



Departamento de Posgrados

TÍTULO

LA SEGURIDAD JURÍDICA EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA ECUATORIANA, PERIODO 2018 – 2022

Maestría en Derecho Constitucional

Autora:

Diana Patricia Tello Crespo

Director:

Guillermo Alejandro Ochoa Rodríguez

Cuenca – Ecuador

2022

DEDICATORIA

A José Alejandro y Pedro, por su existencia y su tiempo.

A José María, Alejandrina y Laura.

AGRADECIMIENTO

A mis padres y hermanos, por su amor incondicional y su apoyo.

RESUMEN

El sistema nacional de contratación pública fue creado como respuesta frente a la ausencia de planificación, discrecionalidad en las compras y despilfarro de los recursos públicos; con el fin de articular los organismos públicos para que programen sus contrataciones del ejercicio fiscal.

Consecuentemente, se realizaron varias reformas para innovar la contratación pública y crear procedimientos ágiles, transparentes, eficientes y a la vanguardia de la tecnología, dirigidos a facilitar las acciones de control de las partes involucradas en el proceso de compra.

El objetivo de esta investigación fue determinar si estas reformas en materia de la contratación pública ecuatoriana han vulnerado el derecho constitucional a la seguridad jurídica y la prestación oportuna de los servicios públicos; para lo cual, se aplicó el método mixto, integrando la investigación cualitativa y cuantitativa.

Los resultados de la investigación sugieren que las normas actuales impiden a los artesanos, pequeños productores y microempresas participar con ofertas competitivas.

De igual manera, evidencian que las reformas realizadas, vulneran el derecho a la seguridad jurídica, la confianza legítima; y afectan de forma directa a la planificación de las entidades contratantes, conllevando al retraso en los trámites administrativos de los procesos de contratación y en la ejecución de los proyectos.

Palabras clave: Seguridad jurídica, confianza legítima, prestación de servicios públicos, contratación pública, SERCOP, entidad contratante, portal del SERCOP, oferentes.

Abreviaturas:

COA – Código Orgánico Administrativo

CRE – Constitución de la República del Ecuador

LOSNCP – Ley orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública

RGLOSNCP – Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública

SERCOP – Servicio Nacional de Contratación Pública

MFC – Módulo Facilitador de Contratación

ABSTRACT

ABSTRACT

National public procurement system was created as a response to the lack of planning, discretionary purchases and waste of public resources with the purpose of articulating the public entities so that they program their contracting processes during the fiscal year. Consequently, several reforms were carried out to innovate public contracting and create agile, transparent, efficient procedures and at the forefront of technology, aimed at facilitating the control actions of the parties involved in the purchasing process. The objective of this investigation was to determine if these reforms in terms of the Ecuadorian public procurement have violated the constitutional right to legal certainty and the timely provision of public services. The mixed method was applied in a qualitative and quantitative research. The research results suggest that current regulations prevent artisans, small producers and micro-enterprises from participating with competitive offers. Likewise, they show that the reforms carried out violate the right to legal certainty, legitimate trust. This directly affects the planning of the contracting entities, leading to delays in the administrative procedures of the contracting processes and in the projects execution.

Key Words: Legal certainty, provision of public services, public contracting, SERCOP, contracting entity, SERCOP portal, bidders.



Macbeth Alarza
Dpto. Idiomas

Translated by



Diana Tello Crespo

Contenido

INTRODUCCIÓN	7
PREGUNTA DE INVESTIGACIÓN	9
OBJETIVO GENERAL	9
ESTADO DEL ARTE Y MARCO TEÓRICO	10
DISCUSIÓN	16
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES:.....	23
FUENTES DE CONSULTA:	24

INTRODUCCIÓN

En nuestro país no existe un análisis extenso sobre la seguridad jurídica en temas de contratación pública; encontramos temas relacionados con las reformas a la normativa, la contraposición entre ellas, y de estas con el sistema, pero un análisis de cómo afecta la seguridad y confianza legítima de los administrados, no ha sido realizado.

El desarrollo de la perspectiva teórica de esta investigación se basa fundamentalmente en la Constitución de la República del Ecuador, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, el Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, y la Codificación de Resoluciones emitida por el SERCOP.

La seguridad jurídica como principio y derecho es universalmente reconocida, su esencia es la certeza que tenemos de lo regulado como permitido o prohibido por los poderes del Estado; y de acuerdo a León, Barrueta, & Martell (2019), genera una expectativa o confianza de conocer de antemano la consecuencia jurídica del comportamiento adoptado por la administración o el administrado.

La potestad regulatoria del Servicio Nacional de Contratación Pública – SERCOP – legitimada en la Constitución de la República del Ecuador, permite expedir normativa a través de resoluciones emanadas del director general del SNCP. Es así que desde el 11 de agosto de 2018 hasta septiembre de 2022, han existido doscientas diecinueve reformas entre la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública – LOSNCP –, el Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública – RGLOSNCP –, y Codificación y actualización de resoluciones emitidas por el SERCOP.

El periodo de análisis de la presente investigación es de enero 2018 a septiembre 2022, tiempo en el cual el SERCOP ha emitido cuarenta y una reformas mediante resoluciones (1 a la LOSNCP, 3 al RGLOSNCP, 37 a la Codificación). Este breve dato demuestra que la normativa de contratación pública es reformada recurrentemente; claro está que no se desconoce la potestad regulatoria del SERCOP, sin embargo esta recurrencia vulnera sin duda *-como las conclusiones lo exponen-* el derecho de protección de la seguridad jurídica reconocida en la Constitución Ecuatoriana, y cuyo fundamento es la existencia de normas jurídicas previas,

claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes, derecho ligado al principio de confianza legítima, que invoca la certeza y previsibilidad en la actuación de la administración pública.

Si la norma cambia repentinamente sin la debida socialización, provoca que los gestores de un proceso administrativo de compra pública incurran en errores de buena fe que conllevan a sanciones administrativas culposas, civiles o inclusive responsabilidad penal. De la muestra tomada (cien exámenes de auditoría aprobados, realizados por la Contraloría General del Estado) se demuestra que el análisis de los procesos de contratación pública representa el cuarenta y nueve por ciento (49%) de dicha muestra; y las conclusiones y recomendaciones de aquellos exámenes son dirigidos a los servidores que actuaron en alguna etapa del proceso, sea en las fases preparatoria, precontractual o contractual.

Pero no solo preocupa la violación a la seguridad jurídica, sino también estos cambios provocan retrasos en la ejecución de los procesos administrativos que buscan satisfacer las necesidades a través de las compras públicas. Al tener extensa normativa conexas entre ley, reglamento, codificación, resoluciones, oficios circulares, manuales, entre otros, obliga al servidor público hacer del proceso de compra un procedimiento engorroso y extenso, y la buena fe con la que normalmente se debe actuar, se convierte en un temor de cometer errores que en lo posterior se convertirán en sanciones, lo que hace que los procesos se dilaten teniendo como consecuencia inmediata la afección en la ejecución de las obras, prestación de servicios y provisión de bienes que son necesarios para satisfacer las necesidades de la población, y para cumplir la planificación de las instituciones gubernamentales.

Los ciudadanos tenemos derecho a la buena administración pública, que no es más que el esquema de funcionamiento de las instituciones públicas, cuyo estándar debe ser cotidiano y esencial, pues el objetivo de su existir es el servicio al interés general el cual también debe englobar a las minorías, pues prescindir de ellas es ajeno a la buena administración pública; por lo tanto las decisiones serán equitativas, y las acciones deberán ser ejecutadas en tiempos razonables.

PREGUNTA DE INVESTIGACIÓN

¿Las reformas recurrentes emitidas por el SERCOP vulneran el derecho constitucional a la seguridad jurídica y a la prestación oportuna de los servicios públicos?

OBJETIVO GENERAL

Determinar cómo las reformas recurrentes en materia de la contratación pública ecuatoriana han vulnerado el derecho constitucional a la seguridad jurídica y confianza legítima, así como la prestación oportuna de los servicios públicos en el periodo comprendido entre enero de 2018 y septiembre de 2022.

ESTADO DEL ARTE Y MARCO TEÓRICO

Abordar el tema de la seguridad jurídica en la doctrina y legislación, y relacionarla con el campo de la contratación pública abrirá varias aristas, pero se tratarán principalmente la seguridad jurídica, la confianza legítima, la buena fe, y el derecho a la buena administración pública.

Según Llorente (1983), la ley tiene un concepto dotado de cierto rango, valor o fuerza que son parte de su esencia, y que provengan del órgano estatal que sea, siempre está expuesta al control constitucional de un tribunal, que será el encargado de establecer la armonía que debe existir entre las normas jerárquicamente inferiores y la Constitución, siendo uno de los fundamentos de la seguridad jurídica de un Estado, y sus administrados.

La autora española Isabel Lifante Vidal (2015), nos ilustra sobre otro tema relacionado a la seguridad jurídica como la existencia previa de las normas, lo que proporciona un grado de previsibilidad, que en sí es una condición *sine qua non* para el desarrollo de las relaciones sociales en el entramado institucional de un Estado, e igualmente importante en el desarrollo de la autonomía personal. Además, posibilita el desarrollo de la justicia en respeto a los derechos humanos.

La garantía y protección de la seguridad jurídica según Campos es una obligación del Estado, además que propicia la armonía reglamentaria desde el origen a la aplicación de la norma; siendo útil en el accionar del gobernado, pues éste, como lo sostiene Manili, actuará con certeza dentro del marco jurídico previamente conocido y establecido, generando entonces la seguridad de que su actuar será legítimo en el tiempo. (Campos, 2018, págs. 117-125); (Manili, 2019, págs. 277-294).

En la legislación ecuatoriana, existen estudios sobre la seguridad jurídica, así como amplia doctrina sobre ella. Se dijo que la previsibilidad es una de las características de la seguridad jurídica, pero también uno de sus fundamentos es el respeto al principio de legalidad (Art. 76, numeral 3 de la CRE), y por supuesto, el orden jerárquico de aplicación de las normas (Art. 425 de la CRE). La legalidad nos permite saber exactamente lo que la Ley nos faculta, permite o prohíbe. En cuanto al orden jerárquico, obliga que toda autoridad pública debe limitar sus actos de decisión a dicha jerarquía, es decir, aplicar en primer orden la Constitución, y consecutivamente las siguientes normas.

Cabe precisar que la legalidad nos permite saber exactamente lo que la Ley nos faculta, permite o prohíbe; y este principio se encuentra contemplado en la Constitución de la República del Ecuador en su Art. 226, en virtud del cual:

“Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución”. (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

En cuanto al orden jerárquico, es necesario indicar que implica que toda autoridad pública debe limitar sus actos de decisión a la jerarquía normativa, contemplada en la Constitución de la República del Ecuador, la cual establece:

“Art. 425.- El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.

En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior.

La jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia, en especial la titularidad de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados”. (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Al entender de Jorge Villacrés, cuando el poder público adecúa su gestión a la norma jerárquicamente superior, dejando de aplicar aquella que se le contrapone, y produciendo actos en los términos exactos franquados en la Constitución y en la ley, podremos afirmar que la seguridad jurídica es una realidad y no una simple invención constitucional, y los individuos tendrán la plena confianza que se desarrollan en un estado constitucionalista y garantista de derechos.

Recordemos lo que nos dice Jorge Zavala sobre los principios generales dentro de la teoría general del Derecho; cuando existe imperfección legislativa o lagunas de ley en el derecho, se deben aplicar los principios generales, inclusive antes que las normas del derecho privado. Los principios generales son la fuente de la estructura jurídica, por ello son universalmente reconocidos, pues el derecho positivo es la consecuencia de aquellos.

La doctrina también nos habla sobre los principios generales que se aplican al derecho administrativo, entre los principales según Cassagne (1992) tenemos el principio de interés general, como aquel que debe orientar a la administración para satisfacer el interés colectivo; el principio de legalidad; el de descentralización; el principio de protección de la confianza legítima; el principio de economía por el cual las decisiones de la administración deben ser ágiles y en el menor tiempo posible; el de eficacia mediante el cual se logrará la satisfacción de la necesidad.

Ahora bien, la Constitución de la República del Ecuador contempla el derecho a la seguridad jurídica y establece:

“Art. 82.- 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”. (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Gregorio Peces-Barba Martínez sostiene que la seguridad supone la creación de un ámbito de certeza, de saber a qué atenerse, que pretende eliminar el miedo y favorecer un clima de confianza en las relaciones sociales entre los individuos que intervienen y hacen posible esas relaciones, convirtiéndose en de la certeza que otorga el cumplimiento de las formalidades jurídicas en el tiempo y a lo largo de un proceso, siempre y cuando dichas formalidades sean justas y provoquen desenlaces justos.

Es decir, este principio se relaciona con el principio de confianza legítima, el cual actuaría como un límite a la potestad administrativa y una obligación de que ella no provoque alteraciones, vacíos normativos o variación en la interpretación que se convierte en un conflicto al momento de regular, resolver o poner en práctica la normativa.

Tanto la seguridad jurídica como la confianza legítima se encuentran reconocidas en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. El Código Orgánico Administrativo los contempla en su Art. 22, y como uno de los principios de la actividad administrativa en su relación con las personas, apartado que señala:

“Artículo 22.- Principios de seguridad jurídica y confianza legítima. Las administraciones públicas actuarán bajo los criterios de certeza y previsibilidad. La actuación administrativa será respetuosa con las expectativas que razonablemente haya generado la propia administración pública en el pasado. La aplicación del principio de confianza legítima no impide que las administraciones puedan cambiar, de forma motivada, la política o el criterio que emplearán en el futuro. Los derechos de las personas no se afectarán por errores u omisiones de los servidores públicos en los procedimientos administrativos, salvo que el error u omisión haya sido inducido por culpa grave o dolo de la persona interesada”. (Código Orgánico Administrativo, 2017)

En este punto es necesario hacer referencia a la teoría de los actos propios, la cual consiste en:

“un principio general de derecho, fundado en la buena fe, que impone un deber jurídico de respeto y sometimiento a una situación jurídica creada anteriormente por la conducta de la misma persona, evitando así la afectación a un interés ajeno y el daño consiguiente, la teoría obliga a una conducta leal, honesta, confiable y que encuentra apoyo natural en la moral”. (Fernández cita a Fueyo Laneri, s/f., p.53)

Al respecto, los autores Bermúdez (2005) y Soto (1989) advierten que la administración tendría autorización y legitimidad de realizar reformas si respeta la confianza que los administrados ya poseen en su forma de actuar, la cual está investida de la buena fe.

El tema que se aborda hay que mirarlo desde el punto constitucional y del derecho administrativo público, donde uno de estos principios evidentes es la buena fe, reconocida como una realidad en la conciencia social y jurídica de la colectividad, instituida en nuestro ordenamiento jurídico de forma objetiva, y cuyo significado no es más que la (...) *“Convicción de que el acto realizado es lícito.”* CABANELLAS (1979)

La buena fe está estrechamente relacionada con la confianza que tiene el administrado de que su acto surtirá los mismos efectos que normalmente ha producido, pues como lo señala Jorge Zavala Egas (...) *“La confianza legítima (buena fe objetiva) es, pues, una situación jurídica digna de ser respetada y, por ello, se sanciona la conducta de la Administración pública que la vulnera. Por lo dicho, podemos afirmar que de todo comportamiento, de cualquier conducta de la Administración Pública que atente contra la buena fe o que viole la confianza nacida de sus propios actos, surgen consecuencias jurídicas.”*

El marco jurídico debe permitir:

“[...] desarrollar la personalidad de los ciudadanos en el ejercicio de sus derechos sin miedos, incertidumbres, amenazas, daños o riesgos, lo cual crea un ambiente de previsibilidad, no solo sobre el comportamiento ajeno, sino del comportamiento propio, y provoca protección frente a la arbitrariedad y a la vulneración del orden jurídico, provocadas no solo por el Estado, sino también por particulares” Caso No: 1229-14-EP, p. 12 (Corte Constitucional del Ecuador, 2009)

Al hablar de los principios generales del Derecho también debemos tomar en consideración, en la materia que nos ocupa, el principio de proporcionalidad, establecido en el Art. 16 del COA: *“Las decisiones administrativas se adecúan al fin previsto en el ordenamiento jurídico y se adoptan en un marco del justo equilibrio entre los diferentes intereses. No se limitará el ejercicio de los derechos de las personas a través de la imposición de cargas o gravámenes que resulten desmedidos, en relación con el objetivo previsto en el ordenamiento jurídico.”* Esto quiere decir que las decisiones de la administración deben ser proporcionales al fin perseguido, evitando la restricción de derechos, equilibrando los intereses individuales y el interés general.

Además, las decisiones serán objetivas como parte de una buena administración pública, pues la subjetividad esta investida de arbitrariedad, como nos dice Rodríguez-Arana (2013), en las decisiones subjetivas existe ausencia de racionalidad; y la objetividad se enlaza con los principios de confianza legítima, y buena fe, pues la actividad administrativa goza, como ya se dijo, de la presunción de legitimidad, y todo ello es parte esencial de la seguridad jurídica.

Este derecho a la buena administración pública (reconocido ya en la Carta de Derechos fundamentales en la Unión Europea, en el año 2000, en Latinoamérica en el capítulo segundo de la Carta Iberoamericana, y en Ecuador, Art. 227 de la CRE) constituye un llamado a la administración a crear políticas públicas que garanticen los derechos colectivos, y como lo sostiene Cuenca, S. (2020) los principios que rigen el Estado no sólo deben constar en la Constitución, sino que estos se transfieren a las instituciones y órganos estatales y son guía de la conducta orientada a la consecución de un fin, que es el bien común.

Contextualizada la seguridad jurídica en la doctrina, así como los principios y derechos de la confianza legítima, buena fe y derecho a la buena administración pública, para plasmar el objetivo del presente artículo es importante tener una breve visión jurídica de la contratación pública.

En nuestro país la contratación pública inicia en agosto de 1976 con la promulgación de la Ley de Licitaciones y Concurso de Ofertas (Registro Oficial 159, del 27 de agosto de 1976). Posterior a ello, en el año 1989 se emite la Ley de Consultoría (Registro Oficial 136 del 24 de febrero de 1989) y el 16 de agosto de 1990 la Ley de Contratación Pública.

Cabe señalar que la necesidad de regular los contratos ha ido evolucionando como lo ha hecho el Estado, la sociedad y el mercado. Por lo cual, en el Suplemento del Registro Oficial Nro. 395 del 4 de agosto de 2008 se publicó la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCP), que regula los procesos de adquisición y arrendamiento de bienes, ejecución de obras, prestación de servicios incluidos los de consultoría, requeridos por las entidades contratantes que manejan fondos públicos, y conforme lo determina el Art. 1 de la LOSNCP.

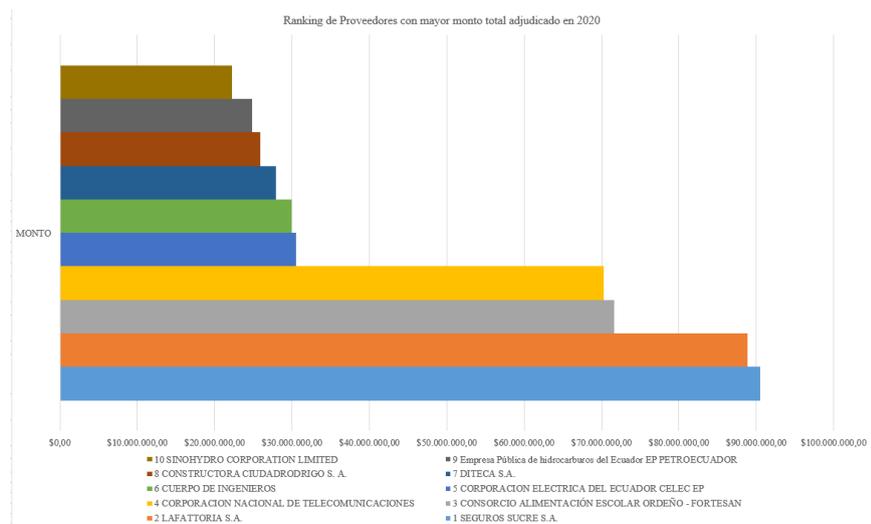
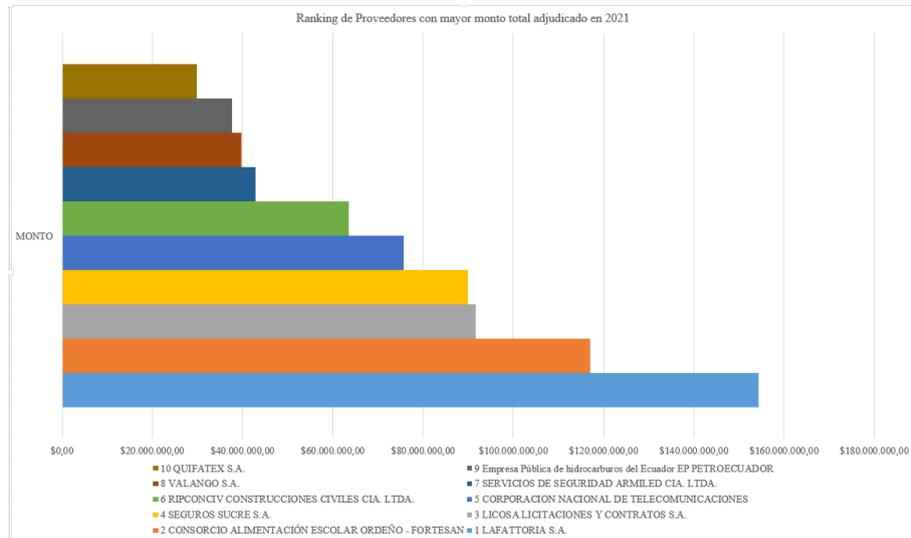
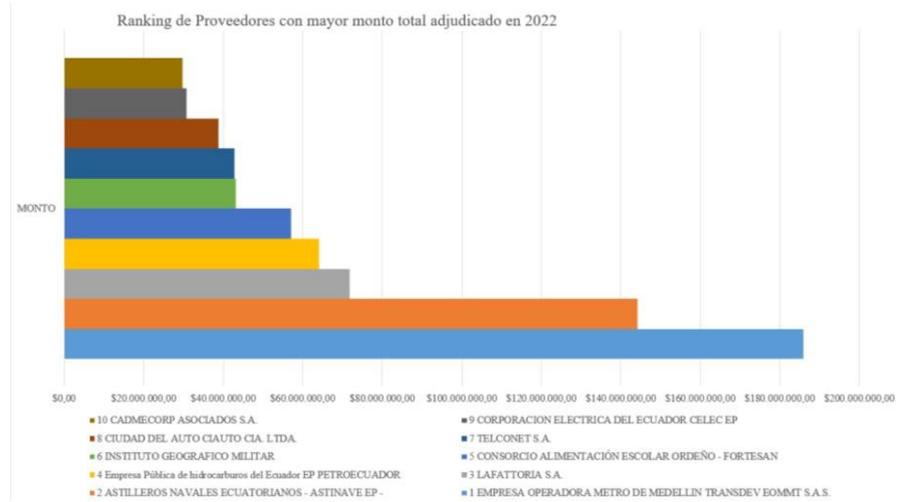
Con la expedición de la LOSNCP se creó el Instituto Nacional de Contratación Pública, actualmente SERCOP, organismo técnico regulatorio que ejerce la rectoría del Sistema Nacional de Contratación Pública (SNCP), el Portal del SERCOP, el Registro Único de Proveedores (RUP), y posteriormente los módulos facilitadores de contratación para las entidades contratante y los oferentes.

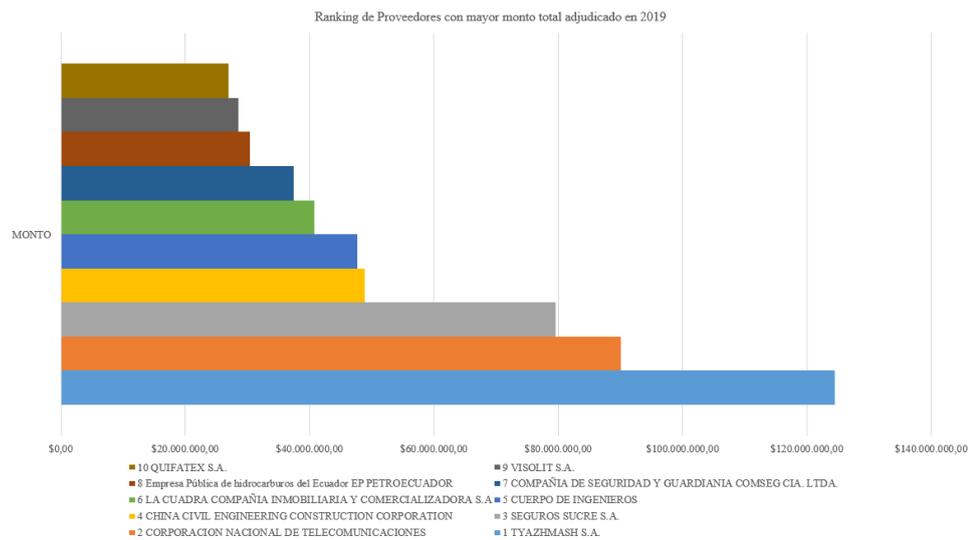
DISCUSIÓN

El propósito de crear el SNCP era articular los organismos públicos para que programen sus contrataciones del ejercicio fiscal pues se consideraba que existía ausencia de planificación, discrecionalidad en las compras y despilfarro de los recursos públicos. Al innovar la contratación pública se pretendía crear procedimientos ágiles, transparentes, eficientes y a la vanguardia de la tecnología, encaminados a facilitar las acciones de control de las partes involucradas en el proceso de compra.

Esta innovación también tuvo como fin que las compras públicas se conviertan en un elemento dinamizador de la economía nacional, otorgando parámetros de preferencia a proveedores pequeños, microempresas y actores de la economía popular y solidaria, pues los recursos estatales que se utilizan en la compra pública iban a ser destinados a fomentar y generar empleo, industria, asociatividad, así como a la redistribución de la riqueza.

Al tener como objetivo la simplificación de los procesos de contratación pública, iba a permitir que los artesanos y pequeños proveedores puedan concursar con ofertas competitivas; nada más alejado de la realidad, pues en el ranking de proveedores con mayor monto total adjudicado entre los años 2018 – 2022 ocupan los primeros diez lugares proveedores considerados como grandes, y no se observan artesanos, profesionales, micro, pequeñas y medianas empresas, mucho menos los actores de la economía popular solidaria ocupando alguno de aquellos puestos. Según los datos obtenidos del Portal del SERCOP, se elaboró la presente gráfica mediante la cual se evidencia que las grandes empresas son las que figuran como ganadoras del mayor monto de procesos adjudicados:





NOTA: (Gráficos realizados por la autora con datos tomados del Portal del SERCOP. En el 2018 se refleja mismos datos que el 2021. Demuestra que las grandes empresas ocupan los primeros lugares de montos de procesos adjudicados)

Del resultado de estos datos, se evidencia que la normativa de contratación pública encaminada a ser un eje dinamizador de la economía de los artesanos, pequeños y medianos productores, actores de la economía popular y solidaria, así como profesionales, no se cumple, pues siempre son las grandes empresas las que participan en los procesos de contratación y tienen ventajas para ser las adjudicatarias de los procesos.

Las empresas y profesionales que participan en los procesos de contratación pública deben tener amplio conocimiento del manejo del sistema, pues para ofertar en régimen común mediante el cual se comprar la mayor cantidad de bienes o se contratan los servicios, deberán recibir la invitación a través del Portal si es que el código de producto es el que tomó la entidad; extraer los archivos del proceso “.ushaypliego” del SOCE; activar la plataforma módulo facilitador de contratación (MFC) para oferentes; verificar que dicha herramienta esté actualizada; procesarán el “.ushaypliego” en el MFC; deberán revisar los documentos adjuntos en los cuales constan los requisitos solicitados por la contratante; registrarán los datos y requisitos solicitados con los anexos correspondientes mismos que deben estar en formato PDF, y firmados electrónicamente; generar su oferta (.ushayoferta); ingresar al SOCE, que es una plataforma diferente al SOCE; ingresar al proceso, registrar el archivo que se genera en partes, consolidarlo, registrar los datos que solicite el sistema y enviar la oferta. Esperar que la entidad solicite convalidación; si lo hace, enviar las convalidaciones a través del Portal; esperar los

tiempos para la calificación; en algunos procesos acudir a la negociación; y en subasta inversa registrar la oferta económica para poder participar en la puja electrónica.

Todo un proceso para participar en un proceso de contratación que requiere tecnología adecuada, destreza en el manejo del SOCE y del MFC; conocimiento de la normativa para poder elaborar las ofertas correctamente, lo cual implica tiempo. En pocas líneas se ha resumido parte del proceso que dura aproximadamente treinta días, lo que demuestra que no contamos con normas claras, y sencillas que permitan a los artesanos, pequeños productores, microempresas y actores de la economía popular y solidaria participar con ofertas competitivas.

Entre las atribuciones del SERCOP también está el expedir modelos obligatorios de documentos precontractuales y contractuales de los diferentes procesos; dictar normas administrativas, manuales e instructivos; modernizar las herramientas del sistema electrónico de contratación pública e impulsar la interconexión de plataformas tecnológicas de instituciones y servicios relacionados; asesorar a las entidades contratantes y capacitar a los proveedores del Sistema Nacional de Contratación Pública sobre la inteligencia o aplicación de las normas que regulan los procedimientos de contratación de dicho sistema.

Sin embargo, la recurrencia de las reformas y la cantidad de ellas no permite desenvolvemos en un marco de certeza jurídica, pues dichas reformas no son emitidas con tiempos transitorios y prudentes para su aplicación, ni son socializadas de forma que permita a los actores de los procesos conocer cabalmente los cambios normativos y del sistema. Estas reformas carecen de solución a las discrepancias entre lo escrito y el sistema informático, pues para cumplir con los modelos de uso obligatorios emitidos del SERCOP para los procesos de contratación por régimen común, las entidades contratantes deben incluir en el Módulo Facilitador de la Contratación (MFC) los documentos el cómo proyecto de contrato, formularios de oferta que se deben adaptar conforme cambia la normativa, las condiciones generales del pliego. Es decir el MFC no ha sido modernizado para ser una herramienta útil y completa que permita tanto a contratantes como proveedores contratar de forma ágil y eficiente; y esto incide directamente en los tiempos administrativos que toma un proceso de compra.

Aristóteles (2006), sostenía que la ley escrita no es inmutable porque es imposible escribirla exactamente, pues existen casos particulares, por los cuales es necesario cambiar, y otros en los cuales es evidente mejorar, pues siempre el legislador está expuesto al error. No obstante, la innovación en las leyes no es comparable a la mutación de otras artes, pues la fuerza de la ley encuentra su poder en el hábito y éste sólo se configura con el tiempo y la repetición; así los gobernados nos acostumbramos a actuar dentro de un determinado marco normativo, y el cambiarlo o sustituirlo fácilmente debilita la fuerza de ley.

Para crear el hábito y la confianza de que un actuar es correcto e importante la permanencia del ordenamiento jurídico, pues permite la seguridad y confianza de que la norma no será sometida al arbitrio del intérprete.

En palabras de Marienhoff (1965), debemos entender que la administración pública es una actividad permanente del Estado y sus órganos, involucrada directamente a la satisfacción de las necesidades de la sociedad, es decir de los administrados.

Para conseguir el fin la administración debe organizarse, teniendo claro el alcance de su competencia; claro está que necesita normas que regulen su actuar interno y su relación con los particulares, pero éstas no solo deben enfocarse a la organización, sino a su aplicación oportuna y eficaz. Por lo tanto, lo que sucede en una administración pública influye en la organización y funcionamiento de la misma; en la regulación de las relaciones inter orgánicas, interadministrativas, y entre las entidades administrativas con los administrados.

Entonces, si el sentido de la administración pública es la satisfacción de las necesidades ciudadanas de forma oportuna y eficaz, las entidades contratantes anualmente planifican sus contrataciones conforme su presupuesto, programas y proyectos según las necesidades que pretenden y tienen la obligación de satisfacer en razón de su competencia y jurisdicción. Para ello emprenden anualmente su plan operativo anual y su plan de contratación, generando una expectativa en los administrados para la resolución de los problemas comunitarios (la vía, el puente, el agua, el alcantarillado, tendido para luz eléctrica, la casa de salud, los insumos hospitalarios, entre tantos), necesidades priorizadas en asambleas ciudadanas, y que deberían ser atendidas de forma oportuna.

La oportunidad es uno de los principios de la contratación pública ecuatoriana conforme el Art. 4 de la LOSNCP. Oportunidad conforme el *Manual de Buenas Prácticas en la Contratación Pública* es ejecutar de forma acertada y eficiente los procedimientos de contratación, para atender las necesidades de las contratantes conforme su programación. Sin embargo, las recurrentes reformas implementadas por el SERCOP no solo perturban la confianza legítima y seguridad jurídica que debemos tener en el sistema normativo, sino que también afectan directamente a la planificación de las entidades contratantes provocando demoras en el trámite administrativo de un proceso de contratación, y en el retraso de la ejecución de un proyecto.

Como podemos observar a continuación, durante el periodo de análisis 2018-2022, se ha tomado como muestra los procesos de obras, y prestación de insumos de salud de las principales instituciones del cantón Cuenca, demostrando el tiempo que le toma a la institución desde el momento de la planificación hasta poder suscribir el contrato:

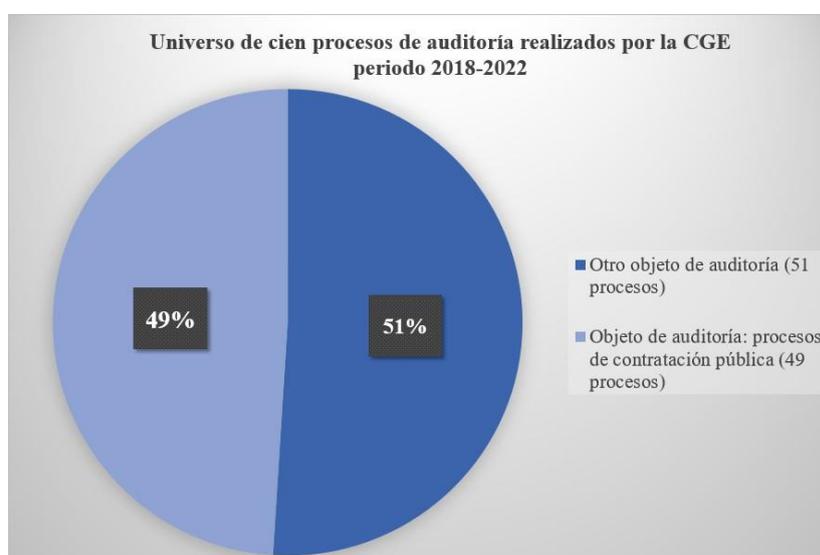


(Nota: gráfica elaborada por la autora que demuestra que los tiempos del proceso administrativo entre 45 y 90 días)

De este análisis se demuestra que los tiempos al no ser óptimos están afectando el derecho que tiene la comunidad de una buena administración pública, pues no se resuelven oportunamente los problemas, y no solo es el proceso de compra y la normativa, sino el mismo trámite administrativo al interior de cada entidad, pues el servidor público que está como gestor

de los procesos tiene la confianza de que su actuar de buena fe será observado por los órganos de control, cuando debería ser lo contrario.

Los procesos de contratación, por el manejo de los recursos públicos, son los principales actores de las auditorías que realiza la Contraloría General de Estado; por ello el temor del servidor de cometer errores por las contradicciones normativas. De un universo de cien procesos de auditoría realizados por la Contraloría General del Estado, durante el periodo de análisis de la presente investigación, cuarenta y nueve corresponden al tema de contratación pública.



La certeza, previsibilidad, confianza legítima y buena fe, luego del análisis expuesto en el presente trabajo, constituyen elementos *sine qua non* de la seguridad jurídica, y sin ellos y las reformas recurrentes y contradicciones de la norma y el sistema, la contratación pública se torna un campo sinuoso que no contribuye al objetivo principal del Estado y su razón de ser, el interés general y la satisfacción de las necesidades.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES:

- La potestad del SERCOP para emitir reformas es legítima; sin embargo, las reformas realizadas, han generado desconfianza en las entidades y oferentes, conllevando a la vulneración del derecho la seguridad jurídica y la confianza legítima.
- Las constantes reformas afectan directamente a la planificación de las entidades contratantes, ocasionando demoras en el trámite administrativo de un proceso de contratación, y en el retraso de la ejecución de un proyecto.
- La extensa normativa y uso del sistema de contratación ha generado que el proceso de compra pública se vuelva engorroso y extenso, atentando al principio de satisfacción oportuna de los servicios públicos, pues la administración debe observar el derecho en su conjunto, permitiendo a las administraciones públicas y a sus servidores, el cumplimiento de los fines encomendados, que se resumen en el bien común.
- La normativa actual no favorece a los artesanos, pequeños productores, microempresas y actores de la economía popular y solidaria; pues las reformas introducidas les impiden participar con ofertas competitivas.
- Es necesario, que se realice una nueva reforma, con la finalidad de que las normas no se enfoquen únicamente en la organización, sino también en el cumplimiento oportuno y eficaz de las políticas públicas.
- Se recomienda crear una sola plataforma o sistema para contratar y ofertar, permitiendo a la entidad realizar un proceso precontractual más ágil, y a los oferentes enviar ofertas que no sean descalificadas por incumplimiento de normativa que no implica ni incide en la calidad y precio de su oferta.
- Se recomienda reducir los términos del proceso precontractual para agilizar las contrataciones y prestar los servicios de forma oportuna.

FUENTES DE CONSULTA:

- Bermúdez, J. (2005). El principio de confianza legítima en la actuación de la Administración como límite a la potestad invalidatoria. *Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile*, Volumen (18, N° 2), p. 83-105.
- Cassagne, Juan Carlos, “Los Principios Generales del Derecho en el Derecho Administrativo”, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 1992.
- Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo. (2013). Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública
- Constitución de la República del Ecuador [Const]. 20 de octubre del 2008. (Ecuador).
- Cuenca, S. (2020). Buena administración y procedimiento administrativo en el Ecuador. *Revista Ruptura Asociación Escuela de Derecho PUCE*, p (283-301).
- Estupiñán, R., Vaca, V., Piedra, J., y Mantilla, S. (2020). Importancia de la investigación jurídica para la formación de los profesionales del Derecho en Ecuador. *Revista Dilemas Contemporáneos*, (Edición especial). <https://doi.org/10.46377/dilemas.v35i1.2250>
- Fernández, C. (s/f). *LA TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS Y SU APLICACIÓN EN LA LEGISLACIÓN PERUANA*. Recuperado desde: <https://www.unife.edu.pe/publicaciones/revistas/derecho/Lumen13/LA%20TEORIA%20DE%20LOS%20ACTOS%20PROPIOS%20Y%20SU%20APLICACION.pdf>
- González Tamayo J. (2016). “*EL RÉGIMEN ECUATORIANO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA: ENTRE EL PROTECCIONISMO Y LA APERTURA COMERCIAL*”. *Revista de Derecho*, No. 25, UASB-Ecuador-Quito.
- León González, L., Barrueta, D., & Martell Alonso, L. (2019). La seguridad jurídica una proyección general. *Revista Conrado*, Volumen 15(66), p. 292-299. Recuperado a partir de <https://conrado.ucf.edu.cu/index.php/conrado/article/view/910>
- LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL CONTRATACIÓN PÚBLICA. (2008). Publicada en el Registro Oficial Suplemento 395 de 04 de agosto del 2008.
- Llorente, F. R. (1983). RANGO DE LEY, FUERZA DE LEY, VALOR DE LEY (Sobre el problema del concepto de Ley en la Constitución). *Revista de Administración Pública, Números 100 - 102*, 417-432.
- MANUAL DE BUENAS PRÁCTICAS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA PARA EL DESARROLLO DEL ECUADOR 2015. Versión 1. Página 39.
- Peces-Barba Martínez, G. (2004). *Lecciones de Derechos Fundamentales*. Dykinson. Madrid. pp. 161 y ss.
- Pérez Yauli, V. L. ., & Tamayo Viera, J. O. (2022). Derecho a la buena administración pública, referente de eficacia y eficiencia en la actividad administrativa. *REVISTA ERUDITUS*, 3(3), 43–60. <https://doi.org/10.35290/re.v3n3.2022.716>

- SERCOP (2021). Biblioteca virtual: <https://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/>
- SERCOP. (2021, NOVIEMBRE). *PORTAL DE COMPRAS PÚBLICAS*. Obtenido de <https://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/biblioteca/>.
- Soto, E. (1989). Invalidación de los actos administrativos. *Revista Chilena de Derecho*, Volumen (Nº 16), pp. 475 y sgtes.
- Vidal, I. (2015). *SEGURIDAD JURÍDICA Y PREVISIBILIDAD*. España: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes.
- Villacres, J. (2021). Derecho constitucional a la seguridad jurídica de los ciudadanos en el Ecuador. *Polo del Conocimiento. Revista científico - Profesional*, 1224 - 1233.
- Zavala, J. (2007). *LA REGLA DE LOS ACTOS PROPIOS Y SU APLICACIÓN EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO ECUATORIANO*. Recuperado desde: <https://revistas.usfq.edu.ec/index.php/iurisdictio/article/view/677>