



UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA ECOTEC

Facultad:

Derecho y Gobernabilidad

Título del Trabajo:

Alcance Jurídico del Principio de Trato Justo y Legalidad en el proceso de pago a los contratistas de provisión de servicios en la contratación pública, período 2022-2023.

Línea de Investigación:

Gestión de las Relaciones Jurídicas

Modalidad de Titulación:

Trabajo de Integración Curricular

Carrera:

Derecho con énfasis en Empresarial y Tributario

Título a Obtener:

Abogado

Autores:

Tatiana Nicole Farra Carrera
Nelson Rubén Loza Cruz

Tutora:

Mgtr. María Elena Carrillo Ortega

Samborondón – Ecuador

2024

CERTIFICADO DEL PORCENTAJE DE COINCIDENCIAS

Habiendo sido nombrada la Mgtr. María Elena Carrillo Ortega, tutora del Trabajo de Integración Curricular “Alcance jurídico de los principios de trato justo y legalidad en el proceso de pago a contratistas en la contratación pública, período 2022-2023”, elaborado por **Tatiana Nicole Farra Carrera y Nelson Rubén Loza Cruz**, con mi respectiva supervisión como requerimiento parcial para la obtención del título de abogado.

Se informa que el mismo ha resultado tener un porcentaje de coincidencias del 6%, el mismo que se puede verificar en el print de pantalla a continuación:



MARIA ELENA
CARRILLO
ORTEGA

Firmado digitalmente por
MARIA ELENA CARRILLO
ORTEGA
Fecha: 2024.04.12 14:30:50
-05'00'

FIRMA DEL TUTOR

Mgtr. María Elena Carrillo Ortega



CERTIFICADO DE APROBACIÓN DEL TUTOR PARA LA PRESENTACIÓN DEL TRABAJO DE TITULACIÓN CON INCORPORACIÓN DE LAS OBSERVACIONES DE LOS MIEMBROS DEL TRIBUNAL

Samborondón, 15 de abril de 2024

**Magíster
Andrés Madero Poveda
Decano de la Facultad Derecho y Gobernabilidad
Universidad Tecnológica ECOTEC**

De mis consideraciones:

Por medio de la presente comunico a usted que el Trabajo de Integración Curricular TITULADO: “Alcance jurídico de los principios de trato justo y legalidad en el proceso de pago a contratistas en la contratación pública, período 2022-2023” fue revisado y se deja constancia que los estudiantes acogieron e incorporaron todas las observaciones realizadas por los miembros del tribunal de sustentación por lo que se autoriza a: Tatiana Nicole Farra Carrera y Nelson Rubén Loza Cruz, para que procedan a la presentación del trabajo de titulación para la revisión de los miembros del tribunal y posterior sustentación.

ATENTAMENTE,

**MARIA ELENA
CARRILLO
ORTEGA**  Firmado digitalmente
por MARIA ELENA
CARRILLO ORTEGA
Fecha: 2024.04.12
14:33:16 -05'00'

Mgtr. María Elena Carrillo Ortega

Tutora

Introducción

En un país donde la confianza en el Estado supone ser prioridad, emergen los conflictos respecto a la correcta administración dentro de sus instituciones; concretamente, de un Presupuesto del Estado que al ser resultado del aporte de cada ciudadano, busca promover que sus derechos se vean reflejados en el marco de dicha administración, ya sea como beneficiario indirecto, o directo participante de estas organizaciones en el ejercicio de sus atribuciones.

En el marco jurídico vigente, la norma reguladora del uso del Presupuesto del Estado en la contratación pública es la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, la cual otorga al Servicio Ecuatoriano de Contratación Pública (SERCOP) la responsabilidad de dirigir la misma. En este sentido, se esperaría que el Servicio Ecuatoriano de Contratación Pública tuviera la autoridad para aplicar sanciones, tanto a los contratistas como a los servidores de las entidades públicas contratantes. Sin embargo, en la práctica, esta investigación estudia una palpable limitación en dichas atribuciones, en vista que la normativa no le otorga dicha capacidad.

Dicha limitación se ve reflejada durante la fase contractual, donde los contratistas del Estado que exigen el pago por sus servicios, pueden ser perjudicados por esta limitación para imponer sanciones en caso de retención indebida en el pago de parte de las entidades contratantes. En estos casos, el SERCOP sólo puede requerir a la máxima autoridad de la institución pública contratante que imponga el régimen disciplinario correspondiente al funcionario encargado del contrato, lo que podría no ocurrir en algunos casos. Esta situación concurre en vulnerar el principio de trato justo y legalidad para los contratistas que quedan en indefensión de su derecho a un pago acorde a lo establecido en el contrato.

Para lograr cumplir las metas establecidas el método de investigación empleado es cualitativo de carácter explicativo y descriptivo, en la cual se emplearán técnicas de análisis de carácter documental mediante entrevistas a expertos y estudio de la normativa pertinente.

Frente al reconocimiento de la vulneración reflejada en los procesos de pago de los contratistas de provisión de servicios en la contratación pública, la presente investigación pretende poner de relieve la transgresión a los principios fundamentales antes mencionados

durante la fase contractual, obteniendo como resultado una reforma al artículo 10 numeral 18 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. La cual otorga al Servicio Ecuatoriano de Contratación Pública la facultad de requerir la aplicación de un régimen disciplinario al funcionario responsable de la entidad contratante que incumple los principios y normativas de la mencionada ley; resaltando que dichas violaciones afectan la eficacia que la ley debería proporcionar a los diversos actores en la contratación pública, con el objetivo de prevenir infracciones a los derechos involucrados.

Contexto histórico

Desde el siglo XIX, la contratación pública en Ecuador se encontraba regulada por la Ley Orgánica de Hacienda y el Sistema de la Junta de Licitaciones. La Ley Orgánica de Hacienda establecía la licitación como el único método para la realización de contratos por parte de las entidades públicas. La Junta de Licitaciones vigilaba que se cumpliera a cabalidad este principio. De esta forma, cada entidad pública establecía las bases de licitación, lo que ocasionaba falta de uniformidad. Entre otros factores a destacar, si la licitación quedó desierta, se prorrogaba el término y si a pesar de ello no había oferentes, las entidades podían contratar directamente. Dichas regulaciones y prácticas causaban fallas en el control efectivo de los recursos del Estado, por lo que desde entonces, en favor de la promoción de la transparencia y de la eficiencia, evolucionó hasta que en el año 2008 se promulgó la hasta ahora vigente Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y en 2009 su respectivo reglamento.

Antecedentes

Desde la promulgación de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, se le atribuye a ésta el objetivo prioritario de garantizar la ejecución plena de los contratos y la aplicación efectiva de las normas contractuales y al Servicio Ecuatoriano de Contratación Pública (SERCOP) el papel de entidad rectora en el ámbito de la contratación pública como organismo de derecho público y técnico regulatorio; consecuentemente, deberá ejercer sus atribuciones conforme lo determine en la norma, su reglamento y demás normas aplicables. A su vez, en el artículo 15 de la misma ley, le atribuye a los organismos de control, realizar los controles posteriores a los procedimientos de contratación efectuados por las Entidades contratantes, imponiendo al Servicio Nacional de Contratación Pública la obligación de informar a la máxima autoridad de la entidad contratante, la Contraloría General del Estado y a la Procuraduría General del Estado cada vez que conozca el cometimiento de infracciones a lo dispuesto en esta Ley.

Planteamiento del problema

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública regula de manera integral las instancias, organismos e instituciones involucrados en la planificación y ejecución de contratos de prestación de servicios y obras públicas financiadas con recursos públicos. Este marco normativo divide dichos procesos en las etapas precontractual, contractual y de evaluación, con el propósito de ejercer la potestad estatal y llevar a cabo los contratos en concordancia con los principios y derechos establecidos en la normativa. Asimismo, otorga a cada una de las partes las atribuciones necesarias para salvaguardar los intereses públicos y garantizar el cumplimiento adecuado del contrato.

En virtud de esta regulación, el Servicio Nacional de Contratación Pública asume las atribuciones dispuestas en el artículo diez de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su reglamento. Sin embargo, la presente investigación se centra en analizar si estas atribuciones son suficientes, especialmente en lo que respecta al problema identificado en la fase contractual. En situaciones específicas, se observa una clara vulneración de los principios de trato justo y legalidad, donde los contratistas, tras superar las fases correspondientes y cumplir con todos los requisitos para prestar servicios a la entidad estatal contratante, experimentan la retención indebida del pago por sus servicios, incumpliendo así el contrato y, consecuentemente, los principios mencionados. Este incumplimiento se presenta ante la falta de una respuesta oportuna por parte de los contratantes, quienes se ven obligados a solicitar la intervención del Servicio Ecuatoriano de Contratación Pública para que notifique a la máxima autoridad de la entidad contratante y ésta inicie la aplicación de un régimen disciplinario.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública asigna al Servicio Ecuatoriano de Contratación Pública la función principal de supervisar la contratación pública. En este sentido, se espera que tenga la capacidad de aplicar sanciones, mediante un régimen disciplinario, tanto a los contratistas como a los empleados de las entidades públicas que realizan contrataciones. Sin embargo, en la realidad, la normativa no le otorga la facultad de ejercer esta acción con respecto a estos últimos.

La entidad encargada de supervisar la contratación pública utiliza su capacidad de

solicitar el inicio de un régimen disciplinario de manera discrecional, lo que significa que puede optar por no hacerlo en ciertos casos. Esto se argumenta en base a la falta de facultades sancionadoras y la consideración de que no es necesario iniciar dicho régimen. Esta situación vulnera el derecho al trato justo y legalidad en el cumplimiento del contrato directamente de los oferentes, que pueden resultar afectados por decisiones arbitrarias, donde no solo queda en impunidad dicha vulneración, sino también, la retención indebida del pago que les corresponde.

Es por ello que la pregunta problemática que se plantea es: ¿Qué limitaciones tienen los principios de trato justo y legalidad establecidos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública respecto al cumplimiento del proceso de pago a los contratistas de provisión de servicios?

Objetivos

Objetivo General:

Establecer el alcance jurídico del principio de trato justo y legalidad en el proceso de pago a los contratistas de provisión de servicios en la contratación pública por medio del análisis de la normativa para examinar la eficacia de su cumplimiento en la etapa contractual.

Objetivos específicos:

1) Analizar los principios de trato justo y legalidad en el marco jurídico vigente mediante el análisis de la normativa pertinente y la doctrina con el propósito de examinar su aplicabilidad y eficacia en el proceso de pago a los contratistas de provisión de servicios en la contratación pública.

2) Identificar los procedimientos administrativos de gestión involucrados en los procesos de pago de servicios a contratistas mediante el análisis de los procesos de contratación pública establecidos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública con la finalidad de determinar las necesidades existentes para que se cumplan con eficiencia los principios de trato justo y legalidad.

3) Proponer un ajuste a la normativa que regula las atribuciones del Servicio Ecuatoriano de Contratación Pública, por medio de una reforma del artículo 10 numeral 18 de

la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública para que éste pueda iniciar un régimen disciplinario a los contratantes y ordene el cumplimiento del pago pendiente, con el fin de que se cumplan los principios de legalidad y trato justo.

Justificación

Esta investigación examina las repercusiones derivadas de las limitaciones en la aplicación del principio de trato justo y legalidad en los procedimientos de contratación pública, según lo establecido en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. En particular, se centra en el artículo 10, que detalla las atribuciones que el Instituto posee para hacer cumplir los derechos y obligaciones de las partes involucradas. Este ámbito abarca a las instituciones estatales actuando como contratantes y a los adjudicatarios que buscan participar en contratos con el Estado. A pesar de la expectativa de que, al cumplir con sus obligaciones, se respetarán las condiciones contractuales de pago en términos y plazos adecuados, en diversos casos esta expectativa queda solo en el ámbito normativo. Por ello, se considera imperativo analizar esta vulneración de los derechos al cumplimiento del pago de los contratistas en el marco de una normativa que busca la aplicación de los principios de trato justo y legalidad en todas las fases y procesos para ambas partes.

Este estudio se enfoca en el pago a contratistas de servicios en la contratación pública de la ciudad de Guayaquil, con el objetivo de delimitar de manera eficiente la problemática y alcanzar los objetivos propuestos.

Frente a este desafío, la importancia de la investigación radica en la necesidad de esclarecer esta etapa contractual, identificando oportunidades para recomendar una estrategia que contribuya a la propuesta de reforma sugerida a la Asamblea. Dicha reforma conlleva beneficios esenciales para restaurar la confianza en los procesos dirigidos por las instituciones estatales, combatiendo las secuelas de la corrupción y las injusticias previas.

En consonancia con la premisa de que la contratación pública debe asegurar el cumplimiento efectivo de principios y derechos de todas las partes involucradas, se destaca la necesidad de que el Servicio Ecuatoriano de Contratación Pública priorice la seguridad de pago para los contratistas adjudicados, equiparando su confianza en el cumplimiento de las estipulaciones contractuales con la que tiene el Estado. Además, se aboga por brindar a los

contratistas adjudicados el mismo principio de celeridad procesal presente en otros procesos, tanto públicos como privados, representando así, una ventana de ayuda significativa y fundamentada para aquellos adjudicatarios que enfrentan demoras o incumplimientos en sus pagos.

Esta investigación propone reformar las atribuciones del Servicio Ecuatoriano de Contratación Pública para agilizar y resolver eficientemente esta problemática en la fase contractual. Actualmente, cuando un servidor/a haya realizado esta conducta de retención indebida del pago al contratista, el Servicio Ecuatoriano de Contratación Pública únicamente tiene la atribución de requerir la aplicación del régimen disciplinario previsto en la Ley Orgánica del Servicio Público a la máxima autoridad de la entidad contratante. Esta situación refleja la falta de celeridad procesal y vacío de exigir el cumplimiento del pago pendiente, por lo que la reforma propuesta busca establecer un marco operativo que promueva la eficiencia en el pago y consolide la integridad en los procesos de contratación sujetos de estudio.

Marco Teórico

Exploración de los principios de trato justo y legalidad en la contratación pública

En el estudio de la Ley Orgánica Del Sistema Nacional De Contratación Pública, se observa la inclusión de principios y objetivos dentro de sus disposiciones sustantivas. Los primeros, que sirven como criterios de interpretación de los procedimientos y contratos, se entrelazan con los segundos, los cuales representan las metas que el sistema busca alcanzar a través de su gestión. Es importante destacar que, aunque la ley no proporciona definiciones específicas para estos conceptos, su distinción no siempre es clara, y en algunos casos, un mismo elemento puede ser considerado tanto principio como objetivo. Por ende, para fines analíticos, la presente investigación se centra en el artículo 4 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública: “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.” (Ley Orgánica Del Sistema Nacional De Contratación Pública, 2008), aplicando los principios de legalidad, trato justo, igualdad, concurrencia, oportunidad y calidad, como elementos esenciales de esta investigación.

Principio de Igualdad

La igualdad cuenta con “un parámetro jurídico primordial para el desarrollo normativo de las legislaciones internas y para la ejecución de políticas estatales, aunque su aplicabilidad debe darse, también, en todos los órdenes de la vida pública y privada.” (Arias Manzano, 2010, pág. 127)

El derecho de igualdad ante la ley, se encuentra fuertemente relacionado con el derecho a la no discriminación, pero la igualdad, debe establecerse entre personas que se encuentren en las mismas condiciones o circunstancias. En el ámbito de la contratación, este principio estipula la existencia del trato igualitario para todos los oferentes de un procedimiento precontractual, enfocado en garantizar que no haya preferencias o discriminación en el proceso. (Macías Bermúdez, 2020)

Este principio busca garantizar que en el proceso de contratación pública se aplique un trato equitativo y justo a todos los proveedores, sin discriminación alguna. De esta manera, se requiere que los órganos encargados establezcan condiciones uniformes para todos los participantes, en cumplimiento de los preceptos legales de igualdad.

Principio de Concurrencia

El propósito de promover la concurrencia es asegurar el cumplimiento de los requisitos técnicos, legales y económicos en los procesos de contratación pública, incentivando así la competencia. Esto permite a la entidad contratante seleccionar entre los proveedores aquellos que satisfacen los criterios necesarios para elegir la oferta más beneficiosa entre los participantes del proceso de contratación pública.

En la contratación pública se refiere a la divulgación de información para prevenir la opacidad, asegurando que la selección se realice conforme a la legalidad, oportunidad, competencia, imparcialidad, equidad y justicia. Estos principios éticos guían tanto a los funcionarios encargados de las adquisiciones públicas como a los proveedores.

Principio de Oportunidad

El principio de oportunidad en la contratación pública se relaciona con la eficiencia y eficacia que deben tener las administraciones públicas al llevar a cabo procedimientos de

compras para satisfacer sus necesidades, de manera ágil y adecuada según cada situación.

Este principio se basa en la necesidad de actuar con celeridad para satisfacer el interés general, teniendo en cuenta el menor tiempo posible y de manera eficiente. Su objetivo es garantizar que los procesos de contratación en entidades públicas se lleven a cabo de manera ágil y efectiva, produciendo resultados óptimos.

Principio de Calidad

El principio constitucional de calidad se refiere a la necesidad de que las obras, bienes y servicios destinados a satisfacer necesidades públicas sean los mejores en términos de atributos. Esto implica que tanto el gasto como los objetos contratados deben cumplir con altos estándares de calidad.

Por lo tanto, en la práctica, asegura que el producto solicitado por la entidad estatal contratante cumpla con los estándares requeridos. Por lo tanto, el proveedor está obligado a entregar el producto en condiciones óptimas de calidad para garantizar la eficiencia del gasto público y satisfacer por completo a ambas partes.

Principio De Legalidad

Jaime Santofimio sostiene que “[...] analizar el principio de legalidad del contrato estatal conlleva una implicación práctica, cuál es la de sujetar, siempre y en todos los casos la autonomía de la voluntad al interés general”. Además, señala qué: “[...] entendemos por principio de legalidad la necesaria conformidad de los procedimientos, actuaciones, decisiones y actos que deban proferirse con ocasión del contrato con el ordenamiento jurídico en general, y con el que le da fundamentación en especial [...]”. (Santofimio Gamboa, 2004, pág.115)

Desde su origen, uno de los objetivos fundamentales de este principio ha sido restringir el poder de las autoridades públicas. Se aplica tanto en la fase precontractual como en la contractual de los contratos estatales. En la fase precontractual, se refleja en el proceso de formación de la voluntad contractual del Estado, donde la ley guía el procedimiento administrativo desde la convocatoria hasta la adjudicación. Durante la etapa contractual, este principio también tiene una importancia significativa, ya que el interés general prevalece sobre la autonomía de la voluntad de las partes.

Esto se ve reflejado en la reflexión de Dromi: El principio de legalidad es la columna

vertebral de la actuación administrativa precontractual y contractual. Toda la actividad administrativa debe sustentarse en normas jurídicas, cualquiera sea su fuente: constitucional, legislativa o administrativa. Todas las disposiciones legales son aplicables a cada situación administrativa. Es responsabilidad del órgano administrativo garantizar que sus acciones cumplan con los principios constitucionales y evaluar si las normativas son conformes con la Constitución. (Dromi, 2001)

Principio de Trato Justo

El principio de trato justo no es ampliamente abordado en la literatura sobre contratación pública, aunque su literalidad sugiere una conexión con el concepto más amplio de justicia. Un sistema legal justo debe considerar los diversos intereses, que a veces pueden ser opuestos, tanto de la autoridad pública como de los contratistas, y buscar conciliarlos de manera equitativa. Según Suarez Beltrán y Laguado Giraldo (2007) las consideraciones comerciales del sector privado, el derecho de los usuarios a servicios adecuados, así como la responsabilidad de la autoridad pública en orden a asegurar la regularidad de los bienes y servicios y su papel en la promoción del desarrollo son algunos de los intereses que merecen estar debidamente reconocidos por la ley.

Entonces, el principio de trato justo se centra en promover una relación positiva entre las partes del contrato, apoyándose en la transparencia y en los principios éticos y morales compartidos. Se garantiza igualdad de oportunidades para los postulantes, salvo casos excepcionales definidos por especificaciones técnicas particulares establecidas en la normativa vigente.

Análisis comparativo del principio de trato justo y legalidad en la contratación pública

El Principio de Legalidad no solo establece pautas para la conducta de los ciudadanos en general, sino que también regula las acciones de los funcionarios públicos. A través de la emisión de normativas específicas, se define y limita el comportamiento humano y social con el objetivo de garantizar una convivencia armoniosa. Para Cabanellas (2010) este enfatiza que los servidores públicos deben tener una autorización legal previa para ejercer sus funciones administrativas, lo que implica que no pueden actuar sin contar con atribuciones otorgadas por la ley.

En el ámbito del derecho administrativo, es fundamental asegurar que durante cualquier proceso contractual se mantenga la igualdad entre los oferentes; esto implica que todos los participantes sean considerados en igualdad de condiciones, sin importar su identidad, sino más bien la calidad de sus ofertas. Por ello, el principio de trato justo no solo garantiza la equidad entre los actores del Sistema Nacional de Contratación Pública, sino que también busca establecer un equilibrio en todas las etapas de la relación contractual. Además, promueve la transparencia, la ética y la moralidad en todas las interacciones entre la entidad contratante y los proveedores, evitando así la discrecionalidad y la subjetividad en las decisiones de los funcionarios públicos y protegiendo los intereses del Estado. (Resolución Nro. SERCOP-SERCOP-2023-0028-R, 2016)

Potestades y atribuciones del Servicio Nacional de Contratación Pública

La propuesta de innovar los procesos de contratación pública en Ecuador mediante métodos ágiles, transparentes y tecnológicamente avanzados es sin duda una medida positiva que puede contribuir significativamente a mejorar la gestión de los recursos estatales y a fortalecer la economía local y nacional. Emitir un criterio de opinión al respecto implica reconocer la importancia de estas acciones y considerar sus implicaciones desde la perspectiva de las potestades de la administración pública.

En primer lugar, la falta de planificación y políticas claras en las compras públicas puede conducir a situaciones de discrecionalidad y despilfarro, lo cual afecta negativamente la confianza de los ciudadanos en las instituciones gubernamentales y obstaculiza el desarrollo económico del país.

En este sentido, la adopción de métodos ágiles, transparentes y tecnológicamente avanzados en los procesos de contratación pública representa una oportunidad para mejorar la eficiencia, la transparencia y la rendición de cuentas en la gestión de los fondos públicos.

Normativa que Regula el SERCOP según la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública

La asignación de responsabilidades al Servicio Ecuatoriano de Contratación Pública (SERCOP) para supervisar y coordinar las actividades relacionadas con la contratación pública es una medida palpablemente acertada. La unificación de criterios y la centralización de las

funciones en este organismo contribuye a evitar duplicidades, mejorar la eficiencia y garantizar un mayor control sobre los procesos financiados con fondos públicos.

Es fundamental reconocer que la supervisión y coordinación efectiva de todas las entidades, organismos e instituciones involucradas en la contratación pública son necesarias para garantizar la correcta planificación y realización de las compras gubernamentales. En función de lo cual, la misma ley delimita sus potestades y atribuciones que tendrán dentro de este marco normativo para garantizar el cumplimiento eficiente de sus fines y objetivos.

Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP)

El control completo y coordinado entre los diversos organismos competentes asegura una supervisión efectiva en todas las fases del proceso de contratación pública, lo cual es esencial para evitar irregularidades y promover la legalidad y la equidad en las adquisiciones gubernamentales. Es importante destacar que el estricto cumplimiento de estas disposiciones contribuye a fortalecer la confianza de los ciudadanos en las instituciones gubernamentales y a fomentar una gestión pública más eficiente y responsable.

Potestades del Servicio Nacional de Contratación Pública

La potestad es el poder público que tiene el Estado para cumplir con sus objetivos de gobernación, el cual se exterioriza a través de la Constitución y las leyes.

Las potestades son unilaterales pues propia del Estado, irrenunciable porque los órganos están obligados a cumplir con las funciones que se les asigna, imprescriptibles porque no desaparecen, intransferible porque nace de la nación y es entregada al Estado; y es inalienable porque no se puede enajenar (Secaira Durango, 2004, pág. 122-124)

Antes de abordar el tema, es importante distinguir entre la potestad reglada y la potestad discrecional. Según Dromi (2008) la potestad reglada implica que la administración se limita a verificar si se cumplen las condiciones establecidas por la ley y a aplicar lo que esta determina exhaustivamente. En otras palabras, se trata de asegurar que se cumpla lo dispuesto por la ley.

Las potestades regladas son aquellas cuyas condiciones de ejercicio están reguladas normativamente de manera exhaustiva, de manera que la Administración no puede optar entre dos soluciones igualmente justas, y los Tribunales competentes pueden verificar si la Administración ha adoptado la única decisión que en el caso concreto resultaba ajustada a Derecho. Las potestades discrecionales son aquellas cuyas condiciones de ejercicio no están

predeterminadas normativamente de manera agotadora, de manera que la Administración tiene la posibilidad de optar entre dos soluciones igualmente justas, y los Tribunales competentes deben dar por válida la decisión adoptada por la Administración, siempre que aquella se mantenga dentro de ciertos límites. (Doménech Pascual, 2018, pág. 108)

En el contexto de la contratación pública, un caso de potestad discrecional es el acto administrativo mediante el cual se otorga un contrato. Aunque un oferente pueda cumplir con todos los requisitos mínimos establecidos previamente y/o obtener la calificación más alta, la decisión de otorgar o no el contrato queda a discreción de la entidad contratante.

Potestad normativa del Servicio Nacional de Contratación Pública

En lo referente a la normativa, la Asamblea Nacional tiene la responsabilidad de promulgar, codificar, modificar y revocar leyes, así como interpretarlas con carácter generalmente vinculante. Por otro lado, el Presidente de la República cuenta con la facultad de proponer, en su calidad de legislador, iniciativas de ley, establecer normativas de rango legal en ciertos casos, entre otros.

En el estudio de la legislación ecuatoriana, las competencias se establecen mediante normas explícitas, ya que en Derecho Público se actúa dentro de los límites que la ley permite expresamente. En consecuencia, el SERCOP debe adherirse a lo establecido por la ley en consonancia con la Constitución y otras normativas aplicables, así como aquellas complementarias, con el propósito de llevar a cabo el control, seguimiento y evaluación del sistema nacional de contratación pública.

En el marco de la Constitución del Ecuador y la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública

La Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 82 dispone: “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, pág. 22)

A través de esta garantía constitucional, se obliga a los servidores públicos a seguir y aplicar las normas vigentes al inicio de un procedimiento hasta su conclusión. Esto implica que los requisitos y procedimientos establecidos al principio se mantendrán invariables, incluso si

se realizan reformas después de que el proceso haya comenzado y antes de que se firme el contrato.

En el marco de la Ley Orgánica del Servicio Público, LOSEP

La normativa que rige al SERCOP, siendo un organismo de derecho público, establece medidas para supervisar el personal de la institución. Esta normativa aborda la contratación de servicios temporales, las restricciones para contratar con el Estado y las prohibiciones para los funcionarios públicos. Su objetivo es ejercer un control sobre los servidores públicos para prevenir la contratación con el Estado, con el fin de evitar posibles ganancias ilícitas mediante actos de corrupción que puedan afectar la integridad de las prácticas de compras estatales.

Potestad disciplinaria del Servicio Nacional de Contratación Pública

Como es de público conocimiento, todas las normas, sin importar su nivel jerárquico, tienen carácter obligatorio y vinculante. Por lo tanto, la eficacia de una norma se relaciona directamente con la efectividad de la sanción consecuencia a su incumplimiento. Desde esta perspectiva, se puede deducir que una norma que carece fundamentalmente de un componente punitivo resulta ineficaz.

“Cuando lo mandado por la norma es incumplido el ordenamiento reacciona de diferentes formas. Junto a la eficacia obligatoria –y como complemento de la misma- está la eficacia sancionadora o represiva” (Albaladejo García, 1989, pág. 182)

Considerando lo expuesto, se hace imperativa la promulgación no solo de normativas, sino también de leyes que tengan carácter sancionatorio y que regulen con firmeza el cumplimiento de las disposiciones vigentes. Es importante tener en cuenta que la mera emisión de un acto normativo, incluso cuando éste sea de obligatorio cumplimiento, no constituye necesariamente una medida punitiva, ya que el principio de reserva de ley establece que toda sanción debe ser definida mediante una ley para ser considerada como legal y, por ende, legítima.

Es incuestionable que el Servicio Nacional de Contratación Pública tiene la responsabilidad de aplicar las sanciones correspondientes al incumplimiento de estas disposiciones, no solo en casos de violación por parte de proveedores del Estado Ecuatoriano,

también en situaciones en las cuales se infringen las disposiciones por parte de las entidades especificadas en el artículo 1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, es decir, las entidades contratantes.

En el marco de la Constitución del Ecuador y la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública

Según el artículo 226 de la Constitución de la República del Ecuador “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.” (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

El principio de legalidad establece que ninguna acción administrativa de un organismo público puede exceder las competencias otorgadas por la ley correspondiente. En el caso del Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP), aunque la LOSNCP le otorga la facultad de emitir normativas administrativas, manuales e instructivos relacionados con la contratación pública, estos instrumentos deben ser considerados como complementos exclusivamente a lo dispuesto por la ley y su Reglamento General de aplicación. Esto proporciona una solución a la discrepancia entre los dos cuerpos legales al implementar sanciones en el Reglamento General.

La facultad sancionadora es una manifestación clara del ius puniendi y debe regirse principalmente por el principio de legalidad. Por ende, los límites de la potestad sancionadora del SERCOP están definidos en la LOSNCP, lo que permite su implementación a través de su propio Reglamento General.

En el marco de la Ley Orgánica del Servicio Público, LOSEP

Debido a que las directrices para la aplicación del régimen disciplinario se encuentran establecidas en el Reglamento General de la Ley Orgánica del Servicio Público, es imprescindible estudiar el alcance que tiene esta normativa en concordancia con las funciones y atribuciones del SERCOP.

18. Requerir la aplicación inmediata del régimen disciplinario previsto en la Ley Orgánica del Servicio Público a la máxima autoridad de una entidad contratante, cuando un servidor/a haya realizado una conducta que atente o violente la normativa o principios del

Sistema Nacional de Contratación Pública; sin perjuicio de la notificación a los órganos de control respectivos. (*Ley Orgánica Del Sistema Nacional De Contratación Pública*, 2008)

Como se mencionó anteriormente, entre las 21 atribuciones del SERCOP se encuentra en su numeral 18, la de requerir la aplicación del régimen disciplinario previsto en la LOSEP, destacando que entre aquellos órganos de control mencionados en el apartado se encuentra la Contraloría General del Estado y Procuraduría General del Estado, quienes cumplen funciones de inspección y control de la administración de los recursos públicos en el marco de su competencia. De igual manera, es relevante tener en cuenta que la administración pública está impedida de exigir o pedir requisitos que no estén especificados en una norma, como se indica en el artículo 34, numeral 1 de la Ley Orgánica para la Optimización y Eficiencia de Trámites Administrativos.

Por los fines de investigación, cabe destacar la palabra *requerir* puesto que esta significa que el SERCOP expresamente no tiene la facultad de iniciar este procedimiento disciplinario, únicamente es notificado y le corresponde solicitar que se inicie el régimen correspondiente para que en virtud de los principios de legalidad y trato justo, se cumpla el derecho de pago a los contratistas involucrados.

Atribuciones del Servicio Nacional de Contratación Pública

El SERCOP, como entidad pública, está encargado de cumplir con sus responsabilidades y competencias establecidas por la ley, incluyendo la facultad de establecer normativas administrativas, manuales e instructivos relacionados con la legislación correspondiente. Estas facultades son de obligatorio cumplimiento, siempre y cuando estén en conformidad con la Constitución y las leyes vigentes. Además, el Director Ejecutivo del SERCOP tiene la autoridad para emitir la normativa necesaria para el correcto funcionamiento del Sistema Nacional de Contratación Pública (SNCP) y del propio SERCOP, en casos que no sean competencia del Directorio. (*Ley Orgánica Del Sistema Nacional De Contratación Pública*, 2008)

Además, se encarga del análisis y control de los procesos de contratación, emitiendo recomendaciones y, en caso necesario, informando a los organismos de control. Finalmente, coopera en la identificación y sanción de conductas fraudulentas en la contratación pública,

cumpliendo con todas las demás disposiciones establecidas en la ley, su reglamento y normativa aplicable.

En ello, vemos el poder normativo que tiene el SERCOP para solucionar las controversias que estudia la presente investigación, no solo en la etapa de detección y notificación, también goza claramente de la facultad de sancionar conforme la ley se lo permita.

El proceso de contratación pública de servicios y la eficiencia en el pago a contratistas

Uno de los principales objetivos de la mayoría de los regímenes de contratación es optimizar el uso de los recursos. Pero, ¿cómo hacerlo? En general, se considera que un régimen de contratación transparente y no discriminatorio es el mejor instrumento para alcanzar ese objetivo, ya que permite aprovechar al máximo la competencia entre los proveedores. Al mismo tiempo, existen objetivos de política contrapuestos: muchos gobiernos también utilizan la contratación pública para lograr otros objetivos de política nacionales, como la promoción de determinados sectores económicos o grupos sociales. Organización Mundial del Comercio, 2021. pág. 21)

Reclamaciones, controversias y recursos administrativos

Artículo 102.- Reclamaciones y Recursos Administrativos. - Los oferentes que se consideren afectados por actos administrativos emitidos por las entidades previstas en el artículo 1 de la presente Ley por asuntos relacionados con su oferta, respecto al trámite precontractual o de la adjudicación, tendrán el derecho de presentar las reclamaciones y los recursos administrativos de los que se crean asistidos, de conformidad con la Ley. La reclamación o recurso presentado no suspende la ejecución del acto impugnado. (Ley Orgánica Del Sistema Nacional De Contratación Pública, Art 102, 2008, pág.21)

Las reclamaciones, controversias y recursos administrativos son elementos cruciales para garantizar la transparencia, equidad y legalidad en los procesos. Las reclamaciones pueden surgir cuando algún participante en el proceso de licitación considera que se han vulnerado sus derechos o que el procedimiento no se ha desarrollado conforme a lo establecido en las normativas pertinentes. Por otro lado, las controversias pueden surgir durante la ejecución del contrato, ya sea por discrepancias en la interpretación de cláusulas contractuales, retrasos en la entrega o calidad de los bienes o servicios contratados.

Para abordar estas situaciones, las entidades públicas suelen establecer mecanismos de resolución de conflictos y recursos administrativos que permitan a los interesados impugnar decisiones y resolver disputas de manera ágil y transparente. La existencia de estos mecanismos no solo garantiza la protección de los derechos de los participantes, sino que

también contribuye a fortalecer la confianza en la contratación pública y promover una mayor eficiencia en la gestión de los recursos públicos.

Incumplimiento del contrato por parte de los contratistas en el Sistema Nacional de Contratación Pública

El incumplimiento contractual, produce consecuencias económicas para las Instituciones Públicas, puesto que éstas tienen que realizar un nuevo proceso contractual, además del retraso en el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Institución que tienen un interés social, esto impide dar de manera oportuna y eficaz una obra pública que sirva para satisfacer las necesidades de la población. Al producirse el retardo en el cumplimiento se produce también el retardo en la entrega de esa responsabilidad que tiene el Estado frente a la sociedad.

Por lo expuesto el Incumplimiento Contractual, como lo señala José Ramón Sánchez-Medal Urquiza (1998), se produce cuando existe el incumplimiento de la obligación a cargo del contratista o de la administración. Es importante señalar que sólo se podrá alegar que existe incumplimiento si se venció el término o la condición pactada en el contrato.

Responsabilidades del Servicio Nacional de Contratación Pública frente a un contratista incumplido.

Una vez producido el Incumplimiento contractual, surge la responsabilidad del estado la cual 8 consiste en satisfacer la necesidad de carácter general de la comunidad en forma continua y obligatoria, pero que al producirse el incumplimiento contractual, el Estado retardar la entrega de esa obra o servicio público de calidad, a la cual tienen derecho los miembros que conforman esa colectividad.

El Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP) juega un papel crucial en la supervisión y regulación de los contratos públicos en un país. Cuando un contratista incumple sus obligaciones contractuales, el SERCOP tiene la responsabilidad de garantizar que se tomen las medidas adecuadas para proteger los intereses del Estado y de la sociedad en general. En primer lugar, el SERCOP debe verificar si el incumplimiento del contratista es

legítimo, es decir, si se debe a circunstancias fuera de su control, como la fuerza mayor o el hecho de la Administración, o si es resultado de negligencia o mala fe por parte del contratista.

Una vez determinada la naturaleza del incumplimiento, el SERCOP puede tomar diversas acciones para remediar la situación. Si el incumplimiento es justificado por fuerza mayor o hecho de la Administración, el SERCOP podría permitir una suspensión temporal del contrato o incluso una rescisión sin responsabilidad para el contratista. Sin embargo, si el incumplimiento se debe a negligencia o mala fe, el SERCOP puede imponer sanciones al contratista, como multas económicas o la inhabilitación para contratar con el Estado en el futuro.

Estas medidas buscan no solo reparar el daño causado por el incumplimiento, sino también prevenir futuras irregularidades en los contratos públicos y promover la transparencia y la eficiencia en la contratación gubernamental. En última instancia, el SERCOP actúa como un organismo regulador que vela por el cumplimiento adecuado de los contratos públicos y protege los intereses del Estado y de la sociedad. Su papel es fundamental para mantener la integridad y la confianza en el proceso de contratación pública, asegurando que los recursos públicos se utilicen de manera eficiente y en beneficio de la ciudadanía.

Procedimiento para declarar a un contratista incumplido. Es fundamental comprender que, si bien es necesario imponer regulaciones y sanciones cuando sea necesario, también es importante motivar y tratar justamente a los contratistas. Cada caso debe ser analizado de manera particular, siguiendo los procesos establecidos, y las sanciones deben ser proporcionales y realistas. El objetivo es garantizar que una vez sancionados, los contratistas cumplan con las penas establecidas y continúen contribuyendo de manera positiva a los proyectos y actividades de la Administración Pública. (Delgado, 2017)

Es así, que en la actualidad, las entidades se encuentran en la obligación de enviar al Servicio Nacional de Contratación Pública una lista de contratistas o proveedores que incumplen contratos o rechazan suscribirlos, lo que puede resultar en su suspensión en el Registro Único de Proveedores por hasta cinco años, el cual se encuentra siempre público y supone estar en constante actualización.

En definitiva, el proceso para declarar a un contratista incumplido es claro, y sobretodo se destaca que el SERCOP tiene la obligación y facultad de iniciar procesos en su contra

cuando no cumplan con sus obligaciones contractuales, caso que no se encuentra palpado en la ley cuando éste mismo solo tiene la facultad de *requerir* que se inicie un proceso cuando se trate del incumplimiento de una entidad contratante.

Incumplimiento del contrato por parte de la entidad contratante en el Sistema Nacional de Contratación Pública

Dentro de un proceso de contratación pública, la Máxima Autoridad de la Entidad Contratante o su delegado, así como los funcionarios o servidores de la misma que hubieren intervenido en cualquiera de las fases de los procedimientos precontractuales de preparación, selección, contratación así como en la ejecución misma de los contratos serán personal y pecuniariamente responsables por el incumplimiento de las disposiciones de la LOSNCP, su Reglamento y demás Resoluciones del SERCOP, sin perjuicio de la responsabilidad penal a que hubiere lugar, de ser el caso. De lo anotado, *la responsabilidad recaería principalmente en la Máxima Autoridad*, su delegado, los miembros de la comisión técnica y de los operadores del portal. (Resolución Nro. SERCOP-SERCOP-2023-0028-R, 2016)

Cuando una entidad contratante incumple un contrato en el Sistema Nacional de Contratación Pública, las consecuencias pueden o no ser significativas y deben abordarse con prontitud y transparencia. En primer lugar, es fundamental determinar si el incumplimiento se debe a circunstancias legítimas y justificadas, como cambios en las políticas gubernamentales o limitaciones presupuestarias, o si es resultado de negligencia o mala gestión por parte de la entidad. En cualquier caso, el incumplimiento afecta negativamente a los contratistas, causando retrasos en los proyectos, pérdidas financieras y daños a la reputación.

Ante el incumplimiento por parte de la entidad contratante, el Sistema Nacional de Contratación Pública debe garantizar un proceso justo y transparente para resolver la situación, pero que sobre todo goce de celeridad, y que como consecuencia inmediata dentro de las sanciones que menciona la ley se incluya el pago o reparación inmediata del incumplimiento o daño en el que recayeron. Es el SERCOP mismo que contrata y se encarga del proceso el que debe asegurar que dicha sanción se cumpla, y no encontrarse a la espera de que la máxima autoridad dentro de la misma institución sancione al funcionario encargado, puesto que esto

puede tomar aún más tiempo del que debería para que se de la sanción, y se realice el pago retenido indebidamente.

Responsabilidades del Servicio Nacional de Contratación Pública frente a una entidad contratante incumplida

Las responsabilidades de garantizar la transparencia, la eficiencia y el cumplimiento de los objetivos de los proyectos gubernamentales, no solo tienen un impacto significativo en la integridad de los procesos de contratación, sino también en la protección de los intereses públicos y en la promoción de prácticas éticas en la ejecución de contratos. Además las responsabilidades específicas del Servicio Nacional de Contratación Pública frente a un contratista fallido proporciona una visión más clara de cómo se abordan y se gestionan las situaciones de incumplimiento en el contexto de la contratación pública.

Además, el SERCOP tiene la obligación de proteger los intereses del Estado y de los contratistas afectados por el incumplimiento de la entidad contratante. Esto puede implicar la aplicación de medidas compensatorias para garantizar que los contratistas reciban una compensación justa por los daños sufridos, así como el seguimiento continuo para asegurar que la entidad cumpla con sus obligaciones contractuales en el futuro. En última instancia, el SERCOP actúa como un garante de la transparencia y la eficiencia en la contratación pública, promoviendo la rendición de cuentas y la correcta utilización de los recursos públicos para beneficio de la sociedad.

Análisis comparativo de las facultades administrativas de los contratistas y contratantes

Una vez analizadas las facultades y obligaciones de estas partes del contrato, se procede a analizar un análisis comparativo entre las facultades de estos contratistas y contratantes con el fin de explorar la división de roles y responsabilidades en el proceso de contratación pública. Empezando por la parte preparatoria, donde mientras que los contratistas tienen la capacidad de presentar ofertas y ejecutar los contratos, centrando su actividad en la entrega de bienes o servicios conforme a lo estipulado, los contratantes ostentan un papel más amplio y de mayor autoridad en la gestión del proceso, la cual es elegir al mejor ofertante,

siguiendo las regulaciones y certificando que dicha oferta y oferente se encuentren en regla. Es así, que los contratantes tienen la prerrogativa de seleccionar a los contratistas, establecer condiciones contractuales, supervisar la ejecución del contrato y sancionar incumplimientos durante todas las etapas del contrato.

De ello se entiende, que esta división refleja la dinámica de poder inherente de los contratistas en las relaciones contractuales, pues la normativa refleja que las entidades estatales actúan como reguladoras del proceso, mientras que los contratistas están más orientados hacia la ejecución operativa de las tareas asignadas.

Sin embargo, resalta la complementariedad de sus roles en el éxito general del proyecto. Esto debido a que, mientras que los contratistas se centran en la eficiente entrega de bienes o servicios, los contratantes tienen la responsabilidad de asegurar la integridad del proceso y el cumplimiento de los objetivos del proyecto. Esta colaboración entre las partes es crucial para garantizar la eficacia y la transparencia en la contratación pública, ya que ambas partes deben trabajar en conjunto para alcanzar los resultados deseados dentro de los límites establecidos por la normativa y las condiciones contractuales. (Obando, 2017, pág. 48-191)

Procedimiento administrativo disciplinario para entidades contratantes

La aplicación de medidas disciplinarias se lleva a cabo a través del régimen disciplinario mediante el proceso sumario administrativo dirigido a los funcionarios debido al incumplimiento de sus responsabilidades y deberes. Este proceso implica un análisis exhaustivo de diversas circunstancias, desde simples sospechas hasta pruebas contundentes, con el fin de aplicar las sanciones correspondientes. Sin embargo, en muchos casos, la falta de una investigación adecuada puede resultar en la violación de los derechos de los empleados. Por lo tanto, antes de imponer cualquier sanción, es fundamental demostrar claramente las faltas, asegurando que se ajusten a los principios de legalidad y tipicidad.

Art. 101.-Retención Indevida de Pagos.-El funcionario o empleado al que incumba el pago de planillas u otras obligaciones de una Entidad Contratante que retenga o retarde indebidamente el pago de los valores correspondientes, en relación al procedimiento de pago establecido en los contratos respectivos, será destituido de su cargo por la autoridad nominadora y sancionado con una multa no menor de 10 salarios básicos unificados, que podrá llegar al diez (10%) por ciento del valor indebidamente retenido, sin perjuicio de las acciones civiles y penales a que hubiere lugar. La multa será impuesta observando el procedimiento previsto en la Disposición General Primera de esta Ley. El Servicio Nacional de Contratación

Pública vigilará el cumplimiento de esta disposición. (*Ley Orgánica Del Sistema Nacional De Contratación Pública*, 2008. pág. 41)

El artículo 101 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública establece que cualquier funcionario o empleado encargado del pago de planillas u otras obligaciones de una entidad contratante que retenga o demore injustificadamente el pago de los montos correspondientes (en el plazo de 30 días establecidos en la ley), según lo establecido en los contratos respectivos, será destituido de su cargo por la autoridad nominadora. Además, será sujeto a la multa respectiva. El Servicio Nacional de Contratación Pública será responsable de supervisar el cumplimiento de esta disposición. Para explicar mejor éste proceso, se lo divide de la siguiente manera:

Iniciativa

Al no realizar el pago, se incumple el contrato, vulnerando el principio de legalidad, y con ello, se activa el derecho del contratista de informar al SERCOP, para que éste a su vez, en concordancia con artículo 10 numeral 18, realice la petición a la máxima autoridad de la entidad contratante incumplida, la cual tiene 15 días para comenzar formalmente la investigación y posible sanción contra un funcionario que se presume ha cometido una infracción administrativa de violentar principios y normativas inherentes de la Ley Orgánica Nacional del Sistema de Contratación Pública, todo esto mediante el régimen disciplinario respectivo.

Si un funcionario público no cumple con sus responsabilidades o infringe las normativas establecidas en la ley, así como en sus reglamentos y otras leyes relacionadas, será objeto de responsabilidad administrativa y enfrentará sanciones disciplinarias. Es importante destacar que estas sanciones administrativas no excluyen la posibilidad de enfrentar acciones civiles o penales por los mismos actos. Dichas sanciones administrativas serán aplicadas siguiendo los principios básicos del derecho a la defensa y el debido proceso.

Requisitos y Contenido

Estas son las condiciones que deben cumplirse para que el procedimiento administrativo disciplinario sea válido y efectivo; las cuales deberán incluir la existencia de pruebas suficientes para que la máxima autoridad determine si existe o no una infracción por parte de la entidad contratante sujeta a sanción, la competencia de la autoridad responsable del procedimiento, el cumplimiento de los plazos, entre otras formalidades propias del

procedimiento sumario administrativo.

A su vez, el contenido se refiere a la información y documentación que debe incluir la solicitud de inicio del procedimiento administrativo disciplinario, así como los actos administrativos emitidos durante su desarrollo, los cuales comprenden una descripción detallada de los hechos que se consideran infracciones, los fundamentos legales pertinentes y las pruebas presentadas por las partes para respaldar sus argumentos.

Plazos

Se define el plazo como el momento señalado para cumplir con la obligación, ya sea de manera explícita o implícita. Esta definición legal, en concordancia con el principio de legalidad, es de obligatorio cumplimiento. En este sentido, el plazo representa el lapso durante el cual las partes están obligadas a cumplir con las disposiciones contractuales, ya sea para realizar acciones, abstenerse de ellas o entregar algo, marcando el inicio o fin del derecho u obligación. Este período puede ser modificado por eventos como extensiones o suspensiones, que afectan su transcurso y continuidad.

Además es crucial entender que los contratos tienen un plazo de ejecución establecido, según el artículo 1510 del Código Civil ecuatoriano, que define este período como el momento específico para cumplir con las obligaciones pactadas, ya sea explícita o implícitamente. Esta definición, en línea con el principio de legalidad, debe cumplirse estrictamente. En el contexto de la retención indebida de pago planteada en esta investigación, según el Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en su artículo 326: el plazo para que un contratista pueda reclamar su pago es de 30 días después de la fecha donde se tuvo que haber dado el pago correspondiente.

Procedimiento

Este inicia desde la presentación de la denuncia o solicitud de inicio del procedimiento, pasando por la recolección de pruebas, la emisión de informes técnicos, hasta la emisión de la decisión final por parte de la autoridad competente.

Efectos de las resoluciones

Los efectos de las resoluciones de un procedimiento administrativo disciplinario pueden

direccionarse en tres resultados diferentes, si la controversia es aceptada, negada, o cualquiera de las anteriores parcialmente, éstas pueden incluir la imposición de multas, la inhabilitación para contratar con el Estado o la imposición de medidas correctivas a la entidad contratante o contratista sancionados. Es esencial recalcar que las sanciones se fijarán acorde a la gravedad de la falta.

De ello, se entiende que las resoluciones administrativas dictadas en este procedimiento disciplinario serán acorde a la gravedad del incumplimiento, y que tanto contratistas como contratantes deberían tener la seguridad jurídica que sus derechos se darán por cumplidos en este proceso.

Análisis de casos relevantes

En consonancia con lo antes expuesto, es imperativo analizar la aplicabilidad y eficiencia de la norma mediante el estudio de casos relevantes, donde solo con cuatro ejemplares se puede palpar hasta qué punto se cumple actualmente lo que dicta la norma estudiada.

Entre los artículos más destacados se encuentra la edición del conocido periódico Primicias del 8 de Octubre del 2023, donde la periodista encargada reportó en su artículo respecto a los atrasos de pago del Estado, en el cual informó sobre los trámites de falta de pago en los que se encuentran involucrados como afectados los gobiernos seccionales y el Instituto Ecuatoriano de Seguridad social por atrasos en sus pagos; es así, que a la fecha de emisión de la noticia, el Ecuador acumulaba \$1,779 millones de dólares adeudados. Sin embargo, lo más preocupante que este artículo revela es que no solo la instituciones del Estado se han visto afectadas por falta de pago, pues entre estos también se encuentran los productores de leche, más de 6.000 contratistas a quienes el Estado les debía más de cinco millones de dólares por su producción de leche que fue entregada para cumplir el Programa gubernamental de Alimentación Escolar. Esto refleja que la mala administración de los recursos del Estado afecta a contratistas tanto en baja como a gran escala. (Orozco, 8 de noviembre 2023)

Durante el período de 2014 a 2020, la Sala de Prensa de la Contraloría General del Estado, realizó un estudio del mercado de la construcción y mantenimiento de infraestructura educativa pública en el país, él cual se vio afectado por problemas de incumplimiento de las

obligaciones contractuales por parte de los proveedores del Estado. La Contraloría General del Estado elaboró un informe basado en 23 auditorías gubernamentales aprobadas entre esos años, examinando la ejecución de obras en 19 provincias. El resultado fueron 271 hallazgos de auditoría de inconvenientes entre las partes contractuales, destacando las fallas en el control de pagos y desembolsos como las principales deficiencias, representando el 34% y el 21% de los hallazgos, respectivamente. Las contrataciones fueron realizadas por entidades del Ejecutivo, municipios y empresas públicas durante ese período. (Boletín de Prensa de la Contraloría General del Estado, 2022, pág.1)

En el oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2021-0057-OF, fechado el 7 de junio de 2021 en la ciudad de Quito, el abogado encargado del caso responde a la solicitud del oficio Nro. 0037 R. ESPOCH.2021. En su respuesta, profundiza en las implicaciones del incumplimiento de contratos públicos y ofrece orientación sobre cómo abordar las multas en diferentes escenarios, proporcionando detalles específicos sobre este aspecto particular. El autor da especial relevancia a que la entidad contratante debe designar un administrador del contrato, quien tiene la responsabilidad de velar por el cumplimiento efectivo del mismo. Por consiguiente, de existir una conducta de incumplimiento por parte del contratista, el administrador se ve en la obligación de declarar sus observaciones en sus informes respectivos, siempre velando por el cumplimiento de los principios de proporcionalidad y razonabilidad, así como los principios de trato justo y legalidad. Además, se menciona la necesidad de considerar con mayor cuidado la situación de mora de la entidad contratante en el caso de imponer multas, recordando que la normativa de contratación pública debe ser aplicada de manera justa y equitativa para todas las partes involucradas. (SERCOP, 7 junio del 2021)

La Escuela Superior Técnica del Chimborazo, emitió su criterio jurídico en respuesta a una consulta realizada por una ciudadana que expresaba sus dudas en cuanto a la multa por falta de pagos en la contratación pública. Su opinión fue considerada importante para resolver cuestiones legales relacionadas con el tema de investigación. Con el fin de determinar si la acción de aplicar la multa es procedente en el marco legal actual, en este oficio se establece que se debe garantizar que la entidad contratante actúe conforme a la constitución, es decir, que verifique adecuadamente si está en mora, antes de poder imponer una sanción, sin perjuicio de la notificación a las autoridades respectivas, y sin olvidar el principio de celeridad y agilidad procesal, así se puede realizar el cumplimiento efectivo de las obligaciones contractuales.

Indudablemente, este análisis jurídico aborda los principios constitucionales y legales relacionados con la imposición de multas en contratos públicos, resaltando la importancia del cumplimiento de las obligaciones contractuales por ambas partes y la necesidad de aplicar la norma de derecho público en consonancia con los principios que la caracterizan de manera proporcionada y justa. (Vaca, 2021)

Es importante destacar que, aunque el Servicio Nacional de Contratación Pública tiene funciones y potestades claramente definidas y limitadas, existen casos relevantes donde estas atribuciones pueden generar limitaciones que dificultan el proceso de pago para los contratistas que prestan servicios. Esta situación puede ocasionar una falta de celeridad en los pagos, lo cual vulnera el principio de legalidad y el derecho a un trato justo para los proveedores de servicios. Es fundamental revisar y precisar estos aspectos para garantizar un proceso de contratación pública más eficiente y equitativo.

Metodología de la Investigación

Enfoque de la investigación

Fundamentado en la necesidad jurídica de eliminar cualquier tipo de vulneración a los principios básicos de la administración pública, esta investigación se enfoca en el análisis jurídico de los principios de trato justo y legalidad en la etapa contractual de pago a los contratistas, por lo que, la metodología necesaria es el estudio cualitativo de este fenómeno, enfocado en comprender a profundidad por qué se da esta problemática y posibles alternativas de solución en base a la norma y la práctica.

Es importante destacar que dentro de las ciencias sociales, la investigación cualitativa aborda los significados, las acciones de los individuos y la manera en que estos se vinculan con otras conductas propias de la comunidad; además que conlleva a explicar los hechos sociales, buscando la manera de comprenderlos. De la misma manera, analiza, interpreta y comprende la realidad estudiada tal como aparece, esto es, tal como es y se da, situación que la hace caracterizar como una metodología fenomenológica. (Piña-Ferrer, 2023, pág. 2)

El desarrollar esta investigación mediante enfoque cualitativo permite una exploración, análisis e interpretación detallada de los datos recopilados de las leyes de contratación pública, sus reglamentos y jurisprudencia relevantes. Al centrarse en la calidad de la información

obtenida, identificando patrones y tendencias, por medio de este enfoque cualitativo, se logrará una comprensión más completa de las dinámicas subyacentes a la vulneración de los principios de trato justo y legalidad, palpado desde la experiencia de los expertos en la materia, lo cual es crucial para abordar adecuadamente este tema y determinar si la propuesta de reforma es conducente y procedente.

Alcance de la investigación

Esta investigación se delimita a través de un alcance exploratorio y descriptivo. Desde el enfoque exploratorio, se busca analizar cómo se definen los principios de trato justo y legalidad en la norma aplicada, con el objetivo de ofrecer una vista panorámica del fenómeno estudiado, mediante la relación e interpretación de su alcance y consecuencias en la práctica de expertos en la materia.

Los estudios exploratorios se realizan cuando el investigador quiere familiarizarse con un fenómeno desconocido, todos los estudios nacen de la exploración y es el inicio para realizar investigaciones más profundas de correlación o de explicación. En estos alcances no se formulan hipótesis y en general, están conformados por una variable de estudio, así mismo, las variables no llevan el nombre de “independiente”, o “dependiente”, simplemente variable cuantitativa o categórica. (Covinos Gallardo, 2022, pág. 70)

Debido a que esta investigación se desarrolla en el ámbito de la contratación pública, que es manejado con los recursos del Estado, es indispensable que sea abordado, ya que en la actualidad, pese a ser un problema latente en los procesos diarios de contratación pública, no ha sido objeto de estudio exhaustivo, por lo tanto esto genera incertidumbre, y demanda ser investigado al plantearse interrogantes dentro de esta etapa del proceso, donde surgen inquietudes sobre la efectividad de los procedimientos para demandar la retención indebida del pago de las entidades contratantes. Por este motivo además, se aplica el enfoque exploratorio para estudiar entre tantos, oficios relevantes de instituciones pertinentes, doctrina, normativa y las pocas investigaciones previas que tratan de los derechos de los contratistas y el alcance del cumplimiento de los principios de contratación pública, concretamente los de trato justo y legalidad, tanto en la norma como en su aplicación.

La investigación descriptiva, en comparación con la naturaleza poco estructurada de los estudios exploratorios, requiere considerable conocimiento del área que se investiga para formular las preguntas específicas que busca responder (Dankhe, 1986). La descripción puede

ser más o menos profunda, pero en cualquier caso se basa en la medición de uno o más atributos del fenómeno descrito. (Hernández Sampieri, 2006, pág. 61)

En razón de que esta investigación tiene como población a los profesionales del Derecho inscritos en el Foro de Abogados del Guayas con experiencia en contratación pública, es procedente realizar esta investigación también mediante un análisis descriptivo, el cual, mediante el estudio de la experiencia de los sujetos de estudio en este tipo de contratos, el contraste con la normativa aplicada, y los criterios de estudio a cada entrevistado, aporta características relevantes para una mejor comprensión y evaluación detallada de las consecuencias jurídicas que la vulneración estudiada tiene en los sujetos de estudio.

Delimitación de la investigación

Esta investigación se llevará a cabo en el período comprendido entre el año 2022 y 2023 en la ciudad de Guayaquil, lo cual abarca las instituciones públicas que regulan la contratación pública; este marco temporal y geográfico permitirá examinar los resultados de la ejecución de la etapa contractual de pago en los contratos de administración pública, donde se refleja si efectivamente existe o no cumplimiento de la norma, y si estos se encuentran en concordancia con los principios de trato justo y legalidad estudiados.

Una buena formulación del problema implica necesariamente la delimitación del campo de investigación, la delimitación establece claramente los límites dentro los cuales se desarrollará el proyecto de investigación (Chinchillas, 2015, pág. 2)

Población y muestra de la investigación

El universo de investigación se centra en los abogados registrados en el Foro de Abogados de la provincia del Guayas, que suman aproximadamente 102,709 individuos durante el período comprendido entre 2022 y 2023. Por lo que, en concordancia con el tamaño de la población antes mencionado, la muestra representativa, con un nivel de confianza del 80% y un margen de error del 23%, se conforma de 8 abogados.

La muestra representativa es una muestra de un tamaño relativamente apropiado que ha sido seleccionada por procedimientos aleatorios y las características que se observan en ella corresponden a la población de la cual se extrajo (Ras, 1980; Cochran, 1976; Scheffer, Mendenhall y Ott, 1987). No es posible, en ningún caso, tener la certeza del grado de

representatividad, sino que hay una probabilidad razonable de esa representatividad. (Gómez Degraives, 2021)

Para cumplir con los fines investigativos, los criterios de selección empleados para este grupo, es que cuenten con título de tercer nivel, que sean expertos en contratación pública y se encuentren actualmente ejerciendo la profesión de abogados, esto respaldará la investigación en base a su experiencia en la etapa contractual estudiada y su amplio conocimiento del contraste entre la norma y la práctica.

Métodos y técnicas de investigación

Los métodos y técnicas de investigación son fundamentales e indispensables para el desarrollo de un estudio de cualquier índole. Los métodos indican el camino que se seguirá y son flexibles, mientras que las técnicas muestran cómo se recorrerá ese camino y son rígidas. (Ramos Chagoya, 2018, pág. 1)

El método de investigación empleado en este estudio es el empírico, esto debido a su utilidad como método de recolección de datos tanto en la norma, como en la jurisprudencia y casos relevantes. Este método permite analizar la practicidad de la norma en casos particulares y el proceder común, así como la efectividad del mismo, de los sujetos de estudio frente a la vulneración detectada, proporcionando un mayor entendimiento de la naturaleza del fenómeno estudiado, otras vulneraciones detectadas, factores que se convierten en tendencias para que este continúe ocurriendo y finalmente la evaluación de los beneficios de una reforma como alternativa de solución.

La entrevista es la técnica con la cual el investigador pretende obtener información de una forma oral y personalizada. La información versará en torno a acontecimientos vividos y aspectos subjetivos de la persona tales como creencias, actitudes, opiniones o valores en relación con la situación que se está estudiando. (García Hernández, 2019, pág. 6)

En concordancia con los beneficios que aporta el método empírico, por medio de la técnica de la entrevista al grupo de muestra representativa seleccionada, es decir, los abogados expertos en la materia, se logrará recolectar conceptos y datos claves sustentados en su experiencia y formación profesional.

La técnica de entrevista aplicada a la muestra representativa es útil para lograr contrastar la información recolectada para poder determinar si se cumple o no con los principios de trato justo y legalidad en la etapa de pago a los contratistas de recolección de servicios, qué necesidades surgen en la práctica y la factibilidad de la solución propuesta.

Procesamiento y análisis de la investigación

Una vez realizadas las entrevistas pertinentes a la muestra representativa escogida, el siguiente paso es transcribir las mismas al documento de investigación, para que, por medio de la tabulación de los datos recolectados, se identifiquen patrones en las respuestas recolectadas dentro de cada categoría significativa escogida.

Para ello, se realizará un análisis profundo de los resultados obtenidos, la cual proviene de la experiencia de los profesionales del derecho respecto a la aplicación de de los principios de trato justo y legalidad en los procesos de pago en la contratación pública, los recursos para solucionar este tipo de controversias, la efectividad del proceso actual con énfasis en los tiempos procesales, tendencias de medidas estrategias que emplean actualmente para prevenir o solucionar estos inconvenientes y su experiencia con la efectividad de las resoluciones en el proceso de régimen disciplinario.

El análisis de resultados a desarrollar, se hará mediante el contraste de la norma estudiada versus la práctica desde la perspectiva de profesionales y expertos en este tipo de procesos, con el fin de demostrar la necesidad de la reforma propuesta para que se cumplan los principios de trato justo en la legalidad en los casos de retención indebida del pago a los contratistas.

Análisis de los resultados de la investigación

Para cumplir con los objetivos planteados en la presente investigación, mediante el uso de la técnica de la entrevista aplicada a ocho profesionales del derecho, se procede a la recolección de información a los sujetos de la muestra representativa, con el fin de realizar el estudio correspondiente para examinar las respuestas obtenidas; éste se llevará a cabo mediante el contraste y análisis de las opiniones de cada entrevistado en relación con la norma y su experiencia en la práctica, con el objetivo de extraer conclusiones significativas que respalden los hallazgos de la investigación para determinar la efectividad de los principios de trato justo y legalidad frente a la vulneración estudiada.

Los resultados obtenidos mediante la técnica antes descrita son los siguientes:

Tabla 1

Entrevistado 1: Hugo José Icaza Valencia.

Formación académica: Título de tercer nivel en derecho.

Cargo actual: Abogado de libre ejercicio.

N°	Preguntas	Respuestas
1	¿Qué experiencia tiene usted en controversias de incumplimiento en las relaciones contractuales de provisión de servicios de contratación pública?	Amplia experiencia, alrededor de 8 años trabajando en el área, la mayoría de mis casos tratan de atraso en el pago, todos han sido resueltos.
2	¿Conoce usted algún caso donde se refleje una vulneración a los principios de trato justo y legalidad de entidades contratantes hacia los contratistas de provisión de servicios?	Generalmente en las terminaciones unilaterales practicadas por las instituciones públicas y en la falta de pago puntual de la contraprestación económica al proveedor.
3	Según su experiencia frente a situaciones de incumplimiento contractual en la etapa de pago, ¿Qué alternativas resultan más efectivas para encontrar una solución?	Actualmente la mediación, y de no hallarse una solución absoluta, la vía judicial e incluso la constitucional.
4	¿En qué medida considera usted que los principios de trato justo y legalidad se encuentran aplicados con el espíritu de la ley que se establece en la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública en la parte contractual de los procesos de provisión de servicios?	No puede existir un trato justo desde la perspectiva de las prerrogativas que posee el Estado, más bien podemos hablar solamente de legalidad.
5	Respecto a la iniciativa del procedimiento administrativo disciplinario ¿Considera usted que éste sólo puede ser iniciado por la máxima autoridad de la institución contratante o cree usted, que el SERCOP cuenta con las herramientas normativas y prácticas, para iniciar el proceso administrativo disciplinario y por qué?	Cualquier intervención de externos va en detrimento del debido proceso como derecho y garantía fundamental que poseen las personas.
6	¿Qué tan efectiva ha sido la comunicación con el SERCOP frente a reclamos o controversias? ¿Considera usted que sus reclamos han sido escuchados y atendidos conforme a los principios de eficiencia y celeridad?	El SERCOP es prácticamente un organismo muy funcional desde la lectura de sus facultades según la norma. En la práctica es un ente burocrático que por su falta de atribuciones, entorpece la contratación pública.
7	¿Considera que sería tanto beneficioso como conducente proponer una reforma al artículo 10 para otorgar al SERCOP la capacidad de iniciar directamente procesos administrativos sancionadores contra las entidades contratantes que incumplen los plazos de pago establecidos en los contratos, y que éste a su vez obligue a la máxima autoridad de la entidad contratante a ordenar el pago pendiente a contratistas afectados por este incumplimiento?	No creo que aporte beneficio, a no ser que la insuficiencia técnica y operativa que posee el SERCOP sea también resuelta con la reforma. La misma Contraloría General del Estado no puede enfrentar la demanda de emitir los informes de pertinencia, cuidado, por lo tanto, el SERCOP iría por el mismo camino de no darle las

	facultades y el personal adecuado una vez hecha la reforma.
--	---

Elaborado por: Farra Carrera N. & Loza Cruz, R. (2024).

Tabla 2

Entrevistado 2: Gastón Antonio Sellán Naula.

Formación académica: Título de tercer nivel en derecho.

Cargo actual: Abogado en libre ejercicio.

N°	Preguntas	Respuestas
1	¿Qué experiencia tiene usted en controversias de incumplimiento en las relaciones contractuales de provisión de servicios de contratación pública?	Varios casos ya resueltos, se destacan la retención indebida del pago, error en los pliegos y atraso en actas de recepción.
2	¿Conoce usted algún caso donde se refleje una vulneración a los principios de trato justo y legalidad de entidades contratantes hacia los contratistas de provisión de servicios?	Considero que desde que hay un problema en el contrato se vulneran los principios de trato justo y legalidad
3	Según su experiencia frente a situaciones de incumplimiento contractual en la etapa de pago, ¿Qué alternativas resultan más efectivas para encontrar una solución?	El arbitraje en equidad, en los casos que las partes acceden a ello.
4	¿En qué medida considera usted que los principios de trato justo y legalidad se encuentran aplicados con el espíritu de la ley que se establece en la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública en la parte contractual de los procesos de provisión de servicios?	Depende de los pliegos en el proceso de contratación, las reglas para elaborar los pliegos lo determinan, pero depende de las partes y el ente de control SERCOP, que se cumplan desde ahí, sin embargo, no siempre es suficiente y suelen ocurrir problemas al tener que efectivamente seguir estos principios.
5	Respecto a la iniciativa del procedimiento administrativo disciplinario ¿Considera usted que éste sólo puede ser iniciado por la máxima autoridad de la institución contratante o cree usted, que el SERCOP cuenta con las herramientas normativas y prácticas, para iniciar el proceso administrativo disciplinario y por qué?	En teoría debería ser resuelto por la máxima autoridad, pero cuando ésta falla en sus obligaciones, se entiende la necesidad de que se involucre el SERCOP.
6	¿Qué tan efectiva ha sido la comunicación con el SERCOP frente a reclamos o controversias? ¿Considera usted que sus reclamos han sido escuchados y atendidos conforme a los principios de eficiencia y celeridad?	Generalmente existen demoras en las contestaciones a todo
7	¿Considera que sería tanto beneficioso como conducente proponer una reforma al artículo 10 para otorgar al SERCOP la capacidad de iniciar	Mientras la transición se dé la manera correcta si, caso contrario, no habría beneficio.

<p>directamente procesos administrativos sancionadores contra las entidades contratantes que incumplen los plazos de pago establecidos en los contratos, y que éste a su vez obligue a la máxima autoridad de la entidad contratante a ordenar el pago pendiente a contratistas afectados por este incumplimiento?</p>	<p>Destaco la iniciativa de defender los derechos de los contratistas, es muy claro que un inciso que defienda sus derechos a recibir un trato justo y legal para la etapa contractual de pago es beneficioso en varios sentidos.</p>
--	---

Elaborado por: Farra Carrera N. & Loza Cruz, R. (2024).

Tabla 3

Entrevistado 3: Helen Manzano.

Formación académica: Título de tercer nivel en derecho.

Cargo actual: Abogada en libre ejercicio.

N°	Preguntas	Respuestas
1	<p>¿Qué experiencia tiene usted en controversias de incumplimiento en las relaciones contractuales de provisión de servicios de contratación pública?</p>	<p>A la fecha he tratado alrededor de una docena de casos de esta índole, son algo muy común desde hace varios años, en especial los casos de atraso en los pagos, a los cuales para resolver he llegado a solicitar acción de protección en 3 ocasiones.</p>
2	<p>¿Conoce usted algún caso donde se refleje una vulneración a los principios de trato justo y legalidad de entidades contratantes hacia los contratistas de provisión de servicios?</p>	<p>Si, varios casos en contra de la dirección de IESS del Guayas</p>
3	<p>Según su experiencia frente a situaciones de incumplimiento contractual en la etapa de pago, ¿Qué alternativas resultan más efectivas para encontrar una solución?</p>	<p>La mediación es más efectiva respecto a celeridad, sin embargo, es algo a lo que las entidades contratantes rara vez acceden, por lo que se opta por la vía administrativa en el 90% de los casos</p>
4	<p>¿En qué medida considera usted que los principios de trato justo y legalidad se encuentran aplicados con el espíritu de la ley que se establece en la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública en la parte contractual de los procesos de provisión de servicios?</p>	<p>Considero que no hay trato justo ya que si uno entra a la página de la SERCOP y ve el catálogo hay cosas que sus precios son muy ostentosos, y desde ahí dificultan la relación contractual.</p>
5	<p>Respecto a la iniciativa del procedimiento administrativo disciplinario ¿Considera usted que éste sólo puede ser iniciado por la máxima autoridad de la institución contratante o cree usted, que el SERCOP cuenta con las herramientas normativas y prácticas, para iniciar el proceso administrativo disciplinario y por qué?</p>	<p>Con la normativa y herramientas actuales, solo por la máxima autoridad. Sin embargo, por los problemas existentes lo considero necesario, siendo que el SERCOP si tiene en otros casos facultad sancionadora</p>
6	<p>¿Qué tan efectiva ha sido la comunicación con el SERCOP frente a reclamos o controversias? ¿Considera usted que sus reclamos han sido</p>	<p>Siempre es difícil obtener tiempos procesales y comunicación</p>

	escuchados y atendidos conforme a los principios de eficiencia y celeridad?	satisfactoria, puesto que se encuentran muy limitados en varias áreas
7	¿Considera que sería tanto beneficioso como conducente proponer una reforma al artículo 10 para otorgar al SERCOP la capacidad de iniciar directamente procesos administrativos sancionadores contra las entidades contratantes que incumplen los plazos de pago establecidos en los contratos, y que éste a su vez obligue a la máxima autoridad de la entidad contratante a ordenar el pago pendiente a contratistas afectados por este incumplimiento?	Claro que sí, las fallas del SERCOP se deben mucho a su falta de atribuciones y herramientas para cumplir sus funciones, y de ahí derivan las continuas vulneraciones a los derechos de los contratistas.

Elaborado por: Farra Carrera N. & Loza Cruz, R. (2024).

Tabla 4

Entrevistado 4: Katherine Nicole Barrionuevo Nicolalde.

Formación académica: Título de tercer nivel en derecho.

Cargo actual: Abogada de libre ejercicio.

N°	Preguntas	Respuestas
1	¿Qué experiencia tiene usted en controversias de incumplimiento en las relaciones contractuales de provisión de servicios de contratación pública?	Alrededor de veinte de casos, la mitad han sido por error en los pliegos, retención de pago y multas improcedentes.
2	¿Conoce usted algún caso donde se refleje una vulneración a los principios de trato justo y legalidad de entidades contratantes hacia los contratistas de provisión de servicios?	Si, varios casos, por ejemplo, los casos de corrupción de parte de las entidades contratantes, ya sea porque pagan menos de lo que declaran o no pagan en lo absoluto.
3	Según su experiencia frente a situaciones de incumplimiento contractual en la etapa de pago, ¿Qué alternativas resultan más efectivas para encontrar una solución?	Desde el inicio del contrato se trata de establecer pautas para el cumplimiento, incluso he tratado de implementar sanciones en los pliegos, sin embargo, casi nunca son aceptadas, por lo que el proceder común es iniciar directamente un procedimiento administrativo disciplinario, que será en lo que terminarán todas las otras medidas.
4	¿En qué medida considera usted que los principios de trato justo y legalidad se encuentran aplicados con el espíritu de la ley que se establece en la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública en la parte contractual de los procesos de provisión de servicios?	En mediana medida, debido a que en los reglamentos y control en la etapa contractual y post contractual no son visibles.
5	Respecto a la iniciativa del procedimiento administrativo disciplinario ¿Considera usted que éste sólo puede ser iniciado por la máxima	El SERCOP no cuenta todavía con las herramientas necesarias (aunque sí con la potestad disciplinaria), ya que

	autoridad de la institución contratante o cree usted, que el SERCOP cuenta con las herramientas normativas y prácticas, para iniciar el proceso administrativo disciplinario y por qué?	muchas veces ha puesto en duda la transparencia de la legalidad de los actos administrativos. Se supondría que este tipo de reformas involucra el control de aquello
6	¿Qué tan efectiva ha sido la comunicación con el SERCOP frente a reclamos o controversias? ¿Considera usted que sus reclamos han sido escuchados y atendidos conforme a los principios de eficiencia y celeridad?	En algunas ocasiones puede ser difícil que realmente hagan un cambio pese a que lo prometan en sus respuestas, esto en cuanto a lo que se les permite como institución.
7	¿Considera que sería tanto beneficioso como conducente proponer una reforma al artículo 10 para otorgar al SERCOP la capacidad de iniciar directamente procesos administrativos sancionadores contra las entidades contratantes que incumplen los plazos de pago establecidos en los contratos, y que éste a su vez obligue a la máxima autoridad de la entidad contratante a ordenar el pago pendiente a contratistas afectados por este incumplimiento?	Claro que sí, esto repararía no solo los principios mencionados si no que serviría para advertir que los contratistas tienen un nuevo inciso que los ampare.

Elaborado por: Farra Carrera N. & Loza Cruz, R. (2024).

Tabla 5

Entrevistado 5: Carlos Alberto Almeida Alvarado.

Formación académica: Magister en derecho procesal, especialista en contratación pública y control gubernamental.

Cargo actual: Gerente de auditoría interna gubernamental CFN B.P.

N°	Preguntas	Respuestas
1	¿Qué experiencia tiene usted en controversias de incumplimiento en las relaciones contractuales de provisión de servicios de contratación pública?	20 años trabajando en el área, por mi cargo público no he sido abogado defensor de ningún caso, pero mi puesto en la CFN me permite tener conocimiento que la retención indebida de pagos es algo que sucede con frecuencia
2	¿Conoce usted algún caso donde se refleje una vulneración a los principios de trato justo y legalidad de entidades contratantes hacia los contratistas de provisión de servicios?	Existen muchos procesos que han sido motivos de reclamos en el SERCOP y denuncias en el ente de control, alegando la falta de aplicabilidad de los principios que rigen las compras públicas, en especial los de transparencia, equidad, trato justo y legalidad de ciertas autoridades estatales
3	Según su experiencia frente a situaciones de incumplimiento contractual en la etapa de pago,	La LOSNCP en el art. 101 recae en la <i>subjetividad e inaplicabilidad</i> , toda vez

	¿Qué alternativas resultan más efectivas para encontrar una solución?	que ninguna autoridad destituiría a un miembro de su equipo de trabajo por no pagar a un contratista a menos que sea observado por la contraloría general del estado, siendo necesario incluir una reforma más específica en el RGLOSNCNCP sobre este punto.
4	¿En qué medida considera usted que los principios de trato justo y legalidad se encuentran aplicados con el espíritu de la ley que se establece en la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública en la parte contractual de los procesos de provisión de servicios?	Ambos principios son vitales en las compras públicas solo que se ha podido detectar que existen ciertas autoridades o servidores públicos que no la cumplen.
5	Respecto a la iniciativa del procedimiento administrativo disciplinario ¿Considera usted que éste sólo puede ser iniciado por la máxima autoridad de la institución contratante o cree usted, que el SERCOP cuenta con las herramientas normativas y prácticas, para iniciar el proceso administrativo disciplinario y por qué?	La ley establece que la autoridad debe de actuar de oficio en estos casos, considero de manera particular que no sucede. Considero que esta disposición podría estar regulada por vía decreto ejecutivo en el reglamento general, es algo necesario e innovador.
6	¿Qué tan efectiva ha sido la comunicación con el SERCOP frente a reclamos o controversias? ¿Considera usted que sus reclamos han sido escuchados y atendidos conforme a los principios de eficiencia y celeridad?	Quizás resulta poco eficiente toda vez que el SERCOP no alcanza atender múltiples de requerimientos a nivel nacional, además considero que no cuenta con el personal para atender cada uno de los requerimientos, es vital fomentar la transparencia y ética en las compras públicas sin embargo se da paso a cualquier denuncias en especial de los proveedores no satisfechos o descalificados, intentan suspender o declarar desierto los procesos cuando no son favorables a sus intereses, esto produce retraso de la necesidad institucional.
7	¿Considera que sería tanto beneficioso como conducente proponer una reforma al artículo 10 para otorgar al SERCOP la capacidad de iniciar directamente procesos administrativos sancionadores contra las entidades contratantes que incumplen los plazos de pago establecidos en los contratos, y que éste a su vez obligue a la máxima autoridad de la entidad contratante a ordenar el pago pendiente a contratistas afectados por este incumplimiento?	Por supuesto que sí debe existir la reforma clara y específica, pero no es atribución del SERCOP la potestad sancionatoria, pero sí remitir el reporte a alerta a la máxima autoridad con copia a los respectivos entes de control.

Elaborado por: Farra Carrera N. & Loza Cruz, R. (2024).

Tabla 6

Entrevistado 6: Segundo Gavino Mina Sifuentes.

Formación académica: Título de tercer nivel en derecho.

Cargo actual: Juez tribunal penal de Guayaquil.

N°	Preguntas	Respuestas
1	¿Qué experiencia tiene usted en controversias de incumplimiento en las relaciones contractuales de provisión de servicios de contratación pública?	5 años de asesorías en Contratación Pública y especialmente en controversias de incumplimiento en pagos y pliegos.
2	¿Conoce usted algún caso donde se refleje una vulneración a los principios de trato justo y legalidad de entidades contratantes hacia los contratistas de provisión de servicios?	Claro que sí, varios, desde el respeto a las estipulaciones contractuales hasta la mora en el pago.
3	Según su experiencia frente a situaciones de incumplimiento contractual en la etapa de pago, ¿Qué alternativas resultan más efectivas para encontrar una solución?	Depende la etapa del proceso contractual en el incumplimiento de pago; y si es por mora de ejecución o es por mora de pago en trabajo ejecutado; si es por mora de pago de la contratante en trabajo entregado por contratista o consultor; se demanda en arbitraje de procuraduría si hay cláusula arbitral y si no se ejecuta la terminación de contrato y el pago del contrato vía contencioso administrativo.
4	¿En qué medida considera usted que los principios de trato justo y legalidad se encuentran aplicados con el espíritu de la ley que se establece en la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública en la parte contractual de los procesos de provisión de servicios?	En la libertad de ofertantes y en la designación de sorteo aleatorio en subasta inversa electrónica, ya sea en proceso de menor cuantía, o en procesos de lista corta.
5	Respecto a la iniciativa del procedimiento administrativo disciplinario ¿Considera usted que éste sólo puede ser iniciado por la máxima autoridad de la institución contratante o cree usted, que el SERCOP cuenta con las herramientas normativas y prácticas, para iniciar el proceso administrativo disciplinario y por qué?	Actualmente por ámbito disciplinario en el ámbito de sus competencias la potestad disciplinaria se reglamenta por cada entidad nominadora; así, corresponde a la máxima autoridad de dicha entidad la potestad sancionadora administrativa. que actualmente no es aplicable a servidores de ninguna entidad contratante a través de SERCOP, pero es factible, necesario e interesante analizarlo.
6	¿Qué tan efectiva ha sido la comunicación con el SERCOP frente a reclamos o controversias? ¿Considera usted que sus reclamos han sido escuchados y atendidos conforme a los principios de eficiencia y celeridad?	Las reclamaciones siempre serán a las entidades contratantes por los pliegos subidos al portal y las decisiones de las comisiones evaluadoras previa a la resolución de adjudicación de contratos una vez revisadas las propuestas; por lo que considero que el sistema es útil, sin embargo, no siempre es usado de la manera apropiada.

7	¿Considera que sería tanto beneficioso como conducente proponer una reforma al artículo 10 para otorgar al SERCOP la capacidad de iniciar directamente procesos administrativos sancionadores contra las entidades contratantes que incumplen los plazos de pago establecidos en los contratos, y que éste a su vez obligue a la máxima autoridad de la entidad contratante a ordenar el pago pendiente a contratistas afectados por este incumplimiento?	Por no ser ente judicial el SERCOP y la reclamación de pago a entidades públicas están contempladas en normas y su jurisdicción es el Contencioso Administrativo y también se admite cláusula arbitral ante la Procuraduría General del Estado, no le corresponde aún, pero según sus facultades si es factible, simplemente debería agregarse esta atribución más sencillamente al reglamento de ley, esto en confianza de la competencia y confianza en el Estado. Y por supuesto que el inciso de ordenar el pago repararía la situación de indefensión de los contratistas frente a la situación planteada.
---	---	---

Elaborado por: Farra Carrera N. & Loza Cruz, R. (2024).

Tabla 7

Entrevistado 7: Tito Navarrete.

Formación académica: Título de tercer nivel en derecho.

Cargo actual: Abogado en libre ejercicio.

N°	Preguntas	Respuestas
1	¿Qué experiencia tiene usted en controversias de incumplimiento en las relaciones contractuales de provisión de servicios de contratación pública?	Trabajo con un equipo de abogados que se dedica a varias ramas, entre ellas la administración pública, y los casos más comunes sujetos de reclamo con la retención de pagos y errores en el contrato que perjudican a los contratistas.
2	¿Conoce usted algún caso donde se refleje una vulneración a los principios de trato justo y legalidad de entidades contratantes hacia los contratistas de provisión de servicios?	Si, muchos de los casos que he tratado son respecto al principio de legalidad, mayormente en los pliegos y en la falta de cumplimiento de las obligaciones contractuales.
3	Según su experiencia frente a situaciones de incumplimiento contractual en la etapa de pago, ¿Qué alternativas resultan más efectivas para encontrar una solución?	Los contratistas suelen elegir esperar el pago, pues temen que al iniciar un proceso de resolución sea tan largo como el gremio lo dice, pero cuando no consigo respuesta de la entidad contratante voy directo a la vida administrativa para pedir un procedimiento disciplinario.
4	¿En qué medida considera usted que los principios de trato justo y legalidad se encuentran aplicados con el espíritu de la ley que se establece en la Ley del Sistema Nacional de	Los principios se encuentran claramente establecidos en la ley, sin embargo, el problema se encuentra en la práctica, puesto que varios

	Contratación Pública en la parte contractual de los procesos de provisión de servicios?	funcionarios tienden a ignorarlos y ejecutar el contrato sin miedo a las consecuencias, muchas veces respaldados por la misma máxima autoridad.
5	Respecto a la iniciativa del procedimiento administrativo disciplinario ¿Considera usted que éste sólo puede ser iniciado por la máxima autoridad de la institución contratante o cree usted, que el SERCOP cuenta con las herramientas normativas y prácticas, para iniciar el proceso administrativo disciplinario y por qué?	Normativamente sí, pero en la práctica considero que no es real que sea la máxima autoridad de la misma entidad contratante incumplida quien tenga la potestad de iniciarlo o no, debería ser un tercero imparcial, en este caso, el SERCOP
6	¿Qué tan efectiva ha sido la comunicación con el SERCOP frente a reclamos o controversias? ¿Considera usted que sus reclamos han sido escuchados y atendidos conforme a los principios de eficiencia y celeridad?	Las respuestas se demoran, como toda institución pública, pero todo dentro del margen esperado, pese a eso, sus respuestas se limitan siempre a sus atribuciones, no sirve de mucho que respondan rápido si sus facultades para actuar son limitadas.
7	¿Considera que sería tanto beneficioso como conducente proponer una reforma al artículo 10 para otorgar al SERCOP la capacidad de iniciar directamente procesos administrativos sancionadores contra las entidades contratantes que incumplen los plazos de pago establecidos en los contratos, y que éste a su vez obligue a la máxima autoridad de la entidad contratante a ordenar el pago pendiente a contratistas afectados por este incumplimiento?	Cuando me comentaron de investigación no entendía como nadie lo había propuesto antes, claro que sí, incluso, considero que para que sea aún más rápido la reforma podría ser al reglamento, puesto que mediante decreto ejecutivo y con 89 votos de la asamblea se demorara más, y la necesidad como lo conversamos, es urgente.

Elaborado por: Farra Carrera N. & Loza Cruz, R. (2024).

Tabla 8

Entrevistado 8: Erick Paul Mejía de la Cadena.

Formación académica: Título de tercer nivel en derecho, magíster en derecho administrativo con mención en contratación pública.

Cargo actual: Abogado en libre ejercicio.

N°	Preguntas	Respuestas
1	¿Qué experiencia tiene usted en controversias de incumplimiento en las relaciones contractuales de provisión de servicios de contratación pública?	Cuento con una amplia experiencia en casos de esta índole, pero destaco que al momento cuento con un caso en proceso donde se dio la vulneración a estos principios mediante la retención indebida de los pagos, el cual se encuentra en etapa de acción de protección.

2	¿Conoce usted algún caso donde se refleje una vulneración a los principios de trato justo y legalidad de entidades contratantes hacia los contratistas de provisión de servicios?	Actualmente no he citado dichos principios en un caso, pero considero que cuando no se cumplen los acuerdos contractuales estos se ven afectados.
3	Según su experiencia frente a situaciones de incumplimiento contractual en la etapa de pago, ¿Qué alternativas resultan más efectivas para encontrar una solución?	Acción de protección, para una resolución más rápida, cabe recalcar que la solicito después de que el procedimiento administrativo disciplinario se demora en ser iniciado o simplemente se declara que no es procedente
4	¿En qué medida considera usted que los principios de trato justo y legalidad se encuentran aplicados con el espíritu de la ley que se establece en la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública en la parte contractual de los procesos de provisión de servicios?	Se encuentran en el espíritu de la ley, pero muy poco en la práctica, esto debido al escaso control de que se cumplan los derechos de los proveedores y la desconfianza al Estado que esto representa.
5	Respecto a la iniciativa del procedimiento administrativo disciplinario ¿Considera usted que éste sólo puede ser iniciado por la máxima autoridad de la institución contratante o cree usted, que el SERCOP cuenta con las herramientas normativas y prácticas, para iniciar el proceso administrativo disciplinario y por qué?	Solo la máxima autoridad de la institución donde pertenece el servidor público puede según la normativa, pero considero que esto es ambiguo y debe ser cambiado para que lo pueda hacer el SERCOP
6	¿Qué tan efectiva ha sido la comunicación con el SERCOP frente a reclamos o controversias? ¿Considera usted que sus reclamos han sido escuchados y atendidos conforme a los principios de eficiencia y celeridad?	Lenta, el SERCOP es muy negligente en ese aspecto porque sus atribuciones son limitadas, al igual que su personal.
7	¿Considera que sería tanto beneficioso como conducente proponer una reforma al artículo 10 para otorgar al SERCOP la capacidad de iniciar directamente procesos administrativos sancionadores contra las entidades contratantes que incumplen los plazos de pago establecidos en los contratos, y que éste a su vez obligue a la máxima autoridad de la entidad contratante a ordenar el pago pendiente a contratistas afectados por este incumplimiento?	Si, definitivamente, a más de ser conducente lo considero necesario y oportuno, claramente hay que mejorar varios aspectos del SERCOP, pero el cambio siempre se apunta para mejora en más de un aspecto.

Elaborado por: Farra Carrera N. & Loza Cruz, R. (2024).

Discusión de resultados

Una vez obtenido los resultados recolectados de las entrevistas realizadas a la muestra representativa seleccionada, se procede al análisis jurídico de los hallazgos obtenidos en relación a la problemática planteada en la presente investigación.

Pregunta 1

Con esta primera pregunta respecto al conocimiento de los entrevistados en la controversia planteada, queda claro que el 100% de los sujetos de muestra cuentan con la capacidad suficiente para responder la entrevista, siendo que las preguntas a analizar fueron direccionadas para expertos que no solo conozcan del tema a través de su título de abogados, si no que hayan litigado, y/o evaluado casos previos de controversias de incumplimiento en las relaciones contractuales de provisión de servicios de contratación pública.

Pregunta 2

Mediante esta pregunta respecto al conocimiento de casos específicos de vulneración de los principios de trato justo y legalidad en las controversias de incumplimiento contractual de las entidades contratantes hacia los contratistas sujetos de estudio; el 88% de los expertos han trabajado y tienen conocimiento de casos de esta naturaleza y el 12% menciona que por su cargo público en la CFN no ha sido representante de un caso, sin embargo, queda claro que tiene conocimiento de casos de esta índole, el 100% mencionan que son varios los principios que se han visto vulnerados en este tipo de controversias, entre ellos los de transparencia, equidad, trato justo y legalidad de ciertas autoridades estatales, éste último se encuentra en concordancia con las respuestas del 25% de los entrevistados, los cuales destacan que estos problemas suelen darse a causa de casos de corrupción, pues se paga menos de lo que se declara a los contratistas en un tiempo no estipulado.

En conclusión, queda claro que la vulneración de estos principios es continua en varios casos existentes, y que los expertos concuerdan que muchos de ellos han sido por mora en los pagos de las entidades contratantes, puesto que el incumplimiento de una estipulación contractual, en este caso, la fecha de pago, refleja en sí misma, una vulneración al trato justo, y con ello, la legalidad del documento firmado.

Pregunta 3

El 40% de los entrevistados expresan su percepción sobre la mediación y el arbitraje como primer recurso para resolver conflictos mientras las partes accedan a ello; en los casos donde esto no sucede, estos se unen al 60% que optan por la vía judicial. Se destacan las palabras de uno de los entrevistados, que destaca la *subjetividad e inaplicabilidad* del proceder administrativo, pues alega que “ninguna autoridad destituiría a un miembro de su equipo de

trabajo por no pagar a un contratista a menos que sea observado por la Contraloría General del Estado”, refiriéndose a la obligación de la máxima autoridad de la entidad contratante de iniciar el procedimiento administrativo disciplinario al funcionario de la entidad contratante que haya infringido en la retención indebida de los pagos.

Cabe recalcar entonces que, si bien existen diversas vías para resolver este tipo de conflictos, bajo la percepción de los expertos, ninguna logra aun satisfacer el interés común de que la misma cumpla con los principios de transparencia, celeridad, legalidad y trato justo.

Pregunta 4

Mediante esta pregunta se logra establecer que pese a estar palpados en la ley, el 100% de los entrevistados concuerdan en que el espíritu de la ley de los principios de trato justo y legalidad no son cumplidos en la práctica, los motivos encontrados van desde la elección arbitraria de los funcionarios de no cumplirlos, ya sea en los pliegos o en la ejecución del contrato, hasta las prerrogativas que posee el Estado.

De ello podemos concluir que existe una notable problemática al momento de que los expertos en su mayoría o no notan estos principios palpados en la normativa, o alegan que los funcionarios a cargo de cumplir el contrato no temen que existan represalias de su máxima autoridad frente al incumplimiento de sus obligaciones contractuales.

Pregunta 5

Respecto a la iniciativa del procedimiento administrativo disciplinario, el 100% de la muestra representativa centra sus respuestas en que actualmente, la norma no permite al SERCOP la facultad de iniciar este procedimiento, sin embargo, pese a que la autoridad debe de actuar oficio en estos casos, la mayoría de ellos está de acuerdo en que otorgarle dicha facultad es conducente y necesario. Se destaca el hallazgo en una respuesta donde se alega que es irreal pensar que una máxima autoridad sancionaría a un funcionario de su propia institución, y que, para prevenir esta falta en sus obligaciones, a más de mayor control, esta potestad debería tenerla un tercero imparcial, es decir, el SERCOP.

De lo antes expuesto, se concluye que, si bien la normativa actual le delega exclusivamente a la máxima autoridad de la institución contratante iniciar este procedimiento,

en la práctica, resulta necesario otorgar esta atribución a un tercero imparcial que resguarde primero los intereses de los contratistas, en este caso, el SERCOP.

Pregunta 6

Frente a la interrogante planteada de la efectividad de la comunicación con el SERCOP, se encuentran opiniones divididas respecto a la institucionalidad del mismo, el 88% de los entrevistados están de acuerdo en que es un ente normativamente funcional, sin embargo, varios expresan su inconformidad con la manera en que éste es manejado, las razones varían entre mal uso de sus herramientas y personal no capacitado. Sin embargo, se destacan las respuestas del 50% de los entrevistados, que están de acuerdo en que esta institución trabaja según el alcance de sus atribuciones, y, por ende, actualmente, no se puede esperar más.

Por lo que se puede concluir que, a mayor necesidad de cambio en las instituciones del Estado, mayor necesidad de otorgarles las atribuciones y herramientas necesarias para que se cumplan debido a que, mediante esta pregunta, se halla la disconformidad con un ente que acaba siendo etiquetado como ineficiente, al no tener los recursos personales, normativos y materiales necesarios para cumplir con las necesidades del grupo sujeto de estudio.

Pregunta 7

Finalmente, en esta última pregunta respecto a los beneficios y conducencia de la reforma propuesta, el 100% de los miembros de la muestra representativa seleccionada concuerdan que sería algo positivo de implementar para solucionar esta controversia. No obstante, gran parte de sus opiniones imponen la condición de que la transición propuesta se realice solucionando problemas latentes de la institución, como lo son la antes mencionada falta de buen uso de sus herramientas, aumento y capacitación de personal, y evidentemente, control constante del mismo.

Por lo expuesto, se concluye que, bajo la perspectiva de los profesionales entrevistados la reforma propuesta es conducente, pero requiere junto a ella, que, mediante su implementación, se arreglen inconvenientes que dificulten su practicidad en el SERCOP.

Finalmente, posterior al análisis de todas las respuestas obtenidas, se evidencia que los profesionales del derecho entrevistados enfrentan una serie de desafíos significativos respecto

a la implementación efectiva de los principios de trato justo y legalidad. La discrepancia entre la normativa establecida y su aplicación práctica ha generado falta de confianza en los procesos de contratación pública y ha exacerbado las tensiones entre las partes involucradas. Se destaca la necesidad apremiante de un ajuste a la normativa que regula las atribuciones del SERCOP, para que pueda iniciar directamente un régimen disciplinario a los contratantes que recaen en la retención indebida del pago, y con ello, la vulneración a los principios de trato justo y legalidad, con el fin de que se repare el cumplimiento de estos principios y el procedimiento sirva como precedente para iniciar el proceso que exija el pago pendiente a los contratistas.

Propuesta

Una vez realizado el análisis exhaustivo de la normativa vigente, doctrina, casos relevantes, con fundamento en los resultados de las entrevistas a profesionales del derecho expertos en el ámbito de la contratación pública, y en concordancia con los objetivos investigación planteados, se procede a realizar la siguiente propuesta de proyecto de reforma, que representa una alternativa de solución para la problemática planteada, la cual el 100% de los expertos entrevistados reconocen como procedente y necesaria:

Título de la propuesta

“Proyecto de Ley reformativa al artículo 10, inciso 18 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública de las atribuciones del SERCOP en los procesos administrativos y disciplinarios en los casos de retención indebida del pago a contratistas.”

Objetivo de la propuesta

Implementar una alternativa de solución a la vulneración de los principios de trato justo y legalidad frente a la retención indebida de pago a los contratistas de provisión de servicios, por medio de la reforma al artículo 10, inciso 18 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, para incrementar la eficiencia en la solución de este tipo de controversias.

Justificación de la propuesta

La propuesta de reforma al artículo 10 inciso 18 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública aborda la problemática identificada en el incumplimiento de pago a los contratistas de provisión de servicios. Ésta busca establecer un marco legal donde la normativa otorgue al SERCOP las herramientas necesarias para solucionar con mayor

agilidad la controversia planteada, reparando así, la vulneración de los principios de trato justo y legalidad frente a la retención indebida de pago al grupo de estudio.

Beneficio de la propuesta

La propuesta planteada aporta numerosos beneficios direccionados no solo a los sujetos de estudio, sino también a los ciudadanos del Estado que mediante la reforma sugerida podrían recuperar la confianza en estos procesos que son pagados con su aporte a la nación, concretamente, en la institucionalidad del SERCOP. Entre los beneficios planteados para los contratistas, se encuentran los de promover el cumplimiento de los principios de trato justo, legalidad, equidad y transparencia en el reclamo de cumplimiento del pago por sus servicios, otorgando además, herramientas para que el SERCOP, como entidad reguladora de la contratación pública, sea más ágil y capaz de reparar no solo el incumplimiento en el que incurrió el servidor de la entidad contratante, sino también de exigir que en vista de éste se ordene el pago pendiente, cuya retención indebida originó esta controversia.

Desarrollo de la propuesta

Proyecto de Ley reformativa al artículo 10, inciso 18 de la Ley Orgánica Nacional de Contratación Pública de las atribuciones del SERCOP en los procesos administrativos y disciplinarios en los casos de retención indebida del pago a contratistas.

La Asamblea Nacional de la República del Ecuador considerando

Que, el artículo 226 de la Constitución de la República del Ecuador, establece que: “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”;

Que, el artículo 4 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública - LOSNCP-señala que para la aplicación de esta Ley y de los contratos que de ella se deriven,

se observarán los principios de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad y participación nacional;

Que el artículo 10 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en su inciso 19 señala que el SERCOP tendrá entre sus atribuciones la de analizar y controlar todos los procesos de contratación pública, y en torno a este análisis emitir las recomendaciones de cumplimiento obligatorio o tomar acciones concretas según corresponda, así como poner en conocimiento de los organismos de control de ser pertinente, sin perjuicio de las demás establecidas en la normativa aplicable;

Que, el artículo 41 de la Ley Orgánica de Servicio Público establece que la servidora o servidor público que incumpliere sus obligaciones o contraviniera las disposiciones de esta Ley, sus reglamentos, así como las leyes y normativa conexa, incurrirá en responsabilidad administrativa que será sancionada disciplinariamente.

En ejercicio de los deberes y atribuciones previstas en el artículo 120, numeral 6 de la Constitución de la República, en concordancia con el artículo 9, numeral 6 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, resuelve expedir la siguiente:

Ley reformativa a la Ley Orgánica Nacional de Contratación Pública en el artículo 10, inciso 18 de las atribuciones del SERCOP para iniciar un proceso administrativo disciplinario y ordenar el cese de la retención indebida del pago pendiente.

Art. 1.- Refórmese el artículo 10, inciso 18, debiendo sustituirse la palabra “requerir” por iniciar, y sustituyendo la designación a “la máxima autoridad de una entidad contratante” por el término “al servidor/a de una entidad contratante”, otorgándole al SERCOP, la atribución de iniciar directamente un régimen disciplinario al servidor público que recaiga en la conducta tipificada, quedando éste de la siguiente manera:

18.- “Iniciar la aplicación inmediata del régimen disciplinario previsto en la Ley Orgánica del Servicio Público al servidor/a de una entidad contratante, cuando haya realizado una conducta que atente o violente la normativa o principios del Sistema Nacional de Contratación Pública; sin perjuicio de la notificación a los órganos de control respectivos.”

Art. 2.- A continuación del inciso 18, introdúzcase el numeral 18.1, con el objetivo de amparar los derechos de los contratistas respecto a la retención indebida de un pago, que determine lo siguiente:

18.1.- En caso de que inicie el procedimiento disciplinario en contra de un servidor/a por motivos de retención indebida de pagos, la máxima autoridad realizará las gestiones internas necesarias para que el trámite administrativo de pago se realice en un plazo máximo de 30 días.

Disposición Final. - Deróguense todas las disposiciones legales y reglamentarias que contravengan la presente ley, la misma que entrará en vigencia a partir de su promulgación y publicación en el Registro Oficial.

En base a los antecedentes expuestos y conforme al análisis respectivo en la presente investigación, se considera necesario y conducente la presente reforma al artículo 10, inciso 18 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, destacando que, mediante la implementación de la misma, se le otorgaría potestad sancionadora al SERCOP frente a la vulneración de la normativa y/o principios que lo caracterizan, además de servir como precedente para que sea la misma institución contratante que iniciadas las investigaciones por vulnerar el principio de trato justo y legalidad al incurrir en la retención indebida del pago, inicie inmediatamente el trámite administrativo para que se realice el pago y se repare completamente la problemática que dio origen a la vulneración planteada.

Conclusiones

La vulneración y falta de regulación de los principios de trato justo y legalidad es palpable cuando se enfrenta al caso específico de la retención indebida de pago a los contratistas de provisión de servicios de parte del funcionario encargado de dicho pago, pues se halla que la normativa actual, no protege su cumplimiento efectivo frente a situaciones donde exigir la correcta ejecución contractual del pago se vuelve un proceso prolongado y arbitrario de parte de las autoridades que fallan en proteger el ejercicio correcto de los procesos de contratación pública para todas las partes.

El Servicio Nacional de Contratación Pública, no cuenta con las atribuciones suficientes para iniciar directamente los procedimientos administrativos necesarios que permitan resolver

las situaciones que hayan dado origen a la vulneración planteada, en este sentido, es importante recalcar que, frente a la retención indebida de pago, el funcionario encargado del contrato de la entidad contratante, es quien debe realizar el seguimiento respectivo hasta la última obligación pendiente, por lo tanto, se encuentra la necesidad existente de otorgarle al Servicio Nacional de Contratación Pública las atribuciones necesarias para exigir el cumplimiento correcto del contrato, y con ello, remediar las vulneraciones a los principios de trato justo y legalidad que hayan surgido del mismo.

La reforma propuesta al artículo 10 numeral 18 de la Ley Orgánica del Servicio Nacional de Contratación Pública, contribuye como alternativa de solución para el caso de estudio planteado, mediante el cual, el Servicio Ecuatoriano de Contratación Pública, como representante de los derechos e intereses de los contratistas y el cumplimiento efectivo de las estipulaciones contractuales de procesos de contratación pública, tendría la atribución de iniciar directamente un procedimiento administrativo disciplinario en contra del funcionario que vulneró los principios de legalidad y trato justo mediante la retención indebida del pago a los contratistas beneficiarios de dicho contrato. Por lo tanto, debería ser el Servicio Ecuatoriano de Contratación Pública, el que determine que existió una vulneración a estos principios y el inicio del procedimiento administrativo disciplinario para impedir que quede en impunidad la vulneración de dichos principios.

El alcance jurídico de los principios de legalidad y trato justo en la normativa se encuentra negativamente limitado, y en el proceso sujeto de estudio, desproporcionado. Es así que, en los procesos de pago, cuando los contratistas son víctimas de una retención indebida, su derecho a que se cumplan los principios de trato justo y legalidad quedan en indefensión, y recae en la falta de protección de parte del Servicio Nacional de Contratación Pública como entidad reguladora de la contratación pública, que se da como consecuencia de su falta de atribuciones para resolver el mismo, lo cual, a su vez, genera desconfianza en su institucionalidad.

Recomendaciones

En relación a la aplicación eficiente de los principios de trato justo y legalidad, se recomienda el estudio minucioso de la presente investigación, tomando en cuenta que esta estudia una sola situación que genera la vulneración de estos principios. Considerando, que posiblemente existen varias situaciones similares, donde se vulneren otros principios de la

contratación pública, como lo son la transparencia, concurrencia, oportunidad, entre otros; lo idóneo sería analizar el trasfondo de esta vulneración dentro de las distintas instituciones, y hallar más necesidades existentes para que se reduzcan este tipo de controversias y se recupere la institucionalidad no solo del Servicio Nacional de Contratación Pública, sino también de otras instituciones partícipes de los contratos públicos.

La falta de atribuciones del Servicio Nacional de Contratación Pública es una problemática que necesita estar en constante supervisión, necesidad que corresponde a los mecanismos internos de control del mismo Servicio Nacional de Contratación Pública, puesto que es la institución encargada de promover principios inherentes a la contratación como lo es la celeridad procesal dentro de todos los procesos administrativos a su cargo; por ello, se recomienda que exista un mayor control y fuerza procesal depositados en esta institución, a la cual la Ley Orgánica del Servicio Nacional de Contratación Pública le otorga la atribución de dirigir la contratación pública.

Para lograr la correcta implementación de la reforma propuesta, se recomienda que, respecto a la iniciativa que se le otorgará al Servicio Nacional de Contratación Pública de iniciar un procedimiento administrativo disciplinario, se establezcan lineamientos, que una vez cumplidos servirán como requisitos mediante los cuales este organismo podrá iniciar, de manera oportuna, el procedimiento administrativo disciplinario planteado, para evitar la acusación u omisión indebida de culpa al funcionario procesado, velando así, por los derechos e intereses de todas las partes involucradas.

Para promover el cumplimiento efectivo de los principios de trato justo y legalidad en los procesos de pago a contratistas de provisión de servicios, se necesita la colaboración tanto del Servicio Nacional de Contratación Pública como de las entidades contratantes, para que finalmente, se cumplan los derechos de los contratistas, y se recupere la institucionalidad de este organismo, mediante una reforma que confía en su papel de tercero imparcial, que le otorga la potestad disciplinaria que le corresponde y que además, responsabiliza a la entidad contratante de la omisión de sus funcionarios y la obliga explícitamente a iniciar las gestiones necesarias para cumplir con el cese de la retención indebida del pago, todo esto en concordancia con los principios de un trato justo y legalidad en los contratos públicos de provisión de servicios.

Referencias

- Albaladejo García, M. (1989). Manuel Albaladejo García, "Derecho Civil I.-Introducción y parte general (Introducción y Derecho de la persona ed., Vol. 1). Librería BOSCH C.L.
- Arias Manzano, T. (2010, septiembre). La perspectiva de género en la justicia electoral: experiencia en Ecuador. [Ponencia, II Conferencia Iberoamericana sobre "Justicia Electoral"].
- Asamblea Constituyente. (2008, Octubre 20). Constitución de la República del Ecuador (Registro Oficial, No. 449). Registro Oficial, No. 449.
- Cabanella. (2010). Diccionario Jurídico.
- Chinchillas, M. (2015, Enero 28). Metodología de la Investigación.
- Contraloría General del Estado. (2022). Deficiencias constructivas, retrasos injustificados y pagos sin sustento en la construcción de unidades educativas. Boletín de Prensa de la CGE.
- COVINOS GALLARDO, M. (2022). Diseño y metodología de la investigación.
- Delgado, P. (2017). Efectos de la declaración de contratistas incumplidos como consecuencia de la terminación unilateral de los contratos administrativos [Pág 78-79].
- Domenech Pascual, G. (2018). Lecciones de derecho administrativo con ejemplos. Valencia: Universidad de Valencia.
- Dromi, R. (2001). Las ecuaciones de los contratos públicos. Argentina, Buenos Aires.
- Ecuador, Asamblea Nacional (2009, Mayo 12). Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (Registro Oficial ed., Issue Suplemento 588). Ecuador.
- Ecuador, Asamblea Nacional. (2010, Octubre 6). Ley Orgánica de Servicio Público (Registro Oficial Suplemento No. 294 ed.). Ecuador.
- García Hernández, M. D. (2019). La entrevista.
- Gomez Degraives, A. A. (2021, Noviembre 3). Muestreo Estadístico.

- Hernandez Sampieri, R. (2006). Metodología de la investigación.
- Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. (2008, Julio 22). Ecuador.
- Macías Bermúdez, J. M. (2020). La contratación pública en el Ecuador, situación actual ante la pandemia de Covid- 19.
- Obando, S. (2017). Contratistas y contratantes [Pág 48 - 191].
- Organización Mundial del Comercio. (2021). La OMC y la contratación pública.
- Orozco, M. (2023, Octubre 8). incumplimiento del pago a los contratistas. Edición Primicia.
- Perez, E. (2019). Derecho Administrativo.
- Piña-Ferrer, L. (2023, Junio). El enfoque cualitativo: Una alternativa compleja dentro del mundo de la investigación. Revista Arbitrada Interdisciplinaria KOINONIA, (15).
- Ramos Chagoya, E. (2018, Julio 1). Métodos y técnicas de la investigación.
- Resolución Nro. SERCOP-SERCOP-2023-0028-R. (2016). Manual de buenas prácticas en la contratación pública para el desarrollo. Las 100 trampas de la Contratación Pública.
- Santofimio Gamboa, J. O. (2004). Gamboa, Tratado de derecho administrativo. Contratación indebida.
- Secaira Durango, P. A. (2004). Curso breve de derecho administrativo. Editorial Universitaria de Quito.
- SERCOP. (2021, Junio 7). Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2021-0057-OF. [Pág 1-5].
- Servicio Nacional de Contratación Pública. (2021). Evaluación SNCP Ecuador.
- Servicio Nacional de Contratación Pública. (2021). Plan Estratégico Institucional 2021-2025.
- Sistema Nacional de Contratación Pública. (2022). Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.
- Suarez Beltrán, G., & Laguado Giraldo, R. (2007). Manual de contratación pública para América Latina. Chile.

Anexos

Anexo 1: Cuestionario de entrevista a profesionales del Derecho sobre el alcance jurídico de los principios de trato justo y legalidad en los procesos de pagos a contratistas de provisión de servicios

Objetivo de entrevistas: Determinar la efectividad de los principios de trato justo y legalidad en la norma de contratación pública mediante entrevistas para contrastar el alcance normativo y la experiencia de los profesionales del derecho y profesionales contratistas.

1. ¿Qué experiencia tiene usted en controversias de incumplimiento en las relaciones contractuales de provisión de servicios de contratación pública?
2. ¿Conoce usted algún caso donde se refleje una vulneración a los principios de trato justo y legalidad derivados del alcance de las atribuciones del SERCOP?
3. Según su experiencia frente a situaciones de incumplimiento contractual en la etapa de pago, ¿Que resulta más efectivo para encontrar una solución, contactarse con el SERCOP o con el funcionario representante del contrato de la institución contratante?
4. ¿Considera usted que el procedimiento administrativo disciplinario sólo puede ser iniciado por la máxima autoridad de la institución contratante o cree usted, según su experiencia que el SERCOP cuenta con las herramientas normativas y prácticas, para iniciar el proceso administrativo disciplinario?
5. ¿Qué beneficios considera que representaría que el SERCOP tenga la atribución de hacer uso de su potestad disciplinaria mediante el inicio del proceso administrativo sancionador de manera directa con las entidades contratantes que no cumplen los plazos de pago establecidos en el contrato? ¿cree usted que es conducente proponer una reforma al artículo 10 para que esto sea posible?

6. ¿Confía en que el SERCOP y la normativa actual ampara los derechos a un trato justo y el cumplimiento legal del contrato en todas sus etapas? ¿Alguna vez ha palpado que estos derechos han sido vulnerados en la etapa de pago?

7. ¿Considera que sería tanto beneficioso como conducente proponer una reforma al artículo 10 para otorgar al SERCOP la capacidad de iniciar directamente procesos administrativos sancionadores contra las entidades contratantes que incumplen los plazos de pago establecidos en los contratos, y que éste a su vez obligue a la máxima autoridad de la entidad contratante a ordenar el pago pendiente a contratistas afectados por este incumplimiento?