

**UNIVERSIDAD NACIONAL DE SAN MARTÍN**



**MAESTRÍA EN COMPRAS PÚBLICAS**

*Escuela de Política y Gobierno, Universidad Nacional de San Martín.*

**“LA EFICACIA DE LOS MEDIOS DE IMPUGNACIÓN EN LA CONTRATACIÓN  
PÚBLICA ECUATORIANA”**

Ejecución de proyecto de investigación previo a la obtención del título de Magíster en  
Compras Públicas

**AUTOR:**

Paúl Andrés Vázquez Ochoa

C.I. 0105488076

**DIRECTOR:**

Mgt. Galo Andrés Salamea Moscoso

**Buenos Aires, Junio de 2021**

## **Resumen**

En el desarrollo de procedimientos precontractuales puede manifestarse un vicio de legalidad, ocasionado por inobservancia de la norma objetiva o por aplicación indebida de las causales de rechazo de ofertas, vicio o ilegalidad que puede ser subsanado dependiendo de la etapa del procedimiento y de la eventual afectación que haya generado.

Si se llegase a presentar, en este contexto, una conducta administrativa, sea por acción u omisión, que contraríe al ordenamiento jurídico, será aconsejable el uso de uno de los medios de impugnación que más se ajuste y coadyuve al restablecimiento de la legalidad, y tomando siempre como base la pretensión del impugnante.

No todos los medios de impugnación resultan efectivos, por lo que este análisis aborda la problemática de las impugnaciones y su eficacia como mecanismo de restitución del orden público en las contrataciones estatales.

## **Palabras Clave:**

Apelación, contratación pública, denuncia, impugnación, procedimiento precontractual, reclamación.

## **Abstract**

In pre-contractual procedures, a legality defect may manifest itself, caused by non-observance of the objective norm or by improper application of the causes of rejection of offers. Defect or illegality that can be corrected depending on the stage of the procedure and on the eventual affectation it has generated.

In this context, if an administrative conduct that violates the legal system takes place, whether by action or omission, it will be advisable to use one of the means of challenge that best adjusts and contributes to the restoration of legality, always taking as a basis the claim of the appellant.

Not all means of challenge are effective, so this analysis addresses the problem of challenges and their effectiveness as a mechanism for restoring public order in state contracting.

**Key words**

Appeal, public procurement, complaint, challenge, pre-contractual procedure, claim.

## **Agradecimiento**

*A mi madre y a mi padre, mi Universo, él en Cielo, y ella en la Tierra.*

## Índice de contenidos

### Contenido

Introducción .....	7
Capítulo I.....	10
Fundamento de los medios de impugnación.....	10
Aspectos generales de los medios de impugnación en la contratación pública .....	14
Tipos de procedimientos precontractuales.....	17
Capítulo II .....	21
El respeto a las normas del procedimiento: seguridad jurídica y principio de legalidad .....	21
Los medios de impugnación en la contratación pública ecuatoriana .....	23
Clasificación de los medios de impugnación .....	26
Capítulo III.....	30
El reclamo administrativo: artículo 102 de la LOSNCP.....	30
El reclamo administrativo: Título V del Reglamento General de la LOSNCP .....	35
Impugnación de actos de simple administración.....	38
Conclusiones respecto del reclamo administrativo en la contratación pública ecuatoriana .....	39
El recurso de apelación .....	41
La denuncia .....	45
Efectos jurídicos de las impugnaciones .....	51
Conclusiones.....	57
Bibliografía.....	59

<b>Normativa.....</b>	<b>61</b>
-----------------------	-----------

## **Introducción**

Los administrados son titulares de derechos reconocidos, tanto en la Constitución de la República del Ecuador, cuanto en las leyes orgánicas, ordinarias o cualquier otra norma jurídica que los reconozca, pueden ejercerlos a plenitud, sin que se encuentre permitido menoscabar el goce y ejercicio de estos por parte de las entidades públicas, salvo excepciones puntuales que no se encuentran involucradas en esta investigación.

El derecho al debido proceso no solamente aplica para procesos judiciales en materias penales y no penales, sino también para procedimientos administrativos en los que se deciden respecto de derechos de los administrados o interesados.

Todo acto del poder público se expide después de sustanciado un procedimiento previamente establecido, el cual representa una doble dimensión de garantía, una para el administrado destinatario del acto como titular de derechos, y otra para la administración emisora del acto como garante de derechos.

La contratación pública no es ajena a los procedimientos administrativos, ya que para celebrar un contrato administrativo con el Estado o sus instituciones, se deberá previamente sustanciar un procedimiento precontractual establecido en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, el cual tiene la característica de ser un procedimiento administrativo especial, que se regula específica y excluyentemente por su ley, reglamento y disposiciones del ente rector de la contratación pública en el país.

En este tipo de procedimientos administrativos, se identifican a administrados que alcanzan una cualidad distinta que la común u ordinaria, son sujetos calificados, interesados en celebrar un contrato con el Estado, se los denomina proveedores u oferentes. Para ser proveedores del Estado o sus instituciones, deberán registrarse en un catastro especial, denominado Registro Único de Proveedores, consiguiendo de esta manera la calidad y capacidad específica para celebrar un contrato administrativo.

Respecto de un procedimiento precontractual, los proveedores u oferentes son titulares no solamente de derechos subjetivos reconocidos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, sino que en un contexto integral son, sin lugar a dudas, también titulares de derechos constitucionales, entre ellos, el debido proceso y sus garantías básicas, establecidas en el artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador.

El derecho a la impugnación es una garantía básica del derecho a la defensa, y a su vez forma parte de las garantías del debido proceso. La impugnación, como derecho, no es absoluta, se limita a lo que el ordenamiento jurídico establezca, en respeto al principio de configuración legal. Tiene sus límites, en cuanto a su forma de proponer un determinado medio de impugnación, refiriéndome a requisitos legales de admisibilidad y procedencia, oportunidad para presentarlos como garantía de seguridad jurídica para los interesados en el procedimiento.

En la contratación pública ecuatoriana tenemos expresamente reconocidos como medios de impugnación a la reclamación administrativa, al recurso de apelación y a la denuncia. Estas son las herramientas que tienen los interesados en un procedimiento precontractual para hacer valer sus derechos, oponerse fundamentadamente a las decisiones de las administraciones públicas, y esperar de ellas un pronunciamiento motivado y oportuno.

Cualquier medio de impugnación que se utilice, implica el ejercicio de otro derecho constitucional, que se encuentra dentro de la categoría de los derechos de libertad, me refiero al derecho de petición. Este derecho implica la facultad de presentar quejas o peticiones a las administraciones públicas y a recibir respuestas motivadas. Se desprende lógicamente de este derecho, que no se agota con la sola presentación del reclamo o petición, sino cuando el titular haya recibido la respuesta motivada oportunamente.

En este orden de ideas, es importante analizar el derecho de impugnación de los oferentes como una garantía del derecho a la defensa y al debido proceso, establecido en el artículo 76 numeral 7 letra m) de la Constitución, en armonía con el derecho de petición y con especial énfasis en los medios de impugnación que las normas de la contratación pública ecuatoriana reconocen, y determinar si estos son eficaces.



## **Capítulo I**

### **Fundamento de los medios de impugnación**

Las administraciones públicas se sujetan a un régimen jurídico especial, en el que la dinámica del desarrollo de sus actividades y actuaciones debe observar un fundamento legal previo y específico. El régimen jurídico es de derecho público y la sujeción es a la Constitución y a la Ley.

La observancia y respeto de las normas del ordenamiento jurídico en la manifestación de voluntad administrativa, dotará de legitimidad a la actuación de la administración pública. Esto implica que no solamente sea considerada la sustantividad de la potestad y competencia que se ejerce, sino también el procedimiento o normas adjetivas que respaldan su formación de voluntad, que se verá expresada, en último momento, en una de las formas de actuación administrativa.

El imperio de la ley en la actividad administrativa se presenta como un acatamiento irrestricto que los entes administrativos deben obligatoriamente observar. Esta relación tiene una doble dimensión, una en la que sirve de sustento de validez y legitimidad de la actuación, como dimensión de legalidad; y otra en la que determina un límite de manifestación, circunscribiendo la actuación a lo expresamente permitido, constituyendo una garantía de previsibilidad para el ciudadano destinatario de la misma.

Con lo anotado, sin duda me estoy refiriendo al principio de legalidad, propio de la administración pública en el ejercicio de sus competencias. No será válido para un ente administrativo, obrar sin una norma del ordenamiento jurídico que soporte determinada actuación, y peor aún, hacerlo en franca contravención a disposiciones expresas. Esto invalida el acto del ente, dejándolo sin el margen de protección que otorga la presunción de legitimidad.

La seguridad jurídica juega un papel trascendental en esta relación de sujeción. Permite la confianza del ciudadano en el administrador de la cosa pública, en que se respetará sus derechos y garantías, y que cualquier intento de desviación de la legalidad o inobservancia de las normas previamente establecidas, será desbastado.

Con la certeza de que los entes que actúan en virtud de una potestad pública respetarán los derechos de los ciudadanos y el interés general, se desenvuelven las relaciones entre los particulares y las administraciones públicas, la misma que no debe ser quebrantada.

Por regla general, toda actividad que desencadene en el ejercicio de una potestad deberá observar el debido procedimiento recogido en la ley o en una norma reglamentaria. Esta garantía les corresponde a las autoridades públicas como sujetos activos del procedimiento, lo que en estricto sentido constituye una garantía básica del derecho de protección al debido proceso, contenido en el artículo 76 numeral 1 de la Constitución de la República<sup>1</sup>.

Cuando la autoridad pública en la sustanciación de un procedimiento administrativo, haya inobservado, omitido o transgredido una norma del ordenamiento jurídico, propiamente aplicable al procedimiento, su conducta determinadamente se considerará apartada del sustento de la legalidad, sin legitimidad presunta que la proteja, conduciendo fatalmente a un encuadramiento de invalidez de sus actuaciones desviadas.

Pero estos postulados no siempre se activan de manera automática, a pesar de que debería restablecerse la legalidad cuando ésta haya sido alterada en menoscabo del destinatario del acto sin que medie manifestación de inconformidad alguna de su parte. Es en este escenario en donde surge la posibilidad de que el ciudadano o destinatario del acto ilegítimo pueda activar los mecanismos necesarios para su restablecimiento o restitución del derecho.

Como derivación de la dignidad humana, a todos quienes se consideren afectados por una conducta ilegítima, podrán hacer efectivos sus derechos con plenitud, peticionando la extinción de la desviación gravosa materializada en el acto, reclamando el restablecimiento del orden público y recibiendo una respuesta motivada. Este derecho de petición es constitucionalmente reconocido en el artículo 66 numeral 23 de la Constitución de la República, y se lo ejerce en el ámbito de la relación instaurada entre el particular y el ente público, sin mayor formalidad ni ritualidad excesiva.

---

<sup>1</sup> Ecuador, Asamblea Constituyente, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en Registro Oficial, Suplemento No. 395 (Quito, 4 de agosto, 2008)

De este derecho surge la posibilidad de los administrados para dirigir o presentar peticiones, quejas o reclamaciones a las autoridades públicas, y no se agota con su simple presentación, ya que implica también el derecho de ser atendido oportunamente, sin dilaciones, y recibir una respuesta motivada, sea de la misma autoridad en contra de quien se activó este derecho, o de quien ejerce válidamente la competencia para hacerlo.

Pero no debemos confundir este valioso derecho con otro que se desarrolla en el marco de un debido proceso, refiriéndome al derecho de impugnación contenido en el artículo 76 numeral 7 literal “m” de la Constitución de la República.

Por configuración legal, este es un derecho a recurrir del fallo o resolución expedida en contra del administrado, refiriéndome genéricamente al sujeto pasivo del procedimiento. No es un derecho absoluto e ilimitado, sino que se sustenta en el principio de configuración legal y en el derecho al recurso previamente establecido.

El tipo de impugnación de la que se trata es la administrativa; es decir, la que se establece mediante ley, en el ámbito del desarrollo dinámico de una relación jurídica entre administración pública y administrado, ya que la impugnación judicial es otro mecanismo de naturaleza distinta que no conviene abordarlo en este momento.

La impugnabilidad del acto administrativo es una característica que debe ser observada en armonía con otra de ellas, la estabilidad. La regla general es que el acto administrativo es en principio irrevocable, principalmente si en este se reconocen derechos subjetivos<sup>2</sup>, ya que la revocación del acto es excepcional<sup>3</sup>. Es necesario aclarar que para presenciar esta característica necesariamente deberíamos estar frente a un acto administrativo regular favorable o ampliatorio de derechos, en donde la estabilidad protege al acto e impide su revocatoria en sede administrativa, con la única excepción en la que por cuestiones de

---

<sup>2</sup> LINARES, JUAN FRANCISCO, “Inmutabilidad y cosa juzgada en el acto administrativo,” en *Revista de Derecho Administrativo Municipal*, 211: 667 (Buenos Aires, 1947); *Fundamentos de derecho administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 1975, § 296 a 303, pp. 343-51.

<sup>3</sup> MARIENHOFF, MIGUEL, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, 1965; 2ª ed., 1977, p. 579 y ss. Cfr. REAL, ALBERTO RAMÓN, “Extinción del acto administrativo creador de derechos,” *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, XI-1/2: 71 y ss. (Montevideo, 1960).

prevalencia del interés general el acto deba ser extinguido previa declaratoria de lesividad, supuesto en el que no profundizaremos por no ser objeto de análisis en esta investigación.

Si nos encontramos en el supuesto de un acto administrativo favorable, es lógico que el interesado o beneficiario de sus efectos no los impugnará, al menos no en lo que le beneficia. Pero por el contrario, si hemos sido notificados con un acto desfavorable o de gravamen, y consideramos que poseemos los elementos necesarios y suficientes para manifestar oposición a la entidad emisora del acto, es lógico concluir que éste será impugnado por cualquier medio.

Por regla general, los efectos del acto administrativo final emitido en los procedimientos administrativos comunes o especiales (sancionadores, disciplinarios, entre otros), son individuales, afectan o benefician a un solo interesado o destinatario, pero en procedimientos precontractuales abiertos, licitatorios o concursivos, esta regla es la excepción, quedando únicamente los efectos individuales para procedimientos en regímenes o procedimientos especiales en donde no existe más de un oferente.

En los procedimientos precontractuales de contratación pública sucede algo particular, un acto administrativo puede ser favorable para un oferente y desfavorable para otro u otros oferentes, como en el caso de la adjudicación en el que beneficia y genera derechos al adjudicatario, pero a su vez desfavorece a quienes fueron inhabilitados en el procedimiento o rechazadas sus ofertas. En este caso es indudable que todos los oferentes alcanzan la calidad de interesados y destinatarios del acto administrativo de adjudicación, en razón de que a través de éste acto, se encuentran envueltos derecho subjetivos.

No debemos perder de vista que en la tramitación de procedimientos precontractuales puede suceder que se presenten indicios del cometimiento de una infracción administrativa tipificada y sancionada en los artículos 106 y 107 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública<sup>4</sup>, y eventualmente, luego del debido proceso, se sancione al proveedor infractor y se emita el acto administrativo de gravamen. Frente a este hecho también se pueden ejercer los medios de impugnación que la ley faculta.

---

<sup>4</sup> Ecuador, Asamblea Constituyente, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, en Registro Oficial, Suplemento No. 395 (Quito, 4 de agosto, 2008). En adelante "LOSNCP".

Para comprender los efectos jurídicos de los actos administrativos emanados con ocasión de un procedimiento de contratación pública, debemos conocer, al menos de manera general, los tipos de procedimientos precontractuales existentes en nuestra legislación, y conocer cuales pueden afectar o beneficiar a un solo oferente, y cuales permiten la participación de una pluralidad de proveedores para presentar sus ofertas.

También es importante determinar el tipo de actuación administrativa que desarrolla la entidad contratante en el curso del procedimiento precontractual, pues para un acto de simple de administración no será admisible un recurso de apelación por no estar expresamente reconocido, de conformidad al último inciso del artículo 217 del COA, pero sí será viable la impugnación u oposición a través de un reclamo técnica y jurídicamente fundamentado.

Por lo tanto, los medios de impugnación tienen un fundamento jurídico que obedece a derechos constitucionales, como el derecho de petición y el derecho al debido proceso en la garantía del derecho a la defensa. De esta manera, el impugnar una actuación administrativa, comporta no solamente el ejercicio de un derecho subjetivo reconocido en una ley orgánica, sino también la garantía de ejercer a plenitud los derechos constitucionales relacionados.

### **Aspectos generales de los medios de impugnación en la contratación pública**

Por ser la contratación estatal una rama especializada del derecho administrativo, es necesario contextualizarnos en los aspectos doctrinarios y teóricos que lo desarrollan, especialmente al tratar de la teoría de invalidez del acto administrativo, discutida ampliamente por diversos autores administrativistas, en la que concluyen que a toda actividad de la administración pública, sin excepción alguna, resulta aplicable las consecuencias de la invalidez del acto, En nuestro ordenamiento jurídico, para efectos de los procedimientos precontractuales establecidos en la LOSNCP, no se determina con claridad si las causales de nulidad del acto administrativo son plenamente aplicables en la tramitación de los procedimientos de contratación pública; situación distinta en Paraguay en donde en su Ley

2051 del año 2003 “De Contrataciones Públicas”, artículos 10, 79, 80, 81, 82, 83 y 84, y en el Decreto Reglamentario N° 21.909 del 11 de agosto de 2003 artículos 118, 119, 120, 121 y 122, reconoce la aplicación del sistema de nulidades en los procedimientos de contratación pública.

En los procedimientos precontractuales comunes, especiales, dinámicos y de régimen especial, cuando existe un vicio en la tramitación o sustanciación del procedimiento, que incluso pueda afectar no solo a los oferentes interesados sino a la propia entidad contratante, no existe causal para declararlo desierto, puesto que el artículo 33 de la LOSNCP no prevé una posibilidad o una hipótesis de hecho establecida que encasille plenamente en la situación descrita. Las causales de declaratoria de desierto deben ser analizadas en su tipificación.

Cuando se identifica una violación sustancial del procedimiento precontractual se podrá cancelarlo, algo similar a anular el procedimiento, pero únicamente se lo podrá hacer hasta veinticuatro horas antes de la presentación de las ofertas, conforme lo determina el artículo 34 de LOSNCP, luego de esta etapa precontractual opera la preclusión y se impide la posibilidad de cancelarlo bajo esta causal. Se debe considerar que antes de la presentación de las ofertas, no existe manifestación de voluntad de los oferentes, lo que se traduce en que posterior a este hecho, no existe posibilidad o norma legal que faculte al órgano administrativo a invalidar el procedimiento por no tener sustento jurídico, aun cuando sea una vicio manifiesto y patente.

Esto sin duda es una incertidumbre en la que se encuentran las entidades contratantes cuando, una vez receptadas las ofertas, identifican que existió una ilegalidad en la tramitación y que ésta ha incidido en los derechos de los oferentes o afectado el procedimiento, pero no pueden actuar válidamente sin una norma legal que sustente manifestación administrativa de voluntad.

Los efectos jurídicos de la declaratoria de desierto y la cancelación del procedimiento, son en último momento la extinción de la voluntad administrativa, efectos similares a la declaratoria de nulidad o la revocatoria de los actos administrativos.

El contexto jurídico y procedimental de la declaratoria de desierto y la cancelación se lo analiza de manera especial y diferenciada, sin embargo, es necesario que se conozca que

expresamente no se encuentra reconocida la posibilidad de aplicar el sistema de extinciones o nulidades del acto administrativo desarrollado en el COA.

Considero, que no tendría sustento concluir que el sistema de nulidades del acto administrativo deba ser la única fuente de extinción de las actuaciones efectuadas en el marco de un procedimiento precontractual, puesto que éstos son reconocidos como procedimientos administrativos especiales, y como tal deben mantener su normativa apartada de la común o general y regular su propia naturaleza jurídica en su ley; sin embargo, no es menos cierto que esas normas especiales que ordenan y regulan su actividad, deban al menos observar las reglas y principios generales del sistema de nulidades para tener al menos comodidad de actuar y encasillar los eventuales hechos al hipotético normativo previamente establecido, cuando aquellas normas especiales no determinen lo que en el procedimiento acontezca, pudiendo así anular o extinguir con la debida motivación los actuaciones o los procedimientos precontractuales, según corresponda.

En términos concretos, me refiero a que en los procedimientos precontractuales, por ser procedimientos administrativos especiales, que involucra actividad administrativa, deba considerarse un régimen mixto de extinción de la voluntad administrativa, teniendo por un lado, un régimen especial de extinción que regula los supuestos de hecho puntuales y específicos, y por otro, un régimen general de extinción en el que si se identifican genéricamente vicios del procedimiento, ausencia de requisitos de validez o patologías de la actuación administrativa, se pueda válida y motivadamente anularlo.

Este problema, que lo identifico más como una ausencia de determinación normativa, se agudiza cuando por efectos del artículo 21 de la LOSNCP y artículo 14 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública<sup>5</sup> se obliga a las entidades contratantes a utilizar como medio oficial de tramitación de los procedimientos el Portal de Compras Públicas, ya que su operatividad y funcionalidad no se armoniza ni corresponde con la realidad que pueda llegar a acontecer en la tramitación.

---

<sup>5</sup> Ecuador, Presidencia de la República, Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Decreto Ejecutivo 1700, en Registro Oficial Suplemento No. 588 (Quito, 12 de mayo, 2009). En adelante “*RGLOSNC*”.

Por ejemplo, cuando producto de una reclamación o apelación se impugne la adjudicación, y la máxima autoridad decida revocarla, disponga realizar una nueva calificación o evaluación de ofertas y emita una nueva adjudicación, éstas actuaciones no se podrán publicar sin antes solicitar por escrito al Servicio Nacional de Contratación Pública<sup>6</sup> SERCOP, con el propósito de que un Comité interno<sup>7</sup> decida si procede o no su solicitud de publicación de las actuaciones desarrolladas con ocasión de la reclamación y la nueva calificación o adjudicación. Lo correcto debería ser que estas actuaciones se puedan fácilmente publicar en tiempo real y sin dilaciones, pues no debemos olvidar que de por medio están derechos de los oferentes, recursos públicos y el interés general, por lo tanto, se debe procurar garantizar la transparencia del procedimiento, y se posibilite un libre acceso a los oferentes o la ciudadanía, para así fiscalizar los actos del poder público sin impedimento alguno.

Los medios de impugnación son las herramientas de las que se sirve el interesado para procurar que se respeten sus derechos en la tramitación de un procedimiento precontractual. Se accionan estos mecanismos cuando se hace evidente una vulneración a la norma objetiva que regula una situación determinada dentro de la etapa precontractual, y con sustento, procede si el resultado de esa inobservancia afecta a los oferentes, sus ofertas o al procedimiento en sí mismo, vinculado siempre a una afectación de uno o más de los principios de la contratación pública establecidos en el artículo 4 de la LOSNCP.

### **Tipos de procedimientos precontractuales**

---

<sup>6</sup> Servicio Nacional de Contratación Pública o “SERCOP”, ente administrativo que de conformidad al artículo 10 numeral 5 y artículo 21 de la LOSNCP, es el administrador de las herramientas informáticas del Sistema Nacional de Contratación Pública del Ecuador, entre ellas, el Portal de Compras Públicas.

<sup>7</sup> Comité de Atención Informática e Incidentes de Procedimientos de la Contratación Pública del SERCOP.

La contratación pública en el Ecuador se realiza sobre la base de procedimientos precontractuales determinados en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que se clasifican en:

1. Procedimientos dinámicos:
  - 1.1. Compras por Catálogo Electrónico
  - 1.2. Subasta inversa Electrónica
2. Procedimientos en régimen común:
  - 2.1. Ínfima cuantía
  - 2.2. Menor cuantía
  - 2.3. Cotización
  - 2.4. Licitación
3. Procedimientos en régimen especial:
  - 3.1. Los procedimientos previstos en el artículo 2 de la LOSNCP.
4. Procedimientos especiales:
  - 4.1. Contrataciones en situación de emergencia
  - 4.2. Adquisición de bienes inmuebles
  - 4.3. Arrendamiento de inmuebles
  - 4.4. Contratación integral por precio fijo
  - 4.5. Ferias inclusivas
5. Consultoría:
  - 5.1. Consultoría contratación directa
  - 5.2. Consultoría lista corta
  - 5.3. Consultoría concurso público

Cada uno de ellos tiene sus propias particularidades que los hace únicos y exclusivos frente a los demás, en razón de que varían sustancialmente tanto en el procedimiento precontractual, cuanto en aspectos técnicos y formales, como por ejemplo: el objeto contractual, la conformación de las comisiones técnicas, los términos para la presentación de las ofertas, las especificaciones técnicas, los términos de referencia, los procesos de selección, y algunos aspectos muy particulares como los que se encuentran previstos para las

adquisiciones de bienes inmuebles<sup>8</sup> o en las contrataciones integrales por precio fijo, entre otros.

El régimen común de la contratación pública en nuestra legislación se encuentra claramente determinado por los procedimientos de Licitación, Cotización, Menor Cuantía, Ínfima Cuantía; mientras que el régimen especial se encuentra determinado en el artículo 2 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, y en virtud de la potestad reglamentaria atribuida al Presidente de la República, éste se ha desarrollado con mayor énfasis en el Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Es necesario precisar que los procedimientos de régimen común se sujetan a umbrales mínimos y máximos sobre los cuales se distinguirá si aplica o no un determinado tipo de contratación, lo cual importa por efecto de que conforme mayor es el presupuesto para la contratación, mayor será la apertura al universo de oferentes.

Por ejemplo, en régimen común, al tratarse de una contratación por procedimiento de menor cuantía, implica que se respeten criterios preferenciales para proveedores de la localidad donde se va a celebrar el contrato, pudiendo incluso llegar a darse una contratación directa conforme lo prevé el artículo 51 de la LOSNCP<sup>9</sup>. Mientras que si se aplica el procedimiento de cotización, este prevé la posibilidad de que se inviten a todos los proveedores con la actividad comercial propia de la contratación, pero se priorizará la contratación con quienes estén domiciliados en la circunscripción territorial en que se ejecutará el contrato. Y en el procedimiento de licitación, se invita a la totalidad de oferentes registrados en el país sin restricción alguna ni parámetros preferenciales estrictos. Demostrándose de esta manera la apertura progresiva de los procedimientos de contratación en régimen común.

---

<sup>8</sup> Como requisito indispensable para la adquisición de bienes inmuebles, es necesaria la expedición por parte del órgano o autoridad competente, del acto administrativo motivado que contenga de la declaratoria de utilidad pública y de interés social, artículo 52 de la LOSNCP y artículo 62 del Reglamento General de la LOSNCP.

<sup>9</sup> Art. 51.- Contrataciones de menor cuantía.- Se podrá contratar bajo este sistema en cualquiera de los siguientes casos: (...) En los casos de los numerales 1 y 3 se podrá contratar directamente; para el efecto, se contará con al menos tres proformas, salvo el caso de manifiesta imposibilidad.

Lo indicado en el párrafo anterior no aplica para el régimen especial, por cuanto estas en su mayoría son contrataciones directas, y sin especificar un monto máximo para el cual se podrán celebrar.

Los procedimientos especiales de contratación pública se encuentran regulados a partir del artículo 53 hasta el artículo 59 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, a partir del artículo 61 hasta el artículo 67 del Reglamento de la LOSNCP. De acuerdo con la LOSNCP, los procedimientos especiales son: Contratación integral por precio fijo<sup>10</sup>, Contrataciones en situaciones de emergencia<sup>11</sup>, Adquisición de bienes inmuebles<sup>12</sup> y Arrendamiento de bienes muebles<sup>13</sup>.

La importancia de conocer los tipos de procedimientos precontractuales que establece la LOSNCP, radica en que al determinar la diferenciación de cada uno de ellos, se podrá identificar cuáles son las actuaciones administrativas susceptibles de impugnación. Por lo tanto, si en un procedimiento especial de adquisición de inmuebles, no existe un acto administrativo de adjudicación, será innecesario analizar la procedencia o no de una reclamación en este procedimiento. Pero por el contrario, si analizamos que en una licitación de obras, se encuentra una adjudicación emitida en contravención a una norma jurídica y a uno o más de los principios de la contratación pública, será indudable que tenga que analizarse la procedencia de un determinado medio de impugnación, con su respectivo fundamento jurídico y fáctico.

Los procedimientos precontractuales tienen sus particularidades que deben ser analizados de manera independiente, en armonía de las normas que regulan su tramitación, a fin de identificar su legalidad y respeto por la seguridad jurídica.

---

<sup>10</sup> Artículos 53, 54, 55 y 56 de la LOSNCP.

<sup>11</sup> Artículo 57 de la LOSNCP.

<sup>12</sup> Artículo 58, 58.1, 58.2, 58.3, 58.4, 58.5, 58.6, 58.7, 58.8, 58.9 y 58.10 de la LOSNCP.

<sup>13</sup> Artículo 59 de la LOSNCP.

## Capítulo II

### **El respeto a las normas del procedimiento: seguridad jurídica y principio de legalidad**

La estricta observancia del poder público al ordenamiento jurídico, es la base sobre la que se asienta la seguridad jurídica. Esta conducta, que debería estar presente en toda actividad administrativa, denota respeto tanto por las normas previamente establecidas, cuanto por el principio de legalidad, cualidad conductual que se presume intrínseca en las administraciones públicas.

Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández manifiestan que el momento histórico trascendente, en el que los actos del poder público se encontraron fatalmente destinados al imperio de la ley, como expresión de voluntad popular o comunitaria, es a partir de la Revolución Francesa. Con ese antecedente se delimitó aspectos fundamentales sobre la fuente de emanación del poder o actos singulares del poder.

A partir de ese momento histórico ya no se admiten poderes personales, por la simple razón de que no existe persona alguna sobre la comunidad y que ostente un atributo divino de emanar normas vinculantes para ella<sup>14</sup>. La legitimidad del poder se sustenta en una previa voluntad popular o comunitaria conocida por los ciudadanos e implícitamente manifestada y aceptada por ellos a través de sus representantes, cuya expresión es la Ley.

Este principio de la administración pública ha sido históricamente acogido en la mayoría de las legislaciones de los países del mundo, a tal punto que actualmente sería inconcebible sostener que el poder público, o particularmente una autoridad administrativa en su actividad propia, pueda ejercérselo fuera de los límites que permite la Ley.

Es preciso aclarar, que el sometimiento del poder a la Ley, refiriéndome al principio de legalidad, no solamente abarca a la ley en sentido único y formal, sino que también amplía

---

<sup>14</sup> Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*. Vol. I., (Madrid: Editorial Civitas, 1974), 441.

su espectro de obediencia a la Constitución y a Tratados e Instrumentos Internacionales, principios fundamentales del Derecho y a la jurisprudencia aplicable<sup>15</sup>.

Entonces, cuando se presenta una actuación administrativa desplegada en el ejercicio del poder público en sus distintos ámbitos, que sea evidentemente contraria al ordenamiento jurídico, será inevitable concluir que ésta ha irrespetado un principio de la administración pública y un derecho de los ciudadanos, principio de legalidad y el derecho a la seguridad jurídica.

En el contexto de la contratación pública, es importante definir que la actuación administrativa se manifiesta, en principio, a través de procedimientos precontractuales, que en estricto sentido también es una clase de procedimiento administrativo, clasificado en la doctrina como procedimiento especial<sup>16</sup>.

En términos generales, el procedimiento administrativo se lo define como un conjunto de actos de la administración que tiene por objeto la emanación de un acto administrativo<sup>17</sup>. Para Sayagués Laso, es el conjunto de trámites y formalidades que debe observar la administración al desarrollar su actividad<sup>18</sup>. Por lo tanto, el procedimiento administrativo es, sin duda, una actividad de la cual la administración pública no puede apartarse de manera discrecional, en otras palabras, es una secuencia ordenada de actuaciones tendientes a manifestar una voluntad determinada, alcanzando la característica de actividad reglada.

---

<sup>15</sup> A través del principio de juridicidad reconocido en el artículo 14 del Código Orgánico Administrativo (en adelante COA), se expresa algo que ya se lo tenía vencido y comprendido, refiriéndome a que la actuación administrativa se somete no solamente a ley en sentido formal, sino también a la Constitución, a Instrumentos o Tratados Internacionales, a principios, jurisprudencia aplicable y al mismo Código Orgánico Administrativo.

<sup>16</sup> Agustín Gordillo, *Tratado de derecho administrativo*. Tomo II, (México, D.F.: Editorial Porrúa, 2004), 281.

<sup>17</sup> *Ibíd.*, 278. Para Gordillo, las adquisiciones gubernamentales se ubican en la clasificación de los procedimientos administrativos especiales, por poseer su propia ritualidad y especificidad en atención al tipo de actuación que se desprenderá al final del procedimiento: “*Los principios que veremos se aplican a todos los procedimientos administrativos clásicos, e igualmente a los procedimientos administrativos especiales (...) como los de audiencia pública y licitación pública, que por cierto se subsumen dentro de la categoría general del procedimiento administrativo.*”

<sup>18</sup> Enrique Sayagués Laso, *Tratado de Derecho Administrativo*. (Montevideo: 1963), 461-462.

A los procedimientos administrativos se los puede clasificar de acuerdo a la pluralidad de las actividades que desarrollan las administraciones públicas: en procedimientos generales y especiales; por su finalidad específica: en declarativos, ejecutivos y de simple gestión; y por el tiempo y forma de desenvolverse: en ordinarios y sumarios<sup>19</sup>.

Lo analizado párrafos precedentes alcanza importancia en la aplicación de derechos fundamentales, ya que bajo este análisis se puede concluir que a todo procedimiento administrativo es aplicable las garantías básicas del debido proceso, establecido en el artículo 76 de la Constitución de la República, por cuanto, a la actividad del ente público no se le permite transitar fuera del margen de la Ley ni violentar derechos o garantías de los administrados.

Esta idea de certeza o razonable previsibilidad de aplicación efectiva de la norma está presente en todas las personas, es un derecho inherente al ser humano, en el que legítimamente confiamos en la buena fe del administrador de la cosa pública, y por consecuencia de ello, esperamos un efecto predecible en la esfera de nuestros derechos. Pero como toda conducta humana, ésta puede vacilar en los márgenes de lo prohibido o de lo no permitido, y es allí en donde, por respeto a la confianza absoluta depositada a quienes ejercen potestades, debe prevalecer la voluntad popular expresada en Ley, restableciendo el orden normal de la conducta desviada de la norma objetiva.

La manera en la cual las personas podemos pretender el restablecimiento del orden público es través de una manifestación de voluntad expresa, la cual puede presentarse como una queja, reclamo o petición, la que en último momento será considerada como una objeción u oposición a la conducta administrativa ilegal. Entonces, el administrado que considere violentados sus derechos podrá pretender su restitución o el rescate del ordenamiento jurídico, mediante uno de los medios de impugnación que la ley haya previsto para tal efecto.

### **Los medios de impugnación en la contratación pública ecuatoriana**

---

<sup>19</sup> Eduardo García de Enterría, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, (Madrid: Civitas, 2005), 459.

De acuerdo a lo previsto en la normativa sobre contratación pública, se reconocen como mecanismos para hacer efectiva la tutela de la norma objetiva, los derechos de los interesados y el imperio de la Ley, al reclamo administrativo, al recurso de apelación y a la denuncia. A los medios de impugnación se los puede considerar como remedios<sup>20</sup> del procedimiento administrativo viciado, cuyo objetivo es sanar la ilegalidad patente.

Existen autores que tratan indistintamente como “recurso” al “remedio administrativo” en un sentido genérico del término o concepto de los medios de impugnación<sup>21</sup>, sin embargo, considero oportuno diferenciarlos a los medios o mecanismos de impugnación como un concepto amplio y genérico; mientras que al recurso, reclamo y denuncia, como la aplicación específica del medio pertinente, son la especie dentro del género.

Estos pueden ser considerados como una manera de expresión del interesado de inconformidad a la decisión administrativa<sup>22</sup> o al procedimiento que se desarrolla en la contratación. Pero esta oposición no debe ser fortuita o inmotivada, sino que deberá ser razonada y fundamentada, tanto en aspectos técnicos como jurídicos.

Es importante que se conozcan las diferencias que existen, a veces sutiles, entre cada uno de los medios de impugnación, puesto que tienen sus particularidades propias dadas por la ley, incluso esta diferencia se acentúa hasta en aspectos conceptuales formales como la denominación y calificación del interesado; así por ejemplo, el oferente que interponga un recurso de apelación se lo considerará recurrente, porque recurre o apela de la decisión ante la máxima autoridad; quien presente un reclamo se lo considerará reclamante, porque expresa su inconformidad u oposición respecto de la actuación reclamada; y a quien proponga una denuncia de ilegitimidad se lo denominará denunciante, porque a través de esta se defienden intereses simples y se acusa ante la autoridad competente (ente rector de la contratación

---

<sup>20</sup> Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo, El Procedimiento Administrativo*, Tomo 4, 4ta edición, (Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2016) 179. Los “recursos administrativos, en sentido amplio, serían los remedios o medios de protección del individuo para impugnar los actos —*lato sensu*— y hechos administrativos que lo afectan y defender sus derechos frente a la administración”

<sup>21</sup> Rafael Bielsa, *Conceptos jurídicos y su terminología*, (Buenos Aires, Depalma: 1987) 58 y 60.

<sup>22</sup> Ismael Ferrando, *Manual de Derecho Administrativo*, (Buenos Aires, DEPALMA: 2000) 633.

pública) una actuación reñida con la norma objetiva, considerada como una actuación antijurídica.

Teóricamente, los medios de impugnación son el reclamo, la denuncia y el recurso. Estos tienen su génesis en el derecho constitucional de petición, y particularmente el recurso se fundamenta en la garantía básica del derecho a la defensa y a la impugnación, en el marco del debido proceso.

En términos generales, se puede decir que interponer un medio de impugnación, conlleva en su esencia la presentación de una petición, que de acuerdo al tipo de pretensión y actuación impugnada, podrá ser calificada como un recurso, reclamo, queja o denuncia; es decir, se busca privilegiar la pretensión y no la acción que la articula. Es por ello que se vuelve importante concebir a los medios de impugnación como una prerrogativa derivada del ejercicio de derechos constitucionales, derecho de petición y de impugnación, y considerar que con su sola presentación no se agota en su esencia, sino que será con la tramitación debida y la resolución motivada, cuando efectivamente llegue a consumarse el derecho.

Los medios de impugnación deberán contener ciertos requisitos mínimos que hagan evidente la posición y pretensión del interesado, puesto que de ella se desprende la calificación del medio o mecanismo, así como también su admisibilidad, trámite, procedencia y resolución. Es claro que en este punto me refiero a obtener un mínimo de claridad y precisión de qué es lo que pretende el interesado respecto de la entidad contratante, ya que en virtud de aquello se circunscribe la competencia y el margen de razonabilidad de la decisión administrativa final. Sin embargo, aclaro que en contratación pública no debería pensarse que existe un formalismo condicionado rígido en la formulación, presentación y tramitación de los medios de impugnación a través de requisitos innecesarios, ya que para ello el principio de informalismo a favor del administrado se hará presente<sup>23</sup>, pero se debería al menos, en la formulación y presentación, ejercer estos mecanismos mediante fundamentos pertinentes y motivados, en los que se deduzca fácilmente que la intención es impugnar una

---

<sup>23</sup> Fernando Garrido Falla, *Régimen de impugnación de los actos administrativos*, (Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1956), 294. “Esta doctrina se ha venido aplicando en beneficio de los recurrentes, evitando que por defecto de forma dejen de tramitarse recursos erróneamente calificados.”

determinada actuación administrativa cuya pretensión sea el restablecimiento de la legalidad<sup>24</sup>.

En materia de contratación pública es importante que los medios de impugnación sean expresos, claros y precisos. Para determinar la admisibilidad de determinado medio de impugnación se deberá analizar los hechos y la pretensión en relación a la actuación administrativa impugnada, por ejemplo, legalmente no es admisible un recurso de apelación respecto de un acto de simple administración o de mero trámite, aquello lo determina el último inciso del artículo 217 del COA<sup>25</sup> en contraste con lo previsto en el artículo 103 de la LOSNCP; sin embargo, respecto de un acto de simple administración será viable interponer un reclamo administrativo, con el fin de que éste llegue a consideración de la autoridad administrativa competente para dotarlo de más o diferentes elementos o razonamientos y así pueda resolver con pleno conocimiento de los hechos y emitir el criterio decisorio motivado.

En este sentido, se puede señalar que un requisito subjetivo de admisibilidad en el reclamo y en la apelación es demostrar el interés directo o legítimo en la actuación impugnada o en el procedimiento, mientras que en la denuncia no será necesario aquello, ya que a través de este medio se pretende un restablecimiento del orden público, por presumirse afectar la actuación al interés general a través de un vicio de legalidad manifiesto, en tal virtud, no será necesario ser oferente en el procedimiento precontractual en el que se denuncia.

Por lo tanto, los medios de impugnación se encuentran establecidos en la ley y en las disposiciones emitidas por el SERCOP, a fin de garantizar el cumplimiento objetivo de las normas de la contratación pública y sus principios aplicables.

### **Clasificación de los medios de impugnación**

---

<sup>24</sup> De acuerdo al artículo 139 del COA, el órgano administrativo competente está obligado a corregir los errores u omisiones de derecho en que incurran los interesados, pero excluye esta posibilidad cuando se trata de un error u omisión relacionado con la pretensión de la reclamación o petición.

<sup>25</sup> Ecuador, Asamblea Constituyente, *Código Orgánico Administrativo*, en Registro Oficial, Suplemento No. 31 (Quito, 7 de julio, 2017). En adelante "COA".

Como se había señalado, los medios de impugnación en la contratación pública ecuatoriana, son el recurso de apelación, el reclamo administrativo y la denuncia. Lo tenemos reconocido en la LOSNCP<sup>26</sup>, su Reglamento General y en la Codificación de Resoluciones del SERCOP<sup>27</sup>.

En la LOSNCP se encuentra normado un tipo de reclamo administrativo y un recurso de apelación. El reclamo está desarrollado en el artículo 102, y este tiene una especial característica, presenta dos ámbitos de interposición independiente uno del otro, y por ende dos órganos competentes para resolver el que ha sido puesto a su conocimiento.

El reclamo administrativo puede ser presentado ante el SERCOP<sup>28</sup> o ante la entidad contratante, puede presentarse de manera simultánea, incluso con la oportunidad de presentar un recurso de apelación, de creer el oferente que existe méritos suficientes para hacerlo.

El artículo 102 de la LOSNCP establece particularidades respecto del reclamo administrativo, de acuerdo a si este es presentado ante la entidad contratante o ante el SERCOP, las cuales son replicadas y desarrolladas en el Título XI de la Codificación de Resoluciones del SERCOP.

No se puede dejar de lado el análisis respecto del reclamo administrativo establecido en el Título V del Reglamento General de la LOSNCP, el cual se aparta de los requisitos y del procedimiento del reclamo del artículo 102 de la LOSNCP, ya que considero que son dos

---

<sup>26</sup> Artículos 102 y 103 de la LOSNCP.

<sup>27</sup> Servicio Nacional de Contratación Pública SERCOP, *Codificación y Actualización de Resoluciones emitidas por el Servicio Nacional de Contratación Pública*, Resolución No. RE-SERCOP-2016-0000072 de 31 de agosto de 2016. Registro Oficial, Edición Especial 245, de 29 de enero de 2018. Artículos 470 al 484. En adelante “*Codificación de Resoluciones del SERCOP*” o solamente “*Codificación*”.

<sup>28</sup> La Disposición Transitoria Tercera de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública inserta por disposición del artículo 29 de la Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, dispone: "Sustitúyase la denominación del Instituto Nacional de Contratación Pública por la de Servicio Nacional de Contratación Pública que se contengan en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, otras leyes, reglamentos, normas o regulaciones; cualquier referencia al Servicio Nacional de Contratación Pública como "instituto", INCP" o "INCOP", deberá ser sustituida por la nueva denominación y siglas "SERCOP", respectivamente.". En adelante “*SERCOP*”.

tipos de reclamos diferentes por la forma y por la esencia. Estos aspectos serán analizados en líneas posteriores.

En lo que respecta al recurso de apelación, éste se encuentra establecido en el artículo 103 de la LOSNCP y artículo 231 del COA. Analizados estos artículos, se puede concluir que son idénticos, no varía su esencia ni procedimiento. Sin embargo, añade el artículo 484 de la Codificación de Resoluciones del SERCOP, que una vez presentado el recurso, se deberá comunicar de este hecho al SERCOP en un término no mayor a dos días, particularidad que no se tiene previsto en las normas legales antes referidas, pero es importante tenerlo presente a efectos de que el ente rector de las compras públicas ejerza con plenitud sus facultades legales, suspendiendo el procedimiento precontractual si no se llegase a resolver la apelación planteada.

La denuncia no está definida en la LOSNCP como un medio de impugnación en los procedimientos precontractuales, sino que será la Codificación de Resoluciones del SERCOP el acto normativo que suple esa ausencia legal, y la desarrolla en el Capítulo II del Título XI de la Codificación referida. Este medio, como se analizará posteriormente, está concebido como una denuncia de ilegitimidad de las actuaciones administrativas, ya que se permite que sea presentado por cualquier ciudadano o particular sin necesidad de justificar interés directo en el procedimiento precontractual, y se debe demostrar al menos, conforme lo establece el artículo 472 de la Codificación, una presunción de infracción al ordenamiento jurídico.

Doctrinariamente las impugnaciones se clasifican en recursos, reclamos y denuncias. Los recursos serán exclusivamente para impugnar actos administrativos; mientras que los reclamos o denuncias se dirigen a impugnar actos de simple administración, hechos u omisiones administrativas<sup>29</sup>.

**Tabla 01: Medios de impugnación en la contratación pública ecuatoriana**

<b>Codificación de Resoluciones del SERCOP</b>	<b>RGLOSNCP</b>	<b>LOSNCP</b>	<b>COA</b>

<sup>29</sup> Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo, El Procedimiento Administrativo*, Tomo 4, 4ta edición (Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2016) 194.

<p><b>Denuncia:</b> Artículo 475 al 479. Dirigido a impugnar el procedimiento precontractual y actuaciones administrativas preparatorias o precontractuales. Protege un interés simple.</p>	<p>No reconoce a la denuncia como medio de impugnación.</p>	<p>No reconoce a la denuncia como medio de impugnación.</p>	<p>No reconoce a la denuncia como medio de impugnación en el ámbito de la contratación pública.</p>
<p><b>Reclamo:</b> Artículo 480 al 483. En armonía con el artículo 102 de la LOSNCP. Protege un interés directo.</p>	<p><b>Reclamo:</b> Artículo 150 al 159. Dirigido a impugnar un acto de simple administración o acto administrativo, cuyos efectos se relacionen con su oferta, el procedimiento precontractual o la adjudicación. Protege un derecho e interés directo.</p>	<p><b>Reclamo:</b> Artículo 102. Dirigido a impugnar actuaciones administrativas, que se presumen, presentan incumplimientos normativos, tanto en fase preparatoria, cuanto precontractual. Se lo puede presentar ante el SERCOP o ante la entidad contratante. Protege un interés directo.</p>	<p>El segundo inciso del artículo 134 reconoce implícitamente que los reclamos administrativos que se sustancien a través de un procedimiento específico, se regularán por su normativa especial.</p>
<p><b>Apelación:</b> Artículo 484. En armonía con el</p>	<p>No desarrolla la apelación como</p>	<p><b>Apelación:</b> Artículo 103. Dirigido a impugnar</p>	<p><b>Apelación:</b> Artículo 103. Dirigido a impugnar</p>

artículo 103 de la LOSNCP. Protege un interés directo.	medio de impugnación.	un acto administrativo. Protege un interés directo y particular.	un acto administrativo. Protege un interés directo y particular. En armonía con el artículo 103 de la LOSNCP
--	-----------------------	--	--

Fuente: elaboración propia.

En el caso particular de la contratación pública ecuatoriana, omitir el reconocimiento de un determinado medio de impugnación en una norma de distinta jerarquía, no implica que se encuentre impedido su tratamiento a través de la potestad normativa, como en el caso de la denuncia, que es huérfana de ley y reglamento, pero es generada a partir de un acto normativo del SERCOP. Para Miguel Marienhoff, este tipo de medios de impugnación se los denomina *recursos no reglados*, ya que se considera su existencia implícita en el ordenamiento jurídico por aplicación de corolarios desprendidos de preceptos constitucionales, los cuales no han tenido un desarrollo normativo o reglamentación expresa<sup>30</sup>.

### Capítulo III

#### El reclamo administrativo: artículo 102 de la LOSNCP

Conforme lo determina el artículo 102 de la LOSNCP, los oferentes que se consideren afectados por actuaciones administrativas realizadas por entidades contratantes a través de sus servidores, podrán presentar un reclamo administrativo motivado. Particularmente se indica que serán los oferentes quienes puedan presentar los reclamos, por cuanto la norma

---

<sup>30</sup> Miguel Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo 1, (Buenos Aires: Abeledo-Perrot S.A., 1988), 672.

circunscribe esta posibilidad a quienes demuestren el interés directo en el procedimiento precontractual y en la actuación específicamente, ya que de no cumplirse este requisito, que se lo podría asemejar como de admisibilidad o de legitimación, simplemente no podría ser sustanciado el reclamo por no verse involucrado derecho o interés legítimo alguno del proponente.

Esta norma exige que se señale al menos los indicios necesarios y suficientes que hagan presumir el incumplimiento de las normas de la LOSNCP, de su Reglamento General y de la normativa expedida por el SERCOP, en el procedimiento o actuación reclamada, ya que precisamente a eso se refiere la norma al indicar que el reclamo que se presente deberá ser motivado.

Entonces surge la duda si el reclamo que determina el artículo 102 LOSNCP debe cumplir o no requisitos de admisibilidad. Al Servicio Nacional de Contratación Pública no le es ajeno el conocimiento de reclamos infundados, sin especificación de la actuación reclamada, en donde el reclamante no determina el supuesto incumplimiento normativo, y peor aún la eventual afectación a su oferta o al procedimiento; sin embargo, esto no ha sido un impedimento para que el ente rector de las compras públicas ejerza potestad de supervisión de los procedimientos y admita a trámite los reclamos administrativos propuestos, ya que conforme lo establece el artículo 482 de la Codificación de Resoluciones del SERCOP, el único requisito para la admisibilidad del reclamo será la presentación del formulario de reclamo<sup>31</sup>, el cual deberá estar lleno el menos en sus campos obligatorios.

Lo indicado en párrafos precedentes aplica cuando el reclamo es presentado ante el SERCOP, a fin de que este ente ejerza su potestad administrativa correspondiente y restablezca el orden debido en el procedimiento precontractual, ya que si el reclamo se presenta directamente ante la entidad contratante, no existe otro requisito mínimo obligatorio de admisibilidad, que el de presentarlo con la debida motivación, que a criterio personal implica un ámbito importante de fundamentación técnica y legal.

---

<sup>31</sup> Formato de formulario de reclamo de afectación al oferente, el cual se encuentra anexo a la Codificación de Resoluciones del SERCOP y disponible también en el Portal Institucional del SERCOP. Anexo 9.

El mero hecho de presentar un reclamo administrativo ante la entidad contratante o el SERCOP no implica que éste sea plenamente admisible por más garantista que sea la administración pública, puesto que si bien es cierto ésta puede suplir los errores de derecho, no puede asimismo suplir los errores de hecho en los que se pretenda fundar el reclamo, y peor aún lo relacionado con la pretensión. No se trata de impedir u obstaculizar que el administrado obtenga de la administración pública la tutela administrativa adecuada, todo lo contrario, sino se trata de alcanzar un mínimo razonable de existencia de indicios o presunciones de incumplimientos normativos objetivos, para que de esta manera se ponga en marcha el ejercicio de competencias privativas del ente rector, o en su defecto, del restablecimiento de la legalidad en el mismo seno de la contratante.

El principio de informalismo a favor del administrado<sup>32</sup> que rige en procedimientos administrativos hace lo suyo, y realmente brilla en la oscuridad normativa de los medios de impugnación en contratación pública, y sobre todo en los reclamos administrativos al amparo de la LOSNCP y su Reglamento General como se analizará posteriormente.

Se debe puntualizar que se ha normalizado el uso de reclamos exclusivamente para procedimientos en régimen común, régimen especial y dinámicos, siendo casi inutilizados en procedimientos especiales tales como en adquisiciones de inmuebles o en situación de emergencia, a pesar de que según lo previsto en el artículo 102 de la LOSNCP se encuentra plenamente habilitado reclamar ante cualquier incumplimiento o inobservancia normativa en todo tipo de procedimiento regulado por la misma ley.

Esta costumbre, por así calificarla, puede radicar en el hecho de que los procedimientos precontractuales de régimen común, régimen especial y dinámicos, comparten actuaciones administrativas preparatorias comunes o similares, tales como la resolución administrativa de aprobación de pliegos e inicio del procedimiento, fase de

---

<sup>32</sup>Agustín Gordillo, *Tratado de derecho administrativo, Principios fundamentales del procedimiento administrativo*. Tomo IV, (Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2004), PRA-II-9. “Es, fuera de toda duda, informalismo únicamente en favor del administrado, para facilitarle el ejercicio de los remedios procedimentales y la defensa de sus derechos ante la administración; nada tiene que ver pues este informalismo con la discrecionalidad de la administración, ni se pueden fundar en él, en ningún caso, soluciones que impliquen un apartamiento administrativo en contra de los intereses del recurrente, de los principios fundamentales del debido proceso y del procedimiento jurídico en general”

preguntas, respuestas y aclaraciones, apertura y calificación de ofertas, convalidación de errores de forma, informe de recomendación, adjudicación o declaratoria de desierto. No así, por ejemplo, en el procedimiento especial de adquisición de inmuebles, en donde no se ejerce potestad adjudicadora o poder adjudicador, sino que este procedimiento se desprende del ejercicio de la potestad expropiatoria, distinta en varios aspectos a los otros procedimientos, sin mencionar que tiene un ámbito de aplicación normativa dispersa y sistemática, en donde convergen particularidades propias de la expropiación o adquisición forzosa.

Sin embargo, a criterio personal, en virtud de la competencia que ha otorgado la LOSNCP, no sería improcedente pensarse en reclamar una actuación administrativa contraria al orden público en el contexto o desarrollo del procedimiento administrativo de adquisición de un inmueble, si de los hechos se desprende un incumplimiento a la LOSNCP, su Reglamento General o disposiciones del SERCOP.

Debo recalcar un aspecto fundamental relativo a los reclamos administrativos sustanciados al amparo de la LOSNCP y presentados ante el SERCOP. Estos efectivamente deben ser verificados que cumplan un margen mínimo y razonable de motivación o fundamentación del incumplimiento normativo para su admisibilidad. No todo reclamo puede ser admitido sin una previa valoración exhaustiva de su fundamentación en relación con el incumplimiento normativo y una eventual vulneración a los principios de la contratación pública. Esto incluso sin aún analizar si existe incidencia o afectación a la oferta del reclamante o al procedimiento precontractual, ya que aquello será objeto de análisis por parte del SERCOP al momento de resolver el reclamo.

De otro lado, no se puede impedir presentar un reclamo, en lo absoluto, sino que se debe motivar a los oferentes y proveedores del Estado, a que toda reclamación deba ser fundamentada, y no hacer un mal uso o uso indebido de los medios de impugnación, ya que esto obstaculiza, y realmente afecta a la planificación institucional de la contratante si se llegan a presentar reclamos sin fundamento. Si un reclamo se presenta sin una concreta motivación o sustento técnico o legal, y el mismo es admitido a trámite por el SERCOP, la entidad ya no podrá proseguir con el procedimiento precontractual por mandato del artículo 168.A y 168.B de la Codificación de Resoluciones del SERCOP, sino hasta cuando se resuelva el reclamo, y mientras tanto, el cronograma de la contratación se afecta directamente

e incide en retrasos para la celebración del contrato. Si no existen fundamentos del reclamo, el mismo se archiva luego del debido procedimiento, el cual conlleva al menos siete días hábiles desde la notificación de la calificación del reclamo, lo que se traduce en una vulneración indirecta del principio de oportunidad y una afectación a la organización y planificación institucional de la entidad contratante, sin considerar incluso que puede llegarse a dar incumplimientos normativos o contractuales con otras entidades, por esta innecesaria prolongación del procedimiento precontractual.

La problemática de los reclamos administrativos en contratación pública radica en que por la forma en la que se encuentra desarrollado su procedimiento y aplicación en la LOSNCP y en la normativa expedida por el SERCOP, estos se vuelven mecanismos indeterminados y abiertos. Esta afirmación alcanza sentido cuando verificamos que el único requisito de admisibilidad del reclamo será presentar un formulario de reclamo, lleno al menos en sus campos obligatorios<sup>33</sup>, formulario que se desprende de un formato estándar emitido por el SERCOP, el cual exige detallar información básica, como datos generales e identificación del reclamante o denunciante, el número del procedimiento precontractual, identificar el momento procedimental de la afectación o de la actuación administrativa, domicilio para notificaciones, y seleccionar campos referentes a fundamentos jurídicos; pero, no exige este formulario de reclamo una fundamentación concreta y detallada de las normas inobservadas en la actuación impugnada, o la afectación al procedimiento o a su oferta<sup>34</sup>, convirtiéndolo simplemente en una herramienta de queja particular, en la que se traslada al SERCOP (en caso que el reclamo se lo presente ante este organismo) la responsabilidad y obligación de realizar un análisis de la totalidad del procedimiento precontractual reclamado o denunciado, invirtiendo tiempo, recursos y personal técnico del área de control y supervisión, y del área de las denuncias de la contratación pública<sup>35</sup>, para verificar si tiene o no fundamento el reclamo o denuncia presentada.

---

<sup>33</sup> Artículo 482 de la Codificación y Actualización de Resoluciones del SERCOP.

<sup>34</sup> Si bien es cierto, tanto en el Formulario de Denuncias, cuanto en el Formulario de Reclamos, se presenta el campo "Fundamentos de hecho" para que sea llenado por el interesado, éste debería, en un sano entendimiento del requisito de motivación, presentar como exigencia que sea fundamentado, a fin de que se identifique claramente la eventual vulneración a los oferentes o al procedimiento, y se individualice la pretensión concreta.

<sup>35</sup> Servicio Nacional de Contratación Pública, *Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por Procesos del SERCOP. Registro Oficial*. Registro Oficial, Edición Especial 213, de 18

Esta situación, implica que todo reclamo, esté o no fundamentado en aspectos técnicos o jurídicos, sea analizado por el SERCOP a través de sus servidores del área de control y supervisión, lo cual puede llegar a generar una congestión en la tramitación de los reclamos o denuncias, ocasionando incluso que se inobserven términos y que la potestad de control y supervisión sea ineficaz.

Una forma de prevenir o mitigar este efecto adverso en los controles de los procedimientos, puede ser la culturización de los oferentes al momento de formular y presentar los reclamos, con el fin de que estos lo realicen de manera responsable y fundamentada, puesto que si se impone al menos un mínimo de exigibilidad de motivación del reclamo, ya no se tendría una inversión desproporcionada e innecesaria de recursos en analizar reclamaciones infundadas.

### **El reclamo administrativo: Título V del Reglamento General de la LOSNCP**

Este reclamo se encuentra determinado en el Reglamento General de la LOSNCP (en adelante “*RGLOSNC*”), difiere en su esencia y tramitación del reclamo que reconoce la LOSNCP en su artículo 102. Tiene sus propias características, requisitos y procedimiento. A través de éste se puede impugnar un acto administrativo o un acto de simple administración. Es similar al reclamo que se tenía previsto en el artículo 172 del ERJAFE<sup>36</sup>.

De acuerdo al artículo 150 del RGLOSNC, éste se puede presentar dentro del término de cinco días de notificada la actuación administrativa que se impugna. Este reclamo se lo presenta por escrito, y entendido éste en el contexto del numeral 26 del artículo 6 de la LOSNCP, podrá ser elaborado por medios físicos o electrónicos, lo que se traduce en la

---

de enero de 2018. De acuerdo al art. 11 del Estatuto Orgánico del SERCOP, y a la Resolución Interna No. R.I.- SERCOP-2019-00010, el área Técnica de Control y de Denuncias de la Contratación Pública, tienen a su cargo el realizar el seguimiento, monitoreo, control y supervisión de los procedimientos precontractuales reclamados o denunciados.

<sup>36</sup> Ecuador, Presidencia Constitucional de la República. *Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva*, Decreto Ejecutivo 1634, Segundo Registro Oficial Suplemento 411, de 31 de marzo de 1994.

posibilidad de poder suscribirlo con firma electrónica y presentarlo a través de un canal oficial de comunicación que la contratante señale para el efecto, o en caso de no haberlo señalado, a través del Portal de Compras Públicas del procedimiento precontractual, conforme lo indica el artículo 21 *ibídem*.

En lo relativo al término para presentar este reclamo existe un inconveniente normativo y procedimental, puesto que si bien se lo puede presentar dentro del término de cinco días desde la notificación de la actuación, no existe otra disposición legal ni reglamentaria que obligue a las entidades contratantes a respetar este término mínimo. Solamente se encuentra en la Codificación y Actualización de Resoluciones del SERCOP el artículo 168.A que establece que la adjudicación se emitirá en un término no menor a tres días contados a partir de la actuación administrativa de calificación de ofertas, puja o negociación, pero de ninguna manera obliga a que se respeten los cinco días término para presentar el reclamo del art. 150 del RGLOSNCOP, lo cual podría ser configurativo de una vulneración del ejercicio del derecho de impugnación, determinado en el art. 76 numeral 7 letra m) de la Constitución de la República. Además, el artículo 168.A distingue únicamente este término cuando se pretenda emitir la adjudicación, y no determina ninguna situación jurídica ni procedimental en el caso que se recomiende o decida declarar desierto, frente a lo cual vale recordar el axioma “*Ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*”.<sup>37</sup>

A través de este tipo de reclamo se puede impugnar directamente un hecho, un comportamiento, una omisión, un acto administrativo o de simple administración; es decir, se prevé una impugnación directa ante el funcionario que emitió la actuación impugnada. Considero que si se hubiese determinado que se puede impugnar cualquier *actuación administrativa*, hubiese sido más amplio el margen de impugnación, ya que al referirse a la actuación administrativa, engloba tanto a la acción como a la omisión, y dentro de la acción se comprende al acto administrativo, acto de simple administración o de mero trámite, y el hecho administrativo.

Es competente para conocer y resolver este reclamo, el órgano ante el cual se lo presenta, así lo determina el penúltimo inciso del artículo 150 del RGLOSNCOP. Sería

---

<sup>37</sup> “Cuando la ley lo quiere, lo dice; cuando no lo quiere, guarda silencio”.

incompetente el funcionario u órgano administrativo, que resuelva un reclamo el cual no ha sido presentado ante su instancia.

Este reclamo transita por una fase de admisibilidad y calificación. Mediante providencia<sup>38</sup> se califica el reclamo y admite a trámite, aunque hubiese sido mejor utilizado el término acto de simple administración o acto de trámite, ya que las providencias son propias del sistema procesal judicial, y en este caso nos encontramos en sede administrativa donde no se ejerce potestad jurisdiccional.

Calificado el reclamo, el órgano administrativo tiene quince días término para resolver, entendiéndose que el término se contabiliza a partir del día siguiente de la notificación de la calificación. El reclamo y la resolución deben ser publicados en el Portal de Compras Públicas del procedimiento precontractual, por mandato del artículo 21 de la LOSNCP, 13 y 150 del Reglamento General, y artículo 9 numeral 19 de la Codificación de Resoluciones del SERCOP.

A través de esta reclamación se puede solicitar informes o dictámenes a los órganos administrativos competentes, a fin de que se sustente y entregue mayores elementos de convicción a la autoridad que decidirá sobre la pretensión del reclamante. Estos no serán vinculantes ni obligatorios, sino meramente informativos y facultativos para el ente que lo solicite, conforme lo dispone el artículo 156 del RGLOSNCP.

Según lo previsto en el artículo 153 del RGLOSNCP, este reclamo debe cumplir requisitos formales de admisibilidad, se lo presente con firma de abogado patrocinador, y estará sujeto a que el órgano ante el cual se lo presente, pueda solicitar una aclaración o complementación del reclamo. Considero innecesario que se exija firma de abogado patrocinador, pues es un requisito que impide el libre acceso a la tutela administrativa del interesado o reclamante.

Es importante considerar que de acuerdo al artículo 155 del RGLOSNCP, este procedimiento de reclamación se impulsa de oficio conforme el principio de celeridad y de oficialidad, por lo que no sería pertinente invocar abandono o desistimiento tácito. La entidad

---

<sup>38</sup> El término *providencia* es utilizado comúnmente en instancia jurisdiccional, por lo que considero errado haberlo conceptualizado de esta manera a un acto de mero trámite administrativo.

contratante está obligada a sustanciarlo de oficio sin necesidad de requerir mayor exigencia o ritualismo al reclamante.

### **Impugnación de actos de simple administración**

El acto de simple administración, de acuerdo al artículo 120 del COA, es toda declaración unilateral de voluntad, interna o entre órganos de la administración, efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales y de forma indirecta. Conocido en la doctrina como acto de trámite<sup>39</sup> o acto preparatorio, cuando se lo concibe en el contexto de un procedimiento administrativo.

Es importante aclarar que el acto de simple administración no produce efectos jurídicos directos, sino indirectos<sup>40</sup>. Solamente el acto administrativo irradia efectos jurídicos directos, susceptible entonces de modificar, generar o extinguir derechos del destinatario del acto.

Por lo tanto, si una determinada actuación administrativa no genera, modifica o extingue derechos de los oferentes, no podría considerarse un acto administrativo, y por defecto estaríamos frente a un acto de simple administración o de trámite. Entonces, concluiríamos que esa actuación, que no es un acto administrativo en estricto sentido, la podremos impugnar únicamente mediante reclamación, y no a través de un recurso de apelación, ya que este recurso solamente se prevé para actos administrativos.

En ese sentido, por citar un ejemplo, se puede analizar que el informe de evaluación de las ofertas, conforme el artículo 302 de la Codificación de Resoluciones, es un acto de

---

<sup>39</sup> Agustín Gordillo, *Tratado de derecho administrativo*. Tomo IV, (México, D.F.: Editorial Porrúa, 2004), PRA-II-9. Indica Gordillo que, "(...) las facultades de los funcionarios públicos y por ende de los distintos órganos administrativos, en cuanto al procedimiento, no están siempre claramente determinadas. Como regla general, puede afirmarse que las resoluciones de mero trámite (traslados, vistas, notificaciones) y las que hacen al desenvolvimiento del procedimiento (pedidos de informes, de dictámenes; apertura a prueba, recepción de la prueba) pueden ser dispuestas por funcionarios de menor jerarquía que aquellos a los que corresponde decidir en la instancia respectiva."

<sup>40</sup> Roberto Dromi, *Derecho Administrativo*, (Buenos Aires: Editorial de Ciencia y Cultura, 2004) 129.

trámite esencial, pues forma parte sustancial del procedimiento de licitación, es obligatorio contar con este informe. Pero este informe no debería ser considerado como un acto administrativo en sentido formal, puesto que esta actuación (de trámite) de la Comisión Técnica, se desprende de una atribución designada por ley, y será únicamente la máxima autoridad (o su delegado, considerando los efectos jurídicos de la delegación) la que decidirá acoger el informe o rechazarlo motivadamente, y solamente, aquella decisión, en ese momento genera efectos jurídicos al o los oferentes.

El artículo 303 de la Codificación de Resoluciones del SERCOP, es determinante al indicar que la máxima autoridad o su delegado, sobre la base del expediente, adjudicará la oferta mediante resolución motivada, y señala además que no se podrá adjudicar la licitación a una oferta que no cumpla los requisitos y condiciones del pliego ni a quienes se encuentren incurso en inhabilidades para contratar con el Estado. Es decir, no vincula obligatoriamente al informe de evaluación de las ofertas, sino principalmente al expediente precontractual en su integralidad, ya que puede eventualmente presentarse un error de valoración o de apreciación en la calificación de las ofertas, o incluso una ilegalidad; siendo así, la máxima autoridad válidamente podrá determinarlo y tomar la decisión que corresponda, puesto que si se considera que el informe de evaluación es inexorablemente vinculante, la máxima autoridad estaría impedida de objetar o emitir un criterio administrativo frente a un patente vicio de legalidad, y precisamente aquello no es la intención de la norma citada.

Por ello es importante determinar qué actuación administrativa produce efectos jurídicos directos, con el fin de identificar la procedencia o no de un recurso de apelación o de una reclamación.

### **Conclusiones respecto del reclamo administrativo en la contratación pública ecuatoriana**

En virtud de lo analizado, se puede concluir que existen dos tipos de reclamos administrativos previstos en la normativa de contratación pública, una clase de reclamo reconocido en la LOSNCP, y otro previsto en el Reglamento General de la LOSNCP.

Además, se deberá considerar que el reclamo establecido en la LOSNCP tiene dos ámbitos de sustanciación, ya que puede ser presentado ante el SERCOP, y también puede ser presentado ante la misma entidad contratante. Este tipo de reclamo, el reconocido en la LOSNCP, es abierto y general, no así el reclamo establecido en el Reglamento General de la LOSNCP, el cual establece requisitos de admisibilidad reglados y taxativos, que deben ser cumplidos a rigurosidad, con una pretensión clara y precisa de lo que se exige a la contratante mediante el reclamo.

Indistintamente del tipo de reclamo que se presente, se debe observar la oportunidad para presentarlo. El reclamo de la LOSNCP, prevé como temporalidad para presentarlo, tres días hábiles desde notificada la actuación que se pretende impugnar, mientras que el reclamo establecido en el Reglamento General de la LOSNCP prevé un término de cinco días desde la notificación de la actuación. Si no se cumple este requisito de oportunidad, el reclamo será extemporáneo, y por consecuencia rechazado.

Las entidades contratantes tramitan y resuelven las reclamaciones sin considerar el tipo de impugnación que se presentó, lo cual debería corregirse a fin de garantizar la seguridad jurídica en la contratación pública. Por ejemplo, en el procedimiento precontractual No. SIE-CELTRA-177-20, se presentó un reclamo amparado en el artículo 150 del Reglamento General de la LOSNCP, esperando que se sustancie conforme las normas que regulan ese tipo de reclamo, sin embargo, la entidad lo sustanció de una manera distinta, en la que prevaleció una informalidad condicionada del procedimiento, de la que al menos se obtuvo el resultado esperado que era la declaratoria de desierto del procedimiento.

Lo correcto, a criterio personal, debería ser la prevalencia de un solo tipo de reclamo, reglado en su procedimiento, en el que las entidades contratantes conozcan previamente cómo ha de sustanciarse el mismo, y así todos los oferentes interesados tengan una razonable expectativa de resolución en base a las normas jurídicas previas y aplicadas por autoridad competente. Por lo analizado, considero al reclamo administrativo parcialmente eficaz, en atención a las distintas modalidades de tramitación por las que puedan optar las contratantes, lo cual genera inseguridad jurídica.

## El recurso de apelación

La doctrina en materia de medios de impugnación, ha determinado que según un criterio material de clasificación el recurso puede ser ordinario o extraordinario<sup>41</sup>, y de acuerdo a un criterio jerárquico del recurso, puede clasificarse en vertical u horizontal<sup>42</sup>. La apelación por su esencia es un recurso vertical y ordinario, que una vez interpuesto lo conoce y resuelve el órgano jerárquicamente superior o la máxima autoridad; sin embargo, en contratación pública esta no es la regla, sino la excepción. La reposición es un recurso ordinario y horizontal<sup>43</sup>, en virtud de proponérselo ante el mismo órgano emisor de la actuación impugnada, y es el que resolverá el recurso sin posibilidad de elevar a conocimiento del superior jerárquico o de la máxima autoridad. Este recurso, se encuentra derogado tácitamente por la entrada en vigencia del COA, además que ha sido un medio de impugnación poco utilizado.

Es considerado como un recurso jerárquico o de alzada, y se lo comprende como un recurso que se acciona ante un órgano o instancia superior del autor o emisor del acto impugnado.

Una característica esencial de admisibilidad y procedencia de este recurso, es que el acto impugnado no debe poner fin a la vía o sede administrativa; es decir, que será recurrible un acto administrativo, solamente si es expedido por un órgano que no sea la máxima autoridad, caso contrario, en contra de actos emanados del superior jerárquico de la entidad no procede ningún recurso sino únicamente el extraordinario de revisión, Sin duda esta característica no se hace presente en la apelación en contratación pública, al menos no en nuestra legislación, ya que la mayoría de las actuaciones administrativas, por no decir todas, son expedidas por la máxima autoridad o su delegado. La figura de la delegación implica que

---

<sup>41</sup> Manuel Ibáñez Frocham, *Tratado de los Recursos en el Proceso Civil*, (Buenos Aires: Bibliográfica Omeba, 1963), 110.

<sup>42</sup> Jaime Guasp, *Derecho Procesal Civil*, (Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1968) 713.

<sup>43</sup> Patricio Secaira, *Curso Breve de Derecho Administrativo*, (Quito: Editorial Universitaria, 2004), 235. "Es aquel que se formula ante la misma autoridad pública emisora del acto materia de la impugnación, para lograr que tal autoridad lo revoque, reforme o sustituya."

el delegado actúa en nombre y representación del delegante, por lo que las decisiones delegadas se consideran adoptadas por el delegante, de conformidad al artículo 71 del COA.

La apelación en contratación pública se encuentra regulada únicamente en los artículos 103 de la LOSNCP y 231 del COA. Para presentar este recurso se tiene tres días hábiles contados a partir de la notificación del acto administrativo impugnado. Se debe recordar, que la notificación de toda actuación administrativa se considera realizada a partir de su publicación en el Portal de Compras Públicas del respectivo procedimiento precontractual, ya que esta es la manera legal y formal de notificar una determinada actuación en el contexto de un procedimiento de contratación pública. Su procedencia es respecto de actos administrativos exclusivamente.

A través de la apelación se puede pretender la revocatoria de un acto administrativo o su declaratoria de nulidad, así como también la nulidad del procedimiento precontractual y retrotraer sus efectos al momento en que se produjo el vicio no convalidable. Esto sin duda es algo que en la práctica de la contratación pública ecuatoriana no se ha aplicado con rigurosidad, puesto que la funcionalidad del Portal de Compras Públicas (en adelante "*Portal*") y los cronogramas rígidos o poco flexibles en los procedimientos, impiden de facto, que se pueda dar una revocatoria de adjudicación o de declaratoria de desierto, o una nulidad del procedimiento y retrotraer sus efectos a determinado momento procedimental.

Lo importante, en referencia al principio de publicidad, transparencia y legalidad, es que las actuaciones generadas con ocasión de la interposición de un medio de impugnación se permitan publicar en el Portal sin necesidad de realizar petición o trámite alguno ante el SERCOP, puesto que aquello implica armonizar verdaderamente lo producido en el expediente físico<sup>44</sup> con el expediente electrónico, y a la vez garantiza el respeto por la necesidad de información de los interesados, el derecho a conocer en todo momento las actuaciones suscitadas en el procedimiento, y sobretodo denota sometimiento a la seguridad jurídica respecto de los medios de impugnación.

No se puede sostener que existe seguridad jurídica en la contratación pública ecuatoriana, si no es posible publicar en el Portal todas las actuaciones generadas en el

---

<sup>44</sup> Artículo 36 de la LOSNCP.

contexto de una impugnación, ya que incluso la información calificada en la LOSNCP, RGLOSNCP y la Codificación de Resoluciones del SERCOP, como relevante, obliga a publicarla en el Portal, y precisamente conforme el numeral 19 del artículo 9 de la Codificación citada, cataloga como documentación relevante al reclamo o recurso presentado en la fase precontractual, y a todos los actos emitidos en su tramitación.

Esto sobrepasa la norma legal y reglamentaria, y alcanza relevancia constitucional, conforme las garantías básicas del debido proceso, pues es una garantía del derecho a la defensa, que todos los procedimientos sean públicos y que las partes o interesados (oferentes) puedan acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento, artículo 76 numeral 7 letra d) de la Constitución. Si el Portal o las entidades contratantes, de manera ágil, sencilla y oportuna, no permiten que los oferentes accedan a toda la documentación e información relevante de un procedimiento precontractual, en el que se decide sobre sus derechos, y no garantiza de ninguna forma la publicidad de las actuaciones, se podría señalar que existiría una vulneración de derechos constitucionales.

Ningún órgano administrativo o herramienta informática, puede obligar o colocar en una única situación decisión que implique optar por incumplimiento normativo a una entidad contratante o un administrado. Explico lo manifestado a través de un ejemplo: si producto de una impugnación la máxima autoridad decidió revocar una adjudicación y disponer una nueva calificación de ofertas, todas estas actuaciones deberán ser publicadas en tiempo real en el Portal de Compras Públicas, puesto que así lo determina el art. 21 de la LOSNCP, art. 13 del RGLOSNCP y del numeral 19 del art. 9 de la Codificación de Resoluciones del SERCOP, ya que esto implica respeto al debido proceso y a la seguridad jurídica. Pero si por motivos ajenos a los contratantes, y atribuibles a la operatividad y funcionalidad del Portal, como por ejemplo “seguridades informáticas” que impiden rectificar lo publicado previamente o incrementar campos de publicación de actuaciones, se niega la posibilidad de publicar y notificar la documentación relevante en tiempo real a los interesados, u obliga a la contratante a realizar trámites carentes de sustento legal y reglamentario para publicarlos, se podría decir que se hace presente una vulneración a la seguridad jurídica y al debido proceso, y a la vez le obligaría a la contratante a inobservar las disposiciones antes citadas respecto de la obligatoriedad de publicar toda la documentación considerada como relevante.

Lo citado en líneas precedentes, aconteció y fue motivo de reclamación al SERCOP en el procedimiento precontractual No. COTO-EECS-DD-01-2020<sup>45</sup>, llevado a cabo por la Empresa Eléctrica Regional Centro Sur C.A., en el cual el oferente que se consideró perjudicado a sus derechos como proveedor local, reclamó de la adjudicación ilegal que se realizó a otro oferente que no tenía la calidad de proveedor local. Luego de sustanciada y resuelta la apelación, se dispuso una recalificación de ofertas, para luego expedirse la nueva adjudicación del contrato, la que se emitió con arreglo a las normas legales pertinentes y reconociendo los derechos de proveedor local de los oferentes. Sin embargo, al momento que la entidad contratante se dispuso a notificar y publicar en el Portal de Compras Públicas lo acontecido en la apelación y la posterior calificación y adjudicación, no se le hizo posible cumplir oportunamente con la disposición legal del art. 21 de la LOSNCP, art. 13 del RGLOSNCP y del numeral 19 del art. 9 de la Codificación de Resoluciones del SERCOP, ya que esta herramienta informática, a decir del SERCOP, no permitía modificar o rectificar las actuaciones ya publicadas en el Portal del procedimiento, por “seguridades informáticas”. Luego de las respectivas insistencias, tanto de la contratante, cuanto del oferente interesado, se logró permitir en el Portal la publicación de las actuaciones ejecutadas con ocasión del recurso de apelación, lo que a mi opinión personal debería haberse permitido sin necesidad de reclamo o solicitud alguna, puesto que como bien lo indica el mismo SERCOP en sus oficios de control o supervisión, cada entidad contratante lleva a cabo sus procedimientos bajo su entera responsabilidad, y aquello debería hacerse efectivo realmente permitiéndoles publicar y transparentar toda actuación relativa a los recursos o reclamos de los oferentes, incluso las recalificaciones de oferta, revocatorias de adjudicación o declaratorias de desierto, entre otras.

Las herramientas informáticas deben, definitivamente, armonizarse con el ordenamiento jurídico en cuanto a contratación pública, medios de impugnación y garantías básicas del debido proceso se refieren.

Usualmente las entidades contratantes no resuelven dentro del término legal que prevé el ordenamiento jurídico para un recurso de apelación, esto es, siete días hábiles desde

---

<sup>45</sup> La convocatoria del procedimiento precontractual No. COTO-EECS-DD-01-2020, fue realizada y publicada en fecha 28 de enero de 2020, en el Portal de Compras Públicas.

que se lo propones, sino que de manera general, la solución respecto de este medio de impugnación se notifica días posteriores, con ciertas salvedades en las cuales las entidades respetan este parámetro temporal establecido mediante ley.

La consecuencia jurídica de no resolver la apelación conforme corresponde, es la suspensión del procedimiento precontractual a cargo del SERCOP, el cual debería suspender la tramitación hasta que se tenga plena constancia de que la entidad contratante manifestó voluntad administrativa mediante una resolución concreta y determina, no siendo de competencia del SERCOP determinar si cumple o no los parámetro de motivación del acto administrativo que se emite.

Sin embargo, esta suspensión del procedimiento no siempre acontece, pese a que debería ser una consecuencia inmediata, sin que exista la necesidad de notificar o al SERCOP sobre la inobservancia de la contratante en resolver oportunamente la apelación. En este sentido, se vuelve necesario que el recurrente notifique al SERCOP si la contratante omitió resolver la apelación dentro del término legal que tenía para hacerlo, a fin de que se cumpla con la norma objetivamente y se suspenda el procedimiento si fuere procedente.

Frente a estas consideraciones, en un contexto particular, el recurso de apelación en contratación pública no es respetuoso del criterio doctrinario de la doble instancia, propio de un recurso de alzada o jerárquico, sino que más bien, puede ser considerado como un recurso de reconsideración o reposición, en atención a que es la misma autoridad u órgano administrativo emisor del acto impugnado quien resolverá en única instancia la apelación planteada, por lo tanto, el recurso no conoce, sustancia ni resuelve un órgano superior, sino el mismo órgano. Por ello, lo considero un recurso ineficaz, en virtud de que se presenta incumplimiento normativo referente al término que tiene la entidad para resolver, y adicionalmente por no ser un órgano administrativo superior el que eventualmente resuelve, sino el mismo autor del acto impugnado.

## **La denuncia**

Los remedios administrativos para el restablecimiento de la legalidad y la garantía de los derechos de los interesados, son las reclamaciones, el recurso (apelación) y la denuncia, como mecanismos de impugnación, aspecto ya tratado en líneas precedentes. Siendo la denuncia uno de los mecanismos que pretenden hacer efectivo el pleno goce de los derechos del interesado y su rescate frente a una vulneración, conviene sea analizada en integralidad y en contexto de los procedimientos precontractuales.

Similar al reclamo, en la denuncia se puede impugnar tanto actos como hechos u omisiones administrativas. La diferencia con el recurso de apelación y la reclamación radica en que estos se defienden un interés directo, mientras que en la denuncia se defiende un interés simple.

El interés directo surge en la relación existente entre el impugnante y el procedimiento precontractual, los vincula el ánimo de participar en una determinada contratación, en el caso del oferente, y la voluntad de recibir ofertas y sustanciar el procedimiento, tratándose de las contratantes. Entre ellos, oferente – entidad, se identifica un interés que no es simple, sino directo. De por medio se presentan derechos subjetivos del proveedor del Estado, como el derecho de participación, que conlleva el respeto y observancia de las normas que regulan la etapa de calificación de ofertas, entre otros derechos que se espera sean garantizados por la contratante y sus funcionarios. La relación es proporcional y directa en este tipo de interés.

En el interés simple no existe una relación directa e inmediata con un derecho subjetivo vulnerado, el denunciante no se encuentra afectado en sus prerrogativas personalísimas por no existir aun una actuación administrativa que lesione su esfera de derechos de manera directa. Existe sí un riesgo potencial de vulneración de derechos subjetivos o intereses legítimos, pero lo que se identifica primeramente es una inobservancia objetiva de la norma.

Para Agustín Gordillo y otros tratadistas del derecho administrativo, los administrados pueden acudir a la misma sede administrativa y procurar que sus derechos o intereses se respeten y restablezcan eficazmente, y también, cuando la legitimación se encuentra justificada, pueden comparecer a instancias jurisdiccionales y demandar el restablecimiento de la legalidad y de sus derechos en una determinada actuación administrativa. El análisis a detalle sobre los derechos subjetivos, interés legítimo, interés

difuso e interés simple, no corresponde abordar en esta investigación, pero sí es importante que se diferencie que en un derecho subjetivo se protege a la prerrogativa que el ordenamiento jurídico otorga de forma exclusiva a un individuo determinado; en el interés legítimo a un número de individuos en forma conjunta y no exclusiva; en el interés difuso o derecho de incidencia colectiva a todos los que de manera directa o indirecta, se sientan perjudicados por una actuación producida en el ejercicio de funciones administrativas públicas o por conductas de particulares (Ej.: tutela del medio ambiente); y en el interés simple se protege a la observancia y cumplimiento objetivo de la norma, que se traduce en un mero interés del administrativo en que la ley sea cumplida<sup>46</sup>.

En el interés simple no existe un derecho exclusivo del interesado, propio del derecho subjetivo, tampoco un interés legítimo de un grupo de individuos o colectivo determinado, sino que se presenta el interés de todo ciudadano en que los actos del poder público sean legítimos y apegados a la norma<sup>47</sup>. Por ello, el Capítulo II del Título XI de la Codificación de Resoluciones del SERCOP, se denomina “De las denuncias libres ciudadanas”, acogiendo este criterio teórico, que ha sido desarrollado por la doctrina contemporánea en materia administrativa.

Considero importante citar a Gordillo, referente a la distinción del interés simple en relación con los demás intereses o derechos en el contexto de la interposición de un determinado medio de impugnación:

*El interés simple, como regla, no da derecho a interponer acciones judiciales ni recursos administrativos; sólo permite hacer denuncias ante la administración y el Defensor del Pueblo sobre aquello que se considera ilegítimo; a diferencia del interés legítimo, en que se puede interponer un recurso administrativo que la administración está obligada a resolver (y que permite ejercer el derecho subjetivo a obtener una decisión expresa, recurriendo incluso al amparo judicial por mora de la administración en*

---

<sup>46</sup> Agustín Gordillo, *Tratado de derecho administrativo*, Tomo I, (Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2013), X-41.

<sup>47</sup> *Ibíd.* X-42

*resolver), en el interés simple la administración no está necesariamente obligada, en principio, a resolver la denuncia interpuesta<sup>48</sup>.*

El numeral 24 del artículo 2 de la Codificación de Resoluciones del SERCOP, define a la denuncia como el:

*Instrumento mediante el cual cualquier persona natural o jurídica, en ejercicio de su derecho de participación ciudadana fiscalizar las actuaciones de las entidades contratantes previstas en el artículo 1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, pone en conocimiento del Servicio Nacional de Contratación Pública la existencia de un hecho atentatorio a los principios, políticas y normas que conforman el Sistema Nacional de Contratación Pública.*

Por lo tanto, se concluye que la denuncia protege un interés simple de todo ciudadano, en relación al derecho constitucional de participación, de conformidad al artículo 61 numeral 5 de la Constitución de la República, en el que a través de este medio de impugnación se pretende que toda actuación administrativa respete y observe el ordenamiento jurídico, es decir, el cumplimiento objetivo de la norma.

En lo referente al procedimiento de la denuncia, se debe considerar que ésta exclusivamente se la interpone ante el SERCOP, ya que es el ente competente para conocer y sustanciar este medio de impugnación de conformidad al artículo 2 numeral 24, 475 y 478 de la Codificación de Resoluciones del SERCOP. Si no se señala de forma clara y detallada un hecho que presuma el incumplimiento del orden jurídico o de los principios de la contratación pública, este medio de impugnación será solamente admitido para ejercer un monitoreo o supervisión general del procedimiento precontractual denunciado.

En virtud del Capítulo II del Título XI de la Codificación, que desarrolla a la denuncia como medio de impugnación, se desprende que el SERCOP no tiene un término o plazo definido para admitir a trámite las denuncias. El área correspondiente a control, supervisión y monitoreo del SERCOP, evacuará y tramitará los medios de impugnación que se pongan a su conocimiento de conformidad al número de trámites que registren, y en atención a la fecha

---

<sup>48</sup> *Ibíd.* X-43.

de ingreso. Sería importante destinar mayor énfasis a ésta área en el SERCOP, puesto que considero es un ente principalmente de regulación y control de la contratación pública ecuatoriana.

Este medio de impugnación se puede presentar de manera física o electrónica. Si es física la presentación de la denuncia, se deberá incorporar el formulario de denuncia expedido por el SERCOP a través del Anexo IX que forma parte de la Codificación. Si es electrónica la presentación de la denuncia, se deberá publicar en el Portal de Compras Públicas del procedimiento precontractual denunciado, y también se sugiere presentarlos al correo habilitado para denuncias ciudadanas [alerta@sercop.gob.ec](mailto:alerta@sercop.gob.ec). De cualquier forma, el SERCOP al conocer de una denuncia presentada, deberá analizarla si cumple con los requisitos de admisibilidad, y de ser el caso notificar a la entidad contratante que será sujeta a control y supervisión. Particularmente considero, que sólo cuando el SERCOP notifica con la admisión de un medio de impugnación a la entidad contratante, inicia la acción de control, puesto que con la sola presentación de una denuncia o reclamación, no inicia el control o supervisión, por lo tanto no implica el ejercicio de una potestad propia y exclusiva de la administración pública, como es la potestad de control.

La denuncia, de acuerdo al artículo 472 de la Codificación de Resoluciones del SERCOP, una vez que haya sido admitida por parte del SERCOP, se notificará a la entidad contratante a fin de que en el término de tres días, presente los descargos y alegaciones que correspondan.

En este período, la entidad deberá justificar técnica y jurídicamente lo que ha sido objeto de denuncia, y de ser el caso, si se han determinado otros hallazgos por parte del SERCOP que involucren una presunción de incumplimiento normativo, se tendrá también que contestar respecto de aquellos, y fundamentar el motivo de haber actuado o establecido parámetros que se presumen contrarios a las normas de la contratación pública o sus principios.

Vencido el término de tres días que tiene la entidad para contestar la notificación del inicio de la acción de control, el SERCOP debe pronunciarse y resolver el asunto puesto a su consideración. Si la entidad contestó oportunamente los indicios de incumplimiento normativo o lo que fue objeto de la denuncia, el ente de control realiza un análisis de los

hechos, de la norma aplicable, y de las justificaciones de la contratante, y solamente si concluye que existe un incumplimiento a las normas de la contratación pública o sus principios, podrá recomendar la declaratoria de desierto del procedimiento, a esto normalmente lo califica el SERCOP como vicios no convalidables. Pero si por el contrario, acoge la contestación y descargos emitidos por la entidad contratante, deberá archivar la denuncia y permitir continuar con el procedimiento. Si la entidad no contesta, o no lo hace oportunamente, el SERCOP igualmente está obligado a emitir un pronunciamiento motivado, basado en las constancias del expediente de la acción de control, y de lo que se encuentre publicado en el Portal de Compras Públicas del procedimiento denunciado.

Es importante señalar que no existe un término o plazo que obligue al SERCOP a pronunciarse respecto de las denuncias presentadas, o cuando las contestaciones o descargos hayan sido emitidas, usualmente se pronuncia conforme ingresan los reclamos, denuncias o contestaciones y en base a su carga procesal. Debería establecerse un término perentorio para que el SERCOP pueda pronunciarse válidamente, ya que la competencia administrativa debe estar sujeta a una temporalidad establecida mediante norma, por respeto al debido proceso y a la seguridad jurídica.

El término que tiene el SERCOP para pronunciarse no debe ser indefinido, debería regularse en norma de la LOSNCP, establecer un período en el que pueda ejercer potestad, caso contrario, caducaría la misma.

A través de una denuncia se impugnan las actuaciones administrativas que han sido expedidas sin observar las normas de la contratación pública o sus principios aplicables. Por ejemplo, en el procedimiento precontractual No. LICO-GADMP-001-2021, un interesado en participar en la contratación, presentó una denuncia en relación a los pliegos del procedimiento en lo atinente a la experiencia específica que determinó la contratante. Adicionalmente también impugnó las respuestas y aclaraciones que emitió la contratante en la fase de *preguntas, respuestas y aclaraciones*, ya que se había ratificado en la experiencia específica establecida, por considerar que la referida experiencia limitaba la participación de los oferentes. El SERCOP, luego de admitir a trámite la denuncia y de analizar el descargo de la entidad contratante, concluyó que efectivamente existió una determinación de experiencia específica que limitaba la participación de los demás oferentes interesados, y que

aquello era una afectación directa al principio de concurrencia, por lo tanto se presentó aquella determinación de experiencia como una violación de los principios de la contratación pública, y por estar el procedimiento precontractual en la etapa de calificación de ofertas, decidió considerar como un vicio no susceptible de convalidación, por lo que recomendó la declaratoria de desierto.

Es importante tener presente que los interesados en presentar una denuncia, deben hacerlo con la oportunidad y agilidad que el caso amerite, ya que si la violación normativa es grave, sin duda afectará no solo al procedimiento precontractual, sino en último momento y en sentido macro, a la eficiencia del gasto público, es decir, afectaría a uno de los objetivos prioritarios del Sistema Nacional de Contratación Pública.

### **Efectos jurídicos de las impugnaciones**

A través de la presentación de un reclamo o recurso, se puede pretender la aclaración, modificación, revocatoria o nulidad de una actuación administrativa. La procedencia de la pretensión se sustentará en la verificación de causales de nulidad, de ilegalidad, de revocatoria o de errores susceptibles de aclaración o modificación, siempre en atención a la característica de la estabilidad del acto administrativo, de la autotutela administrativa y de los eventuales o posibles derechos que haya generado al destinatario del acto.

En materia general de administración pública, la interposición de cualquiera de los medios de impugnación no suspende los efectos del acto impugnado<sup>49</sup>, entendida ésta como la regla general, ya que se presumen legítimos y ejecutorios; sin embargo, en materia específica de contratación pública la interposición de impugnaciones tiene un tratamiento distinto. En virtud del artículo 102 de la LOSNCP, cuando el SERCOP notifica a la contratante con la existencia de indicios de incumplimiento normativo, se suspende el procedimiento precontractual por siete días, en los cuales la contratante deberá presentar las

---

<sup>49</sup>Andrés Serra Rojas, *Derecho Administrativo II*, (México D.F., Editorial Porrúa, 1977) 499. Indica este autor que la regla general en la tramitación de impugnaciones debe ser la ejecución inmediata de los actos administrativos, y la excepción, otorgar la suspensión cuando la ley estime que no causen perjuicio a la colectividad.

pruebas y argumentos técnicos pertinentes a fin de desvirtuar los hallazgos. A criterio personal, considero que no está clara la redacción de este artículo respecto del órgano o ente administrativo que dispondrá la suspensión del procedimiento, entendería que por la finalidad o espíritu de la norma, sería el SERCOP el ente que suspende la tramitación a través de su facultad de administrador del Portal de Compras Públicas; sin embargo, por la forma como se encuentra redactado, no es clara ni precisa la atribución de esta potestad de suspensión.

A pesar de que existe este efecto de suspensión del procedimiento recogido en la LOSNCP, también se debe considerar que a través de la entrada en vigencia de la Resolución Nro. RE-SERCOP-2020-106<sup>50</sup> se configuró un efecto jurídico distinto a la regla general antes mencionada, manifestándose la excepción a esta regla, y otorgando la suspensión de los efectos del acto, y del procedimiento precontractual en sí mismo, cuando el SERCOP haya calificado y notificado a la entidad contratante con la presentación de un reclamo o denuncia impugnando el procedimiento o una determinada actuación, o si el SERCOP se encontrara realizando de oficio una supervisión o monitoreo. A simple vista se verifica una contradicción de los efectos jurídicos de suspensión del procedimiento, en razón que por lo dispuesto en la LOSNCP, la suspensión es por siete días, mientras que por lo reglado en el artículo 168.A de la Codificación de Resoluciones del SERCOP, la suspensión será indeterminada hasta que se resuelva el levantamiento de la misma.

El artículo 102 de la LOSNCP tiene una redacción poco clara con respecto de los efectos de la interposición del reclamo, conforme lo indicado en líneas precedentes. Según este artículo, si el SERCOP determina la existencia de indicios de incumplimiento normativo, notificará de dicho particular a la entidad contratante, y se suspenderá el procedimiento precontractual por el plazo siete días hábiles, evidenciándose un error de redacción o ambigüedad. La contradicción radica en que cuando una norma se refiere a plazo, está determinando días contados de fecha a fecha, o lo que se conoce como días calendario, incluyendo sábados, domingos y días festivos o de descanso obligatorio. Mientras que cuando la ley se refiere a término o días hábiles, está excluyendo del cálculo a los días sábados, domingos y días festivos o de descanso obligatorio<sup>51</sup>. Si se aplica lo previsto en el

---

<sup>50</sup> Servicio Nacional de Contratación Pública, Resolución Nro. RE-SERCOP-2020-106, Registro Oficial, Suplemento 832, de 29 de Julio del 2020. Artículo 5.

<sup>51</sup> Artículos 158, 159 y 160 del COA.

artículo 158 del COA, se concluiría que el artículo 102 determina el tiempo de suspensión en días término, sin embargo, por la forma de redacción del segundo inciso de este artículo podría entenderse que son días plazo, sin duda esta ambigüedad debería ser aclarada definitivamente mediante reforma legal.

En cuanto a la suspensión del procedimiento en el contexto de la interposición de un recurso de apelación conforme el artículo 103 de la LOSNCP y artículo 231 del COA, esta sucederá si después del término de siete días contados a partir de la presentación de la apelación, la contratante no emite la resolución correspondiente. La suspensión la realizará el SERCOP por el tiempo que dure el incumplimiento, es decir, se suspenderá el procedimiento hasta que la contratante resuelva el recurso.

La calificación de un reclamo o de una denuncia genera efectos jurídicos *ad intra* del SERCOP, ya que empieza a manifestarse una voluntad administrativa especial, sustentada en el ejercicio de una potestad pública, la potestad de supervisión y control de procedimientos precontractuales, la cual es exclusiva de los entes rectores de la contratación pública. También, de oficio puede ejercerse esta potestad, la que en este contexto deberá presentar sustentos suficientes y pertinentes, ya que al notificarse con el inicio de esta manifestación de control, se suspende el procedimiento precontractual, lo cual puede eventualmente repercutir en una afectación al principio de oportunidad, al cronograma de contratación o a la planificación institucional, si se llegase a determinar que no existieron hallazgos motivados para el inicio de la acción de control.

Es importante destacar las disposiciones relativas a las medidas correctivas que se pueden implementar en los procedimientos precontractuales, cuando en estos se hagan presentes incumplimientos normativos o técnicos susceptibles de enmienda, corrección o reforma, puesto que a través de esta facultad, se podría subsanar errores en la calificación de ofertas, en la tramitación del procedimiento, y en general vicios plenamente convalidables, sin la necesidad de recurrir a la declaratoria de desierto del procedimiento, como insistentemente se lo ha venido haciendo y desconociendo esta facultad correctiva. Las medidas correctivas o rectificaciones las puede implementar la entidad contratante, o en su defecto, sugerir o recomendarlas el SERCOP, en virtud del artículo 102 de la LOSNCP y artículo 473 de la Codificación de Resoluciones del SERCOP, adicionando que también se

puede sustentar esta facultad en la corrección de las actuaciones administrativas en ejercicio de la autotutela administrativa, respetando la estabilidad de los actos como característica intrínseca, en base al artículo 133 del COA.

Considero que el efecto principal de la interposición de cualquier medio de impugnación, es el derecho del interesado u oferente a recibir de parte de la contratante o del SERCOP, según corresponda, una respuesta oportuna y motivada, conforme el derecho constitucional de petición establecido en el artículo 66 numeral 23 de la Constitución de la República.

También se debe mencionar los efectos jurídicos de la falta de interposición de un medio de impugnación en un determinado procedimiento viciado. Puede suceder que se presente una actuación administrativa desviada de la norma, o siendo más radicales en el ejemplo, una actuación contraria a los principios de la contratación pública y en evidente inobservancia a una norma de rango legal, pero que ningún oferente o interesado se haya percatado de dicha vulneración. Frente a esta situación, se debe considerar que la actuación quedará en firme y operará la preclusión del derecho para impugnar.

Por la manera en la que se encuentra redactado el artículo 102 de la LOSNCP, y en lo referente a las denuncias, se puede concluir que no existe un término perentorio para resolver el medio de impugnación por parte del SERCOP, eso no obsta que eventualmente esto debería remediarse mediante una reforma legal y establecer de manera definitiva un término para que se pueda concluir una acción de control emprendida por dicho órgano.

El SERCOP tiene competencia temporal para supervisar e intervenir en procedimientos precontractuales hasta antes de la firma del respectivo contrato administrativo, ya que si pretende ejercer potestad de control y supervisión posterior a este acto jurídico, sería del todo improcedente aceptar como válida la actuación del ente rector en ese momento, ya que lo estaría haciendo fuera del período temporal que tenía para hacerlo.

Cuando los reclamos son extemporáneos son inadmitidos a trámite, ya que los mismos han sido presentados inobservando la oportunidad para su interposición. La consecuencia jurídica y procedimental de no cumplir con el período de tiempo que se tiene para actuar, es la invalidez de la actuación por ser extemporánea, y a su vez, para la entidad

de control, debe considerarse el mismo efecto, la invalidez de la actuación por manifestar voluntad administrativa fuera del período que tenía para actuar.

El asunto de la temporalidad para expedir las resoluciones por parte del SERCOP, atañe a la seguridad jurídica que los administrados consideramos es parte de nuestro catálogo de derechos constitucionales, ya que si como administrado o entidad contratante, nos sometemos a términos perentorios, el ente de control y regulación también debería hacerlo, además es una garantía del debido proceso. Frente a ello, cito al autor Patricio Secaira, que indica:

“Cuando la ley señala un plazo o término (en el plazo se cuentan los días calendarios, en el término solo los hábiles laborables) dentro del cual la administración debe decidir, este debe ser cumplido inexorablemente, puesto que en caso de resolver vencido aquel, éste pierde eficacia jurídica en razón de que la autoridad actuó fuera de su competencia temporal respecto del asunto materia de la decisión administrativa.”<sup>52</sup>

Los medios de impugnación en la contratación pública ecuatoriana, y de manera general en la región, alcanzan una importancia transversal en el uso eficiente y adecuado de los recursos públicos, ya que a través de un mecanismo impugnatorio eficaz, se tendrá una correcta calificación ofertas, cuando la impugnación verse sobre una indebida descalificación. Así también, si la incorrección del procedimiento se restablece en orden a la regularidad y legalidad, se obtendrán resultados beneficios en provecho del bien común y del interés general.

Sin duda, debería existir una regulación especial en lo referente a medios de impugnación en contratación pública, a fin de que se establezcan todas las posibles eventualidades que se puedan presentar en un procedimiento precontractual, y así delimitar el margen de actuar, tanto de la entidad contratante, cuanto del SERCOP, situación que actualmente no se tiene prevista, y se encuentra en manos del mejor entendimiento que otorguen los funcionarios y servidores públicos a las escasas y ambiguas normas que regulan las impugnaciones.

---

<sup>52</sup> Patricio Secaira, *Curso de Derecho Administrativo*, 198.

La seguridad jurídica es una garantía de aplicación de las normas del ordenamiento jurídico, y debe ser irradiada para todos los involucrados en un procedimiento precontractual, no siendo exclusivo de la entidad contratante, sino también para el ente rector de las compras públicas del país.

El debido proceso, igualmente, debe ser garantizado por la entidad contratante, pero si de por medio existe la posibilidad de legal de intervención de un ente de control como el SERCOP, a fin de asegurar el cumplimiento de las normas pertinentes, también será responsabilidad y obligatoriedad que se actúe, por parte de éste, dentro del marco legal, a fin de garantizar al administrado y al interés público, un efectivo desarrollo de la contratación pública.

## **Conclusiones**

Los medios de impugnación son las herramientas de las que se sirve el interesado u oferente para hacer valer sus derechos en un procedimiento precontractual, cuando a través de una patente ilegalidad o una errónea actuación administrativa, se haya afectado a su oferta, al procedimiento o a los principios de la contratación pública.

Las garantías básicas del debido proceso, establecidas en el artículo 76 de la Constitución de la República, deben ser respetadas y garantizadas por las entidades contratantes y por el ente rector de la contratación pública del país, lo cual implica ajustar sus actuaciones y competencias en el marco de este derecho constitucional, y otros conexos.

Los interesados u oferentes, previo a interponer un medio de impugnación, deberían analizar la procedencia del mismo, la naturaleza de la actuación impugnada, los fundamentos fácticos, jurídicos y técnicos, y determinar una pretensión al órgano ante el cual se presenta. Esto colaborará con la administración pública, dotándola de eficiencia.

La operatividad o funcionalidad de una herramienta informática no puede desarmonizar con la normativa que la regula, y peor aún estar en contra de disposiciones legales y derechos constitucionales. Si la Ley manda a actuar de determinada manera, se debe cumplir sin obstáculo alguno lo preceptuado.

En materia de contratación pública, es necesario que los medios de impugnación obedezcan a la realidad de cada uno de los procedimientos precontractuales. No es lo mismo impugnar una adjudicación en un procedimiento en régimen especial, que pretender impugnar una actuación en el procedimiento especial de adquisición de inmuebles, en el que no existe una adjudicación.

Debe establecerse un término perentorio para que el SERCOP emita un pronunciamiento cuando ya se haya iniciado la acción de control, a fin de que las entidades contratantes no inobserven su planificación institucional, y puedan cumplir con sus cronogramas.

Los medios de impugnación en la contratación pública ecuatoriana son ineficaces. No responden a la problemática que actualmente aqueja a los oferentes y a los ciudadanos, que

es el uso eficiente y adecuado de los recursos públicos a través de la celebración de contratos administrativos con contratistas solventes y experimentados.

No se admiten a trámite los medios de impugnación oportunamente, eso afecta al procedimiento precontractual viciado, puesto que no podrá ser rectificado ágilmente, y ocasiona que el vicio se vuelva no convalidable. Las entidades contratantes que sustancian las apelaciones no respetan el término que tienen para resolver el recurso, lo cual acarrea su ineficacia.

Exigiendo firmemente los derechos de los oferentes y los ciudadanos, con razonables pretensiones y nobles aspiraciones, obtendremos de la administración pública el restablecimiento de la legalidad en distinguidas decisiones.

## **Bibliografía**

- Bielsa, Rafael, Conceptos jurídicos y su terminología, Buenos Aires: Depalma 1987.
- Dromi, Roberto, Derecho Administrativo, 12ª ed., Buenos Aires: Editorial de Ciencia y Cultura, 2009.
- Ferrando, Ismael, Manual de Derecho Administrativo. Buenos Aires: DEPALMA, 2000.
- García de Enterría, Eduardo y Ramón Fernández, Tomás. Curso de Derecho Administrativo. Madrid: Editorial Civitas, 1974.
- Garrido Falla, Fernando, Régimen de impugnación de los actos administrativos. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1956.
- Gordillo, Agustín, Tratado de Derecho Administrativo. 11va edición, Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2016.
- Guasp, Jaime, Derecho Procesal Civil. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1968.
- Ibáñez Frocham, Manuel, Tratado de los Recursos en el Proceso Civil. Buenos Aires: Bibliográfica Omeba, 1963.
- Linares, Juan Francisco, Inmutabilidad y cosa juzgada en el acto administrativo, Revista de Derecho Administrativo Municipal, Buenos Aires: Astrea, 1947.
- Marienhoff, Miguel, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo 1, Buenos Aires: Abeledo-Perrot S.A., 1988.
- Real, Alberto Ramón, Extinción del acto administrativo creador de derechos, Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, XI-1/2: 71, Montevideo, 1960.
- Sayagués Laso, Enrique, Tratado de Derecho Administrativo. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1963.
- Secaira, Patricio, Curso Breve de Derecho Administrativo. Quito: Editorial Universitaria, 2004.

Serra Rojas, Andrés, Derecho Administrativo II. México D.F.: Editorial Porrúa, 1977.

## **Normativa**

Ecuador, Asamblea Constituyente, Código Orgánico Administrativo, en Registro Oficial, Suplemento No. 31, Quito, 7 de julio, 2017.

Ecuador, Asamblea Constituyente, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en Registro Oficial, Suplemento No. 395, Quito, 4 de agosto, 2008.

Ecuador, Presidencia Constitucional de la República. Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, Decreto Ejecutivo 1634, Segundo Registro Oficial Suplemento 411, de 31 de marzo de 1994.

Ecuador, Presidencia de la República, Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Decreto Ejecutivo 1700, en Registro Oficial Suplemento No. 588, Quito, 12 de mayo, 2009.

Servicio Nacional de Contratación Pública SERCOP, Codificación y Actualización de Resoluciones emitidas por el Servicio Nacional de Contratación Pública, Resolución No. RE-SERCOP-2016-0000072 de 31 de agosto de 2016. Registro Oficial, Edición Especial 245, de 29 de enero de 2018.

Servicio Nacional de Contratación Pública, Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por Procesos del SERCOP. Registro Oficial. Registro Oficial, Edición Especial 213, de 18 de enero de 2018.

Servicio Nacional de Contratación Pública, Resolución Nro. RE-SERCOP-2020-106, Registro Oficial, Suplemento 832, de 29 de Julio del 2020.