

Universidad San Francisco de Quito USFQ
Colegio de Posgrados

El Mecanismo Planteado en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de
Contratación Pública para Presentar Reclamos y Recursos y los Derechos
Constitucionales a la Seguridad Jurídica y al Debido Proceso

Marco Aurelio Ricaurte Martínez

Director: Dr. Juan Pablo Aguilar

*Trabajo de Titulación para la obtención del título de Magíster en
Derecho Administrativo*

Quito, 18 de abril de 2017

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

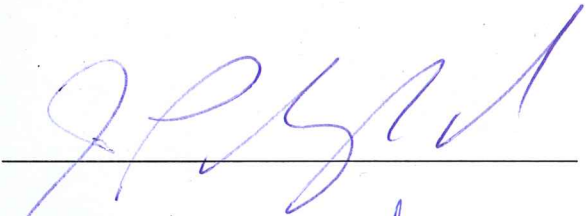
Colegio de Postgrados

HOJA DE APROBACIÓN DE TRABAJO DE TITULACIÓN

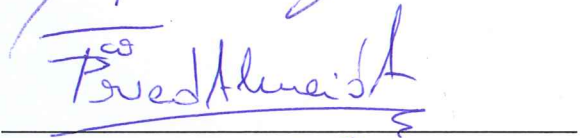
El Mecanismo Planteado en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública para Presentar Reclamos y Recursos y los Derechos Constitucionales a la Seguridad Jurídica y al Debido Proceso.

Marco Ricaurte Martínez

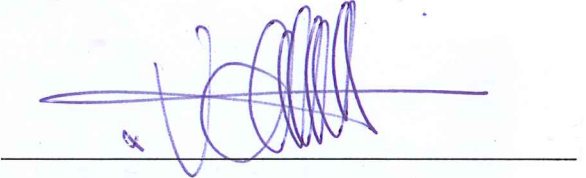
Juan Pablo Aguilar, M.A.
Director de Trabajo y Miembro del Comité de Grado



Francisco Poveda, M.A.
Presidente y Miembro del Comité de Grado



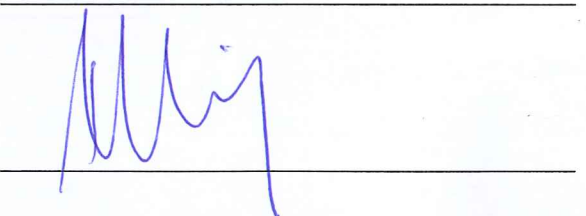
Wladimir García, M.A.
Miembro del Comité de Grado



Javier Robalino, M.A.
Director de la Maestría en Derecho Administrativo



Farith Simon, Ph.D.
Decano del Colegio de Jurisprudencia



Hugo Burgos, Ph.D.
Decano del Colegio de Postgrados



Quito, 18 de mayo de 2017

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO
EVALUACIÓN DE DIRECTOR / TRABAJO ESCRITO TESINA

TÍTULO: El Mecanismo Planteado en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública para Presentar Reclamos y Recursos y los Derechos Constitucionales a la Seguridad Jurídica y al Debido Proceso

ALUMNO: Marco A. Ricaurte Martínez

EVALUACIÓN:

a) Importancia del problema presentado.

Desde la época de las leyes de licitaciones, la Administración fue renuente a aceptar la posibilidad de que las decisiones administrativas en materia de contratación pública pudieran ser impugnadas por quienes se consideraban afectados por ellas. Si bien la ley vigente establece un sistema de impugnaciones, se nota que persiste esa renuencia, la que se hace evidente en las deficiencias y vacíos de la regulación sobre el tema. Analizar el sistema vigente a fin de establecer la manera de adecuarlo a los principios propios de un Estado Constitucional es, por eso, de indudable importancia.

b) Trascendencia de la hipótesis planteada por el investigador.

Siendo un tema de importancia, la hipótesis que se ha planteado es sin duda trascendente, pues apunta a establecer lo fundamental para un análisis del procedimiento vigente: en qué medida el mismo se somete a los principios constitucionales del debido proceso y la seguridad jurídica.

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

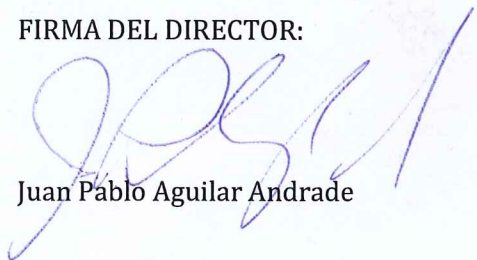
Si bien la situación ha mejorado en los últimos tiempos, no ha habido desarrollos doctrinarios en materia de contratación público, sobre todo cuando se trata de temas puntuales como el que ocupa al trabajo que se analiza. Para este último se ha acudido al escaso material nacional, incluidas las pocas sentencias que tratan de alguna manera sobre el tema, y a un adecuado repertorio de doctrina internacional, que incluye autores que resultan fundamentales en la práctica administrativa ecuatoriana.

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

El trabajo se desarrolla con coherencia y claridad. Parte de un análisis histórico de las regulaciones sobre la materia, establece cuál es el marco legal vigente y lo analiza a partir de los principios constitucionales del debido proceso y la seguridad jurídica. A partir de esto, se realiza un análisis a profundidad de la regulación sobre impugnaciones, se analizan sus deficiencias y se muestra cómo éstas conspiran contra la plena vigencia de los principios constitucionales.

A mi juicio, el trabajo cumple los requisitos necesarios para continuar con el trámite correspondiente.

FIRMA DEL DIRECTOR:



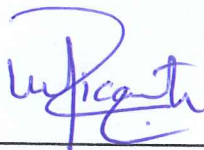
Juan Pablo Aguilar Andrade

Quito, 17 de abril de 2017

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 quedan sujetos 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 Orgánica de Educación Superior.



Firma: _____

Nombre: Marco Aurelio Ricaurte Martínez

Código: 00133282

C. I.: 1711586980

Fecha: 18 de abril de 2017

Agradecimientos.-

A Dios y la Virgen María, por permitir que pudiera proponerme esta meta.

A mi familia, por su soporte, comprensión y paciencia incondicionales.

A Sophia Espinosa Coloma y Juan Pablo Aguilar Andrade, por su invaluable apoyo y orientación.

Resumen.-

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública regula las contrataciones de bienes, obras y servicios, incluidos los de consultoría, que tramitan las entidades que conforman el sector público, así como algunas de carácter privado. Dada su naturaleza y en vista de que estas contrataciones involucran la utilización de recursos públicos, resulta trascendente poder determinar si se cuenta con un procedimiento adecuado y eficaz para reclamar en la fase precontractual de los respectivos procesos de contratación cuando quienes participan en ellos consideran que sus intereses se han visto afectados, por lo que el problema jurídico planteado es: ¿Hasta qué punto el procedimiento establecido en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública para presentar y resolver reclamos y recursos en la fase precontractual observa los derechos constitucionales al debido proceso y a la seguridad jurídica?

A través de lo tratado en los tres capítulos que integran este trabajo revisaremos, respectivamente, cómo diversa normativa abordó lo relacionado con los mencionados reclamos hasta la expedición de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en agosto de 2008; los derechos a la seguridad jurídica y al debido proceso; y, las normas actualmente en vigencia que regulan el tema. Esta revisión tiene como finalidad poder verificar la hipótesis propuesta que es: El procedimiento previsto en los artículos 102 y 103 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública para presentar y resolver reclamos y recursos en los procesos de contratación pública no observa los derechos constitucionales a la seguridad jurídica y al debido proceso.

Abstract.-

The Organic Law of the National Procurement System regulates the acquisition of goods, works and services (including consulting services) for all entities of the public sector and some private entities. Due to its nature and the involvement of public monetary resources it is fundamental to determine if a proper claim procedure is in place during the pre-contractual phase of each contracting procedure, in a scenario where participants may consider that their own interest has been affected. Therefore, the legal issue can be summarized in the following question: "If the procedure established by the Organic Law of the National Procurement System for claiming and solving legal issues arising from the pre-contractual phase, observe the constitutional rights to due process and legal security?"

Throughout the three chapters contained in this paper, we will respectively review how our legislation treated the aforementioned question before the enactment of the Organic Law of the National Procurement System in August, 2008; the constitutional rights to due process and legal security; and, the regulations in force regarding this matter. This analysis intends to confirm the proposed hypothesis that: the proceedings provided for in articles 102 and 103 of the Organic Law of the National Procurement System for introducing and deciding claims and actions in public contracting proceedings do not observe and respect the constitutional rights to due process and legal security.

Índice.-

Introducción.	11
1. CAPÍTULO I: LAS NORMAS VINCULADAS CON LA PRESENTACIÓN DE RECLAMOS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN ECUADOR.	13
1.1. Reseña Histórica.	13
1.1.1. Ley de Consultoría.	13
1.1.2. Codificación de la Ley de Consultoría.	15
1.1.3. Reglamentos a la Ley de Consultoría.	16
1.1.4. Ley de Contratación Pública.	16
1.1.5. Ley para la Transformación Económica del Ecuador.	18
1.1.6. Reglamento General de la Ley de Contratación Pública.	20
1.1.7. Codificación de la Ley de Contratación Pública.	20
1.1.8. Reglamento Sustitutivo del Reglamento General de la Ley de Contratación Pública.	20
1.1.9. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública:	21
1.1.10. Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.	24
1.1.11 Resoluciones INCOP/SERCOP.	25
1.2. En la actualidad.	26
1.2.1. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública Reformada.	27
1.2.2. Segundo Reglamento General de la LOSNCP.	28
1.2.3. RESOLUCIÓN No. RE-SERCOP-2016-0000072.	28

2. CAPÍTULO II: DERECHOS CONSTITUCIONALES RELACIONADOS	29
2.1. Derecho a la Seguridad Jurídica.	30
2.1.1. Definiciones Doctrinarias.	30
2.1.2. El Derecho a la Seguridad Jurídica en la Constitución.	31
2.1.3. Normas Claras.	33
2.1.4. La Técnica Legislativa.	35
2.1.5. El Estado Constitucional de Derechos y la Seguridad Jurídica.	37
2.1.6. Jurisprudencia sobre el Derecho a la Seguridad Jurídica.	38
2. 2. Derecho al Debido Proceso.	39
2.2.1. Definiciones Doctrinarias.	39
2.2.2. El Derecho al Debido Proceso en la Constitución.	40
2.2.3. Garantías del Debido Proceso.	41
2.2.3.1. Doctrinariamente.	41
2.2.3.2. Constitucionalmente.	42
2.2.4. Las Garantía del Debido Proceso en el Procedimiento Administrativo.	44
2.2.5. Jurisprudencia sobre el Derecho al Debido Proceso.	46
3. CAPÍTULO III: LAS NORMAS VIGENTES QUE REGULAN LA PRESENTACIÓN DE RECLAMOS Y RECURSOS	46
3.1. Artículos 102 y 103 de la LOSNCP.	46
3.1.1. Artículo 102.	46
3.1.1.1. Reclamo ante el SERCOP.	47

3.1.1.2. Reclamo ante la entidad contratante.	54
3.1.1.3. Recurso administrativo.	54
3.1.1.4. Inaplicabilidad de acciones constitucionales.	54
3.1.1.5. Reparación o indemnización por la suspensión del proceso.	55
3.1.2. Artículo 103.	55
3.2. Segundo Reglamento General de la LOSNCP.	57
3.3. Resoluciones del SERCOP.	60
Conclusiones.	68
Bibliografía.	71

Introducción.-

En esencia, la vigente Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública regula las diversas fases de los procedimientos que deben tramitar las entidades sometidas a sus disposiciones para adquirir bienes obras y servicios y dentro de sus normas, específicamente en los artículos 102 y 103, trata sobre los reclamos y el recurso que se pueden interponer en la fase precontractual por parte de quienes tengan interés directo y se consideren afectados por la actuaciones de dichas entidades.

Se entiende que aquellos que intervienen en procesos de contratación pública lo hacen en pos de un legítimo fin de lucro y su participación conlleva el empleo de tiempo y dinero, por lo que, de considerar que en el trámite de los aludidos procesos se han visto afectados sus intereses, buscarán los medios a través de los cuales puedan exponer su inconformidad y solicitar que se tomen los correctivos que estimen pertinentes, lo que consecuentemente lleva a formular interrogantes como: Con qué mecanismos cuentan para reclamar? Son esos mecanismos idóneos y confiables? Son ágiles? Se suspende el proceso de contratación mientras se tramita el reclamo? Si no se acepta el reclamo, o una vez aceptado no es atendido favorablemente, hay otras instancias a las cuales acudir?

Si la respuestas a las incógnitas antes enunciadas no resultan claras y satisfactorias, los oferentes se consideran desprotegidos, lesionados y ello, eventualmente, producirá que su interés en participar en otros procesos de contratación pública se vea menoscabado, y situaciones como esta son justamente lo que la misma Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública procura evitar, pues, en el número 11 de su artículo 9, se determina que uno de los objetivos prioritarios del Estado en el tema de la contratación pública es incentivar y garantizar la participación de proveedores confiables y competitivos.

Pero no se debe perder de vista que las consecuencias negativas de no contar con normativa que garantice la existencia y accesibilidad a procedimientos claros y eficientes para reclamar en los procesos de contratación pública, no solamente afecta a quienes presentan propuestas, sino también en último término a la colectividad entera, pues tal situación a más de conllevar el incumplimiento y el quebrantamiento de derechos, criterios, principios y objetivos que por mandato constitucional y legal deben ser

observados en tan delicada materia, puede prestarse para configurar acciones indebidas en desmedro del correcto uso que debe darse a los recursos públicos.

Sobre la base de lo expuesto el problema jurídico que hemos planteado para efectos de este trabajo es: ¿Hasta qué punto el procedimiento establecido en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública para presentar y resolver reclamos y recursos en la fase precontractual observa los derechos constitucionales al debido proceso y a la seguridad jurídica?

Y, como hipótesis propusimos: El procedimiento previsto en los artículos 102 y 103 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, LOSNCP, para presentar y resolver reclamos y recursos en los procesos de contratación pública no observa los derechos constitucionales a la seguridad jurídica y al debido proceso.

A fin de verificar la hipótesis propuesta, lo que constará en las Conclusiones del trabajo, se desarrollarán tres capítulos. En el primero realizaremos una revisión de cómo se ha tratado el tema desde finales de los años ochenta del siglo pasado hasta la entrada en vigencia de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en 2008; en el segundo, examinaremos en qué consisten los aludidos derechos a la seguridad jurídica y al debido proceso desde el punto de vista doctrinario y jurisprudencial, así como la manera en qué están recogidos en la vigente Constitución de la República; y, en el tercero, analizaremos las normas legales (artículos 102 y 103 de la LOSNCP), reglamentarias y otras de menor jerarquía que actualmente regulan la materia.

1. CAPÍTULO I: LAS NORMAS VINCULADAS CON LA PRESENTACIÓN DE RECLAMOS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN ECUADOR.

En este Capítulo realizaremos una revisión de la normativa que ha venido regulando la presentación de reclamos en la fase precontractual de los procesos de contratación pública en Ecuador, desde aquella con la que se empezó incipientemente a abordar tan importante tema, expedida al finalizar la penúltima década del siglo pasado, hasta la que actualmente se encuentra en vigencia. El propósito de esta revisión es evidenciar el proceso de evolución, si cabe el término, de dicha normativa, la que constituye el antecedente de la que actualmente está en vigencia, particularmente de los artículos de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, LOSNCP, sobre cuyo estudio se fundamentará la conclusión final del trabajo.

1.1. Reseña Histórica.

La contratación pública en Ecuador ha estado regulada por una diversidad de cuerpos normativos, sin embargo para efectos de este estudio abordaremos las iniciativas originadas en los años finales del siglo pasado, las que pretendían regular la posibilidad de que quienes se sentían perjudicados con ocasión de participar en un determinado procedimiento precontractual, tuvieran un procedimiento idóneo para presentar reclamos.

Asimismo, es importante señalar que nos referiremos a normativa de contratación pública de carácter general entendiendo por tal, igualmente para efectos de esta investigación, aquella que regula la adquisición de bienes, la ejecución de obras y la prestación de servicios, incluidos los de consultoría, por parte de la generalidad de las entidades y organismos del sector público, aclaración que cobra importancia porque, como lo veremos en el desarrollo del trabajo, han existido y siguen existiendo, aunque de manera más restringida, normas de contratación pública especiales, aplicables solamente a determinadas entidades u organismos o a contrataciones específicas.

Revisemos entonces la normativa que se adecuaba a los parámetros antes indicados.

1.1.1. Ley de Consultoría.

En el Registro Oficial No. 136 de 24 de febrero de 1989 se publicó la Ley de Consultoría, en cuyo artículo 4 se dispuso:

Los actos relacionados con el ejercicio de la consultoría, así como los contratos de servicios de consultoría o de apoyo a la consultoría que realicen las dependencias, entidades u organismos del sector público, se regirán por esta Ley, su Reglamento y en lo que no estuviere previsto, por las demás normas legales aplicables.¹

Como se puede apreciar, la Ley de Consultoría trataba sobre el ejercicio y la contratación de dos servicios específicos: los de consultoría y los de apoyo a la consultoría, por tanto, era importante determinar con exactitud qué abarcaban dichos conceptos.

En su artículo 1, la aludida Ley disponía:

Para los efectos de la presente Ley, se entiende por consultoría, la prestación de servicios profesionales especializados, que tengan por objeto identificar, planificar, elaborar o evaluar proyectos de desarrollo, en sus niveles de prefactibilidad, factibilidad, diseño u operación. Comprende, además, la supervisión, fiscalización y evaluación de proyectos, así como los servicios de asesoría y asistencia técnica, elaboración de estudios económicos, financieros, de organización, administración, auditoría e investigación.²

Mientras, la misma Ley, en el artículo 3, determinaba:

Son servicios de apoyo a la consultoría los auxiliares que no implican dictamen o juicio profesional, tales como los de contabilidad, topografía, cartografía, aerofotogrametría, la realización de ensayos y perforaciones geotécnicas sin interpretación, la computación, el procesamiento de datos y el uso auxiliar de equipos especiales.³

En el caso del artículo 1, se hacía una enumeración taxativa, lo que implicaba que si el servicio a contratarse se encontraba comprendido en tal enumeración, era de consultoría y, por tanto, su contratación debía tramitarse al amparo de las disposiciones de la Ley de Consultoría. Pero el artículo 3 no tiene la misma claridad, pues allí se hacía una enumeración ejemplificativa en la que, por tanto, no estaban comprendidos todos los servicios que pudieran ser considerados de apoyo a la consultoría.

Resulta del caso destacar que con el artículo 30 de la Ley de Consultoría se creó un organismo que tendría a su cargo establecer las políticas para el desenvolvimiento, desarrollo y promoción de la consultoría nacional al que se le denominó Comité de Consultoría.

¹ Ley de Consultoría. Artículo 4. Registro Oficial No. 136 de 24 de febrero de 1989.

² Ley de Consultoría. Artículo 1. Registro Oficial No. 136 de 24 de febrero de 1989.

³ Ley de Consultoría. Artículo 3. Registro Oficial No. 136 de 24 de febrero de 1989.

El artículo 31 disponía que el mencionado Comité de Consultoría se conformaba con los siguientes miembros: a) Un representante del Presidente de la República, quien lo presidía; b) El Gerente General del Fondo Nacional de Preinversión, FONAPRE, o su representante; c) El Director Ejecutivo del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, CONACYT, o su representante; d) Un representante del Consejo Nacional de Desarrollo, CONADE; e) El Secretario Ejecutivo de la Comisión Ecuatoriana de Bienes de Capital, CEBCA, o su representante; y, f) El Presidente de la Asociación de Compañías Consultoras del Ecuador, ACCE, o su representante.⁴

Nos hemos detenido en las normas de la Ley de Consultoría vinculadas con el Comité de Consultoría, porque su artículo 32 señalaba las funciones y atribuciones de aquél, entre las que, en relación al tema del presente Trabajo, se destacaba la constante en la letra b), que era: “Conocer y resolver en la instancia administrativa los reclamos de carácter técnico y administrativo, relacionados con la aplicación y cumplimiento de la presente Ley y su Reglamento;”⁵

A pesar de tratarse de una norma constante en un cuerpo normativo relacionado directamente con procedimientos de contratación pública y en la que establecía la posibilidad de presentar reclamos, tal disposición no se refería de manera explícita a los procedimientos precontractuales establecidos en la Ley de Consultoría ni a ninguna otra fase de tales procedimientos; no señalaba quiénes podían reclamar; y, se restringía a reclamos de carácter técnico y administrativo. Además, no tuvo un desarrollo procedimental en normativa jerárquicamente inferior, como lo veremos a continuación.

Todo lo anterior conllevó a que, prácticamente, la norma legal invocada no tuviera aplicación en lo que atañe a este estudio, es decir a los reclamos en la fase precontractual de los procedimientos de contratación pública y, en todo caso, es necesario reiterar que dicha norma se limitaba a la contratación de servicios de consultoría y de apoyo a la consultoría.

1.1.2. Codificación de la Ley de Consultoría.

⁴ Ley de Consultoría. Artículo 31. Registro Oficial No. 136 de 24 de febrero de 1989.

⁵ Ley de Consultoría. Artículo 32. Registro Oficial No. 136 de 24 de febrero de 1989.

En el Registro Oficial No. 455 de 5 de noviembre de 2004 se publicó la Codificación de la Ley de Consultoría, en la que los artículos 1, 3 y 4 de la Ley de Consultoría, antes revisados, se recogieron sin variación alguna, correspondiéndoles, incluso, la misma numeración; el artículo 30 pasó a ser el 31 sin más cambios; y, el artículo 32 pasó a ser el 33, sin modificaciones, inclusive en la ya analizada letra b).

El artículo 31 pasó a ser el 32, pero en este caso sí se efectuaron determinados ajustes en lo relacionado a los miembros que conformaban el Comité de Consultoría, quedando de la siguiente manera: a) Un representante del Presidente de la República, quien lo presidiría; b) El Ministro de Comercio Exterior, Industrialización, Pesca y Competitividad, o su representante; c) El Secretario Nacional de la Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo, SENPLADES, o su representante; d) El Gerente General del Banco del Estado, o su representante; e) El Secretario Nacional de Ciencia y Tecnología, o su representante; y, f) El presidente de la Asociación de Compañías Consultoras del Ecuador, ACCE, o su representante.⁶

1.1.3. Reglamentos a la Ley de Consultoría.

Llama la atención que ni en el Reglamento a la Ley de Consultoría, publicado en el Registro Oficial No. 278 de 19 de septiembre de 1989, ni en el Reglamento General Sustitutivo del Reglamento a la Ley de Consultoría, publicado en el Registro Oficial No. 557 (S) de 17 de abril de 2002, ni en el Reglamento Reformatorio y Codificador de la Ley de Consultoría, publicado en el Registro Oficial No. 204 de 7 de febrero de 2006, se incorporó disposición alguna relacionada con la facultad asignada al Comité de Consultoría en la varias veces mencionada letra b) del artículo 32 de la Ley.

1.1.4. Ley de Contratación Pública.

En el Registro Oficial No. 501 de 16 de agosto de 1990 se publicó la Ley de Contratación Pública, cuyo artículo 1 disponía que se sujetaban a sus disposiciones el Estado y las entidades del sector público, según las definía la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, LOAFYC, que contrataran la ejecución de obras, la adquisición de bienes, así como la prestación de servicios no regulados por la Ley de Consultoría.

⁶ Codificación de la Ley de Consultoría. Artículo 32. Registro Oficial No. 455 de 5 de noviembre de 2004.

Tenemos así que, por regla general, en ese entonces las contrataciones de bienes, obras y servicios, que no fueran de consultoría, que tramitaran las entidades del sector público se debían someter a las disposiciones de la Ley de Contratación Pública, y las de servicios de consultoría y de apoyo a la de consultoría, a las de la Ley de Consultoría. El apunte de “por regla general” obedece a que precisamente el artículo 2, inciso primero, de la Ley de Contratación Pública disponía: “REGIMEN ESPECIAL.- No se someterán a esta Ley las instituciones del sector público respecto a las cuales una ley especial así lo haya dispuesto”.⁷

Lo anterior implicó que varias entidades que ya contaban con una ley especial propia que así lo disponía no se sujetaran a la Ley de Contratación Pública, como por ejemplo ocurrió con PETROECUADOR en cuya Ley de creación, el artículo 10 ordenaba:

Contratación.- Los sistemas de contratación de PETROECUADOR y sus empresas filiales no estarán sujetos a las normas legales de contratación pública vigentes, sino exclusivamente a la Ley de Hidrocarburos y a los Reglamentos que para el efecto expedirá el Presidente de la República...⁸

En otros casos, leyes posteriores se acogieron al aludido régimen especial establecido por la Ley de Contratación Pública, como ocurrió con la Ley de Creación de la Corporación Ejecutiva para la reconstrucción de las zonas afectadas por el Fenómeno El Niño -CORPECUADOR-, en la que se regularon procedimientos de contratación para obras y servicios, incluidos los de consultoría, que diferían de los establecidos en la mencionada Ley y en la Ley de Consultoría; y, en su artículo 24, se dispuso: “La presente Ley por su carácter de Especial prevalecerá por sobre cualquier otra que se le oponga.”⁹

Es más, en el segundo inciso del propio artículo 2 de la Ley de Contratación Pública, así como en los tres incisos que lo sustituyeron en virtud de la expedición de la Ley Reformatoria a la Ley de Contratación Pública, publicada en Registro Oficial 612 de 28 de enero de 1991, ya se contemplaban entidades y contratos específicos que no se sujetaban a las disposiciones de ese cuerpo legal.

⁷ Ley de Contratación Pública. Artículo 2. Registro Oficial No. 501 de 16 de agosto de 1990.

⁸ Ley Especial de la Empresa Estatal Petróleos del Ecuador. Artículo 10. Registro Oficial No. 283 de 26 de septiembre de 1989.

⁹ Ley de Creación de la Corporación Ejecutiva para la reconstrucción de las zonas afectadas por el Fenómeno El Niño -CORPECUADOR-. Artículo 24. Registro Oficial 378 de 7 de agosto de 1998.

Lo anterior fomentó la ya existente dispersión de la normativa que regulaba la contratación pública, situación que conllevó serias y diversas consecuencias negativas.

Como se puede observar, hasta este momento, no existía, en la normativa de contratación pública que hemos denominado como general, una norma que regulara la presentación de reclamos en la fase precontractual de los diversos procesos sometidos a dicha normativa, lo que ocasionaba que quienes sentían que habían sido perjudicados en tales procesos recurrieran a cuanta instancia consideraran que podían serles útiles, desde la propia entidad contratante hasta jueces civiles, pasando por jueces de lo contencioso administrativo, la Comisión de Control Cívico de la Corrupción, la Contraloría General del Estado y la Procuraduría General del Estado. En el caso de las dos últimas, estas entidades se vinculaban con la fase precontractual de los procesos de contratación por cuanto debían emitir informes, antes de su suscripción, respecto de determinados proyectos de contratos previamente adjudicados por entidades públicas. Dicha facultad constaba atribuida en la propia Ley de Contratación Pública, para las dos entidades, además, en la LOAFYC, para el caso de la Contraloría, y en la Ley Orgánica de la Procuraduría para esta misma; y, en esencia, consistía en verificar que el procedimiento precontractual había observado la normativa que le era aplicable y que el respectivo proyecto de contrato estuviera correctamente elaborado.

1.1.5. Ley para la Transformación Económica del Ecuador.

En el Registro Oficial No. 34, Suplemento, de 13 de marzo de 2000 se publicó la Ley para la Transformación Económica del Ecuador, la que incorporó, a continuación del artículo 76, el siguiente artículo a la Ley de Contratación Pública:

Art. ...- PERTINENCIA DE RECLAMO.- Para el evento de que los oferentes o adjudicatarios presenten reclamos relacionados con su oferta respecto del trámite precontractual o de la adjudicación, deberán obligatoriamente rendir junto a su reclamo, una de las garantías previstas en el artículo 77 de esta Ley, por un monto equivalente al 7% de su oferta. En caso de que el reclamo resulte infundado o malicioso, a juicio de la Entidad, dicha garantía sin más trámite será ejecutada sin que el oferente tenga derecho a restitución o a cualquier acción en sede administrativa o judicial en contra de la entidad ejecutante.¹⁰

¹⁰ Ley para la Transformación Económica del Ecuador. Artículo 75. Registro Oficial No. 34, Suplemento, de 13 de marzo de 2000.

Esta norma, sin perjuicio de lo que anotaremos más adelante, ya se refería específicamente a reclamaciones vinculadas con los procedimientos precontractuales, en este caso los regulados por la Ley de Contratación Pública y, en general, permitía que los oferentes o los adjudicatarios presentaran reclamos respecto de su oferta (no de las de los demás proponentes), del trámite precontractual o de la adjudicación, aunque, evidentemente, no sería muy frecuente que los adjudicatarios presentaran reclamos.

La disposición, que se supone tenía como propósito llenar el importante vacío de no contar con normativa relacionada con la presentación de reclamos en procesos de contratación pública, adolecía de evidentes deficiencias, comenzando con la ubicación que se le asignó en el texto de la Ley, dentro del CAPITULO IV “DE LAS GARANTÍAS” del TITULO VI, pues no guardaba relación con su naturaleza.

El exigir la presentación de una garantía conjuntamente con el reclamo resultaba cuestionable pues, paradójicamente, coartaba la posibilidad de reclamar que la misma norma estaba instituyendo, más aún si la ejecución de tal garantía dependía, exclusivamente, de la apreciación que la propia entidad contratante hiciera sobre la falta de fundamentación o la presencia de malicia en el reclamo.

Que el oferente no tuviera derecho a restitución o a cualquier acción en sede administrativa o judicial en contra de la entidad ejecutante si, a juicio de esta, el reclamo era infundado o malicioso, contravenía disposiciones de la Constitución Política vigente a esa fecha relacionadas con el derecho a acceder a los órganos judiciales y a la posibilidad de impugnar actos administrativos, a lo que nos volveremos a referir enseguida. Sobre este tema, el artículo en ciernes denotaba otro yerro, pues en él se determinaba que tanto los oferentes como los adjudicatarios podían presentar reclamos, mas solamente el oferente no tenía derecho a restitución o a cualquier acción en contra de la entidad, disparidad que no tenía sentido alguno.

Adicionalmente, no hubo normativa secundaria que desarrollara procedimentalmente la presentación del reclamo.

Todo lo anterior, como era de esperarse, trajo como consecuencia que el planteamiento de reclamos sobre la base del artículo incorporado a la Ley de Contratación Pública fuera prácticamente inexistente.

1.1.6. Reglamento General de la Ley de Contratación Pública.

En el Registro Oficial No. 673 de 29 de abril de 1991 se publicó el Reglamento General de la Ley de Contratación Pública, en el que nada se regulaba en relación a la presentación de reclamos, por cuanto, como lo anotamos, la Ley que reglamentaba, originalmente, no lo hacía y, una vez que se incorporó el artículo siguiente al 76 en la Ley, el Reglamento no fue reformado.

1.1.7. Codificación de la Ley de Contratación Pública.

En el Registro Oficial No. 272 de 22 de febrero de 2001 se publicó la Codificación de la Ley de Contratación Pública, cuyo artículo 72 tenía como texto el de aquél que fuera incorporado por la Ley para la Transformación Económica del Ecuador a continuación del artículo 76 de la Ley de Contratación Pública, con la diferencia de que en lugar de a las garantías previstas en el artículo 77 de esa misma Ley se hacía referencia a las establecidas en el artículo 73 de la Ley ya codificada.

La frase “sin que el oferente tenga derecho a restitución o a cualquier acción en sede administrativa o judicial en contra de la entidad ejecutante” fue declarada inconstitucional por el fondo mediante Resolución No. 12 del Tribunal Constitucional, publicada en Registro Oficial 624 de 23 de Julio del 2002.

Señalamos anteriormente que en los artículos 4 de la Ley de Consultoría y de su Codificación se determinó que los actos relacionados con el ejercicio de la consultoría, así como los contratos de servicios de consultoría o de apoyo a la consultoría que realizaran las dependencias, entidades u organismos del sector público, se regirían por esa Ley, por su Reglamento y, en lo que no estuviere en ellos previsto, “por las demás normas legales aplicables.”, lo que en este punto resulta importante reiterar porque, en virtud de dicha disposición, a los procedimientos sometidos a la Ley de Consultoría y luego a la Codificación de la misma, se les aplicó la normativa relacionada con la presentación de reclamos constante en la Ley de Contratación Pública y en su posterior Codificación.

1.1.8. Reglamento Sustitutivo del Reglamento General de la Ley de Contratación Pública.

En el Registro Oficial 622 (S) de 19 de julio de 2002, en virtud, entre otros antecedentes, de haberse expedido la Codificación de la Ley de Contratación Pública, se publicó el Reglamento Sustitutivo del Reglamento General de la Ley de Contratación Pública.

A pesar de que, como lo anotamos, en el artículo 72 de la Codificación de la Ley de Contratación Pública ya se regulaba, aunque de manera desacertada, la presentación de reclamos en la fase precontractual, en el mencionado Reglamento Sustitutivo no se hizo alusión alguna a tal mecanismo de reclamación.

Indicamos que ante la ausencia de un procedimiento eficiente y confiable para presentar reclamos, los oferentes recurrían a cuanta entidad consideraban que podía intervenir para salvaguardar sus intereses, entre las que se contaban la Contraloría General del Estado y a la Procuraduría General del Estado, las cuales, por algún tiempo y mientras tuvieron la facultad de emitir los informes a los que nos referimos anteriormente, al receptor un reclamo o denuncia de un interesado en participar o de un participante como tal o de un oferente en un proceso precontractual cuyo proyecto de contrato debía someterse a la expedición de su informe, requerían el criterio de la correspondiente entidad acerca del reclamo o denuncia. De considerarse fundamentado tal criterio, y en el entendido que el procedimiento se había ceñido a las disposiciones que lo regían, el informe era favorable y, en consecuencia, el contrato podía suscribirse, pero si el criterio no se consideraba satisfactorio, el informe era desfavorable y ello impedía la celebración del instrumento contractual.

Si bien lo anterior no contaba con un sustento normativo expreso, el concepto era que los organismos informantes debían contar con todos los elementos de juicio que les fuera posible obtener para determinar la corrección de las actuaciones administrativas relacionadas con los procesos que originaban los proyectos de contratos que se sometían a su consideración. De hecho, en determinadas oportunidades, los reclamos ante ellas presentados pusieron en conocimiento de la Contraloría y de la Procuraduría hechos que de otra manera no habrían podido ser considerados al emitir sus informes.

1.1.9. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

En el Registro Oficial 395 (S) de 4 de agosto de 2018, se publicó la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, LOSNCP, expedida por el Pleno de la Asamblea Constituyente.

El que la LOSNCP fuera expedida con anterioridad a la Constitución hizo necesario que luego se tuviera que expedir una Ley Reformativa a la LOSNCP para, entre otros fines como corregir parte de una serie de errores en los que se había incurrido en su articulado, adaptar sus disposiciones al texto de la Constitución. Lo que lleva a plantear la interrogante de si no hubiera sido más coherente expedir la Constitución y que luego el ente competente expidiera la LOSNCP, ello claro, sin entrar en el tema de fondo que es si la Asamblea Constituyente tenía atribuciones para emitir leyes.

En el artículo 1 de la LOSNCP se dispone que esta establece el Sistema Nacional de Contratación Pública y determina los principios y normas para regular los procedimientos de contratación para la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultoría, que realicen las entidades que se mencionan en ocho números: Del 1 al 6 están incluidas, en términos generales, las que comprenderían el sector público de conformidad con el artículo 225 de la Constitución de la República, que, como dijimos, se expediría posteriormente; y, en los números 7 y 8 se incluye a ciertas corporaciones, fundaciones, sociedades civiles y compañías mercantiles, aunque en el resto del articulado esta importante inclusión de entidades de derecho privado pasa desapercibida, lo que también incide en el tema objeto de este Trabajo, como lo analizaremos oportunamente.

Resulta importante destacar que la LOSNCP, en el artículo 4, estableció los principios que, para su aplicación y en los contratos que de ella deriven, deben ser observados. Estos son los de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad y participación nacional.

La LOSNCP derogó todas las disposiciones generales y especiales que se le opusieran, señalando algunas de forma particular, así como las normas especiales de contratación pública contenidas en otras leyes, con excepción expresa de “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.”¹¹

Es decir, que en principio, la LOSNCP abarcó a todas las entidades y organismos que conforman el sector público, a más de determinadas entidades de derecho privado, lo que contrarrestó la perjudicial proliferación de normativa en temas de contratación pública a la que nos referimos anteriormente. Lo único que quedó por fuera de su ámbito fueron contadas contrataciones, insistimos, no entidades como tal.

En lo concerniente a los reclamos y recursos en la fase precontractual la LOSNCP trajo las siguientes disposiciones:

Artículo 102.- Reclamaciones y Recursos Administrativos.- Los oferentes que se consideren afectados por actos administrativos emitidos por las entidades previstas en el artículo 1 de la presente Ley por asuntos relacionados con su oferta, respecto al trámite precontractual o de la adjudicación, tendrán el derecho de presentar las reclamaciones y los recursos administrativos de los que se crean asistidos, de conformidad con la Ley.

La reclamación o recurso presentado no suspende la ejecución del acto impugnado.

De la resolución que tome la entidad se podrá presentar demanda contencioso administrativa.¹²

Artículo 103.- Términos para Deducir la Impugnación y para Resolver.- Exclusivamente para deducir la impugnación prevista en esta Ley, los oferentes tendrán el término de cinco (5) días contados desde la notificación de la adjudicación, la Entidad Contratante en el término de cinco (5) días calificará el recurso como procedente o mandará a ampliarlo, debiendo expedir, de manera motivada, su resolución en un término no mayor a quince (15) días contados a partir de la providencia de calificación del recurso presentado.¹³

Como vemos, sin entrar en un mayor análisis sobre su alcance y contenido, ya se trata de normas específicas vinculadas con la presentación de reclamos e interposición de recursos en la fase precontractual de los procesos de contratación pública, constantes en una Ley que abarcaba a la totalidad de entidades y organismos públicos, incluso a algunos privados, y que establecía determinadas actuaciones procesales y periodos para ejecutarlas.

¹¹ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Disposición Derogatoria 9. Registro Oficial No. 395, Suplemento, de 4 de agosto de 2008.

¹² Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Artículo 102. Registro Oficial No. 395, Suplemento, de 4 de agosto de 2008.

¹³ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Artículo 103. Registro Oficial No. 395, Suplemento, de 4 de agosto de 2008.

Para ejemplificar el aserto de que en el resto del articulado de la LOSNCP no se consideró que en su artículo 1 se había incluido dentro del ámbito de aquella a determinados entes de naturaleza privada, reparemos en que el título del transcrito artículo 102 es Reclamaciones y Recursos *Administrativos* y, en aquél, se determinó que los oferentes tenían el derecho de presentar reclamaciones y recursos *administrativos*, cuando se consideraran afectados *por actos administrativos* emitidos por las entidades previstas en el mismo artículo 1. Obviamente, lo anterior no resulta aplicable al caso de los procesos tramitados por entidades privadas sometidas a las disposiciones de la LOSNCP.

1.1.10. Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

En el Registro Oficial 399 (S) de 8 de agosto de 2008, se publicó el Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, cuerpo normativo que tuvo una corta vigencia de tan sólo nueve meses, en la cual fue reformado en dos oportunidades: mediante Decretos Ejecutivos No. 1331, publicado en el Registro Oficial 427 (S) de 17 de septiembre de 2008 y No. 1516, publicado en Registro Oficial 498 (S) de 31 de diciembre del 2008. Debieron ser tantas y de tal naturaleza las deficiencias del aludido Reglamento que, en lugar de seguirlo reformando, más bien se optó por sustituirlo por uno nuevo, el que también adolece de serias falencias y que, a pesar de no poder estarlo, sigue vigente hasta la actualidad.

En virtud de lo arriba anotado y por no aportar significativamente al objeto de este Trabajo no analizaremos con detalle las disposiciones (artículos 152 a 160) del primer Reglamento General de la LOSNCP que desarrollaban lo dispuesto en los artículos 102 y 103 de aquélla. Sin perjuicio de lo cual, para ejemplificar la falta de sindéresis de tal normativa recordemos que el inciso segundo del artículo 102 de la LOSNCP ordenaba que la reclamación o el recurso presentado no suspendía la ejecución del acto impugnado. Pese a lo anterior, que resulta claro y categórico, en el artículo 160 del primer Reglamento General de dicha Ley se dispuso: “Suspensión de la ejecución.- La interposición de cualquier reclamo o recurso no suspenderá la ejecución del acto impugnado, salvo decisión en contrario de la autoridad.”

1.1.11 Resoluciones INCOP/SERCOP.

La LOSNCP, en su artículo 10, creó el Instituto Nacional de Contratación Pública, INCOP, como un organismo de derecho público, técnico y autónomo, con personalidad jurídica propia y autonomía administrativa, técnica, operativa, financiera y presupuestaria. Como se aprecia, el concepto de autonomía estaba erróneamente repetido. La misma norma dispuso que el INCOP ejercería la rectoría del Sistema Nacional de Contratación Pública conforme a determinadas atribuciones, entre las que, en el número 9, constaba la de “Dictar normas *administrativas*, manuales e instructivos relacionados con esta Ley.”¹⁴

El 14 de octubre de 2013 se publicó la Ley Orgánica Reformatoria a la LOSNCP. El artículo 2 de esta Ley Reformatoria, entre otros particulares, sustituyó el primer inciso del artículo 10 de la LOSNCP y se creó el Servicio Nacional de Contratación Pública, SERCOP, en los siguientes términos:

El Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP).- Créase el Servicio Nacional de Contratación Pública, como organismo de derecho público, técnico regulatorio, con personalidad jurídica propia y autonomía administrativa, técnica, operativa, financiera y presupuestaria. Su máximo personero y representante legal será el Director General o la Directora, quien será designado por el Presidente de la República.¹⁵

Es decir que lo que en realidad ocurrió fue que se cambió el nombre de la entidad; se corrigió la repetición del carácter de autónoma; y, a la naturaleza de técnico se le agregó la calidad de regulatorio, pese a lo cual se mantuvo sin cambios la atribución constante en el número 9 del mismo artículo 10.

Tomando como sustento el mencionado artículo 10 de la LOSNCP el INCOP y luego el SERCOP dictaron, y el segundo lo sigue haciendo, una serie de Resoluciones “Externas” con las que se expide normativa de la más diversa naturaleza y que rebasa la atribución de dictar normas de *carácter administrativo*, manuales e instructivos relacionados con la Ley.

¹⁴ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Artículo 10. Registro Oficial No. 395, Suplemento, de 4 de agosto de 2008.

¹⁵ Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Artículo 2. Registro Oficial 100, Segundo Suplemento, de 14 de octubre de 2013.

El INCOP, desde el 11 de agosto de 2018 hasta el 11 de octubre de 2013, emitió 104 de tales resoluciones y el SERCOP, desde el 1 de noviembre de 2013 hasta el 16 de marzo de 2017, ha emitido 76.

En relación a lo regulado en los artículos 102 y 103 de la LOSNCP, el 24 de marzo de 2014 el Director General del SERCOP expidió la Resolución No. RE-SERCOP-2014-000006, con la que se emitieron las “NORMAS PARA LA PRESENTACIÓN DEL RECURSO Y RECLAMACIONES EN LA ETAPA PRECONTRACTUAL”, aunque lo óptimo hubiera sido referirse en primer lugar a las reclamaciones y luego a los recursos. En esta Resolución se dispuso que los reclamos o recursos debían ser ingresados de forma obligatoria por los reclamantes o recurrentes a través del Sistema Oficial de Contratación –SOCE- a partir del 1 de abril de 2014 y se dispuso que “de la misma forma las Entidades Contratantes necesariamente darán contestación a través del referido sistema”.¹⁶ Es decir, tanto los reclamos que se plantearan ante el SERCOP como ante la entidad contratante, debían canalizarse a través del denominado SOCE.

No deja de sorprender que pese al título de la Resolución, en su artículo 5 se tratara sobre las “Controversias provenientes de la ejecución contractual” y no menos sorprendente resulta que tan sólo 28 días después, el 21 de abril de 2014, el mismo Director General del SERCOP haya emitido la Resolución RE-2014-00007 con la que se resolvió “Suspender el uso de la herramienta informática para la presentación de reclamaciones y recursos, prevista en la Resolución No. RE-SERCOP-2014-00006 (sic) de 24 de marzo de 2014, por lo que las entidades contratantes y el SERCOP tramitarán los reclamos y/o recursos de manera documental, cumpliendo los requisitos previstos en el artículo 1 de la mencionada Resolución.”¹⁷

1.2. En la actualidad.

A continuación haremos referencia a los cuerpos normativos de contratación pública actualmente en vigencia y, en particular a las disposiciones que se vinculan con la

¹⁶ Resolución No. RE-SERCOP-2014-000006. NORMAS PARA LA PRESENTACIÓN DEL RECURSO Y RECLAMACIONES EN LA ETAPA PRECONTRACTUAL. http://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/cat_normativas/r_e_resoluciones_derogadas.

¹⁷ Resolución No. RE-SERCOP-2014-00007. http://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/cat_normativas/r_e_resoluciones_derogadas.

presentación de reclamos y recursos en la fase precontractual de los diversos procedimientos regulados por dichos cuerpos normativos, y para ello es necesario acotar que, en este Capítulo, se realizará un mera referencia introductoria a tales disposiciones, pues su análisis será profundizado en el tercer Capítulo del Trabajo.

1.2.1. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública Reformada.

La ya mencionada Ley Orgánica Reformativa de la LOSNCP sustituyó los artículos 102 y 103 de esta última por los siguientes:

Art. 102.- Reclamaciones.- Para todos los efectos de esta Ley, quienes tengan interés directo, que se consideren afectados por las actuaciones realizadas por entidades contratantes previstas en el artículo 1 de esta Ley podrán presentar un reclamo motivado ante el Servicio Nacional de Contratación Pública, quien en caso de considerar la existencia de indicios de incumplimiento de las normas de la presente ley, su reglamento y las regulaciones, normas técnicas y demás normativa emitida por el Servicio Nacional de Contratación Pública SERCOP, notificará de este particular a la máxima autoridad de la entidad contratante, quién dispondrá la suspensión del proceso por el plazo de siete días hábiles, en el que deberá presentar las pruebas y argumentos técnicos correspondientes.

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

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

El reclamo que trata el presente artículo, se podrá ejercer sin perjuicio del recurso administrativo previsto en esta Ley que se pueda interponer contra actos administrativos expedidos por las entidades públicas; y, las acciones judiciales previstas en la normativa vigente.

Todo esto sin perjuicio de una reclamación ante la misma entidad contratante, de así considerarlo quien tenga interés directo.

Operará la preclusión de derechos, una vez transcurridos tres días hábiles después de concluida cada fase del proceso de contratación pública.

Los procesos de contratación pública no son susceptibles de acciones constitucionales porque tienen mecanismos de defensa adecuados y eficaces para proteger los derechos derivados de tales procesos previstos en la Ley.

La suspensión del proceso no dará lugar a ningún tipo de reparación o indemnización a los oferentes.

Art. 103.- Del Recurso.- El recurso de apelación se podrá interponer exclusivamente de los actos administrativos expedidos por entidades públicas contratantes. Quienes tengan interés directo en el proceso de contratación pública dispondrán del término de

tres (3) días contados desde la notificación del acto administrativo para formular su recurso. La entidad contratante deberá expedir su resolución, de manera motivada, en un término no mayor a siete (7) días contados a partir de la interposición del recurso.

El recurso presentado no suspende la ejecución del acto administrativo impugnado. Sin embargo de no resolverse el recurso en el término previsto en el inciso anterior, el Servicio Nacional de Contratación Pública SERCOP suspenderá en el portal institucional la continuación del procedimiento hasta la resolución del recurso interpuesto; sin perjuicio de la responsabilidad administrativa y civil a que hubiere lugar.¹⁸

1.2.2. Segundo Reglamento General de la LOSNCP.

En el Registro Oficial 588 (S) de 12 de mayo de 2009 se publicó el Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública que derogó al Reglamento del mismo nombre publicado en el Registro Oficial 399 (S) de 8 de agosto de 2008, al que ya nos hemos referido.

El primero de los cuerpos reglamentarios aludidos se encuentra aún en vigencia, aunque, como adelantamos, no debería estarlo. Sobre este importante tema volveremos en el tercer Capítulo.

1.2.3. RESOLUCIÓN No. RE-SERCOP-2016-0000072.

Mediante Resolución No. RE-SERCOP-2016-0000072 de 31 de agosto de 2016 el Director General del Servicio Nacional de Contratación Pública expidió la Codificación y Actualización de las Resoluciones Emitidas por el Servicio Nacional de Contratación Pública, que fue modificada el 30 de septiembre del mismo año.¹⁹

El TITULO XI de la referida Resolución se denomina “NORMAS PARA LA PRESENTACION DE DENUNCIAS Y RECLAMACIONES EN LA ETAPA PRECONTRACTUAL ANTE EL SERVICIO NACIONAL DE CONTRATACION PÚBLICA”, su CAPITULO I trata sobre las “DISPOSICIONES COMUNES” (artículos 470 a 474); el CAPITULO III regula el RECLAMO DE AFECTACION AL OFERENTE (artículos 480 a 483); y, el CAPITULO IV aborda EL RECURSO DE APELACION en un solo artículo, el 484.

¹⁸ Ley Orgánica Reformativa a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Artículo 25. Registro Oficial 100, Segundo Suplemento, de 14 de octubre de 2013.

¹⁹ Resolución No. RE-SERCOP-2016-0000072, Codificación y Actualización de las Resoluciones Emitidas por el Servicio Nacional de Contratación Pública. http://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/cat_normativas/nor_res_ext.

La DISPOSICIÓN DEROGATORIA dispone: Deróguense las siguientes Resoluciones expedidas por el Servicio Nacional de Contratación Pública hasta la presente fecha: Nota: Para leer Tablas, remitirse a PDF.” Es decir que por alguna razón las Resoluciones que se derogan no constan señaladas en la misma Resolución Codificatoria sino en Tablas que se anexan a ella.

La DISPOSICION FINAL UNICA determina: “La presente Codificación regirá a partir de la fecha de su publicación”. Si bien no se lo manifiesta expresamente, se entiende que se hace referencia a su publicación en el Registro Oficial, como ha ocurrido con otras Resoluciones del INCOP/SERCOP, pero, hasta la presente fecha, tal publicación no se ha producido.

De lo hasta aquí expuesto en este Capítulo, podríamos concluir que la normativa que ha regulado la presentación de reclamos y recursos en la fase precontractual de los procesos de contratación pública en Ecuador no ha sido lo suficientemente desarrollada, profundizada y sistematizada como la trascendencia de tema lo amerita, pero que en todo caso aquella normativa constituye el antecedente de las disposiciones que, en esencia, rigen al momento la materia. El análisis de tales disposiciones, a la luz de los derechos constitucionales al debido proceso y a la seguridad jurídica, constituye precisamente el eje del Capítulo final.

2. CAPÍTULO II: DERECHOS CONSTITUCIONALES RELACIONADOS.

En este Capítulo, principalmente, haremos una breve descripción de los derechos a la seguridad jurídica y al debido proceso desde el punto de vista doctrinario y jurisprudencial así como de la manera en que son abordados en la vigente Constitución de la República.

Resulta necesario anotar que en la doctrina que hemos revisado al respecto, indistintamente se hace alusión a la seguridad jurídica y al debido proceso como derechos, como garantías y como principios. Viene entonces al caso citar a Rafael Oyarte quien manifiesta:

Las normas, muchas veces, utilizan conceptos específicos para definir un genérico. De este modo, la Constitución de 1998 utilizaba la expresión *garantías del debido proceso* para describir a las normas contenidas en su texto que se referían al debido proceso, 42 al

igual que la Convención Americana de Derechos Humanos al señalarlas como *garantías judiciales* (Art. 8CADH), cosa que también hace la Constitución de 2008 cuando indica que las normas procesales “harán efectivas las garantías del debido proceso” (Art. 169 CE), pese a que la vigente carta Primera se refiere a ellas como *derechos de protección*, aunque esa denominación es empleada únicamente en la denominación del capítulo relativo a estas normas, 43 pues luego habla al derecho al debido proceso y de sus garantías básicas (Arts. 76 y 77 CE).

Al efecto se debe diferenciar la regla del principio y los derechos de las garantías, distinciones aplicables al debido proceso, aunque se debe tener presente que el control de constitucionalidad no se dirige solo en el caso de violación de normas constitucionales que contienen reglas sino en general, las que consagran derechos valores y principios. 44²⁰

En todo caso, por cuanto la vigente Constitución de la República otorga a la seguridad jurídica y al debido proceso la calidad de derechos, así enfocaremos su estudio a lo largo de este trabajo.

2.1. Derecho a la Seguridad Jurídica.

2.1.1. Definiciones Doctrinarias.

Juan Alfonso Santamaría Pastor, en pocas palabras, nos ilustra sobre la importancia de la seguridad jurídica al señalar que esta ha sido considerada, en todas las épocas y lugares, como un “principio general del Derecho”, siempre esencial en la ciencia jurídica.²¹

Pero la definición como tal del concepto de seguridad jurídica no resulta tan sencilla de obtener. Así, el mismo autor antes citado expresa:

La identificación del llamado comúnmente principio de seguridad jurídica es simple, y a la vez, compleja. Es simple, porque la seguridad jurídica evoca inmediatamente certeza o certidumbre del Derecho, es decir, reglas y técnicas o instrumentos jurídicos que lo integran, de modo que se conozca de antemano el sentido y las formas de su interpretación y aplicación. Es compleja porque, la permanente innovación del principio en las propias normas jurídicas y por sus operadores, a todos los niveles y para justificar o explicar cualquier disposición, decisión o medida, acaba por producir desconcierto e incertidumbre.²²

Alberto Wray, al referirse al concepto de seguridad jurídica señala:

En la doctrina, el concepto alude al conjunto de condiciones necesarias para anticipar las consecuencias jurídicas de la conducta personal y de la de terceros. Propuesto como

²⁰ Rafael OYARTE. *Debido Proceso*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2016, p. 24.

²¹ Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR. *Los Principios Jurídicos del Derecho Administrativo*. Madrid: Nueva Imprenta S. A., 2010, p. 73.

²² *Id.*, p. 75.

principio constitucional, significa que el orden jurídico proscribiera cualquier práctica en el ejercicio del poder que conduzca a la incertidumbre, es decir, a la imposibilidad de anticipar o predecir las consecuencias jurídicas de la conducta.

No se trata de una regla susceptible de invocarse para valorar los actos de poder creadores de normas particulares, si son el resultado de facultades regladas. Si tales actos se apartan de lo ya establecido en la ley, habrá un problema de legalidad del acto en sí, sin que pueda decirse que está en juego la garantía constitucional de la seguridad jurídica, porque el conjunto de condiciones que la configuran no ha sido alterado.

Distinto es el caso de los actos creadores de normas generales: las leyes, las ordenanzas, los reglamentos, pueden atentar directamente contra la seguridad jurídica en cuanto establezcan reglas de alcance general de cuya aplicación se genere la incertidumbre jurídica. Esto ocurre, por ejemplo, con las leyes retroactivas.

De aquí nace la vinculación entre el debido proceso y la garantía constitucional a la seguridad jurídica. De hecho, esta última no es sino una regla del debido proceso aplicable al ejercicio del poder normativo [las cursivas son mías].²³

La cita previa resulta trascendente a los fines de este trabajo al reseñar el origen de la vinculación entre el debido proceso y la seguridad jurídica y estimamos que, de hecho, las leyes, las ordenanzas y los reglamentos pueden atentar también de manera directa contra la seguridad jurídica cuando no tienen la claridad exigida por la Carta Magna.

Antonio-Enrique Pérez Luño, hace alusión a la seguridad jurídica considerándola como un valor e indica:

La **seguridad jurídica** es un valor estrechamente ligado a los Estado de Derecho que se concreta en exigencias objetivas de: *corrección estructural* (formulación adecuada de las normas del ordenamiento jurídico) y *corrección funcional* (cumplimiento del Derecho por sus destinatarios y especialmente por los órganos encargados de su aplicación). Junto a esa dimensión objetiva la seguridad jurídica se presenta, en su acepción subjetiva encarnada por la *certeza del Derecho*, como la proyección en las situaciones personales de las garantías estructurales y funcionales de la seguridad objetiva.²⁴

2.1.2. El Derecho a la Seguridad Jurídica en la Constitución.

Cabe reiterar en esta parte que si bien la LOSNCP se expidió cuando todavía estaba en vigencia la anterior Constitución, la de 2008, los artículos 102 y 103, objeto de nuestro análisis, fueron reformados por la Ley Orgánica Reformatoria de la LOSNCP publicada en

²³ Alberto WRAY. *El debido Proceso en la Constitución*. http://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/archivo_de_contenidos/Documents/IurisDictio_1/El_debido_proceso_en_la_constitucion.pdf (acceso 01-10-2016).

²⁴ Antonio-Enrique PÉREZ LUÑO. *La Seguridad Jurídica: Una Garantía del Derecho y la Justicia*. Boletín de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla, núm. 15, 2000, p. 28.

el Registro Oficial No. 100, Segundo Suplemento, de 14 de octubre de 2013, es decir, bajo el amparo de la actual Constitución.

Rafael Oyarte expresa que “Hay unos pocos derechos que tienen *definición* constitucional, como la seguridad jurídica (Art. 82 CE) mientras que la mayoría son definidos legislativamente, cuando no solamente de modo doctrinario y jurisprudencial.”²⁵

Si bien la Constitución de la República en su artículo 82 sí hace referencia al derecho a la seguridad jurídica, dicha disposición, más que proporcionar una definición como tal del mencionado derecho, lo que hace es reseñar sus fundamentos en los siguientes términos: “El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.”²⁶

Para tener una idea más clara de lo que implica que una norma sea previa, clara y pública, y por cuanto el análisis de este trabajo se centra en disposiciones de carácter legal, es del caso mencionar que Jorge Zavala Egas, como requisitos que la ley debe observar en una correcta positivización del derecho a efectos de una seguridad jurídica estructural, anota los siguientes:

1. Lege promulgata, que se refiere a la necesidad de las leyes escritas y a su publicación para el conocimiento de todos pues, no existe mayor inseguridad que vivir en el desconocimiento de las consecuencias de los propios actos y las de las acciones de los demás [...].
2. Lege manifiesta, la exigencia de la claridad de las leyes, a evitar su obscuridad, su doble sentido [...].
3. Lege plena, implica la ausencia de lagunas normativas en el sistema jurídico [...].
4. Lege stricta, se refiere al principio de Reserva de Ley [...].
5. Lege previa, lo cual implica que siempre debe poder predecirse las consecuencias de un acto porque se conoce las consecuencias con antelación, esto es, se trata de posibilitar la previa calculabilidad de los efectos jurídicos de los comportamientos. Por ello, contradice esta exigencia la retroactividad de las leyes [...].
6. Lege perpetua, referida a la necesaria estabilidad del Derecho que es fundamental para generar certeza en su contenido [...].²⁷

²⁵ Rafael Oyarte. *Debido Proceso*. Óp. Cit., p. 25.

²⁶ Constitución de la República. Artículo 82. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

²⁷ Jorge ZAVALA EGAS. *Teoría de la Seguridad Jurídica*. http://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/archivo_de_contenidos/Documents/IurisDictio_8/Teoria_de_la_seguridad_juridica.pdf (acceso 20/10/1016).

Como vemos, dentro de los requisitos mencionados por Zavala Egas se abarcan tres de las cuatro características que la Constitución de la República determina que deben reunir las normas jurídicas para fundamentar el derecho a la seguridad jurídica. Así, que las normas deban ser previas, corresponde al requisito de lege previa; claras, al principio de lege manifiesta; y, públicas, al de lege promulgata. Las tres características referidas son inherentes a las normas en sí mismas, mas, la restante constante en la Constitución, se relaciona con otra faceta, con su aplicación.

Puesto que más adelante procuraremos determinar si los artículos 102 y 103 de la LOSNCP observan los derechos constitucionales al debido proceso y a la seguridad jurídica, en este segundo caso lo que nos interesará será evidenciar si tales normas reúnen las particularidades de ser previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes. A su vez, por cuanto de estas características estimamos que aquella que amerita una mayor profundización en su examen para los fines propuestos es la relacionada con la claridad, enseguida revisaremos de manera breve lo que implica que una norma sea clara.

2.1.3. Normas Claras.

De acuerdo con la definición que otorga el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española a la palabra clara, para que una norma tenga esa calidad debe ser fácil de comprender y no dejar lugar a duda o incertidumbre.

Ya desde el punto de vista normativo, Israel Ramiro Campero Méndez, en su Manual de Técnica Legislativa, trabajo que según el propio autor está dirigido a los assembleístas y fundamentalmente a los técnicos legislativos a fin de coadyuvar a su actividad, considera a la claridad como uno de los principios legislativos o de legislación y lo desarrolla de la siguiente manera:

Principio de Claridad. La Ley ha dejado de ser monopolio de los abogados o "letrados" por ello debe ser lo más clara posible, ya que su contenido debe ser de fácil acceso, tanto para un erudito del derecho como para una persona sencilla que la requiera por necesidad o por simple curiosidad, la ley no está vedada a nadie.²⁸

²⁸ Israel Ramiro CAMPERO MÉNDEZ. *Manual de Técnica Legislativa*. La Paz: ROTEMBOL Impresiones Gráficas, 2013, p. 121.

En concordancia con lo expuesto por Jorge Zavala Egas, Antonio-Enrique Pérez Luño, al referirse a las condiciones de corrección estructural de las normas jurídicas hace referencia a la de *lex manifesta* y enuncia:

La claridad normativa requiere una tipificación unívoca de los supuestos de hecho que evite, en lo posible, el abuso de conceptos vagos e indeterminados, así como una delimitación precisa de las consecuencias jurídicas. Con lo que se evita la excesiva discrecionalidad de los órganos encargados de la aplicación del Derecho.²⁹

Se puede concluir que para que tenga consistencia y sentido lo que el artículo 82 de la Constitución de la República dispone en relación a los requisitos que las normas jurídicas deben observar para constituirse en fundamento del derecho a la seguridad jurídica, principalmente lo vinculado con la claridad, es necesario partir de un supuesto que con frecuencia y erróneamente se da por hecho: que tales normas jurídicas, en último término, estén “bien hechas”.

Pero “hacer” una norma, una ley específicamente, no es tarea simple. El mismo Israel Ramiro Campero Méndez nos ayuda a visualizar el porqué de ello, al manifestar:

[L]o cierto y verdaderamente indiscutible es que la Ley es un constructo humano, dirigido a reglar una situación que al hacerse situación o relación jurídica se encuentre normada y existan las garantías propias de toda relación entre pares.³⁰

Si convenimos en que la Ley es un constructo humano dirigido a reglar una situación, la que sea, para hacerla relación jurídica y por lo tanto tutelable en derecho, su construcción no es tarea sencilla y mucho menos de segundo orden, pero si a esto le añadimos un elemento más, que el sistema de fuentes se ha multiplicado, estamos ante un trabajo por demás complicado, delicado y complejo.³¹

La redacción de la Ley puede llevar consigo, solo como ejemplo, un problema de constitucionalidad formal o material, esta carga se lleva consigo el procedimiento legislativo. Que la norma sea o no una decisión no debería importarnos en grado tal que adquiriera trascendencia, si la aplicación de la Ley obedece a su forma de producción, que le da su eminente validez; por lo tanto en cuento la norma deja de ser proyecto para ser ley, lo que verdaderamente nos interesa es su aplicación o aplicabilidad, no obstante sobresalta y sobresaltará siempre el procedimiento, esto es, el hecho de haber producido una norma con estándares mínimos de adecuada producción.³²

²⁹ Antonio-Enrique PÉREZ LUÑO. *La Seguridad Jurídica: Una Garantía del Derecho y la Justicia*. Óp. cit., p. 28.

³⁰ Israel Ramiro CAMPERO MÉNDEZ. *Manual de Técnica Legislativa*. Óp. cit., p. 9.

³¹ *Id.*, p.10.

³² *Id.*, p.13.

En palabras llanas, para que una norma sea clara es necesario que esté “bien hecha”, concepto simple pero recogido por la doctrina, así Eliseo Muro Ruiz, señala:

[L]a técnica legislativa se constituye con las reglas para hacer bien una norma, pues involucra su redacción, su ordenación y su división en artículos, incisos y apartados, así como su clasificación en libros, títulos y capítulos. Esta técnica pertenece al mundo del ser (la elaboración de la ley); *en cambio, el derecho parlamentario constituye la normatividad* [...] que contempla el procedimiento formal para que un proyecto de ley se convierta en norma jurídica, por lo que se refiere al deber ser. En consecuencia, en el proceso legislativo se involucran criterios técnicos y procedimientos para aprobar las disposiciones legales, como la iniciación, discusión, aprobación y promulgación de una iniciativa legislativa. Si la técnica legislativa asiste a elaborar el proyecto legislativo con claridad, precisión y buena redacción, el derecho parlamentario contribuye a convertirlo en vigente y obligatorio para los destinatarios, y el derecho legislativo regula el procedimiento legislativo, es decir, las formalidades a seguir por quien goza de la potestad de hacer leyes”.³³

2.1.4. La Técnica Legislativa.

Como se puede apreciar, el hacer bien una norma, lo que indudablemente debe conllevar a que esta sea clara, requiere de una importantísima actividad denominada Técnica Legislativa, la cual tampoco es fácil de definir, como lo manifiesta Héctor Pérez Bourbon según anotamos a continuación:

El concepto de Técnica Legislativa es más fácil de captar que de volcar en una definición. Pero como una aproximación, podemos decir que la Técnica Legislativa es el arte de elaborar textos normativos sin defectos, o con la menor cantidad posible de defectos. Se trata de un arte compuesto por un conjunto de habilidades o destrezas específicas. Cada una de estas destrezas específicas es una técnica legislativa.³⁴

El propio Pérez Bourbon al plantearse qué es la técnica legislativa, se responde haciendo una distinción que resulta adecuada para establecer la perspectiva que nos resulta más útil de ese concepto:

En efecto, distintos autores se refieren a la Técnica Legislativa aunque no en todos los casos esa locución se utiliza para expresar el mismo concepto o para abarcar el mismo objeto. Así, por ejemplo, algunos enfocan la Técnica Legislativa hacia el procedimiento que sigue un proyecto hasta que se convierte en ley, lo que podría denominarse Técnica Legislativa externa o formal; para otros está más ligada a la elaboración de las leyes teniendo en cuenta su contenido normativo, lo que la coloca muy cerca, y en cierta medida superpuesta, con la Política Legislativa.³⁵

³³ Eliseo MURO RUIZ. *Algunos Elementos de Técnica Legislativa*. México D.F.: Universidad Autónoma de México, 2007, p. 29.

³⁴ Héctor PÉREZ BOURBON. *Manual de Técnica Legislativa*. Buenos Aires: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2007, p. 19.

³⁵ *Id.*, p. 17.

El enfoque que queremos resaltar de la técnica legislativa, para los fines del trabajo, es el relacionado con la elaboración de las leyes y al respecto, nuevamente, Pérez Bourbon explica que lo que hace la técnica legislativa es transcribir, traducir a un texto escrito la decisión política del legislador, y añade que esta traducción debe cumplir tres requisitos que son básicos, los cuales citamos textualmente dado lo comprensibles que resultan:

a) Debe ser coherente con el resto del ordenamiento jurídico. No debe olvidarse que cuando un cuerpo legislativo aprueba un proyecto de ley, no lo hace para que permanezca aislado sino que su destino será incorporarse al orden jurídico. En tal sentido, debe mantenerse la coherencia entre la norma que se propone y el resto de la normativa vigente. Esta tarea no es exclusivamente del técnico legislativo, por cuanto la decisión acerca del contenido jurídico de la norma es una atribución del legislador. Sin embargo, sí debe el técnico advertir acerca de las incoherencias que pudieran plantearse y proponer una solución coherente.

b) Debe ser un fiel reflejo de la decisión política que motivó al legislador. Muchas veces sucede que, por defectos en la elaboración del texto, la decisión política se ve alterada o, al menos, no queda claro cuál fue realmente esa decisión.

Por supuesto, si la decisión política no es clara, el cumplimiento de este requisito se transformará en algo imposible. Debe, en consecuencia, el técnico, inquirir con precisión al decisor político acerca de cuál es la decisión adoptada.

c) El texto debe ser interpretado de la misma manera por cualquier lector, condición *sine qua non* para garantizar los derechos elementales de seguridad jurídica y de igualdad ante la ley.

En efecto, si la ley admite diferentes interpretaciones, es imposible garantizar la seguridad jurídica: el ciudadano puede haber actuado conforme su interpretación de la ley pero el juez decidir que esa interpretación no es la correcta y que, por lo tanto, el ciudadano ha incumplido la ley.

Asimismo, la igualdad ante la ley se transforma en una mera ilusión: ante dos casos objetivamente iguales, dos jueces podrán aplicar leyes diferentes según la interpretación que cada uno de ellos le dé al texto legal.

Esta tarea, la de asegurar al texto una interpretación unívoca, es tal vez la tarea más importante del técnico legislativo y es de su exclusiva responsabilidad.³⁶

De lo que hemos anotado acerca de la técnica legislativa, se advierte la importante vinculación que esta actividad tiene para que se cumpla con el requisito de claridad que nuestra Constitución exige que observen las normas jurídicas a fin de sustentar el derecho a la seguridad jurídica.

³⁶ Héctor PÉREZ BOURBON. *Manual de Técnica Legislativa. Óp. cit.*, p. 18.

Sin embargo, la Ley Orgánica de la Función Legislativa, en su artículo 30, al crear la Unidad de Técnica Legislativa con el objeto de acompañar el proceso de creación de las normas y proveer a las comisiones especializadas y al Pleno de la Asamblea de un informe no vinculante, circunscribió tal tarea a los siguientes temas:

1. Normas legales vigentes que se verían afectadas o deberían derogarse o reformarse con la aprobación de la norma propuesta;
2. Lenguaje utilizado en la norma y revisión de lenguaje no discriminatorio;
3. Impacto de género de las normas sugeridas; y,
4. Estimación del costo que podría provocar la implementación de la norma.³⁷

Se evidencia que de las materias sobre las que la Unidad Técnica Legislativa de la Asamblea Nacional puede tratar en sus informes, la que se relacionaría con la claridad de la norma cuyo proceso de creación acompaña, solamente se restringe al “lenguaje utilizado” en tal norma, lo que está lejos de aquello que el ejercicio de una adecuada técnica legislativa exige, según lo hemos referido.

En todo caso, la norma antes invocada en su último inciso dispone que quienes integren dicha “comisión” multidisciplinaria, aunque en el mismo artículo se la denominó inicialmente como “unidad”, serán profesionales hombres y mujeres, altamente calificados para el tratamiento de los temas que antes transcribimos.

2.1.5. El Estado Constitucional de Derechos y la Seguridad Jurídica.

El artículo 1 de la Constitución de la República determina:

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.³⁸

Jorge Zavala Egas, al analizar el concepto de Estado constitucional de derechos al que alude la vigente Constitución manifiesta:

La concepción del *Estado garantista* es la del Estado constitucional de derecho, es decir, aquél que se construye sobre los derechos fundamentales de la persona y en el rechazo al ejercicio del poder arbitrario. Es aquel en que el legalismo no es suficiente para considerar frenado o limitado al poder legislativo que, libérrimo en cuanto a dotar de cualquier contenido a las leyes, puede ejercerse, junto a su aplicación por los jueces, en forma autoritaria y despótica. Estado que asume el *garantismo*, en cambio, es el que

³⁷ Ley Orgánica de la Función Legislativa. Artículo 30. Registro Oficial No. 642, Suplemento, de 27 de julio de 2009.

³⁸ Constitución de la República. Artículo 1. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

vincula los derechos fundamentales consagrados en la Constitución con todos los poderes públicos.³⁹

El propio Zavala Egas, al referirse a las garantías en un Estado garantista, declara:

Se trata de un Estado que se erige como único productor de normas jurídicas (*positivismo jurídico*) que se encuentra regulado, desde la producción normativa misma, por normas positivas que indican quién, cómo y cuándo hacerlo (*formas*) y, además, prescribe con qué contenido (*sustancial o material*). Luego, el Estado produce normas jurídicas que son *válidas* y existen porque se hacen por los órganos competentes y siguiendo las formalidades previstas (*ser del Derecho*), pero también su validez la hace depender de su *contenido o sustancia*, lo que implica su *deber ser*, pues este no puede ir contra los límites que la Constitución le impone (*el derecho sobre el derecho*) en forma vinculante a la producción jurídica. Luego, actualmente, el Estado constitucional garantista regula constitucionalmente el mismo Derecho positivo tanto en la *forma* de ser producido como en sus *contenidos* producidos. No es válida la norma que no es producto del órgano competente y que no haya seguido el procedimiento regulado, como inválida es la que contenga preceptos contrarios a los derechos de las personas, a la dignidad, a la libertad o igualdad de éstas. Este es el *modelo o sistema garantista*. Esta concepción implica revolucionar los conceptos de *validez* (simple adecuación a las formas) y *vigencia* (cualquier contenido) de las normas que preconiza el positivismo jurídico pre-garantista.⁴⁰

De lo hasta aquí asentado se colige que para que, en la práctica, se viva un verdadero estado constitucional de derechos como el que propugna la vigente Constitución de la República, la seguridad jurídica y, por ende, la existencia de normas jurídicas claras se tornan cruciales, imprescindibles y, a manera de colofón de esta parte del trabajo, consideramos pertinente citar a Fabián Corral, quien proclamó:

Sí, la ley debería ser el mandato escrito por gente sabia, por legisladores reflexivos, y administrada por jueces imparciales. La ley fue uno de los inventos de la civilización para ponerle coto al poder, eliminar la discrecionalidad, distinguir el pecado del delito, y expresar los derechos con los que cada persona viene al mundo.

La ley es tema difícil, y no se reduce a votar textos. La ley debería ser el alero que nos proteja de los aguaceros de la arbitrariedad, el argumento de la gente frente al poder, la garantía de las libertades y el aval de la propiedad. La ley constitutiva del Estado de Derecho fue descubrimiento de los liberales, de los laicos, de quienes creen que la ética de la democracia es la tolerancia. La ley –esa ley- es lo único que puede legitimar la actuación del juez y del gobernante, es lo que dota de verdadera autoridad al ejercicio del poder.⁴¹

2.1.6. Jurisprudencia sobre el Derecho a la Seguridad Jurídica.

La Corte Constitucional se ha pronunciado en diversas ocasiones respecto del objetivo del derecho constitucional a la seguridad jurídica, de la siguiente manera:

³⁹ Jorge ZAVALA EGAS. *Lecciones de Derecho Administrativo*. Lima: EDILEX S.A., 2011, p. 108.

⁴⁰ Jorge ZAVALA EGAS. *Lecciones de Derecho Administrativo*. Lima: EDILEX S.A., 2011, p. 129.

⁴¹ Fabián CORRAL. “El poder sin pasión”. *El Comercio*. 22/06/2015. Cuaderno 1, p 4.

[A] través del derecho a la seguridad jurídica se busca lograr un mínimo aceptable de certeza y confianza ciudadana respecto de las actuaciones de los poderes públicos. Ello pues, a través de la garantía del derecho, el Estado asegura a las personas que toda actuación se realizará acorde a la Constitución; y que, para la regulación de las diversas situaciones jurídicas, existirá una normativa previamente establecida y disponible para el conocimiento público, que será aplicada únicamente por parte de las autoridades competentes para el efecto.⁴²

2. 2. Derecho al Debido Proceso.

De la misma manera que en el caso de la seguridad jurídica, esencialmente en esta parte comenzaremos por revisar algunas definiciones respecto del debido proceso desde el punto de vista doctrinario para, posteriormente, examinar cómo la vigente Constitución de la República trata tan trascendente tema.

2.2.1. Definiciones Doctrinarias.

Para Arturo Hoyos el debido proceso es:

[U]na institución instrumental en virtud de la cual debe asegurarse a las partes, en todo proceso legalmente establecido y que se desarrolle sin dilaciones injustificadas, oportunidad razonable de ser oídas por una tribunal competente, predeterminado por la ley, independiente e imparcial, de pronunciarse respecto de las pretensiones y manifestaciones de la parte contraria, de aportar pruebas lícitas relacionadas con el objeto del proceso y de contradecir las aportadas por la contraparte, de hacer uso de los medios de impugnación consagrados por la ley contra resoluciones judiciales motivadas y conformes a derecho, de tal manera que las personas puedan defender efectivamente sus derechos.⁴³

Sergio García Ramírez enuncia:

El debido proceso, que constituye un límite a la actividad estatal, se refiere al conjunto de requisitos que debe observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos.⁴⁴

Según Luis Cueva Carrión el debido proceso "... es aquel que se debe seguir para asegurar los derechos y las garantías de las partes en un procedimiento jurídico. Es la forma y la manera cómo se debe actuar procesal y jurídicamente."⁴⁵

⁴² Corte Constitucional. *Sentencia 222-16-SEP-CC*, 13 de julio de 2016. Registro Oficial Suplemento 878 de 10 de noviembre de 2016.

⁴³ Arturo HOYOS. *El Debido Proceso*. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, 1998, p. 55.

⁴⁴ Sergio GARCÍA RAMÍREZ. *El Debido Proceso Criterios de la Jurisprudencia Interamericana*. México D.F.: Editorial Porrúa, 2014, p. 22.

⁴⁵ Luis CUEVA CARRIÓN. *El Debido Proceso*. Quito: Ediciones Cueva Carrión, EMPRESDANE GRÁFICAS CÍA. LTDA., 2014, p.81.

Por la importancia que tiene para este trabajo relacionar los derechos constitucionales a la seguridad jurídica y al debido proceso, citaremos a Alberto Wray, quien al referirse a aquellos, manifiesta:

Las reglas incorporadas en la Constitución y en los instrumentos internacionales, tienen carácter eminentemente procesal y aunque vayan dirigidas fundamentalmente a los jueces y a los órganos de la administración que emiten actos creadores de normas jerárquicamente inferiores a la ley, también constituyen reglas para el legislador y permiten que el contenido de las leyes sea sometido a examen.⁴⁶

2.2.2. El Derecho al Debido Proceso en la Constitución.

El primer inciso del artículo 76 de la vigente Constitución de la República dispone: “En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso, que incluirá las siguientes garantías básicas:”⁴⁷

Sobre este primer inciso de la norma que revisamos, Luis Cueva Carrión expresa: “Nos preguntamos: ¿qué proceso no tiene como base un derecho o una obligación? Todos; por lo tanto esta redacción es defectuosa; es un auténtico pleonismo; es una redundancia viciosa de palabras innecesarias.”⁴⁸

El mismo autor antes citado plantea que bien pudo haberse realizado una mejor y más elegante redacción del mencionado inciso en los siguientes términos: “En todo proceso se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas.”⁴⁹

Además, Luis Cueva Carrión señala que el término correcto que debió emplearse no es el de “garantías básicas” sino el de “garantías mínimas”.⁵⁰

De lo anotado, podríamos concluir que las normas de la propia Constitución de la República no resultan claras, no fueron redactadas y estructuradas correctamente, por lo que el derecho a la seguridad jurídica en ella mismo propugnado no está debidamente garantizado. Paradójica situación que, al fin de cuentas, no debería llamarnos la atención si se considera que, como lo hemos visto y lo seguiremos observando, la Ley Orgánica

⁴⁶ Alberto WRAY. *El debido Proceso en la Constitución. Óp. cit.*

⁴⁷ Constitución de la República. Artículo 76. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

⁴⁸ Luis CUEVA CARRIÓN. *El Debido Proceso. Óp. cit.*, p.135.

⁴⁹ *Ibíd.*

⁵⁰ *Ibíd.*

del Sistema Nacional de Contratación Pública que adolece de significativas falencias estructurales, conceptuales y formales, y la vigente Constitución de la República fueron expedidas por la misma Asamblea Nacional Constituyente.

Cabe apuntar que la Constitución de la República, también hace alusión al debido proceso en los artículos 11, penúltimo inciso, 169 y 437, en los siguientes términos:

Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso.

Art. 169.- El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, intermediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades.

Art. 437.- Los ciudadanos en forma individual o colectiva podrán presentar una acción extraordinaria de protección contra sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia. Para la admisión de este recurso la Corte constatará el cumplimiento de los siguientes requisitos:

1. Que se trate de sentencias, autos y resoluciones firmes o ejecutoriados.
2. Que el recurrente demuestre que en el juzgamiento se ha violado, por acción u omisión, el debido proceso u otros derechos reconocidos en la Constitución.

2.2.3. Garantías del Debido Proceso.

2.2.3.1. Doctrinariamente.

Así como al tratar sobre la seguridad jurídica mencionamos que en la doctrina revisada se hace alusión a aquella y al debido proceso como derechos, como garantías y como principios, a su vez, doctrinariamente al examinar el debido proceso se mencionan los principios, normas o garantías que lo conforman o que incluye, A modo de ejemplo, hacemos referencia a dos casos:

Alberto Wray indica que cualquier intento de definición del debido proceso lleva necesariamente a la enumeración de condiciones, de modo que el camino más directo para precisar el contenido y alcance de dicho concepto consiste en identificar los principios en los que se descompone y desarrollarlos a fin de descubrir su particular forma de manifestarse en cada caso y, en efecto, a continuación trata sobre los siguientes

principios: Idoneidad; Neutralidad; Imparcialidad; Igualdad; Transparencia; Contradicción; Evidencia; y, Motivación.⁵¹

De su parte, Rafael Oyarte, en su obra *Debido Proceso*, comenta que en ella desarrolla lo que denomina distintas normas del debido proceso y, haciendo presente que en algunos casos unas se revisan a propósito de otras, se refiere y examina: El principio de legalidad o de reserva de ley, dentro del cual estudia las garantías a la proporcionalidad y la no interpretación extensiva y el derecho a la no retroactividad; La presunción de inocencia, en donde trata sobre la prueba legal; La garantía del *Non bis in ídem*; El juez natural; El derecho de defensa; y, la tutela judicial efectiva, donde se presenta la garantía de la motivación.⁵²

2.2.3.2. Constitucionalmente.

Como ya lo hemos comentado, la Constitución de la República, en el artículo 76, determina las garantías básicas que incluirá el derecho al debido proceso que debe asegurarse en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden. Estas son:

1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.
2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada.
3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.
4. Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria.
5. En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aún cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora.

⁵¹ Alberto WRAY. *El debido Proceso en la Constitución*. Óp. cit.

⁵² Rafael OYARTE. *Debido Proceso*. Óp. cit., p.29.

6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.

7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:

a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.

b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa.

c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones.

d) Los procedimientos serán públicos salvo las excepciones previstas por la ley. Las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento.

e) Nadie podrá ser interrogado, ni aún con fines de investigación, por la Fiscalía General del Estado, por una autoridad policial o por cualquier otra, sin la presencia de un abogado particular o un defensor público, ni fuera de los recintos autorizados para el efecto.

f) Ser asistido gratuitamente por una traductora o traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma en el que se sustancia el procedimiento.

g) En procedimientos judiciales, ser asistido por una abogada o abogado de su elección o por defensora o defensor público; no podrá restringirse el acceso ni la comunicación libre y privada con su defensora o defensor.

h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra.

i) Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto.

j) Quienes actúen como testigos o peritos estarán obligados a comparecer ante la jueza, juez o autoridad, y a responder al interrogatorio respectivo.

k) Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto.

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

m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.⁵³

Por el momento, solamente dejaremos enunciadas estas garantías que, de acuerdo con la Constitución, se incluyen dentro del concepto del derecho al debido proceso. Más adelante analizaremos si, las que corresponden concretamente al proceso administrativo,

⁵³ Constitución de la República. Artículo 76. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

se acogen en la normativa que regula los reclamos en la fase precontractual de los procesos de contratación pública.

2.2.4. Las Garantía del Debido Proceso en el Procedimiento Administrativo:

Viene al caso citar nuevamente a Rafael Oyarte, quien manifiesta:

Las normas del debido proceso deben ser observadas, valga la redundancia, en *todo* proceso, cuestión que si en la actualidad queda claro por expresa disposición constitucional (Art. 76, No. 1. CE), no siempre fue así, no solo por la tendencia a restringirla no solo a lo jurisdiccional sino, menos aún, solo a lo penal.⁵⁴

Por su parte, Luis Cueva Carrión indica que el debido proceso “Como derecho constitucional actúa en forma universal en todo el sistema jurídico y puede ser invocado por los ciudadanos que se consideren afectados por los órganos de poder.”⁵⁵

Marco Morales, al tratar sobre los principios generales del procedimiento administrativo, expresa:

No olvidemos que el procedimiento administrativo, constituye un cauce formal tanto para el ejercicio del Poder de la Administración Pública, como para la materialización y defensa de los derechos de los ciudadanos; por tanto, me parece en este momento importante diseñar sus principios fundamentales, que en su mayoría devienen de las garantías civiles y al debido proceso consagradas en la norma fundamental previamente analizados así como su artículo 169 que adquiere principal importancia en el tema que nos ocupa.⁵⁶

Al señalar los principios fundamentales a los que alude, Marco Morales menciona, en la letra h), al principio del debido proceso y enuncia: “El principio constitucional de la defensa en juicio del debido proceso es aplicable en el procedimiento administrativo.”⁵⁷

Jorge Zavala Egas en su obra Lecciones de Derecho Administrativo, enuncia:

La comparación entre procesos judicial y administrativo se formula por el imperativo de su proximidad conceptual, dado que son los que conducen a la aplicación del Derecho, labor propia del ejercicio de las funciones judicial y administrativa, marcando el camino a seguir para alcanzar la sentencia que resuelva el litigio o bien expedir el acto administrativo que singularice la norma abstracta de efectos generales a una situación concreta y particular. Mientras que la función legislativa es, a diferencia de las

⁵⁴ Rafael OYARTE. *Debido Proceso. Óp. cit.*, p. 28.

⁵⁵ Luis CUEVA CARRIÓN. *El Debido Proceso. Óp. cit.*, p. 81.

⁵⁶ Marco MORALES. *Manual de Derecho Procesal Administrativo*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011, p. 98

⁵⁷ *Id.*, p.112.

mencionadas, creadora del Derecho que luego será aplicado por éstas, es decir, expide el acto – fuente de Derecho y no el acto aplicativo del mismo.⁵⁸

Resulta válido mencionar también que, a continuación de lo citado, Zavala Egas conviene en manifestar que entre los procesos judicial y administrativo existen diferencias que nacen de “las particularidades propias de cada una de las funciones estatales que tales procesos tienden a cumplir”⁵⁹

En la misma línea, Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández apuntan:

Entre proceso judicial y proceso administrativo, existen sí semejanzas indudables, dada la pertinencia de ambas instituciones en un tronco común, pero hay, también, profundas diferencias como consecuencia necesaria de la diversa naturaleza de los fines a que una y otra sirven y, sobre todo, de la distinta posición y carácter de los órganos cuya actividad disciplinan. El proceso tiene como fin esencial la averiguación de la verdad y la satisfacción de las pretensiones ejercitadas por las partes *mediante la decisión de una instancia neutral e independiente de ellas, el Juez o Tribunal*. En cambio, el procedimiento administrativo, si bien constituye una garantía de los derechos de los administrados, no agota en ello su función, que es, también, y muy principalmente, la de asegurar la pronta y eficaz satisfacción del interés general mediante la adopción de las medidas y decisiones necesarias por los órganos de la Administración, *intérpretes de ese interés y, al propio tiempo, parte del procedimiento y árbitro del mismo* [las cursivas son mías].⁶⁰

De la doctrina citada se reafirma que las garantías referidas en el artículo 76 de la Constitución de la República aplican, en términos generales y con las diferencias que su naturaleza conlleva, a los procesos judiciales y administrativos, lo que es fundamental para el desarrollo de este trabajo y, específicamente de lo manifestado por Jorge Zavala Egas, se debe destacar el importante análisis sobre la relación entre quienes crean el derecho y quienes lo aplican, lo que resulta de sumo interés, ya que en último término relaciona los derechos al debido proceso y a la seguridad jurídica.

Recordemos que en el número 1 del artículo 76 de la Constitución de la República se señala que, como garantía para asegurar el derecho al debido proceso, corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.

⁵⁸ Jorge ZAVALA EGAS. *Lecciones de Derecho Administrativo*. Lima: EDILEX S.A., 2011, p. 435.

⁵⁹ Héctor Jorge ESCOLA. *Teoría General del Procedimiento Administrativo*: Buenos Aires: DEPALMA, 1973, p. 13. Citado en Jorge ZAVALA EGAS. *Lecciones de Derecho Administrativo*. Lima: EDILEX S.A., 2011, p. 435.

⁶⁰ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo II*. Madrid: Civitas Ediciones S.L., 2008, p. 453.

Que se garantice el cumplimiento de las normas jurídicas y, por tanto el debido proceso, solamente tiene sentido cuando tales normas observan las exigencias establecidas por la Constitución de la República para, a su vez, garantizar el derecho a la seguridad jurídica, exigencias entre las que debemos destacar, una vez más, la relacionada con la claridad.

2.2.5. Jurisprudencia sobre el Derecho al Debido Proceso.

Sobre el derecho al debido proceso, la Corte Constitucional, recientemente ha manifestado:

La Constitución de la República en el artículo 76, establece que en todo proceso de cualquier orden debe asegurarse el debido proceso, el mismo que de acuerdo a lo dicho por esta Corte en sentencias anteriores, se convierte en un pilar fundamental para la defensa de los derechos de las personas intervinientes dentro de un juicio, articulándose alrededor de este una serie de principios y garantías básicas que conllevan a una correcta administración de justicia, encontrando entre estas garantías, el derecho a la defensa y a su vez, la motivación de las resoluciones, entre otras.⁶¹

3. CAPÍTULO III: LAS NORMAS VIGENTES QUE REGULAN LA PRESENTACIÓN DE RECLAMOS Y RECURSOS.

En el presente Capítulo analizaremos la normativa que en la actualidad regula la presentación de reclamos y recursos en los procedimientos de contratación pública, en esencia, la constante en la LOSNCP así como en su Reglamento General y las Resoluciones expedidas por el SERCOP. El aludido análisis, tendrá como objetivo sustentar las conclusiones del trabajo.

3.1. Artículos 102 y 103 de la LOSNCP.

Debemos recordar que los vigentes textos de los artículos 102 y 103 de la LOSNCP entraron en vigencia el 14 de octubre de 2013, fecha en la que se publicó, en el Segundo Suplemento del Registro Oficial 100, la Ley Orgánica Reformatoria de aquella y en la actualidad, de conformidad con sus títulos, dichos artículos regulan lo relacionado con las “Reclamaciones” y con el “Recurso”, respectivamente.

3.1.1. Artículo 102.

⁶¹ Corte Constitucional. *Sentencia 309-16-SEP-CC*, 21 de septiembre de 2016. Registro Oficial Suplemento 798 de 14 de diciembre de 2016.

Antes que nada es necesario anotar que en el artículo 102 se hace referencia a dos posibles reclamaciones, una que se interpone ante el SERCOP y otra que se plantea ante la misma entidad contratante, pero, además, se alude a un recurso administrativo.

3.1.1.1. Reclamo ante el SERCOP.

En cuanto a la primera posibilidad para reclamar, se destaca que desde que en la Ley de Contratación Pública se incluyó el tema de las reclamaciones en la fase precontractual, es la primera vez que se establece que sea factible formular los reclamos ante un tercero.

En este caso ese tercero es el SERCOP, ente creado en virtud de lo dispuesto en el artículo 10 de la LOSNCP, norma en la que también se dispone que “su máximo personero y representante legal es el Director General o la Directora (se entiende que General también), *quien será designado por el Presidente de la República*”⁶². Además, el artículo 11 de la misma Ley, determina que su Directorio se conforma con seis miembros, cuatro de los cuales se vinculan a entidades que forman parte de la función ejecutiva.⁶³

Pueden reclamar quienes tengan interés directo, que se consideren afectados por las actuaciones realizadas por entidades contratantes previstas en el artículo 1 de la misma LOSNCP. De acuerdo con el texto original del artículo 102 de la LOSNCP, únicamente los oferentes tenían derecho a presentar reclamaciones en la fase precontractual de los procesos. Para que entonces tuviera sentido la reforma realizada, se entendería que en la actualidad, además de los oferentes, pueden presentar reclamos otras personas.

Las preguntas que emanan ante lo señalado, sin que se pueda hallar contestación en la misma LOSNCP ni tampoco en el vigente Reglamento General de esta, son: ¿Quiénes se entiende que son esas otras personas que tienen interés directo? ¿Dónde se especifica aquello? Además, ¿No hubiera sido conveniente incluir la correspondiente definición en el artículo 6 de la LOSNCP, como lo hace el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva en su artículo 107 al señalar el concepto del

⁶² Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Artículo 10. Registro Oficial No. 395, Suplemento, de 4 de agosto de 2008.

⁶³ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Artículo 11. Registro Oficial No. 395, Suplemento, de 4 de agosto de 2008.

término interesado en el procedimiento administrativo ante la Administración Pública Central?⁶⁴

La falta de respuesta a las interrogantes planteadas, en la práctica, llevan a que se presenten situaciones como la ocurrida en el caso de la licitación LPI-SECOB-INMOBILIAR-BID-BEI-0001-2015 tramitada en el año 2015 por el Servicio de Contratación de Obras, SECOB, para contratar la "CONSTRUCCIÓN DE LA PLATAFORMA GUBERNAMENTAL DE GESTIÓN DE DESARROLLO SOCIAL, UBICADA EN EL CANTÓN QUITO, PARROQUIA QUITUMBE, PROVINCIA DE PICHINCHA", en la que dos consorcios presentaron ofertas y una de ellas fue rechazada, ante lo cual una de las empresas que conformaban el respectivo consorcio presentó sendos reclamos ante la contratante y ante el SERCOP, organismo que a pesar de haber inicialmente admitido a trámite el recurso, sobre la base de un oficio que le presentara el procurador común del consorcio indicando que el reclamo presentado era de exclusiva responsabilidad de uno de los miembros del consorcio y no del consorcio como tal, posteriormente resolvió archivar dicho reclamo. Ante el pedido del miembro del consorcio cuyo reclamo se archivó para que se dejara sin efecto el contenido del oficio con el que se resolvió dicho archivo, el Director de Reclamaciones del SERCOP, Encargado, mediante oficio SERCOP-DDR-2015-0378-O de 2 de septiembre de 2015, manifestó que a pesar de lo señalado al inicio del artículo 102 de la LOSNCP, en el caso de un consorcio, el único facultado para presentar reclamos es el Procurador Común del mismo y, por ende, no uno de sus integrantes. Lo anterior conlleva, que a criterio de dicho funcionario, los miembros de un consorcio participante en un proceso de contratación no tienen interés directo en dicho proceso. Por cierto, la entidad contratante, si bien aceptó parcialmente el reclamo, es decir que no cuestionó que lo formulara un integrante del correspondiente consorcio, ratificó el rechazo de la oferta del consorcio.

Como los reclamos deben relacionarse con las actuaciones realizadas por entidades contratantes previstas en el artículo 1 de la LOSNCP y en este artículo se incluyen entidades de naturaleza privada, a priori, se entendería que el reclamo que estamos analizando se puede presentar también en los casos de los procesos tramitados por esta clase de entidades, lo que se refuerza por el hecho de que, en su actual versión, el

⁶⁴ Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva. Artículo 107. Registro Oficial No. 536 de 18 de marzo de 2002.

artículo 102 no le da a los reclamos que regula la calidad de “administrativos”, como ocurría en su texto primigenio.

Acerca de sobre a qué etapa o fase del procedimiento deben corresponder las actuaciones que se impugnan, el tema ahora ya no resulta tan claro como lo era con el texto original del artículo 102, pues este expresamente señalaba que se podía reclamar sobre actos emitidos en la fase precontractual y respecto de la adjudicación como tal. El que en el texto reformado del primer inciso del aludido artículo se haga referencia a “para todos los efectos de esta Ley” y a “actuaciones realizadas” sin establecer a qué fase pueden estas corresponder, más el hecho de que en el sexto inciso del propio artículo 102 se exprese que operará la preclusión de derechos (se supondría que del derecho a reclamar) una vez transcurridos tres días hábiles después de concluida *cada fase* del proceso de contratación pública, conlleva a que no se tenga una clara idea de lo que pueda ser materia de reclamo en función del momento en que se encuentra el procedimiento.

En efecto, la LOSNCP no contiene una disposición que específicamente determine qué fases de los procedimientos de contratación regula y qué comprende cada una de ellas, por lo que se debe revisar el articulado de aquella para procurar establecer tales particulares.

Encontramos así que en los números 4 y 10 del artículo 6, al definir los términos “compra de inclusión” y “desagregación tecnológica”, respectivamente, se hace mención a una fase precontractual; en el artículo 14, que trata sobre el alcance del Sistema Nacional de Contratación Pública, también se alude a la fase precontractual; en el artículo 36 se hace referencia a una fase pos contractual; y, en el artículo 49, además de volver a nombrar a la fase precontractual se menciona una fase preparatoria, pero este artículo guarda relación, exclusivamente, con el procedimiento precontractual de licitación.

Tenemos entonces que LOSNCP, en términos generales, se refiere a dos fases: la precontractual y la pos contractual; y, específicamente, para el caso de la licitación, a una más: la preparatoria. En virtud de lo establecido en el sexto inciso del artículo 102, al no hacerse distingo entre las fases allí mencionadas, se podría entender que es factible presentar reclamos respecto de las actuaciones vinculadas con todas ellas, pero, en

cuanto a la fase pos contractual, como revisaremos más adelante, este tipo de reclamos no tienen cabida cuando ya se ha celebrado el respectivo contrato; y, respecto de la fase preparatoria, además de solamente estar regulada para el caso de la licitación, en vista de la naturaleza de las actuaciones que comprende (la conformación de la Comisión Técnica requerida para la tramitación de la licitación así como la elaboración de los pliegos)⁶⁵ y que por ser previas a la convocatoria o invitación no rebasan el ámbito interno de la respectiva entidad, no se encuadran dentro de lo que se pretende regular en el artículo que revisamos.

Queda así solamente una fase respecto de la cual las actuaciones en ella comprendidas podrían ser susceptibles de ser sometidas a la interposición de reclamos: la precontractual. Pero, como la LOSNCP no distingue con claridad cuáles son las fases de los procedimientos de contratación, consecuentemente tampoco determina cuándo se entiende que inicia o concluye cada una de ellas, sin que, por lo tanto, se tenga certeza acerca de a partir de qué actuación se contará el término para presentar reclamaciones.

Ya que en el tercer inciso del artículo 102 se señala que en el caso de los reclamos que se tramitan ante el SERCOP este organismo puede sugerir la suspensión definitiva del “procedimiento precontractual” y, que en el último inciso, se menciona, aunque equivocadamente como veremos, que la suspensión del proceso no da lugar a ningún tipo de reparación o indemnización a los “oferentes”, se plantea la duda de si se habría pretendido dar a entender que la aplicación de dicha norma se restringía, en realidad, a la fase precontractual.

En todo caso, para tener alguna luz al respecto, debe anotarse que en el artículo 49 de la LOSNCP, reiteramos que este aplica sólo a la licitación sin que se evidencie el sustento para que lo en él se trata no se haya regulado también respecto de los demás tipos de procedimientos, se indica que la fase precontractual comprende: la publicación de la convocatoria, el procedimiento de aclaraciones, observaciones y respuestas, contenidos y análisis de las ofertas, informes de evaluación hasta la adjudicación y notificación de los resultados de dicho procedimiento.

⁶⁵ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Artículo 49. Registro Oficial No. 395, Suplemento, de 4 de agosto de 2008.

Por si fuera poca la complejidad de este tópico, atribuible a la tan deficientemente manera en que es abordado por la LOSNCP, hay que anotar que la misma Ley, además de al concepto de fases (con los inconvenientes que resaltamos) también recurre al de etapas, como sucede en el caso de los artículos 36, Expediente del Proceso de Contratación; 41, Criterios de Selección para Consultoría; 62, Inhabilidades Generales; 63, Inhabilidades Especiales; y, 99, Responsabilidades. Esto, si cabe, complica más el tema pues hay casos en los que la denominación de una etapa coincide con la de una fase.

En conclusión, hubiera sido preferible que quienes elaboraron y aprobaron la Ley Reformativa a la LOSNCP siguieran en la línea del texto original del mismo artículo 102 o del recurso regulado en el vigente artículo 103, y simplemente se limitaran a establecer que el periodo para reclamar se cuente a partir de la fecha de publicación o notificación de la actuación que se impugna.

En cuanto al trámite como tal, la norma que revisamos dispone que, presentado el reclamo ante el SERCOP, si este Organismo considera que existen indicios de incumplimiento de las normas de la misma LOSNCP, de su Reglamento y de las regulaciones, normas técnicas y demás normativa emitida por el SERCOP (en lugar de la "y" evidentemente lo que debió utilizarse fue la "o"), notificará a la máxima autoridad de la entidad contratante tal particular, quien deberá suspender el proceso por el "plazo de siete días hábiles" y presentar las pruebas y argumentos técnicos correspondientes.

No se señala qué tipo de pruebas se pueden exhibir y se limita la presentación de argumentos solamente a los de índole técnico, cuando en esta clase de reclamos no es para nada extraño que el hecho controversial gire en torno a asuntos eminentemente jurídicos. Además, cabe preguntarse si el SERCOP cuenta con el diverso personal técnico que se requiere para pronunciarse y resolver temas de dicha naturaleza.

Al terminar del plazo de siete días, la máxima autoridad de la entidad contratante *puede* implementar las rectificaciones que correspondan o continuar con el proceso.

Como el aludido plazo tiene como finalidad que la entidad contratante, ante el requerimiento del SERCOP, presente las pruebas y argumentos técnicos correspondientes, obviamente en ese periodo no se entiende que el SERCOP tenga que

emitir su pronunciamiento, pero de acuerdo al segundo inciso del artículo 102, al finalizar esos siete días (no en su transcurso que sería más razonable), la entidad contratante debe decidir si implementa rectificaciones o continúa con el proceso. Las preguntas que emanan de lo expuesto son: ¿Si el SERCOP todavía no ha emitido su pronunciamiento, sobre qué base, la contratante resuelve si rectifica o continúa con el proceso? ¿Es entonces una decisión que toma por sí misma? ¿Si es esto último, entonces qué sentido tiene la participación del SERCOP? ¿Para qué plantear el reclamo ante esa Entidad?

Para que tuviera coherencia el procedimiento legalmente definido, la decisión del SERCOP de sugerir medidas o suspender definitivamente el proceso debería basarse en el análisis de las pruebas y argumentos técnicos que presente la contratante en respuesta a la notificación que se hace a la máxima autoridad, según lo establecido en el primer inciso del artículo 102.

Independientemente de lo manifestado, el tercer inciso del mismo artículo 102 dispone que el SERCOP *puede sugerir* medidas para rectificar el procedimiento precontractual y, de ser el caso, suspenderlo definitivamente. Otra vez, en lugar de la “y” debió utilizarse la “o”, porque si se sugiere rectificar el proceso ya no tendría sentido que también se sugiera suspenderlo definitivamente y si se sugiere suspenderlo definitivamente no habría razón para recomendar medidas a fin de rectificarlo. Se dice, además, que el SERCOP debe notificar con su sugerencia, entendiéndose que en cualquiera de los dos casos, a los “órganos de control competentes”. Uno de ellos sería la Contraloría General del Estado, queda la duda de cuáles podrían ser otros, más aún si las contratantes pueden ser entidades públicas o privadas.

Por otro lado, como se dice que el SERCOP *puede sugerir* lo que debe hacer la contratante, aunque inoportunamente como lo vimos, significa que su pronunciamiento es facultativo, puede emitirlo o no, y si lo emite no es de acatamiento obligatorio para la contratante. Nuevamente nos preguntamos si, en estas circunstancias, tiene objeto que los reclamos se dirijan al SERCOP.

La confusa manera en la que está estructurado el artículo 102, entre otras consecuencias, acarrea incertidumbre acerca de cuál podría ser la pretensión del reclamante. Las opciones serían que le solicite al SERCOP que disponga a la contratante

que suspenda al proceso y que le exija la presentación de pruebas y argumentos técnicos a esta y que, a la vez, la propia entidad implemente rectificaciones; o, que, de igual manera, le solicite al SERCOP que disponga a la contratante que suspenda al proceso y que le exija la presentación de pruebas y argumentos técnicos a esta y que, el propio SERCOP, al tiempo, sugiera a la entidad rectificaciones o que suspenda el proceso. Parece que ninguna de las dos alternativas guarda la *sindéresis* necesaria.

No se establece un término para que el SERCOP emita su pronunciamiento acerca del reclamo ni tampoco se explica qué sucede si, a criterio del SERCOP, la entidad contratante sí observó las normas que rigieron la correspondiente actuación. ¿Se entendería que deberá archivar el reclamo?

Para ejemplificar el efecto que puede tener el simple hecho de que no se haya señalado un periodo, razonable además, para que el SERCOP actué al receptor un reclamo, miremos lo sucedido en el caso de la Licitación de Obras LICOBID-MCYP-01-2016, convocada por el Ministerio de Cultura y Patrimonio para contratar la Rehabilitación del Edificio Patrimonial de la Embajada de Palestina en Quito, en cuyo trámite el delegado de la máxima autoridad adjudicó el correspondiente contrato a un oferente distinto al que, de acuerdo con el informe de la Comisión Técnica encargada de la Calificación de las Ofertas presentadas, obtuvo el mayor puntaje. Este oferente, el 20 de diciembre de 2016, interpuso su reclamo ante el propio Ministerio y ante el SERCOP. El Ministerio simplemente no se pronunció y ante el requerimiento de presentar explicaciones y de suspender el proceso que le hiciera el SERCOP mediante comunicación de 20 de enero de 2017 (es decir un mes después de que lo recibiera), quien adjudicó el contrato, con oficio No. MCYP-CGAF-2017-0034-O de 2 de febrero del mismo año, reconoció que lo había hecho en virtud de un “estudio” realizado por él mismo, y que dicho estudio *“no se encontraba definido en la fase precontractual, aunque se constituyera como en efecto es, mi prerrogativa haberlo elaborado para formarme el criterio completo, fuera de dudas y solventadas las inquietudes que hago de su conocimiento...”*. Además, el aludido funcionario indicó que la conminación que había realizado el SERCOP de suspender el procedimiento era “extemporánea” y, en otras palabras, que ya no había nada que hacer respecto del proceso precontractual, porque el contrato ya se había celebrado y la ejecución de la respectiva obra tenía un 3% de avance.

3.1.1.2. Reclamo ante la entidad contratante.

En el quinto inciso del artículo 102, en cuanto a la opción de presentar la reclamación ante la misma entidad contratante, únicamente se dice que quienes pueden interponerla también son aquellos que tengan interés directo, lo que, como comentamos en el caso del reclamo que se formula ante el SERCOP, no resulta suficientemente claro. No se señala ante qué funcionario en particular se presenta, lo que es relevante en función de lo que veremos más adelante en cuanto al recurso regulado en el artículo 103, ni tampoco se establece sobre qué se puede interponer ni cuál es el procedimiento a seguirse.

Además, como en el aludido quinto inciso se expresa que el reclamo al que en él se hace referencia se interpondría sin perjuicio de “Todo esto” (entendiéndose por tal como lo tratado anteriormente en ese mismo artículo), se concluye que este reclamo y el que se formula ante el SERCOP no son alternativos o excluyentes y, por tanto, los dos se podrían plantear simultáneamente, lo que, a todas luces resulta inconsulto por razones tan simples como lo sería, por ejemplo, el conflicto que se verificaría si los correspondientes pronunciamientos fueran contradictorios, parcial o totalmente. ¿En ese evento, cuál primaría? Recordemos que en el caso del SECOB que revisamos, el SERCOP archivó el reclamo pero la entidad contratante sí lo aceptó a trámite.

3.1.1.3. Recurso administrativo.

En el inciso cuarto se señala que el reclamo del que trata ese mismo artículo, aunque en realidad son dos, se podrá ejercer sin perjuicio del recurso administrativo previsto en la propia LOSNCP que se pueda interponer contra actos administrativos expedidos por las entidades públicas y de las acciones judiciales previstas en la normativa vigente. Puesto que en la LOSNCP únicamente hay un artículo relacionado con el concepto de recurso, que es el 103, se colige que es a este al que se hace referencia, el cual revisaremos un poco más adelante.

3.1.1.4. Inaplicabilidad de acciones constitucionales.

Llamaba la atención que una norma jurídica pretendiera justificarse a sí misma e incluso realizara impertinentes juicios de valor, como ocurría en el caso del séptimo inciso

del artículo que analizamos, al expresar que los procesos de contratación pública no son susceptibles de acciones constitucionales porque tienen mecanismos de defensa adecuados y eficaces para proteger los derechos derivados de tales procesos previstos en la Ley, lo cual, evidentemente, no guardaba armonía con varios preceptos constitucionales.

La Corte Constitucional, en ejercicio de la competencia establecida en el número 3 del artículo 436 de la Constitución de la República, mediante Sentencia No. 006-17-SEP-CC, aprobada por el Pleno en sesión de 11 de enero de 2017, declaró la inconstitucionalidad del referido inciso, aunque el caso que se analizaba en tal sentencia, por originarse en la terminación anticipada de un contrato, no tenía relación con el artículo 102 de la LOSNCP sino con el 95 de la misma. Aquello que pudo haber sido declarado inconstitucional, entonces, era la parte final del segundo inciso del artículo 95 de la LOSNCP, no el séptimo inciso del artículo 102 de esta.

3.1.1.5. Reparación o indemnización por la suspensión del proceso.

En el último inciso del artículo en análisis, se determina que la suspensión del proceso no dará lugar a ningún tipo de reparación o indemnización a los oferentes, se entiende que se alude a la suspensión *definitiva* del proceso; y, guardando concordancia con quienes la misma norma indica que pueden presentar reclamos, hubiera sido mejor que en lugar de a los “oferentes” se haga referencia a los “reclamantes”.

3.1.2. Artículo 103.

Veamos ahora lo que sucede en el caso del artículo 103. Su título es “Del Recurso” y enseguida, en su texto como tal, se puntualiza que se trata de un recurso de apelación, es decir que, como lo señala Allan R. Brawer-Carías, “se ejerce ante la autoridad jerárquica superior a la que dictó el acto”⁶⁶ o “importa la petición de revisión ante el órgano inmediato superior al emisor del acto que se impugna” como lo manifiesta Roberto Dromi⁶⁷. Nociones éstas que están recogidas en nuestra legislación, como ocurre en el caso del artículo 176, número 1, del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, que dispone:

⁶⁶ Allan R. BRAWER-CARÍAS, *Tratado de Derecho Administrativo, Derecho Público en Iberoamérica*, Volumen IV. Madrid: Editorial Arazandi S.A., 2013, p. 920.

⁶⁷ Roberto DROMI, *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2004, p.1213.

Las resoluciones y actos administrativos, cuando no pongan fin a la vía administrativa, podrán ser recurridos en apelación ante los ministros de Estado o ante el máximo órgano de dicha administración. El recurso de apelación podrá interponerse directamente sin que medie reposición o también podrá interponerse contra la resolución que niegue la reposición. De la negativa de la apelación no cabe recurso ulterior alguno en la vía administrativa.⁶⁸

Por su naturaleza, este recurso, en los temas que nos ocupan, tiene una particular aplicación, pues por mandato legal, algunas actuaciones están asignadas a la máxima autoridad de la contratante, como ocurre con la adjudicación.⁶⁹

En el primer inciso del artículo 103 se dispone que el recurso de apelación en él establecido se puede interponer por parte de quienes tengan interés directo en el proceso de contratación pública “exclusivamente de los actos administrativos expedidos por entidades públicas contratantes”, y, si bien no determina expresamente que el recurso se presenta ante la propia entidad contratante, esto se concluye ya que más adelante en el mismo inciso se señala que quien lo resuelve es esta entidad, la contratante.

Lo anterior provoca una duda adicional, porque en el segundo inciso del artículo 103 se dispone que el recurso presentado no suspende la ejecución del acto administrativo impugnado, pero de no resolverse el recurso en el término previsto en el primer inciso (siete días desde su interposición), el SERCOP suspenderá en el portal institucional la continuación del procedimiento hasta la resolución del recurso interpuesto, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa y civil a que hubiere lugar. ¿Si el recurso de apelación se presenta ante la entidad contratante, sobre qué antecedente el SERCOP debe suspender en el portal institucional la tramitación del proceso? ¿Se requiere una petición del recurrente?

Por otra parte, que el recurso de apelación se pueda interponer “exclusivamente de los actos administrativos expedidos por entidades públicas contratantes” implica que éste no cabe que sea planteado ante las entidades contratantes de carácter privado mencionadas en el artículo 1 de la misma LOSNCP.

Recordemos que en el cuarto inciso del artículo 102 se dispone que el reclamo sobre el que trata ese artículo, a pesar de que en realidad trata de dos, se podrá ejercer sin

⁶⁸ Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva. Artículo 107. Registro Oficial No. 536 de 18 de marzo de 2002.

⁶⁹ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Artículos 6.1 y 32. Registro Oficial No. 395, Suplemento, de 4 de agosto de 2008.

perjuicio del recurso administrativo previsto en la propia LOSNCP, es decir del recurso de apelación que estamos analizando. Por tanto, y considerando que, como vimos, los dos reclamos a los que se hace referencia en el artículo 102 no son alternativos ni excluyentes y, siendo así, los dos se podrían plantear simultáneamente, ahora tenemos que, en la práctica, en determinadas situaciones, como cuando el acto que se impugna es de naturaleza administrativa y no fue dictado por la máxima autoridad de la contratante, se pueden interponer, indiscriminadamente, los dos tipos de reclamos y el recurso de apelación. Ya hicimos referencia a los inconvenientes que acarrearía la posibilidad de presentar los dos reclamos a la par. No es necesario entonces mencionar siquiera que sucedería si, además, simultáneamente se puede proponer el recurso de apelación.

En este artículo no se hace alusión a la etapa o fase del proceso en la que corresponda interponer el recurso.

En cuanto al manejo de los periodos establecidos no hay concordancia entre los artículos 102 y 103. En el primero, como lo mencionamos, se hace referencia a un plazo que se contabiliza en días hábiles y, en el segundo, se usa el concepto de término, lo que, en todo caso, debe entenderse considerando lo manifestado por Jorge Zavala Egas en el sentido de que “Para nuestra normativa jurídica *plazos* o *términos* fijados para el procedimiento administrativo significan lo mismo y si son fijados en *días* se entiende que sólo se cuentan los *hábiles*...”.⁷⁰

3.2. Segundo Reglamento General de la LOSNCP.

En la Disposición Transitoria Sexta de la Ley Orgánica Reformatoria de la LOSNCP se ordenó al Presidente de la República que, en el plazo de noventa días contados a partir de su publicación en el Registro Oficial, dictara un nuevo Reglamento General a la LOSNCP, adecuándolo a las disposiciones constantes en dicho cuerpo legal reformativo.⁷¹

Recordemos que la Constitución de la República, en su artículo 147, número 1, dispone:

⁷⁰ Jorge ZAVALA EGAS. *Lecciones de Derecho Administrativo*. Lima: EDILEX S.A., 2011, p. 478.

⁷¹ Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Disposición Transitoria Sexta. Registro Oficial 100, Segundo Suplemento, de 14 de octubre de 2013.

“Son atribuciones y deberes de la Presidenta o Presidente de la República, además de los que determine la ley:

1. Cumplir y hacer cumplir la Constitución, las leyes, los tratados internacionales y las demás normas jurídicas dentro del ámbito de su competencia.”⁷²

Como la Ley Orgánica Reformatoria de la LOSNCP se publicó en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 100, de 14 de octubre de 2013, el nuevo Reglamento General de la LOSNCP debió haberse dictado hasta el 12 de enero de 2014, pero ello no sucedió y no sucede hasta la presente fecha.

De haberse cumplido con el mencionado mandato legal, en tan sólo un poco más de cinco años, se habrían dictado tres reglamentos generales a la LOSNCP y, para ese entonces, los dos primeros ya habían sido reformados un total de nueve veces, nada de lo cual coadyuva a la certeza que la normativa que regula tan importante materia debería garantizar. Pero, el que no se haya acatado lo ordenado por la Ley Orgánica Reformatoria de la LOSNCP en su Disposición Transitoria Sexta, produjo algo incluso más inconveniente. Veamos:

Rafael Oyarte, al analizar la Potestad Reglamentaria en la vigente Constitución señala:

Al Presidente de la República se le entrega el ejercicio de la potestad reglamentaria (Art. 147, No. 5 y 13, CE) aunque esa atribución también se puede asignar, mediante ley, a los organismos de control y regulación (Art. 132, No. 6 CE).

El Presidente de la República, en virtud de la Constitución, tiene la facultad general para dictar *reglamentos de ejecución o de aplicación*, es decir, los que son necesarios para desarrollar el contenido de las leyes, siempre y cuando esta facultad no sea entregada expresamente, y de modo especial, a otros órganos del poder público, como es el caso del Consejo Nacional Electoral en materia electoral (Art. 219, No. 6, CE) y de la Corte Constitucional (Art. 191, No. 8, LOGJCC).

Le corresponde también el ejercicio de la *potestad reglamentaria autónoma*, cuando la Constitución la ha entregado la facultad de desarrollar determinada materia con independencia de la ley –quedando, en consecuencia, esa rama excluida del ámbito de la ley-, como son los relativos a la integración, organización, regulación y control de la Función Ejecutiva (Art. 147, No. 5, CE) lo que se desarrolla en el denominado Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva.

Por último, el Presidente de la República podrá dictar *reglamentos delegados* cuando la ley le entregue, expresamente, el desarrollo de una materia determinada que no se adelanta en el propio texto legal. No es el caso de la dictación de un decreto con fuerza de ley, no solo porque en Ecuador no existe la delegación legislativa,¹⁶²⁰ como ya se revisó, sino

⁷² Constitución de la República. Artículo 147. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

porque la materia sí está contemplada en la ley, solo que el legislador no ha querido dictar normas de desarrollo, las que deja en manos del Presidente de la República a través de estos reglamentos.⁷³

Según lo transcrito, la norma que la Ley Orgánica Reformatoria de la LOSNCP le dispuso al Presidente de la República que dictara, se enmarca dentro del concepto de reglamento de ejecución o de aplicación, por lo que el no contar con aquella norma hace que las correspondientes disposiciones de la LOSNCP no se encuentren desarrolladas, lo cual cobra mayor connotación, negativa por cierto, si se toma en cuenta que las reformas introducidas en la última Ley referida fueron significativas, tanto en términos generales como en lo relacionado específicamente con los reclamos y el recurso. Eventualmente, de haberse expedido una nueva normativa reglamentaria correctamente concebida quizá hubiera podido socorrer, en la medida de lo jurídicamente posible, las deficiencias de la Ley.

En todo caso hay que señalar que lo regulado en los artículos 150 a 159 del segundo Reglamento General de la LOSNCP, que corresponde al texto que originalmente tuvieron los artículos 102 y 103 de dicha Ley, de manera alguna guarda relación con lo ahora tratado en estos últimos.

Es más, de hecho, los aludidos artículos reglamentarios ni siquiera se sujetaban al texto original de la LOSNCP. Por ejemplo, mientras que en que el segundo inciso del artículo 102 de la Ley se disponía categóricamente que la reclamación o recurso presentado no suspendía la ejecución del acto impugnado, el artículo 158 del Reglamento (al igual que el 160 del primer Reglamento que ya revisamos) estableció: “Suspensión de la ejecución.- La interposición de cualquier reclamo o recurso no suspenderá la ejecución del acto impugnado, salvo decisión en contrario de la autoridad.”⁷⁴

Es decir, para quienes elaboraron y dictaron el Reglamento, la decisión de una autoridad indeterminada, porque no se sabe a qué autoridad se hace mención, podía contravenir lo dispuesto en la Ley. Así se inobservó de nuevo lo dispuesto en el artículo 147 de la Constitución de la República, pero esta vez concretamente en su número 13, donde se determina que también es atribución y deber del Presidente de la República

⁷³ Rafael OYARTE. *Derecho Constitucional*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2016, p. 523.

⁷⁴ Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Artículo 158. Registro Oficial 588, Suplemento, de 12 de mayo de 2009.

expedir los reglamentos necesarios para la aplicación de las leyes, sin contravenirlas ni alterarlas⁷⁵

En conclusión, al momento no existen, y por más de tres años y medio no han existido, disposiciones de carácter reglamentario que correspondan a lo regulado en los vigentes artículos 102 y 103 de la LOSNCP.

3.3. Resoluciones del SERCOP.

Ya hemos hecho mención a que mediante el vigente artículo 10 de la LOSNCP se creó el SERCOP, en sustitución del INCOP; y, que la misma norma le atribuyó a dicho organismo la calidad, entre otras, de “técnico regulatorio” y le asignó la facultad de dictar normas administrativas, manuales e instructivos relacionados con la Ley. Se resalta que la LOSNCP faculta al SERCOP a dictar normas de carácter administrativo, exclusivamente. Un claro ejemplo de tal tipo de normativa se aprecia en el caso del artículo 8 del Reglamento General de la LOSNCP que, en sus dos primeros incisos, dispone:

Procedimiento para el Registro.- El proveedor que desee registrarse en el RUP observará el procedimiento que para el efecto dicte el SERCOP.

Sin perjuicio de lo anterior, si existen interconexiones de sistemas o bases de datos, el SERCOP podrá establecer los mecanismos complementarios en cuanto a inscripción, habilitación y actualización de información.⁷⁶

Sin embargo, el propio Reglamento General de la LOSNCP contraría lo establecido en la Ley al establecer que el SERCOP pueda dictar otro tipo de normas. Así, por ejemplo, la LOSNCP en su artículo 59 dispuso que en su Reglamento General se regulara lo concerniente a los contratos de arrendamiento, tanto cuando el Estado o una institución pública tengan la calidad de arrendador o de arrendatario, norma clara que se presupone no debería haber conllevado mayor dificultad al acatarla por parte de quienes elaboraran y aprobaran el aludido Reglamento, pero no fue así y los artículos 64 y 65 de éste que tratan sobre los procedimientos en los casos en que las entidades contratantes son arrendatarias o arrendadoras, respectivamente, en su último inciso disponen: “El

⁷⁵ Constitución de la República. Artículo 147.13. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

⁷⁶ Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Artículo 8. Registro Oficial 588, Suplemento, de 12 de mayo de 2009.

SERCOP determinará el procedimiento y los requisitos que se deberán cumplir en estas contrataciones.”⁷⁷

De la manera reseñada, el Reglamento General de la LOSNCP atribuye al SERCOP, infundada e indebidamente, la facultad de expedir normativa de carácter procedimental, violentado nuevamente lo dispuesto en el número 13 del artículo 147 de la Constitución de la República.

Además, hay que tener en cuenta que el propio Reglamento General de la LOSNCP, en su artículo 1, determina:

Objeto y ámbito.- El presente Reglamento General tiene por objeto el desarrollo y aplicación de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en adelante la Ley, que crea el Sistema Nacional de Contratación Pública, SNCP, de aplicación obligatoria por las entidades previstas en el Art. 1 de la Ley.⁷⁸

Es decir que las invocadas normas reglamentarias (artículos 64 y 65) desacatan a la Constitución de la República, a la Ley que se supone reglamentan y al propio Reglamento que las contiene.

En varios temas, como lo ejemplificaremos, las Resoluciones expedidas tanto por el INCOP como por el SERCOP tampoco se ajustan a lo dispuesto en la Constitución, la LOSNCP y su Reglamento General en cuanto al alcance que las primeras podrían tener. A modo de justificación para esto, en la parte considerativa de tales Resoluciones se hace alusión a la Disposición General Cuarta del Reglamento General de la LOSNCP, en donde se ordenó: “Las normas complementarias del presente Reglamento General serán aprobadas por el Director Ejecutivo del SERCOP [originalmente INCOP] mediante resoluciones.”⁷⁹

La aludida disposición reglamentaria conlleva plantearnos incógnitas como: ¿Qué se entiende por “normas complementarias”? y ¿Dónde se define tal concepto?, sin que podamos encontrar las respuestas del caso. Pero, aún si existieran tales respuestas,

⁷⁷Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Artículos 64 y 65. Registro Oficial 588, Suplemento, de 12 de mayo de 2009.

⁷⁸ Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Artículo 1. Registro Oficial 588, Suplemento, de 12 de mayo de 2009.

⁷⁹ Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Disposición General Cuarta. Registro Oficial 588, Suplemento, de 12 de mayo de 2009.

estas no podrían justificar de manera alguna el quebrantamiento de normas constitucionales y legales como las que hemos venido revisando en el presente Capítulo.

Rafael Oyarte, al referirse a la clase potestad reglamentaria que ejercen el Presidente de la República y determinados órganos del poder público con base constitucional, cuando la Constitución y la ley se las ha otorgado, manifiesta:

Estos reglamentos no pueden contravenir o innovar las disposiciones de la ley que desarrollan, es decir, no pueden ser contradictorios con la norma en la que deben encontrar su fundamento y tampoco realizar añadidos, sustracciones o modificaciones al texto de la ley, pues ello corresponde sólo a preceptos legales (Art. 132, No. 6, CE)⁸⁰

Que el Reglamento General de la LOSNCP no se haya reformado durante tan prolongado periodo, a pesar de así haberlo ordenado expresamente la Ley Orgánica Reformatoria de la LOSNCP, obviamente constituye una grave omisión la cual aparentemente no se tiene intención de corregirla. En lugar de ello se optó, nuevamente, por recurrir a una salida desacertada. Así, en la Disposición Transitoria Cuarta de la LOSNCP, incorporada por el artículo 29 de la Ley Orgánica Reformatoria a LOSNCP, se dispuso que en el término de 30 días contados a partir de la vigencia de esta Ley Reformatoria, el SERCOP debía codificar y actualizar todas las resoluciones por él emitidas a fin de que guardaran concordancia con lo establecido en la Ley, pero nada se dice acerca de que dichas resoluciones también tenían que ser concordantes con las normas del Reglamento General de la LOSNCP, como debió haberse dispuesto en consideración de la jerarquía normativa de éste.

Que se haya ordenado que las Resoluciones del SERCOP se adecuaran únicamente a las reformas de la LOSNCP y no, de igual forma, a las de su Reglamento General, parecería que no obedeció a una equivocación más, sino que esa fue la intención que se tuvo. Tanto es así que para que se dictara el tercer Reglamento General de la LOSNCP la Ley Reformatoria, en su Disposición Transitoria Sexta, estableció el plazo de 90 días contados a partir de su publicación en el Registro Oficial, mientras que para igual tarea en el caso de las resoluciones del SERCOP se otorgó el término de 30 días, como ya lo vimos, aunque, a fin de cuentas, este lapso se excedió en aproximadamente 33 meses.

⁸⁰ Rafael OYARTE. *Derecho Constitucional*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2016, p. 57.

Parecería entonces que la idea fue dejar el Reglamento General de la LOSNCP como estaba al expedirse la Ley Reformativa y viabilizar, si cabe el término, la aplicación de las normas de la Ley reformada a través de las resoluciones que dicte el SERCOP. De esta manera, y acatando, aunque de forma totalmente extemporánea, lo ordenado en la Cuarta Disposición Transitoria de la Ley Reformativa de la LOSNCP, el 31 de agosto de 2016 el Director General del SERCOP expidió, mediante la Resolución No. RE-SERCOP-2016-0000072, la “CODIFICACIÓN Y ACTUALIZACIÓN DE LAS RESOLUCIONES EMITIDAS POR EL SERVICIO NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA”, normativa que no ha sido publicada en el Registro Oficial hasta febrero de 2017, pero eso sí, ya ha sido reformada en cuatro ocasiones con sendas Resoluciones posteriores.

Veamos, brevemente, algunos aspectos de la mencionada “Codificación y Actualización” en lo atinente a los reclamos y recursos en la fase precontractual de los procesos sometidos a la LOSNCP.

A pesar de ser materia más propia de una ley que de una norma de la jerarquía de una Resolución, la “Codificación y Actualización” que nos ocupa incluye en su artículo 2 una extensa enumeración de definiciones, muchas de ellas correspondientes a temas no regulados como tal en la LOSNCP o su Reglamento General, por lo que ni siquiera se podría tratar de encuadrarlas dentro de la expresión “normas complementarias” introducida en la Disposición General Cuarta del Reglamento General de la LOSNCP que ya revisamos.

Como ejemplo de lo anotado, en el mencionado artículo constan las definiciones de conceptos como: “Base de datos de certificación de competencias”; “Capacidad técnica para la certificación de competencias”; “Clasificador Central de Productos (CPC)”; “Certificación de competencias”; “Código de certificación de competencias”; “Postulantes para certificación de competencias”; “Reserva de mercado”; “Rol para la obtención del Certificado de Competencias”; “Servidores públicos o trabajadores certificados”; y, “Umbral de Valor Agregado Ecuatoriano por CPC”.

En lo concerniente a la temática de este trabajo, el mencionado artículo 2 contiene las siguientes definiciones de Reclamo y de Recurso de apelación:

Reclamo.- Petitorio presentado por quienes tengan interés directo en un determinado procedimiento precontractual, y realizado al amparo del artículo 102 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, el cual tiene como finalidad la rectificación de una actuación específica de la entidad contratante o la suspensión definitiva de un procedimiento y que se regula por las disposiciones de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y la presente Codificación.⁸¹

Recurso de apelación.- Petitorio presentado al tenor del artículo 103 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en contra de actos administrativos emitidos por las entidades contratantes y presentados ante las mismas.⁸²

En cuanto al Reclamo, la definición transcrita no ayuda mayormente a superar los inconvenientes que señalamos respecto del artículo 102 de la LOSNCP, pero aquí sí se anota que el reclamo se restringe al procedimiento precontractual y se establece la finalidad que persigue.

Sobresale el hecho de que se diga que el “petitorio” que constituye el reclamo, se regula por las disposiciones de la LOSNCP y de la propia Codificación, pero no por las del Reglamento General de aquélla, reafirmando la presunción de que la idea sería obviar la actualización y aplicación del Reglamento General de la LOSNCP.

Respecto del Recurso de Apelación, la definición proporcionada, no solamente que tampoco abona para esclarecer las dudas que anotamos sobre el artículo 103 de la LOSNCP, sino que su redacción no es la más adecuada puesto que como la palabra “petitorio” se la emplea en singular, se concluye que de lo que se puede recurrir es de actos administrativos emitidos por las entidades contratantes y que estos actos fueron presentados ante estas mismas entidades, lo que carece de todo sentido. Si lo que se trataba de decir era que el “petitorio” se presenta ante las mismas entidades contratantes, lo que podía hacerse, entre varias otras opciones, era no emplear la palabra “presentados” en la parte final.

En el artículo 9, la Codificación de Resoluciones establece que, en las fases preparatoria y precontractual de los procedimientos de contratación pública, en el Portal Institucional del Servicio Nacional de Contratación Pública se publicará, entre otros

⁸¹ Resolución No. RE-SERCOP-2016-0000072, Codificación y Actualización de las Resoluciones Emitidas por el Servicio Nacional de Contratación Pública. Artículo 2, No. 60, http://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/cat_normativas/nor_res_ext.

⁸² Resolución No. RE-SERCOP-2016-0000072, Codificación y Actualización de las Resoluciones Emitidas por el Servicio Nacional de Contratación Pública. Artículo 2, No. 61, http://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/cat_normativas/nor_res_ext.

considerados como documentos relevantes, “Cualquier reclamo o recurso presentado dentro de esta fase (a pesar de que inicialmente se mencionan dos fases), así como los actos emitidos por la entidad contratante con ocasión de su tramitación.”, sin que exista motivo aparente para que no se incluya también a los actos emitidos por el SERCOP relacionados con el trámite de los reclamos y recursos.

A su vez, en el artículo 10 se señala que en las fases contractual y de ejecución de los procedimientos de contratación pública se publicará en el Portal Institucional del Servicio Nacional de Contratación Pública los siguientes documentos considerados como relevantes: “Cualquier reclamo o recurso presentado por el contratista, así como los actos emitidos por la entidad contratante con ocasión de su tramitación.”

Reiteradamente lo hemos dicho, los reclamos y recursos a los que se refiere la LOSNCP atañen a la fase precontractual de los procesos. Si hay contratista, hay contrato y si hay contrato ya se superó la fase precontractual, por lo que un contratista no puede interponer un reclamo o recurso de los regulados en la LOSNCP; y, en la fase de ejecución, lo que eventualmente se presentan son controversias cuya solución se debe procurar aplicando lo establecido en los artículos 104 y 105 de la misma LOSNCP.

El Título XI de la Codificación de Resoluciones del SERCOP se denomina “NORMAS PARA LA PRESENTACIÓN DE DENUNCIAS Y RECLAMACIONES EN LA ETAPA PRECONTRACTUAL ANTE EL SERVICIO NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.” Incomprendiblemente no se hace referencia a los recursos de apelación a pesar de que este tema sí está comprendido dentro del articulado de dicho Título, pero lo que más llama la atención es que se haya decidido tratar conjuntamente materias que no tienen vinculación, como es el caso de los reclamos y las denuncias

De acuerdo con el artículo 66 de la LOSNCP cualquier persona puede presentar ante el Procurador General del Estado, acompañando los documentos probatorios del caso, denuncias sobre contratos celebrados con personas inhábiles o sobre aquellos que recayera alguna causa de nulidad, para que se analice la procedencia de demandar la nulidad del contrato sin perjuicio de que se inicien las demás acciones civiles o penales a las que hubiere lugar.

Como se aprecia, las denuncias sobre las que trata la LOSNCP se relacionan con contratos y, específicamente, con los casos de celebración por personas inhábiles y con la existencia de causales de nulidad; mientras que, como lo hemos reiterado, los reclamos y los recursos de apelación tienen que ver, se entiende, con la fase precontractual de los procedimientos.

Pero más allá de que no se acredite una razón para regular conjuntamente materias que no tienen directa correlación, llama la atención la sustancial diferencia con la que la Codificación y Actualización de las resoluciones del SERCOP aborda el tema de las denuncias en relación a cómo lo hace la LOSNCP, pues en el primer inciso del número 24 del artículo 2 de la aludida Codificación consta esta definición:

Denuncia.- Instrumento mediante el cual cualquier persona natural o jurídica, en ejercicio de su derecho de participación ciudadana fiscalizar (sic) las actuaciones de las entidades contratantes previstas en el artículo 1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, pone en conocimiento del Servicio Nacional de Contratación Pública la existencia de un hecho atentatorio a los principios, políticas y normas que conforman el Sistema Nacional de Contratación Pública.⁸³

Acerca de la denominación y del contenido mismo de Título de la Codificación y Actualización de las resoluciones del SERCOP que estamos revisando surge la incógnita de por qué exclusivamente se regulan los reclamos que se presenten ante el SERCOP y no aquellos que se interponen ante la respectiva entidad contratante.

Por otra parte, el Capítulo I del aludido Título XI se denomina “DISPOSICIONES COMUNES” por lo que, en consideración del nombre asignado a dicho Título, se asume que tales disposiciones serían comunes a los reclamos y a las denuncias, mas no a los recursos, pese a que, como lo apuntamos, estos sí se encuentran regulados en ese mismo Título.

El mencionado Capítulo I abarca desde el artículo 470 al 474 y en ellos se trata sobre la responsabilidad del proveedor; las notificaciones; la admisión; la suspensión del procedimiento de contratación; y, la información y coordinación con los organismos de control.

⁸³ Resolución No. RE-SERCOP-2016-0000072, Codificación y Actualización de las Resoluciones Emitidas por el Servicio Nacional de Contratación Pública. Artículo 2, No. 24. http://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/cat_normativas/nor_res_ext.

Si de acuerdo con la LOSNCP las denuncias se vinculan con los contratos, no tiene sustento alguno que una norma jerárquicamente inferior prevea que, ante una denuncia, exista la posibilidad de suspender el respectivo “procedimiento de contratación”. Se concluiría entonces que las denuncias que regula la Codificación y Actualización de las resoluciones del SERCOP son de diversa naturaleza de las que la LOSNCP contempla, y, por tanto, las primeras carecen de sustento legal.

En el Capítulo II se trata sobre las aludidas “Denuncias” como tal, añadiéndoles la calificación de “libres ciudadanas” y, del contenido de los correspondientes artículos, se corrobora que éstas no tienen relación alguna con el concepto de denuncia establecido en la LOSNCP.

En el Capítulo III se aborda lo relacionado con el reclamo, pero incomprensiblemente la denominación de este Capítulo es “RECLAMO DE AFECTACIÓN AL OFERENTE”. Decimos incomprensiblemente porque, como vimos que lo dispone la LOSNCP y como lo dice el primer artículo del propio Capítulo aludido, los reclamos pueden ser presentados por cualquier persona que tenga interés directo en el procedimiento de contratación objetado, no sólo por los oferentes.

Finalmente, en el Capítulo IV, constituido solamente por el artículo 484, se trata sobre el recurso de apelación, y se dice, aquí sí expresamente, que este se debe interponer ante la entidad contratante de la cual emane el acto administrativo recurrido, ratificando que no puede ser propuesto ante las entidades contratantes de carácter privado mencionadas en el artículo 1 de la LOSNCP.

Al revisar el artículo 103 de la LOSNCP, dado que allí se establece que el recurso de apelación se presenta ante la entidad contratante, nos planteamos las preguntas de sobre qué antecedente el SERCOP debe suspender en el portal institucional la tramitación del proceso y si se requeriría una petición del recurrente para ello. En el artículo 484 que vemos ahora, se dice que la interposición del recurso de apelación debe comunicarse al SERCOP, pero no se especifica si tal comunicación la debe efectuar el reclamante o la entidad a la que se le reclama.

De lo examinado en este Capítulo se puede arribar a la conclusión de que las disposiciones de la LOSNCP, de su Reglamento General así como las emitidas por el

SERCOP relacionadas con la presentación de reclamos y recursos en la fase precontractual de los diversos procedimientos regulados por esos mismos cuerpo normativos no son lo suficientemente bien concebidas y desarrolladas como para regular de manera adecuada una materia de tanta trascendencia, provocando serios inconvenientes al momento de su aplicación.

Conclusiones.-

Como lo manifestamos en la parte final del primer Capítulo de este trabajo, las normas que, hasta antes de la expedición de la LOSNCP, regularon la presentación de reclamos en la fase precontractual de los procesos de contratación pública en Ecuador no fueron lo suficientemente desarrolladas, profundizadas y sistematizadas como lo debieron haber sido en consideración de la trascendencia del tema sobre el que trataban.

Respecto de las disposiciones que en la actualidad rigen el tema aludido, las cuales examinamos en el tercer Capítulo del trabajo, y a la luz de los derechos constitucionales al debido proceso y a la seguridad jurídica que revisamos sumariamente en el segundo Capítulo, a manera de conclusión podemos señalar lo siguiente:

En cuanto a los artículos 102 y 103 de la LOSNCP consideramos que se evidencia su falta de coherencia, de sindéresis, de adecuada estructuración, sus vacíos y, sin ser necesario volver a lo anotado anteriormente respecto de lo que doctrinariamente implica que una norma sea clara, si simplemente consideramos la acepción de esa palabra en el sentido de inteligible y de fácil de comprender, llegamos a dilucidar, categóricamente, que tales normas no tienen la necesaria claridad que deberían acreditar y, por tanto, no se puede esperar que sean aplicadas sin temor a ser entendidas de forma disímil, antojadiza, arbitraria o parcializada, perdiendo de esta manera la finalidad que deberían perseguir, es decir proporcionar un mecanismo adecuado y eficaz para reclamar a quienes consideren que se han visto afectados en la tramitación de determinado proceso precontractual y, en último término, propender a que quien resulte adjudicatario, en efecto e indudablemente, haya sido quien presentó la oferta considerada como la de "Mejor Costo", tal como la propia LOSNCP lo establece.

Reafirma lo dicho el que de la simple lectura de las aludidas normas surjan una serie de incógnitas, que las planteamos, sobre las que no es factible encontrar respuestas satisfactorias.

Si para la Constitución de la República el derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la propia Carta Fundamental y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes, basta que determinada disposición no cumpla con alguna de estas características para que se entienda que no garantiza el derecho invocado.

No se trata de dilucidar si una de las mencionadas características reviste más importancia que otra, tarea que resultaría inocua, pero es incuestionable que si se pretende garantizar a cabalidad el derecho a la seguridad jurídica, de poco o nada sirve que una norma sea previa, pública y aplicada por autoridad competente si no es clara, si no proporciona certeza.

Por otra parte, la falta de claridad de las disposiciones legales que analizamos conduce a que en su aplicación no se observen garantías básicas que el artículo 76 de la Constitución de la República dispone que deben incluirse en todo proceso en el que se determinan derechos y obligaciones para asegurar, precisamente, el derecho al debido proceso.

Si las normas tienen tan serios inconvenientes como los que reseñamos, a más de resultar paradójico que las autoridades administrativas o judiciales tengan el deber de garantizar su cumplimiento, evidentemente no será posible que puedan precautelar debidamente los derechos de las partes en un proceso, entre ellos el derecho a la defensa.

Como vimos, las reclamaciones se interponen ante la misma entidad contratante, ante el SERCOP o ante ambos. Indiferentemente de la opción que se elija, cabe preguntarse si la independencia e imparcialidad de quienes conocen y resuelven el reclamo podrán estar garantizadas. En el primer caso, esto quizá pueda suceder si los responsables, además de actuar de buena fe, comprenden que lo que se les presenta no es otra cosa que la oportunidad de corregir eventuales yerros en los que se pudo incurrir en el proceso precontractual (lo que, como concepto, conviene a los intereses de todos

los participantes en el proceso); en el segundo caso, es decir si se reclama ante el SERCOP, hay que considerar, como revisamos, la naturaleza de este organismo, quién designa a su máxima autoridad y cómo se conforma su Directorio, lo que cobrará mayor relevancia cuando se trata de procesos tramitados por entidades que forman parte de la misma función ejecutiva, como el que mencionamos respecto de un proceso a cargo del SECOB, entidad creada mediante Decreto Ejecutivo, para construir una obra de relevante importancia para la mencionada función.

Difícilmente normas legales como las que se han analizado podrán servir de adecuada motivación para las resoluciones que se dicten dentro de los procesos en lo que se resuelvan temas relacionados con reclamos en procesos precontractuales.

Para finalizar, por como está redactado y estructurado el artículo 103 de la LOSNCP, en la práctica no es factible que el recurso de apelación al que se hace referencia en dicha norma concrete la garantía constitucional de que los fallos o resoluciones en los procedimientos en los que se decida sobre derechos puedan ser recurridos.

En síntesis, podemos afirmar que las variadas y sustanciales falencias de las que adolecen las disposiciones contenidas en los artículos 102 y 103 de la LOSNCP, expuestas en el tercer Capítulo, hacen que los procedimientos en ellas previstos para presentar y resolver reclamos y recursos en los procesos de contratación pública no observen los derechos constitucionales a la seguridad jurídica y al debido proceso, confirmando la hipótesis planteada en la Introducción de este trabajo.

Bibliografía.-

- Blanquer, David. *Derecho Administrativo*. Valencia: Tirant lo Banch, 2010.
- Brawer-Carías, Allan R. *Tratado de Derecho Administrativo. Derecho Público en Iberoamérica*, Volumen IV. Madrid: Editorial Arazandi S.A., 2013.
- Cajarville Peluffo, Juan Pablo. *Recursos Administrativos*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2008.
- Campero Méndez, Israel Ramiro. *Manual de Técnica Legislativa*. La Paz: ROTEMBOL Impresiones Gráficas, 2013.
- Cassagne, Juan Carlos. *Curso de Derecho Administrativo*, 10ma. Edición, Tomo II. Buenos Aires: La Ley, 2011.
- Corral, Fabián. “El poder sin pasión”. *El Comercio*. 22/06/2015. Cuaderno 1, p 4.
- Corte Constitucional. *Sentencia 222-16-SEP-CC*, 13 de julio de 2016. Registro Oficial Suplemento 878 de 10 de noviembre de 2016.
- Corte Constitucional. *Sentencia 222-16-SEP-CC*, 13 de julio de 2016. Registro Oficial Suplemento 878 de 10 de noviembre de 2016.
- Cueva Carrión, Luis. *El Debido Proceso*. Quito: Ediciones Cueva Carrión, EMPRESDANE GRÁFICAS CÍA. LTDA., 2014.
- Dromi, Roberto. *Acto Administrativo*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2008.
- Dromi, Roberto. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2004.
- Escola, Héctor Jorge. *Teoría General del Procedimiento Administrativo*: Buenos Aires: DEPALMA, 1973. Citado en Jorge ZAVALA EGAS. *Lecciones de Derecho Administrativo*. Lima: EDILEX S.A., 2011.
- Fraga, Gabino. *Derecho Administrativo*. México: Editorial Porrúa, 2012.
- García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo II*. Madrid: Civitas Ediciones S.L., 2008.
- García Ramírez, Sergio. *El Debido Proceso Criterios de la Jurisprudencia Interamericana*. México D.F.: Editorial Porrúa, 2014.

- Hoyos, Arturo. *El Debido Proceso*. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, 1998.
- Lamprea Rodríguez, Pedro A. *Contratos Estatales*. Bogotá: Temis, 2007.
- Linde Paniagua, Enrique. *Fundamentos de Derecho Administrativo*. Madrid: Colex Editorial, 2011.
- Marienhoff, Miguel S. *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.
- Morales, Marco. *Manual de Derecho Procesal Administrativo*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011.
- Muro Ruíz, Eliseo. *Algunos Elementos de Técnica Legislativa*. México D.F.: Universidad Autónoma de México, 2007.
- Oyarte, Rafael. *Debido Proceso*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2016.
- Oyarte, Rafael. *Derecho Constitucional*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2016.
- Oyarte, Rafael. *Derecho Constitucional Ecuatoriano y Comparado*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2014.
- Parada, Ramón. *Derecho Administrativo I Parte General*. Madrid: Marcial Pons, 2010.
- Pérez Bourbon, Héctor. *Manual de Técnica Legislativa*. Buenos Aires: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2007.
- Pérez Efraín, *Derecho Administrativo*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2014.
- Pérez Luño, Antonio-Enrique. *La Seguridad Jurídica: Una Garantía del Derecho y la Justicia*. Boletín de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla, núm. 15, 2000.
- Riascos Gómez, Libardo Orlando. *El Acto Administrativo*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2013.
- Santamaría Pastor, Juan Alfonso. *Los Principios Jurídicos del Derecho Administrativo*. Madrid: Nueva Imprenta S. A., 2010.
- Serra Rojas, Andrés. *Derecho Administrativo*. México: Editorial Porrúa, 2003.

Torres Vásquez, Aníbal. *Introducción al Derecho Teoría General del Derecho*. Bogotá: Editorial Temis S.A., 2001.

Zavala Egas, Jorge. *Derecho Administrativo*. Guayaquil: Edino, 2005.

Zavala Egas, Jorge. *Lecciones de Derecho Administrativo*. Lima: EDILEX S.A., 2011.