

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO
Colegio de Jurisprudencia

La Contratación Pública Interadministrativa en Régimen Especial con Entidades del Sector Público de acuerdo al numeral 8 del artículo 2 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública

Stefani Lisset Tapia Rosales
Gilberto Gutiérrez P., Dr., Director de Tesis

Tesis de grado presentada como requisito para la obtención del título de
Abogada

Quito, mayo de 2013

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Jurisprudencia

HOJA DE APROBACIÓN DE TESIS

“La Contratación Pública Interadministrativa en Régimen Especial con Entidades del Sector Público de acuerdo al numeral 8 del artículo 2 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública”

Stefanía Tapia

Dr. Marco Morales
Presidente del Tribunal e Informante

Dr. Gilberto Gutiérrez
Director de Tesis

Dr. Juan Pablo Aguilar
Informante

Dr. Luis Parraguez
Decano del Colegio de Jurisprudencia

The image shows four handwritten signatures in blue ink, each placed over a horizontal dotted line. The signatures are cursive and somewhat stylized. The first signature is at the top, followed by three more below it, corresponding to the four approvers listed on the left.

Quito, 14 de Mayo de 2013

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

EVALUACION DE DIRECTOR / TRABAJO ESCRITO TESINA

TESINA/TITULO La Contratación pública interadministrativa en régimen especial.

ALUMNO Stefani Lisset Tapia Rosales.

E VALUACIÓN:

a) Importancia del problema presentado.

La estudiante toca un problema medular de la contratación pública hoy día. La contratación interadministrativa y su falta de motivación como elemento de sustento de toda actuación pública que justifique y sustente la selectividad de un operador económico público, frente a otro de la misma naturaleza.

Discriminaciones que son llevadas a cabo por entes contratantes, bajo el amparo del número 8 del artículo 2 de la LOSNCP, omitiendo la aplicación de principios jurídicos rectores del derecho administrativo.

b) Trascendencia de la hipótesis planteada por el investigador.

La hipótesis de la investigación parte de dos casos reales que permiten al investigador, desarrollar, sustentar y exponer como la falta de reglamentación del principio de selectividad en los contratos interadministrativos permiten o facilitan la colusión pública y arbitrariedades administrativas.

c) Suficiencia y pertinencia de los documentos y materiales empleados.

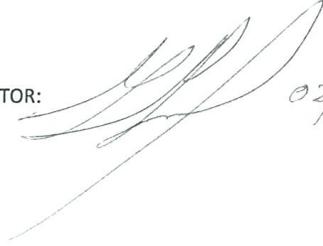
El tema en cuestión es un tema de amplio proceder, considerando que la contratación interadministrativa es un tema parcialmente nuevo en el Ecuador y que no existe mayor tratamiento legal o reglamentario al principio de selectividad la investigadora ha recabado información fáctica, legal y doctrinal necesaria para presentar una Tesina de grado. Considerando que el derecho administrativo es una de las ramas más innovadoras y evolutivas del derecho, consideramos que este documento es un buen inicio para futuras investigaciones.

d) Contenido argumentativo de la investigación (la justificación de la hipótesis planteada).

El contenido argumentativo cumple con las necesidades y requerimientos básicos para ser presentados y defendidos en la disertación oral a fin de obtener el grado de abogado. La investigadora utiliza argumentos doctrinarios de alto reconocimiento, no obstante, consideramos que se debió hacer un esfuerzo superior en obtener jurisprudencia nacional o extranjera y criterios de autoridades de otras latitudes

entorno al tratamiento de tal realidad fáctica. Sin embargo el texto cumple las necesidades de una tesina.

FIRMA DIRECTOR:



02/abril/2013

©DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación queda sujeto a lo dispuesto en la Política.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Organiza de Educación Superior.

Firma:

STEFANI LISSET TAPIA ROSALES

C.I: 170971451-1

FECHA: 22 MAYO DE 2013

DEDICATORIA

A mis padres: Gustavo y Ma. Eugenia, por su amor, sacrificios y apoyo incondicional, ya que de ellos también es este triunfo, por todo esto y más estoy infinitamente agradecida, y por haberme enseñado que con esfuerzo y dedicación se pueden hacer realidad los sueños.

A mi hijo y esposo: Matthew, fuiste mi inspiración y ganas de seguir adelante por y para ti. Luis Felipe gracias al apoyo y el empuje para poder culminar con esta meta, por darme un apoyo sin límites y creer siempre en mí.

A mis hermanos: Johanna y Gustavo, por ser personas fundamentales en mi vida y estar siempre unidos a través del amor que lo hace posible.

A los profesores: gracias por los innumerables conocimientos adquiridos durante toda la carrera.

AGRADECIMIENTO

Por haber sido la Universidad San Francisco de Quito, la Institución que me abrió las puertas para continuar mi formación profesional y culminarla con gran éxito, reitero mis agradecimientos a esta prestigiosa Universidad, cuyos conocimientos adquiridos serán los que me permitan materializar otras metas.

A todos y cada uno de los catedráticos que desde el primer año de Universidad dirigieron mi formación académica y personal.

Un agradecimiento muy especial y al Dr. Gilberto Gutiérrez Perdomo, en primer lugar por haber aceptado mi petición de dirección de investigación; y, en segundo lugar por su paciencia y conocimiento académico en la elaboración de esta tesina.

Un agradecimiento especial a la Dra. Daniela Salazar quien me permitió con su dirección en la metodología de la investigación generar elementos de dirección académica para poder configurar y dar mejor luz a mi investigación.

RESUMEN

El artículo 2 de la LOSNCP prevé la existencia de un régimen especial de contrataciones en el Sistema Nacional de Contrataciones, y dentro de esta modalidad se encuentra la Contratación entre Entidades Públicas. En esta modalidad de contrataciones únicamente el Presidente de la Republica puede reglamentar sus procedimientos, bajo criterios de selectividad.

La falta de reglamentación del criterio de selectividad en los contratos interadministrativos (contratos entre entidades públicas) ha venido ocasionando la vulneración de los Principios de Derecho Administrativo más importantes como son el de legalidad y discrecionalidad. Puesto que el criterio de selectividad no se encuentra desarrollado ni estructurado en la ley ni en el reglamento general, así como tampoco el INCOP ha emitido resolución alguna en la que se establezca cual es el criterio de selectividad específicamente en Régimen Especial. Este problema que se pretende analizar no ha sido tomado en cuenta en la práctica de la contratación pública.

ABSTRACT

In article 2 of LOSNCP shows the existence of a special contract regime in the contract national system, and within that mode you'll find the contract amongst public entities. Under this contract mode, only the president of the republic can dictate its procedures under selective criteria.

The absence of ruling of selective criteria in inter-administrative contracts (contracts amongst public entities) has been causing the vulnerability of the most important principles in administrative law which are legality and discretion. Due to the fact that the selective criteria has not been developed or structured in the law or the general ruling as well as how the INCOP has not published some kind of resolution in which establishes what is the selective criteria in the special regime specifically.

This problem which is to be analyzed, has not been taken inconsideration in the execution of public contracts.

INDICE

Introducción.....	1
CAPÍTULO I RELACION INTERADMINISTRATIVA.....	4
1.1. Base jurídica del establecimiento de la relación interadministrativa.....	5
1.1.1. Breve antecedente del surgimiento y estructura del Estado.....	5
1.1.2. Definición de Estado	8
1.1.3. Derecho Público – Derecho Administrativo – Administración Pública ...	8
1.2. Estructura Orgánica – administrativa del Estado Ecuatoriano.....	12
1.3. Entidades del Estado Ecuatoriano	18
1.3.1. Empresas Públicas como entidades del Estado	20
1.3.2. Los Gobiernos Autónomos Descentralizados (GADS) como entidades estatales.....	22
1.3.3. Las Personas Jurídicas de Derecho Público	26
1.4. Establecimiento de la relación administrativa y surgimiento de la relación interadministrativa.....	28
1.4.1. Surgimiento de la relación interadministrativa.....	32
1.4.2. Surgimiento del contrato interadministrativo	35
1.4.3. Los contratos interadministrativos en el marco de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública	38
CAPÍTULO II PRINCIPIOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN EL MARCO DE LA CONTRATACIÓN INTERADMINISTRATIVA Y EL CRITERIO DE SELECTIVIDAD	41
2.1. Los principios del Derecho Administrativos.....	42
2.2. El régimen especial en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.....	46
2.2.1. El criterio de selectividad en el Régimen Especial.....	52
2.3. El INCOP y normas supletorias sobre el criterio de selectividad.....	55
2.4. El principio de legalidad vs. Criterio de selectividad de la LOSNCP.....	57
2.5. El principio de discrecionalidad vs. Criterio de selectividad de la LOSNCP..	69

2.5.1. El Reglamento para el Control de la Discrecionalidad y su aplicación en la contratación pública en el marco del criterio de selectividad.....	74
CAPITULO III ANALISIS DE CASO PRÁCTICO BAJO LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y DISCRECIONALIDAD, Y VISION GENERAL DE LOS PRINCIPIOS QUE SUSTENTAN LA CONTRTACIÓN PÚBLICA ECUATORIANA.....	79
3.1. Visión general de los principios de la LOSNCP.....	80
3.2. Análisis jurídico y doctrinario del criterio de selectividad aplicado en dos casos prácticos	84
3.2.1 Contrato con código RE-MEER- 002-2011, del Ministerio de Electricidad y Energía Renovable con la compañía TECNISTAMP GASESPOL CEM.....	84
3.2.1.1. Creación de la necesidad.....	85
3.2.1.2. Elaboración de los términos de referencia (TDRs) y propuesta inicial de la contratación por Régimen Especial de acuerdo al numeral ocho del artículo dos de la LOSNCP.....	85
3.2.1.3. Sugerencia inmotivada de contratación mediante Régimen Especial e inobservancia e inaplicabilidad del criterio de selectividad.....	86
3.2.1.4. Elaboración de los pliegos bajo la modalidad de Régimen Especial de acuerdo al numeral ocho del artículo dos de la LOSNCP	87
3.2.1.5. Resolución de inicio de proceso y aprobación de pliegos.....	89
3.2.1.6. Resolución de Adjudicación y falta de motivación administrativa del criterio de selectividad	89
3.2.2. Análisis del criterio de selectividad aplicado al Contrato con código RE-DINARDAP-002-2011, de la Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos...	89
3.2.2.1. Información del Contrato y creación de la necesidad – La aplicación del criterio de selectividad en los documentos pre contractuales.....	90
3.2.2.2. Elaboración de los términos de referencia (TDRs) y propuesta inicial de la contratación por Régimen Especial de acuerdo al numeral ocho del artículo dos de la LOSNCP.....	90
3.2.2.3. Resolución de inicio de proceso y aprobación en Régimen Especial.....	91

3.2.2.4. Resolución de adjudicación y falta de motivación administrativa del criterio de selectividad	92
3.3. Análisis del criterio de selectividad en los dos casos prácticos	92
3.3.1. Naturaleza jurídica de las entidades contratantes.....	93
3.3.2 La aplicación del criterio de selectividad en los dos casos prácticos.....	95
3.3.3. Resolución 054 de 12 de noviembre de 2011, emitida por el INCOP sobre definición de términos de referencia y especificaciones técnicas.....	97
3.3.4. Momento jurídico para el análisis de la razonabilidad del criterio de selectividad.....	100
CONCLUSIONES.....	105
RECOMENDACIONES.....	108
BIBLIOGRAFÍA.....	109
PLEXO NORMATIVO.....	112
REFERENCIAS OBTENIDAS DEL INTERNET	113
ANEXOS	

INTRODUCCIÓN

La contratación pública entre las entidades estatales, denominada por la doctrina como contratación interadministrativa, se configura como una de las modalidades contractuales de trascendental importancia en el Siglo XXI y aplicada en la actualidad por el Estado Ecuatoriano con el objetivo de dar mayor presencia del Estado en la contratación pública, por lo que es muy importante realizar el estudio y análisis de este tipo de contratación. Es así que en el Ecuador se promulgo la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en la cual se establece la contratación entre entidades del Estado denominado Régimen Especial bajo el criterio de selectividad y es justamente aquí cuando surge una gran interrogante, ¿Al momento que se establece un Régimen especial de contratación directa entre el Estado y entidades del Estado bajo criterio de selectividad, se estaría vulnerando uno de los principios de legalidad o de discrecionalidad?, interrogante que será estudiada y analizada a través de los Capítulos de la presente investigación.

Para dilucidar esta interrogante, se han planteado en la presente investigación tres Capítulos. En el Capítulo I, se analizará brevemente la historia del surgimiento del Estado, pues al surgir este, como consecuencia directa se debía conformar la estructura económica, política, social y particularmente jurídica del Estado, quedando conformado el Estado y como consecuencia las entidades del Estado. Posterior a este estudio se hace necesario definir al Derecho Administrativo y a la Administración Pública como ejercicio directo del primero, esto nos permitirá proceder a estudiar y analizar particularmente la estructura jurídica administrativa del Estado Ecuatoriano la cual se encuentra plasmada en el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva y en el marco de la actuación de la Administración Pública también se ha plasmado dicha actuación en el Reglamento para el Control de la Discrecionalidad. El ERJAFE, establece la forma como se estructura Administración Pública, así como también la forma y figura de las entidades institucionales y de derecho público constituyéndose todas estas en entidades administrativas cuyo objeto de su existencia primordial es el generar un bien común a los administrados, es decir a los ciudadanos o habitantes del Estado ecuatoriano. El Estado a través de cada una de sus

entidades debe establecer mecanismos sociales, políticos y jurídicos para generar el bienestar social y uno de estos mecanismos es el de la contratación pública que en el caso del Ecuador, se encuentra normado en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCPP).

Las contrataciones que realiza el Estado de una manera general lo hace con las entidades de derecho privado, más en el la LOSNCPP se ha establecido un Régimen Especial mediante el cual las entidades administrativas pueden contratar directamente con otras entidades administrativas mediante el criterio de selectividad. Este tipo de relación jurídica de contratación entre entidades administrativas, la doctrina jurídica ha denominado como relación interadministrativa y los contratos que de esta relación se derivan, se han denominado contratos interadministrativos. Este Régimen Especial sustenta su actuación como eje fundamental en lo que la Ley ha denominado el criterio de selectividad, cuando establece en su artículo dos que “Se someterán a la normativa específica que para el efecto dicte el Presidente de la República en el Reglamento General a esta Ley, bajo *criterios de selectividad*, los procedimientos precontractuales de las siguientes contrataciones...”.

En el Capítulo II, estudiaremos en una primera parte, la definición de principios generales del derecho, su definición y comprensión doctrinaria, lo que permitirá llegar a los principios más importantes que los tratadistas del Derecho Administrativo han creído analizar, y estos son el de legalidad y el de discrecionalidad, siendo el primero el eje sobre el cual gira la actuación administrativa y el segundo, como el principio que aplica la administración pública como parte de su potestad pública, por lo que estos principios deben estar plenamente aplicados en todas y cada una de las actuaciones administrativas por lo que al momento de aplicar el criterio de selectividad se hace necesario confrontar los principios de legalidad y discrecionalidad frente al criterio de selectividad establecido en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Esta confrontación jurídica, permitirá analizar dos temas muy importantes, la forma de aplicación y desarrollo del criterio de selectividad y si dicha aplicación vulnera o no uno de los

principios de legalidad y discrecionalidad. Pero esta confrontación no solo se la puede realizar de forma doctrinaria sino también en casos prácticos para su mejor análisis y objetividad.

En el Capítulo III, aplicaremos lo estudiado en los Capítulos anteriores, a dos casos prácticos para comprobar o no la materialización de la vulneración de los principios de legalidad y discrecionalidad frente a la selectividad por parte de la administración pública y hemos escogido dos caso como son el de la contratación en Régimen especial que realizó el Ministerio de Electricidad y Energía Renovable con otra entidad administrativa como es la compañía Tecnistamp Gasespol Cem, y el contrato suscrito entre la Dirección Nacional de Datos Públicos y otra entidad estatal como lo es la compañía Seguros Sucre S.A.

Este análisis, permitirá que se abra un debate jurídico sobre la forma de aplicar el criterio de selectividad y la forma de motivar dicha selección, lo que conducirá a una nueva visión y discusión de la contratación pública ecuatoriana.

CAPÍTULO I

LA RELACIÓN INTERADMINISTRATIVA.

Como antecedente necesario para establecer las bases jurídicas sobre las cual se sustenta las relaciones interadministrativas, es importante conocer la historia de la conformación del Estado y más adelante la estructura de la arquitectura legal del Estado y su división en el Derecho Público y Derecho Privado. El estudio del Derecho Público nos llevara a conocer, el Derecho Administrativo y su forma de aplicación a través de la Administración Pública. En el Estado ecuatoriano, la administración pública ha quedado debidamente reglada por el Estatuto Régimen Jurídico Administrativo Función Ejecutiva (en adelante se lo denominará ERJAFE) en el cual se establece la configuración jurídica de las distintas entidades del sector público y las entidades de derecho público, llegando de esta manera a la definición de entidades del Estado.¹

Pero las entidades del Estado no solo son las que se desprenden de la Función Ejecutivo, sino que existen otras entidades que surgen de la Constitución y de otras leyes como es el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (en adelante lo denominaré COOTAD) el que determina los distintos niveles de organización territorial constituyéndose cada uno de estos como personas jurídicas de derecho público y por ende

¹ Estatuto Régimen Jurídico Administrativo Función Ejecutiva ERJAFE. Registro Oficial No. 536 de 18 de marzo de 2002.

entidades con capacidad plena para la contratación pública. Así también otra ley que genera la base jurídica para la conformación de entidades estatales es la Ley Orgánica de Empresas Públicas (en adelante se la denominará LOEP).² Desde el marco de las instituciones jurídicas, es importante mencionar que pueden surgir otras entidades estatales que nacen de otra normativa legal. Con esta visión jurídica clara de los distintos tipos de entidades administrativas por su naturaleza de origen, estableceré inmediatamente la relación interadministrativa y derivada de esta, los contratos interadministrativos, los que se encuentran establecidos y son objeto de estudio de acuerdo al primer inciso del numeral dos del artículo ocho de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (en adelante la denominaré LOSNCP).³

1.1. Base jurídica del establecimiento de la relación interadministrativa.

La caída de los grandes Imperios, puso las bases para el surgimiento de los Estados el mismo que ha sido definido desde distintas posiciones doctrinales. Más adelante se producirán eventos de trascendental importancia mundial que generaría la construcción de las Constituciones, como son la Guerra Civil de las Colonias Norteamericanas de 1786 y la Revolución Francesa de 1789⁴. En la Constitución, bajo principios doctrinarios como principio de equilibrio constitucional de la división de los poderes, se dividirían las funciones del Estado siendo la Función Ejecutiva, la Legislativa y Judicial, las principales.

1.1.1 Breve antecedente del surgimiento y estructura del Estado:

Previo al análisis de la relación interadministrativa, se hace necesario comprender la estructura del Estado, por cuanto como lo sustentaré más adelante, la relación

² Ley Orgánica de Empresas Públicas. Registro Oficial Suplemento No. 48 de 16 de octubre de 2009.

³ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Registro Oficial No. 395 de 14 de agosto de 2008.

⁴ Martín Mateo, Ramón, *Manual de Derecho Administrativo*, 18va Edición, Ed. Trivium, Madrid – España, 1996, Pág. 39

interadministrativa es la que se genera entre diferentes entidades que son parte del Estado o entidades Estatales.

Como breve antecedente, sin entrar a discusiones o posiciones de carácter histórico del poder estatal y político, a continuación se describirá brevemente los fundamentos de la creación del Derecho Administrativo y de las instituciones jurídicas administrativas que de este emanan.

Para el estudio del surgimiento del Estado se debe conocer la caída de los Imperios, lo que nos permitirá construir jurídicamente el concepto de Estado, es necesario mencionar que la Edad Media se caracteriza principalmente por la caída del Imperio Romano, así también, durante la edad media en el occidente europeo la organización política estaba basada en reinos, principados, señoríos, ciudades, pero estas, se constituían como estructuras orgánicas consolidadas de poder⁵. El poder presenta una formación policéntrica, y obedece a intereses patrimonialistas y religiosos, los señores feudales dominan en sus respectivos territorios sin hacerlo a título de representantes del rey. En la práctica el señor feudal es rey de sus siervos. El rey gobierna como un feudal sobre las tierras del realengo, es decir sobre aquellas que le pertenecen patrimonialmente. Y es con ese patrimonio privado con el que respalda su derecho a la corona y sus pretensiones de influencia sobre el resto del reino, que dependen básicamente de sus relaciones personales con los nobles más poderosos. Trascurrido este proceso histórico, hacia 1400, después de la caída política de los imperios de Europa Occidental, inicia el surgimiento y configuración de los Estados.⁶

El Estado moderno como se lo entiende en la actualidad, es el resultado de un proceso de formación articulado en gran medida por la guerra ya sea civiles y revoluciones de carácter política, así podemos citar los dos hechos de trascendental importancia como son la Guerra

⁵ Vélez García, Jorge. *Los dos sistemas del derecho administrativo – Ensayo de Derecho Público comparado*. Editorial. Institución Universitaria Sergio Arboleda Segunda Edición santa Fe de Bogotá 1996. Pág. 6.

⁶ Truyol, Antonio. *Historia del Derecho Internacional*. Editorial Tecnos S.A. Madrid – España 1998 Pág. 53.

Civil Norteamericana de 1786 y la Revolución Francesa de 1789⁷, situándose estos como los modelos políticos constitucionales a seguir más adelante. Desde la perspectiva de la construcción de la soberanía también las guerras internas y externas utilizadas como instrumento para lograr el dominio de un territorio con exclusión de los poderes externos y para lograr la sumisión de los enemigos internos a los cuales se les priva del uso de la fuerza.⁸ A partir de estos dos hechos políticos, la Constitución del Estado viene a definirse como el mecanismo que institucionaliza o mediante el cual se genera las instituciones que han de conformar el Estado.

Dicha institucionalización consiste por una parte en la conformación de un aparato administrativo, es decir de un cuerpo de funcionarios que actúan a nombre del Estado de modo especializado y permanente. La institucionalización también se expresó en un conjunto de normas para regular la vida social de modo tal que quedara suprimida la facultad de cada uno de hacer justicia por su propia mano. Operó así la racionalización de la fuerza, pues quedó bajo el monopolio del Estado y sólo como último recurso.

Posteriormente, después de la Guerra Civil de 1786 y la Revolución Francesa de 1798, durante los Siglo XVII, XVIII y XIX, con la construcción de Constituciones, y el establecimiento de su estructura orgánica normativa, así como basados en principios de la doctrina constitucional de diferentes autores como J. Locke, Rousseau, Montesquieu se introduce en la parte orgánica de las Constituciones entre otras características la división de poderes como mecanismo jurídico para limitar el abuso de poder y la proclamación de derechos constitucionales con el fin de defender derechos fundamentales e institucionalizar diferentes entidades que formarían la administración pública.⁹

⁷ García De Enterría Eduardo, Ramón Fernández, Tomás. *Curso de Derecho Administrativo I*. Editorial Civitas, Madrid España. 2004. Pág. 30.

⁸ Pérez, Antonio, Pérez Efraín. *Manual de Contratos del Estado*. Quito-Ecuador, Ed. Corporación de Estudios y Publicaciones, 2008, Pág.15.

⁹ Carbonell, Miguel. *Diccionario de Derecho Constitucional*. Editorial Porrúa, México 2005. Pág. 96.

1.1.2. Definiciones de Estado.-

Jellineck citado por el profesor Efraín Pérez define al Estado, como “la corporación formada por un pueblo, dotada de un poder mando originario y asentada en un determinado territorio.”¹⁰ Y por otro lado, para el Dr. Moreno Rodríguez, Estado es la: “Entidad social y política jurídicamente organizado bajo un poder supremo, que se manifiesta por la coexistencia de tres elementos: un territorio determinado, una población asentada en ese territorio y una autoridad común o gobierno.”¹¹

Pero este pueblo dentro de su actividad política y social, se limita por un territorio y es la limitación de este territorio lo que se configura como el Estado y después de la configuración de este, inmediatamente se identifican los elementos del Estado, como los denominó Montesquieu en su libro *Del Espíritu de las Leyes*, como son: “a) Un orden jurídico; b) el territorio; c) pueblo, mas delante se estructuraría como elementos del estado también la soberanía; poder del estado; y, la centralización o descentralización.”¹²

1.1.3. Derecho Público – Derecho Administrativo – Administración Pública

Una vez comprendida la configuración del Estado como institución es pertinente pasar a explicar al Estado como estructura de normas jurídicas internas, lo que nos permitirá sustentar y conocer el Derecho Público e inmerso en este, el Derecho Administrativo y la Administración Pública.

El profesor Antonio Pérez, establece de acuerdo a la definición que el transcribe, que:

¹⁰ Pérez, Antonio, Pérez Efraín. *Manual de Contratos del Estado*. Quito-Ecuador, Ed. Corporación de Estudios y Publicaciones, 2008, Pag.1.

¹¹ Rodríguez, Moreno. *Vocabulario de Derecho y Ciencias Sociales*. Buenos Aires. Argentina, Ediciones Depalma, 1976. Pág. 217.

¹² Pérez, Antonio, Pérez Efraín. *Manual de Contratos del Estado*. Quito-Ecuador, Ed. Corporación de Estudios y Publicaciones, 2008, Pag.17.

Se podría decir que el derecho público comprende *las normas que regulan las relaciones dentro del Estado, entre el Estado y las entidades públicas, de las entidades públicas entre si y en fin, entre el Estado y los particulares*. El Derecho Privado comprende las normas jurídicas que regulan las relaciones entre los individuos particulares.¹³ (Lo puesto en cursivas, es mío).

Por ser de nuestro estricto interés, es necesario transcribir también otra definición que hace referencia al Derecho Público: “Conjunto de normas reguladoras del orden jurídico relativo al Estado en sí, en sus relaciones con los particulares y con otros Estado. El que regla los actos de las personas cuando se desenvuelven dentro del interés general que tiene por fin el Estado.”¹⁴

De esta manera y bajo estas y otras definiciones, el Derecho Público se divide en “[...] Derecho Constitucional, Derecho Administrativo, Derecho Financiero, Derecho Penal, Derecho procesal civil y penal, Derecho internacional público y privado, Derecho eclesiástico, y la legislación social (Derecho Laboral, de menores, etc.)[...]”¹⁵

En lo que respecta a la presente investigación y por cuanto es el fondo de la Administración Pública es pertinente traer la definición de Derecho Administrativo, para lo cual se hace necesario citar la definición que el Dr. Guillermo Cabanellas de Torres, en su Diccionario hace referencia y menciona, lo siguiente:

[...] La de Mecucci: *El conjunto de normas reguladoras de las instituciones sociales y de los actos del Poder Ejecutivo para la realización de los fines de pública utilidad*; y la de Santamaría: *La rama del Derecho referente a la organización, funciones y procedimiento del Poder Ejecutivo, según la Constitución para el cumplimiento de la misión del Estado en la vida*. De gran corrección técnica y comprensiva de los aspectos doctrinario y positivo es también la inserta en el Diccionario de la Academia: *Conjunto de normas doctrinales y de disposiciones positivas concernientes a los órganos e institutos de la Administración Pública, a la ordenación de los servicios que legalmente le están encomendados y a sus relaciones con*

¹³ *Ibíd.* Pág. 28.

¹⁴ Malaret I García, Elisenda. Seminario sobre Derecho Público y Derecho Privado en la actuación de la Administración Pública. *El derecho de la administración pública: Derecho Público y Derecho Privado: la relevancia de los principios constitucionales*. Editorial Marcial Pons, Barcelona España 1999. Pág. 14

¹⁵ Pérez, Antonio, Pérez Efraín. *Manual de Contratos del Estado*. Quito-Ecuador, Ed. Corporación de Estudios y Publicaciones, 2008. Pág. 28.

las colectividades o los individuos a quienes tales servicios le atañe.¹⁶ (Lo puesto en cursiva, es mío)

De lo anterior se puede colegir inmediatamente que el Derecho Administrativo, por los fundamentos históricos que lo sostienen, se constituye en el conjunto de normas positivas y adjetivas que regulan la actuación de los organismos estatales frente a los particulares, así como también la actuación de las entidades administrativas entre sí.

Para sustentar de mejor manera y con mayor objetividad es necesario citar otra definición que el tratadista Roberto Dromi establece para el Derecho Administrativo:

*El derecho administrativo es el conjunto de normas y principios que regulan y rigen el ejercicio de una de las funciones del poder, la administrativa. Por ello, podemos decir que el derecho administrativo es el régimen jurídico de la función administrativa y trata sobre el círculo jurídico del obrar administrativo.*¹⁷(Lo puesto en cursiva, es mío)

Sobre la organización de la actividad de la administración pública, se transcribe, lo que menciona el tratadista Zanobini: “El Derecho Administrativo es aquella parte del Derecho público que tiene por objeto la organización, los medios y las formas de la actividad de las administraciones públicas y las consiguientes relaciones jurídicas entre aquellas y otros sujetos.”¹⁸

En esta misma línea de pensamiento sobre la estructura administrativa otro importante tratadista Cassagne, define al Derecho Administrativo como: “[...] aquel que regula la organización de la administración pública (en sentido subjetivo) adoptamos una idea que muchos han reconocido en el desarrollo teórico de la disciplina, incorporando el estudio de algunas técnicas y criterios de la llamada ciencia de la administración [...]”¹⁹

¹⁶ Cabanellas, Guillermo, *Diccionario de Derecho Usual Tomo III*. Editorial Helista, Buenos Aires – Argentina. Pág. 116.

¹⁷ Dromi, Roberto. *Derecho Administrativo*. Editorial Ciencia y Cultura, Buenos Aires – Argentina 2001. Pág. 169

¹⁸ Parada, Ramón. *Derecho Administrativo I*, Parte General. Editorial Marcial Pons, Madrid – España 2012. Pág. 27.

¹⁹ Cassagne, Juan Carlos. *Derecho Administrativo I*. Ediciones Alfredo Perrot, Buenos Aires – Argentina 1998. Pág. 111.

De lo citado se puede comprender que el Derecho Administrativo regula las actuaciones y relaciones de los órganos de administración de un Estado.

Haciendo mención a la función administrativa, el tratadista en referencia, define lo siguiente: “Esta función ha sido confiada primordialmente *por la Constitución al Poder Ejecutivo*, con un desdoblamiento entre el gobierno y la administración a partir del reparto de atribuciones con sus colaboradores [...]”²⁰ (Lo puesto en cursiva, es mío)

En el caso del Estado ecuatoriano y sobre el ejercicio administrativo, la Constitución de la República, publicada en el Registro Oficial No. 449 del 20 de Octubre de 2008, el artículo 141, manda: “Art. 141.- La Presidenta o Presidente de la República ejerce la Función Ejecutiva, es el Jefe del Estado y de Gobierno y *responsable de la administración pública.*”²¹ (Lo puesto en cursiva, es mío), encargando de esta manera la administración directa del Estado al Ejecutivo.

Entendido el derecho administrativo de acuerdo a las definiciones citadas líneas atrás como el conjunto de normas positivas y adjetivas que regulan la actuación del Estado, se hace imprescindible definir administración pública, y me permito transcribir la siguiente definición: “Es el Poder Ejecutivo en acción, con la finalidad de cumplir y hacer cumplir cuanto interesa a la sociedad en las actividades y servicios públicos [...]”²², el mismo autor cita al tratadista Escriche en el marco de la caracterización y define: “Para Escriche por Administración Pública se entiende la parte de la autoridad pública que cuida de las personas y de los bienes en su relación con el Estado, haciéndolos concurrir al bien común y ejecutando las leyes de interés general[...].”²³. Es decir la administración pública se constituye en el ejercicio mismo

²⁰ Dromi, Roberto. *Derecho Administrativo*. Editorial Ciencia y Cultura, Buenos Aires – Argentina 2001. Pág.69.

²¹ Constitución Ecuatoriana. Artículo 141. Registro Oficial No. 449 del 20 de Octubre de 2008.

²² Cabanellas, Guillermo, *Diccionario de Derecho Usual Tomo I*. Editorial Helista, Buenos Aires – Argentina. Pág. 187 -188.

²³ Citado en Cabanellas, Guillermo, *Diccionario de Derecho Usual Tomo I*. Editorial Helista, Buenos Aires – Argentina. Pág. 187 -188.

del Derecho Administrativo, el cumplimiento mismo en cada acto administrativo del conjunto de normas que conforman el Derecho Administrativo.

1.2.- Estructura orgánica–administrativa del Estado Ecuatoriano:

Una vez entendido el Estado, y la configuración de su estructura normativa, en el marco del objeto de esta investigación se procederá a la descripción de la estructura orgánica del Estado Ecuatoriano, para lo es fundamental la nueva Constitución promulgada en el año 2008, basándonos en la definición que el tratadista Roberto Dromi, quien describe que el “Derecho Administrativo regula una de las funciones y hace expresa mención, a la *administrativa*”.²⁴

Cabe mencionar que de acuerdo a nuestra Constitución, en el marco de la estructura orgánico-político, en su Título IV denominado Participación y Organización del Poder establece las siguientes funciones: “Capítulo II, Función Legislativa; Capítulo III, Función Ejecutiva; Capítulo IV, Función Judicial y Justicia Indígena; Capítulo V, Función de Transparencia y Control Social; y, Capítulo VI, Función Electoral”.²⁵

De las funciones anteriores, se convierte de trascendental importancia la descripción de la función ejecutiva, dado que su estructura abarca prácticamente toda la administración pública central y siendo necesario también la descripción de las entidades cuya naturaleza son de derecho público o denominadas entidades institucionales así como la normativa sobre la cual sustenta su actuación es el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, el cual permitirá conocer la estructura administrativa y las entidades administrativas que a esta pertenecen, *lo cual nos permitirá entender la estructura orgánica de la administración pública central, como base fundamental para el entendimiento de la administración pública* así como la contratación administrativa y posterior análisis de la relación interadministrativa. Como se ha dicho en líneas anteriores el Estatuto del Régimen

²⁴ Dromi, Roberto. *Derecho Administrativo*. Editorial Ciencia y Cultura, Buenos Aires – Argentina 2001. Pág. 169.

²⁵ Constitución de la República del Ecuador. Título IV. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva es el cuerpo jurídico que sustenta la Administración Pública y en su artículo uno regula lo siguiente:

Art. 1.- OBJETO.- El presente estatuto instituye principalmente la estructura general, *el funcionamiento, el procedimiento administrativo* común y las normas sobre responsabilidad de los órganos y entidades que integran la Administración Pública Central e Institucional y que dependen de la Función Ejecutiva. (Lo puesto en cursiva y cursiva es mío); y el,

Art. 2.- AMBITO.- Este estatuto es aplicable principalmente a la Función Ejecutiva. Para sus efectos, la Función Ejecutiva comprende:

- a) La Presidencia y la Vicepresidencia de la República y los órganos dependientes o adscritos a ellas;
- b) Los Ministerios de Estado y los órganos dependientes o adscritos a ellos;
- c) Las personas jurídicas del sector público adscritas a la Presidencia de la República, a la Vicepresidencia de la República o a los ministerios de Estado; y,
- ch) Las personas jurídicas del sector público autónomas cuyos órganos de dirección estén integrados en la mitad o más por delegados o representantes de organismos, autoridades, funcionarios o servidores que integran la Administración Pública Central.

Los órganos comprendidos en los literales a) y b) conforman la Administración Pública Central y las personas jurídicas del sector público señaladas en los demás literales conforman la Administración Pública Institucional de la Función Ejecutiva.

La organización, funcionamiento y procedimiento de las otras administraciones públicas; de las Funciones Legislativa, Judicial y Electoral; y, en general de aquellas entidades y órganos que no integran ni dependen de la Función Ejecutiva se regulan por sus leyes y reglamentos especiales.

En cualquier caso en aquellas materias no reguladas por leyes y reglamentos especiales, las personas jurídicas del sector público autónomas cuyos órganos de dirección estén integrados por delegados o representantes de la Función Ejecutiva, podrán aplicar, de forma supletoria las disposiciones del presente estatuto.²⁶

El ERJAFE en sus Disposiciones Generales en sus artículos seis y siete establece dos tipos de entidades estatales, cuya diferencia sustancial radica en su naturaleza de origen, siendo las primeras de acuerdo al artículo seis la entidad que nacen de la administración pública central, así lo establece el artículo en mención:

Art. 6.- CARACTERISTICAS.- Las entidades, organismos y empresas del sector público dependientes, adscritos o controlados por los dignatarios de la Función Ejecutiva se caracterizan, en general, por *ser creados, modificados y extinguidos por acto de poder público*; tener como propósito facilitar el cumplimiento de determinados servicios públicos, el ejercicio de actividades económicas o la realización de determinadas tareas de naturaleza pública con el fin de satisfacer necesidades colectivas; gozar del ejercicio de autoridad para el

²⁶ Estatuto Régimen Jurídico Administrativo Función Ejecutiva ERJAFE. Artículo 1-2. Registro Oficial No. 536 de 18 de marzo de 2002.

cumplimiento de sus propósitos; y estar financiados por recursos públicos.²⁷ (Lo puesto en cursiva, es mío)

Y las segundas, cuya naturaleza jurídica proviene de la creación de una ley y que el ERJAFE en su artículo siete las ha denominado entidades de derecho público:

Art. 7.- DE LA ADMINISTRACION PÚBLICA INSTITUCIONAL.- La Administración Pública Institucional, está conformada por las entidades de *derecho público creadas por o en virtud de una ley*, con personalidad jurídica y patrimonio propio, diferente al de la Administración Pública Central, a las que se les ha encargado la dirección, organización y control del funcionamiento de los servicios públicos propios de ésta, bajo los principios de especialidad y variedad.

En forma expresa deberá indicarse su organización y el Ministerio o el ente seccional autónomo al cual se adscriben, el que ejercerá la tutela administrativa pertinente, el control financiero y decisonal, sin perjuicio de la autonomía operativa de la entidad y otros controles pertinentes.²⁸ (Lo puesto en cursiva, es mío)

Teniendo en cuenta los tipos de entidades estatales que el ERJAFE establece, se hace necesario conocer a continuación las formas administrativas, así también el ERJAFE en su estructura normativa, establece el título denominado de la Organización de la Función Ejecutiva, y en su artículo 10-1 estableciendo *las formas de las que integran la función ejecutiva*, y detalla:

Art. 10-1.- FORMAS DE LAS ENTIDADES QUE INTEGRAN LA FUNCION EJECUTIVA: La Función Ejecutiva, además de los organismos definidos y desarrollados en los artículos posteriores, podrá contar de manera general con los siguientes tipos de entidades:

- a) Agencia de Regulación y Control.- Organismo técnico que tiene por funciones la regulación de las actividades del sector, el control técnico de las actividades realizadas por los agentes que operan en él y la preparación de informes sobre las normas que debería observar el respectivo organismo de control, de acuerdo con la ley. Su ámbito de acción es específico a un sector determinado y estará adscrita a un Ministerio Sectorial o Secretaría Nacional. Dentro de su estructura orgánica tendrá un directorio como máxima instancia de la agencia;
- b) Comisión.- Instancia que trata problemáticas específicas en las que el Gobierno Central no cuenta con capacidades técnicas o institucionales desarrolladas. Durará en sus funciones un plazo de tiempo determinado;
- c) Comité.- Cuerpo colegiado interinstitucional, cuyas funciones son de coordinación estatal y gubernamental, sobre temas específicos;

²⁷ *Ibíd.* Artículo 6

²⁸ *Ibíd.* Artículo 7

- d) Consejo.- Cuerpo colegiado conformado por representantes del Estado y de la sociedad civil que tiene por finalidad la de dictar políticas y regulaciones sobre un ámbito de política pública determinado. Solo podrán ser creados por ley. Exceptúese de esta disposición al Consejo Nacional de la Administración Pública;
- e) Consejo Consultivo.- Instancia de estricto carácter consultivo y de obligatoria convocatoria institucional, en el momento de la definición y la evaluación de la política pública de las carteras de Estado. Tendrán representación amplia y plural de la sociedad civil, y no contarán con recursos públicos para su funcionamiento;
- f) Instituto.- Organismo público, adscrito a un Ministerio sectorial o Secretaría Nacional, creado para el ejercicio y la ejecución de actividades especializadas, preferentemente en las áreas de investigación, promoción, normalización, ciencia y tecnología; y,
- g) Secretaría.- Organismo público que, por delegación y bajo la supervisión del ente al cual está adscrito, tiene la facultad de asesorar, dictar y gestionar política transversal a un sector. Estará adscrito a un Ministerio sectorial o una Secretaría Nacional, y la máxima autoridad será designada por el Ministro sectorial y el Secretario Nacional correspondiente.
- h) Servicio.- Organismo público con personalidad jurídica propia, dotado de autonomía administrativa, operativa y financiera, creado para el ejercicio de la rectoría, regulación, administración, promoción, ejecución y control de actividades especializadas en materia tributaria central, aduanera y de contratación pública; así como de las relaciones jurídicas resultantes entre el Estado y las personas naturales o jurídicas, como consecuencia del ejercicio de esas actividades. Podrá tener niveles desconcentrados.²⁹

El ERJAFE en una primera instancia hace mención a estos niveles de entidades administrativas detallados en el artículo 10-1, bajo la dirección absoluta de la Función Ejecutiva. En los siguientes artículos el Estatuto determina otras funciones del Ejecutivo como son la Subsecretaria General de Despacho Presidencial en su artículo 11-A, la Secretaria General de la Administración Pública en su artículo catorce.

Por ser de suma importancia para la presente investigación, me permito transcribir el artículo dieciséis del ERJAFE, pues en este se detalla la estructura ministerial del Estado, y es de importancia pues son los Ministerios de Estado y sus entidades administrativas adscritas, las principales contratantes para el desarrollo de obras o planes del Estado. El artículo en mención establece que:

Art. 16.- ORGANIZACION MINISTERIAL.- La Función Ejecutiva se organiza en los siguientes ministerios:

- a) Ministerio del Interior;
- b) Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración;
- c) Ministerio de Defensa Nacional;
- d) Ministerio de Finanzas;

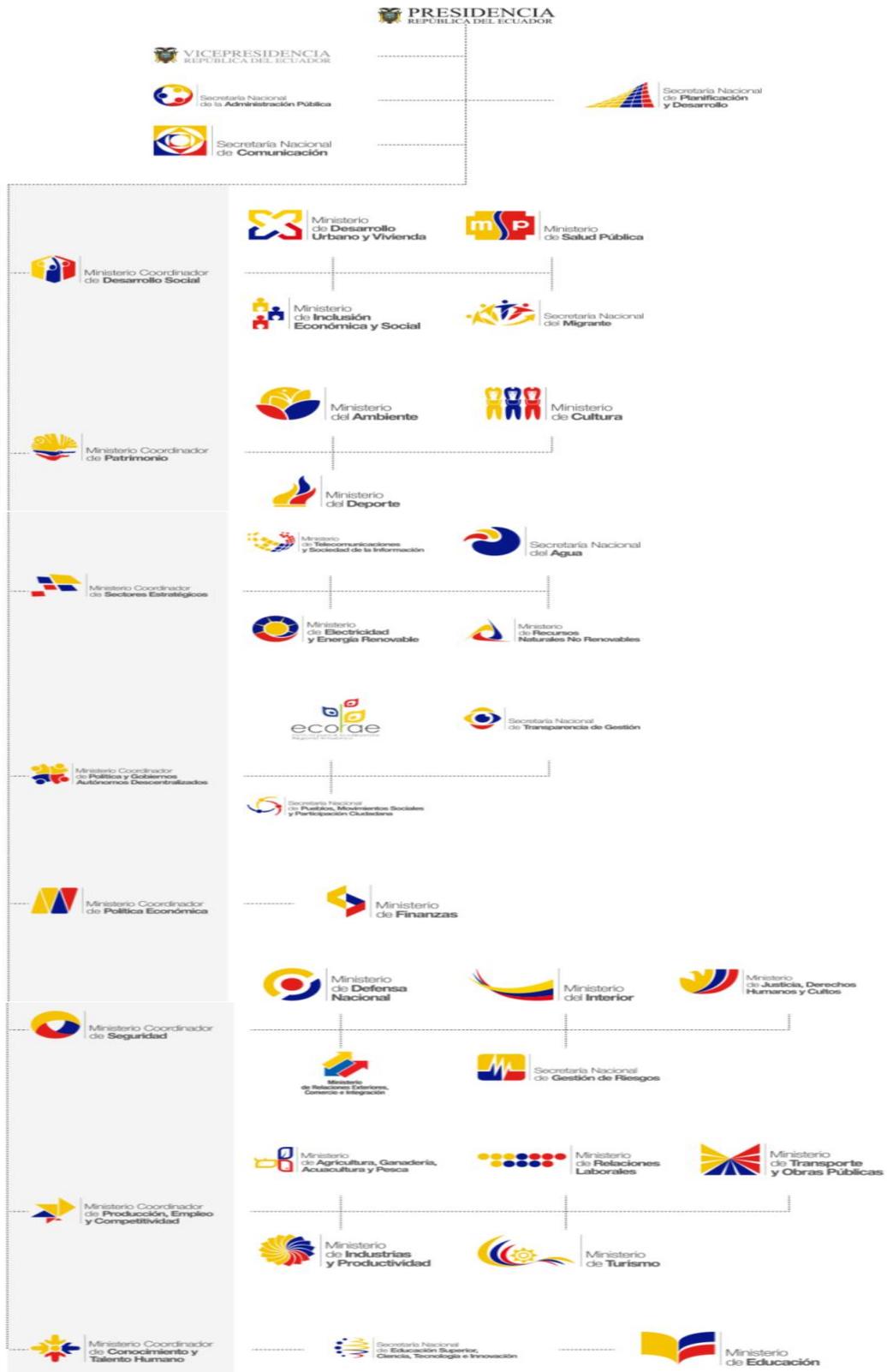
²⁹ *Ibíd.* Artículo 10-1

- e) Ministerio de Educación;
 - f) Ministerio de Transporte y Obras Públicas;
 - g) Ministerio de Relaciones Laborales;
 - h) Ministerio de Agricultura, Ganadería, Acuacultura y Pesca;
 - i) Ministerio de Industrias y Productividad;
 - j) Ministerio de Recursos Naturales no Renovables;
 - k) Ministerio de Salud Pública;
 - l) Ministerio de Inclusión Económica y Social;
 - m) Ministerio de Desarrollo Urbano y Vivienda;
 - n) Ministerio de Turismo;
 - o) Ministerio del Ambiente;
 - p) Ministerio del Deporte;
 - q) Ministerio de Cultura;
 - r) Ministerio de Coordinación de la Producción, Empleo y Competitividad;
 - s) Ministerio de Coordinación de la Política Económica;
 - t) Ministerio de Coordinación de Desarrollo Social;
 - u) Ministerio de Coordinación de Seguridad;
 - v) Ministerio de Coordinación de Patrimonio;
 - w) Ministerio de Coordinación de la Política y Gobiernos Autónomos Descentralizados;
 - x) Ministerio de Electricidad y Energía Renovable.
 - y) Ministerio del Litoral.
 - z) Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos.
 - aa) Ministerio de Coordinación de los Sectores Estratégicos.
 - ab) Ministerio de Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información.
 - ac) Ministerio de Coordinación de Conocimiento y Talento Humano.
- Nota: Literales d), i) reformado por Decreto Ejecutivo No. 2772, publicado en Registro Oficial 616 de 11 de Julio del 2002.
- Nota: Literal e) reformado por Decreto Ejecutivo No. 66, publicado en Registro Oficial 11 de 30 de Enero del 2003.³⁰

Para una mayor comprensión de la estructura orgánica y administrativa de los ministerios³¹, a continuación la distribución orgánica de la función ejecutiva:

³⁰ *Ibíd.* Artículo 16

³¹ Obtenido de la página web de la Presidencia de la República del Ecuador: <http://www.presidencia.gob.ec/gabinete-de-la-revolucion-ciudadana/> (acceso: 20 enero 2013)



1.3.- Entidades del Estado Ecuatoriano.

Dado que las relaciones interadministrativas se generan entre entes o entidades administrativas como más adelante lo analizaré, se hace necesario conocer la definición de entidad del Estado y posteriormente analizar en relación a la estructura organiza administrativa del Estado.

La Constitución no define en su normatividad lo que debe entender por *entidad administrativa*, aunque en su artículo 225 si establece la conformación de la administración pública y manda:

Art. 225.- El sector público comprende:

1. Los *organismos y dependencias* de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social.
2. Las *entidades que integran* el régimen autónomo descentralizado.
3. Los *organismos y entidades* creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado.
4. Las *personas jurídicas* creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos.³² (Lo puesto en cursiva es mío)

Hace referencia no solo a las cinco funciones del Estado sino que las entidades administrativas comprenden incluso las que forman parte de la organización territorial como son los gobiernos autónomos descentralizados.

Sobre la Función Ejecutiva, me remito al ERJAFE como el instrumento jurídico que regula la Función Ejecutiva y en su artículo seis establece la característica fundamental de las entidades que nacen de esta función y de sus dependencias, así lo establece:

Art. 6.- CARACTERISTICAS.- Las *entidades, organismos y empresas del sector público dependientes, adscritos o controlados por los dignatarios de la Función Ejecutiva se caracterizan, en general, por ser creados, modificados y extinguidos por acto de poder público*; tener como propósito facilitar el cumplimiento de determinados servicios públicos, el ejercicio de actividades económicas o la realización de determinadas tareas de naturaleza pública con el fin de satisfacer necesidades colectivas; gozar del ejercicio de autoridad para el

³² Constitución Ecuatoriana. Artículo 225. Registro Oficial No. 449 de 20 de Octubre de 2008.

cumplimiento de sus propósitos; y estar financiados por recursos públicos.³³ (Lo puesto en cursiva, es mío)

Partiendo del artículo citado y en marco de la administración pública institucional, se debe hacer una diferencia sustancial entre las *entidades adscritas o controladas por los dignatarios de la Función Ejecutiva* establecidas en el artículo seis del ERJAFE y las *entidades de derecho público* establecidas en el artículo siete del mismo cuerpo legal, que establece:

Art. 7.- DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA INSTITUCIONAL.- La Administración Pública Institucional, está conformada por las *entidades de derecho público creadas por o en virtud de una ley, con personalidad jurídica y patrimonio propio*, diferente al de la Administración Pública Central, a las que se les ha encargado la dirección, organización y control del funcionamiento de los servicios públicos propios de ésta, bajo los principios de especialidad y variedad. En forma expresa deberá indicarse su organización y el Ministerio o el ente seccional autónomo al cual se adscriben, el que ejercerá la tutela administrativa pertinente, el control financiero y decisional, sin perjuicio de la autonomía operativa de la entidad y otros controles pertinentes.³⁴ (Lo puesto en cursiva, es mío)

Para comprender desde la perspectiva doctrinaria a las entidades estatales autónomas o entidades administrativas, a continuación se cita la siguiente definición:

Entidad Estatal Autónoma. *Entidad de Derecho Público* que, mediante los recursos que le sean entregados o asignados a tal fin, tiene a su cargo el cumplimiento de fines o funciones específicas dentro de la organización estatal. Pese a su nombre, el grado de autonomía de estas entidades, en el Derecho Positivo, suele ser muy escaso.³⁵ (Lo puesto en cursiva, es mío)

Así también para el tratadista Bartolomé Fiorini, considera a la persona de derecho público como “un órgano jurídicamente calificado, que se manifiesta como forma de organización.”³⁶ De lo que se puede colegir entonces que las entidades del Estado ecuatoriano, nacen jurídicamente del ERJAFE y dividen su naturaleza jurídica en institucionales y las que pertenecen a la Función Ejecutiva como tal, pero siempre muy independientemente de donde provengan, se constituirán como entidades del estado.

³³ Estatuto Régimen Jurídico Administrativo Función Ejecutiva ERJAFE. Artículo 6. Registro Oficial No. 536 de 18 de marzo de 2002.

³⁴ *Ibíd.* Artículo 7.

³⁵ Cabanellas, Guillermo, *Diccionario de Derecho Usual Tomo III*. Editorial Helista, Buenos Aires – Argentina. Pág. 519.

³⁶ Fiorini Bartolomé, *Derecho Administrativo*, Tomo I, 2da Edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires – Argentina, 1995, Pág. 99

1.3.1.- Empresas Públicas como entidades del Estado:

Si bien el ERJAFE regula la conformación y las características jurídicas de entidades que son parte de la administración pública, en el marco del conocimiento de las entidades que conforman las entidades estatales y de la normativa ecuatoriana, es importante la descripción de determinados artículos de la Ley Orgánica de Empresas Públicas (en adelante LOEP) mediante la cual se crean entidades de derecho público también. Esta ley regula, de acuerdo a su artículo primero, lo siguiente:

Art. 1.- AMBITO.- Las disposiciones de la presente Ley regulan la *constitución, organización, funcionamiento, fusión, escisión y liquidación de las empresas públicas* que no pertenezcan al sector financiero y que actúen en el ámbito internacional, nacional, regional, provincial o local; y, establecen los mecanismos de control económico, administrativo, financiero y de gestión que se ejercerán sobre ellas, de acuerdo a lo dispuesto por la Constitución de la República.³⁷ (Lo puesto en cursiva, es mío)

La LOEP en su artículo cuatro establece que las empresas públicas son *entidades* que pertenecen al Estado y lo detalla de la siguiente manera:

Art. 4.- DEFINICIONES.- Las empresas públicas son *entidades que pertenecen al Estado* en los términos que establece la Constitución de la República, *personas jurídicas de derecho público, con patrimonio propio, dotadas de autonomía presupuestaria, financiera, económica, administrativa y de gestión*. Estarán destinadas a la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y en general al desarrollo de actividades económicas que corresponden al Estado.

Las empresas subsidiarias son sociedades mercantiles de economía mixta creadas por la empresa pública, en las que el Estado o sus instituciones tengan la mayoría accionaria.

Las empresas filiales son sucursales de la empresa pública matriz que estarán administradas por un gerente, creadas para desarrollar actividades o prestar servicios de manera descentralizada y desconcentrada.

Las Agencias y Unidades de Negocio son áreas administrativo - operativas de la empresa pública, dirigidas por un administrador con poder especial para el cumplimiento de las atribuciones que le sean conferidas por el representante legal de la referida empresa, que no gozan de personería jurídica propia y que se establecen para desarrollar actividades o prestar servicios de manera descentralizada y desconcentrada.³⁸ (Lo puesto en cursiva, es mío)

³⁷ Ley Orgánica de Empresas Públicas. Artículo 1. Registro Oficial Suplemento No. 48 de 16 de octubre de 2009.

³⁸ *Ibíd.* Artículo 4.

A continuación me permito detallar algunas entidades de derecho público creadas mediante decreto ejecutivo que cuentan *con personalidad jurídica y patrimonio propio*:

1. Empresa Nacional Minera (ENAMI EP): Empresa Pública que gestiona el Sector Minero.
2. EP Petroecuador.
3. Ecuador Estratégico EP.
4. Petroamazonas EP.
5. EP RTV Ecuador.
6. Ferrocarriles del Ecuador.
7. Corporación Nacional de Telecomunicaciones.
8. Empresa Pública Estatal TAME.
9. Corporación Eléctrica del Ecuador EP.
10. EP Correos del Ecuador.
11. EP Estratégica Hidropastaza.
12. Empresa Pública de Fármacos (ENFARMA EP).
13. EP Cementera del Ecuador
14. EP de Parques Naturales y Esp. Públicos.
15. Empresa Pública Hidrolitoral
16. Infraestructuras Pesqueras del Ecuador
17. Empresa de municiones Santa Bárbara.
18. EP Flota Petrolera Ecuatoriana (FLOPEC EP)

19. Astilleros Navales Ecuatorianos EP (ASTINAVE EP)

Del artículo 5 de la LOEP, se desprende que existen las siguientes clases de empresas públicas: de Derecho Público, según el órgano público que las constituye: el Ejecutivo; los gobiernos autónomos descentralizados (GAD); las asociaciones entre el Ejecutivo y los GAD; y, las constituidas por las universidades públicas.

1.3.2.- Los Gobiernos Autónomos Descentralizados (GADS) como entidades estatales:

En el marco de la presente investigación no solo se debe comprender y conocer a las entidades administrativas como contratantes sino también a los GADS los mismos que fueron creados mediante el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD), en cual se implementa una nueva organización territorial y tiene por objeto establecer la organización política administrativa del territorio del Estado, así lo manda en su artículo uno:

Artículo 1.- Ámbito.- Este Código establece la organización político-administrativa del Estado ecuatoriano en el territorio; el régimen de los diferentes niveles de gobiernos autónomos descentralizados y los regímenes especiales, con el fin de garantizar su autonomía política, administrativa y financiera. Además, desarrolla un modelo de descentralización obligatoria y progresiva a través del sistema nacional de competencias, la institucionalidad responsable de su administración, las fuentes de financiamiento y la definición de políticas y mecanismos para compensar los desequilibrios en el desarrollo territorial.³⁹ (Lo puesto en cursiva, es mío)

El territorio ecuatoriano se encuentra dividido de acuerdo al artículo diez del COOTAD por niveles de organización territorial:

Artículo 10.- Niveles de organización territorial.- El Estado ecuatoriano se organiza territorialmente en regiones, provincias, cantones y parroquias rurales. En el marco de esta organización territorial, por razones de conservación ambiental, étnico culturales o de población, podrán constituirse regímenes especiales de gobierno: distritos

³⁹ Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización. Artículo 1. Registro Oficial Suplemento 303 de 19 octubre de 2010.

metropolitanos, circunscripciones territoriales de pueblos y nacionalidades indígenas, afroecuatorianas y montubias y el consejo de gobierno de la provincia de Galápagos.⁴⁰

Ahora bien, puesto que cada uno de los niveles se convierten en personas contratantes con recursos públicos, en el marco de la presente investigación se hace necesario conocer la naturaleza jurídica de cada uno de estos niveles de organización territorial pues al momento que una entidad contratante *estatal suscribe un contrato con alguna de estas personas jurídicas estaríamos frente a una relación interadministrativa*; por lo que a continuación me permito detallar la naturaleza jurídica de cada uno de los niveles de organización territorial.

De acuerdo al artículo veintiocho del COOTAD, titulado Gobiernos Autónomos Descentralizados se establecen las circunscripciones territoriales, de la siguiente manera:

Artículo 28.- Gobiernos autónomos descentralizados.- Cada circunscripción territorial tendrá un *gobierno autónomo descentralizado para la promoción del desarrollo y la garantía del buen vivir*, a través del ejercicio de sus competencias.

Estará integrado por ciudadanos electos democráticamente quienes ejercerán su representación política.

Constituyen gobiernos autónomos descentralizados:

- a) Los de las regiones;
- b) Los de las provincias;
- c) Los de los cantones o distritos metropolitanos; y,
- d) Los de las parroquias rurales.

En las parroquias rurales, cantones y provincias podrán conformarse circunscripciones territoriales indígenas, afroecuatorianas y montubias, de conformidad con la Constitución y la ley.

La provincia de Galápagos, de conformidad con la Constitución, contará con un consejo de gobierno de régimen especial.⁴¹ (Lo puesto en cursiva, es mío)

Más adelante, en los artículos subsiguientes el COOTAD, establece la naturaleza jurídica de cada una de estas circunscripciones lo cual me permito detallar como base fundamental para el análisis de las relaciones interadministrativas:

El artículo treinta del COOTAD, establece la naturaleza jurídica del GAD Regional:

⁴⁰ *Ibíd.* Artículo 10.

⁴¹ *Ibíd.* Artículo 28

Artículo 30.- Naturaleza jurídica.- *Los gobiernos autónomos descentralizados regionales son personas jurídicas de derecho público, con autonomía política, administrativa y financiera.* Estarán integrados por las funciones de participación ciudadana; de legislación y fiscalización; y, ejecutiva previstas en este Código y en su estatuto de autonomía, para el ejercicio de las funciones que le corresponden.

La administración del gobierno autónomo descentralizado regional aplicará, conforme a su estatuto de autonomía, mecanismos de desconcentración que faciliten su gestión.

La sede del gobierno autónomo descentralizado regional será la prevista en el estatuto de autonomía.⁴² (Lo puesto en cursiva, es mío)

Sobre el GAD Provincial se encuentra establecido en su artículo cuarenta y establece:

Artículo 40.- Naturaleza jurídica.- *Los gobiernos autónomos descentralizados provinciales son personas jurídicas de derecho público, con autonomía política, administrativa y financiera.* Estarán integrados por las funciones de participación ciudadana; legislación y fiscalización; y, ejecutiva, previstas en este Código, para el ejercicio de las funciones y competencias que le corresponden.

La sede del gobierno autónomo descentralizado provincial será la capital de la provincia prevista en la respectiva ley fundacional.⁴³ (Lo puesto en cursiva, es mío)

Sobre el GAD Municipal se encuentra establecido en su artículo cincuenta y tres y establece:

Artículo 53.- Naturaleza jurídica.- *Los gobiernos autónomos descentralizados municipales son personas jurídicas de derecho público, con autonomía política, administrativa y financiera.* Estarán integrados por las funciones de participación ciudadana; legislación y fiscalización; y, ejecutiva previstas en este Código, para el ejercicio de las funciones y competencias que le corresponden. La sede del gobierno autónomo descentralizado municipal será la cabecera cantonal revista en la ley de creación del cantón.⁴⁴ (Lo puesto en cursiva, es mío)

Sobre el GAD Parroquial Rural, se encuentra establecido en su artículo cincuenta y tres y establece:

Artículo 63.- Naturaleza jurídica.- *Los gobiernos autónomos descentralizados parroquiales rurales son personas jurídicas de derecho público, con autonomía política, administrativa y financiera.*

Estarán integrados por los órganos previstos en este Código para el ejercicio de las competencias que les corresponden.

⁴² *Ibíd.* Artículo 30.

⁴³ *Ibíd.* Artículo 40.

⁴⁴ *Ibíd.* Artículo 53.

La sede del gobierno autónomo descentralizado parroquial rural será la cabecera parroquial prevista en la ordenanza cantonal de creación de la parroquia rural. ⁴⁵(Lo puesto en cursiva, es mío)

Sobre la naturaleza y las características de los Gobiernos de los Distritos Metropolitanos Autónomos Descentralizados, se encuentra establecido en su artículo ochenta y tres, y establece:

Artículo 83.- Naturaleza jurídica.- *Los gobiernos de los distritos metropolitanos autónomos descentralizados son personas jurídicas de derecho público, con autonomía política, administrativa y financiera.* Estarán integrados por las funciones de participación ciudadana; legislación y fiscalización; y, ejecutiva previstas en este Código y el estatuto de autonomía para el ejercicio de las funciones y competencias que les corresponden y las que asuman de los otros niveles de gobierno autónomo descentralizado.

Al distrito metropolitano autónomo, le corresponderá un único gobierno metropolitano autónomo descentralizado, constituido y organizado de conformidad con la Constitución, este Código y su estatuto de autonomía.

La sede del gobierno del distrito metropolitano autónomo será la cabecera cantonal, o aquella que prevea el estatuto de autonomía. En el caso de constituirse distritos metropolitanos, su territorio no dejará de ser parte del territorio de la provincia a la que pertenece. ⁴⁶ (Lo puesto en cursiva, es mío)

Como ejemplo he tomado al Distrito Metropolitano de Quito que en el marco de su competencia otorgada por la Ley Orgánica de Empresas Públicas, ha constituido varias Empresas Públicas y me permito citarlas, las mismas que también se constituyen de acuerdo a la normativa legal como entidades estatales, pero con la característica de que estas son constituidas por personas jurídicas de derecho público.

- a. Empresa Pública Metropolitana de logística para la seguridad y la convivencia ciudadana.
- b. Empresa Pública Metropolitana de agua potable y saneamiento.
- c. Empresa Pública Metropolitana de desarrollo urbano.
- d. Empresa Pública Metropolitana de hábitat y vivienda.

⁴⁵ *Ibíd.* Artículo 63.

⁴⁶ *Ibíd.* Artículo 83.

- e. Empresa Pública Metropolitana de movilidad y obras públicas.
- f. Empresa Pública Metropolitana de transporte de pasajeros.
- g. Empresa Pública Metropolitana de aseo.
- h. Empresa Pública Metropolitana de gestión integral de residuos sólidos.
- i. Empresa Pública Metropolitana de gestión de destino turístico.
- j. Empresa Pública Metropolitana de servicios aeroportuarios y gestión de zonas francas y regímenes especiales.
- k. Empresa Pública Metropolitana de rastro Quito.
- l. Empresa Pública Metropolitana del metro de Quito.
- m. Empresa Pública Metropolitana mayorista.

1.3.3.- Las Personas Jurídicas de Derecho Público.

Los distintos niveles de organización territorial se constituyen como Gobiernos Autónomos Descentralizados y su naturaleza jurídica es de una persona natural de derecho público, para lo cual para una mayor comprensión me permito transcribir la definición que el Diccionario de Cabanellas establece para estas personas: “Personas Jurídicas de Derecho Público: La creada y regida en cuanto a sus existencia por normas de Derecho Público”⁴⁷

Y sobre personas de Derecho Público, define lo siguiente: “Personas de derecho pública: Cualquiera de las corporaciones que dan estructura a la convivencia humana con permanencia, normatividad y coacción. *Tales son el Estado, las regiones, las provincias, los municipios y las entidades locales menores*”.⁴⁸ (Lo puesto en cursivas, es mío)

⁴⁷ Cabanellas, Guillermo, Guillermo. *Diccionario de Derecho Usual Tomo VI*. Editorial Helista, Buenos Aires – Argentina. Pág. 256.

⁴⁸ *Ibíd.* Tomo VI. Pág. 256.

Me permito citar también la definición que realiza el Dr. Moreno Rodríguez por cuanto aporta con una ampliación en el significado sobre la empresa mixta que justamente lo establece la Ley Orgánica de Empresa Públicas y el autor en mención sostiene:

PERSONA JURIDICA. Por oposición a persona física, es aquella constituida por un ente público, asociación privada o corporación de economía mixta, que en virtud de la ley o de un acto administrativo dictada con arreglo a ella, ha sido investida de la posibilidad de adquirir derechos y contraer obligaciones.⁴⁹

De los artículos citados anteriormente del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, así como de las definiciones citadas, y en el marco del objetivo de la presente investigación se puede decir que las personas jurídicas de derecho público *representan al Estado*, por ende su creación es indirectamente constitucional por el poder orgánico administrativo que le otorga la Constitución a través de las leyes Orgánicas, así Estado, los Gobiernos Autónomos Descentralizados sean estos Regionales, Provinciales, Municipales, de las Juntas Parroquiales y los GADS de los Distritos Metropolitanos, las entidades públicas, las empresas industriales estatales, las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios y en general todas aquellas entidades a través de los cuales la administración pública desarrolla sus actividades.

Es así como se constituyen con características fundamentales como:

- Son de creación estatal a través de la Constitución y en el caso de nuestro Estado dependiendo el nivel de organización territorial, se constituyen como entidades estatales de prestación de servicios público a nivel regional, provincial, municipal o distrital;
- Tiene como finalidad la prestación de un servicio público o el desarrollo de una actividad económica especializada;
- Su patrimonio es público;
- Judicial y extrajudicialmente actúan a través de su representante legal que es un servidor público; y,

⁴⁹ Rodríguez, Moreno. *Vocabulario de Derecho y Ciencias Sociales*. Buenos Aires. Argentina, Ediciones Depalma, 1976. Pág. 388.

- La personería jurídica o reconocimiento de su existencia legal se les reconoce por la norma que las crea.

La responsabilidad de la Personas Jurídicas de Derecho Público se entiende como la responsabilidad administrativa, labora, civil, contractual y extracontractual, derivada de los actos de los servidores públicos.

Una vez que se ha detallado claramente la estructura del Estado a través de sus entidades públicas cuya estructura se encuentra normado en el ERJAFE principalmente (aunque en otras leyes de distinto nivel jerárquico también se regulan estas entidades), así como en la LOEP, así como se ha comprendido que distintos niveles de organización territorial cuya naturaleza radica en ser una persona jurídica de derecho público de acuerdo al COOTAD, nos ha permitido tener una panorama claro sobre todas las entidades administrativas en el Estado Ecuatoriano, por lo que a continuación paso al análisis de las relaciones interadministrativas.

1.4.- Establecimiento de la relación administrativa y surgimiento de la relación interadministrativa.

Como antecedente necesario al estudio de las relaciones interadministrativas, debemos comprender primero los objetivos básicos de esta estructura orgánicamente instituida denominada Estado, y uno de estos objetivos es el de *generar bienestar social, seguridad jurídica, seguridad social, seguridad en políticas públicas, generar servicios públicos dirigido obviamente a quienes conforman el Estado*, es decir, a sus habitantes, Cabanellas lo trae a la discusión de la siguiente manera:

Como sociedad establecida sobre determinado territorio, con los fines esenciales del bien común, por la realización del derecho del Estado, como cuerpo político de la nación, *surge la unidad de una multitud de hombres que viven y conviven en armonía* bajo leyes jurídicas. Unos lo han comparado a un organismo humano, otros a una máquina, no faltan quienes lo consideran con carácter o función ética; pero los más estiman que integra el Estado una sociedad que tiene una voluntad general para establecer un orden jurídico.⁵⁰ (Lo puesto en cursivas, es mío)

⁵⁰ Cabanellas, Guillermo, Guillermo. *Diccionario de Derecho Usual Tomo III*. Editorial Helista, Buenos Aires – Argentina. Pág. 619.

Dromi explica también de una manera clara en lo que respecta la relación jurídica del Estado sobre la prestación de servicios y define:

El Estado es prestador o servidor público pues sirve al público. Ejecuta directa e indirectamente y deja ejecutar prestaciones. Como la prestación de los servicios públicos y de los usos públicos puede ser gestionada por otros sujetos, privados o públicos no estatales, le corresponde al Estado el control y cuidado de los intereses de la sociedad. El Estado debe instrumentar los mecanismos para obtener provisiones de las prestaciones en régimen de competencia, controlando su calidad. En la regulación y fiscalización de las prestaciones debe equilibrar los intereses de los usuarios y consumidores con los del prestador y de la sociedad.⁵¹(Lo puesto en cursiva, es mío).

Tomando como antecedente y origen de discusión las dos citas anteriores, Marienhoff de forma sucinta pero que permite entender la verdadera razón de las instituciones del Estado, hace referencia a la forma de la actuación de la administración pública y menciona en su tratado que: “Para el cumplimiento de sus fines administrativos el Estado, a través de la Administración Pública, actúa o puede actuar en dos formas distintas: ejerce por sí mismo la actividad respectiva o utiliza al administrado o particular para que colabore con él.”⁵²

Es decir, el antecedente sobre el cual surge toda la administración pública y sus instituciones está directamente ligado a la naturaleza de la existencia del Estado. Ahora bien, dado que todas y cada una de las entidades administrativas así como las instituciones de derecho público se han creado para crear bienestar social, estas deben ejecutar sus actividades, es decir crear bienestar social a todos los niveles de organización territorial sea a nivel parroquial, municipal, distrital municipal, provincial y nacional dependiendo por supuesto de ámbito de competencia. ¿Cómo lo hacen?, estas entidades administrativas estatales y de derecho público *lo ejecutan por medio de establecimiento de una relación jurídica denominada por su naturaleza relaciones administrativas* y esta relación jurídica (entendida como “[...] vínculo de derecho entre dos o más personas organizadas unitariamente dentro

⁵¹ Dromi, Roberto. *Derecho Administrativo*. Editorial Ciencia y Cultura, Buenos Aires – Argentina 2001. Pág. 175.

⁵² Marienhoff, Miguel. *Tratado de Derecho Administrativo Tomo III A*. Editorial Abelardo Perrot. Buenos Aires – Argentina 2000. Pág. 20.

del orden jurídico total por un especial principio jurídico[...]”⁵³ se materializa por medio la emanación de actos administrativos, es decir el acto administrativo se convierte en el camino jurídico que une la voluntad del Estado de realizar una actividad con otra entidad para el cumplimiento de un fin determinado. Cabe mencionar que el acto jurídico ha sido definido por la doctrina como *forma jurídica*⁵⁴, otros tratadistas como clases de *actos administrativos*⁵⁵, existiendo otras formas administrativas o clases de actuaciones administrativa como lo recoge el ERJAFE en nuestra normativa interna lo cual es interesante el entendimiento cuando menciona en su artículo sesenta y cuatro dicta que:

Las Administraciones Públicas Central e Institucional de la Función Ejecutiva sometidos a este estatuto *manifiestan su voluntad jurídica de derecho público a través de actos administrativos, actos de simple administración, hechos administrativos, contratos administrativos y reglamentos*, sin perjuicio de recurrir a otras categorías de derecho privado cuando tales administraciones actúen dentro de dicho campo. De conformidad con lo que dispone la Ley de Modernización del Estado, la extinción o reforma de los actos administrativos se rige por lo dispuesto en este estatuto, incluyendo los plazos para resolver y los efectos del silencio de la administración.⁵⁶

Convirtiéndose los *actos administrativos, actos de simple administración, hechos administrativos, contratos administrativos y reglamentos*, en la manera o forma en la que se manifiesta la administración pública en el cumplimiento de sus fines y objetivos.

Dromi en su tratado de Derecho Administrativo define acto jurídico como: “Acto administrativo. Es toda declaración unilateral *efectuada en ejercicio de la función administrativa*, que produce efectos jurídicos individuales en forma directa”⁵⁷ (Lo puesto en cursivas, es mío)

⁵³ Cabanellas, Guillermo, *Diccionario de Derecho Usual Tomo VII*. Editorial Helista, Buenos Aires – Argentina. Pág. 131.

⁵⁴ Dromi, Roberto. *Derecho Administrativo*. Editorial Ciencia y Cultura, Buenos Aires – Argentina 2001. Pág. 170.

⁵⁵ Parada, Ramón. *Derecho Administrativo I*, Parte General. Editorial Marcial Pons, Madrid – España 2012. Pág. 97.

⁵⁶ Estatuto Régimen Jurídico Administrativo Función Ejecutiva ERJAFE. Artículo 64. Registro Oficial No. 536 de 18 de marzo de 2002.

⁵⁷ Dromi, Roberto. *Derecho Administrativo*. Editorial Ciencia y Cultura, Buenos Aires – Argentina 2001. Pág. 172.

Otra definición que establece justamente el acto administrativo relacionada con el fin de existencia de cada autoridad administrativa, es el que menciona Moreno Rodríguez en su Diccionario: “Acto Administrativo: Toda decisión general o especial de una autoridad administrativa en ejercicio de sus propias funciones, *que se refiere a derechos, deberes e intereses de las entidades administrativas* o de los particulares respecto de ellas.”⁵⁸ (Lo puesto en cursivas, es mío)

Sobre las funciones específicas de la administración pública Cabanellas define lo siguiente: “Acto Administrativo: La decisión general o especial que en *ejercicio de sus funciones*, toma la autoridad administrativa, y que afecta a derechos, deberes e intereses de particulares o de entidades públicas.”⁵⁹ (Lo puesto en cursivas, es mío)

Trae esta definición una parte doctrina importante y esta versa sobre la generación del acto administrativo como parte del ejercicio de las funciones de determinada entidad pública, es decir para ejecutar las funciones y objetivos establecidos en los cuerpos normativos sea la Constitución o en cuerpo constitutivo de esta institución, lo realizará creando, estableciendo relaciones administrativas a través de actos administrativos.

Dicho esto, debemos decir que existen varios tipos de actos administrativos, pero por la amplitud y extensión doctrinaria de los actos administrativos, los distintos tratadistas los han organizado en distintas categorías jurídicas, más, en el marco de la presente investigación, es importante conocer las que han sido definidas como las *declaraciones administrativas bilaterales*⁶⁰ dentro de las cuales se encuentra los *contratos administrativos*.

⁵⁸ Rodríguez, Moreno. *Vocabulario de Derecho y Ciencias Sociales*. Buenos Aires. Argentina, Ediciones Depalma, 1976. Pág. 24.

⁵⁹ Cabanellas, Guillermo. *Diccionario de Derecho Usual Tomo III*. Editorial Helista, Buenos Aires – Argentina. Pág. 134

⁶⁰ Dromi, Roberto. *Derecho Administrativo*. Editorial Ciencia y Cultura, Buenos Aires – Argentina 2001. Pag.171.

En el caso del Estado ecuatoriano, el ERJAFE también lo señala sobre las formas de manifestación de la función administrativa y en su artículo sesenta y cuatro establece:

Art. 64.- CATEGORIAS.- Las Administraciones Públicas Central e Institucional de la Función Ejecutiva sometidos a este estatuto *manifiestan su voluntad jurídica de derecho público a través de actos administrativos, actos de simple administración, hechos administrativos, contratos administrativos y reglamentos*, sin perjuicio de recurrir a otras categorías de derecho privado cuando tales administraciones actúen dentro de dicho campo. De conformidad con lo que dispone la Ley de Modernización del Estado, la extinción o reforma de los actos administrativos se rige por lo dispuesto en este estatuto, incluyendo los plazos para resolver y los efectos del silencio de la administración.⁶¹ (Lo puesto en cursiva, es mío)

1.4.1.- Surgimiento de la relación interadministrativa:

Como se mencionó en líneas atrás, en el afán del cumplimiento del servicio público el Estado realiza y celebra diferentes tipos de contrataciones públicas para cumplir con este objetivo, este contrato se constituyen en contratos administrativos, siendo objeto de otro estudio los contratos civiles que suscribe el Estado.

Para mayor comprensión se transcribe la definición del Juan Carlos Cassagne quien define al contrato administrativo en su antecedente proviene “[...] como categoría jurídica peculiar del Derecho Público es una creación del Consejo de Estado Francés [...]”⁶² y sobre su objetivo y su naturaleza, menciona que “[...] responde a la idea de que los particulares colaboren con la misión que persigue la administración mediante la institución contractual [...]”⁶³

Cabanellas sobre la naturaleza económica del contrato administrativo, lo define de la siguiente manera:

CONTRATO ADMISNISTRATIVO. Aquel celebrado entre la administración, *por una parte, y un particular o empresa, por la otra, para realizar una obra pública, explotar un servicio público u obtener la concesión de una fuente de riqueza dependiente de la entidad de*

⁶¹ Estatuto Régimen Jurídico Administrativo Función Ejecutiva ERJAFE. Artículo 64. Registro Oficial No. 536 de 18 de marzo de 2002.

⁶² Cassagne, Juan Carlos. *El Contrato Administrativo*. Ediciones Lexis Nexis, Buenos Aires - Argentina 2005. Pág. 21.

⁶³ *Ibíd.* Pág. 21.

Derecho Público. Esta combinación de voluntades, desiguales por su calidad, publica y aun soberana la una, y privada y aun sometida en aspectos generales la otra, rebela la flexibilidad de los vínculos contractuales, y anticipa la singularidad de esta contratación.⁶⁴ (Lo puesto en cursiva, es mío)

La normativa se encuentra reglada en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en adelante me permitiré denominarla LOSNCP; y otros tipos de contratos que se celebran con entidades administrativas del mismo Estado, es decir teniendo en la relación jurídica como contraparte ya no a una entidad particular a o derechos privado sino a otra entidad administrativa con las mismas características jurídicas administrativas, *es aquí cuan surge la relación interadministrativa.*

Juan Carlos Cassagne, establece como antecedente del surgimiento de este tipo de relaciones interadministrativas y menciona lo siguiente:

La necesidad de un estudio sistemático de estas relaciones surge actualmente con mayor intensidad, al *recocerse que la intervención del Estado en las actividades económicas, ha dado como resultado que la estructura sobre la que reposaba el Derecho Administrativo clásico resulta inadecuada*, como consecuencia de la aparición de una nuevo campo que se agregaría a la conocida estructura categorial del derecho administrativo, basada en la policía, el fomento y los servicios públicos y que algunos autores designan bajo la noción de gestión económica.

Cualquiera sea la postura que se sostenga al respecto, *no puede dejar de reconocerse la circunstancia objetiva de que asistimos en lo que va del siglo, a un proceso de injerencia progresiva del Estado en actividades reservadas antaño a la iniciativa individual* caracterizado por su intervención en aspectos que hacen a la regulación y control de determinadas actividades que buscan erigirse en instrumentos de un política prosperidad y bienestar, cuyo destinatario siempre en definitivo es el hombre.⁶⁵(Lo puesto en cursiva, es mío).

Con este antecedente, es menester transcribir determinadas definiciones, sin antes, señalar que son pocos los autores que tratan sobre este nuevo surgimiento de relación entre entidades administrativas, así también lo establece el Dr. Juan Carlos Cassagne en su artículo titulado *Las Relaciones Inter- Administrativas*. Para el autor en mención, haciendo referencia a otro tratadista del Derecho Administrativo M.S. Marienhoff, señala:

⁶⁴ Cabanellas, Guillermo. *Diccionario de Derecho Usual Tomo III*. Editorial Helista, Buenos Aires – Argentina. Pág. 390.

⁶⁵ Cassagne, Juan Carlos. Artículo titulado *Las relaciones inter-administrativas*. Publicado en: <http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2649249.pdf> (acceso 01/01/2013) Pág. 1.

La relación jurídica inter-administrativa es aquella *que vincula a dos o más personas jurídicas públicas estatales*, ya se trate del Estado en sentido amplio (Nación y provincia) o de cualquiera de las personas jurídicas públicas de carácter estatal.⁶⁶(Lo puesto en cursiva, es mío)

Para el tratadista español Enrique Rivero Ysern, en su artículo titulado Las relaciones interadministrativas señala que estas: “[...] las relaciones interadministrativas son aquellas que, en virtud de las previsiones del Ordenamiento jurídico, pueden originarse entre dos o más esferas administrativas [...]”⁶⁷

Marienhoff, otro de los tratadistas reconocidos en el ámbito del Derecho Administrativo, establece que: “[...] la *actividad interadministrativa que es la que se despliega entre sujetos con personalidad jurídica propia y que desarrollan función administrativa* y la actividad interorgánica que es la que vincula a los órganos de un mismo sujeto”⁶⁸(Lo puesto en cursivas, es mío).

Se debe tener en cuenta que cuando hablamos de “función administrativa” nos referimos no sólo en la actividad del órgano “ejecutivo”, sino también a una parte de la actividad del órgano legislativo o de la del órgano judicial, desde una concepción no subjetivista. Por ende, podrán vincularse contractualmente y bajo el *nomen iuris*⁶⁹ de contratos interadministrativos no sólo los sujetos que integran los cuadros de la Administración Pública, sino también los del Poder Judicial y Legislativo, en la medida que ejerzan función administrativa.

⁶⁶ Cassagne, Juan Carlos. Artículo titulado *Las relaciones inter-administrativas*. Publicado en: <http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2649249.pdf> (acceso 01/01/2013). Pág. 2.

⁶⁷ Enrique Rivero Ysern, “*Las relaciones interadministrativas*”, revista de administración pública, España, 1980, Pág. 41.

⁶⁸ Marienhoff, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1970, Tomo I, Pág. 69/74.

⁶⁹ *nomen iuris*: también denominado principio de “primacía de la realidad”- que significa que “*las cosas son lo que son y no lo que las partes dicen que son*”.

La doctora Moreno García cita en su investigación al tratadista Enrique Rivero Yserm quien establece a manera de resumen que las relaciones interadministrativas pueden darse y establece de la siguiente manera:

- a) La Administración central (esto es las entidades que son parte del gobierno central) con la local (que en nuestro país son los gobiernos autónomos descentralizados, comprendiendo: los gobiernos regionales, gobiernos provinciales, gobiernos municipales y las juntas parroquiales).
- b) La Administración central con la institucional (entidades como el Servicio de Rentas Internas, Corporación Financiera Nacional, entre otras)
- c) La Administración local con la institucional
- d) Convenios en el seno de la Administración institucional
- e) La Administración central con la local y la institucional.⁷⁰

1.4.2.- Surgimiento de los contratos interadministrativos.-

Como lo señalamos anteriormente respecto de las relaciones jurídicas que establece el Estado con particulares especialmente denominadas relaciones administrativas, se derivan el contrato administrativo como los límites jurídicos en el cual se desarrolla y desenvuelve la relación administrativa. Bajo esta misma lógica jurídica, al momento en que el Estado genera una relación jurídica con otra entidad administrativa sea esta de institucional o derecho público, se configuraría de acuerdo a las definiciones doctrinarias dadas, una relación interadministrativa y por supuesto esta relación interadministrativa se materializa entre otras figuras a través de un contrato interadministrativo, que al igual que los contratos administrativos, los contratos interadministrativos se configuran como límites jurídicos en los cuales se desenvuelve y se desarrolla esa relación interadministrativa.

Sobre el contrato interadministrativo, el Juan Carlos Cassagne, observa en los contratos interadministrativos lo siguiente:

La presencia de dos o más sujetos estatales en este tipo de acuerdo le imprime a la contratación una modulación especial, caracterizada por la ausencia de prerrogativas

⁷⁰ Moreno, Verónica. Investigación titulada “*Los Contratos Interadministrativos*”. Programa de Maestría en Derecho Mención Contratación Pública y Modernización del Estado, recuperada de la página web: <http://repositorio.uasb.edu.ec/> Pág. 8.

exorbitantes al derecho común que pueden afectar el principio de unidad de acción, que se vincula, a su vez, con otro principio esencial propio de nuestro Estado federal; la unidad del poder del Estado.⁷¹

Se hace necesario abrir un paréntesis para traer a discusión, que la generación de contratos administrativos en el marco de la legislación citada en especial, la Ley Orgánica de Empresas Públicas, trae varias opciones jurídicas de la conformación de contratos interadministrativos, refiriéndose específicamente al artículo treinta y cuatro numeral tres cuando establece que:

ARTÍCULO 34.- CONTRATACIÓN EN LAS EMPRESAS PÚBLICAS.- Todo proceso de contratación de obras, bienes y servicios, incluidos los de consultoría, así como las contrataciones en actividades de prospección, exploración, explotación, refinación, comercialización, industrialización de los recursos hidrocarbúricos, las contrataciones de bienes de carácter estratégico necesarias para la defensa nacional, que realicen las empresas públicas, estarán sujetos al Plan Nacional de Desarrollo, con observancia del presupuesto nacional y empresarial, además de lo siguiente:

3. RÉGIMEN ESPECIAL.- En los casos en que las empresas públicas hubieren suscrito contratos o convenios tales como: alianzas estratégicas, asociación, consorcios u otros de naturaleza similar, será el convenio asociativo o contrato el que establezca los procedimientos de contratación y su normativa aplicable. En el caso de empresas constituidas con empresas de la comunidad internacional las contrataciones de bienes, obras y servicios se sujetarán al régimen especial que se contemple en el documento de asociación o acuerdo celebrado para tal efecto. En lo no previsto en el respectivo convenio o contrato, se estará a las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.⁷²

Es decir se configuran varias opciones en las cuales las Empresas Públicas pueden actuar en el marco de sus objetivos, a través de *alianzas estratégicas, asociación, consorcios u otros de naturaleza similar*, y la pregunta que surge es que pasa cuando una de estas figuras jurídica celebra un contrato se convierte en administrativo o interadministrativo para lo cual siempre se partirá del principio de las definición citada en la cual una contrato es interadministrativo siempre y cuando participen de ese contrato dos o más entidades estatales y en el caso de la legislación ecuatoriana sean dos o más entidades de la administración pública central o de la administración pública institucional.

⁷¹ *Ibíd.* Pág. 21.

⁷² Ley Orgánica de Empresas Públicas. Artículo 34 numeral 3. Registro Oficial Suplemento No. 48 de 16 de octubre de 2009.

Desde la perspectiva comercial de un contrato y haciendo referencia a la utilidad que se espera de un contrato que firmaría un particular con el Estado el Dr. Jorge Enrique Santos en su artículo titulado Consideraciones sobre los contratos y convenios interadministrativos, menciona lo siguiente:

El contrato interadministrativo, por su parte, es también celebrado entre dos entidades públicas con capacidad de tener relaciones interadministrativas, *con la particularidad de que el contrato es negocio jurídico* generador de obligaciones al cual acuden las partes con diversidad de intereses. En el contrato se pueden identificar contratante y contratista, y el segundo, *aunque persona pública, tiene intereses y está en un mercado de forma similar a como lo hace el particular.*⁷³ (Lo puesto en cursiva, es mío)

Sobre su configuración, Roberto Dromi, establece que el contrato interadministrativo se genera cuando:

[...] el contratista es otro órgano o ente estatal o público no estatal estaremos al frente de los contratos interadministrativos. Si la relación contractual tiene lugar entre dios entes de la administración su carácter administrativo es incuestionable independientemente de cual sea su relación con el servicio público y comprenda o no cláusulas exorbitantes del derecho común.⁷⁴

En contraposición con el contrato interadministrativo, se encuentra la naturaleza de renta económica que tiene el contrato administrativo, para lo cual me permito transcribir la siguiente definición:

CONTRATO ADMISNISTRATIVO. Aquel celebrado entre la administración, *por una parte, y un particular o empresa, por la otra, para realizar una obra pública, explotar un servicio público u obtener la concesión de una fuente de riqueza dependiente de la entidad de Derecho Público.* Esta combinación de voluntades, desiguales por su calidad, publica y aun soberana la una, y privada y aun sometida en aspectos generales la otra, rebela la flexibilidad de los vínculos contractuales, y anticipa la singularidad de esta contratación.⁷⁵ (Lo puesto en cursiva, es mío)

⁷³ Moreno, Verónica. Investigación titulada “*Los Contratos Interadministrativos*”. Programa de Maestría en Derecho Mención Contratación Pública y Modernización del Estado, recuperada de la página web: <http://repositorio.uasb.edu.ec/> Pág. 21.

⁷⁴ Dromi, Roberto. *Derecho Administrativo*. Editorial Ciencia y Cultura, Buenos Aires – Argentina 2001. Pág. 362 – 363.

⁷⁵ Cabanellas, Guillermo. *Diccionario de Derecho Usual Tomo III*. Editorial Helista, Buenos Aires – Argentina. Pág. 360.

Es decir en un primer instante desde la perspectiva jurídica, no existe una contraposición del establecimiento de los límites jurídicos que en contrato se establecen pues en el marco del ordenamiento jurídico interno del Estado no debería existir ninguna contraposición jurídica pues, por supuesto la interrogante surge cuando en el contrato interadministrativo se generaría o no una utilidad económica por parte de la contratista que es una entidad administrativa.

Ya que tenemos el panorama jurídico y doctrinal claro sobre la conformación de las entidades administrativas en el Estado ecuatoriano y el establecimiento de las relaciones interadministrativas y su materialización en el contrato interadministrativo, me permito pasar a la normativa ecuatoriana sobre contratos interadministrativos establecidos en la LOSNCP.

1.4.3.- Los contratos interadministrativos en el marco de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

La Asamblea Constituyente de Montecristi expidió la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (en adelante LOSNCP), la misma que fue promulgada en el Registro Oficial No. 395 del día lunes cuatro de agosto de 2008, esta Ley fue analizada y promulgada en el transcurso del tratamiento y debate de la nueva Constitución ecuatoriana del 20 de octubre de 2008.

De sus considerandos, se desprende los elementos económicos, políticos y sociales que se constituyen en la causa de la creación de una nueva LOSNCP, entre ellos destaca:

a) La creación de [...] un sistema de contratación pública que articule y armonice a todas las instancias, organismos e instituciones en los ámbitos de planificación, programación, presupuesto, control, administración y ejecución de las adquisiciones de bienes y servicios así como en la ejecución de obras públicas que se realicen con recursos públicos.; b) la ausencia de planificación y de políticas de compras públicas ha derivado en discrecionalidad y desperdicio de recursos públicos por parte de las instituciones contratantes del Estado.; c) [...] innovar la contratación mediante procedimientos ágiles, transparentes, eficientes y tecnológicamente actualizados, que impliquen ahorro de recursos y que faciliten las labores de control tanto de las entidades contratantes como de los propios proveedores de obras, bienes y servicios y de la ciudadanía en general.; d) los recursos públicos que se emplean en la ejecución de obras y en la adquisición de bienes y servicios, deben servir como elemento dinamizador de la economía local y nacional, identificando la

capacidad ecuatoriana y promoviendo la generación de ofertas competitivas.; e) Del quinto: “a través de la promoción de la producción nacional, los recursos estatales destinados a la contratación pública fomentarán la generación de empleo, la industria, la asociatividad y la redistribución de la riqueza.; y, f) Del sexto: es necesario utilizar los mecanismos tecnológicos que permitan socializar los requerimientos de las entidades contratantes y la participación del mayor número de personas naturales y jurídicas en los procesos contractuales que el Estado Ecuatoriano emprenda.⁷⁶

Desde la perspectiva de estos considerandos y los debates en el Asamblea Constituyente, la LOSNCP se convierte en el único cuerpo legal normativo rector de la contratación pública, exceptuando de la aplicación de esta Ley “[...] las contrataciones en actividades de exploración y explotación de los recursos hidrocarburíferos; las contrataciones de bienes de carácter estratégico necesarias para la defensa nacional, que no se refieran al ámbito de la presente Ley.”, derogando expresa y tácitamente a todo el entramado normativo que hasta antes de su expedición existía.

Por atribución administrativa del Estatuto Jurídico del Régimen Administrativo de la Función Pública, el Ejecutivo, el 08 de agosto de 2008 mediante Decreto Ejecutivo No. 1248 del mismo año, dicta el Reglamento a la LOSNCP, pero este tendría vigencia solamente 8 meses aproximadamente, pues, el 30 de abril de 2009, mediante Decreto Ejecutivo No. 841 de 30 de abril de 2009, se dictó un nuevo Reglamento, mediante el cual reforma el Reglamento General de la LOSNCP y que se encuentra vigente.

La LOSNCP se encuentra dividida en cinco Títulos estos son: I.- Generalidades; II.- Sistema Nacional de Contratación Pública; III.- De los procedimientos; IV.- De los Contratos; y, V.- De las Reclamaciones y controversias.

El Régimen Especial se encuentra en el artículo dos de la LOSNCP, y este a su vez se divide en 9 numerales. Como lo mencionamos en el Plan para la realización de esta investigación, la presente investigación tiene como objeto el análisis del numeral 8vo de este artículo que manda: “Artículo 2.- Régimen Especial.- Se someterán a la normativa específica

⁷⁶ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Considerandos. Registro Oficial No. 395 de 14 de agosto de 2008.

que para el efecto dicte el Presidente de la República en el reglamento general a esta ley, *bajo criterios de selectividad*, los procedimientos precontractuales de las siguientes contrataciones:

8) Los que celebren el Estado con entidades del sector público, éstas entre sí, aquellos con empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público o sus subsidiarias; así como también los contratos que se celebren entre las entidades del sector público o empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en cincuenta por ciento (50%) a entidades de derecho público con empresas públicas de los Estados de la Comunidad Internacional.” (Lo puesto en cursiva, es mío)

Basados en las definiciones de la relación como del contrato interadministrativo, la LOSNCP, al momento en que manda la Ley que se someterán a Régimen Especial bajo criterios de selectividad los siguientes contratos:

- i. Las contrataciones que el Estado celebre con entidades del sector público;
- ii. Las contrataciones que realicen las entidades del sector público entre sí;
- iii. Las contrataciones que realice el Estado con aquellas empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público; y,
- iv. Las contrataciones que realice el Estado ecuatoriano con las subsidiarias de las empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público.

Se configura como tal la relación interadministrativa y por ende el contrato interadministrativo en el Estado ecuatoriano.

CAPITULO II

PRINCIPIOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN EL MARCO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA Y EL REGIMEN ESPECIAL DE CONTRATACIÓN INTERADMINISTRATIVA Y EL CRITERIO DE SELECTIVIDAD EN EL ECUADOR

Se hace necesario, en el tratamiento en la presente investigación, analizar determinados principios jurídicos que se constituyen en los pilares fundamentales que sustenta el Derecho, el Derecho Administrativo y por ende la Administración Pública, los mismos que han sido proclamados en la en la Constitución del Ecuador y en la LOSNCP, en su artículo cuatro, pero estos no son mera declaraciones jurídicas sino que se constituyen en verdaderos limites jurídicos de aplicación de la norma jurídica contractual en cada relación administrativa o interadministrativa como es el caso del Régimen especial establecido en el artículo dos de la LOSNCP y que de acuerdo a la ley se ejerce a través del criterio de selectividad; y, para el ejercicio del régimen especial caben preguntas que se analizarán en el transcurso de la investigación como son ¿Cuál es la naturaleza jurídica del Régimen Especial?; ¿Qué es el criterio de selectividad?; y, ¿Cuál es la forma de aplicación del criterio de selectividad?. Esto permitirá analizar el estricto cumplimiento de los principios desde la base jurídico, doctrinal, y; ya materializados estos en la norma constitucional y su aplicación directa en el marco del Estado Constitucional de Derechos y Justicia.

2.1. Los principios del Derecho Administrativo.

De una manera previa, se hace necesario la comprensión de la dimensión y la aplicación del concepto de *principio jurídico*, pues este concepto en forma dialéctica se aplicará en toda su estructura jurídica a todos los principios que sustentan las distintas materias que componen el Derecho Público y el Derecho Privado, en este caso siendo objeto del estudio del Derecho Público y como ejercicio ejecutor, la administración pública.

Según Buron, estos, son los “[...] dictados de la razón admitidos legalmente como fundamento inmediato de sus disposiciones en los cuales se haya contenido su capital pensamiento [...]”⁷⁷, así también, los principios del derecho han sido vistos como verdaderos mandamientos jurídicos, desde la perspectiva de los principios como pilares del derecho, según Rafael Sánchez Vázquez, quien define desde una visión incluso dialéctica que:

Uno de los descubrimientos más importantes de la humanidad, ha significado la identificación y construcción, por una parte, de los principios generales del derecho, y por la otra, de un lenguaje normativo que establece derechos y obligaciones de los seres humanos para el efecto de vivir en sociedad y en armonía, a través de reglas claras y precisas que permitan racionalmente el respeto de lo nuestro, lo mío y lo tuyo, y en especial de la dignidad humana.⁷⁸

Miguel Reale, refiriéndose a estos como fundamentos del derecho, define:

Podemos afirmar que los principios son – verdades fundantes- de un sistema de conocimiento, admitidas como tales por ser evidentes, por haber sido comprobadas, y también por motivos de orden práctico de carácter operacional, o sea, como presupuestos exigidos por las necesidades de Investigación y de praxis.⁷⁹

⁷⁷ Cabanellas, Guillermo. *Diccionario de Derecho Usual Tomo IV*. Editorial Helista, Buenos Aires – Argentina. Pág. 471.

⁷⁸ Reale, Miguel: *Introducción al Derecho*; IXª. ed., Ed. Ediciones Pirámide, S.A., Madrid, 1989, Pág. 138. *Los Principios Generales del Derecho y su impronta en la cultura de la legalidad*. Página web: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Noticias/NoticiasOJN/Eventos/Congreso07/Textos/5.pdf> (acceso: 20 de febrero de 2013)

⁷⁹ *Ibíd.* Pág. 1

Para García de Enterría, define a los principios generales del Derecho como expresión “[...] de los valores materiales básicos de una ordenamiento jurídico, aquellos sobre los cuales se constituye como tal, es decir, las convicciones ético-jurídicas fundamentales de una comunidad [...]”⁸⁰, entonces, sustentados en estas definiciones, podemos pasar a la descripción de la definición de los principios que sustentan el Derecho Administrativo objeto de estudio en la presente investigación, así, la Dra. Elisenda Maralet, establece que estos principios, hacen referencia a “[...] aquellos elementos que constituyen los aspectos o los elementos estructurales o fundamentales de nuestro derecho administrativo y que se constituyen por inducción de los textos legales, por deducción del texto positivo, por inducción de lo que es nuestro derecho administrado codificado [...]”⁸¹, es decir que se toman los elementos jurídicos, económicos, políticos, sociales, históricos de los elementos de construcción de los principios generales del derecho y se los aplica a la rama del Derecho Administrativo entendido este como: “[...] aquella parte del Derecho público que tiene por objeto la organización, los medios y las formas de la actividad de las administraciones públicas y las consiguientes relaciones jurídicas entre aquellas y otro sujetos.”⁸², en la construcción del texto positivo y del texto adjetivo. Cabe mencionar que diferentes tratadistas, no definen directamente como principios del Derecho Administrativo sino, dado que este, es ejercido y aplicado mediante la administración pública, estos principios se han definido como principios de procedimiento administrativo, así por ejemplo, Roberto Dromi, establece que:

[...] los principios fundamentales del procedimiento administrativo, pautas directrices que definen su esencia y justifican su existencia, permitiendo explicar, más allá de las regulaciones procesales dogmáticas, su por qué y su para qué. Cualquier transgresión en la regulación o aplicación procesal de los principios de referencia provoca una lesión jurídica que el derecho sanciona como nulidad y la política reprocha como desviación de poder.⁸³

⁸⁰ García de Enterría, Eduardo, Fernández, Tomás. *Curso de Derecho Administrativo I*. Novena Edición. Editorial Thomson Civitas, Madrid- España, 2004. Pág. 32.

⁸¹ Maralet I García, Elisenda. Seminario sobre Derecho Público y Derecho Privado en la actuación de la Administración Pública. *El derecho de la administración pública: Derecho Público y Derecho Privado: la relevancia de los principios constitucionales*. Editorial Marcial Pons, Barcelona España 1999. Pág. 27

⁸² Parada, Ramón. *Derecho Administrativo I*, Parte General. Editorial Marcial Pons, Madrid – España 2012. Pág. 27.

⁸³ Dromi, Roberto. *Derecho Administrativo*. Editorial Ciencia y Cultura, Buenos Aires – Argentina 2001. Pág. 1020-1021.

En este mismo sentido de principios de procedimiento administrativo, el Diccionario de Derecho Administrativo, define como:

Conjunto de proposiciones que dan a conocer en forma (*principia cognoscendi*) el carácter de esa realidad que se denomina procedimiento administrativo dando razón de ella. Constituye estos principios, debidamente entendidos, *el soporte de la institución* a la par que el medio adecuado o salida razonable para asegurar un mínimo de unidad, reduciendo la tendencia a la dispersión y al particularismo proveniente de la inevitable tensión entre el procedimiento general ordinario y los múltiples procedimientos especiales que la ley acepta como tales. Solo de esta manera – enseña García de Enterría – *se podrá también a llegar la esencia íntima del procedimiento en su triple dimensión de vehículo de participación de los intereses en la elaboración de las decisiones administrativas de mecanismos de garantía de los derechos de los particulares y de cause para la pronta y eficaz satisfacción de los intereses comunes.*⁸⁴ (Lo puesto en cursiva, es mío)

Tomando en consideración la definición anterior, trae un concepto claro sobre la aplicación de estos principios en el proceder administrativo, es decir vienen a regular a cada una de las actividades administrativas, conociendo la naturaleza de la acción del Estado y su forma de actuación, los principios se constituyen en los límites doctrinarios jurídicos que justamente limitan la actuación administrativa, en cada estamento o componente de la administración pública, en este sentido, definiendo el procedimiento administrativo, para el Dr. Marco Morales estos “[...] constituyen un cauce formal para tanto para el ejercicio del poder de la administración pública como para la materialización y defensa de los ciudadanos [...]”⁸⁵ y estos procedimientos son proclamados y materializados por el poder constituyente en la Constitución del Estado.

Varios tratadistas, de acuerdo a su posición doctrinal frente a la actuación de la Administración Pública, han propuesto varios principios jurídicos que sustentan el Derecho Administrativo y por ende el procedimiento administrativo, entre los cuales se puede nombrar los siguientes, así por ejemplo, para la Dra. Helena Alvear García, los más importantes son el

⁸⁴ *Diccionario de Derecho Público – Administrativo – Constitucional – Fiscal*. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires – Argentina, 1981. Pág. 606.

⁸⁵ Morales, Marco. *Manual de Derecho Procesal Administrativo*. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador 2011. Pág. 98.

principio de legalidad, *discrecionalidad y confianza legítima*⁸⁶; para Gordillo, los principios generales del procedimiento administrativo son los de *legalidad objetiva, el principio de la oficialidad, el principio de la instrucción, el principio de la verdad material, el principio del informalismo en favor del administrado, el principio del debido proceso, el principio de la contradicción, el principio de economía procesal, el principio induvio proactione, el principio de igualdad, el principio de imparcialidad*⁸⁷; para el tratadista Roberto Dromi existen principios sustanciales y formales. Los sustanciales son *los de legalidad, transparencia, defensa y gratuidad*. Los formales son los principios de *oficialidad, simplicidad, informalismo y eficacia*⁸⁸; y, otro grupo de tratadistas han dado suma importancia y han basado su mayor cantidad de estudio en un solo principio primordial dentro de la administración pública, como es el de legalidad así, el tratadista García de Enterría, analiza específicamente *el criterio de legalidad, basado en que este es el principio originario de la administración pública*⁸⁹ (así él lo ha proclamado); en este mismo sentido también lo realiza el profesor Efraín Pérez cuando hace el estudio sobre el criterio de legalidad y su incidencia en el órgano administrativo y en la competencia, bajo el criterio de sumisión de la Administración a la Ley⁹⁰; y, bajo otra perspectiva también muy importante a observar el Doctor Benjamín Herrera, trata en su obra aparte del *principio de legalidad* otro principio fundamental como es el de *interés público*⁹¹.

Es importante señalar que pese a que todos los tratadistas mencionados han analizado varios principios del Derecho Administrativo, se han puesto doctrinariamente de acuerdo, en que los principios más importantes que rigen y sustentan la vida administrativa del estado, y

⁸⁶ García Alvear, Helena. *Manual de Derecho Administrativo*. Editorial Temis, Bogotá Colombia, 2009. Pág. 17.

⁸⁷ *Diccionario de Derecho Público – Administrativo – Constitucional – Fiscal*. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires – Argentina, 1981. Pág. 606 – 607 -608 – 609 – 610 – 611.

⁸⁸ Dromi, Roberto. *Derecho Administrativo*. Editorial Ciencia y Cultura, Buenos Aires – Argentina 2001. Pág. 1021 -1027.

⁸⁹ García de Enterría, Eduardo, Fernández, Tomás. *Curso de Derecho Administrativo I*. Novena Edición. Editorial Thomson Civitas, Madrid- España, 2004. Pág. 439.

⁹⁰ Pérez, Antonio, Pérez Efraín. *Manual de Contratos del Estado*. Quito-Ecuador, Ed. Corporación de Estudios y Publicaciones, 2008, Pág.121.

⁹¹ Herrera, Benjamín. *Contratos Públicos*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Medellín – Colombia 2003. Pág. 94.

sobre los cuales actúa de forma primordial el Estado, a través de su manifestación administrativa son los de legalidad y de discrecionalidad, el primero por configurarse dentro de la norma adjetiva y el segundo por configurarse como la potestad que ejerce la administración pública dentro de los actos administrativos, razón por la cual la presente investigación basará su argumentación jurídica en relación a estos dos principios específicamente.

Con este panorama jurídico doctrinario de los principios que sustentan el Derecho Administrativo y su ejercicio a través de la administración pública, es pertinente observar estos principios consagrados, pero ya en la LOSNCP.

Es necesario mencionar los principios del Derecho Administrativo en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, los mismos que han sido recogidos y proclamados en la LOSNCP en su artículo cuatro y establece:

Artículo 4.- Principios.- Para la aplicación de esta Ley y de los contratos que de ella deriven, se observarán los principios de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad; y, participación nacional.⁹²

Es decir cada uno de estos principios debe ser aplicado en cada uno de los procedimientos y regímenes que el Estado aplique para la contratación que realice el Estado.

2.2. El régimen especial en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y el criterio de selectividad.

La Asamblea Nacional Constituyente de Montecristi expidió la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (en adelante LOSNCP), la misma que fue promulgada en el Registro Oficial No. 395 del día lunes cuatro de agosto de 2008, esta Ley fue analizada y promulgada en el transcurso del tratamiento y debate de la nueva Constitución ecuatoriana del 20 de octubre de 2008.

⁹² Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Artículo 4. Registro Oficial No. 395 de 14 de agosto de 2008.

De sus considerandos, se desprende los elementos económicos, políticos y sociales que se constituyen en la causa de la creación de una nueva LOSNCP, entre ellos destaca:

La creación de [...] *un sistema de contratación pública que articule y armonice a todas las instancias, organismos e instituciones en los ámbitos de planificación, programación, presupuesto, control, administración y ejecución de las adquisiciones de bienes y servicios así como en la ejecución de obras públicas que se realicen con recursos públicos.*; b) la ausencia de planificación y de políticas de compras públicas ha derivado en *discrecionalidad* y desperdicio de recursos públicos por parte de las instituciones contratantes del Estado.; c) “[...] innovar la contratación mediante procedimientos ágiles, transparentes, eficientes y tecnológicamente actualizados, que impliquen ahorro de recursos y que faciliten las labores de control tanto de las entidades contratantes como de los propios proveedores de obras, bienes y servicios y de la ciudadanía en general.; d) los recursos públicos que se emplean en la ejecución de obras y en la adquisición de bienes y servicios, deben servir como elemento dinamizador de la economía local y nacional, identificando la capacidad ecuatoriana y promoviendo la generación de ofertas competitivas.; e) Del quinto: a través de la promoción de la producción nacional, los recursos estatales destinados a la contratación pública fomentarán la generación de empleo, la industria, la asociatividad y la redistribución de la riqueza.; y, f) Del sexto: es necesario utilizar los mecanismos tecnológicos que permitan socializar los requerimientos de las entidades contratantes y la participación del mayor número de personas naturales y jurídicas en los procesos contractuales que el Estado Ecuatoriano emprenda.”⁹³ (Lo puesto en cursiva, es mío)

Por atribución administrativa del Estatuto Jurídico del Régimen Administrativo de la Función Pública, el Ejecutivo, el 08 de agosto de 2008 mediante Decreto Ejecutivo No. 1248 del mismo año, dicta el Reglamento a la LOSNCP, pero este tendría vigencia solamente 8 meses aproximadamente, pues, el 30 de abril de 2009, mediante Decreto Ejecutivo No. 841 de 30 de abril de 2009, se dictó un nuevo Reglamento, mediante el cual reforma el Reglamento General de la LOSNCP y que se encuentra vigente. Esta Ley se encuentra dividida en cinco Títulos estos son: I.- Generalidades; II.- Sistema Nacional de Contratación Pública; III.- De los procedimientos; IV.- De los Contratos; y, V.- De las Reclamaciones y controversias. El régimen especial y el criterio de selectividad se encuentra establecido en el Capítulo II de la LOSNCP que se estructura de seis artículos, el artículo dos, se refiere al Régimen Especial en la Contratación Pública, y este a su vez se divide en nueve numerales.

⁹³ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Considerandos. Registro Oficial No. 395 de 4 de agosto de 2008.

Es necesario el estudio y análisis de la del numeral octavo de este artículo, pues en este se establece ya el criterio de selectividad y manda:

Artículo 2.- Régimen Especial.- Se someterán a la normativa específica que para el efecto dicte el Presidente de la República en el reglamento general a esta ley, *bajo criterios de selectividad*, los procedimientos precontractuales de las siguientes contrataciones:

8. *Los que celebren el Estado con entidades del sector público, éstas entre sí, aquellos con empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público o sus subsidiarias; así como también los contratos que se celebren entre las entidades del sector público o empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en cincuenta por ciento (50%) a entidades de derecho público con empresas públicas de los Estados de la Comunidad Internacional. (Lo puesto en cursiva, es mío)*⁹⁴

Cabe un análisis detenido que permite comprender la verdadera magnitud jurídica de este numeral, que para una verdadera dimensión es necesario dividirlo en dos partes:

La primera que hace relación a la contratación con entidades del sector público; y,

La segunda que hace relación a las empresas de las entidades públicas de los Estados de la Comunidad Internacional.

En lo referente a la contratación del Estado con entidades del sector público, el Artículo 2 establece que *bajo criterios de selectividad* se someterán a régimen especial las siguientes contrataciones:

i) Las contrataciones con entidades del sector público; ii) Las contrataciones que realicen las entidades del sector público entre sí; iii) Las contrataciones que realice el Estado con aquellas empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público; y, iv) Las contrataciones que realice el Estado ecuatoriano con las subsidiarias de las empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público.

⁹⁴ *Ibíd.* Artículo 2, numeral 8.

La presente investigación se limitará al análisis y estudio solamente de las cuatro contrataciones que el Estado puede realizar de acuerdo al primer inciso del numeral ocho del artículo dos de la LOSNCP, como se describió en el párrafo anterior.

Surgen dos preguntas claves que permitirán más adelante enfrentar los principios de legalidad, discrecionalidad frente al criterio de selectividad y estas son ¿Cuál es la naturaleza jurídica del Régimen Especial?; ¿Qué es el criterio de selectividad?; y, ¿Cuál es la forma de aplicación del criterio de selectividad?.

Sobre la primera pregunta, ¿Cuál es la naturaleza jurídica del Régimen Especial?, debemos señalar que el estudio de este régimen, se lo puede realizar desde dos perspectivas:

La primera, en relación a la naturaleza jurídica de la entidad contratante de acuerdo a los que establece el artículo dos de LOSNCP, siendo condicionante jurídico fundamental que la naturaleza de la entidad contratante sea una entidad administrativa estatal de derecho público o institucional o cualquier institución del Estado la que actúe como entidad contratante. Así lo establece el inciso primero del artículo dos y manda:

Artículo 2.- Régimen Especial.- Se someterán a la normativa específica que para el efecto dicte el Presidente de la República en el Reglamento General a esta Ley, *bajo criterios de selectividad*, los procedimientos precontractuales de las siguientes contrataciones:

1. Las de adquisición de fármacos que celebren las entidades que presten servicios de salud, *incluido el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social*;
2. Las calificadas por el Presidente de la República como necesarias para la seguridad interna y externa del Estado, y cuya ejecución esté a *cargo de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional*;
3. Aquellas cuyo objeto sea la ejecución de actividades de comunicación social destinadas a la información de las acciones del *Gobierno Nacional o de las Entidades Contratantes*;
4. Las que tengan por objeto la prestación de servicios de asesoría y patrocinio en materia jurídica requeridas por el *Gobierno Nacional o las Entidades Contratantes*;
5. Aquellas cuyo objeto sea la ejecución de una obra artística literaria o científica;
6. Las de adquisición de repuestos o accesorios que se requieran para el mantenimiento de equipos y maquinarias a cargo de las *Entidades Contratantes*, siempre que los mismos no se encuentren incluidos en el Catálogo Electrónico del Portal de COMPRASPUBLICAS;
7. Los de transporte de correo internacional y los de transporte interno de correo, que se regirán por los convenios internacionales, o las disposiciones legales y reglamentarias dictadas para el efecto, según corresponda;

8. Los que celebren el *Estado con entidades del sector público, éstas entre sí, o aquellos con empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público o sus subsidiarias*; así como también los contratos que se celebren entre las entidades del sector público o empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público con empresas públicas de los Estados de la Comunidad Internacional; y,

9. *Los que celebran las instituciones del sistema financiero y de seguros en las que el Estado o sus instituciones son accionistas únicos o mayoritarios; y, los que celebren las subsidiarias de derecho privado de las empresas estatales o públicas o de las sociedades mercantiles de derecho privado en las que el Estado o sus instituciones tengan participación accionaria o de capital superior al cincuenta (50%) por ciento, exclusivamente para actividades específicas en sectores estratégicos definidos por el Ministerio del Ramo. (Lo puesto en cursivo, es mío)*

Aquí la naturaleza del régimen especial no surge en relación a la situación o condición de la contratación como es el caso de contratación directa en situaciones de emergencia definida esta como:

31. Situaciones de Emergencia: *Son aquellas generadas por acontecimientos graves tales como accidentes, terremotos, inundaciones, sequías, grave conmoción interna, inminente agresión externa, guerra internacional, catástrofes naturales, y otras que provengan de fuerza mayor o caso fortuito, a nivel nacional, sectorial o institucional. Una situación de emergencia es concreta, inmediata, imprevista, probada y objetiva.*⁹⁵

Sino que este tipo de régimen especial surge en relación naturaleza jurídica de la institución contratante y esta naturaleza es de ser una entidad estatal y desde la perspectiva del ERJAFE podría entonces ser una entidad del sector público central o una entidad de derecho público.

La segunda, se desprende del objetivo de la economía estatal y se refiere exclusivamente a la circulación del capital dentro del mismo Estado, lo que tiene estricta vinculación con el interés público económico del Estado. En este mismo sentido, este procedimiento tiene como objetivo principal permitir a la administración escoger al mejor oferente que el Estado crea mejor oferente ya que la selección del mismo debe ser beneficiosa a los intereses públicos, en el que se deberá ver no solo el precio sino la calidad, historial, experiencia encontrando su justificación jurídica y económica en el orden público e interés general que debe satisfacer a la administración pública puesto que su principal característica es que procede en determinadas circunstancias muy calificadas y es por eso que se corre en ver comprometido el interés

⁹⁵ *Ibíd.* Artículo 6. Numeral 31.

público⁹⁶. Comprendiendo de esta manera que las entidades contratantes deben cumplir las reglas generales previstas en el Sistema, además de que el *régimen especial no es un régimen de excepción*.

Bajo estas dos perspectivas, el Dr. Nelson López, en relación al régimen especial, menciona que:

[...] de forma similar a los establecido en la Ley de Contratación Pública derogada, esta Ley establece ciertos tipos de contrataciones que por su naturaleza, no se sujetan a los procedimientos establecidos en la Ley de acuerdo con el artículo dos de la misma, estas contrataciones deben someterse a la normativa dictada por el Presidente de la República en el Reglamento a la Ley.⁹⁷

A manera general se puede establecer que el Régimen especial, de acuerdo al Dr. William López:

Son procedimientos de contratación que tiene el carácter de excepcional, pues se sujetan a una normativa específica dictada por el Presidente de la Republica en el Reglamento General de Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública que comprende a determinadas contrataciones.

Solo en el caso de que en el Régimen especial no se describa o detalle algún procedimiento o acción concreta que sean indispensables para la contratación de bienes, obras o servicios se observaran en forma supletoria los procedimientos establecidos en el Régimen general de la contratación pública.⁹⁸

Desde una óptica tal vez un tanto critica, cabe mencionar que si bien es cierto la LOSNCP, establece un Régimen especial, en su aplicabilidad, el Estado apoyado en este régimen, realiza la contratación administrativa de una manera directa al escoger su oferente o contratista, por supuesto cabe observar que no se debe confundir con la contratación directa que establece la LOSNCP cuya naturaleza se aplica desde la perspectiva del tipo de contratación que quiere realizar el Estado a través de alguna de sus entidades administrativas. Por supuesto analizar este tipo de contratación conllevaría otra investigación, mas para el análisis del objetivo

⁹⁶ García, Oviedo. *La Teoría del Servicio Público en Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid-España, 1986. Editorial Lexa, Pág. 274.

⁹⁷ Rivas Livia, López Nelson. *Interrogantes y respuestas sobre la Nueva Ley de Contratación Pública II Edición*, Editorial Nina Comunicaciones, Quito – Ecuador 2009. Pág. 230.

⁹⁸ López, William. *Tratado de Contratación Publica / Teoría practica Jurisprudencia Tomo I*. Editorial Jurídica del Ecuador, Quito / Ecuador, 2012. Pág. 308.

mismo de esta investigación cabe mencionar que el Régimen especial genera el *mecanismo jurídico o camino jurídico mediante el cual el Estado ejerce de forma directa su poder público a través de la contratación de otra entidad estatal* con igual o mejor capacidad técnica que una entidad de derecho privado y que el Estado ha decidido contratar.

2.2.1. El criterio de selectividad en el Régimen Especial.-

Una vez entendido el régimen especial, es necesario analizar el fundamento jurídico sobre el cual actúa este régimen y el mismo artículo dos en su único inciso lo proclama y lo define como *criterio de selectividad*, cuando manda lo siguiente: “Régimen Especial.- Se someterán a la normativa específica que para el efecto dicte el Presidente de la República en el Reglamento General a esta Ley, *bajo criterios de selectividad*, los procedimientos precontractuales de las siguientes contrataciones:”⁹⁹

La pregunta que surge inmediatamente después de la lectura de este inciso es ¿Cuál es la definición de criterio de selectividad? y ¿Cuáles son los parámetros jurídicos, técnicos para aplicar el criterio de selectividad y para una mejor comprensión doctrinaria me remito a la etimología de la palabra criterio y en una primera instancia la definición del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española y menciona: “[...] 1. m. Norma para conocer la verdad. 2. m. *Juicio o discernimiento*.”¹⁰⁰; en lo jurídico, el Diccionario de Cabanellas, define criterio como: “Juicio, discernimiento./*norma o regla para conocer la verdad/proceder habitual de un sujeto o entidad*, con facultades de disposición o de decisión”¹⁰¹(Lo puesto en cursiva es mío); y, la selectividad, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, define como: “selectividad. 1. f. Cualidad de selectivo. 2. f. *Función de seleccionar o*

⁹⁹ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Artículo 2 numeral 8. Registro Oficial No. 395 lunes 4 de agosto de 2008.

¹⁰⁰ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española obtenido de la dirección web <http://lema.rae.es/drae/?val=criterio%20> (acceso: 01 de febrero 2013)

¹⁰¹ Cabanellas, Guillermo, Guillermo. *Diccionario de Derecho Usual Tomo II*. Editorial Helista, Buenos Aires – Argentina. Pág. 479.

elegir.”¹⁰²; en infinitivo seleccionar de acuerdo a Cabanellas, “*Elegir, escoger/determinar lo superior en un conjunto/utilizar a los mejores de una clase o género*”¹⁰³ (Lo puesto en cursiva, es mío); el tratadista Juan Carlos Cassagne en el marco de los procedimientos de selección del contratista estatal y la adjudicación del contrato define, define claramente que:

[...] la Administración *al seleccionar a sus contratistas lo hace según un procedimiento preestablecido en las leyes y reglamentos administrativos*. Se ha ido construyendo en este sentido, la regla de interpretación conforme a la a cual – los contratos públicos están sujetos a formalidades preestablecidas y contenidos impuestos por las normas que prevalecen [...] ¹⁰⁴

Cabe mencionar que gran parte de los tratadistas han profundizado sobre el proceso de selección con los particulares, más, en el proceso de las contrataciones interadministrativas, no se ha desarrollado un trabajo más extenso en el estudio de un criterio de selectividad en relación a entidades del mismo Estado. Pero es importante señalar que el beneficiario directo de la obra producto de la contratación administrativa es el Estado y los miembros del Estado, es decir sus habitantes, razón por la cual se debería entonces poner sobre la palestra de discusión cual es la forma de seleccionar, lo que para la LOSNCP se denominaría criterio de selectividad.

En razón de lo anterior, especialmente de la definición traída a discusión por el tratadista Cassagne, cuando hace énfasis en relación a que el Estado debe *seleccionar a sus contratistas, lo hace según un procedimiento preestablecido en las leyes y reglamentos administrativo*, es decir *que este criterio de selectividad entonces debería estar reglado, orgánicamente estructurado en el Reglamento a la LOSNCP* como lo manda el artículo dos en su primer inciso ingresando con este antecedente al tratamiento del criterio de selectividad frente a los principios del derecho administrativo descritos líneas atrás. En la misma vía de análisis sobre

¹⁰² Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española obtenido de la dirección web <http://lema.rae.es/drae/?val=crietrio%20> (acceso 01 de febrero 2013)

¹⁰³ Cabanellas, Guillermo, Guillermo. *Diccionario de Derecho Usual Tomo VII*. Editorial Helista, Buenos Aires – Argentina. Pág. 398

¹⁰⁴ Cassagne, Juan Carlos. *El Contrato Administrativo*. Ediciones Lexis Nexis, Buenos Aires - Argentina 2005. Pág. 21.

importancia de preestablecer las formas de selección del contratista, el Dr. Benjamín Herrera menciona entre otras características las siguientes:

En general a los procedimientos de selección se le pueden atribuir las siguientes características:

Son obligatorios como que se trata de procedimientos administrativos y cuya ausencia genera una irregularidad insubsanable, sin embargo no todo error genera nulidad, sino que aquel que sea serio y trascendente.

Son públicos en el sentido que puede participar todos y controlar y supervisar todos, en intereses de la legalidad y la moralidad pública, con facultad para asistir a los distintos trámites y obtener copias de los mismos. Lo público dice de la participación general y de la publicidad.¹⁰⁵

Es decir el proceso de selección como requisito para la elección de la entidad contratante, se convierte en el pilar fundamental sobre el cual se escoge a la entidad contratante que va a ejecutar determinado contrato, son verdaderos reguladores para el fiel cumplimiento de la naturaleza social del país, hay que ver entonces a estos como verdaderos filtros que permiten a la entidad contratante la mejor previsión que puede aplicar la entidad contratante para el cumplimiento del fin.

En el marco de la normativa de la LOSNCP, es importante mencionar que el criterio de selectividad no se encuentra definido en la LOSNCP ni en su Reglamento, peor aún desarrollado de una forma orgánica de aplicación, por lo tanto generando de esta manera un verdadero vacío legal en relación a la aplicación de este criterio, y la Ley y el Reglamento solo han mencionado de manera sucinta, muy breve el Régimen Especial y el criterio de selectividad¹⁰⁶, que es el fundamento jurídico sobre el cual se generan las relaciones interadministrativas y sin ánimo en la presente investigación de generar una polémica jurídica, pero justamente este vacío jurídico ha sido el motivo de realizar este trabajo justamente para sentar un precedente jurídico y se inicie a discutir sobre la reglamentación de este criterio.

¹⁰⁵ Herrera, Benjamín. *Contratos Públicos*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Medellín – Colombia 2003. Pág. 185

¹⁰⁶ Pérez, Antonio, Pérez Efraín. *Manual de Contratos del Estado*. Quito-Ecuador, Ed. Corporación de Estudios y Publicaciones, 2008, Pág. 810 – 811.

2.3. El INCOP y normas supletorias sobre el criterio de selectividad.-

El Instituto Nacional de Contratación Pública (en adelante se lo denominara INCOP) de acuerdo al artículo diez de la LOSNCP se constituye en el ente que promueve y ejecuta la política de contratación pública, el mismo que se constituye como una entidad de derecho público creado, el artículo diez establece:

Artículo 10.- El Instituto Nacional de Contratación Pública.- Créase el Instituto Nacional de Contratación Pública, como organismo de derecho público, técnico y autónomo, con personalidad jurídica propia y autonomía administrativa, técnica, operativa, financiera y presupuestaria. Su máximo personero y representante legal será el Director Ejecutivo, quien será designado por el Presidente de la República. Su sede será la ciudad de Quito, tendrá jurisdicción nacional, pudiendo establecer oficinas desconcentradas a nivel nacional.

Entre sus atribuciones dictadas en el artículo diez principales están las de:

2. Promover y ejecutar la política de contratación pública dictada por el Directorio;
3. Establecer los lineamientos generales que sirvan de base para la formulación de los planes de contrataciones de las entidades sujetas a la presente Ley;
9. Dictar normas administrativas, manuales e instructivos relacionados con esta Ley;

Basados en estas atribuciones especialmente en la atribuciones del numeral tercero y noveno, en la marco de la presente investigación cabe resaltar que el INCOP no ha emitido una Resolución o normativa en el cual se establezca orgánicamente el criterio de selectividad información que se desprende de la página web¹⁰⁷ de esta misma institución.

El INCOP ha emitido resoluciones sobre Régimen Especial, pero de forma específica sobre la aplicación del criterio de selectividad, ninguna, sin embargo por ser tratarse de un tema académico, me permito citar las resoluciones sobre Régimen Especial citadas, estas son:

1. Resolución INCOP 027-09 de 16 de junio de 2009.¹⁰⁸
2. Resolución INCOP 051- 2011 de 16 de septiembre de 2011¹⁰⁹; y,

¹⁰⁷ Instituto Nacional de Contratación Pública. Ecuador (INCOP) <http://www.compraspublicas.gob.ec/incop/> (acceso: 23 febrero 2013)

¹⁰⁸ Instituto Nacional de Contratación Pública. Ecuador (INCOP) http://www.incop.gob.ec/compraspublicas/index.php?option=com_sobi2&sobi2Task=sobi2Details&catid=15&so bi2Id=57&Itemid=16 (acceso: 23 febrero 2013)

3. Resolución INCOP 081- 2013 de 30 de enero de 2013.¹¹⁰

En el marco de la norma relacionada, vale mencionar también los criterios que ha emanado de parte de Procuraduría General de Estado y que son de acuerdo a la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado vinculantes de acuerdo al artículo trece que manda:

Art. 13.- De la absolución de consultas.- Sin perjuicio de las facultades de la Función Legislativa, del Tribunal Constitucional y de la Función Judicial, determinadas en la Constitución Política de la República y en la ley, el Procurador General del Estado asesorará y absolverá las consultas jurídicas con carácter de vinculantes, sobre la inteligencia o aplicación de las normas constitucionales, legales o de otro orden jurídico, a pedido de las máximas autoridades de los organismos y entidades del sector público y de los representantes legales o convencionales de las personas jurídicas de derecho privado con finalidad social o pública, excepto cuando se trate de asuntos que hayan sido resueltos por jueces o tribunales de la República o que estén en conocimiento de los mismos, hallándose trabada la litis, incluyéndose acciones y recursos que se sustancien o deban sustanciarse en el Tribunal Constitucional.

Sobre el criterio de selectividad específicamente, no se ha emitido un criterio en el cual se determine orgánicamente la aplicabilidad de este criterio, más, me permito mencionar aquellos que hacen mención al procedimiento de Régimen Especial pero general el criterio de selectividad y son los siguientes:

1. Oficio No. 10495 de la PGE de 01 de noviembre de 2012 – Consulta No.2
2. Oficio No. 07731 de 10 de mayo de 2012; y,
3. Oficio No. 04358 del 19 de octubre de 2011.

En razón de lo anterior, se debe explicar entonces que se hace necesario analizar y discutir la forma de aplicación de este criterio de selectividad en relación a la gran aplicación que se le da en la actualidad en la contratación pública.

¹⁰⁹Instituto Nacional de Contratación Pública. Ecuador (INCOP) http://www.incop.gob.ec/compraspublicas/index.php?option=com_sobi2&sobi2Task=sobi2Details&catid=15&so bi2Id=203&Itemid=16 (acceso: 23 febrero 2013)

¹¹⁰Instituto Nacional de Contratación Pública. Ecuador (INCOP) http://www.incop.gob.ec/compraspublicas/index.php?option=com_sobi2&sobi2Task=sobi2Details&catid=13&so bi2Id=305&Itemid=16 (acceso: 23 febrero 2013)

Una vez mencionado este criterio y si este no ha sido desarrollado en la legislación se hace necesario confrontar entonces los principios que rigen el Derecho Administrativo frente a este criterio en la legislación contractual ecuatoriana, como se lo mencionó anteriormente, la doctrina ha establecido que la legalidad y la discrecionalidad se constituyen en los dos principios de trascendental importancia en la administración pública, por lo cual en el presente trabajo de investigación, se confrontar el criterio de selectividad con estos dos principios de Derecho Administrativo.

2.4. El principio de legalidad vs. criterio de selectividad de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

El principio de legalidad, en el marco histórico, es uno de los más antiguos cuyos orígenes se remontan a la doctrina de la división de poderes, tal como se entendió en la Revolución Francesa¹¹¹ de 1789, con determinados filósofos e ideólogos de este acontecimiento como Charles Louis de Secondat Baron de Montesquieu y Jean Jacques Rousseau. El principio de legalidad tiene origen en el siglo XVIII, y parte como una reacción contra la: arbitrariedad, el abuso del poder y la inseguridad jurídica.¹¹² Es necesario mencionar que este principio ha sido contemplado en todas las ciencias del derecho sea civil, penal, laboral, etc., pero su naturaleza y fundamentación jurídica se mantiene en la aplicación en todas las áreas del derecho. Es de estricto interés para la presente investigación realizar el estudio de este principio en el Derecho Público, en el Derecho Administrativo y la Administración Pública y en el marco de la contratación pública por ser el objeto de estudio de la presente investigación.¹¹³

¹¹¹ Parada, Ramón. *Derecho Administrativo I, Parte General*. Editorial Marcial Pons, Madrid – España 2012. Pág. 341.

¹¹² Machica, Jorge. *Que es el Principio de Legalidad*. Obtenido de <http://jorgemachicado.blogspot.com/2009/10/principio-de-legalidad-penal.html> (acceso 01-02-2013)

¹¹³ Ariño Ortiz, Gaspar. *Principio del Derecho Público Económico*. 1era. Edición, ARA Editores, Lima Perú. 2004. Pág. 91.

Para iniciar el tratamiento, se citará determinadas definiciones que permiten sustentar el entendimiento de este principio, de esta manera, en el aspecto originario de este principio García de Enterría, describe de una manera muy clara, que:

Según el planteamiento originario del principio de legalidad, la administración, primero, no podría actuar por propia autoridad sino amparándose en la autoridad de la Ley (lo que podemos extender a la demás fuentes del ordenamiento, en la medida en que se produzcan legítimamente), y segundo, a ese mecanismo se le calificaba de proceso de ejecución de la Ley (o de la legalidad, en el amplio sentido antes indicado). El problema consistiría en concretar el contenido de ese proceso ejecutivo.¹¹⁴

Para la Dra. Helena Alvear, la aplicación del principio de legalidad como principio que limita al poder, refiriéndose a Alesandro Baratta, establece que “[...] el principio de legalidad *constituye el límite impuesto por la Constitución Política* a la actividad de la administración en la medida en que esta solo puede hacer lo que le permite la Ley.”¹¹⁵ (Lo puesto en cursiva, es mío). Desde la perspectiva del obrar o actuar de las entidades administrativas, es decir en la aplicación misma del principio de legalidad, expresa García de Enterría que:

Nuestro tema es precisar [...] qué tipo de vinculación alcanza a la Administración respecto al ordenamiento que la rige. ... La Administración podría hacer ‘no meramente aquello que la Ley expresamente le autorice, sino todo aquello que la Ley no prohíbe’ (MEYERANSCHÜTZ). Más en particular: habría de entenderse que la Administración puede usar de su discrecionalidad, esto es, de su libre autonomía, en todos aquellos extremos que la Ley no ha regulado. [...] Tal concepto de la discrecionalidad, y correlativamente de la legalidad de la Administración, ha estado vigente en nuestro país hasta tiempos asombrosamente recientes, concretamente hasta la vigente Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1956. [...] Se forja así, frente a la anterior doctrina de la vinculación negativa, el principio de la positive Bindung, de la vinculación positiva de la Administración por la legalidad (WINKLER), [...] *el principio de la legalidad de la Administración opera, pues, en la forma de una cobertura legal de toda a actuación administrativa: sólo cuando la Administración cuenta con esa cobertura legal previa su actuación es legítima* [...]¹¹⁶

El Diccionario de Derecho Público, establece que la legalidad objetiva entendida:

¹¹⁴ García de Enterría, Eduardo, Fernández, Tomás. *Curso de Derecho Administrativo I*, Novena Edición. Editorial Thomson Civitas, Madrid- España, 2004. Pág. 443.

¹¹⁵ García Alvear, Helena. *Manual de Derecho Administrativo*. Editorial Temis, Bogotá Colombia, 2009. Pág. 20.

¹¹⁶ García de Enterría, Eduardo, Fernández, Tomás. *Curso de Derecho Administrativo I*, Novena Edición. Editorial Thomson Civitas, Madrid- España, 2004. Cita construida por el Dr. José Fonseca, investigación publicada en el depositario digital de la Universidad Andina Simón Bolívar.

[...]en el sentido de que el procedimiento no solo tiende a la protección del particular o a la determinación de sus derechos *sino también a la defensa de la norma jurídica objetiva*, con el fin de mantener el imperio de la legalidad y justicia en el funcionamiento administrativo, o sea, *que se trate de medio dados por el ordenamiento jurídico no solo para tutelar los derechos e intereses de los particulares sino también en el interés público de una recta acción administrativa*, debiendo aun aclararse que el interés de la administración debe basarse siempre en ese interés público. Este principio explica por qué la autoridad administrativa tiene que actuar de oficio por que debe prevalecer la verdad material sobre la verdad formal [...]¹¹⁷ (Lo puesto en cursiva, es mío)

De las definiciones anteriores se va construyendo y deduciendo que una de las características del principio de legalidad es la limitación mediante la regulación de la actuación administrativa, así lo establece Cabanellas en su Diccionario como la “[...] fidelidad a ley o a la depuración jurídica de la actuación ofrecen modalidades muy diversas en distintas ramas jurídicas, que imponen su tratamiento independiente.”¹¹⁸ Es decir cada actuación pública debe estar debidamente regulada y controlada¹¹⁹, en este sentido también la doctrina lo ha señalado y de una manera muy clara, de esta manera el tratadista García de Enterría como mecanismo técnico de aplicación del principio de legalidad, se refiere:

El principio de legalidad de la administración, se expresa en un mecanismo técnico preciso: la legalidad atribuye potestades a la Administración, precisamente. *La legalidad otorga facultades de actuación, definiendo cuidadosamente sus límites, apodera, habilita a la administración para su acción confiriéndola al efecto poderes jurídicos*. Toda acción administrativa se nos presenta así como ejercicio de un poder atribuido previamente por la ley y por ella delimitado y construido. Sin una atribución legal previa de potestades la administración no puede actuar, simplemente.¹²⁰ (Lo puesto en cursiva, es mío).

Con este panorama jurídico doctrinario, nos permite tener los lineamientos jurídicos que permitirá más adelante analizar y contraponer doctrinariamente el criterio de selectividad frente a forma de aplicación en el marco de la contratación pública.

¹¹⁷ *Diccionario de Derecho Público – Administrativo – Constitucional – Fiscal*. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires – Argentina, 1981. Pág. 606.

¹¹⁸ Cabanellas, Guillermo. *Diccionario de Derecho Usual Tomo VI*. Editorial Helista, Buenos Aires – Argentina 2008. Pág. 468.

¹¹⁹ Morales, Marco. *Manual de Derecho Procesal Administrativo*. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador 2011. Pág. 6

¹²⁰ García de Enterría, Eduardo, Fernández, Tomás. *Curso de Derecho Administrativo I*. Novena Edición. Editorial Thomson Civitas, Madrid- España, 2004. Pág. 449.

Por el momento, es pertinente para poder fundamentar el criterio de selectividad conocer el marco normativo ecuatoriano, para lo cual es necesario en una primera instancia conocer al nuevo marco doctrinario constitucional, de esta manera, la nueva Constitución de la República del Ecuador promulgada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008, se promulgó la nueva Constitución ecuatoriana en la cual se ha plasmado lo que se ha definido como el nuevo constitucionalismo y su doctrina, el neoconstitucionalismo, así lo señalan los tratadistas Roberto Viciano Pastor y Rubén Martínez Dalmau¹²¹ en su artículo jurídico titulado Aspectos Generales del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, por lo que en la presente investigación, es importante conocer la definición general que se da al neoconstitucionalismo y nuevo constitucionalismo, como base teórica sobre la cual se construyó la nueva arquitectura constitucional, de esta manera el doctor Alfonso Santiago en su artículo jurídico titulado Neoconstitucionalismo, señala:

El neoconstitucionalismo como proceso histórico se inicia con la profunda transformación que se verifica en los ordenamientos jurídicos europeos con la sanción de las constituciones luego de la Segunda Guerra Mundial y la tarea que, a partir de ellas, comienzan a desarrollar los tribunales constitucionales de los países del viejo mundo.¹²²

Por esta razón, el tratadista Miguel Carbonell, define al neoconstitucionalismo, así:

Pretende explicar este conjunto de textos constitucionales que comienzan a surgir a partir de la década de los setenta. Son constituciones que no se limitan a establecer competencias o a separar los poderes públicos, sino que contiene altos niveles de normas materiales o sustantivos que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos.¹²³

Enmarcados el neoconstitucionalismo y nuevo constitucionalismo en los procesos constituyentes de los países latinoamericanos es lo que da como resultado el nuevo

¹²¹ Corte Constitucional, (2010). El nuevo constitucionalismo en América Latina. Quito – Ecuador: Editora Nacional. Pág. 5.

¹²² Santiago, Alfonso. Neoconstitucionalismo. <http://ancmvp.org.ar/user/files/02neoconstitucionalismo.pdf> (Acceso el 09 de febrero de 2010.)

¹²³ Carbonell, Miguel El neoconstitucionalismo en su laberinto. Trotta, Madrid 2007. Pág. 24.

constitucionalismo latinoamericano, así lo resumen de forma sucinta los tratadistas mencionados.¹²⁴

Se hace necesario indicar, que para algunos tratadistas, el neoconstitucionalismo se erige como una nueva teoría del derecho y para otros es una nueva teoría de la rama constitucional. El Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual del Dr. Guillermo Cabanellas de Torres, define de la siguiente manera constitucionalismo:

Movimiento de organización política superior de los Estados, que encuentra su expresión primera en la Constitución (v.) de 1787 de los Estados Unidos; pero cuya difusión se debe de manera principal a la Revolución Francesa y textos sucesivos que se aprobaron en la década final del siglo XVIII. El constitucionalismo no se concreta únicamente con el logro de cartas magnas; por que exigen que estén inspiradas en una serie de principios que aseguren los valores cívicos de dignidad y libertad personal y el respeto para un orden jurídico general, a más de las declaraciones de índole social, que en el siglo XX se consideran imprescindibles.¹²⁵

Claramente en esta definición podemos interpretar que el constitucionalismo obedece a un proceso dialéctico social que tiene como fin primordial la proclamación de derechos en la carta magna de un país y en las últimas décadas incluso derechos que no pueden ser prescindidos en la Constitución de un país. Entonces se puede comprender al neoconstitucionalismo como una nueva teoría del Derecho Constitucional que genera el espacio político, económico y social para que la Constitución no se constituya en un instrumento de poder, sino como un instrumento de equilibrio político de las entidades que conforman el Estado, creando instituciones e instrumentos jurídicos así como garantías constitucionales que permitan al ciudadano ejercer sus derechos.

Como se estableció líneas atrás, en el neoconstitucionalismo, en la Constitución no solo se establecen competencias o se separa los poderes públicos, sino que contiene altos niveles de normas materiales o sustantivos que condicionan la actuación del Estado por medio de la

¹²⁴ Corte Constitucional, (2010). *El nuevo constitucionalismo en América Latina*. Quito – Ecuador: Editora Nacional. Pág. 18.

¹²⁵ Cabanellas, Guillermo. *Diccionario de Derecho Usual Tomo VI*. Editorial Helista, Buenos Aires – Argentina 2008. Pág. 365.

ordenación de ciertos fines y objetivos, de esta manera, otro de los mayores exponentes del neoconstitucionalismo Luigi Ferrajoli, sobre el principio de legalidad:

Este autor también insiste en el denominado “cambio de paradigma del derecho” que se ha producido por la constitucionalización de ciertos principios (centralmente, el de división de poderes y el reconocimiento de los derechos fundamentales de todos). Ahora, la legalidad resulta caracterizada por la del ser del derecho, es decir, de su “existencia” –ya no derivable de la moral ni recabable de la naturaleza, sino, precisamente, “puesto” por el legislador–, y también la de su deber ser, es decir, de sus condiciones de “validez”, así mismo positivadas con rango constitucional, como derecho sobre el derecho, en forma de límites y vínculos jurídicos a la producción jurídica.

En consecuencia, a juicio de Ferrajoli, esto sirve para completar la idea de Estado de Derecho. No sólo la producción del derecho sino también las opciones desde las que ésta se proyecta resultan positivadas mediante normas jurídicas, y también el legislador queda sometido a la ley. De este modo, se produce un cambio de naturaleza en la legalidad positiva del Estado constitucional de Derecho. Esta ya no es sólo (mera legalidad) condicionante, sino así mismo (estricta legalidad) condicionada por vínculos que son también sustanciales relativos a sus contenidos o significados. Ferrajoli llama así principio de estricta legalidad (o de legalidad sustancial) al sometimiento también de la ley a vínculos, ya no sólo formales, sino sustanciales impuestos por los principios y los derechos fundamentales contenidos en las constituciones.¹²⁶

Es decir que todo el andamiaje doctrinal sobre neoconstitucionalismo predetermina si bien una nueva forma de observancia del principio de legalidad, los principios doctrinarios que sustentan la estructura de este, no cambian en su estructura ni en su naturaleza de aplicación, así tampoco en el marco del Derecho Administrativo, en el cual existe desde la perspectiva del neoconstitucionalismo cabe decirlo una nueva visión del principio de legalidad pero en estricto aplicación no a la legalidad sino de manera directa a la norma constitucional. Así también dado que esta doctrina sustenta a la nueva normativa constitucional, de igual manera lo hace con la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en la cual se han proclamado de manera directa los principios de legalidad en su artículo cuatro de esta Ley.

El principio de legalidad en el marco constitucional ecuatoriano, se encuentra establecido en el artículo doscientos veintiséis de la Constitución de la República del Ecuador manda que:

¹²⁶ Portella, Jorge. *Los principios jurídicos y el neo constitucionalismo*. De la dirección web <http://redalyc.uaemex.mx/pdf/720/72012329003.pdf> (Acceso el 15 de febrero de 2013) El autor en mención hace referencia a las definiciones sobre legalidad que el tratadista Luigi Ferrajoli establece sobre el principio de legalidad y cita Luigi Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001, Pág. 54.

Art. 226.- Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución.¹²⁷

En el marco de la actuación del Estado, el Dr. Julio Fernández Bulte define la legalidad como: “una forma de existencia de la sociedad políticamente organizada, *como un método de dirección estatal*, en realidad el único posible, *mediante el cual se abandonan la arbitrariedad, el voluntarismo y el autoritarismo*, y la sociedad es conducida por la ley que representa los grandes intereses y proyectos de la mayoría”.¹²⁸ (Lo puesto en cursiva, es mío), de esta manera el principio de legalidad no solo debe ser declarado sino que debe ser motivado y para que esto no degenera en abuso de autoridad y por consiguiente nulidad del contrato administrativo.

Pero la actuación del estado no solo se encuentra sujeta de una manera rígida a la Constitución sino que en el marco de la construcción escalonada del derecho como lo definió Kelsen en su obra *Teoría Pura del Derecho*¹²⁹, sino también en las leyes orgánicas y ordinarias como lo es la LOSNCP que en su artículo cuatro establece:

Art. 4.- PRINCIPIOS Y SISTEMAS REGULADORES.- Los órganos y entidades que comprenden la Función Ejecutiva deberán servir al interés general de la sociedad y *someterán sus actuaciones a los principios de legalidad, jerarquía, tutela, cooperación y coordinación*, según el caso, bajo los sistemas de descentralización y desconcentración administrativa. *Las máximas autoridades de cada órgano y entidad serán responsables de la aplicación de estos principios.*¹³⁰

Sobre la forma de aplicación del principio de legalidad, el ERJAFE en su artículo ciento uno dicta sobre la forma de aplicación y manda:

¹²⁷ Constitución Ecuatoriana. Artículo 226. Registro Oficial No. 449 de 20 de Octubre de 2008.

¹²⁸ Fernández Bulté, Julio: *Teoría del Estado y del Derecho. Teoría del Derecho*, Editorial Félix Varela., La Habana, 2002, Pág. 56

¹²⁹ Kelsen, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. Editorial Porrúa, México D.F. – México. 2007. Pág. 232.

¹³⁰ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Artículo 4. Registro Oficial No. 395 de 14 de agosto de 2008.

Art. 101.- Principios generales.

1. *La Administración Pública Central sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de legalidad, eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Constitución, a la ley y al derecho.*

Igualmente, deberá respetar en su actuación los principios de buena fe y de confianza legítima.

2. La Administración Pública Central, en sus relaciones, se rige por el principio de cooperación y colaboración; y, en su actuación por los criterios de eficiencia y servicio a los administrados.

3. Bajo la dirección de la Presidencia de la República, las entidades y órganos que integran la Administración Pública Central ejercen la función administrativa para alcanzar los objetivos que establecen la Constitución, las leyes y el resto del ordenamiento jurídico.

4. En sus relaciones con los administrados, la Administración Pública Central actúa de conformidad con los principios de transparencia y de participación.¹³¹ (Lo puesto en cursiva, es mío)

En la base de los criterios doctrinarios y jurídicos se puede confrontar el principio de legalidad con el criterio de selectividad establecido en el artículo dos de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, por varias razones entre ellas:

- a) Puesto que como lo hemos dicho es de trascendental importancia *este criterio*, por cuanto *se convierte en el eje fundamental o piedra angular sobre el cual gira y se sustenta administrativamente la actuación de cada una de las entidades estatales que contratan en Régimen Especial* constituyéndose las relaciones interadministrativas, con el objeto de cumplir determinado fin o de bienestar público tal cual es el objeto de cada uno de las entidades administrativas públicas.
- b) Por qué administrativamente es en el proceso precontractual, en la *Resolución de Inicio de Proceso de Aprobación de Pliegos mediante el procedimiento de Régimen Especial* en donde formalmente en sus considerandos, la máxima autoridad o su delegado, es que justifica o se debería justificar de una manera legal, motivada y detallada por qué y cómo es que se elige el a la entidad contratista bajo Régimen Especial apoyados en el criterio de selectividad.
- c) También, porque en las resoluciones administrativas que emite la entidad contratante (llámese estas *Resolución de Inicio de Proceso de Aprobación de Pliegos mediante el*

¹³¹ Estatuto Régimen Jurídico Administrativo Función Ejecutiva ERJAFE. Artículo 101. Registro Oficial No. 536 de 18 de marzo de 2002.

procedimiento de Régimen Especial o simplemente Resoluciones) resuelve la máxima autoridad o su delegado, basado en otro principio administrativo como es el de discrecionalidad, selecciona ya la entidad contratistas dirigiéndose de forma directa a una entidad que por la naturaleza del contrato es una entidad estatal.

- d) Porque, en cualquier acto administrativo cualquiera que sea su denominación (llámese estas *Resolución de Inicio de Proceso de Aprobación de Pliegos mediante el procedimiento de Régimen Especial o simplemente Resoluciones*), como se motiva el criterio de selectividad en el caso de que existan dos entidades públicas que presten el mismo servicio, es decir la entidad contratante como decide que determinada entidad administrativa será la contratista a cual se le adjudicará el contrato tomando en cuenta determinadas variables como, precio, calidad, historial, experiencia, plazos es decir las funciones que en el procedimiento ordinario se denomina la actividad que realiza la comisión técnica.
- e) Desde la perspectiva de la aplicación de los principios que rigen la administración pública, cabe la pregunta si al momento de aplicar el criterio de selectividad se estarían vulnerando otros principios como el de igualdad y abusando del principio de discrecionalidad.
- f) La excesiva creación por parte del Estado o cualesquiera de sus diferentes niveles de organización territorial de entidades estatales sean estas empresas públicas, subsidiarias o empresas mixtas o cualquier otra entidad estatal (con capacidad de contratación para la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultoría de acuerdo al artículo primero de la LOSNCP), generaría una restricción del espacio económico de las empresas privadas.
- g) La excesiva contratación en Régimen Especial hace que para su ejercicio la máxima autoridad deba realizar permanentemente reformas – modificación al Plan Anual de Contrataciones como lo establece de acuerdo al artículo veinticinco del Reglamento a la LOSNCP que manda:

Art. 25.- Del Plan Anual de Contratación.- Hasta el 15 de enero de cada año, la máxima autoridad de cada entidad contratante o su delegado, aprobará y publicará el Plan Anual de Contratación (PAC), el mismo que contendrá las obras, bienes o servicios

incluidos los de consultoría que se contratarán durante ese año, en función de sus respectivas metas institucionales y de conformidad a lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley.

El Plan Anual de Contratación podrá ser reformado por la máxima autoridad o su delegado, mediante resolución debidamente motivada, la misma que junto con el plan reformado serán publicados en el portal www.compraspublicas.gov.ec. Salvo las contrataciones de ínfima cuantía o aquellas que respondan a situaciones de emergencia, todas las demás deberán estar incluidas en el PAC inicial o reformulado.¹³² (Lo puesto en cursiva, es mío)

h) Y a manera de breve resumen de los anteriores literales pero de importantísimo valor jurídico, tiene que ver con lo que la doctrina denominada el *derecho desarrollado* lo que se ha establecido con el siguiente enunciado “El derecho administrativo está montado sobre el principio de legalidad, de manera que puede hablarse de tal derecho administrativo cuando los órganos del estado que conforman la administración pública *estén sometidos al derecho particularmente al derecho desarrollado para normar sus actuaciones*”¹³³ (Lo puesto en cursiva, es mío), es decir a la luz de esta definición, el criterio de selectividad de ser *desarrollado* para su aplicación en su forma y en el fondo para que su aplicación en la contratación interadministrativa no genere vulneraciones a los principios de la administración pública y de la contratación pública establecidos en la LOSNCP.

Podemos resumir las ocho confrontaciones señaladas de suma importancia para el análisis del criterio de selectividad en relación a su aplicación, adicional a esto también podemos confrontar con las definiciones que la doctrina de la contratación pública ha señalado para el criterio de legalidad, de esta manera se hace preciso citar al Doctor Benjamín Herrera Barvosa quien define al principio de legalidad como “[...] enunciado general que mientras los particulares pueden hacer todo aquello que no les está prohibido, el Estado *solo tiene facultad*

¹³² Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Artículo 25. Registro Oficial No. 395 de 14 de agosto de 2008.

¹³³ Parejo, Luciano. *El concepto de Derecho administrativo*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas – Venezuela, 2009. Pág. 26.

para hacer aquello que le está expresamente permitido.”¹³⁴. El tratadista Roberto Dromi sobre el criterio de selección establece lo siguiente:

[...] sobre el criterio de selección en la etapa de pre adjudicación y adjudicación (que en analogía con nuestra legislación se denominan etapas precontractual y contractual), son cuantitativos u objetivos y cualitativos o subjetivos.

Son criterios cuantitativos u objetivos para la determinación de la mejor oferta: precio, tiempo, peso, dimensión, rendimiento por equipamiento, número de personas y equipos aplicados al servicio, unidades de bins y servicios prestados anteriormente, capital de la empresa etc.

Son cualitativos o subjetivos la experiencia, especialidad del oficio, el proponente para el objeto del contrato, prestación de mejor asistencia técnica, mayor facilidad para obtener piezas de reparación.¹³⁵ (Lo puesto entre paréntesis y lo puesto en cursiva es mío)

Tomando como referencia estas características que menciona Dromi y confrontando directamente con el criterio de selectividad, se puede establecer que al momento de aplicar el criterio de selectividad de una manera tan simple como es el de resolver mediante acto administrativo, se vulneran estas características fundamentales de la selección del contratista como es el criterio de objetividad entendido este como la determinación de la mejor oferta, pero como se puede cumplir esta característica básica del criterio de selectividad si no existe un proceso de selección sino que existe una determinación de contratistas, de esto también se desprende si cabe decirlo de esta manera un error en la semántica de la frase *criterio de selectividad*, pues etimológicamente criterio se refiere a la elaboración de un *juicio o discernimiento*¹³⁶ que debería hacer la entidad contratante para la selección de su mejor contratista, es decir como lo menciona Cabanellas realizar o crear una verdadera *norma o regla para conocer la verdad*¹³⁷, esto si permitiría generar un verdadero criterio de selección. Marienhoff, es aún más detallista en la forma de expresar selección como:

¹³⁴ Herrera, Benjamín. *Contratos Públicos*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Medellín – Colombia 2003. Pág. 94.

¹³⁵ Dromi, Roberto. *Derecho Administrativo*. Editorial Ciencia y Cultura, Buenos Aires – Argentina 2001. Pág. 417.

¹³⁶ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española obtenido de la dirección web <http://lema.rae.es/drae/?val=criterio%20> (acceso 01 de febrero 2013)

¹³⁷ Cabanellas, Guillermo, Guillermo. *Diccionario de Derecho Usual Tomo II*. Editorial Helista, Buenos Aires – Argentina. Pág. 479.

[...] los medios o sistemas reconocidos por la ciencia jurídica para la selección el contratante de la administración pública, no son exclusivos de un determinado contrato administrativo, sino que son de posible aplicación en todos esos contratos o en muchos de ellos.¹³⁸

Retomando a tratadistas contemporáneos en el marco del neoconstitucionalismo, otro de sus exponentes, establece también características del principio de legalidad:

El principio de legalidad establece que todo *acto de los órganos del estado debe encontrarse fundado y motivado por el derecho en vigor*; esto es, el principio de legalidad demanda la sujeción de todos los órganos estatales al derecho, en otros términos, *todo acto o procedimiento jurídico llevado a cabo, por las autoridades estatales debe tener su apoyo estricto en una norma legal* (en sentido material), la que, a su vez, debe estar conforme con las disposiciones de fondo y forma consignadas en la Constitución. En este sentido, el principio de legalidad constituye la primordial exigencia de todo -Estado de derecho” en sentido técnico.¹³⁹

Este autor de una manera clara establece que todo acto administrativo debe encontrarse fundado y por supuesto que la fundamentación viene dada en relación a su declaración en la norma constitucional y por lo tanto en la norma de aplicación legal, y de hecho el criterio de selectividad está debidamente establecido y proclamado en el LOSNCP, más, su fundamentación o su forma de aplicación no se encuentra desarrollado o establecido, además no es debidamente motivado en los actos normativos en los cuales la máxima autoridad contratante (lo cual se demostrará en el Capítulo III en los casos prácticos) decide seleccionar a determinado contratista, por lo tanto generándose un verdadero vacío legal y de aplicación de los principios doctrinarios, constitucionales y legales sobre el principio de legalidad, pudiendo resumir también que el acto administrativo de *selección* se fundamenta en el principio de legalidad y el *criterio* viene dado en razón de la discrecionalidad de la actuación de la entidad administrativa, pues de los casos que se analizará, se desprende que *el criterio* se funda en una simple decisión de la máxima autoridad de la entidad contratante. En este mismo análisis de la motivación del hecho administrativo y el derecho del acto administrativo el Dr. Agustín Gordillo, establece que

¹³⁸ Marienhoff, Miguel. *Tratado de Derecho Administrativo Tomo III A*. Editorial Abelardo Perrot. Buenos Aires – Argentina 2000. Pág. 156.

¹³⁹ Carbonell, Miguel. *Diccionario de Derecho Constitucional*. Editorial Porrúa, México 2005. Pág. 491.

El acto debe estar razonablemente fundado, ósea, debe explicar los motivos y los razonamientos por los cuales arriba a la decisión que adopta. Esa explicación debe serlo tanto de los hechos y antecedentes del caso, como del derecho en virtud del cual se considerada ajustada a derecho la decisión, y no puede desconocerse las pruebas existentes ni los hechos objetivamente ciertos.¹⁴⁰

Bajo esta esta definición administrativa sobre la motivación administrativa, es decir el acto administrativo como lo es el criterio de selectividad, este se debe encontrar debidamente razonado y el proceso de razonamiento no conlleva solo el apearse a la norma escrita sino el de fundamentar la decisión adoptada, en este caso la selección que realiza el Estado, pero por supuesto el funcionario público sino tiene debidamente desarrollada la forma de aplicación del criterio de selectividad como ocurre en la LOSNCP, sería ilógico jurídicamente la aplicación del criterio de selectividad.

Una vez analizado el principio de legalidad se desprende que este tiene una relación directa con el principio de discrecionalidad, razón por la cual se procede al tratamiento de la discrecionalidad.

2.5. El principio de discrecionalidad vs. criterio de selectividad de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Sin duda alguna la construcción de los principios del derecho, han surgido y tiene su antecedente histórico en la Revolución Francesa, especialmente para aquellos provenimos de la tradición francesa de la construcción del derecho, así mismo ocurre con el principio de discrecionalidad que nace en el marco de este mismo acontecimiento¹⁴¹. Así lo resume el autor citado anteriormente:

¹⁴⁰ Gordillo, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo IV. Editorial Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires – Argentina, 2000. Pág. II-35.

¹⁴¹ Malagón Pinzón, Miguel. *La Revolución Francesa y el Derecho Administrativo Francés*. Publicado en la dirección web: dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1706971.pdf (Acceso 15-02-2013)

En el Siglo XIX y XX el arbitrio ha logrado sobrevivir a la ideología de las luces, en el derecho administrativo, circunstancia que tiene una explicación histórica que es debida a los escritos de Montesquieu, que le asignaron al Juez el papel de ser la -boca del derecho-, es decir, de ser el operador que aplica y no valora la ley, pues esta se pensaba que podía resolver todos los casos, inclusive los más difíciles. *En materia administrativa, lo que aplicaban el arbitrio eran los funcionarios o agentes y no los jueces, hecho que le permitió a esta técnica sobrevivir y cambiar de nombre y llamarse discrecionalidad.*¹⁴²

Sobre este principio, en su génesis suele analizarse por sus antecedentes histórico políticos con el límite a la arbitrariedad en ejercicio de las potestades pública, así el tratadista Juan Carlos Cassagne, en su artículo titulado LA PROHIBICIÓN DE ARBITRARIEDAD Y EL CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA POR EL PODER JUDICIAL¹⁴³, hace una referencia en su estudio a la *discrecionalidad y arbitrariedad y la razonabilidad* en el marco del ejercicio judicial y administrativo (por supuesto haciendo un estudio sobre la legislación argentina), antecedente que nos permite conocer que la discrecionalidad ha estado sujeta al límite de la arbitrariedad, y en su estudio establece *el principio constitucional de razonabilidad como fundamento de prohibición de arbitrariedad administrativa*¹⁴⁴, convirtiéndose la razonabilidad como el eje sobre el cual se sostiene la discrecionalidad de la potestad administrativa, y citando a Linares, Cassagne expresa lo siguiente:

Precisamente, Linares apunta que en la ciencia del derecho el tema de la razonabilidad aparece conectado a la búsqueda de *la razón suficiente de la conducta estatal*. “Esa razón puede ser de esencia, cuando la conducta se funda en una norma jurídica, de existencia, cuando el fundamento es el mero hecho de que el comportamiento jurídico se da; y de verdad cuando tiene fundamentos de justicia”.¹⁴⁵

¹⁴² *Ibíd.* Pág. 179.

¹⁴³ Cassagne, Juan Carlos. La prohibición de arbitrariedad y el control de la discrecionalidad administrativa por el poder judicial. Publicado en la dirección web <http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/Cassagne/La%20prohibici%C3%B3n%20de%20arbitrariedad%20y%20el%20control%20de%20la%20discrecionalidad%20administrativa%20por%20el%20poder%20judicial-ult.%20versi%C3%B3n-LL-10-09-08.pdf> (Acceso 17-02-2013)

¹⁴⁴ *Ibíd.* Pág. 6.

¹⁴⁵ *Ibíd.* Pág. 7.

Esta razonabilidad se debe materializar en *la forma del ejercicio de la discrecionalidad a través de la elección de varias alternativas que ante la autoridad contratante se presente*, es decir la discrecionalidad no tiene su razón de existencia (bajo los parámetros doctrinarios señalados) de la libre elección de la entidad contratista cualquiera que sea el procedimiento contractual, sino que se ejerce cuando se ha realizado un proceso de selección, así también lo señala el tratadista Eduardo García de Enterría cuando señala que:

*La discrecionalidad es esencialmente una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o, si se prefiere, entre indiferentes jurídicos, porque la decisión se fundamenta en criterios extrajurídicos (oportunidad, económicos, etc.), no incluidos en la ley y remitidos al juicio subjetivo de la Administración.*¹⁴⁶

Bajo este principio doctrinario, es necesario abrir un paréntesis para tratar el tema de discrecionalidad en el marco de la normativa constitucional ecuatoriana, así, la actual Constitución también garantiza el sometimiento de los actos del órgano público al ordenamiento jurídico; es decir, han de verificarse no sólo dentro de la norma legal sino dentro del bloque de la legalidad, integrado por leyes, normativas, reglamentos y principios que orientan el ordenamiento jurídico (artículos 226, 173 y 429); así también al reconocer al Ecuador como estado constitucional, debemos comprender que existe una conformidad con el principio de juridicidad (Art. 424), preceptos que transcribo a continuación para una mejor comprensión.

Art. 226.- Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución.

Art. 173.- Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial.

Art. 424.- La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.

¹⁴⁶ García de Enterría, Eduardo, Fernández, Tomás. *Curso de Derecho Administrativo I*. Novena Edición. Editorial Thomson Civitas, Madrid- España, 2004. Pág. 32.

La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.

De los artículos transcritos que preceden, así como en el marco de la nueva concepción del Estado como un Estado constitucional de derechos y justicia social, la discrecionalidad se aplica en forma directa de los principios constitucionales y garantías fundamentales, y por tanto en todos y cada uno de los actos administrativos que emane de las autoridades.

Así también en el marco de la contratación pública en la LOSNCP, que aunque no se encuentre declarada como principios en su artículo cuatro siendo expresamente los señalados en este artículo.

Con la base doctrinaria citada, es pertinente la confrontación de la discrecionalidad con el criterio de selectividad en el marco de la actuación de las entidades administrativas contratantes a través de sus personeros denominados como autoridades públicos o funcionarios públicos, pues quienes ejercen de forma específica la discrecionalidad revestidos de la autoridad que les ha otorgado al entidad administrativa por su trabajo son justamente los empleados públicos. Es decir la discrecionalidad viene dada por los elementos objetivos y subjetivos del empleado público que aplica la discrecionalidad, ahora bien, cabe mencionar que el ERJAFE no menciona de una forma expresa el principio de discrecionalidad pero en su artículo ciento uno, menciona la forma en la que de actuar de la administración pública, así manda:

Art. 101.- Principios generales.

1. La Administración Pública Central sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de legalidad, eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Constitución, a la ley y al derecho.

Igualmente, deberá respetar en su actuación los principios de buena fe y de confianza legítima.

2. La Administración Pública Central, en sus relaciones, se rige por el principio de cooperación y colaboración; y, en su actuación por los criterios de eficiencia y servicio a los administrados.

3. Bajo la dirección de la Presidencia de la República, las entidades y órganos que integran la Administración Pública Central ejercen la función administrativa para alcanzar los objetivos que establecen la Constitución, las leyes y el resto del ordenamiento jurídico.
4. En sus relaciones con los administrados, la Administración Pública Central actúa de conformidad con los principios de transparencia y de participación.¹⁴⁷ (Lo puesto en cursiva, es mío)

En este artículo, si bien no menciona el límite de la discrecionalidad si menciona la forma en la que ha de actuar la autoridad Administración Pública y establece claramente la forma como ha de ejercer la administración pública como actividad con *objetividad de los intereses generales*,¹⁴⁸ haciendo expresa referencia al principio del Derecho Administrativo del interés general. Cabe la pregunta ¿Qué se entiende por objetividad?, para lo cual es pertinente referirse a la definición que los tratadistas han dado a la llamada *discrecionalidad técnica* denominándose está de acuerdo al Diccionario de Derecho Administrativo expresa acerca de discrecionalidad y menciona “La discrecionalidad supone una ponderación comparativa de intereses, es decir, la existencia de dos o tres puntos de valoración, de los cuales la administración toma uno [...]”¹⁴⁹

La doctrina ha discutido y argumentado la práctica inexistencia de la discrecionalidad técnica pues se ha argumentado por parte de Miguel S. Marienhoff citado en el Diccionario de Derecho Público y dicta:

[...] no existe discrecionalidad técnica. La discrecionalidad es una; revestirá caracteres diferentes al tenor de la materia a que se aplique, pero esto no desnaturaliza su sentido. Conceptualmente debe tratársela como una unidad conceptual. *Para este autor la expresión discrecionalidad técnica encierra dos conceptos antagónicos. Lo técnico – dice – no se valora, sino que se puede comprobar. Lo discrecional no se comprueba sino que se valora.*¹⁵⁰

¹⁴⁷ Estatuto Régimen Jurídico Administrativo Función Ejecutiva ERJAFE. Artículo 101. Registro Oficial No. 536 de 18 de marzo de 2002.

¹⁴⁸ Vignolo Cueva, Orlando. *Discrecionalidad y Arbitrariedad Administrativa*. Palestra Editores. Lima Perú. 2012. Pág. 38

¹⁴⁹ Diccionario de Derecho Público – Administrativo – Constitucional – Fiscal. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires – Argentina, 1981. Pág. 606.

¹⁵⁰ *Ibíd.* Pág. 249.

Con esta argumentación doctrinaria, el criterio de selectividad en el Régimen Especial en la LOSNCP, bajo el principio de discrecionalidad, no está revestido de una verdadera fundamentación teórica para su ejercicio en la contratación pública ecuatoriana, es decir el principio de discrecionalidad no sustenta el criterio de selectividad, pues el ejercicio discrecional de la elección del contratista no garantiza en ningún momento la tecnicidad con la cual se desarrollará y se ejecutará el contrato recayendo en el criterio que Marienhoff expresa *Lo técnico – dice – no se valora, sino que se puede comprobar. Lo discrecional no se comprueba sino que se valora.*

Es importante por último mencionar que en la última década, existen varios autores que han iniciado la discusión jurídica sobre la práctica inexistencia del principio de discrecionalidad en la contratación pública por su naturaleza estrictamente técnica, es decir la discrecionalidad no puede reemplazar el criterio técnico, para lo cual se transcribe la definición que Jaime Santofinio expresa:

Visto el principio de legalidad en la perspectiva anterior, esto es, como regla de la actividad pública y en especial de la función administrativa contractual, corresponde ahora aproximarse a otro aspecto de la más profunda importancia dentro del estudio del principio cual es el relacionado con la existencia o no de facultades discrecionales dentro de la contratación estatal; sobre todo si se tiene en cuenta que uno de los principios fundamentales que rige la institución es el de la objetividad, *en concreto en lo que tiene relación con la escogencia de contratistas, lo que ha llevado a sostener la imposibilidad de que los responsables del contrato puedan estatal puedan actuar discrecionalmente, es más, se ha llegado a afirmar la inexistencia de competencia discrecionales en materia contractual.*¹⁵¹ (Lo puesto en cursiva, es mío)

2.5.1. El Reglamento para el Control de la Discrecionalidad y su aplicación en la contratación pública en el marco del criterio de selectividad.-

Es pertinente a modo de brevísima introducción definir al Reglamento y sobre este concepto, García de Enterría expresa lo siguiente, de una manera muy comprensiva:

¹⁵¹ Santofinio, Jaime Orlando. *Delitos de celebración indebida de contratos. Análisis con fundamento en la teoría general del contrato estatal*. Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá – Colombia, 2000. Pág. 122.

La Ley es la norma originaria por excelencia: dispone desde sí misma, rompe el derecho o las relaciones existentes, puede (dentro de la Constitución) hacerlo todo – menos cambiar un hombre en mujer – *Nada de esto es propio de las determinaciones reglamentarias, que más bien se presentan como complementarias de las leyes, como ejecución (en un amplio sentido) de la ley.*¹⁵² (Lo puesto en cursiva es mío), por lo de que esta definición se puede colegir, de que el reglamento permite la mejor aplicación y sustanciación del ERJAFE como la norma estatutaria y del accionar de todo lo que corresponde de acuerdo al artículo uno de este instrumento, es decir la Administración Pública Central e institucional y todos los organismos que dependen de la Función Efectiva, es decir viene a desarrollar, el fondo y la forma en la que la Función Ejecutiva y sus distintas entidades administrativas han de actuar en relación a las funciones por el estatuto encomendadas, en el caso concreto de la presente investigación tiene que ver con el poder discrecional que tiene la Función Ejecutiva.

Cabe mencionar que el Reglamento para el Control de la Discrecionalidad, en el marco de sus considerandos establece elementos doctrinarios especialmente topados de tratadistas del derecho administrativo, como son Cassagne, García de Enterría, Marienhoff, Linares, entre otros, que han expresado y han profundizado sus estudios en el marco de la razonabilidad, así lo establece en su segundo considerando el Reglamento en mención, cuando dicta que deben existir *elementos operativos de razonabilidad del poder* en el marco de la actividad administrativa del Estado.

Cabe mencionar de forma enfática en el marco de la presente investigación que el mismo Reglamento establece que la discrecionalidad pública debe estar limitada por normas procedimentales y debe estar calificado como racional y razonable, así lo expresa en su tercer considerando, de la siguiente manera:

Que la *potestad discrecional se encuentra limitada por las normas procedimentales* y por los principios inspiradores del ordenamiento pues la potestad discrecional, que puede y debe ejercerse válidamente en defensa del interés público, si fue otorgada por la norma, ha de llevarse a la práctica en el marco de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico,

¹⁵² García de Enterría, Eduardo, Fernández, Tomás. *Curso de Derecho Administrativo I*. Novena Edición. Editorial Thomson Civitas, Madrid- España, 2004. Pág. 128.

garantizando que la decisión pueda ser calificada, aparte de racional como razonable; ¹⁵³(Lo puesto en cursiva es mío)

Así también es enfático y determinante el Reglamento, en mencionar que no existen *actos discrecionales puros, constituyéndose esta premisa del accionar administrativo como la base fundamental de la promulgación del Reglamento* y del accionar de la Administración Pública ecuatoriana, esto lo dicta en su cuarto considerando:

Que en todo acto concurren elementos reglados y discrecionales y que no existen los actos discrecionales puros, por lo que si bien la elección discrecional se basa en criterios extrajurídicos de decisión, a ella concurren elementos predeterminados por el derecho, que son básicamente delimitados por la propia potestad atribuida al órgano.¹⁵⁴ (Lo puesto en cursiva, es mío)

Los elementos doctrinarios como son los de razonabilidad, racionalización del poder estatal, la obligación de razonar las obligaciones administrativas, en el objeto de la presente investigación, permiten confrontar también, así como se lo realizó con los dos principios de legalidad y discrecionalidad, al criterio de selectividad en el marco de la contratación pública.

El eje fundamental que permite comprender, porque el criterio de selectividad debe ser debidamente fundado, tiene su base de la razonabilidad que debe ejercer la administración Pública, al momento de seleccionar un oferente que más tarde jurídicamente se configurara como contratista, para lo cual es pertinente entender a la razonabilidad de los actos administrativos, como es el de seleccionar un oferente, desde tres puntos de vista.

- a. Normativo
- b. Valorativo
- c. Proporcionalidad

Entendiendo que: “a) “el normativo”, en cuanto determina que las normas y decisiones estatales, se sujeten a los principios de juridicidad y legalidad; b) “el valorativo” aspira que

¹⁵³ Reglamento para el Control de la Discrecionalidad. Tercer Considerandos. Registro Oficial No. 686 de 18 de octubre de 2002

¹⁵⁴ Reglamento para el Control de la Discrecionalidad. Cuarto Considerandos. Registro Oficial No. 686 de 18 de octubre de 2002

dichas normas y decisiones estén fundadas en el plexo axiológico vigente en la sociedad, seguridad, paz, eficiencia, solidaridad, etc.; inclusive – al decir de Linares en el valor de la totalidad llamado “justicia”, que opera como racionalizadora de los otros valores, c) “la proporcionalidad” también denominada razonabilidad técnica que indica la adecuada relación entre medios y fines.¹⁵⁵

En el mismo sentido doctrinario, el artículo cinco del Reglamento sobre la adjudicación de contratos, establece que debe la entidad administrativa exteriorizar justificadamente su decisión, de la siguiente manera:

Art. 5.- Adjudicaciones de contratos.- En los actos de adjudicación de contratos no basta con la adjudicación sin más, es necesario que la administración *valore íntegramente el contenido de las ofertas y del expediente administrativo y que exteriorice justificadamente su decisión*. El control de la discrecionalidad permitirá determinar si la administración hizo un correcto uso de sus potestades, la discrecionalidad reglada se ha de ejercer ponderada y racionalmente, debiendo decidir sin sobrepasar el ámbito de la legalidad.¹⁵⁶ (Lo puesto en cursiva, es mío)

La pregunta clave que permite ligar el cumplimiento de las entidades administrativas en el criterio de selectividad, justamente viene justificado en este artículo cinco, en donde la entidad administrativa debe exteriorizar justificadamente su decisión, esto desde la etimología de las dos palabras, significa que debe desde una perspectiva, racional, realizar un proceso de selección entre las entidades estatales que pueden convertirse en oferentes y posteriores contratistas, en el momento adecuado que sea necesario realizar este análisis (que de los casos prácticos se desprenderán), es decir, la elección del oferente o futuro contratista debe contener características jurídicas mínimas de proporcionalidad entendida esta de acuerdo al artículo once del mismo Reglamento “Las medidas que el acto discrecional involucre deben ser proporcionalmente adecuadas a la finalidad perseguida”¹⁵⁷, y la finalidad perseguida es la de

¹⁵⁵ Mata Ismael, Ensayos de Derecho Administrativo, Editorial RAP, Buenos Aires – Argentina, 2009, Pág. 73

¹⁵⁶ Reglamento para el Control de la Discrecionalidad. Artículo 5. Registro Oficial No. 686 de 18 de octubre de 2002

¹⁵⁷ *Ibíd.* Artículo 11

tener para el estado la mejor contratación en bienes, obras y servicios o consultoría, generándose así, lo que el Reglamento ha establecido como el ambiente propicio para que a entidad administrativa, establezca medios técnicos para justamente escoger al mejor oferente.

CAPITULO III

ANALISIS DE CASO PRÁCTICO BAJO LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y DISCRECIONALIDA, Y VISION GENERAL DE LOS PRINCIPIOS QUE SUSTENTAN LA CONTRATACION PUBLICA ECUATORIANA

En el marco de la presente investigación, habíamos analizado en el Capítulo anterior, dos principios de trascendental importancia para el Derecho Administrativo y su ejercicio en la Administración Pública como fueron el de legalidad y de discrecionalidad, mismos que se encuentran proclamados en la Constitución de la República del Ecuador y uno de ellos expresamente (me refiero al de legalidad) en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en su artículo cuatro; y, el de discrecionalidad, aunque no expresamente proclamado en la LOSNCP, de inmediata aplicación por ser un principio constitucional.¹⁵⁸ Estos dos principios serán analizados en relación al criterio de selectividad, aplicado en los dos casos prácticos, para de esta forma comprobar la vulneración o no de los principios de legalidad y de discrecionalidad, así también este análisis nos permitirá desarrollar y justificar en los dos capítulos anteriores, es decir hacer un estudio minucioso sobre la naturaleza jurídica de la entidad contratante, sea esta entidad que pertenece al ejecutivo o es una entidad de derecho público, la forma en que se motiva el régimen especial y el análisis de razonamiento que lleva acabo o no la institución para la aplicación del criterio de selectividad en estos dos

¹⁵⁸ Se hace necesario expresar esto, por cuanto, en el marco del artículo primero de la Constitución, se expresa que “Art. 1.- El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.”. Como consecuencia de este artículo, de acuerdo a los tratadistas contemporáneos de derecho constitucional – neo constitucionalismo – se desprende que: “Efectivamente, la Constitución de 2008 establece una nueva forma de Estado, el Estado Constitucional de Derechos y justicia, cuyos rasgos básicos son: 1) el reconocimiento del carácter normativo superior de la Constitución, 2) la aplicación directa de la Constitución como norma jurídica, y, 3) el reconocimiento de la jurisprudencia constitucional como fuente primaria del derecho.”.

casos. Y por último establecer el momento jurídico apropiado, el cual la entidad contratante debe realizar el análisis y la forma de aplicación del criterio de selectividad,

Se hace necesario también tener una visión general de los demás principios que rigen la contratación pública ecuatoriana que no se profundizarán por cuanto no es objeto de la investigación pero son de trascendental importancia conocerlos, razón por la cual se los mencionara de forma general.

3.1. Visión general de los principios de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública:

Los principios constitucionales del Derecho Administrativo y la Administración Pública, se han materializado en cada una de las leyes que conforman la arquitectura jurídica del Estado ecuatoriano, así lo vemos en la LOSNCP, en el artículo cuatro donde se proclaman los principios de “[...] de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad; y, participación nacional.”. De una manera general cabe mencionar que todos los principios de la contratación pública doctrinaria y jurídicamente se relacionan de una forma muy directa incluso concatenada, es decir, el incumplimiento de uno de ellos, conllevaría el incumplimiento de todos, dado que la inobservancia de uno conllevaría la posible petición de nulidad del proceso contractual. También podemos decir que se forma un verdadero encadenamiento jurídico para que no se vulnere o violente algún derecho en la contratación administrativa, vinculándose administrativamente un principio con otro a fin de configurar la seguridad jurídica en la contratación administrativa.

En general la doctrina ha impuesto un sin número de principios que rigen a la correcta interpretación y aplicación de la ley. Cabe mencionar que el interés de la administración es el interés público, pues con esta actividad se pretende satisfacer las necesidades de los administrados, a quienes se debe la administración. Y justamente en este precepto se sujeta el principio de que en el proceso adjudicatario de una contratación debe ser el más conveniente para los intereses nacionales e institucionales por lo que la oferta elegida será la más

conveniente, la palabra conveniente confunde en el momento mismo de la adjudicación, si se refiere a la más conveniente económicamente o la del mejor postor, por otro lado también la doctrina ha establecido otros principios como el de *principio de la continuidad* y se lo ha definido como aquel que permite regular, asegurar que los servicios públicos que se prestare sin interrupción alguna, sobre el cual el Estado podría adoptar las medidas que eviten su paralización, siempre sometiendo su regulación al orden interno, y estas se presentan en forma de garantías.

Como se lo analizo en el Capítulo anterior, los principios se constituyen en reglas que inspiran toda regulación, materializándose en una norma expresa o reglamentaria, es así, que en todo proceso administrativo o mejor dicho en todas las etapas un contrato siempre está presentes en sus estipulaciones en sus cláusulas contractuales.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, ha previsto también los siguientes principios que permiten cumplir debidamente los precitados objetivos, así han sido proclamados en el artículo cuatro, y dicta “Artículo 4.- Principios.- Para la aplicación de esta Ley y de los contratos que de ella deriven, se observarán los principios de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad; y, participación nacional.”¹⁵⁹

El Estado al realizar una contratación mediante cualquier modalidad de contratación, debe procurar situar a todos los proponentes en igualdad de condiciones, no debe existir ningún motivo de preferencia, su elección lo realizara a quien formule la mejor oferta. Este principio jurídico se opone a la presencia de ofertas únicas, toda vez que las mismas no pueden ser comparadas con otras y no se puede establecer su real conveniencia para el Estado., además de que la motivación a todos sus actos discrecionales debe estar necesariamente presentes.

¹⁵⁹ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Artículo 4. Registro Oficial No. 395 de 14 de agosto de 2008.

Por otra parte, Dromi¹⁶⁰ al referirse al principio de igualdad como un principio de contratación manifiesta que “la igualdad a todos los oferentes en el procedimiento licitatorio rige desde el llamado a la licitación hasta la adjudicación o formalización del contrato”.

La igualdad constituye uno de los principios más importantes de la contratación pública, pues con base en él se asienta la moralidad administrativa que rige el procedimiento contractual.

En relación al criterio de selectividad, si la contratación se basa en la competencia de varias propuestas presentadas para que la administración *pública pueda seleccionar la más conveniente*, la igualdad se manifiesta en el sentido de que sólo es posible una real confrontación entre los oferentes, cuando estos se encuentran colocados en igualdad de condiciones, sin que existan discriminaciones o tolerancias que favorezcan a unos en perjuicio de otros.

De esta manera, el principio de igualdad exige que la adjudicación se haga a aquel oferente que, presentando las mejores condiciones para el Estado, se haya ajustado en primer lugar a la necesidad de estado; y, segundo lugar, a las bases de la contratación, pues de no ser así la administración pública carece de soporte para comparar las ofertas.

Este principio de igualdad rige tanto para los contratistas como para la administración pública, pues se refiere tanto a la posición que guardan los oferentes frente a la administración, así como a la posición de cada uno de ellos frente a los demás.

Del mismo modo que hay una igualdad ante la ley reconocida por un texto constitucional expreso, existe la igualdad ante la administración, en cuanto es la principal gestora del bien común que debe imponer cargas y distribuir bienes de acuerdo al principio de igualdad. Así los oferentes en una contratación deben ser colocados en un nivel de igualdad, evitando

¹⁶⁰ Dromi, Roberto. *Derecho Administrativo*. Editorial Ciencia y Cultura, Buenos Aires – Argentina 2001. Pág. 203.

discriminaciones o tolerancias que favorezcan a unos en detrimento de otros. La igualdad es un principio fundamental desde el inicio del procedimiento de contratación hasta la respectiva adjudicación, todos los oferentes deben encontrarse en igualdad de condiciones, deben contar con las mismas facilidades y oportunidades.

Como vemos la importancia jurídica de los principios rectores del procedimiento de contratación administrativa es de trascendental importancia, pues el no cumplimiento, quebrantamiento o no aplicación vician de nulidad el contrato que en su consecuencia fuere celebrado. Así lo entiende con criterio unánime tanto la doctrina como la jurisprudencia.

Los procesos de compras públicas, es una de las actividades a cargo del Estado a través de cualquiera de las entidades que conforman el Estado ecuatoriano, estos procesos en nuestro país se encuentran regulado por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, el Reglamento General y las resoluciones emitidas por el Instituto Nacional de Contratación Pública (INCOP) los procedimientos se realizan a través del sistema nacional de contratación pública. La legislación ecuatoriana determina diversas modalidades contractuales, esta clasificación lo realiza en atención al objeto y a la cuantía de la contratación.

La Ley de Contratación Pública y su Reglamento General establece varios procedimientos que tienen como límite los presupuestos, ingresos y egresos que tenga cada ente público. Conforme sean los ingresos del ente, así operar o realizar los respectivos procedimientos de contratación. De modo que, es en atención de las limitaciones presupuestarias de las diferentes Administraciones que determina el respectivo procedimiento de contratación, aspecto en el que la Contraloría General de la República cumple con un importante rol, al encontrar dentro de su competencias el deber de actualizar los límites económicos de cada ente para contratar bienes y servicios no personales.¹⁶¹

¹⁶¹ Enríquez Rojas Franco, *Derecho Administrativo y Derecho Procesal Administrativo*, Edilex S.A, 2007, Pág. 264.

3.2. Análisis jurídico y doctrinario del criterio de selectividad aplicado en dos casos prácticos:

Puesto que se ha analizado los principios de legalidad y discrecionalidad frente al criterio de selectividad, se hace imprescindible también analizar esta misma confrontación en dos casos prácticos que se han seleccionado en la presente investigación para lo cual es preciso iniciar mencionando que el marco de la LOSNCP, se han definido de una manera general cuatro etapas en el proceso de contratación administrativa estas son:

- a) Etapa previa.
- b) Etapa precontractual
- c) Etapa contractual
- d) Etapa post-contractual

Lo cual es pertinente mencionar por que en el análisis de los casos prácticos se analizara la pertinencia del análisis del criterio de selectividad después de la etapa precontractual.

3.2.1. Contrato con código RE-MEER-002-2011, del Ministerio de Electricidad y Energía Renovable con la compañía TECNISTAMP GASESPOL CEM.

Entidad contratante: Ministerio de Electricidad y Energía Renovable (MEER)

Proveedor: TECNISTAMP GASESPOL CEM.

Objeto: Adquisición de uniformes para las y los servidores del MEER.

Tipo de compra: bien.

Tipo de contratación: pública.

3.2.1.1. Creación de la necesidad:

La Dirección de Administración de Recursos Humanos, crea la necesidad, mediante Memorando No. 008 de Recursos Humanos de 06 de enero de 2011 (se adjunta como ANEXO 1), solicita al Subsecretario de Desarrollo Organizacional, autorización para iniciar el proceso de compra de uniformes para los empleados del Ministerio de Electricidad y Energía Renovable y en el mismo memorando, mediante sumilla inserta, el Subsecretario en mención autoriza el inicio del proceso para la adquisición de uniformes para el personal del MEER y queda certificada la disponibilidad presupuestaria y se dispone la elaboración de los (TDRs)

3.2.1.2. Elaboración de los términos de referencia (TDRs) y propuesta inicial de la contratación por Régimen Especial de acuerdo al numeral ocho del artículo dos de la LOSNCP:

En el caso objeto de estudio en *Los términos de referencia para la adquisición de uniformes y accesorios de vestir para el personal femenino y ternos para el personal masculino del Ministerio de Electricidad y Energía Renovable*, (se adjunta como ANEXO 2) en su numeral diez, establece y genera el siguiente criterio jurídico que para objeto del análisis correspondiente, se copia literalmente:

10. MARCO LEGAL

En el proceso precontractual y contractual del desarrollo de la presente contratación se aplicará lo previsto *en el artículo 2 numeral 8, de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y, 98 y 99 del Reglamento General de aplicación; (Lo puesto en cursiva, es mío)* (se refiere al ANEXO 2)

Una vez elaborados los TDRs, se procede por solicitud de la Subsecretaría de Desarrollo Organizacional a Subsecretaría Jurídica a la elaboración de los pliegos, para la presente adquisición.

3.2.1.3. Sugerencia inmotivada de contratación mediante Régimen Especial e inobservancia e inaplicabilidad del criterio de selectividad:

Se hace necesario en el marco del objeto de la presente investigación citar al Memorando No. MEER-DARRHH-2011-0391 de 25 de mayo de 2011 dirigido al Subsecretario de Desarrollo Organizacional topando como asunto justificativo de Régimen Especial), por cuanto, como se verá a continuación, en la copia textual del oficio (se adjunta como ANEXO 3), se acoge para la contratación como Régimen Especial la “sugerencia” de un funcionario público. Oficio del cual se desprende que:

Tecnistamp Gasespol es una empresa de economía mixta que elabora uniformes y calzado para empresas públicas y privadas. El 67 por ciento de sus acciones es de propiedad del Estado Ecuatoriano y está debidamente calificada como proveedor del Estado.

En este sentido, me permito *sugerir la contratación la contratación, por Régimen Especial, con la compañía Tecnistamp Gasespol CEM*, como proveedora de uniformes y opa de trabajo para el personal del Ministerio de Electricidad y Energía Renovable, toda vez que los precios son de mercado y la calidad que ofrece son compatibles con nuestro requerimiento. La empresa estaría en capacidad de proveer las prendas, carteras y zapatos requeridos por la institución, lo cual permitirá optimizar tiempo y recursos, debido a la duración de los procesos administrativos de adquisición.

Es importante resaltar que el proveedor Tecnistamp Gasespol CEM, está en capacidad de ofrecer una amplia gama de colores y texturas para la elaboración la ropa de trabajo para el personal masculino y femenino para el Ministerio de Electricidad y energía Renovable.

La mencionada empresa además se acogería a la forma de pago y plazos propuestos por el Ministerio de Electricidad y Energía Renovable.

Considero que sobre la base de estas apreciaciones, se puede proceder a la atención de este requerimiento con la empresa en cuestión. (Se refiere al ANEXO 3)

Más adelante se realizara el análisis correspondiente en relación a los principios del derecho administrativo y su aplicación en la Administración Publica especialmente en este caso concreto en el cual no se fundamenta ni se motiva la elección o el criterio de “selectividad” mediante el cual se procedió a la elección de una sola empresa como es Tecnistamp Gasespol CEM.

3.2.1.4. Elaboración de los pliegos bajo la modalidad de Régimen Especial de acuerdo al numeral ocho del artículo dos de la LOSNCP:

Roberto Dromi manifiesta que “la jurisprudencia ha expresado que la ley de la licitación, así como también la ley del contrato, la constituyen el pliego, documento donde se especifica el objeto del contrato y los derechos y obligaciones de la Administración y de su contratista”¹⁶², lo cual es pertinente citar como doctrina de por cuanto los pliegos son vinculantes en la contratación, así también lo expresa:

Benjamina Herrera: “Los pliegos son un conjunto de reglas y como tales son obligatorias para la administración que las adopta y para el particular que, presentando la oferta, se somete a ellos. Es obligatorio para los oferentes [...]”¹⁶³ El mismo autor menciona otra característica como es la de que “rige en la relación negocial y como tal son indicativos de los derechos y obligaciones. En base a las definiciones citadas, los pliegos son vinculantes para el proceso contractual, ya que en ellos se tiene que plasmar la base administrativa legal del procedimiento por el cual se va a realizar determinada contratación.

Cabe mencionar un breve análisis en relación a la elaboración de los pliegos en régimen especial de contratación entre entidades públicas, puesto que para la elaboración de estos pliegos *se debería ya contar con la motivación correspondiente jurídico administrativa*, esta breve y anticipada conclusión, se desprende en este caso práctico concreto, puesto que la entidad contratante (MEER) invita directamente a TECNISTAMP GASESPOL CEM y le solicita mediante comunicación oficial, que presente la oferta en relación a los pliegos ya enviados lo cual lo hace de la siguiente manera que (se adjunta como ANEXO 4).

[...] se invita a la empresa TECNISTAMP GASESPOL CEM, con RUC 1790849465001, para que por medio de su Representante Legal, de conformidad con los pliegos del proceso; y, de acuerdo con los artículos 2 numeral 8 de la Ley Orgánica del

¹⁶² Dromi, Roberto. *Derecho Administrativo*. Editorial Ciencia y Cultura, Buenos Aires – Argentina 2001. Pág. 375.

¹⁶³ Herrera, Benjamín. *Contratos Públicos*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Medellín – Colombia 2003. Pág. 209.

Sistema Nacional de Contratación Pública y 98 y 99 de su Reglamento General, presente su oferta técnica-económica dentro del proceso PARA LA ADQUISICION DE UNIFORMES, PRENDAS Y ACCESORIOS DE VESTIR PARA EL PERSONAL FEMENINO Y TERNOS PARA EL PERSONAL MASCULINO DEL MINISTERIO DE ELECTRICIDAD Y ENERGIA RENOVABLE. (Me refiero al ANEXO 4)

3.2.1.5. Resolución de inicio de proceso y aprobación de pliegos

Mediante Memorando No. MEER-SDO-2011.0663 de 25 de julio de 2011 (se adjunta como ANEXO 5) la Subsecretaria de Desarrollo Organizacional envía a la Subsecretaria Jurídica los pliegos para la *adquisición de uniformes y accesorios de vestir para el personal femenino y ternos para el personal masculino del Ministerio de Electricidad y Energía Renovable*, y dice literalmente así:

Por medio del presente, me permito adjuntar en formato digital la última versión de los pliegos para la *adquisición de uniformes y accesorios de vestir para el personal femenino y ternos para el personal masculino del Ministerio de Electricidad y Energía Renovable*, mismos que han sido revisados y corregidos en conjunto por la unidad de contratación pública y el personal técnico de la Subsecretaria Jurídica, para que se proceda con la elaboración de la resolución de inicio del proceso. (Me refiero al ANEXO 5)

Posterior a esto, mediante Resolución No. RE-MEER-002-2011 de 1 de agosto de 2011 (se adjunta como ANEXO 6), en su considerando quince, toma como referencia el Memorando No. MEER-DARRHH-2011-0391 de 25 de mayo de 2011 (se adjunta como ANEXO 3) del Director de Recursos Humanos mediante el cual *sugiere* al Subsecretario de Desarrollo Organización, la contratación por Régimen Especial con la Empresa TECNISTAMP GASESPOL CEM. Y en su parte resolutive en su artículo número uno, resuelve autorizar el inicio del proceso de Régimen Especial para la *adquisición de uniformes y accesorios de vestir para el personal femenino y ternos para el personal masculino del Ministerio de Electricidad y Energía Renovable*, en las cantidades y conforme a la especificaciones técnicas establecidas en los pliegos.

En su artículo resolutive número tres, establece:

Artículo 3.- Acoger el nombre de la Empresa TECNISTAMP GASESPOL CEM, sugerido para el objeto de esta contratación por la Dirección de Administración de Talento Humano del MEER, y cursar la invitación para que de acuerdo con los pliegos de este

proceso y de conformidad con la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento General, presente su oferta técnico-económica para la *adquisición de uniformes y accesorios de vestir para el personal femenino y ternos para el personal masculino del Ministerio de Electricidad y Energía Renovable*, de acuerdo con el cronograma establecido en los pliegos. (Me refiero al ANEXO 6)

Vale mencionar que en la parte considerativa de la Resolución, no se hace un análisis jurídico administrativo de la forma de selección de la compañía TECNISTAMP GASESPOL CEM basándose simplemente en una “sugerencia”. (Me refiero ANEXO 6)

3.2.1.6. Resolución de Adjudicación y falta de motivación administrativa del criterio de selectividad.

Desprendido inmediatamente de la Resolución de Inicio del proceso, la autoridad contratante, emite la Resolución de Adjudicación, en su parte resolutive, adjudica a la Empresa TECNISTAMP GASESPOL CEM. (Me refiero ANEXO 6)

Sobre la emisión de garantía técnica y firma de contrato, debemos decir que el contratista antes de la firma del contrato tiene que presentar la garantía en este caso solo técnica ya que para proceso de Régimen Especial no hay garantías económicas. Una vez firmado, numerado, fechado y legalizado el contrato empieza a correr el plazo de entrega del mismo

3.2.2. Análisis del criterio de selectividad aplicado en el Contrato con código RE-DINARDAP-002-2011, de la Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos.

Se hace necesario no solo remitirse a un solo proceso administrativo de contratación, por lo que en la presente investigación se ha tomado también otro proceso contractual de análisis. Y es así como en el análisis de este segundo caso nos permitirá analizar el procedimiento contractual.

3.2.2.1. Información del Contrato y creación de la necesidad - La aplicación del criterio de selectividad en los documentos precontractuales.

Entidad contratante: Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos (DINARDAP)

Proveedor: Seguros Sucre S.A.

Objeto: Contratación de Póliza de Seguros para los ramos de Incendio / Líneas Afines, Robo y Equipo Electrónico de los bienes de la Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos.

Tipo de compra: Seguro

Tipo de contratación: pública.

La creación de la necesidad en este caso se dio mediante Memorando No. DINARPDAP-CDO-DAD-21012-01248 de 15 de octubre de 2012 (se adjunta como ANEXO 7), la Directora Administrativa, solicita la autorización de inicio de proceso y certificación presupuestaria para la Contratación de Póliza de Seguros para los ramos de Incendio / Líneas Afines, Robo y Equipo Electrónico de los bienes de la Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos, puesto que el seguro en vigencia está próximo a vencer.

3.2.2.2. Elaboración de los términos de referencia (TDRs) y propuesta inicial de la contratación por Régimen Especial de acuerdo al numeral ocho del artículo dos de la LOSNCPO:

En este caso, dado que el objeto de la contratación de seguros tiene el carácter de renovación, no se elaboran nuevos términos de referencia sino que se mantiene los insertos en la primera contratación. Por lo que se pasa directamente a la Elaboración de Resolución de inicio de proceso en Régimen Especial, en donde el Coordinador de Desarrollo Organizacional (S), mediante Memorando No. DINARDAP-CDO-2012-1051-M, de 23 de octubre de 2012 (se adjunta como ANEXO 8). Considerando numero seis), envía el expediente íntegro del proceso “Póliza de Seguros para los ramos de Incendio / Líneas Afines, Robo y Equipo Electrónico de

los bienes de la Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos”, al Director Nacional de la DINARDAP con “...la finalidad de que autorice y proceda a instruir a la Dirección Jurídica elabore la Resolución de Inicio de Proceso respectivo”, a lo cual el Director Nacional, mediante sumilla inserta en este mismo Memorando, ordenó al departamento Jurídico, elaborar la resolución de inicio de proceso respectiva.

3.2.2.3. Resolución de inicio de proceso y aprobación de pliegos en Régimen Especial:

En relación a la adopción del Régimen Especial como el camino jurídico para la contratación de Seguros Sucre S.A., el Director de dicha Institución, emite la Resolución No. 124-CP-DINARDAP-2012 (se adjunta como ANEXO 8) y en su considerando establecido en el párrafo cuarto, hace mención y se transcribe textual lo siguiente:

Que, el artículo 2 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública determina que: Se someterán a la normativa específica que para el efecto dicte el Presidente de la República en el Reglamento General a esta Ley, *bajo criterios de selectividad*, los procedimientos precontractuales de las siguientes contrataciones”, Numeral 8 Los que celebren el Estado con entidades del sector público, éstas entre sí, o aquellos con empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público o sus subsidiarias; y las empresas entre sí; (Lo puesto en cursiva, es mío) (me refiero al ANEXO 10)

En este considerando vale mencionar lo siguiente: hace referencia al criterio de selectividad tomando del artículo dos de la LOSNCP, pero en ninguno de sus considerados especifica la *motivación administrativa por la cual eligen a los Seguros Sucre S.A.* Así también vale mencionar que al final del párrafo que es copia textual del primer inciso del numeral ocho del artículo dos, se introduce la siguiente frase y *las empresas entre sí*, la cual en el texto legal del numeral ocho del artículo dos no existe.

En su parte Resolutiva, en su artículo uno, acoge el Régimen Especial en el siguiente texto:

Artículo 1.- Acogerse al Régimen Especial de conformidad con la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, para la contratación de Póliza de Seguros para los

ramos de Incendio / Líneas Afines, Robo y Equipo Electrónico de los bienes de la Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos. (Me refiere al ANEXO 8)

Sustentándose esta parte resolutive en los considerandos sobre el Régimen Especial, lo cual se convierte en una situación de análisis por cuanto, en el marco del Derecho Administrativo se hace necesario el análisis que más adelante lo concluiremos.

En su Artículo 3, en la presente Resolución, decide también Aprobar los pliegos para el proceso de Régimen Especial (me refiero al ANEXO 8), razón por la cual, es partir de este artículo que la entidad procede a elaborar los pliegos. Cabe mencionar que del proceso se desprende que los pliegos en estricta concordancia con las Resoluciones anteriores y como consecuencia de estas, los pliegos se realizan en los formatos en Régimen Especial.

3.2.2.4. Resolución de Adjudicación y falta de motivación administrativa del criterio de selectividad.

Desprendido inmediatamente de la Resolución de Inicio del proceso, la autoridad contratante, emite la Resolución de Adjudicación No. 171-CP-DINARDAP-2012 (se adjunta como ANEXO 9), en su parte resolutive, adjudica a SEGUROS SUCRE S.A. Una vez notificado al contratista, se le solicita se acerque a la firma del respectivo contrato, para lo cual el contratista antes de la firma del contrato tiene que presentar la garantía en este caso solo técnica ya que para proceso de Régimen Especial no hay garantías económicas. Una vez firmado, numerado, fechado y legalizado el contrato empieza a correr el plazo de entrega del mismo.

3.3. Análisis del criterio de selectividad en los dos casos prácticos:

En el objetivo de la presente investigación, se hace necesario en primer lugar verificar la naturaleza jurídica de la entidad contratante pues la relación interadministrativa como lo habíamos establecido y analizado, se genera cuando concurren a esta relación dos o más entidades administrativas estatales a la luz de la definición dada por el Tratadista Juan Carlos

Cassagne y de esta relación surge el contrato interadministrativo, entendido como “[...] aquellos que se celebran entre una entidad pública estatal centralizada o descentralizada, con una sociedad comercial en cuya administración o capital tenga participación mayoritaria el Estado.”¹⁶⁴

3.3.1. Naturaleza jurídica de las entidades contratantes:

En el primer caso práctico, esto es el contrato entre el Ministerio de Electricidad y Energía Renovable (MEER) y la compañía TECNISTAMP GASESPOL CEM, debemos analizar lo siguiente:

En relación al Ministerio de Electricidad y Energía renovable, de acuerdo al artículo primero del ERJAFE que dicta la estructura de la función ejecutiva refiriéndose “...a la estructura general, el funcionamiento, el procedimiento administrativo común y las normas sobre responsabilidad de los *órganos y entidades que integran la Administración Pública Central e Institucional y que dependen de la Función Ejecutiva*” (Lo puesto en cursiva, es mío), constituyéndose como un órgano de ejecución de la Función Pública y por ende una entidad del Estado.

En relación a la Compañía TECNISTAMP GASESPOL CEM (se adjunta como ANEXO 10), cabe analizar que al momento de la contratación, esto, es al seis de septiembre de dos mil once, su capital accionario pertenecía en un 67% al Ministerio del Interior y el 33% pertenecía a Carlos Cevallos Silva, información que se desprende del formulario cinco de la oferta técnica-económica, presentada por TECNISTAMP GASESPOL CEM. Cabe mencionar que la compañía oferente, procede de la fusión por absorción de las compañías TECNISTAMP GASESPOL CEM y GASESPOL INDUSTRIAL CEM.¹⁶⁵ Razón por la cual de acuerdo a la información societaria se puede verificar que TECNISTAMP GASESPOL CEM, a la fecha de

¹⁶⁴ Cassagne, Juan Carlos. *El Contrato Administrativo*. Ediciones Lexois Nexis, Buenos Aires – Argentina 2005. Pág. 38.

¹⁶⁵ Este acto societario se encuentra publicado en el Registro Oficial No. 699 de miércoles 09 de mayo de 2012, en el cual se publicó el Decreto Ejecutivo No. 1134, mediante el cual se crea a la Empresa Pública FRABRICAMOS ECUADOR FABREC EP.

firma del contrato era una compañía mixta y de acuerdo a la clasificación que manda la Ley Orgánica de Empresas Públicas¹⁶⁶ (la misma que ya estaba a esa fecha en vigencia, en su artículo dos segundo párrafo, establece “Las empresas subsidiarias son sociedades mercantiles de economía mixta creadas por la empresa pública, en las que el Estado o sus instituciones tengan la mayoría accionaria.”), por lo tanto era de una entidad del Estado.

Tomando en cuenta la naturaleza jurídica de las dos entidades contratantes, el MEER como TECNISTAMP GASESPOL CEM se constituyen como entidades administrativas, por lo que de acuerdo a la definición que la doctrina, *se puede concluir que este tipo de contrato es interadministrativo.*

En el segundo caso práctico, esto es el contrato entre la Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos y la Compañía Seguros Sucre S.A., debemos analizar lo siguiente:

En relación a la Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos, esta Institución se crea como una entidad de Derecho Público de acuerdo al artículo treinta de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, que establece:

Art. 30.- La Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos.- *Créase la Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos*, como organismo de derecho público, con personería jurídica, autonomía administrativa, técnica, operativa, financiera y presupuestaria, adscrita al Ministerio de Telecomunicaciones y Sociedad de la Información. Su máxima autoridad y representante legal será la Directora o Director Nacional, designada o designado por la Ministra o Ministro. Su sede será la ciudad de Quito, tendrá jurisdicción nacional, y podrá establecer oficinas desconcentradas a nivel nacional.¹⁶⁷ (Lo puesto en cursiva, es mío)

Constituyéndose como una entidad administrativa dependiente del Ministerio de Telecomunicaciones.

¹⁶⁶ La Ley Orgánica de Empresas Públicas fue promulgada en el Registro Oficial Suplemento 48 de 16 de octubre de 2009 y su última modificación fue realizada el 13 de octubre de 2011.

¹⁶⁷ Ley de Registro de Datos Públicos. Artículo 30. Registro Oficial Suplemento 162 de 31 marzo de 2010.

En relación a la Compañía Seguros Sucre S.A., de acuerdo al formulario dos del proceso (me refiero al ANEXO 10), la Corporación Financiera Nacional, es propietaria del 99.8157%, Leonidas Plaza Verduga es propietario de 0,1217% y Luis Cornejo hidalgo es propietario de 0.0365% y Herederos de Heriberto Horces son propietarios del 0,0261. Sobre la Corporación Financiera Nacional, cabe mencionar que es una entidad de derecho público como lo establece la Ley Orgánica de la Corporación Financiera Nacional codificada, de acuerdo al artículo primero que manda: “Art. 1.- La Corporación Financiera Nacional es una institución financiera pública, autónoma, con personería jurídica y con duración indefinida. Tendrá su domicilio principal en la capital de la República y podrá tener oficinas dentro o fuera del territorio nacional.”¹⁶⁸. Entendido que la CFN es una entidad de derecho público se puede entonces de acuerdo al artículo 4 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas transcrito líneas atrás, establecer que Seguros Sucre S.A., es una compañía de economía mixta.

Razón por la cual al establecerse que las dos entidades contratantes son del Estado, se configura una relación interadministrativa, generándose un contrato interadministrativo.

3.3.2. La aplicación del criterio de selectividad en los dos casos de análisis:

Se hace necesario a manera de brevísima introducción, mencionar que de acuerdo a la LOSNCP, se recogen en el proceso administrativo de contratación, varias etapas que son las siguientes:

- 1ra.- Etapa previa.
- 2da.- Etapa pre-contractual.
- 3ra.- Etapa contractual.
- 4ta.- Etapa post-contractual.

¹⁶⁸ Ley Orgánica de la Corporación Financiera Nacional. Artículo 1. Registro Oficial 387 de 30 de Octubre del 2006.

Desde la visión de estas etapas, se realizará el análisis de los casos detallados, por cuanto como se lo mencionó en el análisis general del primer y segundo caso práctico líneas arriba, es desde la etapa previa que se establece ya el régimen legal que se ha de aplicar en la contratación, generándose de esta manera un espacio para un verdadero análisis jurídico en el objetivo de la presente investigación.

En el primer caso práctico, esto es el contrato entre el Ministerio de Electricidad y Energía Renovable (MEER) y la compañía TECNISTAMP GASESPOL CEM; y, en el segundo caso, esto es el contrato entre la Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos y Seguros Sucre S.A., debemos analizar lo siguiente:

Que en el primer caso, se hace necesario hacer mención a los términos de referencia (o de acuerdo a la LOSNCP en su artículo veintitrés denominados *estudios*), pues en este caso, en los términos de referencia, ya se establece el marco legal que se ha de aplicar como lo mencionamos líneas atrás.

Que en el segundo caso, si bien en este proceso contractual no se realizaron términos de referencia para la elaboración de los pliegos se solicitó de forma directa por parte de la Directora Administrativa al Coordinador de Desarrollo Organizacional la autorización para la elaboración de pliegos dado que la “Póliza de Seguros para los ramos de incendio/líneas afines, robo y equipo electrónico de los bienes de la Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos” puesto que esta póliza estaba próxima a vencer.

Que en el primer caso, respecto del marco legal y acogiendo directamente al Régimen especial, en los términos de referencia sin ninguna fundamentación jurídica, se estableció que:

10. MARCO LEGAL

En el proceso precontractual y contractual del desarrollo de la presente contratación se aplicará lo previsto *en el artículo 2 numeral 8, de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública* y, 98 y 99 del Reglamento General de aplicación; (Lo puesto en cursiva, es mío) (Me refiero al ANEXO 2)

Se establece el régimen aplicable para esta contratación, refiriéndose exclusivamente al numeral octavo del artículo dos de la LOSNCP, es decir que en los términos de referencia que son estrictamente de elaboración técnica, en este caso de estudio ya se conoce desde un primer instante quien va a ser el oferente refiriéndose a una empresa del Estado, cuando su naturaleza en el proceso de contratación, es el de origen del proceso precontractual, (cabe mencionar que estos términos de referencia los elabora un funcionario cuya actuación es pública, es decir que actúa a nombre y en representación del Estado *y por lo tanto debe observar los principios constitucionales que sustentan la actuación administrativa*).

Que en el segundo caso, de forma inmediata en la Resolución de Inicio de Proceso y Aprobación de pliegos en su parte resolutive se acoge el Régimen especial, cuando ni siquiera en sus considerandos no se establece de forma justificada ni motivada se configura el acogerse a Régimen especial.

3.3.3. Resolución 054 de 12 de noviembre de 2011, emitida por el INCOP sobre definición de términos de referencia y especificaciones técnicas.-

Es pertinente abrir aquí un paréntesis para mencionar lo siguiente, de acuerdo al artículo diez numeral nueve de la LOSNCP y artículo cuatro numeral siete del Reglamento a LOSNCP¹⁶⁹, el INCOP tiene la potestad jurídica de emitir normativa que permite el funcionamiento de la contratación pública de las entidades administrativas, y en este precepto jurídico el INCOP emitió la Resolución No. 054 de 2011 de fecha 12 de noviembre de 2011 mediante la cual resolvió expedir normas relacionadas con las especificaciones, términos de referencia y el establecimiento de plazos y términos que forman parte de los pliegos para los

¹⁶⁹ La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública establece en su artículo “Artículo 9.- Objetivos del Sistema.- Son objetivos prioritarios del Estado, en materia de contratación pública, los siguientes: 4. Convertir la contratación pública en un elemento dinamizador de la producción nacional;” y el Reglamento a la LOSNCP, en su artículo cuatro numeral siete establece que: “Art. 7.- Del Director Ejecutivo.- El Director Ejecutivo es la máxima autoridad del Instituto Nacional de Contratación Pública, será designado por el Presidente de la República. Sus atribuciones son las siguientes: 4. Emitir la normativa que se requiera para el funcionamiento del SNCP y del INCOP, que no sea competencia del Directorio;”

procedimientos de contratación pública. En su artículo 4 establece la estructura de los aspectos que se deben tomar en cuenta para la elaboración de las especificaciones técnicas:

Art. 4.- Elaboración de las especificaciones técnicas.- Para elaborar las especificaciones técnicas se tomarán en cuenta los siguientes aspectos:

- a) Para el caso de bienes, se establecerán en función de las propiedades de su uso y empleo, así como de sus características fundamentales, requisitos funcionales o tecnológicos, atendiendo los conceptos de capacidad, calidad y/o rendimiento, para los que, de existir, se utilizarán rasgos técnicos, requisitos, símbolos y términos normalizados.
- b) Para el caso de obras, se establecerán para cada uno de los rubros y materiales del proyecto, atendiendo los aspectos de diseño y constructivos.
- c) Las especificaciones han de ser claras, completas e inequívocas; no deben presentar ambigüedades, ni contradicciones entre las mismas, que propicien o permitan diferentes interpretaciones de una misma disposición, ni indicaciones parciales sobre determinado tópico.
- d) No se podrá hacer referencia a marcas de fábrica o de comercio, nombres o tipos comerciales, patentes, derechos de autor, diseños o tipos particulares, ni a determinados orígenes, productores o proveedores. Excepcionalmente, y de manera justificada, se podrá hacer tales referencias para los siguientes casos: la adquisición de repuestos o accesorios de conformidad con el artículo 94 del RGLOSNC; y, tanto las contrataciones que impliquen el desarrollo o mejora de tecnologías ya existentes en la entidad contratante, como la utilización de patentes o marcas exclusivas o tecnologías que no admitan otras alternativas técnicas, de conformidad con el artículo 95 del RGLOSNC; a condición de que, en los casos que sea aplicable, la entidad haga constar en el pliego la expresión "o equivalente" u otra similar.
- e) Las especificaciones técnicas se basarán en las normas o reglamentos técnicos nacionales, y en ausencia de éstos, en los instrumentos internacionales similares, en lo que fuera aplicable.
- f) No se podrá establecer o exigir especificaciones, condicionamientos o requerimientos técnicos que no pueda cumplir la oferta nacional, salvo justificación funcional debidamente motivada.
- g) Las especificaciones técnicas se establecerán con relación exclusiva a los bienes o rubros de obra integrantes del objeto del proceso y no con relación a los proveedores.¹⁷⁰

En su artículo 5, establece la estructura de los aspectos que se deben tomar en cuenta para la elaboración de los términos de referencia:

Art. 5.- Elaboración de los términos de referencia.- Para elaborar los términos de referencia se tomarán en cuenta los siguientes aspectos:

- a) Se establecerán en función de las necesidades específicas a ser cubiertas, de los objetivos, características y condiciones de prestación o desarrollo requeridos así como, de los requisitos técnicos, funcionales o tecnológicos bajo los que deben ser prestados.

¹⁷⁰ Instituto Nacional de Contratación Pública. Artículo 4. Resolución No. 054 de 2011 de 12 de noviembre de 2011.

- b) Los términos de referencia han de ser claros, completos y detallados de tal forma que no haya lugar a ambigüedades o contradicciones que propicien o permitan diferentes interpretaciones de una misma disposición, ni indicaciones parciales sobre determinado tópico.
- c) Los términos de referencia para la contratación de consultoría y servicios incluirán obligatoriamente los siguientes aspectos:
 - c.1. Antecedentes
 - c.2. Objetivos (¿Para qué?)
 - c.3. Alcance (¿Hasta dónde?)
 - c.4. Metodología de trabajo (¿Cómo?)
 - c.5. Información que dispone la Entidad (Diagnósticos, estadística, etc.)
 - c.6. Productos o servicios esperados (¿Qué y cómo?)
 - c.7. Plazo de ejecución: parciales y/o total (¿Cuándo?)
 - c.8. Personal técnico / equipo de trabajo / Recursos (¿Con quién o con qué?)
 - c.9. Forma y condiciones de pago
- d) Los términos de referencia se establecerán con relación exclusiva a los servicios objeto del proceso y no con relación a los consultores o proveedores.¹⁷¹

Quedando a partir de esta resolución claramente definido de acuerdo al artículo tres que son los términos de referencia y que son las especificaciones técnicas, así lo establece el artículo tres cuando dicta:

Art. 3.- Empleo de especificaciones técnicas o términos de referencia.- Se entenderá como *"especificación técnica"* a las características fundamentales que deberán cumplir los bienes o rubros requeridos, mientras que, los *"términos de referencia"* constituirán las condiciones específicas bajo las cuales se desarrollará la consultoría o se prestarán los servicios.

La contratación de servicios estará sujeta a la formulación de términos de referencia.

No obstante, atendiendo a la naturaleza del servicio requerido, se podrán incorporar adicionalmente especificaciones técnicas relativas a los bienes necesarios para su ejecución.¹⁷²
(Lo puesto en cursiva, es mío)

Se debe aclarar que esta Resolución, es emitida por el INCOP posterior al proceso contractual del primer caso de análisis, por lo que obviamente, no se podría explicar el primer caso desde la perspectiva jurídica de esta Resolución. Más, es importante en el objetivo de esta investigación, analizar que esta, *surge como una forma de limitar el accionar de los empleados que actúan en nombre de la administración pública, desarrollando el principio de legalidad y delimitando el principio de discrecionalidad*, obedeciendo esto a que el servidor público no puede delimitar su actuación sino que debe basar su actuación y limitar su

¹⁷¹ *Ibíd.* Artículo 5.

¹⁷² *Ibíd.* Artículo 3.

actuación a lo que establece una premisa mayor denominada Constitución y en una premisa siguiente la ley sea esta orgánica u ordinaria aplicando de esta manera el desarrollo del derecho como lo vimos al tratar el principio de legalidad, haciendo referencia a la explicación que sobre el desarrollo del derecho lo trataba el Dr. Luciano Pareja y establecía “El derecho administrativo está montado sobre el principio de legalidad, de manera que puede hablarse de tal derecho administrativo cuando los órganos del estado que conforman la administración pública estén sometidos al derecho particularmente al *derecho desarrollado* para normar sus actuaciones”¹⁷³(Lo puesto en cursiva es mío), desarrollando de esta manera, la normativa de la LOSNCP.

3.3.4. Momento jurídico para el análisis de la razonabilidad del criterio de selectividad.-

De lo anterior se puede establecer que entre los términos de referencia y la elaboración de los pliegos se abre un espacio en el cual la entidad administrativa hace una pausa y es justamente en este espacio, que desde la perspectiva de la presente investigación, se debe analizar, lo siguiente:

- a) En primer lugar, la pertinencia de acudir a la contratación, aplicando el Régimen especial establecido en al LOSNCP en su artículo dos, motivando de acuerdo a LOSNCP el ERJAFE y el Reglamento de Discrecionalidad, la elección de este régimen;
- b) En segundo lugar, después de adoptar el Régimen especial como el camino para la contratación del bien, obra o servicio incluido el de consultoría y puesto que este Régimen sustenta su existencia en el *criterio de selectividad*, la entidad contratante deberá analizar la forma en que se ha de aplicar y desarrollar el criterio de selectividad en ese proceso contractual, sobre este accionar la doctrina, ha establecido que:

¹⁷³ Parejo, Luciano. *El concepto de Derecho administrativo*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas – Venezuela, 2009. Pág. 26.

[...]el legislador le traslada la obligación perentoria e inobjetable a los responsables de la contratación pública de cada entidad estatal, de seleccionar definir y perfeccionar los objetivos a contratar a través de los estudios, diseños a o proyectos, de manera que se pueda visualizar sus más profundas intimidades *con el propósito de obtener los elementos objetivos para elaborar los pliegos de condiciones o términos de referencia al igual que los parámetros sobre los cuales se irán a comprar o evaluar las propuestas.*¹⁷⁴ (Lo puesto en cursiva, es mío)

Es clara esta definición al momento de establecer que la selección se debe realizar *con el propósito de obtener los elementos objetivos*, y por supuesto, esta objetividad no se sustenta en la discrecionalidad como ejercicio administrativo, pues como lo habíamos analizado, la discrecionalidad en el mundo de la contratación pública tiene límites que deben ser claramente establecidos, incluso así también lo establece el Reglamento para el Control de la Discrecionalidad de forma clara en su artículo cinco cuando manda lo que: “El control de la discrecionalidad permitirá determinar si la administración hizo un correcto uso de sus potestades, *la discrecionalidad reglada se ha de ejercer ponderada y racionalmente, debiendo decidir sin sobrepasar el ámbito de la legalidad.*” (Lo puesto en cursiva, es mío), artículo del cual, se establece que la discrecionalidad debe ser reglada, generándose así una auto regulación entre la legalidad y la discrecionalidad, generándose así también lo que el tratadista Juan Carlos Cassagne ha definido como el principio de razonabilidad entre la decisión adoptada y la forma en que fue adoptada, es decir desde otra perspectiva, la administración pública no puede actuar de forma impulsiva, así lo establece de una manera crítica García de Enterría, cuando menciona “La Administración, no tiene otra actuación ni otra vida psicológica que la estrictamente legal de modo que no puede haber para ella, motivos impulsivos de su acción marginales al derecho.”¹⁷⁵ El cumplimiento de la motivación y debido análisis en la aplicación del criterio de selectividad, permite en consecuencia lógica y dialéctica, materializar el verdadero

¹⁷⁴ Santofinio, Jaime Orlando. *Delitos de celebración indebida de contratos*. Análisis con fundamento en la teoría general del contrato estatal. Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá – Colombia, 2000. Pág. 150.

¹⁷⁵ García de Enterría, Eduardo, Fernández, Tomás. *Curso de Derecho Administrativo I*. Novena Edición. Editorial Thomson Civitas, Madrid- España, 2004. Pág. 560.

objetivo de la creación de las entidades del Estado, esto es el crear bienestar social general.

c) Al análisis sobre la forma de ejercer la selección y de desarrollar el principio de selectividad y muy ligado a este razonamiento jurídico que debe realizar la administración pública debe acompañarse la motivación con lo que los tratadistas han denominado el principio de razonabilidad y su forma de aplicación son caer en el abuso de la discrecionalidad, de esta forma se lo ha definido:

[...] que en derecho administrativo el principio de razonabilidad constituye el paradigma para el control de la discrecionalidad, ya que “la circunstancia de que la Administración obrase en ejercicio de facultades discrecionales en manera alguna puede aquí constituir un justificativo de su conducta arbitraria, puesto que es precisamente la razonabilidad con que se ejercen tales facultades el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado y que permite a los jueces, ante planteos concretos de parte interesada, verificar el cumplimiento de dicha exigencia.”¹⁷⁶

Esto quiere decir que la administración pública apoyada en la aplicación de Régimen especial y solo por que se configure uno de los requisitos que es la naturaleza jurídica de la entidad administrativa, refiriéndose a que esta, sea una entidad administrativa, la administración pública, de forma arbitraria no puede elegir o seleccionar el oferente estatal, pues debe razonar y justificar su elección y esta justificación no puede estar apoyada (en el caso primero) en el simple hecho de que el Director de Recursos Humanos justifique “sugiriendo al Subsecretario de Desarrollo Organizacional, la contratación con Régimen Especial con la compañía TECNISTAMP GASESPOL CEM”¹⁷⁷, así dicho Director sustenta en su memorando dirigido al Subsecretario de Desarrollo Organizacional mencionando que:

En este sentido, me permito *sugerir la contratación, por Régimen Especial, con la compañía Tecnistamp Gasespol CEM*, como proveedora de uniformes y ropa de trabajo para el personal del Ministerio de Electricidad y Energía Renovable, toda vez que los precios son de mercado y la calidad que ofrece son compatibles con nuestro

¹⁷⁶ Mata Ismael, Ensayos de Derecho Administrativo, Editorial RAP, Buenos Aires – Argentina, 2009, Pág. 73

¹⁷⁷ Considerando No. 15 de la Resolución de Inicio del Proceso y Aprobación de Pliegos mediante el procedimiento de Régimen Especial para la adquisición de uniformes para los servidores del MEER.

requerimiento. La empresa estaría en capacidad de proveer las prendas, carteras y zapatos requeridos por la institución, lo cual permitirá optimizar tiempo y recursos, debido a la duración de los procesos administrativos de adquisición. (Lo puesto en cursiva, es mío)

De lo que se colige, que el funcionario sustenta su “sugerencia” haciendo referencia a los precios de mercado y la compatibilidad del requerimiento, pero estos dos hechos no generan sustancialmente la justificación de la elección peor aún no se convierte esta en una verdadera justificación jurídica de acuerdo al ERJAFE y al Reglamento para el Control de la Discrecionalidad como lo habíamos analizado en los artículos cuatro, cinco y seis sobre la justificación de la decisión y la motivación entendida esta “[...] no es un requisito de carácter meramente formal, sino que lo es de fondo e indispensable, porque sólo a través de los motivos pueden los interesados conocer las razones que justifican el acto [...]”¹⁷⁸, entonces no existe verdadera motivación y justificación al expresar una mera sugerencia por dos cualidades, adicionalmente a esto también por cuanto en el mercado de la elaboración y confección de prendas de vestir existe también otra entidad administrativa como es FABRIL FAME S.A. que forma parte del grupo HOLDINGDINE S.A.. Esta empresa confecciona también uniformes, y por supuesto la pregunta que surge en este análisis es por que fue seleccionada TECNISTAMP GASESPOL CEM y no FABRIL FAME S.A., es justamente aquí donde se debe aplicar el análisis para la selección de la entidad administrativa que fabricó los uniformes para el personal del MEER, así lo mismo para el segundo en el cual existe también Seguros Rocafuerte S.A.

Después de haber analizado y confrontado el criterio de selectividad frente a los principios de legalidad y discrecionalidad, se puede concluir en la presente investigación, que la normativa de la LOSNCP en su artículo dos referente al Régimen Especial, cuyo accionar jurídico gira sobre el criterio de selectividad, vulnera estos dos principios del Derecho Administrativo por dos razones. En relación al principio de legalidad por cuanto el criterio de selectividad no se encuentra debidamente

¹⁷⁸ Reglamento para el Control de la Discrecionalidad. Artículo 4-6. Registro Oficial No. 686 de 18 de octubre de 2002.

establecido y desarrollado ni en la LOSNCP ni en su Reglamento, y: en relación al principio de discrecionalidad, por cuanto el funcionario público al momento de aplicar este criterio, lo hace de una manera estrictamente personal, como lo vimos en los dos casos prácticos, así como también se lo analizó en líneas anteriores de acuerdo a los tratadistas y al Reglamento para el Control de la Discrecionalidad, no se realiza el test de razonabilidad al momento de la aplicación y desarrollo del criterio de selectividad como ha quedado comprobado con los presentes casos prácticos. Este análisis desde la perspectiva de la presente investigación, tiene como objetivo primordial, sobre el análisis jurídico, a los profesionales del derecho y a todas las instituciones que realizan contratación pública. La motivación jurídica y doctrinaria de los principios de legalidad y discrecionalidad debe estar presente en todos los procesos de contratación pública.

CONCLUSIONES:

1. El Derecho Público y el Derecho Privado surgen en una primera instancia de organización, como el conjunto de normas jurídicas que organizan la estructura jurídica, económica, política y social del Estado.
2. El Derecho Administrativo se configura como el conjunto de normas que organizan la estructura administrativa del Estado y su accionar jurídico frente a las personas naturales y jurídicas que conforman el Estado y de las instituciones que la conforman.
3. El Derecho Administrativo sustenta y fundamenta su actuación en dos principios jurídicos sustanciales, estos son el de legalidad y discrecionalidad.
4. La Administración Pública se constituye en el ejercicio mismo de las normas que constituyen el Derecho Administrativo y sus principios, por parte de la Administración Pública.
5. La Constitución ecuatoriana organiza su poder estatal en cinco funciones que son la Legislativa; Ejecutiva; Judicial y Justicia Indígena; Transparencia y Control Social; y, la Función Electoral.
6. La Función Ejecutiva se constituye como la más importante de las cinco funciones, no porque tenga mayor valor jurídico, sino, por que organiza y estructura en distintos niveles de organización la administración pública.
7. La Función Ejecutiva basa su estructura y funcionamiento en el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva tomando en cuenta las formas esenciales de organización como son entidades, organismos y empresas del sector público; y, entidades de derecho público.
8. Entidad administrativa es aquella que pertenece de forma directa o indirecta a la Administración Pública Central, así como también las que por su naturaleza jurídica se configuran como entidades de derecho público es decir las creadas por ley.
9. Los distintos niveles de organización territorial se configuran también de acuerdo al Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización

por su naturaleza jurídica como entidades de derecho público por ende entidades administrativas

10. Las relaciones interadministrativas es la relación jurídica que se generan entre entidades administrativas sean estas pertenecientes a la administración pública central o institucional y otra entidad administrativa y de esta relación jurídica nace o surge el contrato interadministrativo.
11. El contrato interadministrativo se encuentra configurado en el artículo dos de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y se sustenta en el criterio de selectividad.
12. El principio de legalidad limita su actuación y habilita a la Administración Pública para la manifestación de su voluntad, más en este caso el criterio de selectividad no ha sido desarrollado por la norma positiva ni la norma adjetiva por lo que estaríamos frente a una vulneración del principio de legalidad.
13. El principio de legalidad no solo conlleva la facultad de actuar en relación a la norma jurídica, sino que también para la actuación por parte de la administración pública, esta norma debe encontrarse estrictamente limitada en su forma de aplicación, a lo que se debe concluir que el criterio de selectividad no se encuentra debidamente limitada por lo cual se hace inaplicable dicho Régimen y por tanto dicho criterio de selectividad.
14. La discrecionalidad se constituye en la libertad de elección del oferente pero esta libertad como todos los principios jurídicos tiene límites en los cuales debe actuar la Administración Pública, a lo que se puede concluir que es totalmente inaplicable el criterio de selectividad si no existe como tal un proceso de selección sino que simplemente existe la contratación directa a una entidad administrativa.
15. La discrecionalidad técnica no puede basar su actuación en la libre elección del oferente por lo que la discrecionalidad técnica en materia de contratación pública, prácticamente es nula, por lo que en el criterio de selectividad no puede fundarse en la elección de un solo contratista sino que debe fundarse técnicamente su selección.
16. La razonabilidad en la justificación de la selección del oferente se constituye en el mecanismo jurídico que la Administración Pública aplica para la mejor elección

del oferente, esto quiere decir que su justificación debe ser razonada y motivada, a lo cual en los casos prácticos ha quedado demostrado que no existe un examen de justificación peor aún de razonabilidad en el proceso de selección de los contratistas.

17. El criterio de selectividad en la LOSNCP no puede ser aplicado de forma discrecional pues por ser la contratación un acto netamente administrativo, debe ser razonadamente justificada.
18. El Reglamento para el control de la Discrecionalidad, genera los instrumentos doctrinarios y jurídicos para que el criterio de selectividad establecido en el artículo 2 de la LOSNCP sea debidamente desarrollado para que pueda ser aplicado en la contratación pública ecuatoriana.
19. Dado que la Contratación Pública en su actual estructura de acuerdo a la LOSNCP es relativamente nueva, no se ha generado por los administrativistas, doctrina jurídica y su aplicación en relación al Régimen Especial y su aplicación mediante el criterio de selectividad, razón por la cual es necesario e imprescindible que el INCOP dentro de sus facultades emita Resoluciones, desarrollando el criterio de selectividad y la forma y el mecanismo jurídico mediante el cual las entidades administrativas acogerán el Régimen Especial.

RECOMENDACIONES:

1. En el artículo dos de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, se adicione un segundo párrafo antes de iniciar los numerales en el cual se establezca que: *El criterio de selectividad, deberá ser debidamente fundamentado por la entidad contratante en una Resolución de selección de oferente.*
2. Se adicione en el Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública un artículo en el Capítulo VII denominado Régimen Especial en el cual se establezca que: *Artículo S/N: Para la aplicación del criterio de selectividad, cuando existan dos o más entidades administrativas que realicen la actividad que la entidad contratante desea contratar se deberá proceder a una selección de la mejor entidad, para lo cual se les enviara en sobre cerrado a las entidades los pliegos para su envío respectivo.*
3. En el marco de las facultades otorgadas por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública al INCOP, esta, emita una resolución en el cual se defina (al igual que lo realiza en la Resolución cero cincuenta y cuatro del dos mil once sobre términos de referencia y especificaciones técnicas), criterio de selectividad, así como los mecanismos administrativos de razonabilidad para la selección del mejor ente administrativo en caso que existan dos o más.
4. Se emita por parte por parte del INCOP, una Resolución en la cual se establezca los límites para el ejercicio de razonabilidad en el marco de la selección del contratista o contratistas cuya naturaleza jurídica es la ser entidad del estado.

BIBLIOGRAFIA:

- Ariño Ortiz, Gaspar. *Principio del Derecho Público Económico*. 1era. Edición, ARA Editores, Lima Perú. 2004.
- Cabanellas, Guillermo. *Diccionario de Derecho Usual Tomo III*. Editorial Helista, Buenos Aires – Argentina 2008.
- Carbonell. Miguel. *Diccionario de Derecho Constitucional*. Editorial Porrúa, México 2005.
- Cassagne, Juan Carlos. *Derecho Administrativo I*. Ediciones Alfredo Perrot, Buenos Aires – Argentina 1998.
- Cassagne, Juan Carlos. Artículo titulado Las Relaciones Inter-administrativa. Publicado en: <http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2649249.pdf> (acceso 01/01/2013)
- Cassagne, Juan Carlos: *La prohibición de arbitrariedad y el control de la discrecionalidad administrativa por el poder judicial*. Publicado en la dirección web <http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/Cassagne/La%20prohibici%C3%B3n%20de%20la%20discrecionalidad%20administrativa%20por%20el%20poder%20judicial-ult.%20versi%C3%B3n-LL-10-09-08.pdf> (Acceso 17-02-2013)
- Corte Constitucional, (2010). *El nuevo constitucionalismo en América Latina*. Quito – Ecuador: Editora Nacional.
- Diccionario de Derecho Público – Administrativo – Constitucional – Fiscal*. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires – Argentina, 1981
- Diccionario de Derecho Público – Administrativo – Constitucional – Fiscal*. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires – Argentina, 1981.
- Dromi, Roberto. *Derecho Administrativo*. Editorial Ciencia y Cultura, Buenos Aires – Argentina 2001.
- Enrique Rivero Ysern, “Las relaciones interadministrativas”, revista de administración pública, España, 1980.
- Enríquez Rojas Franco, *Derecho Administrativo y Derecho Procesal Administrativo*, Edilex S.A, 2007.
- Fernández Bulté, Julio: *Teoría del Estado y del Derecho. Teoría del Derecho*, Editorial Félix Varela., La Habana, 2002.
- Fiorini Bartolomé, *Derecho Administrativo*, Tomo I, 2da Edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires – Argentina, 1995.
- García Alvear, Helena. *Manual de Derecho Administrativo*. Editorial Temis, Bogotá Colombia, 2009.
- García De Enterría Eduardo, Ramón Fernández, Tomás. *Curso de Derecho Administrativo I*. Editorial Civitas, Madrid España. 2004.

- García, Oviedo. *La Teoría del Servicio Público en Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid-España, 1986. Editorial Lexa.
- Gordillo, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo IV*. Editorial Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires – Argentina, 2000.
- Herrera, Benjamín. *Contratos Públicos*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, Medellín – Colombia 2003.
- Kelsen, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. Editorial Porrúa, México D.F. – México. 2007.
- López, William. *Tratado de Contratación Pública / Teoría práctica Jurisprudencia Tomo I*. Editorial Jurídica del Ecuador, Quito / Ecuador, 2012.
- Machica, Jorge. *Que es el Principio de Legalidad*. Obtenido de <http://jorgemachicado.blogspot.com/2009/10/principio-de-legalidad-penal.html> (acceso 01-02-2013)
- Malaret I García, Elisenda. Seminario sobre Derecho Público y Derecho Privado en la actuación de la Administración Pública. *Ponencia titulada El derecho de la administración pública: Derecho Público y Derecho Privado: la relevancia de los principios constitucionales*. Editorial Marcial Pons, Barcelona España 1999.
- Marienhoff, Miguel. *Tratado de Derecho Administrativo Tomo III A*. Editorial Abelardo Perrot. Buenos Aires – Argentina 2000.
- Mata Ismael, Ensayos de Derecho Administrativo, Editorial RAP, Buenos Aires – Argentina, 2009.
- Martin Mateo, Ramón, *Manual de Derecho Administrativo*, 18va Edición, Ed. Trivium, Madrid – España, 1996.
- Morales, Marco. *Manual de Derecho Procesal Administrativo*. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador 2011.
- Moreno, Verónica. Investigación titulada “Los Contratos Interadministrativos”. Programa de Maestría en Derecho Mención Contratación Pública y Modernización del Estado, recuperada de la página web: <http://repositorio.uasb.edu.ec>
- Parada, Ramón. *Derecho Administrativo I, Parte General*. Editorial Marcial Pons, Madrid – España 2012.
- Parejo, Luciano. *El concepto de Derecho administrativo*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas – Venezuela, 2009.
- Pérez, Antonio, Pérez Efraín. *Manual de Contratos del Estado*. Quito-Ecuador, Ed. Corporación de Estudios y Publicaciones, 2008.
- Portella, Jorge. *Los principios jurídicos y el neo constitucionalismo*. De la dirección web <http://redalyc.uaemex.mx/pdf/720/72012329003.pdf> (Acceso el 15 de febrero de 2013) El autor en mención hace referencia a las definiciones sobre legalidad que el tratadista Luigi Ferrajoli establece sobre el principio de legalidad y cita Luigi Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001.

- Reale, Miguel: *Introducción al Derecho*; IX^a. ed., Ed. Ediciones Pirámide, S.A., Madrid, 1989, Pág. 138. Definición obtenida del artículo titulado *Los Principios Generales del Derecho y su imponente en la cultura de la legalidad*. de la página web: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Noticias/NoticiasOJN/Eventos/Congreso07/Textos/5.pdf> (acceso: 20 de febrero de 2013)
- Rivas Livia, López Nelson. *Interrogantes y respuestas sobre la Nueva Ley de Contratación Pública II Edición*, Editorial Nina Comunicaciones, Quito – Ecuador 2009.
- Rodríguez, Moreno. *Vocabulario de Derecho y Ciencias Sociales*. Buenos Aires. Argentina, Ediciones Depalma, 1976. Santofinio, Jaime Orlando. Delitos de celebración indebida de contratos. Análisis con fundamento en la teoría general del contrato estatal. Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá – Colombia, 2000.
- Santiago, Alfonso. Neo constitucionalismo. Recuperado de <http://ancmyp.org.ar/user/files/02neoconstitucionalismo.pdf> (Acceso: 09 de febrero 2010.)
- Truyol, Antonio. *Historia del Derecho Internacional*. Editorial Tecnos S.A. Madrid – España 1998.
- Vignolo Cueva, Orlando. *Discrecionalidad y Arbitrariedad Administrativa*. Palestra Editores. Lima Perú. 2012.
- Vélez García, Jorge. *Los dos sistemas del derecho administrativo – Ensayo de Derecho Público comparado*. Editorial. Institución Universitaria Sergio Arboleda Segunda Edición santa Fe de Bogotá 1996.

PLEXO NORMATIVO:

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización. Registro Oficial Suplemento 303 de 19 octubre de 2010.

Constitución Ecuatoriana. Registro Oficial No. 449 de 20 de Octubre de 2008.

Estatuto Régimen Jurídico Administrativo Función Ejecutiva ERJAFE. Registro Oficial No. 536 de 18 de marzo de 2002.

Ley de Registro de Datos Públicos. Registro Oficial Suplemento 162 de 31 de marzo de 2010.

Ley Orgánica de Empresas Públicas. Registro Oficial Suplemento No. 48 de 16 de octubre de 2009.

Ley Orgánica de la Corporación Financiera Nacional. Registro Oficial 387 de 30 de Octubre del 2006.

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Registro Oficial No. 395 de 14 de agosto de 2008.

Reglamento para el Control de la Discrecionalidad. Registro Oficial No. 686 de 18 de octubre de 2002.

REFERENCIAS OBTENIDAS DEL INTERNET:

- Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española obtenido de la dirección web <http://lema.rae.es/drae/?val=crietrio%20> (acceso: 01 de febrero 2013)
- Presidencia de la República del Ecuador. Obtenido de la dirección web: <http://www.presidencia.gob.ec/gabinete-de-la-revolucion-ciudadana/> (acceso: 20 enero 2013)
- Instituto Nacional de Contratación Pública. Ecuador (INCOP) http://www.incop.gob.ec/compraspublicas/index.php?option=com_sobi2&sobi2Task=sobi2Details&catid=15&sobi2Id=57&Itemid=16 (acceso: 23 febrero 2013)
- Instituto Nacional de Contratación Pública. Ecuador (INCOP) http://www.incop.gob.ec/compraspublicas/index.php?option=com_sobi2&sobi2Task=sobi2Details&catid=15&sobi2Id=203&Itemid=16 (acceso: 23 febrero 2013)
- Instituto Nacional de Contratación Pública. Ecuador (INCOP) http://www.incop.gob.ec/compraspublicas/index.php?option=com_sobi2&sobi2Task=sobi2Details&catid=13&sobi2Id=305&Itemid=16 (acceso: 23 febrero 2013)

ANEXO

1



MEMORANDO No 008 -RRHH-2011

1254
Freddy Tapia
Inicia proceso
08.01.11

Para: Econ. Guido Rivadeneira
SUBSECRETARIO DE DESARROLLO ORGANIZACIONAL

Asunto: **REQUERIMIENTO DE UNIFORMES 2011**

Fecha: 6 de enero de 2011

El Ministerio de Electricidad y Energía Renovable, al igual que la mayoría de Instituciones Públicas se ha preocupado por proyectar en su personal un sentido de identificación, unificación y pertenencia, factores que han sido fundamentales para que esta Secretaría de Estado, haya desarrollado desde su creación una buena imagen corporativa y un aspecto que ha colaborado con ello, es sin duda el uso de uniformes y trajes.

Las mencionadas prendas de vestir son primordiales dentro de una Organización para crear un entorno más ordenado y de homogeneidad entre los funcionarios, además de promover un ahorro substancial en la compra de ropa.

En tal sentido la Dirección de Administración de Recursos Humanos, con el afán de reconocer la dedicación al trabajo diario y de incentivar los niveles de eficiencia, motivar el desarrollo personal y profesional, solicita de la forma más comedida autorice se realicen los trámites respectivos tendientes a la adquisición de uniformes para el personal femenino y trajes para el personal masculino que prestan sus servicios bajo las modalidades de nombramiento y contrato exceptuando de este beneficio a los pasantes y a las funcionarias y funcionarios que pertenezcan a un nivel jerárquico superior tales como Ministro, Subsecretarios, /as Directores /as y Asesores /as.

Pensando en la mayor comodidad para todos los beneficiarios se hace la siguiente sugerencia de prendas:

*Autorizo
funcionarios y
pasantes*

PERSONAL FEMENINO		PERSONAL MASCULINO	
No	PRENDAS	No	PRENDAS
2	CHAQUETAS	2	CHAQUETAS
2	CHALECOS	2	PANTALONES
2	PANTALONES	4	CAMISAS
2	FALDAS	2	PARES DE ZAPATOS
4	BLUSAS	2	CORBATAS
2	PARES DE ZAPATOS		
2	CARTERAS		

Que se haga en el PDC

RECIBIDO
MINISTERIO DE ELECTRICIDAD Y ENERGIA RENOVABLE
DIRECCION ADMINISTRATIVA Y PERSONAL
08 ENE. 2011

Fecha: 08 ENE. 2011

15:36

RECIBIDO
MINISTERIO DE ELECTRICIDAD Y ENERGIA RENOVABLE
SUBSECRETARIA DE DESARROLLO ORGANIZACIONAL
08 ENE 2011

Fecha: 08 ENE 2011

13:27

13:27

13:27





Observaciones:

- Se recomienda que los materiales sean de excelente calidad y alta costura, toda vez que se pretende que su duración sea de un año.
- Que se considere a representantes hombres y mujeres para la selección de los colores y modelos de prendas de vestir.
- Que la empresa a la que se adjudique el contrato tanto de prendas de vestir como de accesorios (zapatos y carteras), se responsabilice de tomar las medidas tanto en la matriz como en las regionales para evitar problemas especialmente en las zonas que se encuentran más distantes de la ciudad.
- Se dé la alternativa al personal femenino el uso de faldas y pantalones o solamente pantalones o faldas.
- Se considere en la contratación de la empresa adjudicada que se incluya adicionalmente el compromiso a proporcionar uniformes para el personal que ingrese.
- Que se solicite a la empresa adjudicada la elaboración de 30 uniformes adicionales a los detallados en los listados adjuntos a este documento (15 para caballeros y 15 para damas), a fin de contar con una reserva de prendas para el personal que ingresará a futuro a esta Secretaría de Estado.

Aprovecho la ocasión para reiterar a usted, mis sentimientos de alta consideración.

Atentamente,


Ing. Adriana Molina



Directora de Administración de Recursos Humanos, Encargada

ANEXO

2

TÉRMINOS DE REFERENCIA PARA LA ADQUISICIÓN DE UNIFORMES, PRENDAS Y ACCESORIOS DE VESTIR PARA EL PERSONAL FEMENINO Y TERNOS PARA EL PERSONAL MASCULINO DEL MINISTERIO DE ELECTRICIDAD Y ENERGÍA RENOVABLE

ESPECIFICACIONES TÉCNICAS

1. OBJETO DE LA CONTRATACIÓN:

El propósito de la presente contratación es la “Adquisición de uniformes para las y los servidores y trabajadores del Ministerio de Electricidad y Energía Renovable”, para lo cual se realiza la invitación a **TECNISTAMP GASESPOL CEM**, a presentar su oferta, la misma que deberá cumplir con todas las especificaciones y requerimientos exigidos en los pliegos por la entidad contratante.

2. PRESUPUESTO REFERENCIAL.-

Partida presupuestaria 2011421000000000100000001D35530802000000100000000 por USD \$ 120.000 para adquirir la totalidad de uniformes para el personal masculino y femenino, de conformidad con la certificación presupuestaria otorgada por la Dirección de Gestión Administrativa Financiera en Memorando No 023-DGAF-CP-2011.

3. PLAZO DE EJECUCIÓN:

El plazo TOTAL para la ejecución del contrato será de CIENTO VEINTE (120) días contados a partir de la entrega del anticipo.

Que se cumplirán de la siguiente manera

3.1.- Dentro de los primeros quince días (15) contados a partir de la entrega del anticipo, la Contratista procederá a realizar la toma de tallas y medidas a todos/as servidores/as y trabajadores/as del MEER (Quito, Guayaquil y Cuenca).

3.2.- El plazo para la confección y entrega de la totalidad de los bienes objeto de esta contratación es de noventa (90) días contados a partir de la entrega del anticipo. El MEER procederá a recibir los bienes objeto del contrato, sin que esta recepción constituya el Acta de Entrega – Recepción Única.

3.3.- Una vez entregados la totalidad de los bienes objeto de la presente contratación dentro del plazo previsto en el numeral 3.2, el MEER entregará a las y los servidores y trabajadores las prendas para que en el plazo de quince días en caso de existir algún problema, procedan a

solicitar la reparación o cambio de los bienes confeccionados. De existir este tipo de reclamos, la Contratista procederá a su reparación o sustitución según sea el caso dentro de los siguientes quince días restantes, ya que en ningún momento el tiempo ocupado, podrá ser mayor al plazo total del contrato. Terminado el plazo señalado, se procederá a la suscripción del Acta de Entrega Recepción Única.

La reparación a la que hace referencia y que el MEER podrá solicitar a la empresa contratada es sobre cambios de sierres, refuerzos de costuras, repuestos de botones, arreglos de acuerdo a medida, entre otros; y, los cambios es la sustitución de prendas por defecto de fabrica.

4. CRONOGRAMA DE EJECUCIÓN:

Tarea	Días contados a partir de la entrega del anticipo (Hasta)			
	15	90	105	120
Toma de medidas	x			
Entrega Total de los bienes		x		
Tiempo para reclamos			x	
Tiempo para corregir o cambiar				x
Suscripción del Acta de Entrega Recepción				x

5 Forma de Pago: Los pagos se realizarán de la siguiente manera:

- El treinta por ciento (30%) del valor total del contrato se entregará por concepto de anticipo; transferencia que se realizará dentro del término de quince (15) días contados a partir de la suscripción del contrato, por medio del sistema e-SIGEF.
- El siguiente cuarenta por ciento (40%) se pagará contra entrega de la totalidad de los uniformes con la suscripción de un Acta Entrega Provisional
- El treinta por ciento (30%) restante, se cancelarán una vez suscrita el Acta Entrega Recepción Definitiva.

6. Método de evaluación: La oferta técnica del proveedor invitado será evaluada por el MEER en función del cumplimiento de las especificaciones técnicas previstas en los pliegos, La metodología de la calificación es la siguiente:

- El cumplimiento total de las especificaciones técnicas, le otorga un puntaje de cuarenta (40) puntos.
- La presentación de certificados que acrediten su experiencia en la realización de trabajos similares durante los dos últimos años. Cada certificado tendrá un valor de cinco (5) puntos, cuya suma será hasta un máximo de (30) treinta puntos.
- Certificado/s de composición de materiales emitidos por el fabricante y/o proveedor de materias primas. Treinta (30) puntos.

Cuadro de evaluación:

	PARÁMETROS DE VALORACIÓN	PUNTAJE
1	CUMPLIMIENTO DE ESPECIFICACIONES	40
2	EXPERIENCIA	30
3	CERTIFICADO DE COMPOSICIÓN DE MATERIALES	30
	TOTAL	100

7. INSTRUCCIONES GENERALES

- El presupuesto referencial propuesto para la presente contratación incluye: mano de obra, diseño, confección, equipos y herramientas a utilizarse, supervisión y prueba, arreglos, transporte hasta el sitio de entrega, costo de toma de tallas o medidas al personal de la institución y sus regionales; y, todas las actividades que se tenga que realizar hasta que la entrega de las prendas de vestir se encuentre a plena satisfacción de las y los servidores y trabajadores del Ministerio de Electricidad y Energía Renovable y sus Regionales (Guayaquil y Cuenca), listos para su utilización inmediata; es decir el Ministerio de Electricidad y Energía Renovable, no asumirá valores adicionales al precio adjudicado.

- Los precios presentados por el oferente son de su exclusiva responsabilidad. Cualquier omisión se interpretará como voluntaria y tendiente a conseguir precios que le permitan presentar una oferta más ventajosa.
- El Ministerio de Electricidad y Energía Renovable, a través de la Administradora del Contrato, en cualquier etapa de éste proceso podrá solicitar el análisis de la composición de las telas ofertadas, para verificar el cumplimiento de las especificaciones técnicas requeridas, así como para verificar los materiales utilizados en la confección.
- Igualmente, dentro de los primeros quince días (15) contados a partir de la entrega del anticipo, la Contratista procederá a realizar la toma de tallas y medidas a todos los servidoras(es) y trabajadoras (es) del MEER. Para ello la Dirección Administrativa del Talento Humano, determinará el horario para la toma de tallas y medidas en la Matriz y SCIAN Quito. Igualmente, la Contratista, dentro del plazo antes mencionado, deberá asignar a personal de su empresa, a fin de proceder a la toma de tallas y medidas en las Regionales de Guayaquil y Cuenca. En el caso de que algún servidor o trabajador no pueda acudir en los días y horas señaladas, por la Dirección Administrativa del Talento Humano, es de su responsabilidad trasladarse a la Empresa proveedora de los uniformes.

El oferente deberá cumplir con todos los requisitos legales, técnicos, económicos y los términos de referencia, para que sea adjudicado. De considerarlo, podrá proponer en su oferta, materiales que superen la calidad y durabilidad de los materiales solicitados en los presentes pliegos, sin que ello implique un aumento en el presupuesto referencial establecido.

8. ESPECIFICACIONES TÉCNICAS DE LOS UNIFORMES PARA EL PERSONAL FEMENINO

ITEM 1.- PROVISIÓN DE UNIFORMES PARA EL PERSONAL FEMENINO.-

- Número de personas: 76 personas
- Ciento sesenta (152) uniformes, 2 por persona; y,
- Trescientas veinte (304) blusas a razón de 4 por persona.

COLOR: El oferente propondrá por lo menos CUATRO modelos de uniformes, debiendo los Miembros de la Comisión que para el efecto designe el MEER, escoger los modelos y color, considerando que en caso de ser adjudicado, cada SETENTA Y SEIS (76) uniformes serán diferente modelo y color.

DISEÑO: El diseño de los uniformes, al igual que los colores, será propuesto por el oferente y elegidos por los Miembros de la Comisión.

PRENDAS: Las piezas que conformarán los uniformes del personal femenino son las siguientes:

1. Dos (2) chaquetas.- confeccionadas en Casimir lana poliéster y/o Tropical de lana peso 280-350, 45% lana y 55% polyester, llano o fantasía forradas, los materiales deberán ser de excelente calidad y alta costura, con cero por ciento (0%) de encogimiento y cien por ciento (100%) de solidez del color.
2. Dos (2) pantalones.- confeccionados en Casimir lana poliéster y/o Tropical de lana peso 280-330, 45% lana y 55% polyester, llano o fantasía, los materiales deberán ser de excelente calidad y alta costura, con cero por ciento (0%) de encogimiento y cien por ciento (100%) de solidez del color.
3. Dos (2) faldas.- confeccionadas en Casimir lana poliéster y/o Tropical de lana peso 280-330, 45% lana y 55% polyester, llano o fantasía forradas, los materiales deberán ser de excelente calidad y alta costura, con cero por ciento (0%) de encogimiento y cien por ciento (100%) de solidez del color.

4. Dos (2) chalecos, confeccionados en Casimir lana poliéster y/o Tropical de lana peso 280-330, 45% lana y 55% polyester, llano o fantasía forrados, los materiales deberán ser de excelente calidad y alta costura, con 0% de encogimiento y 100% de solidez del color.	
5. Cuatro (4) blusas, polialgodón, polyester el 65% y algodón el 35% y/o polyester 80 % y algodón el 20 %, los materiales deberán ser de excelente calidad y alta costura, con 0% de encogimiento y 100% de solidez del color.	
El material utilizado para forro en todas las prendas debe contener un 100% de poliéster.	

Las servidoras podrán optar por la confección de sólo pantalones o sólo faldas, de así requerirlo, para lo cual el momento de la toma de medidas deberá señalar a la persona encargada de efectuarlo, sin que ello represente incremento alguno en el precio acordado; por lo que la Contratista deberá considerar este particular.

MUESTRAS.- Será obligación del oferente entregar conjuntamente con su oferta técnica-económica, al menos diez propuestas con los diseños de los uniformes para el personal femenino. Además, deberán adjuntar un catalogo de las muestras de las telas que vayan a ser propuestas para la elaboración de los uniformes y la certificación del proveedor de que las muestras tienen la composición requerida, pudiendo el proveedor mejorar la calidad de las telas a proponer.

ITEM 2.- ZAPATOS PARA EL PERSONAL FEMENINO.-

Ciento sesenta (152) pares de zapatos, 2 pares por cada persona en diferente modelo y color, de acuerdo con el siguiente detalle:

ESPECIFICACIONES DEL CALZADO:

MODELO	Sugerido por la oferente y elegido por la Comisión delegada para el efecto
TIPO DE CUERO	CUERO VACUNO
PLANTA	ANTIDESLIZANTE CAUCHO TR O MIKA. Antitranspirante.
TALLAS	34 en adelante
TACOS	De plástico tipo PVC de color del Zapato (en todas las medidas)
COLOR	A elegir de acuerdo a los colores de los uniformes
FORRO Y PLANTILLAS	FULL CUERO
CANTIDAD	152 PARES

ITEM 3.- CARTERAS PARA EL PERSONAL FEMENINO:

Ciento sesenta (152) carteras, 2 por cada persona, de diferente modelo y color, de acuerdo con el siguiente detalle:

ESPECIFICACIONES DE LAS CARTERAS:

MODELO Sugerido por el o la oferente y elegido por el Comité de Contratación o por quienes ellos delegaren.

TIPO DE CUERO CUERO VACUNO

FORRO De tela nylon de color negro con recubrimiento látex al revés a fin de que no se permita el paso de líquidos al interior de

la cartera, la parte más vulnerable es de cuero natural.

ALMAS

Sólidas de la cartera serán de recuperado de cuero, material indeformable para que evite quemaduras de las superficies rígidas.

COLOR

A elegir de acuerdo a los colores de los uniformes

CANTIDAD

152 CARTERAS

MUESTRAS DE CARTERAS Y ZAPATOS:

Será obligación del oferente entregar conjuntamente con su oferta, un catálogo de modelos y uno catálogo del material a utilizarse en la elaboración de los accesorios (carteras y zapatos) a ser propuestas para el personal femenino del Ministerio de Electricidad y Energía Renovable. La Comisión designada para el efecto, elegirá los dos modelos y colores de carteras y zapatos.

Ord.	Descripción	No. Prendas por PERSONA	Total Prendas
Item 1	Chaquetas	2	152
	Pantalones	2	152
	Faldas	2	152
	Chalecos	2	152
	Blusas	4	304
Item 2	Zapatos	2	152
Item 3	Carteras	2	152
TOTAL PRENDAS (femenino)			1216

9. ESPECIFICACIONES PARA EL PERSONAL MASCULINO:

- Número de personas: Ochenta y tres (83)

ITEM 4.- PROVISIÓN DE TERNOS :

Ciento sesenta y seis (166) ternos para el personal masculino, (dos por persona), de acuerdo con el siguiente detalle:

1. Dos (2) chaquetas, en Casimir lana poliéster peso 280-330, 55 % lana y 45 % poliéster, y/o 70 % lana 30 % poliéster, llano o fantasía, con 0% de encogimiento y 100% de solidez del color.
2. Dos (2) pantalones, en Casimir lana poliéster peso 280-330, 55 % lana y 45 % poliéster, y/o 70 % lana 30 % poliéster, llano o fantasía, con 0% de encogimiento y 100% de solidez del color.
3. Dos (2) corbatas de seda,
4. Trescientos treinta y (332) camisas, de acuerdo con el siguiente detalle:
 - a. Cuatro (4) camisas, (por persona) de polialgodón, poliéster el 65 % y algodón el 35 %, con 0% de encogimiento y 100% de solidez del color.

El material utilizado para forro en todas las prendas debe contener un 100% de poliéster.

En la oferta el proveedor deberá incluir un catálogo de colores y texturas de las corbatas a entregar al personal masculino del Ministerio de Electricidad y Energía Renovable.

ITEM 5.- ZAPATOS PARA EL PERSONAL MASCULINO.-

De acuerdo con el siguiente detalle:

MODELO	CORDÓN, CORREA O MOCASINES
--------	----------------------------

TIPO DE CUERO	CUERO VACUNO
PLANTA	SUELA INYECTADO ANTIDESLIZANTE
TALLAS	36 en adelante
COLOR	NEGRO, CAFÉ, VINO
FORRO Y PLANTILLAS	FULL CUERO
CANTIDAD	166 PARES (2 pares)

5.1 MODELOS Y COLORES:

La Comisión Técnica será la encargada de seleccionar los diseños y colores para la confección de uniformes al personal masculino del MEER, para lo cual, el proveedor deberá entregar conjuntamente con su oferta técnica-económica, al menos diez propuestas con los diseños de los uniformes para el personal masculino. Además, deberán adjuntar un catalogo de las muestras de las telas que vayan a ser propuestas para la elaboración de los uniformes y la certificación del proveedor de que las muestras tienen la composición requerida, pudiendo el proveedor mejorar la calidad de las telas a proponer.

ITEM 6.- CAMISAS PARA EL PERSONAL MASCULINO.-

Cuatrocientos Cuarenta y Ocho (448) camisas para el personal masculino, de acuerdo con el siguiente detalle:

1. Cuatro (4) Camisas, de polialgodón, poliéster el 65 % y algodón el 35 % con materiales de excelente calidad, con 0% de encogimiento y 100% de solidez del color.

6.1 MODELOS Y COLORES:

Los modelos y diseños serán propuestos por el oferente a su iniciativa. Los colores serán seleccionados por los miembros de la Comisión Técnica.

PERSONAL MASCULINO			
Ord.	Descripción	No. Prendas por PERSONA	Total Prendas
Item 4	Chaquetas	2	166

TIPO DE CIERRO	CUERO VACIADO	N.º DE PRENDAS	VALOR UNITARIO	VALOR TOTAL
		Pantalones	2	166
		Corbatas	2	166
		Item 5 Zapatos	2	166
		Item 6 Camisas	4	332
TOTAL PRENDAS (masculino)				996

10. MARCO LEGAL

En el proceso precontractual y contractual del desarrollo de la presente contratación se aplicará lo previsto en el artículo 2 numeral 8, de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; y, 98 y 99 del Reglamento General de aplicación;

PERSONAL MASCULINO	ORDEN	DESCRIPCIÓN	CANTIDAD	VALOR UNITARIO	VALOR TOTAL
	001	Camiseta	2	83	166

ANEXO

3



Ministerio de Electricidad
y Energía Renovable



Memorando No. MEER-DARRHH-2011-0391

Quito, 25 de mayo de 2011

PARA: Dr. Carlos Tomás Alvear Peña
Subsecretario de Desarrollo Organizacional

ASUNTO: JUSTIFICATIVO REGIMEN ESPECIAL

De mi consideración:

Tecnistamp Gasespol es una empresa de economía mixta que elabora uniformes y calzado para empresas públicas y privadas. El 67 por ciento de sus acciones es de propiedad del Estado Ecuatoriano y está debidamente calificada como proveedor del Estado.

En este sentido, me permito sugerir la contratación, por régimen especial, con la compañía Tecnistamp Gasespol cem, como proveedora de uniformes y ropa de trabajo para el personal del Ministerio de Electricidad y Energía Renovable, toda vez que los precios son de mercado y la calidad que ofrece son compatibles con nuestro requerimiento. La empresa estaría en capacidad de proveer las prendas, carteras y zapatos requeridos por la institución, lo cual permitirá optimizar tiempo y recursos, debido a la duración de los procesos administrativos de adquisición.

Es importante resaltar que el proveedor Tecnistamp Gasespol CEM, está en capacidad de ofrecer una amplia gama de modelos, colores y texturas para la elaboración de la ropa de trabajo para el personal masculino y femenino del Ministerio de Electricidad y Energía Renovable.

La mencionada empresa además se acogería a la forma de pago y plazos propuestos por el Ministerio de Electricidad y Energía Renovable.

Considero que sobre la base de estas apreciaciones, se puede proceder a la atención de este requerimiento con la empresa en cuestión.

Atentamente,



Ministerio de Electricidad
y Energía Renovable



Memorando No. MEER-DARRHH-2011-0391

Quito, 25 de mayo de 2011

Documento firmado electrónicamente

Ing. Ricardo Raúl Rosero Sagal
DIRECTOR DE RECURSOS HUMANOS

ANEXO

4



Ministerio de Electricidad
y Energía Renovable

Avenida Perú 180, 10.º y 11.º Etapas
Edificio Central de Energía 200 1000
Lima, Perú 10000
TEL: 503-27-44000 ext. 1235
FAX: 503-27-2582001
WWW.MEER.GOB.PE
Callao - Ecuador

RÉGIMEN ESPECIAL DE CONTRATACIÓN ENTRE ENTIDADES
PÚBLICAS

RE-MEER-002 -2011

SECCIÓN I

INVITACIÓN

De acuerdo con los pliegos del proceso de Régimen Especial, elaborados por el Ministerio de Electricidad y Energía Renovable y aprobados mediante Resolución No. RE-MEER-002-2011 de fecha 1 de agosto de 2011, por el Subsecretario de Desarrollo Organizacional, por delegación conferida por el señor Ministro de Electricidad, mediante Acuerdos Ministeriales No. 173, 175 de 1 y 25 de abril respectivamente; y, ratificada mediante Acuerdo Ministerial No. 176 de 17 de mayo de 2011; se invita a la empresa **TECNISTAMP GASESPOL CEM**, con RUC No. 1790849465001, para que por medio de su Representante Legal, de conformidad con los pliegos del proceso; y, de acuerdo con los artículo 2 numeral 8 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; y, 98 y 99 de su Reglamento General, presente su oferta técnico - económica dentro del proceso para la **“ADQUISICIÓN DE UNIFORMES PARA LAS Y LOS SERVIDORES DEL MINISTERIO DE ELECTRICIDAD Y ENERGÍA RENOVABLE”**.

Las condiciones generales de esta invitación son las siguientes:

- 1.- El presupuesto referencial es de CIENTO VEINTE MIL DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA CON 00/100 (USD 120.000,00), sin incluir IVA.
- 2.- Los pagos se realizarán con cargo a la partida presupuestaria No 2011421000000000100000001D35530802000000100000000 “Vestuario y Prendas de Protección”, conforme a la certificación presupuestaria No. 23, emitida por la Dirección de Gestión Administrativa y Financiera contenida en Memorando No. 023-DGAF-CP-2011 de 01 de febrero de 2011.

Los pagos se realizarán de la siguiente manera:

- El treinta por ciento (30%) del valor total del contrato se entregará por concepto de anticipo; transferencia que se realizará dentro del término de quince (15) días contados a partir de la suscripción del contrato, por medio del sistema e-SIGEF.

ANEXO

5



Ministerio de Electricidad
y Energía Renovable

Memorando No. MEER-SDO-2011-0663

Quito, 25 de julio de 2011

PARA: Dr. Juan Esteban Astudillo Alvarez
Subsecretario Jurídico

ASUNTO: Pliegos para Adquisición de Uniformes para las y los servidores del MEER

De mi consideración:

Por medio del presente, me permito adjuntar en formato digital la última versión de los pliegos para la "Adquisición de Uniformes para las y los Servidores del MEER", mismos que han sido revisados y corregidos en conjunto por la unidad de contratación pública y el personal técnico de la Subsecretaría Jurídica, para que se proceda con la elaboración de la resolución de inicio del proceso.

Agradeciendo por la atención que se servirá dar al presente;

Atentamente,

Dr. Carlos Tomás Alvear Peña
SUBSECRETARIO DE DESARROLLO ORGANIZACIONAL

Adjunto: - Pliegos Uniformes

C.C.: Señor Doctor
Pedro Fernando Vázquez Abad
Director Administrativo
MINISTERIO DE ELECTRICIDAD Y ENERGÍA RENOVABLE

emmm/pfva

ANEXO

6



RESOLUCIÓN No. RE-MEER-002-2011

Resolución de inicio de proceso y aprobación de pliegos mediante el procedimiento de Régimen Especial para la "ADQUISICIÓN DE UNIFORMES PARA LAS Y LOS SERVIDORES DEL MINISTERIO DE ELECTRICIDAD Y ENERGÍA RENOVABLE".

Carlos Tomás Alvear Peña
SUBSECRETARIO DE DESARROLLO ORGANIZACIONAL
MINISTERIO DE ELECTRICIDAD Y ENERGÍA RENOVABLE

CONSIDERANDO:

- Que,** mediante Decreto Ejecutivo No.475 de 9 de julio de 2007, publicado en el Registro Oficial No.132 de 23 de julio de 2007, se escindió el Ministerio de Energía y Minas en los Ministerios de Minas y Petróleos y de Electricidad y Energía Renovable;
- Que,** el artículo 154, numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador, establece: "A las ministras y ministros de Estado, además de las atribuciones establecidas en la ley, les corresponde: 1. Ejercer la rectoría de las políticas públicas del área a su cargo y expedir los acuerdos y resoluciones administrativas que requiera su gestión";
- Que,** con Memorando No. 008-RRHH-2011 de 6 de enero de 2011, la Directora de Administración de Recursos Humanos, encargada, vista la necesidad que el Ministerio proyecte un sentido de identificación, unificación, pertenencia y una buena imagen corporativa, solicita al Subsecretario de Desarrollo Organizacional, autorización para realizar los trámites tendientes a la adquisición de uniformes para el personal femenino y masculino que presten sus servicios bajo las modalidades de nombramiento y contrato, exceptuando de este beneficio a pasantes y funcionarios y funcionarias de nivel jerárquico superior;
- Que,** mediante sumilla inserta en el Memorando referido en el considerando anterior, el Subsecretario de Desarrollo Organizacional de ese entonces, Guido Rivadeneira, autoriza el inicio del proceso para la adquisición de uniformes para el personal del Ministerio de Electricidad y Energía Renovable;
- Que,** mediante Decreto Ejecutivo No. 638 de 31 de enero de 2011, publicado en el Registro Oficial No. 384 de 14 de febrero de 2011, el señor Presidente Constitucional de la República nombró al señor doctor Esteban Albornoz Vintimilla, como Ministro de Electricidad y Energía Renovable;
- Que,** para esta contratación se cuenta con la certificación de disponibilidad presupuestaria con cargo a la partida N°



201142100000000100000001D35530802000000100000000 por el valor de ciento veinte mil dólares de los Estados Unidos de América (US \$120000,00), emitida por la Dirección Administrativa Financiera del MEER mediante Memorando No. 023-DGAF-CP-2011 de fecha 01 de febrero de 2011;

- Que,** con Memorando No. 093-RRHH-2011 de 16 de febrero de 2011 el Director de Administración de Recursos Humanos remite al Subsecretario de Desarrollo Organizacional, los términos de referencia para realizar el proceso de contratación de uniformes para los funcionarios del Ministerio de Electricidad y Energía Renovable;
- Que,** el artículo 228 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público, publicado en el Registro Oficial Suplemento No 418 de 1 de abril de 2011, constante en el Capítulo VIII "De la Salud Ocupacional", señala: "...Las instituciones asegurarán a las y los servidores públicos el derecho a prestar sus servicios en un ambiente adecuado y propicio, que garantice su salud ocupacional, comprendida ésta como la protección y el mejoramiento de la salud física, mental, social y espiritual,...";
- Que,** a efectos del Plan de Salud Ocupacional integral se establece que, el Estado aportará dentro del programa de bienestar social con beneficios de transporte, alimentación **uniformes** y guarderías, que deberán ser regulados por el Ministerio de Relaciones Laborales;
- Que,** el artículo 239 del Reglamento en mención señala que: "*Las instituciones podrán entregar a las y los servidores públicos con nombramiento permanente por una sola vez cada año, uniformes o ropa de trabajo, de conformidad a su disponibilidad presupuestaria y a las y los servidores contratados bajo la modalidad de servicios ocasionales que hayan firmado contrato de por lo menos diez meses a un año.*";
- Que,** mediante Acuerdo Ministerial No. 173 de fecha 1 de abril de 2011, el Dr. Esteban Alborno Vintimilla, Ministro de Electricidad y Energía Renovable, en ejercicio de las atribuciones establecidas por la LOSNCP, su Reglamento General y el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, expidió el "Instructivo Interno para el Manejo de los Procesos de Contratación Pública del MEER";
- Que,** mediante Acuerdo Ministerial No. 175 de 16 de abril de 2010, el Ministro de Electricidad y Energía Renovable, delega al Subsecretario de Desarrollo Organizacional para que a nombre y en representación del Ministro ejerza algunas funciones, entre ellas, llevar adelante todos los procedimientos precontractuales y contractuales de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento;
- Que,** la presente contratación se encuentra contemplada dentro del Plan Anual de Contrataciones del Ministerio de Electricidad y Energía Renovable, conforme se



desprende del Memorando No. MEER-DGAF-2011-0224 de fecha 28 de abril de 2011, emitido por la Directora de Gestión Administrativa Financiera;

- Que,** mediante Acuerdo Ministerial No. 176 de 17 de mayo del 2011, el Ministro de Electricidad y Energía Renovable, ratifica la validez y plena vigencia de los Acuerdos Ministeriales No. 172, 175 de 1 y 25 de abril del 2011, respectivamente;
- Que,** con memorando No. MEER-DARRHH-2011-0391 de fecha 25 de mayo de 2011, el Director de Recursos Humanos, sugiere al Subsecretario de Desarrollo Organizacional la contratación por régimen especial con la empresa **TECNISTAMP GASESPOL CEM**, como proveedora de uniformes y ropa de trabajo, toda vez que los precios de mercado y la calidad que ofrece son compatibles con el requerimiento del MEER;
- Que,** de acuerdo con el memorando antes referido, la empresa estaría en capacidad de proveer las prendas, carteras y zapatos requeridos por la Institución, además de ofrecer una amplia gama de modelos, colores y texturas para la elaboración de uniformes para el personal masculino y femenino del Ministerio de Electricidad y Energía Renovable, todo lo cual permitirá optimizar tiempo y recursos en el proceso de adquisición de los referidos uniformes;
- Que,** TECNISTAMP GASESPOL CEM, es una empresa de economía mixta, que elabora uniformes y calzado para empresas públicas y privadas, cuyo paquete accionario (67%) es de propiedad del Estado Ecuatoriano; y se encuentra calificada como proveedor del Estado en el RUP;
- Que,** el artículo 2 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, establece que se someterán al Régimen Especial los procedimientos precontractuales de las siguientes contrataciones: (...) "8.-*Los que celebren el Estado con entidades del sector público, éstas entre sí, o aquellas con empresas públicas o empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en el cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público o sus subsidiarias; y las empresas entre sí. (...)*";
- Que,** el artículo 98 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, señala que se sujetarán al procedimiento establecido en la Sección X "Contratos entre Entidades Públicas o sus Subsidiarias", las contrataciones que celebren: (...) "2. *El Estado o las entidades del sector público con: 2.1 Las empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público; (...)*"
- Que,** el artículo 99 del Reglamento ibídem, determina el procedimiento a seguir para realizar el proceso de contratación por Régimen Especial entre Entidades Públicas o sus Subsidiarias;

En ejercicio de las atribuciones conferidas en el numeral 8 del artículo 2 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, los artículos 20, 98 y 99 de su

ANEXO

7

MEMORANDO No. DINARDAP-CDO-DAD-2012-01248

Quito DM, 15 de octubre de 2012

PARA: Ing. Guissel Camacho
COORDINADORA DE DESARROLL ORGANIZACIONAL

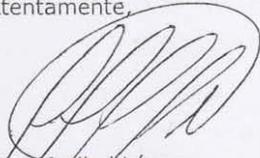
ASUNTO: Autorización de Inicio de Proceso y Certificación Presupuestaria, contratación de "Póliza de Seguro para los ramos de Incendio/Línea Afines, Robo y Equipo Electrónico de los Bienes de la Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos"

Señora coordinadora,

Las Pólizas de los ramos de Incendio/Línea Afines, Robo y Equipo Electrónico de los bienes de la DINARDAP, **está próximas a vencer**, por lo que, solicito de la manera más comedida la autorización para la elaboración de pliegos y la debida Certificación Presupuestaria por un valor de Veinte y cinco mil dólares (\$25.000,00).

Por la favorable atención al presente, anticipo mis agradecimientos.

Atentamente,



Ing. Maribel López
DIRECTORA ADMINISTRATIVA

Recibido
16-10-12
folio

ACCIÓN	NOMBRE	UNIDAD ADMINISTRATIVA	FIRMA	FECHA
REALIZADO POR	JAVIER LEÓN	DIRECCIÓN ADMINISTRATIVA		15/10/2012
REVISADO POR	MARIBEL LÓPEZ	DIRECCIÓN ADMINISTRATIVA		15/10/2012

ANEXO

8

Resolución N° 124-CP-DINARDAP-2012

EL DIRECTOR NACIONAL DE REGISTRO DE DATOS PÚBLICOS

CONSIDERANDO:

Que el numeral 25 del artículo 66 de la Constitución de la República del Ecuador reconoce a las personas: *"El derecho a acceder a bienes y servicios públicos y privados de calidad..."*, para lo cual es necesaria una debida estructura institucional, que los garantice y contribuya a brindarlos con eficiencia, eficacia, calidad y buen trato al usuario;

Que el numeral 1 del artículo 85 de la Constitución determina que: *"Las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos se orientarán a hacer efectivos el buen vivir y todos los derechos..."*;

Que el artículo 31 de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos señala entre otras, las siguientes atribuciones y facultades de la Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos: 1.- *"Presidir el Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, cumpliendo y haciendo cumplir sus finalidades y objetivos"*; 2.- *"Dictar las resoluciones y normas necesarias para la organización y funcionamiento del sistema"*; (...) 7.- *"Vigilar y controlar la correcta administración de la actividad registral"*;

Que el artículo 2 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública determina que: *"Se someterán a la normativa específica que para el efecto dicte el Presidente de la República en el reglamento General de esta Ley, bajo criterios de selectividad, los procedimientos precontractuales de las siguientes contrataciones"*, Numeral 8 *"Los que celebren el Estado con entidades del sector público, estas entre sí, o aquellas con empresas públicas o empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en el cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público o sus subsidiarias; y las empresas entre sí."*;

Que mediante Acuerdo Ministerial N° 0126, de 28 de febrero de 2011, el señor ingeniero Jaime Guerrero Ruiz, Ministro de Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información designó al señor doctor Willians Saud Reich como Director Nacional de Registro de Datos Públicos;

Que mediante Memorando N°: DINARDAP-CDO-2012-1051-M, del 23 de octubre de 2012, El ingeniero Diego Cárdenas Salazar Coordinador de Desarrollo Organizacional (S), remite al doctor Willians Saud Reich, Director Nacional del Registro de Datos Públicos, los pliegos del proceso de Régimen Especial para la *"Póliza de Seguro para los ramos de Incendio/Línea Afines, Robo y Equipo Electrónico de los Bienes de la Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos"*; y,

Que mediante sumilla inserta en el Memorando N°: DINARDAP-CDO-2012-1051-M, el Director Nacional dispone se remita el proceso a la Dirección Jurídica a fin que proceda con la elaboración de Resolución de inicio de proceso.

En virtud de las atribuciones y facultades otorgadas en el artículo 31 de la Ley del Sistema Nacional de Registro de datos Públicos,

RESUELVE:

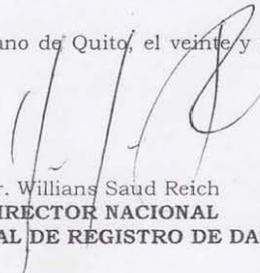
Artículo 1.- Acogerse al Régimen Especial de conformidad con la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública para la contratación de "Póliza de Seguro para los ramos de Incendio/Línea Afines, Robo y Equipo Electrónico de los Bienes de la Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos"

Artículo 2.- Certificar que esta Institución cuenta con la disponibilidad de fondos para el proceso de Régimen Especial para la "Póliza de Seguro para los ramos de Incendio/Línea Afines, Robo y Equipo Electrónico de los Bienes de la Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos", constante en la partida presupuestaria 2012 511 9999 0000 01 00 000 001 570201 0000 002 0000 0000 denominada "Seguros", según consta en la Certificación Presupuestaria No. 290 de fecha 22 de octubre de 2012, aprobado por el ingeniero Fredy Ortiz, Director Financiero, de conformidad a lo establecido en el artículo 24 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Artículo 3.- Aprobar los pliegos para el proceso de Régimen Especial dispuesto en el artículo 2 numeral 8 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento, signada con el Código de Proceso RE-DINARDAP-015-2012, para la Contratación de "Póliza de Seguro para los ramos de Incendio/Línea Afines, Robo y Equipo Electrónico de los Bienes de la Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos".

Artículo 4.- Disponer el inicio de este procedimiento e invitar a Seguros Sucre, a presentar su oferta para el proceso de Régimen Especial para la Contratación de "Póliza de Seguro para los ramos de Incendio/Línea Afines, Robo y Equipo Electrónico de los Bienes de la Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos", de conformidad a las especificaciones técnicas y condiciones que se detallan en los pliegos.

Dado en el Distrito Metropolitano de Quito, el veinte y cinco de octubre del año 2012.


Dr. Williams Saud Reich
DIRECTOR NACIONAL

DIRECCION NACIONAL DE REGISTRO DE DATOS PUBLICOS

ANEXO

9

EL DIRECTOR NACIONAL DE REGISTRO DE DATOS PÚBLICOS

CONSIDERANDO:

Que el numeral 25 del artículo 66 de la Constitución de la República del Ecuador reconoce a las personas: *"El derecho a acceder a bienes y servicios públicos y privados de calidad..."* para lo cual es necesaria una debida estructura institucional, que los garantice y contribuya a brindarlos con eficiencia, eficacia, calidad y buen trato al usuario;

Que de conformidad al numeral primero del artículo 85 de la Carta Magna determina que *"La formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos que garanticen los derechos reconocidos por la Constitución, se regularán de acuerdo con las siguientes disposiciones: 1.- Las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos se orientarán a hacer efectivos el buen vivir y todos los derechos..."*;

Que el artículo 31 de la Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos señala entre otras, las siguientes atribuciones y facultades de la Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos: *"1.- Presidir el Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, cumpliendo y haciendo cumplir sus finalidades y objetivos; 2.- Dictar las resoluciones y normas necesarias para la organización y funcionamiento del sistema; (...) 7.- Vigilar y controlar la correcta administración de la actividad registral..."*;

Que en el Acuerdo Ministerial No. 0126, de 28 de febrero de 2011, el señor ingeniero Jaime Guerrero Ruiz, Ministro de Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información designó al infrascrito doctor Williams Eduardo Saud Reich, como Director Nacional de Registro de Datos Públicos;

Que el numeral 8 del artículo 2 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública determina que: *"Se someterán a la normativa específica que para el efecto dicte el Presidente de la República en el reglamento General de esta Ley, bajo criterios de selectividad, los procedimientos precontractuales de las siguientes contrataciones (...) 8.- Los que celebren el Estado con entidades del sector público, estas entre sí, o aquellas con empresas públicas o empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en el cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público o sus subsidiarias; y las empresas entre sí..."*;

Que el artículo 69 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema de Contratación Pública indica *"De acuerdo a la naturaleza de la contratación, será necesario disponer de todos los documentos técnicos que justifiquen dicha contratación. En el caso de contrataciones sujetas al régimen especial previsto en este capítulo, será necesario contar con estudios completos, incluidas especificaciones técnicas y presupuestos actualizados, salvo casos en que la complejidad o nivel de especificidad de los proyectos, dichos estudios puedan ser mejorados por los oferentes al presentar sus propuestas técnicas. Cuando se trate de contratación de estudios, será necesario contar con el nivel previo de"*

estudios".

Que el artículo 98 *ibidem*, determina que se sujetarán al procedimiento de Régimen Especial cuando las empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público;

Que dentro de los pliegos de contratación pública signado con el código RE-DINARDAP-015-2012, se establece los del proceso para la contratación de "Póliza de Seguro para los ramos de Incendio/Línea Afines, Robo y Equipo Electrónico de los Bienes de la Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos";

Que la Resolución No. 124-CP-DINARDAP-2012, de fecha 25 de octubre de 2012, el señor Director Nacional de Registro de Datos Públicos, da inicio al proceso para la contratación de "Póliza de Seguro para los ramos de Incendio/Línea Afines, Robo y Equipo Electrónico de los Bienes de la Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos";

Que la empresa SEGUROS SUCRE S.A., con RUC N° 0990064474001, presentó su oferta el 26 de octubre de 2012, en el proceso para la contratación de "Póliza de Seguro para los ramos de Incendio/Línea Afines, Robo y Equipo Electrónico de los Bienes de la Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos" conforme consta en el acta de apertura de sobres;

Que con **Acta de Calificación Técnica de la oferta recibida en el proceso de contratación directa por Régimen Especial**, de fecha 26 de octubre de 2012, se concluye: "La oferta técnica y económica presentada por SEGUROS SUCRE, cumple con lo solicitado en los pliegos por lo tanto se las califica para que continúen en el presente proceso";

Que mediante Memorando No. DINARDAP-DAD-2012-01471-M, de fecha 21 de noviembre de 2012, la señora ingeniera Maribel López, Directora Administrativa, remite íntegro el proceso RE-DINARDAP-015-2012 a la Coordinadora de Desarrollo Organizacional para que se continúe con el trámite respectivo;

Que connota inserta en el Memorando No. DINARDAP-CDO-2012-1249-M, de fecha 23 de noviembre de 2012, el doctor Willians Saud Reich, Director Nacional de Registro de Datos Públicos, dispone a la Dirección Jurídica elabore la correspondiente resolución de Adjudicación dentro del presente proceso de contratación pública.

En ejercicio de las atribuciones y facultades conferidas en el artículo 31 de la Ley del Sistema Nacional de Registro de datos Públicos,

RESUELVE:

Artículo 1.- Adjudicar a la empresa SEGUROS SUCRE S.A., con RUC N° 0990064474001, el proceso para la contratación de "Póliza de Seguro para los ramos de Incendio/Línea Afines, Robo y Equipo Electrónico de los Bienes de la

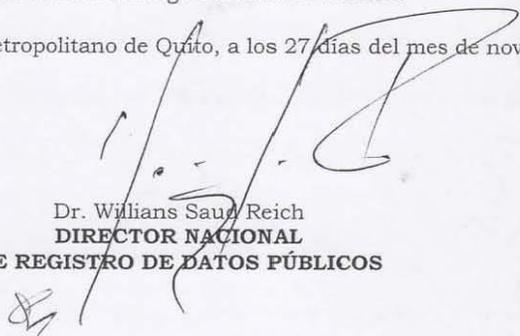
 **DIRECCIÓN NACIONAL DE
REGISTRO DE DATOS PÚBLICOS**

Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos; por un valor de VEINTE Y TRES MIL SESENTA Y NUEVE CON 57/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA (USD 23.069,57) más IVA, para la presente contratación y conforme lo establece el numeral 8 del artículo 2 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en concordancia con el artículo 69 y 98 de su Reglamento General.

Artículo 2.- Publíquese la presente resolución en el portal de compras públicas y notifíquese al oferente adjudicado.

Artículo 3.- La presente Resolución rige desde su invitación.

Dado en el Distrito Metropolitano de Quito, a los 27 días del mes de noviembre del año 2012.


Dr. Williams Saug Reich
**DIRECTOR NACIONAL
DE REGISTRO DE DATOS PÚBLICOS**

ANEXO

10



SEGUROS SUCRE S.A.

Nuestra experiencia es su respaldo
BANCO DEL PACÍFICO - GRUPO FINANCIERO
R.U.C. 0990064474001

Formulario N° 2

RE-DINARDAP- 015-2012

IDENTIFICACIÓN DEL OFERENTE

NOMBRE DEL OFERENTE: Seguros Sucre S.A.

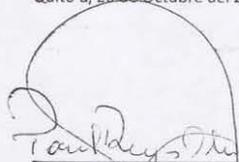
DIRECCIÓN PARA CORRESPONDENCIA:

Ciudad: Quito
Calle: Av. Naciones Unidas E7-95 y Shyris
Teléfono(s): 02 2 263 435
Correo electrónico: unaranja@segrossucre.fin.ec
mcevallo@segrossucre.fin.ec

SOCIOS:

NOMBRES COMPLETOS DEL SOCIO(S), ACCIONISTA(S), PARTÍCIPE(S) MAYORITARIO(S)	NÚMERO DE CÉDULA DE IDENTIDAD, RUC O IDENTIFICACIÓN SIMILAR EMITIDA POR PAÍS EXTRANJERO, DE SER EL CASO	PORCENTAJE DE PARTICIPACIÓN EN LA ESTRUCTURA DE PROPIEDAD DE LA PERSONA JURIDICA	DOMICILIO FISCAL
CORPORACION FINANACIERA NACIONAL	0990005737001	99.8157 %	ECUADOR
LEONIDAS PLAZA VERDUGA	0900641812	0.1217 %	ECUADOR
LUIS CORNEJO HIDALGO	0900612367	0.0365 %	ECUADOR
HRDRS. DE HERIBERTO ORCES	5000000000	0.0261 %	ECUADOR

Quito a 26 de Octubre del 2.012



Eco. Paúl Reyes Ochoa
GERENTE GENERAL SUBROGANTE

0000003

92

GUAYAQUIL: P. Castro 422 y Av. 9 de Octubre, Edif. San Francisco 300, 6to piso - Tel: 04 254 3399 - Fax: 04 231 4263
 QUITO: Av. Naciones Unidas E7-95 y Shyris, Edif. Soc. del Pacífico, 5do. piso - Tel: 02 229 3435 - Fax: 02 246 3441
 CUEYCA: Av. Gran Colombia 23-120 y Av. de las Américas, Edif. Soc. del Pacífico - Tel: 07 783 6845 - 07 283 1365
 AMBATO: Av. Caerlitos 12-1 y Vía a Imbabura Nacional, Edif. Soc. del Pacífico 1to. piso - Tel: 03 390 4580 - 03 342 1884 - 03 342 3759

MAMBA: Av. F. Reyes y Circunvalación, C.C. Moncaranto, Ag. Soc. del Pacífico, 1.º Piso - Tel: 05 262 1733 - 05 262 1785
 MACHALA: Guayas 2123, Vía Sillera y Palmiche, Edif. Soc. del Pacífico, 5to. piso - Tel: 07 292 4819 - 07 295 4507
 IBAÑA: F. Francisco y José Joaquín de Cevallos, Edif. Soc. del Pacífico - Tel: 08 284 1447 - 08 284 1438 - 08 244 1447
 NIGUAMA: Av. General Leizaola y Calle 2 de febrero, Edif. Soc. del Pacífico - Tel: 03 294 5885