

Estudio de las sanciones indirectas, derivadas de la inhabilitación por inconsistencias en la declaración del “valor agregado ecuatoriano” (VAE) en la contratación pública

Study of indirect sanctions in Public Procurement, as a result of disqualification due to inconsistencies in the “Ecuadorian Added Value” declaration.

Fernando Esteban Ordóñez-Carpio¹
Universidad Católica de Cuenca - Ecuador
fereoc@hotmail.com

Elizabeth Cristina Vega-Crespo²
Universidad Católica de Cuenca - Ecuador
elizabeth.vega@ucacue.edu.ec

doi.org/10.33386/593dp.2022.5-1.1515

V7-N5-1 (sep) 2022, pp. 405-421 | Recibido: 01 de septiembre de 2022 - Aceptado: 23 de septiembre de 2022 (2 ronda rev.)

1 Magister en Derecho Informático con mención en Comercio Electrónico por la Universidad de Cuenca. Profesor Titular Universidad Católica de Cuenca

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9449-1765>

2 Doctora en Jurisprudencia y Abogada de los Tribunales de Justicia del Ecuador. Tutora de la Maestría en Derecho Administrativo Mención Contratación Pública en la Universidad Católica de Cuenca

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1145-7159>

Cómo citar este artículo en norma APA:

Ordóñez-Carpio, F., & Vega-Crespo, E., (2022). Estudio de las sanciones indirectas, derivadas de la inhabilitación por inconsistencias en la declaración del “valor agregado ecuatoriano” (VAE) en la contratación pública. 593 Digital Publisher CEIT, 7(5-1), 405-421 <https://doi.org/10.33386/593dp.2022.5-1.1515>

Descargar para Mendeley y Zotero

RESUMEN

En el presente artículo, se estudia los actos administrativos que dan como resultado la suspensión en el “Registro Único de Proveedores RUP”, impuesta por el “Servicio Nacional de Contratación Pública” SERCOP, a proveedores del Estado, que han proporcionado información o realizado una declaración errónea respecto de su calidad de productor nacional, dentro de un procedimiento de contratación pública; pero que, no obstante la aplicación de la referida sanción, hallándose bloqueados en el “Portal de Compras Públicas”, se ven impedidos de cumplir otras obligaciones previamente contraídas, como la suscripción de contratos adjudicados con anterioridad en otros procesos; y, por consecuencia de un evento forzoso ajeno a su voluntad, son objeto de una sanción significativamente superior.

Se delinea los mecanismos a utilizar para conseguir su rehabilitación en el Sistema Nacional de Contratación Pública, así como las eventuales acciones judiciales y administrativas para conseguir el resarcimiento de los daños injustamente ocasionados.

Palabras clave: contratación pública; sanción administrativa; suspensión en el RUP; adjudicatario fallido; valor agregado ecuatoriano VAE

ABSTRACT

Through the development of this article, this topic will be analyzed: the possible judicial and administrative actions that would have at their disposal the suppliers of the State, which have been sanctioned by the SERCOP (National Service of Public Procurement), with the suspension in the RUP (Single Registry of Suppliers), for having provided information or made an erroneous declaration with regard to its status as a domestic producer, within a public procurement procedure; but that, notwithstanding the application of that penalty and, precisely because of it, being blocked in the Public Procurement Portal, they are prevented from complying with obligations previously contracted, as in the case of the signing of contracts awarded in other public procurement processes, prior to taxation of the aforementioned sanction; and, as a result, are subject to a significantly higher penalty for a forced event that does not derive from their responsibility. The mechanisms to be used to achieve their rehabilitation in the National Public Procurement System, as well as compensation for damages unjustly caused will be outlined.

Palabras clave: public procurement; administrative sanction; RUP suspension; failed awardee; Ecuadorian Value-added

Nociones básicas acerca del contrato administrativo

El bien común

Para abordar el estudio de los contratos administrativos, hemos de empezar por señalar que la ratio *essendi* de la actividad del Estado es la consecución del bien común, que, sin ir más lejos se reputa como la justificación misma de la existencia del Estado.

Ahora bien, hablar del bien común, indudablemente nos coloca en un ámbito de marcada subjetividad, pues su entidad está sujeta a valoraciones de orden histórico, cultural, político, económico, entre muchas otras variantes.

Más complejo aún resulta conocer su esencia, cuando evidenciamos que aun presentándose coincidencias históricas, culturales, económicas, e inclusive políticas, el hecho de que quien decide lo que se ha de considerar “bien común”, es el poder ejecutivo, lo convierte en una categoría absolutamente caprichosa, pues, en definitiva, el bien común queda liberado al tropismo que le imprime el signo político del gobernante de turno, dejando en duda aquella pretendida calidad de brújula capaz de orientar la gestión pública.

Dicho esto, y conscientes de lo esquivo que resulta arriesgar una definición, para efectos del presente estudio nos conformaremos con señalar, que cuando menos desde una perspectiva axiológica, hemos de entender al bien público como un principio de índole moral que induce a obrar en beneficio de los ciudadanos de un Estado.

Entonces, todas las actuaciones que realiza el Estado, deberían estar dirigidas (*más allá de los referidos matices subjetivos*) a la consecución del bien común, en suma, el beneficio colectivo. Este empeño, el Estado lo puede gestionar de manera exclusiva o concurrente; habrá cierta clase de actividad reservada de manera exclusiva al Estado, en tanto que otras actividades podrán ser ejecutadas con intervención privada, pública no estatal o por socio público privado.

Necesidad de la intervención de actores privados en la actividad pública

En todos los casos, aun en aquellos que son de competencia exclusiva del Estado, éste necesitará del concurso de proveedores externos, volviéndose imprescindible establecer un marco jurídico a partir del cual se constituirá un esquema de obligaciones mutuas; este marco es el contrato administrativo, mediante el cual, el contratista adquiere el status de colaborador del Estado para la consecución del bien comunitario.

Si bien es cierto, al contratista no lo inspira el altruismo desinteresado, sino un afán de lucro; no lo es menos, que su interés no es necesariamente incompatible u opuesto al del Estado.

Indudablemente el contrato administrativo es una herramienta de gestión pública, a través de la cual el Estado, ante la imposibilidad de cumplir aisladamente sus objetivos, vincula a particulares a efectos de potenciar su efectividad, mediante la suma de capacidades técnicas, experticias profesionales, Know how, etc., asumiendo los riesgos y beneficios de manera compartida, resultando de ello una suerte de transmisión de obligaciones del Estado, hacia los privados, de manera que estos, mediante la realización de obras, prestación de servicios, o provisión de bienes, coadyuvan al cumplimiento de fines propios de los estamentos públicos, eso sí, reservándose en todos los casos el Estado, la determinación de los parámetros a los que se ceñirá la participación contractual de los particulares, así como el control de la ejecución y los resultados.

Evolución del contrato administrativo

A finales del siglo XV, con la crisis del sistema feudal y el surgimiento del Renacimiento, se producirán profundas transformaciones en los mecanismos de gobierno y en las formas de ejercer el poder; ello dará lugar al nacimiento de los Estados modernos; éstos, se erigieron como poderes soberanos y absolutos, con derecho a imponer su voluntad ante cualquier súbdito; sin embargo, esta fisonomía no implicaba que la

nueva organización estatal fuera autosuficiente, es decir, necesitaba en muchos casos del concurso de privados para su funcionamiento, tal fue el caso, por ejemplo, de los contratos que se realizaba para el reclutamiento de personas para enlistarse en los ejércitos (*que inicialmente estuvieron integrados mayoritariamente por mercenarios*); o, los contratos que celebraban los soberanos con ciertos súbditos para el otorgamiento de funciones públicas (*en un momento en que los oficios se adquirían por venta*); o, los servicios de correos; o, el contrato de fletamento de naves para viajes ultramarinos, entre otros casos en los que, evidentemente, el poder omnímodo del Estado, resultaba incompatible con la libre voluntad de los privados para cooperar con éste, siendo imprescindible confeccionar fórmulas contractuales que permitieran a las partes colocarse en pie de igualdad ante los pactos o acuerdos, garantizando los mutuos beneficios que de ellos se esperaba.

Debió entonces el Estado despojarse del avasallador poder soberano y ubicarse en un andarivel más accesible al ciudadano común, entonces, en palabras de Parada (2012) “De esta hipocresía nace la tesis de que cuando el Estado o la Corona contrataban lo hacían como un particular que contrataba con otro particular según nuestra tradición (...)” (p.233)

La Corona se ve en la necesidad de recurrir a una ficción, merced a la cual asume una personalidad patrimonial privada que le permitirá contratar, no desde la autoridad del poder público, sino como lo haría un particular con otro particular, y abre la posibilidad de que, en caso de incumplimiento de los compromisos adquiridos con particulares, pueda interponerse acciones en su contra ante los Tribunales civiles. De esta ficción devendrá a su vez la distinción entre “actos de autoridad” y “actos de gestión”, según obre con una u otra personalidad.

No será sino hasta el siglo XX que se producirá el nacimiento de una jurisdicción propia para la sustanciación, en sede judicial, de los conflictos derivados de los contratos celebrados entre la administración pública y los particulares; esto acontecerá cuando por

influencia doctrinaria de la Escuela de Burdeos, se produce la sustitución del criterio estructural *actos de autoridad-actos de gestión*, por el criterio material del *servicio público*.

El “Consejo de Estado Francés”, en los hechos creará esta figura con el “*arret Terrier*” de 6 de febrero de 1903, que dispuso que:

todo lo que concierne a la organización y funcionamiento de los servicios públicos propiamente dichos, ya actúe la administración por vía de contrato, ya lo haga por vía de autoridad, constituye una operación administrativa, que es, por su naturaleza, del dominio de la jurisdicción administrativa.

La superposición del criterio funcional de servicio público provocará un verdadero giro de percepciones, así, Gaston Jéze, considerado como el más relevante creador de la teoría del contrato administrativo, señala que, siendo el derecho administrativo un derecho especial referido a los servicios públicos, estructurado sobre la base de reglas exorbitantes del derecho común destinadas a la gestión del servicio público; una consecuencia lógica de ello será que, si los Tribunales administrativos son competentes para conocer los contratos administrativos, pues estaríamos ante un régimen especial; un régimen público de los servicios públicos.

Conforme refiere García de Enterría & Fernández (2008) citando a Jéze:

[L]os contratos civiles suponen la presencia de contratantes en pie de igualdad, en tanto que, en los contratos administrativos las partes se saben desiguales en tanto una de ellas comparece en nombre del interés general, mientras que la otra solo lo hace en representación de su propio y particular interés. (p.665)

La simple presencia del interés público dentro de la ecuación contractual, implicará que, de una parte, el contratista de un bien o servicio público, no esté obligado solo a cumplir sus obligaciones contractuales como lo haría un particular con otro particular, sino, además

a cumplir con todo cuanto fuere necesario para lograr el cabal funcionamiento del servicio público con el que consintió en colaborar.

La administración contratante por su parte, a más de cumplir con las contraprestaciones propias de la contratación ordinaria, estará obligada a indemnizar al contratista, en el evento de que la ampliación de sus obligaciones, le cause perjuicios que no pudo prever razonablemente al momento de la suscripción del contrato.

Según cita de García de Enterría & Fernández (2008), Pequignot, en una suerte de epílogo de la Escuela de Burdeos, investirá de claridad a la tesis sustancialista del contrato administrativo al indicar que, mientras el contrato civil se caracteriza por ser (en concepto de Delbez) "limitado en su alcance e ilimitado en su fuerza obligatoria" (p.665) refiriéndose a que por un lado el contrato afecta a las partes contratantes y no a terceros; y, por otro, que el contrato es ley para las partes; el contrato administrativo por su parte, diverge precisamente en estos dos elementos definitorios, pues, en referencia al primer aspecto, el contrato administrativo, de común afecta a terceros y no precisamente a través de cláusulas excepcionales que contengan estipulaciones a favor de ellos; y, en cuanto al segundo aspecto, el contrato administrativo no se constituye en ley irrevocable para las partes, y de manera concreta para la administración, la cual puede apartarse unilateralmente del cumplimiento de las obligaciones contractuales si los intereses superiores que representa se vieren afectados (*ius variandi*); esto, sobre la base del poder exorbitante que le asiste. Se evidencia de esta manera que el contrato administrativo es esencialmente diferente del contrato privado.

El desarrollo filosófico jurídico de la Escuela de Burdeos, durante un considerable período marcó el norte de la producción legal, la doctrina y la jurisprudencia, e indujo a establecer linderos drásticos entre la teoría general de la contratación civil y el contrato administrativo, fundamentalmente a partir de supuestas características propias del contrato administrativo.

Es imprescindible analizar algunos de los enunciados que la doctrina contemporánea ha esgrimido para desvanecer esta presunta distinción radical entre el contrato administrativo y el civil:

Decisión unilateral y ejecutoria.- Quizá el privilegio con el que por excelencia cuenta la administración pública, sea el de decidir ejecutoriamente sobre aspectos tan relevantes como la validez del contrato, su interpretación, la conformidad o no de las prestaciones realizadas por el contratista, la calificación de incumplimientos, la imposición de sanciones, la concesión o no de prórrogas al plazo contractual, la calificación de motivos para la extinción del contrato, la determinación de conformidad previa a la recepción de las prestaciones materia del contrato, la fijación de eventuales responsabilidades durante la vigencia de las garantías, la retención de valores por concepto de multas, la liquidación del contrato, la devolución de las garantías, etc.

Frente a esta enorme preponderancia de la administración, al contratista únicamente le queda la posibilidad de impugnar sus decisiones *ex post* en sede judicial; e inclusive, tratándose de incumplimientos de la administración, queda sujeta a la decisión que adopte la administración de justicia.

Sin embargo, como con meridiana claridad lo señalan García de Enterría & Fernández (2008) "este formidable poder no resulta propiamente del contrato mismo, sino de la posición jurídica general de la administración, de su privilegio general de autotutela que ya conocemos, de modo que es en sí mismo extracontractual." (p.670).

La razón última que justifica la vigencia de estas prerrogativas, radica en el hecho de que, mediante la contratación administrativa, lo que se busca es garantizar la prestación de servicios públicos, mismos que por sus características y la preeminencia de sus destinatarios, tienen que ser satisfechos de manera cabal y oportuna, situación que sin duda se vería gravemente afectada, si la administración dependiese de ejecutorias

judiciales; y, su gestión se viera afectada por la simple presentación de reclamos.

Estas prerrogativas, en síntesis, no pertenecen a estipulaciones del contrato administrativo, sino que derivan del modus operandi de la administración para la consecución de sus fines.

Modificación unilateral del contrato.

- Esta es considerada la regla exorbitante por excelencia. Conocida técnicamente como *Ius variandi, hecho del príncipe o factum principis* es, en resumen, la facultad que permite a la administración modificar de manera unilateral los términos del contrato.

Es necesario observar que, en primer lugar, la posibilidad de modificar unilateralmente el contrato, no constituye una práctica ordinaria en la contratación pública, sino un recurso técnico de corte excepcional, que, por otra parte, no está proscrito en la contratación civil, donde puede darse bajo iguales condiciones de excepcionalidad.

En segundo lugar, la potestad de modificar unilateralmente el contrato, obedece a la necesidad de viabilizar el buen funcionamiento de los servicios públicos, y deriva de un andarivel superior, como lo es el de la legislación, al que la técnica contractual se encuentra supeditada, siendo que estos principios trascienden la órbita contractual y son aplicados indistintamente a públicos y privados, contractual o extracontractualmente, a efectos, en ambos casos, de que la administración pública pueda cumplir con sus fines.

Efectos extra-partes. - Se considera como una de las características exorbitantes del contrato administrativo, el hecho de que eventualmente puede afectar a terceros que no participaron en él, contrariando la regla *res inter alios acta nec nocet* que anima al contrato civil. Al respecto hemos de precisar que los efectos extra-partes, tampoco le son ajenos a la contratación civil, que, dadas ciertas circunstancias, puede afectar a terceros.

Por otra parte, tal como lo analizamos en el literal precedente, estos efectos del contrato administrativo, en realidad obedecen a condiciones propias, desarrolladas en el marco de los fines de la administración y del derecho público, y no caracterizan al contrato administrativo en sí mismo. El contrato administrativo no hace sino recoger las previsiones legales o reglamentarias que lo rigen, se trataría entonces de un asunto *ex lege*, no *ex contractu*.

Tras este breve análisis, podría afirmarse que la pretensión original de considerar al contrato administrativo como una realidad separada e independiente del contrato civil, no tiene mayor substancia, y, menos aún utilidad práctica.

En palabras de Dromi (2010):

(...) la mayoría de las figuras jurídicas son comunes a los distintos sectores del ordenamiento jurídico, por ejemplo, el contrato es común al derecho público y al derecho privado, y se lo califica de civil, comercial, laboral, administrativo etcétera. El contrato es una institución jurídica general del derecho, que se califica de administrativo cuando se dan ciertas <<modulaciones>> que lo especifican y transforman en unidad dentro del género. (p. 21)

A su vez, refiriéndose a las coincidencias existentes entre el contrato administrativo y el contrato civil, señala Gordillo (2003):

(...) En suma, los contratos que celebra la administración tienen todos, un régimen en parte de derecho público, pero que no es uniforme; todos pueden ser denominados <<contratos administrativos>>, sin perjuicio de que existan gradaciones en cuanto a la intensidad del régimen de derecho público. Si antiguamente podíamos encontrar dos categorías bien definidas y totalmente opuestas de contratos de la administración, los civiles y administrativos, hoy en cambio encontramos un acercamiento de los extremos (...) (p. XI 35)

Actualmente, en el quehacer de la administración pública, coexisten armónicamente el derecho administrativo y el privado, y sus contratos contienen elementos propios de uno y otro. La diferencia está marcada únicamente por el hecho de que, en los contratos vinculados a la actividad propia de la administración, los elementos jurídico-administrativos, se encuentran mayormente acentuados; estos serían los contratos administrativos.

El contrato administrativo

La actividad de la administración pública, se exterioriza a través de hechos administrativos, contratos administrativos, actos de simple administración, actos administrativos y actos normativos de carácter administrativo.

A efectos del estudio que nos ocupa, nos haremos cargo únicamente del contrato administrativo.

Los contratos administrativos se caracterizan por ser una declaración bilateral, productora de efectos jurídicos individuales de manera directa e inmediata. El hecho de ser una declaración, lo diferencia de los hechos administrativos; *bilateral*, lo distingue de los actos administrativos; productora de efectos jurídicos individuales, lo aparta de los actos normativos de carácter administrativo; y, de manera directa e inmediata, lo diferencia de los actos de simple administración.

A criterio de Balbín (2013), analizando los elementos que tradicionalmente son considerados como constitutivos del contrato administrativo; el objeto y el fin del contrato administrativo, esto es, el ejercicio de funciones administrativas y el fin público, no son elementos que contribuyen a desarrollar un concepto de contrato administrativo, pues, el Estado de común cumple ese objeto y persigue tal fin. De otra parte, el régimen jurídico que soporta al contrato administrativo, es la consecuencia y no el antecedente, entonces señala que, desde una óptica subjetiva, el contrato administrativo se lo debe entender como “todo acuerdo celebrado por el Estado con terceros sobre una declaración de voluntad común destinada a regular sus derechos” (p. 443)

El proceso contractual

Para conseguir el contrato, en el ámbito administrativo es necesario agotar previamente una serie de actos instrumentales, que constituyen los pasos para la formación y perfeccionamiento del contrato; y que, continúan operando aun luego de la celebración del contrato.

Este procedimiento tiene que desarrollarse a la luz de los principios que animan la contratación pública, esto es, la legalidad, la imparcialidad, el trato justo e igualitario, la concurrencia y libre competencia, la eficiencia y calidad, la vigencia tecnológica, la transparencia y publicidad, la oportunidad, la economía, la buena fe, la colaboración, la participación nacional, el control y la responsabilidad de los participantes en el procedimiento contractual.

El proceso de contratación pública, podríamos decir que, de manera muy general, tiene cinco etapas:

Preparatoria

Precontractual

Contractual

De ejecución

Pos contractual

Los procedimientos de contratación

En el caso ecuatoriano, la Ley Orgánica de Sistema Nacional de Contratación Pública LOSNCP (2008) ha establecido diversos procedimientos de contratación, en atención al objeto, la naturaleza; y, la cuantía de la contratación, a saber:

“Procedimientos Dinámicos”

“Compras por catálogo”

“Subasta inversa electrónica”

“Procedimientos Especiales”

“Contratación integral por precio fijo”

“Contrataciones en situación de emergencia”

“Adquisición de bienes inmuebles”

“Feria inclusiva”

“Arrendamiento de bienes inmuebles”

Procedimientos en Atención a la Cuantía del Contrato

“Licitación”

“Cotización”

“Menor Cuantía”

“Ínfima Cuantía”

Procedimientos en Atención a la Naturaleza de la Contratación

“Consultoría”

“Régimen Especial”

“Contratos financiados con préstamos y cooperación internacional”

Otra clasificación que podría resultar interesante, a partir del objeto de la contratación, es la siguiente:

Si se trata de contratar “bienes y servicios normalizados”:

“Catálogo Electrónico”

“Subasta Inversa Electrónica”

Si se trata de contratar bienes y servicios no normalizados:

“Menor Cuantía”

“Cotización”

“Licitación”

Si se trata de contratar obras:

“Menor Cuantía”

“Cotización”

“Licitación”

“Contrato integral por precio fijo”

Si se trata de contratar servicios de Consultoría

“Contratación directa”

“Lista corta”

“Concurso público”

Por último, si se trata de contratación de bienes, obras y servicios, cuya cuantía sea inferior a multiplicar el coeficiente 0,0000002 del presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico, se aplicará el procedimiento de Ínfima Cuantía.

La contratación pública electrónica

La contratación pública electrónica, técnicamente se encuentra comprendida en la noción de administración pública electrónica (*e administración* o *e Government*). La contratación pública es una parte de la administración pública, ligada a la gestión pública, que tiene como finalidad la adquisición de bienes, de servicios y ejecución de obras que la administración requiere para cumplir con la prestación de servicios públicos; la contratación pública electrónica, no será sino la vinculación de las TICs a esta actividad de la administración. Resulta muy completa la sucinta definición constante en el libro verde de la Unión Europea, citada por Martínez Gutiérrez (2015), que entiende a la contratación pública electrónica como “la utilización de medios electrónicos en el tratamiento de las operaciones y en la comunicación por parte de los organismos del sector público a la hora de adquirir bienes y servicios o licitar obras públicas” (p. 52).

Beneficios de la contratación pública electrónica

De común, se suele señalar como beneficios de la contratación pública electrónica los siguientes:

Mejora de costos en las adquisiciones.

Reducción en los costos de operación para las entidades públicas contratantes.

Menores tiempos para conseguir el aprovisionamiento.

Mejor información con relación al objeto de la contratación.

Mayor Eficiencia.

Simplificación del proceso de evaluación de ofertas.

Publicidad y transparencia de la integridad del proceso de contratación pública.

Reducción de las formas de corrupción y discrecionalidad.

Estandarización de los procedimientos.

Ampliación del universo de oferentes y mayor competitividad.

Metodología y marco metodológico

El presente artículo se desarrolló mediante el enfoque cualitativo, utilizando el método deductivo, a partir del análisis de la normativa y su relacionamiento con los actos administrativos emitidos por el SERCOP.

Se ha utilizado la modalidad bibliográfico descriptiva y documental, que nos permitió una aproximación objetiva al problema y sus circunstancias actuales. Luego se recurrió al método exegético, que nos permitió analizar el problema en estudio, a contraluz de la norma positiva y los actos y hechos administrativos dados.

Se ha echado mano del método comparativo entre la norma constitucional, sus principios; la normativa secundaria inherente al derecho público y sus principios rectores, así como de aquellos que garantizan una relación equilibrada entre el Estado y los ciudadanos; y, la normativa referente a la responsabilidad del Estado frente a los particulares.

Se ha profundizado el estudio con el análisis doctrinario de tratadistas del derecho administrativo, particularmente en el ámbito de la contratación pública.

Las fuentes primarias utilizadas para el desarrollo de esta investigación fueron, en primer lugar, la Constitución de la República, las leyes de la materia, y las resoluciones emitidas por el SERCOP; y, en segundo lugar, el análisis reflexivo de doctrina generada en el marco del derecho público.

Estudio de las sanciones indirectas, derivadas de la inhabilitación por inconsistencias en la declaración del "valor agregado ecuatoriano" (VAE) en la contratación pública

Identificación del problema estudiado

Analizamos el caso de los oferentes en procesos de contratación pública, que, por haber proporcionado información falsa, o realizado una declaración errónea respecto de su calidad de productor nacional dentro de un procedimiento de contratación pública, han sido considerados infractores, conforme a lo previsto en la letra c) del artículo 106 de LOSNCP (2008), y por consecuencia han sido sancionados por el "Servicio Nacional de Contratación Pública" SERCOP, con la suspensión en el "Registro Único de Proveedores RUP", por un lapso de entre 60 y 180 días; o, entre 181 y 360 días en caso de reincidencia, conforme así lo determina el artículo 107 de LOSNCP (2008); y que, por consecuencia de dicha suspensión, resultan inhabilitados para participar en procedimientos de contratación pública e imposibilitados de utilizar las herramientas del Sistema Nacional de Contratación Pública; pero que, sin embargo de haber recibido esta sanción, si hubieren participado con anterioridad en otro u otros procesos de contratación pública, y resultado adjudicatarios en éstos; por consecuencia de la referida inhabilitación en el Sistema, no pueden suscribir el respectivo contrato.

El adjudicatario que se encuentra ante un escenario como el descrito en líneas precedentes, independientemente de su predisposición a suscribir el contrato, se verá imposibilitado de hacerlo, por encontrarse en "estado pasivo"

en el Registro Único de Proveedores, y consecuentemente bloqueado (inhabilitado) en el Portal de Compras Públicas, que constituye el único medio válido para realizar cualquier procedimiento electrónico relacionado con un proceso de contratación pública, conforme lo disponen los Arts. 21 y 47 Inc. último de la LOSNCP (2008).

La Entidad contratante, que en atención a lo previsto en los artículos Art. 62 número 4 de la LOSNCP (2008); y, Art. 113 Inc. 2do. del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública RGLOSNCP (2009), de manera previa a la celebración del contrato, tiene la obligación de verificar la aptitud legal del contratista, se verá a su vez impedida de suscribir el contrato, conforme a lo previsto en los artículos 62 números 1 y 5 de la LOSNCP (2008); y, 113 Inciso 2do. del RGLOSNCP (2009), sin que le quepa análisis o valoración de las razones de descargo que pudiese esgrimir el adjudicatario, incluida la de fuerza mayor, pues si bien es cierto, la imposibilidad en referencia deriva de un evento provocado por el ser humano con características de inoponible, no lo es menos, que se trata de una resolución contenida en un acto administrativo que, al haber sido emitido por autoridad competente, con las formalidades legales correspondientes, goza de presunción de legitimidad y ejecutoriedad.

En este punto, una vez vencido el término legal previsto en el Art. 113 Inciso 3ro. del RGLOSNCP (2009) para la suscripción del contrato, a la Entidad contratante le corresponderá emitir la correspondiente declaratoria de adjudicatario fallido en contra del oferente, que por las razones antes expuestas no pudo suscribirlo, lo cual implica que, será nuevamente sancionado; en esta ocasión, con suspensión en el Registro Único de Proveedores por el período de tres (3) años, por mandato del Art. 19 número 1 de la LOSNCP; y adicionalmente, el contrato le será adjudicado al oferente que ocupó el segundo lugar en el orden de prelación, o, de no suscribirse éste el contrato, se declarará desierto el proceso de contratación pública, en atención a lo previsto por el Art. 114 del RGLOSNCP (2009).

De lo anotado se hacen evidentes las graves consecuencias de un acto administrativo que, a nuestro entender, deriva de una incorrecta configuración del Portal de Compras Públicas, que a la postre genera que, por una suspensión temporal, que en el peor de los escenarios, por reincidencia, no podría superar los 360 días, merced a un efecto colateral provocado por el propio SERCOP, el oferente resulta sancionado con una suspensión considerablemente mayor, que entre otros posibles efectos, le provocará, de una parte, la imposibilidad de participar en procesos de contratación pública a nivel nacional durante 3 años; de otra, la eventual pérdida de contratos ya adjudicados, afectaciones a su buen nombre y reputación comercial; y por último, grandes pérdidas económicas que fácilmente le podrían llevar a la quiebra, afectando su derecho al trabajo por razones injustificadas.

Pasaremos a analizar los elementos jurídicos que configuran el problema en análisis:

El valor agregado ecuatoriano VAE

Doctrinariamente se le conoce como “Valor Agregado Nacional”, en el caso ecuatoriano las resoluciones del “Servicio Nacional de Contratación Pública” (SERCOP), lo han denominado Valor Agregado Ecuatoriano (VAE). Se encuentra anclado a un sistema de preferencias previsto en los parámetros de la contratación pública, que privilegia la producción nacional y la contratación preferente a los actores de la economía popular y solidaria y mipymes; que no es sino la materialización de lo dispuesto en el artículo 288 de la Constitución de la República del Ecuador (2008), que dispone:

Las compras públicas cumplirán con criterios de eficiencia, transparencia, calidad, responsabilidad ambiental y social. Se priorizarán los productos y servicios nacionales, en particular los provenientes de la economía popular y solidaria, y de las micro, pequeñas y medianas unidades productivas. (p.141)

Tenemos además el artículo 4, de la LOSNCP (2008), donde obra como uno de los

principios cardinales de la contratación pública, que a la letra dispone:

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

Este tratamiento preferente a la producción nacional se plasma a través de la confección de políticas públicas, que a su vez se evidencian mediante las resoluciones y directrices que, en su calidad de ente rector y regulador, emite el SERCOP.

En síntesis, podríamos decir que el VAE es el valor porcentual que representa el componente nacional utilizado para la producción de los bienes, ejecución de obras o prestación de servicios; en relación con lo cual, se han establecido umbrales de VAE que deben cumplir las ofertas que pretendan beneficiarse del régimen de preferencias previsto en la ley.

El SERCOP, entre sus atribuciones tiene la de administrar los procedimientos para la determinación y verificación de los porcentajes de producción nacional declarados por los oferentes en la etapa precontractual de los procesos de contratación pública, estableciendo al efecto criterios de valoración que incentiven y promuevan la participación nacional, otorgando márgenes de preferencia a favor de los proveedores de obras, bienes y servicios, de origen nacional, conforme así lo prevé el artículo 25.1 de la LOSNCP (2008):

Participación Nacional. - Los pliegos contendrán criterios de valoración que incentiven y promuevan la participación local y nacional, mediante un margen de preferencia para los proveedores de obras, bienes y servicios, incluidos la consultoría, de origen local y nacional, de acuerdo con los parámetros determinados por la entidad encargada de la Contratación Pública (p.15).

El SERCOP, teniendo en consideración que entre los objetivos del Sistema previstos en la LOSNCP (2008) constan como prioritarios la necesidad de garantizar la transparencia y evitar la discrecionalidad; así como la necesidad de parametrizar las referidas preferencias, por medio de sus resoluciones, ha diseñado una serie de metodologías para la validación de los porcentajes de VAE que declaran los participantes en sus ofertas, mismas que constan en la Codificación y Actualización de las Resoluciones Emitidas por el “Servicio Nacional de Contratación Pública”, contenida en la Resolución No. RE SERCOP-20160000072 (2016), que en su artículo 78, Sustituido por el Art. 6 de la Resolución RE-SERCOP-2016-0000074, 23-XII-2016, dispone:

Verificación del Valor Agregado Ecuatoriano de la oferta.- Con la finalidad de asegurar el efectivo cumplimiento de las reglas que permitan identificar a una oferta como ecuatoriana, el “Servicio Nacional de Contratación Pública” ya sea directamente, a través de entidades reconocidas por el “Servicio Nacional de Contratación Pública”, o a través de organismos de evaluación de la conformidad, acreditados por el Servicio de Acreditación Ecuatoriano (SAE), implementará los procesos de verificación respectivos. Para la verificación directa, el “Servicio Nacional de Contratación Pública” utilizará información en línea del “Servicio Nacional de Aduana del Ecuador” (SENAE), del Servicio de Rentas Internas (SRI) y la documentación exigida al oferente que acredite como verdaderos los valores declarados en el formulario de “Declaración de Valor Agregado Ecuatoriano de la oferta” como se detalla en la metodología definida por el Servicio Nacional de Contratación Pública y publicada a través del Portal Institucional del Servicio Nacional de Contratación Pública (p.50).

Esta normativa se explica en la medida que las declaraciones realizadas, no pueden quedar libradas a la discrecionalidad de quienes eventualmente se beneficiarían de ellas, particularmente, si se tiene en consideración el hecho de que los márgenes de preferencia son de tales características, que bien podrían significar y definir la adjudicación de un proceso contractual.

De las sanciones por adulteración o falsedad en la información consignada en las ofertas respecto del VAE

Puede suceder que un oferente, pretendiendo beneficiarse de los incentivos que la legislación ecuatoriana otorga a quienes acreditan que los bienes, obras o servicios que oferta, se encuentran dentro de los márgenes preferentes, presente una declaración falsa en cuanto al valor agregado de origen nacional, en cuyo caso, la Codificación y Actualización de las Resoluciones Emitidas por el “Servicio Nacional de Contratación Pública” (2016), en su Disposición General Primera establece que:

(...) dicha conducta será causal para que la entidad contratante lo descalifique del procedimiento de contratación, según corresponda; y, de ser el caso el Servicio Nacional de Contratación Pública aplique las sanciones previstas en el artículo 106 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública respectivamente; sin perjuicio de las acciones legales a que hubiera lugar (p. 213).

El literal c) del artículo 106 de la LOSNCP (2018), tipifica como una de las infracciones realizadas por un proveedor, el hecho de haber proporcionado información falsa o haber realizado una declaración errónea respecto de su calidad de productor nacional; y el artículo 197 *ibidem*, a su vez dispone que la referida infracción será sancionada con la suspensión en el Registro Único de Proveedores por un lapso entre 60 y 180 días; y, en caso de reincidencia dicha sanción será de entre 181 y 360 días, sin perjuicio de las sanciones previstas en otras normativas.

Para una mejor comprensión es necesario señalar, que al “Registro Único de Proveedores RUP”, lo hemos de entender como la Base de Datos de los proveedores de obras, bienes y servicios, incluidos los de consultoría, habilitados para participar en los procedimientos de contratación pública.

Por su parte, el artículo 62 de la LOSNCP (2018), refiriéndose a las inhabilitaciones generales

para celebrar contratos con las Entidades contratantes, en su numeral 4 señala que no podrán hacerlo quienes consten suspendidos en el Registro Único de Proveedores (RUP).

A su vez, el artículo 50 de la Codificación y Actualización de las Resoluciones Emitidas por el “Servicio Nacional de Contratación Pública” (2016), aludiendo a los efectos de la suspensión en el Registro Único de Proveedores -RUP, dispone que quien se encontrare en tal situación, no tendrá derecho a recibir invitaciones ni a participar en los procedimientos de contratación pública.

Efectos colaterales injustificados

Conforme lo analizado en líneas precedentes, un oferente que, pretendiendo beneficiarse de incentivos destinados a promover la producción nacional, hubiere presentado una declaración errónea o adulterada del porcentaje de VAE de su oferta, será sancionado por el SERCOP con la suspensión temporal en el Registro Único de Proveedores, situación que en la práctica lo dejará por fuera del Sistema Nacional de Contratación Pública y por tanto, impedido de cualquier tipo de participación en procesos contractuales con el Estado. Hasta este punto, todo resulta coherente y guarda *sindéresis* jurídica. No obstante, en la práctica suceden situaciones como aquella que es motivo de estudio en el presente artículo.

Es común y lícito, y ocurre en la práctica, que los proveedores del Estado participen de manera simultánea en varios procesos de contratación pública, que generalmente se encuentran en diversas etapas de avance, en esta dinámica bien puede suceder, y de hecho ha sucedido que, el oferente que ha sido inhabilitado en el Portal de Compras Públicas, por una declaración errónea del VAE, se ve impedido de cumplir obligaciones adquiridas previamente en otros procesos de contratación, que ninguna relación tienen con aquel que fue objeto de la sanción; como por ejemplo, la suscripción de contratos adjudicados con anterioridad; y, por consecuencia de este evento forzoso, absolutamente ajeno a la voluntad del

adjudicatario, se ve impedido de suscribir el contrato dentro del término previsto en el inciso primero del artículo 69 de la LOSNCP (2018): "Suscripción de Contratos.- Los contratos que por su naturaleza o expreso mandato de la Ley lo requieran se formalizarán en escritura pública dentro del término de quince (15) días desde la notificación de la adjudicación.(...)" (p.38).; y, en el inciso tercero del artículo 113 del RGLOSNCP (2009):

Adjudicado el contrato, el adjudicatario o su representante debidamente autorizado, deberá suscribir el contrato dentro del término previsto en los pliegos o en la Ley, para lo cual la entidad contratante le notificará señalando la fecha para hacerlo, que no podrá exceder de quince (15) días término siguientes a la fecha de adjudicación, excepción hecha para el caso de que el adjudicatario sea un consorcio o asociación, en cuyo caso tendrá quince días adicionales para la formalización de dicha asociación. (P. 35).

Por consecuencia de ello, se termina emitiendo en su contra una resolución de adjudicatario fallido, que conlleva una sanción significativamente superior. Además, conforme a lo previsto en el inciso sexto del antes citado artículo 69 de la LOSNCP (2018), "Cuando por causas imputables al adjudicatario no se suscriba el contrato dentro del término correspondiente, la entidad deberá declararlo adjudicatario fallido" (p. 39).; y, en atención a la disposición contenida en el inciso primero del artículo 19 de la ley ibídem:

Son causales de suspensión temporal del Proveedor en el RUP: 1. Ser declarado contratista incumplido o adjudicatario fallido, durante el tiempo de cinco (5) años y tres (3) años, respectivamente, contados a partir de la notificación de la resolución de terminación unilateral del contrato o de la resolución con la que se declare adjudicatario fallido (p. 12).

Entonces, el oferente que fue sancionado por una declaración errónea del VAE con la suspensión en el Registro Único de Proveedores por un lapso entre 60 y 180 días; y, en el peor de los casos, si fuere reincidente entre 181 y 360

días, por razones absolutamente injustificadas en derecho, termina con una sanción de inhabilitación en el Sistema Nacional de Contratación Pública por tres (3) años.

Análisis jurídico de la sanción derivada

Como se ha evidenciado, un contratista puede ser víctima de una sanción injustificada, derivada de una sanción original impuesta en un proceso de contratación pública ajeno a aquel en el que se le impone una mayor, por un incumplimiento que a todas luces se produce por razones ajenas a su voluntad de suscribir un contrato, razones que más bien son imputables al propio SERCOP, que, como consecuencia de la suspensión en el RUP, lo inhabilita en el Sistema Nacional de Compras Públicas, impidiéndole realizar cualquier tipo de actuación, no solo en el proceso materia de la sanción, sino en todos aquellos en los que se encuentre participando, aunque aquellos no tenga ninguna relación con el que mereció la sanción, hubieren iniciado con anterioridad, e independientemente de la fase en que se encuentren.

Acto Administrativo Individual

Los actos administrativos, según tengan efectos Inter partes, o, erga omnes, se clasifican en individuales o generales, conforme así lo establece el artículo 98 del Código Orgánico Administrativo COA (2017). La resolución administrativa de suspender a un oferente en el RUP, a no dudarlo, es de aquellas que tienen efectos individuales, es decir únicamente afectan a quien ha sido objeto de dicha sanción, pero además, como es lógico, única y exclusivamente en relación con el asunto o asuntos que fueron materia del juzgamiento o expediente administrativo, resulta entonces inaudito que la sanción impuesta por el SERCOP a un oferente por haber declarado erróneamente el VAE en un determinado proceso de contratación pública, afecte otro u otros procesos de contratación pública, en los que si bien puede existir identidad subjetiva, no existe de ninguna manera compatibilidad objetiva.

Irretroactividad de los Actos Administrativos

La Constitución de la República del Ecuador (2008) en el numeral 3 del artículo 76, establece como una de las garantías al debido proceso, que nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción administrativa; a su vez, el COA (2017), en concordancia con la norma constitucional incluye entre sus principios rectores, en su artículo 30, el de irretroactividad; y señala que “(...)Las disposiciones sancionadoras producen efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor.”(p.8). En el caso que es materia del presente análisis, la sanción que se impone al oferente por la declaración errónea del VAE, no solo que afecta a otros procesos administrativos en curso, sino que, en la práctica los invalida, aun cuando estos se hubieren iniciado con anterioridad a la expedición de la sanción de marras, y las diferentes etapas del procedimiento de contratación pública se encuentren en desarrollo. Esto sin duda comporta la aplicación retroactiva de una sanción administrativa, en franca contravención a los principios constitucional y legal expuestos.

Un adjudicatario que obtuvo una resolución de adjudicación en un proceso de contratación pública y se ve impedido de suscribir el respectivo contrato, por una sanción impuesta con posterioridad, en otro proceso de contratación, no sería el único caso en que de manera retroactiva se afectaría eventualmente los intereses de un administrado; bien podría suceder que se le impida merecer una resolución de adjudicación, aun habiendo resultado ganador en el mismo proceso; o, que se le imposibilite suscribir contratos complementarios o modificatorios, obtener prórrogas de plazo, tramitar órdenes de trabajo, suscribir actas de variación de cantidades, etcétera.

Auto Irrogación de Perjuicios por Parte del Estado

Los perjuicios que se ocasiona al administrado al privarle, por consecuencia de la sanción derivada, de la posibilidad de contratar

con el Estado por el lapso de tres años, son evidentes; sin embargo, el administrado no es el único perjudicado, pues paradójicamente, el propio Estado resulta gravemente afectado.

Hay que considerar que cuando una entidad pública convoca a un proceso de contratación, es porque previamente ha detectado y justificado la existencia de una necesidad institucional que demanda ser satisfecha para el cumplimiento de los propósitos que le han sido encomendados; a partir de ese momento un procedimiento de contratación tiene que atravesar por una serie de etapas que deben ser agotadas; así, para que se haya llegado a la etapa de adjudicación, entre otros aspectos, se ha de haber realizado la selección de la oferta más conveniente, esta conveniencia ha de ser valorada en términos técnicos, financieros y legales; entonces, se entiende que la oferta ganadora será la que mejores condiciones ofrezca al Estado.

Cuando a un adjudicatario se lo declara fallido, conforme a lo previsto en los incisos tercero y cuarto del artículo 35 de la LOSNCP (2008), se deberá proceder a adjudicar “el contrato al siguiente oferente según un orden de prelación, de convenir a los intereses nacionales o institucionales”. En este escenario, de cualquier manera, se contratará con una oferta menos ventajosa que aquella que fue elegida como idónea; ahora bien, si la entidad contratante llegase a determinar que la oferta u ofertas subsecuentes, no son convenientes a los intereses nacionales o institucionales, el procedimiento deberá ser declarado desierto por oferta fallida, en cuyo caso, por un lado la satisfacción de la necesidad institucional (muchas veces urgente), que motivó el inicio del proceso contractual, se verá aplazada; y por otro, la entidad contratante deberá iniciar nuevamente el proceso de contratación con todos los costos administrativos y logísticos que ello implica.

Génesis del problema

A nuestro entender el problema se origina por consecuencia de la falta de la debida diligencia y acuciosidad con que, en virtud de la aplicación de los principios de eficacia,

eficiencia, y calidad, previstos en los artículos 3, 4 y 5 del Código Orgánico Administrativo (2017), está obligado a actuar el Órgano Rector de la Contratación Pública; circunstancia que en el caso que nos ocupa, se materializa en la negligencia que comporta la no emisión de directrices necesarias para evitar daños colaterales, así como, por no adoptar medidas para que el "sistema informático del Portal de Compras Públicas", se mantenga actualizado y sea capaz de discriminar adecuadamente los diferentes casos que puedan presentarse, evitando que los usuarios se vean afectados en sus derechos de manera arbitraria.

Si la suspensión de un proveedor en el RUP por haber declarado erróneamente el VAE de su oferta, importara una penalización por este yerro, aquello significará una sanción en el proceso de contratación pública en el que se cometió el error; y, acarreará la suspensión temporal a partir de la fecha de la resolución sancionatoria, hasta el cumplimiento del período de suspensión impuesto, período dentro del cual el sancionado no podría participar en el Sistema Nacional de Contratación Pública, ni contraer ninguna nueva obligación; sin embargo, en la práctica, la suspensión en el RUP, significa la inhabilitación total del oferente en el "Sistema Oficial de Contratación Pública del Ecuador (SOCE)", en el que se lo hace constar en estado "pasivo", lo que, dicho de otra manera, significa para éste el bloqueo (inhabilitación) en el Portal de Compras Públicas, que le impide realizar, al administrado o a la Entidad Pública, cualquier interacción, inclusive procesos de contratación pública diversos de aquel que mereció sanción, aun que hubieren iniciado con anterioridad a la misma.

Si analizamos el texto del artículo 35 de la LOSNCP (2008), notaremos que dispone que se declarará adjudicatario fallido a aquel que no celebrare el contrato "*por causas que les sean imputables*"(p.19).; obviamente, conforme hemos venido analizando, la no suscripción del contrato, en el caso que nos ocupa, se debe, no ha una causa dependiente de la voluntad del adjudicatario, sino, a su ilegal inhabilitación en el Sistema, realizada por el SERCOP; inhabilitación

que impide que, inclusive la Entidad contratante, pueda hacer el análisis jurídico acerca de si las causas que le impiden suscribir el contrato le son o no imputables al contratista, forzándole a que de manera inopinada proceda a expedir la declaratoria de adjudicatario fallido, con las graves consecuencias que de ello derivan.

Eventuales acciones legales

El problema que ha motivado el presente estudio, es relativamente nuevo, por consecuencia no ha sido posible analizar procedimientos administrativos o judiciales relativos al tema, ni, a saber, existe aún jurisprudencia, no obstante, las características del asunto en cuestión, nos permiten atisbar algunas vías de reclamo.

En al ámbito administrativo

En este caso caben dos opciones: La primera, solicitar al SERCOP que revea la imposición de las sanciones derivadas por ser ilegales y arbitrarias, permitiendo que los procesos de contratación en curso, que no guarda relación alguna con aquel que mereció la sanción, continúen; y,

La segunda, solicitar a la Entidad contratante en la que se ha emitido la sanción derivada, que, habiéndose cumplido con el tiempo de suspensión en el RUP impuesto en el proceso original por declaración errónea del VAE, revoque la declaratoria de adjudicatario fallido, conforme a lo previsto en los artículos 118 y 119 del COA (2017), bajo los cargos que de mantenerse esta sanción, se estaría atentando contra los principios de proporcionalidad, legalidad y trato justo consagrados en la norma *ibidem*; solicitándole además que, una vez que se emita la resolución de revocatoria, esta sea notificada al SERCOP, a efectos de que actúe conforme a lo previsto en el numeral 2 del artículo 44 de la "Codificación y Actualización de las Resoluciones Emitidas por el Servicio Nacional de Contratación Pública" (2016), que a la letra dispone:

Art. 44.- Circunstancias bajo las cuales procede la rehabilitación.- El proveedor

sancionado como contratista incumplido o adjudicatario fallido, así como el representante legal de la persona jurídica o el procurador común en los casos de asociación o consorcio o compromisos de asociación o consorcio, que haya actuado en calidad de tal, en el período en que se generaron las acciones que motivaron la sanción, será suspendido del Registro Único de Proveedores -RUP y permanecerá en esa condición hasta que medie cualquiera de las siguientes circunstancias: 2. Que la entidad contratante, mediante resolución debidamente motivada revoque el acto administrativo por el cual lo declaró como adjudicatario fallido o contratista incumplido. El “Servicio Nacional de Contratación Pública” verificará el cumplimiento de las condiciones establecidas en la Ley, para que proceda el levantamiento de la suspensión y podrá objetar de manera fundamentada tal solicitud;” (p.38).

En esta vía, la Administración Pública obraría enmarcada en la autotutela de la legalidad y corrección de los actos administrativos, requiriendo la nulidad de actos administrativos por consecuencia de la potestad de revisión prevista en los artículos 106 y 132 del COA (2017); o, requiriendo a la administración aclaraciones, rectificaciones o subsanaciones, en atención a lo previsto en el inciso tercero del artículo 133 de la norma *ibidem*.

En el ámbito judicial

Se podría proponer una acción subjetiva o de plena jurisdicción, mediante la cual se impugnaría la validez del acto administrativo, esto es, la resolución declaratoria de adjudicatario fallido, con reclamo de pago de costas procesales, daños y perjuicios, y, eventualmente daño moral.

En el ámbito constitucional

Cabe la interposición de una acción de protección, en virtud de que, la sanción derivada que es materia del presente artículo, importa una clara violación a varios principios consagrados en la Constitución de la República del Ecuador, tales como el de legalidad, el de irretroactividad, el de juridicidad, el derecho a no ser sancionado

dos veces por la misma causa, el derecho a la libertad de trabajo, el derecho a la libertad de contratación, el derecho a desarrollar actividades económicas, entre otros.

Conclusiones

El desarrollo del presente estudio ha permitido comprobar las hipótesis inicialmente planteadas en cuanto al hecho de que los proveedores del Estado que participan en procesos de contratación pública, bajo las circunstancias descritas en líneas precedentes, injustamente terminan siendo víctimas del poder abusivo de la administración pública, al recibir una doble sanción, pues aun siendo eventualmente justa la primera, por consecuencia de ella se les impone injustificadamente una segunda, con el agravante que ésta última, es mucho más gravosa que la inicialmente impuesta, y su ocurrencia deviene de la imposibilidad de suscribir un contrato en virtud de la suspensión generada por la sanción original; sin que, por otra parte, tengan ninguna relación entre sí tales procedimientos de contratación pública; e inclusive, habiéndose iniciado el que recibe la sanción derivada, con anterioridad al que recibe la sanción original, lo que sin ir más lejos implica la aplicación retroactiva de una resolución administrativa.

Se ha logrado determinar que, en efecto, la aplicación de dicha segunda sanción injustificada, se debe a la falta de la debida diligencia y acuciosidad del Órgano Rector de la Contratación Pública; que no ha sabido tomar las medidas necesarias para que el sistema informático del Portal de Compras Públicas, se mantenga actualizado y sea capaz de discriminar adecuadamente los diferentes casos que puedan presentarse, a efectos de evitar daños colaterales.

Ha resultado claro que estos anómalos sucesos, se reputan contrapuesta a principios cardinales del derecho público en general y de la contratación pública en particular, como son el de eficacia, eficiencia, juridicidad, proporcionalidad, interdicción de la arbitrariedad y trato justo; así como a principios consagrados en la Constitución de la República del Ecuador, tales como el de legalidad, el de irretroactividad,

el de juridicidad, el derecho a no ser sancionado dos veces por la misma causa, el derecho a la libertad de trabajo, el derecho a la libertad de contratación, el derecho a desarrollar actividades económicas.

Igualmente ha sido posible evidenciar que, la no suscripción de un contrato por consecuencia de la declaratoria de adjudicatario fallido al oferente, inclusive genera perjuicios para el propio Estado, que deja de ver satisfecha la necesidad que motivó el lanzamiento del proceso de contratación pública; o, en el mejor de los casos, procede a suscribir un contrato con el segundo oferente en el orden de prelación, bajo condiciones menos ventajosas.

Referencias Bibliográficas

- Asamblea Nacional Constituyente. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Montecristi, Ecuador: Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2017). *Código Orgánico Administrativo*. Quito, Ecuador: Registro Oficial 31 de 7 de julio de 2017.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2008) *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*. Quito Ecuador: Registro Oficial 395 de 4 de agosto de 2008.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2009) *Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*. Quito Ecuador: Registro Oficial 588 de 12 de mayo de 2009.
- Balbín C. (2013). *Manual de Derecho Administrativo*. Ed 2ª. Buenos Aires: Editorial La Ley.
- Cassagne, J. (2010). *Derecho Administrativo*. Lima: Editorial Grández Gráficos S.A.C.
- Dromi, R. (2010) *Licitación Pública*. Ed 4º. Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina.
- Dromi, R. (2009). *Derecho Administrativo*. Ed 12ª. Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina.
- García de Enterría E & Fernández T-R. (2008) *Curso de Derecho Administrativo*. Ed 12ª. Bogotá: Editorial Temis.
- Gordillo A. (2003). *Tratado de Derecho Administrativo*. Ed 7ª. Lima: ARA editores y FDA.
- Lopez W. (2011). *Tratado de Contratación Pública*. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador.
- Parada R. (2012). *Derecho Administrativo*. Ed. 18ª. Madrid: Editorial Marcial Pons.
- Servicio Nacional de Contratación Pública. SERCOP (2016). *Resolución SERCOP No. 72-2016, Codificación y Actualización de las Resoluciones Emitidas por el "Servicio Nacional de Contratación Pública"*. Quito Ecuador: 31 de agosto de 2016, Última modificación 24 de febrero de 2022.
- Zavala, J. (2007). *Derecho Administrativo*. Guayaquil: Editorial Edino.