anteriores se anotó que para una norma ingrese al mundo jurídico y sea de obligatoria aplicación, debe ser publicada, en ese sentido, en el Ecuador, el Registro Oficial es el órgano adscrito a la Corte Constitucional acorde a lo previsto en la Disposición Transitoria Décimo Segunda de la Ley Orgánica de Garantía Jurisdiccionales y Control Constitucional (2009) cuyo objetivo es dar a conocer las leyes, decretos, reglamentos y demás actos, normativas y disposiciones jurídicas para su vigencia y validez en todo el Estado, por lo tanto, de la publicación en el Registro Oficial depende la validez de los actos jurídicos, y en general el Estado de Derecho.

Acorde a lo expuesto, en el artículo 82 de la CRE (2008) se dispone que “el derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”, redundando en lo anotado, una norma debe existir y ser pública para que sea aplicable, resulta que en la práctica la llamada Codificación, se ha venido aplicando desde su emisión, sin haber sido publicada en el Registro Oficial.

Por otra parte, en cada resolución que expide el SERCOP ya sea para reformar la Resolución 072 o los modelos de los pliegos, no es extraño que en las disposiciones transitorias se incluya en la gran mayoría, textos como entrarán en vigencia una vez que se efectúen las actualizaciones en el módulo facilitador de la contratación pública; sin embargo, en muchos casos no se han llevado a cabo estas actualizaciones y se encuentran vigentes varias de las reformas implementadas; o a su vez, las actualizaciones de las versiones de los módulos facilitadores son comunicados únicamente a través del portal de compras públicas; que no si no se las aplica, por un lado, las entidades contratantes están sujetas a responsabilidades y sanciones tipificadas en la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado; por otro lado, los proveedores del estado serían susceptibles de ser descalificados de los procedimientos de contratación.

En consecuencia, el principio de seguridad jurídica en el ejercicio de la potestad normativa, ha sido sin duda alguna incumplida por el SERCOP, no solo por la omisión de publicar la norma que dicta, sino porque las constantes reformas, la dispersión de regulación en resoluciones, circulares, avisos y comunicados en las páginas web, la contradicción con normas jerárquicas superiores, la hacen inestable, subjetiva y muchas de las veces inaplicable.

Con el fin de evidenciar lo manifestado, conviene destacar un ejemplo de inestabilidad de las normas dictadas por el SERCOP y que conllevan a un sinnúmero de afecciones no solo de los principios de contratación pública, sino también a la seguridad jurídica y confianza legítima.

El SERCOP como responsable de expedir modelos obligatorios para ser empleados en las fases precontractuales y contractuales, a través de la normativa que dicta ha ido modificando los contenidos de dichos modelos, entre los cuales se encuentran los formularios de las ofertas de los diferentes tipos de procedimientos, es así que de la versión inicial SERCOP 2.1, de 09 de junio de 2017, se han realizado las siguientes reformas a los apartados 1.1 “Presentación y Compromiso” y 1.3 “Nómina de Socios, accionistas o partícipes mayoritarios de personas jurídicas y disposiciones específicas para personas naturales, oferentes” de la Sección I del Formulario Único de la Oferta:

- Resolución Nro. RE-SERCOP-2019-000097 de 29 de enero de 2019.
- Resolución Nro. RE-SERCOP-2019-0000100 de 04 de julio de 2019.
- Resolución Nro. RE-SERCOP-2019-0102 de 17 de septiembre de 2019.
- Resolución Nro. RE-SERCOP-2020-0103 de 07 de enero de 2020.
- Resolución Nro. RE-SERCOP-2020-0110 de 21 de septiembre de 2020.
- RESOLUCIÓN Nro. RE-SERCOP-2021-0120 de 24 de noviembre de 2021.
- RESOLUCIÓN Nro. RE-SERCOP-2022-0129 de 04 de octubre de 2022.

Reformas que en sus disposiciones transitorias se contempla que serán aplicables desde el momento de su publicación, sin perjuicio de las actualizaciones del Módulo Facilitador de Compras Públicas que se encuentren en desarrollo, o en proceso de implementación, no obstante, hasta la última reforma referida, no se han actualizado en la herramienta MFC ofertas, los acápite 1.1 y 1.3 del Formulario único de la oferta, por lo que las ofertas se siguen generando con los modelos iniciales y para que los oferentes no incurran en incumplimiento de la integridad de la oferta, deben adjuntar como archivos de la oferta los formularios actualizados.

Ante lo cual, me generan algunas dudas que podrían ser objeto de estudio e investigación, ¿por qué el SERCOP no actualiza la herramienta MFC ofertas?, ¿Cuál es el inconveniente que le impide realizar la actualización?, ¿Es imputable al oferente la responsabilidad de completar los formularios y adjuntar a la oferta cuando le corresponde al SERCOP mantener las herramientas actualizadas?, ¿Se puede convalidar la presentación de estos formularios cuando se presente el formulario único de la oferta que por defecto genera el MFC?.

En Ecuador existen diversos regímenes legales de contratación pública, por un lado, el RGLOSNCOP que debe regular la manera que aplicar la LOSNCOP, pero resulta que en donde se regula una gran parte de lo referente a los procedimientos de contratación se encuentra

en la ut supra Codificación y constantes reformas a este cuerpo normativo y modelos de pliegos, particular que dificulta el conocimiento íntegro de los mismos, sobre todo en cuanto a normas administrativas, lo que según se ha desarrollado en este tema, se ha generado inseguridad jurídica y ausencia de confianza legítima por cuanto, las potestades del SERCOP han generado que sus actuaciones se extralimiten y direccionen a las entidades contratantes a retrasar la ejecución de sus Planes Anuales de Contrataciones ya que a cuenta del cumplimiento obligatorio de las recomendaciones del ente rector, deciden optar por las declaratorias de procedimientos desiertos, iniciar nuevamente un proceso precontractual a la espera de no ser observados o que se deriven estos procesos por parte del SERCOP a la Contraloría General del Estado.

Y aún repitiendo los procedimientos precontractuales, no tienen garantía de llegar a un final exitoso, ya que, dependiendo del tipo de contratación, más el tiempo de duración del trámite de reclamo hasta la recomendación final del SERCOP, transcurrirán unos dos meses, tiempo en el que sin duda, se pudo haber generado otra reforma a la Codificación u otras normas técnicas que pueden afectar el normal desenvolvimiento del proceso precontractual. Ahora bien, lo desarrollado sería en el marco de una de las partes del SNCP como lo son las entidades contratantes, pero esta inseguridad jurídica y falta de confianza legítima, también se extiende a otra parte importante de este sistema, los proveedores del Estado, quienes ante tanta confusión por el constante cambio en la normativa y modelos obligatorios, que en los últimos tiempos han sido al Formulario Único de la Oferta, particularmente acápite 1.1 y 1.3, así como a la firma electrónica, ocasiona que cometan errores al momento de generar sus ofertas, ya sea porque no emplean los formularios vigentes o no llenan las secciones que antes no tenían obligación de llenar pero con las reformas ya lo debían realizar, o *n* circunstancias más.

1.4. Revisión y control de las actuaciones del SERCOP

Como se describió con anterioridad, el subsistema nacional de control conformado por diversos organismos públicos, tiene como función efectuar un control ante cualquier irregularidad que se presente en la contratación pública, pero de acuerdo a ese desarrollo, el control implica mayormente a dos actores del SNCP, entidades contratantes y proveedores del Estado, no hacia otro de los actores importantes del sistema como lo es el SERCOP, quien para el efecto, es también un órgano de control y no sujeto a control.

Si bien es loable la existencia de control en las fases preparatoria, precontractual y contractual de los procedimientos de contratación pública para detectar, evitar y/o corregir irregularidades que se encuentren, que también se ha convertido difícil de ejercer esta función debido a la cuantiosa e irreflexiva emisión de normas administrativas en materia la

materia de estudio, es importante ampliar el direccionamiento de esta función importante hacia las actuaciones del SERCOP.

Se ha evidenciado que las actuaciones del SERCOP no se enmarcan en los límites de la legalidad, es subjetivo, genera confusiones, retardos en la ejecución de las contrataciones de las entidades contratantes, y podría elucubrar que es el que en mayor medida vulnera los principios de contratación pública, y a pesar de aquello, es la que menor control ha tenido dentro del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Si bien la Constitución de la República del Ecuador (2008) entre las atribuciones de la Asamblea Nacional sobre la aprobación como leyes a normas generales de interés común prevista en el artículo 132, se indica que requiere de ley en el caso de “Otorgar a los organismos públicos de control y regulación la facultad de expedir normas de carácter general en las materias propias de su competencia, sin que puedan alterar o innovar las disposiciones legales”, lo que a través de la LOSNCP se confiere al Servicio Nacional de Contratación Pública la facultad de dictar normas administrativas, manuales e instructivos relacionados con contratación pública, el inconveniente es que a cuenta de esta facultad, se está creando norma de manera desmesurada, inconsistente, confusa, sin control, que además no va de la mano con otra de sus atribuciones como lo es el desarrollo del Sistema Oficial de Contratación Pública del Ecuador (SOCE) y modernización de las herramientas conexas a este sistema electrónico, que es un tema que se desarrollará en el siguiente capítulo.

La Contraloría General del Estado como uno de los principales órganos de control en un procedimiento contractual, dada su facultad de realizar verificar y evaluar la adecuada adquisición y egreso de recursos públicos, dentro de los controles posteriores que se realizan a las acciones y omisiones de los servidores públicos por parte de la Contraloría General del Estado, no refieren a que por la falta de seguridad jurídica y confianza legítima en la norma administrativa, manuales e instructivos o falta de funcionalidad del sistema de contratación o sus herramientas, se indujo al error o a la discrecionalidad por parte de los servidores públicos que actuaron en un procedimiento de contratación, simplemente establecen responsabilidades administrativas, civiles e indicios de responsabilidad penal de acuerdo a los resultados de las auditorías que ejecute, en contra de estos funcionarios pero jamás al ente generador de uno de los problemas más grandes en contratación pública, por la desbordante creación normativa y reforma tras reforma que la hacen inestable, imprecisa, no se fija en el conocimiento de los actores del SNCP para su correcta aplicación.

Sumado a lo antes dicho, no hay que olvidar que, a más del control, a cuenta de su atribución de dictar regulaciones de carácter general para el cumplimiento de sus funciones, la CGE es creadora de disposiciones en contratación pública como se puede observar en las Normas de Control Interno, que contiene varias secciones en las que refiere

cumplimientos y obligaciones que no están previstas ni en la Ley ni en su Reglamento de aplicación.

El SERCOP de manera coordinada con la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, en el año 2015 expidió el Manual de Buenas Prácticas en la Contratación Pública para el desarrollo del Ecuador², a través del cual se describe la aplicación de las fases en los procedimientos de contratación previstos en la LOSNCP y su Reglamento General, expone lo que se considera como prácticas anticompetitivas, enfatiza los significados de los principios de contratación pública, propone orientación para buenas prácticas que garanticen transparencia y calidad de gasto, no obstante, pese a los cambios constantes en la normativa, no se generó una versión que actualice varios puntos que contiene el manual y que considero es importante realizarlo por ser un documento ilustrativo, resumido, entendible y que trae en minutos a un conocimiento base integral de la contratación pública a quienes ingresan como actores del SNCP.

Por otro lado, el control que realiza este órgano, específicamente en contratación pública, está más relacionado a conductas que constituyen acuerdos y prácticas prohibidas por parte de proveedores del Estado, tipificadas en la Ley Orgánica de Regulación y Control de Mercado (2011) artículo 11, entre las que se destacan las detalladas a continuación:

6. Los actos u omisiones, acuerdos o prácticas concertadas y en general todas las conductas de proveedores u oferentes, cualquiera sea la forma que adopten, cuyo objeto o efecto sea impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, ya sea en la presentación de ofertas y posturas o buscando asegurar el resultado en beneficio propio o de otro proveedor u oferente, en una licitación, concursos, remates, ventas al martillo, subastas públicas u otros establecidos en las normas que regulen la contratación pública, o en procesos de contratación privados abiertos al público.

8. La aplicación concertada, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen de manera injustificada a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.

11. Concertar la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones adicionales que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos.

21. Los acuerdos entre proveedores y compradores, al margen de lo que establece la ley, que se puedan dar en las compras públicas que direccionen

²Servicio Nacional de Contratación Pública & Superintendencia de Control del Poder del Mercado. *Manual de Buenas Prácticas en la Contratación Pública para el Desarrollo del Ecuador*. 2015

y concentren la contratación con el afán de favorecer injustificadamente a uno o varios operadores económicos.

En cuanto al Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, realiza control a procesos de contratación ya sea por denuncias públicas o convocatorias a veedurías ciudadanas a través de su página <https://www.cpccs.gob.ec/participacion-ciudadana-y-control-social/control-social/veedurias-ciudadanas/convocatorias-a-veedurias/>, sin embargo, no ha logrado los resultados esperados, ni el impacto de importancia para participación por parte de la ciudadanía, así como tampoco los resultados de estas generan alguna sanción, salvo que se corran traslado a la Contraloría General del Estado como ente competente para hacerlo. Del alcance del control de revisión se desprende que está dirigido de manera principal a las entidades contratantes.

Finalmente, la Procuraduría General del Estado, reconocido como el organismo público, técnico jurídico con la función de asesorar legalmente y absolver consultas jurídicas vinculantes a entidades públicas sobre la inteligencia o aplicación de la ley, así como controlar los actos y contratos que estas suscriban, con las cuales crea normas de cumplimiento obligatorio en contratación pública, a pesar de ser de gran ayuda para despejar las incógnitas, contradicciones o poca claridad en la normativa de la materia, no es menos cierto que las consultas son numerosas y en cierto punto se pierde la continuidad de los pronunciamientos existentes, siendo imperioso que se realice una recopilación de todos estos pronunciamientos y sean incorporados como normativa relacionado con contratación pública en la biblioteca de la página del Servicio Nacional de Contratación Pública.

Es importante recalcar la participación que este órgano de control al igual que la CGE estarían como un comodín para el SERCOP ante otra de sus atribuciones como lo es en la expedición de modelos obligatorios de documentos precontractuales y contractuales, que conforme al numeral 8 del artículo 10 en relación con el 27 de la LOSNCP, se exhorta al ente rector el hecho que “podrá contar con la asesoría del Procuraduría General del Estado y de la Contraloría General del Estado”, cuando lo meritorio es que debería ser una obligación reglada al igual que con la facultad de dictar normas administrativas, manuales e instructivos.

De lo expuesto, se destaca la ausencia o poca revisión y control de las actuaciones del SERCOP en ejercicio de sus potestades, se podría deducir que únicamente sería sujeto a control en calidad de entidad contratante, por otro lado, empatando con el contenido desarrollado en la facultad normativa, en cuanto a la dispersión normativa, estos organismos de control también están generando normativa aplicable en la contratación pública, tanto por las Normas de Control Interno emitidas por la Contraloría General del Estado como por los

criterios vinculantes y obligatorios emitidos por la Procuraduría General del Estado, que contienen disposiciones relativas a esta materia.

Capítulo II

2.1 Tecnología y contratación pública

Es innegable que hoy en día, internet es el canal de comunicación más empleado y mediante el cual se realizan un sinnúmero de operaciones de todo tipo. El uso de las nuevas tecnologías viene revolucionando a la sociedad desde hace algunos años, el mundo analógico fue desplazado por el mundo digital, usado en varios servicios tanto en el sector público como privado, las que han aportado al progreso y desarrollo del comercio, la educación y la cultura, Coll & Moreno (2008) enfatizan que:

el sujeto se construye en función del objeto de su actividad y de los artefactos que lo median. Podemos así entender los cambios tecnológicos como transformaciones de los artefactos que median la actividad que provocan y, a su vez, se ven influenciados por las transformaciones en los sujetos y los objetos de dicha actividad (p.55).

Bernadí Gil (2005), manifiesta que el uso de las TIC se está produciendo a escala mundial y es hasta este nivel donde se encuentran iguales dificultades provenientes del avance tecnológico, tales como la educación de los habitantes en técnicas nuevas, el combate contra causas de posible exclusión social, la ciberdelincuencia, la seguridad de transacciones electrónicas, la protección de derechos a la intimidad, propiedad intelectual, honra, etc. (p.6).

En ese sentido, los gobiernos han procurado controlar los contenidos que se transmiten por la red, las actividades que se realizan en ella, así como asigna nombres de dominio dependiendo del lugar de donde procede, sin embargo, el desarrollo de las TIC en buena parte proviene de dominios privados con normas privadas que, si bien no sustituye por completo la intervención del Estado, existe una restricción de actuación del poder público normativo.

Se puede deducir que existe un derecho de las TIC o un derecho electrónico y en materia de Derecho podría presentarse una problemática por el hecho de no tener fronteras físicas en la que los usuarios interactúan independientemente de su ubicación, por lo que, la autorregulación ha sido indispensable en los gobiernos que emplean nuevas tecnologías en su quehacer diario, al respecto, Rodotá (2004) manifiesta que,

la influencia no destructiva de la innovación científica y tecnológica en el derecho puede ser ulteriormente resaltada si se considera, desde otro punto de vista, el hecho de que aquella innovación no solo ha abierto para la intervención normativa áreas de las cuales ella estaba excluida antes, sino que también ha modificado dinámicas internas del sistema jurídico (p.6).

En la Carta Iberoamericana de Gobierno Electrónico (2007) se considera al gobierno y la administración electrónica como un sinónimo, considera a ambas expresiones como el uso de las TIC en los órganos de la administración con el fin de mejorar la información y servicios que ofrece a los ciudadanos, así como para orientar la eficacia y eficiencia de la gestión pública y aumentar sustancialmente la transparencia del sector público y la participación de los ciudadanos (p.10).

De este concepto se desprende el compromiso de los gobiernos iberoamericanos de implementar en sus administraciones a las TIC, innovar la prestación de servicios a los administrados por medio de nuevas tecnologías, permitir el acceso a la información, instalando principios importantes en las administraciones públicas, sobre todo el de transparencia y participación ciudadana.

Ramírez Alujas (2011) en su texto el E-Gobierno o gobierno electrónico, se refiere al empleo de internet y las Tecnologías de Información y Comunicación (TIC's) para conseguir una mejor administración del gobierno mediante la transparencia y el acceso público a la información, reforzando la asociación fundamental entre el sector público y los ciudadanos. Esta es una política que fomenta una participación más amplia de los ciudadanos en el proceso de gestión de los gobiernos (pp.99).

El enfoque de las TIC en el sector público, se podría decir que tiene que ver con una verdadera eficiencia en la prestación de servicios que logre producir y reproducir diferentes actividades de gran importancia con facilidad, acceso inmediato y en el menor tiempo posible, así como el acceso a la información pública ya que un gobierno transparente proporciona información sobre lo que está haciendo, promueve el derecho de participación y se compromete a trabajar en conjunto para resolver problemas, por ello, el Estado no puede alejarse de su obligación de disponer de los recursos necesarios para cumplir con sus obligaciones frente a la ciudadanía.

Empatando lo antes dicho con la hipótesis planteada por Bernadí Gil (2005) sobre el principio de "proximidad con el ciudadano", el criterio de proximidad física o geográfica sea substituido progresivamente por el criterio de la proximidad telemática o informativa. Cuando se está frente a un dispositivo electrónico es claro que no hay una administración más próxima que

otra, todas nos son de igual forma próximas y si existe sensación de alejamiento con una determinada administración es por la imposibilidad de conectar con esta a igual velocidad o eficacia que con otras. La proximidad geográfica y la proximidad telemática no tienen que coincidir necesariamente, en este escenario, los ciudadanos que habiten en zonas menos desarrolladas pueden acabar por considerar más próxima a la administración del Estado (p.11).

Sin duda, por medio de los datos abiertos se garantiza el acceso a la información, el control y la participación ciudadana, eficacia y eficiencia en la administración pública, por su parte, para la OCDE:

el buen Gobierno implica un continuo esfuerzo por incrementar la rendición de cuentas, la transparencia, la eficiencia y la efectividad, así como la capacidad de respuesta, la necesidad de una visión a largo plazo y la importancia de la ley. Al cumplir con esto, los principios de Gobierno abierto se ven respaldados, elevando el valor de la participación ciudadana y el acceso a la información. Sumando estos aspectos al tema de Gobierno en línea, se puede decir que los gobiernos cuentan con herramientas esenciales para cumplir con el objetivo de volverse más abiertos. Apuntando en esta misma dirección se encuentra el concepto de mejorar la eficiencia y la efectividad gubernamental [...] (p.14) Conde & Gutiérrez (2014)

Consecuentemente, el Derecho Administrativo debe cumplir con su razón de existir que es el equilibrio entre el Estado y los ciudadanos, a través de normativa que satisfaga las necesidades presentes de las personas y si las TIC abren puertas que permiten cumplir, en mayor medida, las garantías, los derechos fundamentales y los principios procesales establecidos en las normas, es un instrumento de vital importancia en la prestación de servicios.

En ese sentido, Alonso (2009) señala la definición que la Comisión Europea realiza a la contratación pública electrónica: “como un término general utilizado para designar la sustitución de los procedimientos basados en soporte papel por el tratamiento y la comunicación mediante las tecnologías de la información a lo largo de toda la cadena de contratación pública” (p.142) y a su vez indica que:

Las bondades del procedimiento electrónico de contratación pública son evidentes: reducción de plazos, menores costes para la Administración Pública y para las empresas, mayor transparencia y accesibilidad, mejora de la competitividad, reforzamiento del mercado único europeo por la integración de los procedimientos de contratación, celeridad en la tramitación, incremento de la interacción entre las Administraciones Públicas y las empresas, mejora

de los procedimientos de seguimiento y análisis de los contratos, mayor confianza en la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación y, en definitiva, desmaterialización de los citados procedimientos (p.143).

En lo referente a contratación pública y las TI, Gallego Córcoles (2017) en su estudio sobre las relaciones entre innovación, TI y contratación, resume “No sólo las nuevas tecnologías pueden favorecer un proceso de optimización de los modelos de compra pública, sino que también el concreto diseño de los procedimientos de contratación puede beneficiar –u obstaculizar– la promoción de la innovación a través de la demanda” (p.1), sin embargo, la contratación pública electrónica aún no alcanza éxito.

En Ecuador, desde la entrada en vigencia de la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos (2002) se han desarrollado disposiciones jurídicas, las cuales tienen la finalidad de dar apertura y otorgar validez jurídica a la utilización del comercio electrónico como una alternativa propensa al cambio y a la participación directa en escenarios regionales y mundiales.

Con los compromisos de la carta interamericana ut supra, mediante Decreto Ejecutivo Nro. 149 publicado en el Suplemento del Registro Oficial Nro. 146 de 18 de diciembre de 2013, el entonces Presidente de la República, ante la necesidad de usar la tecnología como un medio para facilitar la interacción entre el gobierno, la ciudadanía, el sector productivo y los funcionarios públicos, ya que esta interacción genera nuevos espacios de participación y colaboración, incrementa los niveles de calidad, excelencia y transparencia en los servicios públicos, dispone la implementación del gobierno electrónico en la Administración Pública Central y por tanto el uso de medios electrónicos para la aplicación efectiva de las políticas de gobierno electrónico en la gestión pública, de acuerdo al Plan Nacional de Gobierno Electrónico.

El Consejo Nacional de Planificación (2021) dentro del Plan Nacional de Desarrollo 2021 – 2025, señala dentro de sus políticas la “5.5 Mejorar la conectividad digital y el acceso a nuevas tecnologías de la población”, la “15.2 Impulsar el Gobierno Abierto que propicie la transparencia y el acceso de información oportuna y cercana a la ciudadanía”; como lineamiento territorial la de “A4. Fortalecer la conectividad y el acceso a las TIC como una vía para mejorar el acceso a otros servicios”;

De manera que gobierno electrónico en Ecuador utiliza las TIC’s en las administraciones públicas, interactuando funcionarios públicos, internet, medios eléctricos y electrónicos, y ciudadanos, pudiendo realizar las mismas transacciones, realizadas de manera personal, electrónicamente como la generación de turnos, pagos en línea, facturación electrónica, descargar, llenar, registrar y enviar formularios petitorios a los que se dará atención a través de notificaciones a cuentas de correos electrónicos registrados por los ciudadanos.

Pero el uso de las TIC's no solo se resume a servicio público, sino a una obligatoriedad según la normativa de las diferentes ramas del Derecho Administrativo, como en nuestro caso en contratación pública, regulada por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (2008), cuya finalidad es garantizar el buen funcionamiento del sector público para regular los procedimientos de adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios incluidos los de consultoría, mediante compras eficientes de acuerdo a la asignación de recursos públicos, para lo cual, es obligatorio el uso de sistemas informáticos.

El Sistema Nacional de Contratación Pública (SNCP) tiene como actores al Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP), a las entidades contratantes de naturaleza pública, a los proveedores del estado y a los organismos públicos que ejercen funciones en materia de presupuestos, planificación, control y contratación pública. El ente rector para el control, monitoreo y evaluación del SNCP es el SERCOP y entre las atribuciones que le confiere el artículo 10 de la LOSNCP (2008) se encuentran las dispuestas en los siguientes numerales:

5. Desarrollar y administrar el Sistema Oficial de Contratación Pública del Ecuador, COMPRASPUBLICAS, así como establecer las políticas y condiciones de uso de la información y herramientas electrónicas del Sistema;
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;

Bajo esas premisas, en los siguientes temas se pretende develar en qué medida el ejercicio de las potestades administrativas están o no correctas, las consecuencias ocasionadas tanto a las entidades contratantes como a los proveedores del Estado, que a la postre resultan ser los actores más dinámicos del SNCP; quién ha controlado y qué se ha hecho en respuesta de la extralimitación o de pronto de la inacción del ente rector SERCOP; así como las posibles soluciones a algunas de las problemáticas planteadas, que básicamente como se concluyó en el primer capítulo, parten de una normativa abundante pero gran parte ineficaz, dispersa, confusa, contradictoria, inadecuada a las TI, y hasta inaplicable por las discordancias y por ser contrarias a normas de jerarquía superior.

2.2 Uso obligatorio de sistemas informáticos para contratación pública en la Comunidad Andina (CAN)

Es pertinente recordar que la Comunidad Andina se crea por medio del un instrumento jurídico internacional firmado en Cartagena de Indias (Colombia) el 26 de mayo de 1969, denominado Acuerdo de Cartagena, el cual está conformado por cuatro países miembros: Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú.

Rozenwurcel & Drewes (2012) consideran que económicamente el Estado es el que más requiere de bienes y servicios y que las compras públicas suman alrededor del 10 y 15 por ciento del PIB global, conformando uno de los mayores expendios del Estado (p.2).

Son por tanto las compras públicas discernidas como un trámite burocrático a cargo del Estado para satisfacer necesidades colectivas, así como para su funcionamiento. Esta concepción ha evolucionado hasta ser entendida como una herramienta de desarrollo que permite incorporar a sectores vulnerables de la sociedad dentro del proceso económico general, con el fin de generar egresos al Estado y el dinamismo de la economía nacional, para generar empleo, canalizar inversiones y lograr el desarrollo productivo (SELA, 2014).

Por lo que, para abordar el presente tema, se tomará como referentes empíricos a los cuatro países que conforman la Comunidad Andina (CAN), que para llegar a conocer si el uso de sistemas informáticos en materia de contratación pública es o no obligatoria, se considerará en primera instancia sobre la existencia de normativa específica, en segunda instancia si cada país tiene sistemas informáticos o electrónicos para las transacciones en los procedimientos de contratación, para en una última instancia definir si son o no de uso obligatorio.

Al haber abordado en el primer tema lo relacionado a la normativa ecuatoriana, se colige que en el Ecuador el uso de sistemas informáticos para ejecutar contrataciones públicas es obligatorio, se encuentra dispuesto en la LOSNCP, su Reglamento General (RGLOSNC) y la Codificación y Actualización de Resoluciones emitidas por el SERCOP como ente rector, de tal forma que el artículo 21 de la LOSNCP regula:

PORTAL de COMPRASPUBLICAS.- El Sistema Oficial de Contratación Pública del Ecuador COMPRASPUBLICAS será de uso obligatorio para las entidades sometidas a esta Ley y será administrado por el Servicio Nacional de Contratación Pública.

El portal de COMPRASPUBLICAS contendrá, entre otras, el RUP, Catálogo electrónico, el listado de las instituciones y contratistas del SNCP, informes de las Entidades Contratantes, estadísticas, contratistas incumplidos, la información sobre el estado de las contrataciones públicas y será el único medio empleado para realizar todo procedimiento electrónico relacionado con

un proceso de contratación pública, de acuerdo a las disposiciones de la presente Ley, su Reglamento y las regulaciones del SERCOP.

El portal deberá además integrar mecanismos para la capacitación en línea de los actores del SNCP.

La información relevante de los procedimientos de contratación se publicará obligatoriamente a través de COMPRASPUBLICAS.

Y en concordancia con los artículos del 8 al 15 del RGLOSNC (2009), se dispone sobre las herramientas del sistema para el registro único de proveedores (RUP), Registro de entidades y del Sistema Oficial de Contratación Pública del Ecuador (SOCE) a través del portal web www.compraspublicas.gob.ec, cabe indicar que existen procedimientos que por su naturaleza, se realizan de manera electrónica y física, pero para los demás tipos de contratación, es de uso obligatorio.

En Bolivia, mediante la LEY 1178 de Administración y Control Gubernamentales (1990) promulgada el 20 de julio de 1990, regula los sistemas de administración y control de los recursos del Estado y su relación con los sistemas nacionales de planificación e inversión pública, en su artículo 10 sobre el sistema de administración de bienes y servicios se prevé:

a) Previamente exigirá la disponibilidad de los fondos que compromete o definirá las condiciones de financiamiento requeridas; diferenciará las atribuciones de solicitar, autorizar el inicio y llevar a cabo el proceso de contratación; simplificará los trámites e identificará a los responsables de la decisión de contratación con relación a la calidad, oportunidad y competitividad del precio del suministro, incluyendo los efectos de los términos de pago.

Todas las entidades públicas de Bolivia, gobierno central, prefecturas departamentales y municipalidades, utilizan el sistema en línea denominado Sistema de Contrataciones Estatales (SICOES) como el medio de publicación oficial de las convocatorias del Estado Boliviano, disponible en el sitio web www.sicoes.gob.bo, a través del cual se tiene ingreso al Registro Único de Proveedores del Estado (RUPE) y al Registro de Usuario para el Ingreso a Entidades.

Sin embargo, conforme al contenido del artículo 6 del Reglamento de Contrataciones con Apoyo de medios electrónicos que manifiesta sobre el uso de medios electrónicos para las modalidades de contratación con convocatoria pública *“se realizarán con el apoyo de medios electrónicos, no limitando la utilización de medios físicos y/o la realización de actividades presenciales, según correspondan, las cuales podrán realizarse de manera simultánea al uso de medios electrónicos [...]”*, por lo que, no es obligatorio.

En cuanto a Colombia, de acuerdo a la Ley Núm. 19886 (2003) conocida como Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministros y Prestación de Servicios, es la que regula los contratos que celebra la administración de este Estado a título oneroso para el suministro de bienes muebles y de servicios que requieran para el desarrollo de sus funciones, que de manera afín con el artículo 18 de dicha Ley, estas compras y contrataciones se realizarán por medios electrónicos y de un sistema de información:

Los organismos públicos regidos por esta ley deberán cotizar, licitar, contratar, adjudicar, solicitar el despacho y, en general, desarrollar todos sus procesos de adquisición y contratación de bienes, servicios y obras a que alude la presente ley, utilizando solamente los sistemas electrónicos o digitales que establezca al efecto la Dirección de Compras y Contratación Pública. Dicha utilización podrá ser directa o intermediada a través de redes abiertas o cerradas, operando en plataformas de comercio electrónico o mercados digitales de transacciones, sea individualmente o acogiéndose a los beneficios de los contratos marco que celebre la señalada Dirección. Dicha actividad deberá ajustarse a lo dispuesto en sus respectivas leyes orgánicas, en la ley de firma electrónica y en las normas establecidas por la presente ley y su reglamento.

Los organismos públicos regidos por esta ley no podrán adjudicar contratos cuyas ofertas no hayan sido recibidas a través de los sistemas electrónicos o digitales establecidos por la Dirección de Compras y Contratación Pública. No obstante, el reglamento determinará los casos en los cuales es posible desarrollar procesos de adquisición y contratación sin utilizar los referidos sistemas.

El Sistema Electrónico para la Contratación Pública – SECOP- es el medio de información oficial de toda la contratación realizada con dineros públicos por medio de la web www.colombiacompra.gov.co, el SECOP es el punto único de ingreso de información para las entidades que contratan con cargo a recursos públicos. Son componentes de este sistema el SECOP I como una plataforma exclusivamente de publicidad, en la cual las entidades que contratan con cargo a recursos públicos realizan las publicaciones de los Documentos del Proceso; y, el SECOP II como la Plataforma transaccional para gestionar en línea todos los Procesos de Contratación, con cuentas para entidades y proveedores; y vista pública para cualquier tercero interesado en hacer seguimiento a la contratación pública.

En síntesis, los sistemas electrónicos o digitales son de uso obligatorio salvo algún proceso previsto en el Reglamento de la Ley 19886.

En cuanto a Perú, mediante Decreto Legislativo N° 1017 aprueba la Ley de Contrataciones del Estado (2008) que contiene las disposiciones y lineamientos que deben observar las entidades del sector público en los procesos de contrataciones de bienes, servicios u obras y regula las obligaciones y derechos que se derivan de los mismos, a su vez, el sistema electrónico que permite el intercambio de información, difusión sobre estas contrataciones y la realización de transacciones electrónicas, es el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE), que de conformidad con lo ordenado en el artículo 68 de la Ley, existe la siguiente obligatoriedad:

Las Entidades estarán obligadas a utilizar el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE), sin perjuicio de la utilización de otros regímenes especiales de contratación estatal, según se establezca en el Reglamento.

El Reglamento establecerá los criterios de incorporación gradual de las Entidades al Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE), considerando la infraestructura y condiciones tecnológicas que éstas posean o los medios disponibles para estos efectos.

Resumiendo, las disposiciones de este país, es obligatorio el uso de un sistema electrónico (SEACE) en las contrataciones del Estado Peruano, con las excepciones que se reglamenten para el efecto. El SEACE es el sistema electrónico con ingreso a través de la web www.portal.osce.gob.pe, que es el que permite el intercambio de información y difusión sobre las contrataciones del Estado, así como la realización de transacciones electrónicas, considerado como el principal mecanismo de publicidad en el que las entidades públicas brindan información de todos los procesos de contratación.

De la revisión realizada a la normativa y páginas web de los 4 países que conforman la Comunidad Andina, la Tabla 1 reflejará los hallazgos empíricos que dan cuenta como 1 a la existencia de los siguientes parámetros: normativa relativa a contratación pública, uso de sistemas informáticos o electrónicos, obligatoriedad de uso de estos sistemas electrónicos y como 0 a la inexistencia de dichos parámetros:

Tabla 4. Parámetros de análisis

Países	Normativa en	Sistemas	Uso Obligatorio de	Total
CAN	Contratación Pública	Electrónicos	Sistemas Electrónicos	
Ecuador	1	1	1	3
Bolivia	1	1	0	2
Colombia	1	1	1	3

Perú	1	1	1	3
------	---	---	---	---

De lo cual se resume que, de los 3 parámetros analizados, 3 países contemplan la existencia de la totalidad de estos parámetros y 1 país observa únicamente 2 de los 3 parámetros, ya que no considera el uso obligatorio de sistemas electrónicos en la contratación pública sino más bien concibe a los medios electrónicos como un apoyo que no limita el uso de medios físicos.

2.3 Procedimientos de contratación pública en el Ecuador y su sistematización

En el Título III de la LOSNCP se establecen los procedimientos de contratación pública para la ejecución de obras, adquisición de bienes y prestación de servicios incluidos los de consultoría, a los que se denominan de régimen común y que se resumen a continuación:

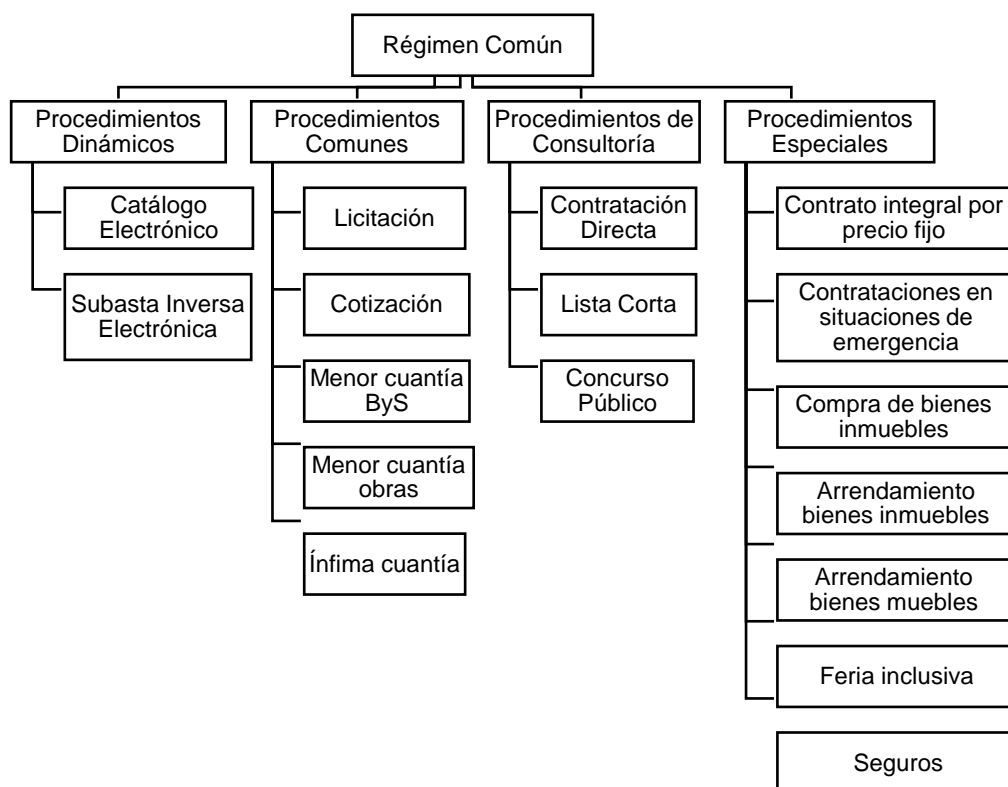


Ilustración 1. Procedimientos de Régimen Común

Mientras que el artículo 2 de la LOSNCP (2008) determina: “Régimen Especial.-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, los procedimientos precontractuales de las siguientes contrataciones”, que se detallan a continuación:

Régimen Especial	Adquisición de Fármacos
	Asesoría y Patrocinio Jurídico
	Bienes o Servicios Únicos en el mercado o Proveedor Único
	Comunicación Social: Contratación directa - Proceso de Selección
	Contrataciones entre entidades públicas o subsidiarias
	Obra artística, científica o literaria
	Repuestos o Accesorios
	Seguridad interna y externa
	Transporte de correo interno e internacional
	Contrataciones realizadas por el Banco Central del Ecuador
	Sectores estratégicos
	Contrataciones con empresas públicas internacionales
	Contrataciones de instituciones financieras y de seguros del Estado

Ilustración 2. Procedimientos de Régimen Especial

Como ya se ha indicado en temas anteriores, estas contrataciones se realizan de manera obligatoria a través del Sistema Oficial de Contratación Pública del Ecuador (SOCE), y acorde al procedimiento, las entidades contratantes elaboran los pliegos precontractuales los oferentes generan sus ofertas, en los aplicativos informáticos establecidos para el efecto, por lo tanto, se aclara que en este estudio se referirá a las herramientas SOCE, aplicativos PAC, pliegos y ofertas.

De manera concordante a lo tratado en el primer tema de este capítulo, en pro de la innovación de las TI en materia de contratación pública ecuatoriana, mediante Decreto Ejecutivo No. 744 publicado en el RO No. 221 el 28 de noviembre de 2007 se creó el portal del sistema oficial de contratación pública y de consultoría del Ecuador denominado www.compraspublicas.gov.ec, como la herramienta informática de la entonces Secretaría Técnica del Sistema Nacional de Compras Públicas quien a su vez es la responsable de administrar y desarrollar dicho portal, actualmente es el denominado SOCE www.compraspublicas.gob.ec, al respecto traeré a colación lo referido por Córdova Vinuesa (2019) quien manifiesta:

La evolución del procedimiento en el portal se fundamenta en los pasos previos que se encuentran establecidos en la normativa, los cuales propendieron a disponer de una herramienta informática integral, con las

actualizaciones tecnológicas aplicadas tanto en el portal de compras públicas, hoy denominado “SOCE”- Sistema Oficial de la Contratación del Estado-, así como con el apoyo de un software que funciona de intermediario entre el usuario y el portal como es el Modulo Facilitador “USHAY”. Así, con estas herramientas se genera una dinámica entre medios electrónicos, con seguridades integradas, que permiten y definen la invitación de un proveedor al proceso a través de sorteos y resorteos en el SOCE. La selección se orienta en varios puntos principales que se resaltan a continuación:

En cuanto a la invitación, en primer lugar, el sistema SOCE realiza la invitación a proveedores calificados en el CPC correspondiente, considerando cada sectorización por lugar de generación del procedimiento; por tanto, se invita a varios oferentes calificados, que se hallen habilitados en el CPC del proceso, que sean profesionales y pertenezcan a las micro y pequeñas empresas domiciliada en el lugar objeto de la contratación (p.62-63).

Por tanto, concatenando lo referido por el autor en cuanto a las herramientas, mediante resolución externa No. RE-SERCOP-2014-0000015 de fecha 02 de octubre de 2014, el Director General del Servicio Nacional de Contratación Pública expide las normas de uso de los módulos facilitadores de la contratación pública denominados “USHAY”, que según su artículo 1 permitía la elaboración del Plan Anual de Contratación (USHAY PAC), las condiciones especiales de los pliegos (USHAY PL), ofertas (USHAY OF) y ayuda en la calificación de ofertas (USHAY CA), estandarizando y reutilizando la información registrada en el SOCE que se implementarían de manera obligatoria a partir de enero 2015. Actualmente, es el conocido módulo facilitador de la contratación pública (MFC), no obstante, muchos actores se siguen refiriendo a este como “USHAY”, en su versión actualizada no contempla el módulo de calificación de ofertas, manteniéndose las demás funciones.

Desarrollando lo antes dicho, en concordancia con la Codificación y Actualización de las Resoluciones emitidas por el Servicio Nacional de Contratación Pública (2016) reformada, en su artículo 6 se incluyen los módulos facilitadores de la contratación pública como aplicativos informáticos de uso obligatorio, a los que denomina módulos facilitadores de la contratación pública, que al igual que el antes referido, se encuentra estandarizado y reutiliza la información registrada en el SOCE:

1. Módulo Facilitador PAC. - Es un aplicativo informático para el desarrollo del Plan Anual de Contratación - PAC, que permite que las entidades contratantes ingresen y publiquen la planificación de la contratación de los

bienes, obras y/o servicios, incluidos los de consultoría, que se requerirán durante el ejercicio fiscal.

2. Módulo Facilitador PL. – Aplicativo informático en el que las entidades contratantes generarán las condiciones particulares del pliego con sus respectivos formularios, para los procedimientos de Régimen Común y Subasta Inversa Electrónica, para la ejecución de obras, adquisición de bienes y/o prestación de servicios, según corresponda.
3. Módulo Facilitador OF. – Aplicativo informático mediante el cual los proveedores del Estado desarrollarán sus ofertas en los procedimientos de contratación de Régimen Común y Subasta Inversa Electrónica, siguiendo los requisitos definidos por la entidad contratante al momento de la generación del pliego en el aplicativo PL.

A continuación, se insertan las ilustraciones de los módulos facilitadores de la contratación públicas para entidades contratantes (PAC y Pliego) y para oferentes (OF):

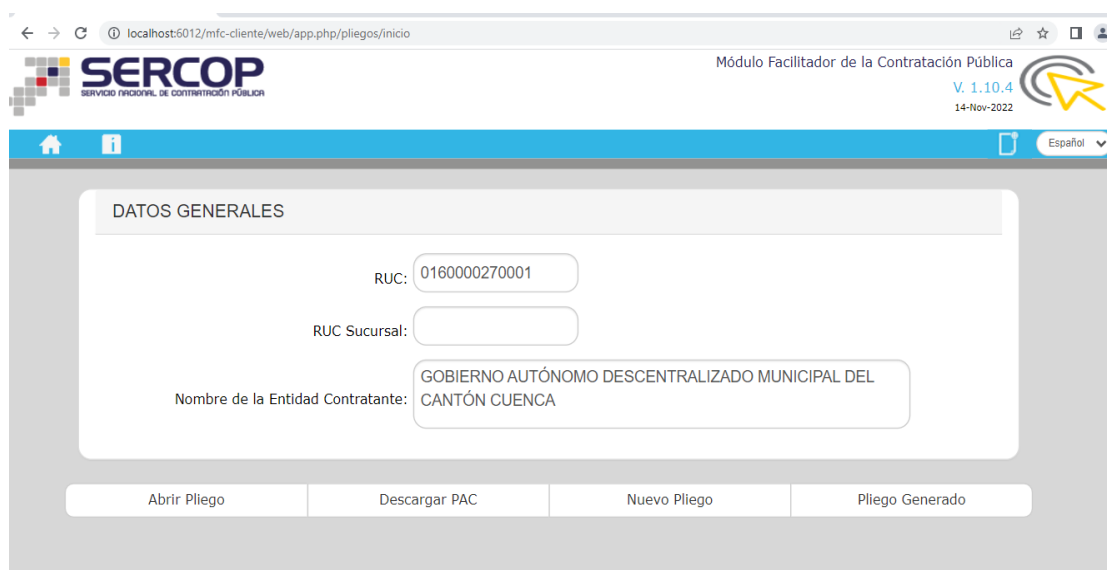


Figura 1. MFC PAC y MFC PL



Figura 2. MFC OF

A decir del SERCOP, estas normas de uso de módulos facilitadores fortalecen la eficiencia y eficacia de la contratación pública y son las herramientas que interoperan con el sistema informático de compras pública. La “interoperación” se efectúa por cuanto la información que se publica o registra en el SOCE, se reutiliza en la herramienta MFC, para el caso del PAC, de acuerdo al artículo 22 de la LOSNCP, el plan anual de contratación de cada entidad contratante tiene que ser publicada de manera obligatoria dentro de los quince días del mes de enero de cada año, el cual interoperará con el portal de compras públicas, esto es, primero se genera el PAC en el módulo y el archivo que se genera de esta herramienta, se registra en el SOCE.

Para el caso de los pliegos, una vez que el PAC esté publicado en el SOCE, se podrá descargar el PAC en el MFC para la elaboración de los pliegos precontractuales, de lo contrario, no se podrá generar pliego alguno. De existir reformas al PAC que se hayan realizado en el SOCE, previo a crear un pliego, se descargará el PAC, como lo señala Córdova Vinueza (2019), al referir a la constancia en el PAC:

Todas las contrataciones deben constar en el Plan Anual de Contratación (PAC), en contratación a realizarse no se encuentre en el PAC, la unidad requirente debe solicitar a la máxima autoridad o su delegado la reforma al PAC. Es preciso señalar que para el proceso de Consultorías por Contratación Directa, previo a la elaboración del pliego, se debe realizar la reforma al PAC, ya que el pliego se lo realiza en el Módulo Facilitador de Contratación USHAY-Pliego, y, para el inicio de la elaboración del pliego, el módulo exige seleccionar las “partidas presupuestarias registradas en el SOCE. Por ende, al no estar reformado el PAC, no se puede realizar la selección de la partida presupuestaria y por consiguiente continuar con la elaboración del pliego”

Con estas acciones de interoperabilidad, la herramienta genera de manera automática el pliego y las ofertas con los datos del procedimiento constantes en el PAC publicado en el portal de compras públicas, por tanto, no son susceptibles de edición.

Como indica el autor precitado, adicionalmente, el SOCE también tiene implementada una interoperación con el sistema financiero del Ministerio de Finanzas para el caso de las entidades públicas de la administración central, cuyas partidas presupuestarias se atan de manera directa al eSIGEF - Sistema Integrado de Gestión Financiera, lo cual no ocurre con el resto de entidades públicas, con lo cual, se controla la ejecución presupuestaria de las

respectivas entidades financieras, que según el artículo 103 de la Codificación (2016), la interoperación es “La información de partidas presupuestarias del Plan Anual de Contratación -PAC se validará a través de la interoperación con la base de datos del Ministerio de Finanzas, tratándose de entidades pertenecientes al Presupuesto General del Estado”.

Otra de las interoperaciones que se reflejan son las relacionadas con la información de los sistemas del Servicio de Rentas Internas y del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, que como se desprende de los casos analizados en el primer capítulo, es sobre esta información la que se alimenta el estado de los proveedores del Estado como habilitados o no para contratar con el Estado.

A lo antes anotado, se encadena al Acuerdo No. 1062 emitido por el Secretario Nacional de la Administración Pública (2015), por el cual expide la Norma Técnica de Interoperabilidad Gubernamental, que en su artículo 1 dispone su uso obligatorio en “iniciativas y proyectos que tengan como finalidad la construcción y/o implantación de programas de software gubernamental; [...], o desarrollados a través de procesos de contratación pública”, definiendo a la plataforma de interoperabilidad al “sistema gubernamental de índole transversal, el cual tiene por objeto el transporte de datos e información de carácter electrónicos”, para tal efecto ordena que las entidades de la Administración Pública Central Institucional y Dependiente de la Función Ejecutiva promuevan y faciliten el intercambio de datos e información electrónica por medio de proyectos de interoperabilidad.

Para el caso de las ofertas, se descarga de la sección de archivos del procedimiento publicado en el portal, el pliego extensión “Archivo Pliego USHAY”, – cabe indicar que en el SOCE no se ha cambiado la expresión inicial USHAY por MFC–, y este a su vez se registra en el MFC OF para generar la oferta correspondiente.

De lo antes anotado, se desprende que el uso de estos módulos, sea para desarrollar los pliegos o las ofertas, son para los procedimientos de régimen común, a excepción del procedimiento dinámico de catálogo electrónico y los procedimientos de régimen especial, descritos en la figura 1, las extensiones que se generan como propias de este módulo, son a su vez subidos y procesados en el menú que se refleja en la ilustración 1 cuando se publican los procedimientos de contratación y cuando se registran las ofertas.

Sobre los procedimientos especiales, a pesar de ser obligación del SERCOP emitir los formatos de pliego, para este tipo de procedimientos no existen modelos, siendo obligación de cada entidad elaborar y generar un modelo, su publicación se realiza por medio del SOCE en el menú que se observa en la ilustración 2.

El procedimiento de feria inclusiva cuenta con un menú específico y diferente a los demás procedimientos. Respecto a los procedimientos de ínfima cuantía y emergencia, poseen sus módulos específicos en el panel del menú “entidad contratante” del SOCE, para el caso de

emergencia, la herramienta se encuentra habilitada únicamente con fines de transparencia, donde se permite registrar las contrataciones y documentos relevantes obligatorios derivados de la contratación en situación de emergencia (ver ilustraciones 1 y 2).

Consecuentemente, los procedimientos de contratación pública previstos en la LOSNCP, se encuentran sistematizados, no existiendo procedimiento alguno que no se ejecute a través del portal institucional de compras públicas y en varios de los procedimientos, de manera adicional emplea herramientas informáticas adicionales como lo son los módulos aplicativos por medio del MFC.

Seguidamente, se insertan imágenes con el fin de ilustrar los paneles con las opciones que despliega el SOCE para las publicaciones de los diferentes procedimientos de contratación:



Figura 3. SOCE publicación procedimientos de contratación parte 1

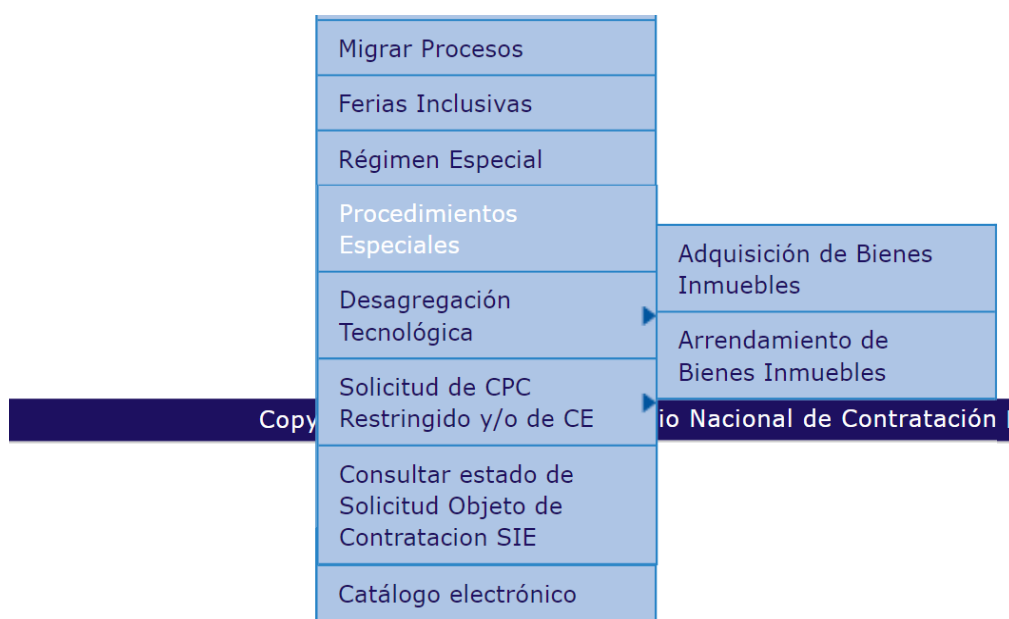


Figura 4. SOCE publicación procedimientos de contratación parte 2

Respecto a los procedimientos de régimen especial, como ya se indicó, si bien sus pliegos y ofertas no se generan a través del MFC, estas son registradas y publicadas a través del menú respectivo en el sistema oficial de contratación pública (SOCE). una vez que se accede a la opción “Régimen Especial” del menú “Entidad Contratante”, se puede seleccionar el tipo de contratación a realizar, lo que enseguida se ilustra:

Tipo de Contratación	Adquisición de Fármacos
Tipo de compra	<ul style="list-style-type: none"> Adquisición de Fármacos Comunicación Social – Contratación Directa Comunicación Social – Proceso de Selección Asesoría y Patrocinio Jurídico Asesoría y Patrocinio Jurídico – Consultas puntuales y específicas Obra artística, científica o literaria Repuestos o Accesorios Transporte de correo interno o internacional Bienes y Servicios únicos / Proveedor único Contratos entre Entidades Públicas o sus subsidiarias Contrataciones con empresas públicas internacionales Empresas Públicas, Mercantiles o Subsidiarias Sectores Estratégicos Cont. de Instituciones Financieras y de Seguros del Estado
Presupuesto Referencial Total (sin IVA) (USD)	
Partida Presupuestaria	2022.161.0000.0000.01.00.000.002.000.0101.530807.000000.002.7001.0004
No. de Certificación	
Monto Certificado	
Forma de Pago	Anticipo: <input type="text"/> % Saldo a: Otra - Revisar términos de referencia

Figura 5. Tipos de contratación en SOCE para procedimiento Régimen Especial

En cuanto a los proveedores el Estado, las opciones en panel de menú varían y la funcionalidad del portal SOCE es diferente, puesto que únicamente registran sus ofertas, por tanto, tienen habilitadas las opciones para revisar las invitaciones que ha recibido conforme a los códigos centrales de productos (CPC) que tenga registrados, así como consultar otros a los que podría autoinvitarse, en la ilustración 6 se observa para el caso de un procedimiento de régimen común cómo se refleja la opción para subir y registrar la oferta generada en el MFC OF.

De igual manera, en las ilustraciones 7 y 8 nos familiarizamos las opciones que le permite realizar el SOCE, entre las que se encuentra la opción de “reclamos”, como una de las vías por la cual los oferentes pueden generar y revisar el estado de los mismos.

COMPRAS PÚBLICAS
Sistema Oficial de Contratación Pública

Inicio | Datos Generales | **Consultar** | Administración | Mi Catálogo | Reclamos

APLICACIONES

- cpc
- contactos
- RSS - sindicación realmente simple
- reseteo contraseña
- Convenio Adjudicatario

Consultar

- Invitaciones recibidas
- Proceso de contratación
- Mis procesos
- CPC
- PAC
- Consultar Estado Proveedor
- RSS - Sindicación Realmente Simple
- CPC x CIU
- Régimen Especial
- Licitación Corporativa
- Procedimientos Especiales
- Necesidades de Contratación y Recepción de Proformas
- Convenio de Pago u Otro Instrumento Jurídico

INVITACIONES RECIBIDAS EL PRESENTE

Código	Descripción
SIE-GADMCLC-017-2022	ALQUILER DE MAQUINARIA CAMINERO
SIE-GADMP-2022-015	SERVICIO DE ALQUILER Y EQUIPOS, PARA LA REGENERACIÓN URBANA DE LA SUBRASANTE HAS SUBBASE, EN LAS CALLES LUIS BELTRÁN RAMÓN CAMPAÑA Y ALBERTO MORENO Y SIMÓN BOGOTÁ DE LA CALLE GABRIEL COMPRENDIDO DESDE CALDERON HASTA EDUCATIVA PANGUA,...

08 - 2022 Servicio Nacional de Contratación Pública.

Figura 6. SOCE proveedores del Estado

Inicio | Datos Generales | Consultar | Administración | MI Catálogo | Reclamos

>>PROPUESTA SUBASTAS INVERSA ELECTRÓNICA

[← Regresar](#)

i BIENVENIDO/A AL MÓDULO FACILITADOR DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, por favor cargue el documento generado por el aplicativo

Procesar Archivo(s)

Archivos subidos:

Figura 7. Registro ofertas régimen común



Inicio	Datos Generales	Consultar	Administración	Mi Catálogo	Reclamos
>>Consulta de Mis Procesos					
Para Buscar Procesos : Presione el botón Buscar .					
Palabras claves	<input type="text"/>				
Entidad Contratante	<input type="text"/>				
Tipo de Contratación	TODOS <input type="button" value="v"/>				
Tipo de compra					
Estado del Proceso					
Código del Proceso	<input type="text"/>				
Por Fechas de Publicación (*)	Desde:	<input type="text" value="2022-05-15"/>		Hasta:	<input type="text" value="2022-11-15"/>
Para una búsqueda más avanzada	Buscar en google				

Figura 8. Consulta Procesos

Mi Catálogo	Reclamos
	<div style="border: 1px solid blue; padding: 5px; margin-bottom: 5px;">Crear Reclamos</div> <div style="border: 1px solid blue; padding: 5px;">Consultar estado del Reclamo</div>

Figura 9. Menú Reclamos

FORMULARIO PARA TRÁMITES DE RECLAMOS ADMINISTRATIVOS A PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA	
1. IDENTIFICACIÓN DEL RECLAMANTE	
1.1. Nombres completos del Reclamante	<input type="text"/>
1.2. Número de Identificación (C.C o RUC):	<input type="text"/>
1.3. Dirección Domiciliaria y/o Casillero Judicial para Notificaciones (*):	<input type="text"/>
1.4. Dirección de Correo Electrónico:	<input type="text"/>
1.5. Código del Procedimiento Material del Reclamo (*):	<input type="text"/> <input type="button" value="Buscar Proceso"/>

Figura 10. Formulario trámites reclamos

Como se trató en el primer punto de este capítulo, las TIC en las administraciones públicas es una realidad palpable y un medio importante empleado para tener un mayor acercamiento a las necesidades de los administrados, por tal razón, las compras públicas no es la excepción, considerando además que los principios sobre los cuales se funda son de alto rango, hay dos tópicos interesantes abordados por Baldeón Barriga (2021), en cuanto a la inteligencia artificial en los ámbitos de ética pública y la fuerza que esta ha tomado partiendo de la COVID-19:

El solo hablar de Inteligencia Artificial genera una complejidad en su análisis, entendimiento y alcance; por lo que, involucrar adicionalmente la Ética e incluir una interrelación con la Administración Pública, conlleva una problemática adicional. Ello debido a que este estudio *inter relacional* es aún poco conocido y no totalmente desarrollado, sobre todo en países en vías de desarrollo como es el caso de Ecuador; y además, por dos factores adicionales, vinculados por un lado con el carácter *hiper sensible* e incluso con muchos ribetes subjetivos que tiene dicha interrelación; y, por otro lado, debido al carácter mediático que se presenta por los problemas de corrupción generalizados en los últimos años en aspectos vinculados con las contrataciones públicas realizadas por los diferentes Estados del orbe.

La Inteligencia Artificial viene siendo parte de nuestra realidad, desde hace tiempo atrás; pero mucho más a raíz de 2020, en que, como consecuencia de la COVID-19, el mundo vio a la tecnología como servicio básico para sobrevivir con la misma magnitud que otros como el agua o la luz (p.1).

Comparto lo señalado por la autora, si bien antes de la pandemia ya se utilizaba la tecnología para diversas actividades, devenida la misma, se convirtió en el elemento más importante en las relaciones personales, laborales, médicas, de educación, etc., a nivel mundial, y a la fecha, en un momento en el que se podría decir que se superó la pandemia, se encuentra fuertemente posicionada, a pesar de las dificultades que implica la inteligencia artificial. Ahora en cuanto a la ética como un problema que se suma al mundo informático, por lo subjetivo que se torna más aún frente a la relación con la administración pública, sus intereses y política pública que implemente en sus funciones, que terminan por acarrear complicaciones de corrupción de las que no se escapa la contratación pública.

En cuanto a la corrupción, la Convención Interamericana contra la Corrupción (2000), es aplicable a los actos de corrupción detallados en el numeral 1 del artículo 6, que en

concordancia con el artículo 7 dispone que los Estados Partes que aún no cuente con legislación interna para combatir la corrupción, deben adoptar “medidas legislativas o de otro carácter que sean necesarias para tipificar como delitos en su derecho interno los actos de corrupción descritos en el Artículo 6.1. para facilitar la cooperación entre ellos [...]”.

De igual manera, a través de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2005), se estatuye en el artículo 9 las medidas a adoptarse en cuanto a la contratación pública y gestión de hacienda pública, para lo cual la Oficina de las Naciones Unidas expide la Guía sobre medidas contra la corrupción en la contratación pública y en la gestión de la hacienda pública (2014) - Buenas prácticas para lograr el cumplimiento del artículo 9 de la mencionada Convención, entre las que se encuentra la difusión pública de información relativa a procedimientos de contratación pública y contratos, para ello en la guía señala: “La transparencia en la contratación pública revela lo que de otro modo podría haberse ocultado y se considera una condición indispensable para la rendición de cuentas por parte de los funcionarios públicos”, la publicación de información a más de velar por el principio de transparencia además tiene relación con la publicación de oportunidades de contratación, con el fin que contratistas potenciales conozcan esta oportunidad y se genere competencia y se evite adjudicaciones directas con determinada empresa (p.12)

A lo antes indicado se agregan prácticas como la de publicar la información de las condiciones de participación, los criterios a aplicarse para la adopción de decisiones, examen interno que incluya sistemas de apelación eficientes, reglamentos de ética, probidad e integridad de los funcionarios públicos en las actuaciones que ejecutan las contrataciones, entre otras.

En adición y complemento refiero lo previsto en la Convención Interamericana contra la Corrupción(2000), que en su artículo 3 los Estados Partes convienen en considerar la aplicabilidad de medidas en sus sistemas institucionales, para crear, mantener y fortalecer, entre otras: “5. Sistemas para la contratación de funcionarios públicos y para la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado que aseguren la publicidad, equidad y eficiencia de tales sistemas”.

De manera paralela, a pesar que no se refiere puntualmente a los sistemas informáticos, la calidad de estos se encuentra inmersa para poder cumplir cabalmente estas prácticas que se plasman con la publicación, de ahí la importancia de que las sistematizaciones sean eficaces, eficientes y coherentes con lo que la normativa exige en contratación pública.

En Ecuador, mediante la Ley s/n R.O. 392-2S, 17-II-2021 se expide la Ley Orgánica reformativa del Código Orgánico Integral Penal en materia Anticorrupción (2021), para incorporar normativa interna sobre la prevención y represión de actos irregulares cometidos por los servidores públicos, es así que en lo relacionado a contratación pública, en su

artículo 9 sustituye el artículo 279 del Código Orgánico Integral Penal (2014)(COIP) regulando al peculado, entre otras, con pena privativa de libertad de diez a trece años:

e. Si evaden los procedimientos pertinentes de contratación pública contenidos en la Ley de la materia. En este caso también se impondrá una multa correspondiente al valor de la contratación arbitraria que se desarrolló. Además, cuando se establezca la existencia y responsabilidad por el delito mediante sentencia condenatoria ejecutoriada, la o el juzgador declarará, como consecuencia accesoria del delito, la terminación unilateral y anticipada del contrato sobre el cual verse la infracción, sin derecho a indemnización ni pago de daño alguno a favor del proveedor.

Y agrega el artículo 294.1 para hacer referencia los sobrepagos en contratación pública, establece que serán sancionados con pena privativa de libertad de cinco a siete años:

Las o los servidores públicos, las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado; o, los proveedores del Estado que realicen arbitrariamente los procesos de contratación pública con evidente y comprobado sobrepago al precio ordinario establecido por el mercado y determinado como tal por la Contraloría General del Estado

Empero de lo manifestado, es importante añadir un tema de confiabilidad que puedan generar los sistemas y principales herramientas de ayuda y mejora en la administración pública, si realmente alcanzan los efectos para los que fueron generados o los resultados que se aspiraban obtener, no solo por parte del Estado que lo implementa, sino del beneficiario más importante que es el administrado, traducido esto a la gestión de contratación pública, la sistematización es buena, conveniente y práctica con lo que se podría eliminar los actos de corrupción, mejorar la transparencia y acceso a la información, dinamizar la economía en sectores artesanales, de la economía popular y solidaria, micro y pequeñas empresas, sin embargo, qué tan confiable es el sistema y las herramientas que son empleadas en contratación pública; y, qué tan eficiente es el SERCOP para lograr un desarrollo integral y funcional de la sistematización de las compras públicas.

Desde mi punto de vista, falta mucho para alcanzar el ideal en la sistematización e interoperabilidad integral de los sistemas y herramientas informáticas en el ámbito de contratación pública, solo en el caso de catalogación de bienes y servicios, la herramienta principal para las contrataciones es el Catálogo Electrónico, no es el procedimiento dinámico más empleado por cuanto tiene catalogado un repertorio de productos mínimos, existiendo notablemente una deficiencia en las catalogaciones de productos por parte del SERCOP, lo

cual se puede verificar en uno de los informes de rendición de cuentas de este Servicio³, se consideró el del año 2020 por cuanto no en su página web no se encuentra el del año 2021, pero no existirá mayor variación para la comparación a realizar.

En la página 19 del informe señala que en el Catálogo Dinámico Inclusivo (CDI) 2020 estuvo vigente 11 categorías con 652 bienes y servicios normalizados, siendo el más representativo el de productos de confección textil con 391 productos, mientras que en la página 25 indica que en el Catálogo Electrónico General (2020), se mantuvo 20 categorías con 1102 productos. Sin duda, al ser el Catálogo Electrónico una de las herramientas principales que mantiene el sistema de compras públicas, tiene que ser más eficiente para llegar al objetivo de la Ley que es realizar las contrataciones por este tipo de contratación que además favorece a la participación de los actores de la Economía Popular y Solidaria.

Por otro lado, insisto en el hecho que se recomienda e implementan buenas prácticas y se tipifica para sancionar a dos actores del SNCP, servidores públicos de entidades contratantes y proveedores del Estado, pero jamás al actor que ha puesto a disposición para uso obligatorio los sistemas y herramientas, se cuestiona su eficiencia y limitaciones de desarrollo que no van de la mano con el desarrollo normativo, pero no resultan responsables de los problemas que puedan ocasionarse en el trascurso de las contrataciones como resultado de estas deficiencias.

2.4 Normativa y funcionalidad de las herramientas en el sistema nacional de contratación pública del Ecuador

En este tema se abordará las circunstancias que hacen que la funcionalidad de los sistemas informáticos no sean confiables ni compatibles con la norma vigente, esto en cuanto a las inconsistencias existentes y a la falta de actualización de los sistemas y herramientas informáticas acorde a las reformas, inserciones o modificaciones de las normas, especialmente las administrativas dictadas por el ente rector SERCOP, que como resultado de la práctica laboral entre la aplicación de la normativa en contratación pública, el uso de modelos obligatorios y operación del sistema oficial de contratación pública SOCE y sus herramientas informáticas, se ha podido verificar, y se anotan a continuación:

- a) El inciso segundo del artículo 21 de la LOSNCP, señala que el portal de compras públicas será el único medio empleado para realizar todo procedimiento electrónico relacionado con un proceso de contratación pública. En los procedimientos especiales de arrendamiento, no se puede interactuar con proveedores del Estado en las etapas de audiencia de preguntas y aclaraciones, envío de ofertas y

³ Informe de rendición de cuentas de la Contratación Pública, 2020, https://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/wp-content/uploads/2021/06/Sercop_InformeRendiciónCuentas_2020_AportesCiudadanos_vd.pdf

convalidaciones a través del portal de compras públicas, por tanto, en el pliego debe establecerse: primero. - cómo se receptorán preguntas para aclaraciones; segundo. - un lugar y dirección donde se recibirán las ofertas en sobre cerrado, que además podrá ser por medio de un CD, memoria de almacenamiento u otro medio electrónico, por cuanto no puede ser impreso con el fin de mantener la validez de la firma electrónica.

- b) El inciso cuarto del artículo 21 de la LOSNCP, dispone la publicación obligatoria de la información relevante de los procedimientos de contratación a través del portal de compras públicas, no exime a procedimiento alguno, en ese sentido también aplicaría al procedimiento dinámico de catálogo electrónico, sin embargo, el SOCE no da opción para que se registre esta información relevante, luego de ejecutada la orden de compra, con fines de liquidación, permite registrar el acta de recepción correspondiente, que desde el uso obligatorio de firma electrónica, no se puede agregar otros documentos por cuanto se invalidaría las firmas, por tanto, no se publica información relevante como certificación PAC, resolución de inicio de procedimiento, certificación presupuestaria, la orden de compra legalizada, entre otras según la naturaleza de la compra, en consecuencia, la información de estos procedimientos no son públicos.

En este punto es importante anotar que como medio de visualización de la orden de compra es a través de los links insertos en las matrices previstas para el cumplimiento del artículo 7 de la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública – LOTAIP, referente a la información completa y detallada de los procesos precontractuales, contractuales, de adjudicación y liquidación.

Y como medio para revisar un resumen de la información de órdenes de compra es a través de la plataforma Contrataciones Abiertas Ecuador – OCDS según la página <https://datosabiertos.compraspublicas.gob.ec/PLATAFORMA>, en este caso ni a través del link remitido según la LOTAIP, se visualiza información relevante.

- c) El artículo 69 de la LOSNCP refiere a la forma de suscripción de contratos, distingue la forma para los que requieran escritura pública, catálogo electrónico y menor cuantía, para los demás contratos ordena que se otorgarán por documento suscrito entre las partes. El 60 del RGLOSNCP, prevé que las contrataciones por ínfima cuantía se formalizarán con la entrega de la factura, que será el SERCOP mediante resolución quien determinará la casuística para el uso de la ínfima cuantía, y que en cualquier tiempo el ente rector requerirá información sobre *contratos de ínfima cuantía*, una contradicción en la misma norma al referir a la factura y al contrato para este proceso.

Dentro de la casuística implementada por el SERCOP, no se considera la suscripción del contrato, por un lado, según el artículo 336 de la Codificación y Actualización de Resoluciones en su último inciso señala que la proforma es considerada como oferta y el artículo siguiente refiere a la publicación en la herramienta “Publicaciones de Ínfima Cuantía” del portal una vez realizada la contratación, dicha publicación no puede ser fuera del transcurso del mes en el que se realizó la contratación.

La instrumentación de la ínfima cuantía tendría que ser mediante un contrato y en su lugar se concibe a la factura. Sin temor a equivocación, la casuística fue concebida según la herramienta del portal que permite únicamente el registro de los datos de la factura.

Como otro tópico, dependiendo de la fecha de contratación y del plazo de ejecución, no necesariamente la contratación puede ser publicada dentro del mes que se contrató, el sistema luego de finalizado el mes, no permite la anulación de facturas, por tanto, si el control previo a realizar el pago no identificó errores a tiempo, no se puede eliminar la factura publicada, si al siguiente mes se registra la factura correcta, constaría como otra contratación.

En una auditoría son observadas las dos circunstancias, el no registro de facturas dentro del mes de la contratación y la compra duplicada, que en primer plano podría considerarse como subdivisión de compra y elusión de procedimiento, sin dejar de lado la inflación que se produciría en los montos contratados por este tipo de procedimiento.

- d) En el citado artículo 69 de la LOSNCP sobre la forma de suscripción de contratos, para el caso de contrataciones de menor cuantía, señala que se instrumentarán con la factura correspondiente, dejando la opción de poder elaborar documentos que contengan las obligaciones particulares que asuman las partes. Este procedimiento es contemplado, dentro de las cuantías previstas en el artículo 51 de la LOSNCP, para bienes y servicios no normalizados, obras y si no fuere posible aplicar un procedimiento dinámico o si luego de realizado fue declarado desierto.

El artículo 58 del RGLOSNC, para el caso de bienes y servicios prevé que la máxima autoridad de la contratante o su delegado podrá seleccionar directamente y adjudicar al contratista que cumpla con los requerimientos de la contratación constantes en el pliego, y para el caso de obras señala el proceso a seguir.

Este procedimiento es uno con los cuales se aplica la contratación preferente según la localidad de los proveedores, ya que las invitaciones son enviadas en primer lugar a proveedores del cantón, de no existir manifestaciones de interés, en segundo

lugar, están los proveedores de la provincia, si no se reciben manifestaciones de interés, la contratación podrá ser abierta a nivel nacional.

La herramienta para elaboración del pliego y oferta, como se distinguió en temas anteriores, es el MFC – Pliego y MFC – Ofertas. Publicado el procedimiento en el portal, se envían las invitaciones a los proveedores que cuenten con el registro del CPC seleccionado en el pliego de la contratación y es el portal quien según las manifestaciones de interés recibidas, ubica a los proveedores en orden de prelación de menor a mayor oferta económica, para que la contratante pueda iniciar el proceso con el primer proveedor de la lista generada automáticamente en el portal, si no presentare ofertas o si esta no cumpliera, se podrá continuar con el siguiente proveedor, hasta que uno cumpla. Si no se recibiere manifestaciones a nivel cantonal si del listado de proveedores no cumplieren con lo mínimo requerido, el portal permite abrir la contratación a nivel provincial y de ocurrir lo mismo en este nivel, el portal también da la opción de abrir la contratación a nivel nacional.

De esta descripción se desprende que: a) según los modelos de pliego, esta modalidad de contratación contiene condiciones particulares y generales del contrato, por tanto, no se formaliza con una factura; b) la entidad no selecciona directamente y adjudica el contrato, se sigue el procedimiento normal hasta llegar a la adjudicación y firma de contrato; c) La decisión de continuar o no con el procedimiento es facultativo de la entidad contratante, y de no hacerlo, en esta etapa el portal no registra la opción para declarar desierto el procedimiento según los literales a y b del artículo 33 de la LOSNCP, esto es: “a. Por no haberse presentado oferta alguna; b. Por haber sido inhabilitadas todas las ofertas o la única presentada, de conformidad con la ley [...]”; en tal razón no puede declarar desierto y solo tiene la opción de abrir la contratación al siguiente nivel y según el cronograma que registre para iniciar este nuevo proceso, procedería una cancelación del procedimiento acorde al artículo 34 *ibidem* que dice: “En cualquier momento entre la convocatoria y 24 horas antes de la fecha de presentación de las ofertas, la máxima autoridad de la entidad podrá declarar cancelado el procedimiento [...]”, más no una declaratoria de procedimiento desierto que sería lo correcto en los casos referidos.

- e) El artículo 76 de la LOSNCP establece que al momento de la suscripción del contrato se exigirá una garantía técnica del fabricante, representante, distribuidor o vendedor autorizado “En los contratos de adquisición, provisión o instalación de equipos, maquinaria o vehículos, o de obras que contemplen aquella provisión o instalación, para asegurar la calidad y buen funcionamiento de los mismos” (énfasis añadido), esta garantía es específica para contratos con esas particularidades, no obstante, el portal de compras públicas, al momento de registrar el contrato y garantías, por el

solo hecho de corresponder a un tipo de compra como bienes, habilita automáticamente en la opción de garantías a la técnica, que si bien el contrato puede estipular que no se contempla esta garantía, para poder finalizar el registro en el portal, tiene que llenarse de manera obligatoria los campos con la información requerida y subir un archivo como respaldo de esta información, ya que de no hacerlo, el portal no habilita la opción de “finalizar” y si no se finaliza los registros, no se actualiza el estado del proceso en el portal de “Adjudicado – Registro de Contratos” a “En Ejecución”.

- f) El artículo 20 de la Codificación y Actualización de Resoluciones emitidas por el SERCOP, considera un término de 5 días posteriores a la suscripción de los contratos de ejecución de obras, arrendamiento y adquisición de bienes, prestación de servicios, incluidos los de consultoría, inclusive los de Régimen Especial, deberán ser registrados y publicados en el portal de compras públicas.

Para las contrataciones que prevén en la forma de pago la entrega de anticipos, no se puede terminar el registro del contrato y cambiar el estado del proceso a “En Ejecución” mientras no se registre la fecha de notificación de entrega del anticipo, que según el artículo 71 de la LOSNCP puede ser hasta el término de treinta (30) días de firmado el contrato.

En la sección de registro de contratos del portal de compras públicas, se tienen que llenar las fechas de firma del contrato, seleccionar la condición para el inicio del contrato, describir la fecha de esta condición, seleccionar al usuario designado como administrador del contrato, número de entregas, luego de esto, se acepta la información registrada como correcta y solo ahí el portal habilita las opciones para publicar documentos relevantes como el contrato y la notificación de disponibilidad del anticipo, por tanto, si no se cuenta con esta información, no es posible continuar con el registro y publicación del contrato.

Ahora bien, quienes nos hemos arriesgado a engañar al sistema registrando fechas irreales en cuanto a la notificación de anticipo, en principio con el temor de que el sistema no permita cambiar las fechas, solo con el afán de cumplir con este término, logrando registrar el archivo del contrato y comprobar que si se puede corregir esta fecha antes de finalizar el registro, sin embargo, solo sirve como constancia de cumplimiento, ya que no se puede visualizar o descargar el documento de la sección de archivos ni actualizar el estado del proceso de “Adjudicado – Registro de Contratos” a “En Ejecución”.

- g) Los artículos 268, 271, 271.1, 278, 278.1, 299, 300.1, 303.1, 306, 307.1; 310.1; 322, 323.1; 325.1; 329.1; 329.2; y, 329.3, referentes a los términos mínimos a fijarse para las etapas de preguntas, respuestas, entrega de ofertas y entrega de bienes en

procedimientos de subasta inversa electrónica, lista corta y concurso público, licitación, cotización, menor cuantía bienes y/o servicios, menor cuantía obras fueron sustituidos con Resolución Externa No. 77, publicada en Documento Institucional 2017 de 12 de mayo del 2017 y reformados por artículo 6 de Resolución Externa No. 78, publicada en Documento Institucional 2017 de 23 de mayo del 2017; y, por medio de la Resolución Externa No. 114 publicada en Registro Oficial Suplemento 432 de 15 de abril del 2021, se agrega la Disposición Transitoria Trigésima Primera, en la que dispone que los artículos antes referidos, “no serán aplicables sino hasta que el Servicio Nacional de Contratación Pública, adecue las condiciones de funcionamiento de las herramientas informáticas de contratación pública, cuyo particular comunicará mediante oficio circular”.

Efectivamente, hasta la presente fecha, no se encuentra adecuada la herramienta del MFC para aplicar los tiempos mínimos previstos para las distintas etapas de la fase precontractual de los procedimientos correspondientes a los citados artículos. Cabe indicar que revisados algunos procedimientos en el portal, varias entidades contratantes se encuentran aplicando en sus cronogramas los tiempos mínimos, según les permita definir la herramienta, a pesar de no encontrarse implementado el cambio.

- h) En los procedimientos especiales de arrendamiento de bienes inmuebles, una vez registrado y publicado el contrato en el portal de compras públicas, el estado del proceso de “Adjudicado – Registro de Contratos” no se actualiza a “En Ejecución”, por tanto, el administrador de contrato no registra documentación relevante en el portal durante la ejecución contractual y una vez que suscriben el acta de recepción definitiva el único usuario que puede registrar documentos y finalizar el proceso en el portal es el creador del procedimiento, en consecuencia, el administrador no ejerce la potestad determinada en el numeral 18 del artículo 530.10 de la Codificación y Actualización de Resoluciones emitidas por el SERCOP, que enuncia: “18. Manejar el Portal de Compras Públicas durante la fase contractual. Al momento de registrar la información del contrato administrativo por parte del usuario creador del proceso, se deberá habilitar el usuario para el administrador del contrato, quien publicará en el Portal toda la información relevante a la fase de ejecución contractual, de conformidad con los manuales de usuario o directrices que emita el SERCOP para el efecto”
- i) Para el caso de las contrataciones directas por terminación unilateral en un proceso de seguros, el portal de compras públicas no deja publicar porque no reconoce el código del proceso de seguros.

- j) Para los casos de adquisición de pasajes aéreos nacionales o internacionales que no se realicen de manera directa con las aerolíneas, procederá la contratación con al menos tres y máximo cinco agencias de viaje, por medio de los procedimientos de menor cuantía, cotización o licitación, esto acorde al artículo 434 de la Codificación y Actualización de Resoluciones emitidas por el SERCOP.

Para cumplir esta disposición es necesario que en la elaboración del pliego precontractual a través del MFC, se señale la opción de “adjudicaciones parciales”, el problema es que la herramienta permite adjudicaciones parciales para la adquisición de bienes, más no para la prestación de servicios, en tal razón, se selecciona y genera un pliego como adjudicación total, para subsanar esta falencia, en la resolución de adjudicación se deja sentado a los oferentes adjudicados aunque en el portal quede registrada una sola agencia como adjudicataria. En consecuencia, también se generaría con cada oferente adjudicado un contrato administrativo por la parte adjudicada.

- k) En el artículo 74 de la Codificación, en cuanto al cálculo del umbral de valor agregado ecuatoriano (VAE) para aplicar criterios de preferencia, se enuncia que para los procedimientos de contratación de bienes y/o servicios, las contratantes aplicarán los umbrales de VAE por producto, por código CPC a 9 dígitos. Cuando la contratación contemple dos o más códigos CPCs, el umbral del VAE será calculado por el SOCE que establecerá un promedio ponderado en relación al total de presupuesto referencial.

No obstante, no se cumple este criterio de preferencia debido a que en primer lugar en el PAC únicamente se consolida una contratación con un solo CPC y cuando se descarga el mismo en el MFC previo a la elaborar el pliego, se ancla el CPC considerado en el PAC y al instante de crear los ítems objeto de la contratación, la herramienta solo permite la selección de códigos CPCs a nivel 9 que correspondan al nivel 5 del CPC principal, en tal virtud, el umbral del VAE correspondería a un lote de un único CPC y no a un VAE ponderado de los diferentes CPCs de cada ítem a contratar.

Incluso, esto se relaciona en la disposición del numeral 26.1 del artículo 2 de la Codificación, en cuanto a establecer en el estudio de mercado el desglose y detalle individual del bien o servicio especificando el código CPC por cada ítem, desglose que también debe constar en las proformas que se obtengan para la determinación del presupuesto referencial.

- l) La Codificación contempla que para efectos de cómputo de plazo en la ejecución de contratos se debe incluir obligatoriamente en los documentos preparatorios o precontractuales parámetros como: 1. Si es un pago del 100% contra -entrega del

producto, y siempre que no se haya establecido condición alguna respecto del inicio del plazo contractual, este inicia *a partir del día siguiente de la suscripción del respectivo contrato*; 2. En contratos con anticipo, el plazo inicia a partir del *día siguiente de la notificación por escrito por parte del administrador del contrato respecto de la disponibilidad del anticipo*; 3. En contrataciones de obras, *el plazo inicia desde el día siguiente de la autorización por escrito de inicio de la obra por parte del administrador del contrato [...]*; 4. En otros casos, debidamente justificados, el plazo corre a partir *de día cierto y determinado en el proyecto de contrato*; 5. En los contratos de fiscalización de obra *el plazo empieza a correr en la misma fecha del contrato de ejecución de obra*, salvo que la fiscalización se contrate con posterioridad.

Lamentablemente, en el MFC no se encuentran implementadas estas opciones, consta desde la fecha de suscripción del contrato, desde la fecha de notificación que el anticipo se encuentra disponible y desde cualquier otra condición. Igual caso ocurre cuando se registra el contrato, no se han incorporado los cambios en el SOCE según la norma administrativa. Para los casos de Régimen Especial al ser pliegos que no se elaboran en la herramienta, se puede hacer constar el texto correcto.

- m) Lo que ya se anotó en el primer capítulo, el contenido de los formularios que forman parte de los modelos de pliego de uso obligatorio y que se encuentran vigentes, no han sido actualizados en la herramienta MFC – Ofertas, lo que se verifica en las ofertas que por defecto se generan en el módulo, los contenidos del formulario 1.1 y 1.3 del formulario único de la oferta, difieren de los publicados y modificados por el SERCOP en la biblioteca de su portal oficial.
- n) Tampoco se encuentra implementada la herramienta para funcionamiento de la firma electrónica en el SOCE y en el MFC, inclusive, en la sección I de invitación del pliego que se genera por defecto de la herramienta, aún consta la plantilla con el texto para indicar la dirección y lugar de entrega de la oferta y en la Sección III se señala aún que la oferta también puede presentarse en forma física en un sobre que contendrá la ilustración que en esta sección se inserta, particular que no es compatible según las disposiciones vigentes para el uso obligatorio de la firma electrónica.

Retroalimentando el tema del control, es lamentable decir que en proceso de auditorías, los equipos auditores desconocen por completo la realidad de la funcionalidad del sistema oficial de contratación pública y sus herramientas informáticas, lo que les induce a errores en sus hallazgos y que muchas de las veces a pesar de las demostraciones que se puedan realizar, no es suficiente, se da importancia y supremacía la normativa que se materializa hacia las normas administrativas y resoluciones de los poderes públicos, antes que al orden

jerárquico de aplicación de las normas de acuerdo a lo ordenado por el artículo 425 de la Constitución de la República del Ecuador (2008) CRE, se podría decir que se ha invertido la pirámide Kelseniana.

Se reitera lo dicho en cuanto a la falta de control al ente rector en el cumplimiento de sus facultades, que para el tema tratado en este capítulo, únicamente se encontró el informe general DATI-0002-2016 realizado por la Contraloría General del Estado, como resultado del examen especial a la integridad y confidencialidad de la información del Sistema Oficial de Contratación del Estado (SOCE), sus módulos y contratos relacionados, en el Servicio Nacional de Contratación Pública, por el período comprendido entre el 1 de agosto de 2012 y el 24 de abril de 2015⁴, en el que en algunas de las conclusiones ya se advierten inconsistencias que han ocasionado que la información de los procesos no sean confiables y exactos, así como las recomendaciones de supervisar y verificar ambientes de prueba de cambios que se realicen previo a poner en producción con el fin de garantizar la integridad de la información, en fin, más está relacionado a la confidencialidad de cierta información como de su idoneidad, antes que a cuestionar el por qué no se puede implementar los cambios o incorporar nuevas funcionalidades.

⁴DATI-0002-2016, [CONTRALORIA GENERAL DEL ESTADO :: Consultas sobre Informes Aprobados](#)

Conclusiones

1. Las regulaciones aplicables en la contratación pública están contenidas en diferentes instrumentos normativos, de tal manera que existe dispersión normativa que complica la correcta ejecución de los procedimientos de contratación pública, genera supervisiones y controles contradictorios, así como reclamos concurrentes.
2. Existen disposiciones regulatorias para los diferentes procedimientos de contratación en normas administrativas, oficios o resoluciones internas emitidas por el SERCOP, antes que en la LOSNCP o su reglamento de aplicación, por lo tanto, el ente rector se arroga funciones legislativas propias de la función legislativa y del presidente de la República, ya que prácticamente lo que realiza son reformas a la Ley y Reglamento ut supra.
3. En consecuencia de los numerales que anteceden, la brecha de la discrecionalidad es cada vez más difícil de no aplicar y a todas luces el actuar del SERCOP en ejercicio de sus potestades administrativas, ha generado inseguridad jurídica y ausencia de confianza legítima.
4. Así resulte repetitivo, al ser la materia de contratación parte del Derecho Público Administrativo, todas sus disposiciones deberían estar regladas con el fin que los funcionarios públicos ejerzan sus competencias en el marco del principio de juridicidad, evitando el eslabón de la discrecionalidad e interdicción de la arbitrariedad.
5. El control en contratación pública no es eficiente ni adecuado, está diseñado para lo posterior y por tanto siempre es represivo, por otro lado, no se realiza sobre todos los actores del SNCP.
6. Las Tics y las políticas de gobierno electrónico o gobierno abierto en la gestión pública, es sin duda un gran paso para estrechar relaciones entre el administrado en el Estado, con lo cual también se reducen costos administrativos y se da celeridad a los trámites.
7. En el mismo sentido, en materia de contratación pública ha permitido una sinergia entre los actores del Sistema Nacional de Contratación Pública durante las distintas etapas del proceso precontractual, lo que ha coadyuvado a los controles respectivos por parte de los órganos competentes para el efecto.
8. Con el gobierno electrónico ha plasmado de manera fehaciente la consagración de los principios de transparencia, acceso a la información pública y participación ciudadana, los que a más de estar contenidos en la CRE, son parte fundamental en contratación pública.
9. Con su instauración, se han construido políticas públicas de cumplimiento obligatorio para todos los organismos que forman parte de la Administración Pública, para que por medio de la interoperabilidad se cuente con información actualizada y que para el área de contratación pública resulta importante para definir la habilitación de los oferentes para contratar con el Estado.

10. En comparación con países que forman parte de la Comunidad Andina, las Tics son empleadas en la ejecución de los procedimientos de contratación pública. En Ecuador las compras públicas son electrónicas.

11. A pesar de los beneficios y afanes por mejorar, aún existe un trecho bastante significativo que superar, no solo por la existencia de un sistema con fallas para desarrollarlo y repotenciar para que sean eficaces y eficientes, sino por el avance tecnológico palpable en la actualidad que no va de la mano con la familiarización de todas las personas o a su vez existe un desconocimiento sobre su funcionalidad, lo que en contratación pública se ha podido verificar en algunos procedimientos de contratación, por ejemplo, por no manejar de manera correcta la dinámica de la firma electrónica, o de registrar los anexos en la herramienta MFC-OF, sus ofertas han sido rechazadas.

12. En contratación pública tiene que aprovecharse en mayor porcentaje empleo de sistemas informáticos para generar contrataciones eficientes y oportunas, a través del empleo mayoritario del procedimiento de catálogo electrónico, mejorando e incorporando diferentes categorías en el repertorio de bienes y servicios con mayor cantidad de ítems en los Catálogo Dinámico Inclusivo y Catálogo Electrónico General, con lo cual se dinamizaría la economía de los sectores de la EPS.

13. La funcionalidad de los sistemas informáticos y herramientas del mismo, en muchos puntos de los diferentes procedimientos de contratación no guardan coherencia con la normativa prevista tanto en la LOSNCP y su General de Aplicación y no van de la mano con el desarrollo normativo generado por medio de las resoluciones administrativas emitidas por el SERCOP, lo que genera inestabilidad en las acciones que ejecutan los actores del SNCP, se atenta de manera puntual a los principios de participación nacional, concurrencia, trato justo, publicidad y transparencia.

14. A la falta de seguridad jurídica y confianza legítima que ocasiona la norma administrativa desbordante, cambiante y contradictoria, se suma la incompatibilidad de esta normativa con la funcionalidad de las herramientas informáticas, lo que ha generado una suerte de control difuso por parte de los órganos competentes, de manera especial del SERCOP y Contraloría General del Estado, que muchas de las veces han concedido supremacía a la norma administrativa y al sistema informático antes que a la norma jerárquica superior, incluso antes que la primacía de la realidad, por cuanto el sistema informático está por encima de los hechos fácticos y verificados.

15. No se ha encontrado un instrumento por el cual se haya realizado un control al SERCOP sobre la actualización de las herramientas informáticas según las disposiciones transitorias constantes en las Resoluciones Externas que genera el ente rector cuando incluye reformas a la Codificación y Actualización de Resoluciones, que como se analizó, hasta la fecha no han sido realizadas, ¿cuál es el inconveniente por el que no se puede poner en punto al

sistema y herramientas según los cambios, ajustes o desarrollos que deben incorporarse según las reformas normativas en materia de contratación pública?.

Referencias

Referencia General

- Alonso, A. G. (mayo-agosto de 2009). La contratación pública electrónica. *CDP. Cuadernos de Derecho Público*, 139-175. <https://revistasonline.inap.es/index.php/CDP/article/view/9856/10067>
- Álvarez Patiño, L. A. (enero-junio de 2020). La potestad normativa de la Agencia Nacional de Contratación Pública - Colombia Compra Eficiente en el sistema de fuentes de derecho en la contratación estatal. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*.50-79. <http://dx.doi.org/10.18566/rfdcp.v50n132.a03>
- Araujo Juárez, J. (2021). Derecho administrativo: Introducción, fundamentos sistema de fuentes. *Digitalia Hispánica*. Ediciones Olejnik. <https://www.digitaliapublishing.com/a/104219>
- Arrázola Jaramillo, F. (Junio de 2014). El concepto de seguridad jurídica, elementos y amenazas ante la crisis de la ley como fuente del derecho. *Revista de Derecho Público*, 32. doi:1909-7778
- Arriagada, M. B. (20 de septiembre de 2016). Conceptos jurídicos de Derecho subjetivo. *EUNOMÍA. Revista en Cultura de la Legalidad*, 152-162. <http://dx.doi.org/10.20318/eunomia.2016.3285>
- Baldeón Barriga, I. M. (junio de 2021). La Inteligencia Artificial al Servicio de la Ética Pública. *GRUPO CEAS Abogados - Consultores*, 1-9. <https://es.scribd.com/document/511496068/LA-INTELIGENCIA-ARTIFICIAL-AL-SERVICIO-DE-LA-E-TICA-PU-BLICA>
- Barboza Russian, H. H. (junio de 2013). La confianza legítima y la interpretación del artículo 231 por la Sala Constitucional. *Cuestiones Jurídicas*, VII (1), 97-104. ISSN: 1856-6073. <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=127529620006>
- Bernadí Gil, X. (2005). Derecho Público y Administración Electrónica: una Visión Panorámica. *Nuevas Políticas Públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, 211-241. http://www.juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica/anuario/articulos/descargas/01_EST_06_bernadi.pdf

- Campos Ramos, M. (2018). Más normas, menos seguridad el problema de la seguridad jurídica en todo proceso de reforma. *Dialnet*, 35(1), 117-125. ISSN:1812-6804. <https://www.aulavirtualusmp.pe/ojs/index.php/VJ/article/view/1282/pdf9>
- Cassagne, J. C. (2012). Derecho Administrativo. *Academia*. (ABELED0-PERROT, Ed.) https://www.academia.edu/30163899/CASSAGNE_Juan_Carlos_Derecho_Administrativo_Tomo_I_pdf
- Castanedo Abay, A., & Cárdenas Travieso, O. (2020). Administración pública, algunas definiciones jurídicas principales. *Folletos Gerenciales -Universidad de La Habana, Cuba*, 49-60. https://www.researchgate.net/publication/352552870_Administracion_publica_algunas_definiciones_juridicas_principales_Public_administration_some_principal_legal_definitions_Universidad_de_La_Habana_Cuba_Datos_de_los_autores
- Chible Villadangos, P. (enero-abril de 2022). En defensa de la potestad normativa de la Administración. *Dialnet*, 197-226. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8197085>
- Coll, C., & Moreno, C. (2008). Psicología de la educación virtual: Aprender y Enseñar con las tecnologías de la información y comunicación *Ediciones Morata, S. L.*, 1-47. [Psicologia_de_la_educacion_virtual \(1\).pdf](#)
- Conde, C., & Gutiérrez, M. (febrero de 2014). La experiencia de la OCDE en la implementación de políticas de Gobierno Abierto. El desafío de la etapa de implementación. *Revista del CLAD Reforma y Democracia*(58), 237-256. ISSN:1315-2378. <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=357533690008>
- Cordero Quinzacara, E. (2010). Las Normas Administrativas y el Sistema de Fuentes. *Revista de Derecho*, 17(1), 21-50. <https://www.scielo.cl/pdf/rducn/v17n1/art02.pdf>
- Córdova Vinuesa, P. (2019). *Contratación e impunidad en la contratación pública*. Corporación de Estudios y Publicaciones. ISSN: 978-9942-10-451-9
- Dromi, R. J. (1998). *Tratado de Derecho Administrativo*. Ediciones Ciudad Argentina.
- Ferrara Bórquez, J. C. (diciembre de 2007). Las potestades y privilegios de la administración pública en el Régimen Administrativo Chileno. *Redalyc*, 1-27. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173714174004>
- Gallego Córcoles, I. (abril-junio de 2017). Contratación pública e innovación tecnológica. *Revista española de Derecho Administrativo*, 1-17. <https://pjenlinea3.poder->

judicial.go.cr/biblioteca/uploads/Archivos/Articulo/Contratación%20pública%20e%20i
nnovación%20tecnológica.PDF

Gómez González, R. F. (12 de JUNIO de 2019). Discrecionalidad y potestades sancionadoras de la Administración. *SciELO - Revista Ius et Praxis, Año 26, N° 2, 2020, pp. 193 - 218 ISSN 0717 - 2877*. <https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v26n2/0718-0012-iusetp-26-02-193.pdf>

Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno (2007). *Carta Iberoamericana del Gobierno Electrónico*. <https://clad.org/wp-content/uploads/2020/10/7-Carta-Iberoamericana-de-Gobierno-Electrónico-2007-CLAD.pdf>

León González, L., Barrueta Quesada, D. M., & Martell Alonso, L. (septiembre de 2019). La Seguridad Jurídica una Proyección General. *Revista Conrado*, 292-299. ISSN: 1990-8644. <http://scielo.sld.cu/pdf/rc/v15n66/1990-8644-rc-15-66-292.pdf>

López Oliva, J. O. (Diciembre de 2011). La consagración del principio de seguridad jurídica como consecuencia de la Revolución Francesa de 1789. *Revista Prolegómenos - Derechos y Valores*, 121-134. ISSN: 0121-182X. 2011. LA CONSAGRACION DEL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA_José O López Oliva.pdf

Marienhoff, M. S. (2010). Tratado de Derecho Administrativo. *ACADEMIA(Abeledo-Perrot, Ed.)*, 1-493. https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/56390608/libro_Tratado-de-Derecho-Administrativo-Miguel-Marienhoff-Tomo-I-with-cover-page-v2.pdf?Expires=1667972148&Signature=OpVAoLUgk6gRQNVJVL7F7Q0CiRgCH~KjQz6FuKCZWQN4avZmMZi1iFRwMPPrbrYIc~XZVzmlG7D1ZC-gDIYmcAfnfAfe

Pardo, M. d. (2016). Una introducción a la Administración Pública. *eBook Academic Collection (EBSCOhost)*. (E. C. México, Ed.), 74-77. https://drive.google.com/file/d/1RpPBvk8jtRdxYdX2zyOgwqvNpvQuPL7k/view?usp=share_link

Ramírez Alujas, Á. (2011). Gobierno abierto y modernización de la gestión pública. Tendencias actuales y el (inevitable) camino que viene. Reflexiones seminales. *Revista Enfoques: Ciencia Política y Administración Pública (Chile)*, 99-125. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=96021303006>

Real Academia Española. (2022). *Diccionario panhispánico del español jurídico*. <https://dpej.rae.es/lema/potestad>

- Rodotá, S. (2004). Derecho, ciencia, tecnología. Modelos y decisiones de regulación . *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, 105-121. Rodotá_Dialnet-DerechoCienciaTecnologia-5085025.pdf
- Rozenwurcel, G., & Drewes, L. (Octubre de 2012). Las PyMES y Las Compras Públicas. *IDRC-CRDI, Universidad Nacional de San Martín, Red Interamericana de Compras Gubernamentales*.
<http://unsam.edu.ar/escuelas/politica/ideas/ICT4GP/Doc16%20Las%20pymes%20y%20las%20compras%20publicas.pdf>
- SELA. (septiembre de 2014). *Sistema Económico Latinoamericano y del Caribe*. Obtenido de <https://n9.cl/artog>
- SERCOP, & SCPM. (2015). Manual de Buenas Prácticas en la Contratación Pública para el Desarrollo del Ecuador. OAS, 1-46.
https://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic5_ecu_panel5_SERCOP_3.2.1_man_bue_prac_CP.pdf

Referencia Normativa

- Asamblea Nacional. (17 de abril de 2002). Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos. Ecuador: Registro Oficial Suplemento 557, 17 de abril 2002.
- Asamblea Nacional. (04 de agosto de 2008). Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Ecuador. Registro Oficial Suplemento 395 de 04-ago.-2008.
- Asamblea Nacional. (2008). Constitución de la República del Ecuador. Ecuador. Registro Oficial 449 de 20-oct-2008.
- Asamblea Nacional. (22 de octubre de 2009). Ley Orgánica de Garantía Jurisdiccionales y Control Constitucional. *Segundo Suplemento*. Ecuador: Registro Oficial No. 52.
- ASAMBLEA NACIONAL. (13 de octubre de 2011). Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Ecuador: Suplento del Registro Oficial No. 555.
- Asamblea Nacional. (03 de febrero de 2014). Código Orgánico Integral Penal. Ecuador: Suplemento del Registro Oficial No. 180 , 10 de Febrero 2014.
- Asamblea Nacional. (07 de julio de 2017). Código Orgánico Administrativo. Ecuador. Segundo Suplemento del Registro Oficial No.31 , 7 de Julio 2017
- Asamblea Nacional. (17 de febrero de 2021). Ley Orgánica reformativa del Código Orgánico Integral Penal en materia Anticorrupción. Ecuador: Segundo Suplemento

del Registro Oficial No.392.
<https://portal1.uasb.edu.ec:2094/Index.aspx?157Rabf6ik65998>

Consejo Nacional de Planificación. (2021). Plan Nacional de Desarrollo 2021 - 2025. Registro Oficial Suplemento 544 de 23 septiembre 2021.
<http://www.eeq.com.ec:8080/documents/10180/36483282/PLAN+NACIONAL+DE+DESARROLLO+2021-2025/2c63ede8-4341-4d13-8497-6b7809561baf>

Estados miembros de la OEA. (julio de 2000). Convención Interamericana contra la Corrupción. Registro Oficial Suplemento 153 de 25-nov.-2005.

Estados Parte de la Convención. (2005). Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Suplemento del Registro Oficial No. 166 , 15 de Diciembre 2005.
<https://www.registroficial.gob.ec>

Hacienda, M. d. (20 de julio de 1990). Ley de Administración y Control Gubernamentales. SAFCO. <https://bit.ly/3BgZYdl>

Nacional, C. (30 de julio de 2003). LEY DE BASES SOBRE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE SUMINISTROS Y PRESTACIÓN DE SERVICIOS. MINISTERIO DE HACIENDA. LEY 19886: <https://bit.ly/3sF9vYr>

Presidente de la República del Ecuador. (2009). Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Ecuador. Suplemento del Registro Oficial No. 588, 12 de Mayo 2009

República, P. d. (03 de junio de 2008). Ley de Contrataciones del Estado. *Portal OSCE*. Decreto Legislativo. <https://bit.ly/2XRJLNj>

Secretario Nacional de la Administración Pública. (2015). Acuerdo No. 1062 Norma Técnica de Interoperabilidad Gubernamental. (E. L. S.A., Ed.) Segundo Suplemento del Registro Oficial No.467.

Servicio Nacional de Contratación Pública. (31 de agosto de 2016). Codificación y Actualización de Resoluciones emitidas por el Servicio Nacional de Contratación Pública. *Portal del Servicio Nacional de Contratación Pública*. Registro Oficial Edición Especial 245 de fecha 29 de enero de 2018