



UNIVERSIDAD NACIONAL DE CHIMBORAZO

FACULTAD DE CIENCIAS POLÍTICAS Y ADMINISTRATIVAS

CARRERA DE DERECHO

Las facultades del Estado en la libertad contractual del procedimiento de subasta
inversa electrónica

Proyecto de investigación previo a la obtención del Título de Abogada

Autora:

Nagelly Belen Oñate Aldaz

Tutora:

Abg. Leslit Estefany Machucha Moreno MsC.

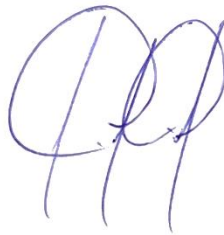
Riobamba, Ecuador, 2024

DECLARACIÓN EXPRESA DE AUTORÍA

Yo, Nagelly Belén Oñate Aldaz, con cédula de ciudadanía 0604815746, autora del trabajo de investigación titulado: “**Las facultades del Estado en la libertad contractual del procedimiento de subasta inversa electrónica**”, certifico que la producción, ideas, opiniones, criterios, contenidos y conclusiones expuestas son de mí exclusiva responsabilidad.

Asimismo, cedo a la Universidad Nacional de Chimborazo, en forma no exclusiva, los derechos para su uso, comunicación pública, distribución, divulgación y/o reproducción total o parcial, por medio físico o digital; en esta cesión se entiende que el cesionario no podrá obtener beneficios económicos. La posible reclamación de terceros respecto de los derechos de autor (a) de la obra referida, será de mi entera responsabilidad; librando a la Universidad Nacional de Chimborazo de posibles obligaciones.

En Riobamba, a la fecha de su presentación



Nagelly Belén Oñate Aldaz

C.I.: 060481574-67

AUTORA

ACTA FAVORABLE - INFORME FINAL DEL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN

En la Ciudad de Riobamba, a los 08 días del mes de agosto del 2024 luego de haber revisado el Informe Final del Trabajo de Investigación presentado por la estudiante **Nagelly Belen Oñate Aldaz** portadora de la cédula de ciudadanía **060481574-6** de la carrera de Derecho y dando cumplimiento a los criterios metodológicos exigidos, se emite el **ACTA FAVORABLE DEL INFORME FINAL DEL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN** titulado "*Las facultades del Estado en la libertad contractual del procedimiento de subasta inversa electrónica*", por lo tanto se autoriza la presentación del mismo para los trámites pertinentes.



Abg. Leslit Estefany Machuca Moreno MsC.

Tutor

DICTAMEN FAVORABLE DE LOS MIEMBROS DEL TRIBUNAL

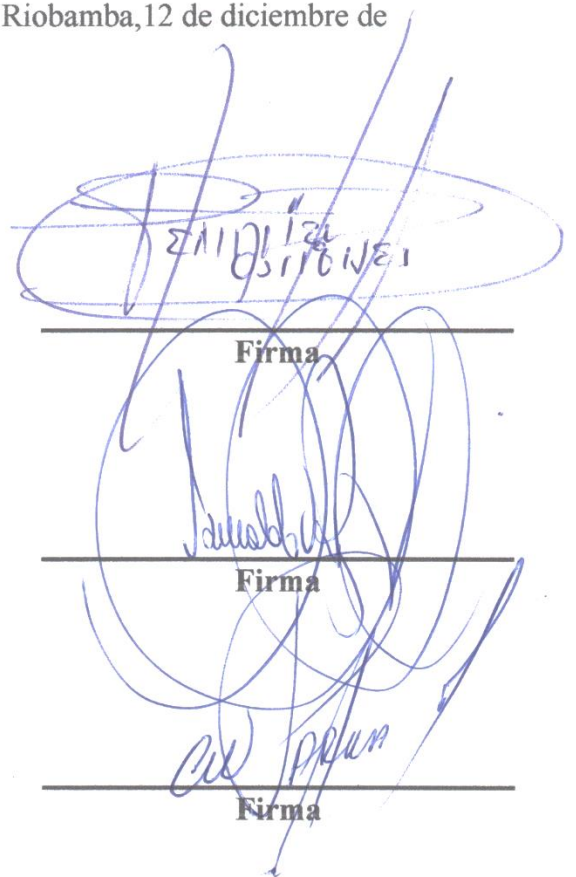
Quienes suscribimos, catedráticos designados Miembros del Tribunal de Grado para la evaluación del trabajo de investigación “Las facultades del Estado en la libertad contractual del procedimiento de subasta inversa electrónica” presentado por la señorita estudiante, **Nagelly Belén Oñate Aldaz** con C.I 060481574-6, bajo la tutoría de Abg. Leslit Estefany Machuca Moreno MsC., certificamos que recomendamos la **APROBACIÓN** de este con fines de titulación. Previamente se ha asesorado durante el desarrollo, revisado y evaluado el trabajo de investigación y escuchada la sustentación por parte de su autor; no teniendo más nada que observar.

De conformidad a la normativa aplicable firmamos, en Riobamba, 12 de diciembre de 2024.

Dr. Fernando Patricio Peñafiel Rodríguez, Mag.
Presidente del Tribunal de Grado

Dr. Oswaldo Vinicio Ruiz Falconí, Mag.
Miembro del Tribunal de Grado

Dr. Segundo Walter Parra Molina
Miembro del Tribunal de Grado



Firma

Firma

Firma



Dirección
Académica
VICERRECTORADO ACADÉMICO

en movimiento



UNACH-RGF-01-04-08.17
VERSIÓN 01: 06-09-2021

CERTIFICACIÓN

Que, **OÑATE ALDAZ NAGELLY BELÉN** con CC: **0604815746**, estudiante de la Carrera Derecho, Facultad de Ciencias Políticas y Administrativas; ha trabajado bajo mi tutoría el trabajo de investigación titulado "**LAS FACULTADES DEL ESTADO EN LA LIBERTAD CONTRACTUAL DEL PROCEDIMIENTO DE SUBASTA INVERSA ELECTRÓNICA**", cumple con el 2%, de acuerdo al reporte del sistema Anti plagio **TURNITIN**, porcentaje aceptado de acuerdo a la reglamentación institucional, por consiguiente autorizo continuar con el proceso.

Riobamba, 29 de noviembre de 2024


Abg. Leslie Estefany Machuca Moreno. MsC
TUTORA

DEDICATORIA

A los que siempre están, apoyando sueños, ahuyentando miedos,
secando lágrimas y sacando sonrisas.

Nagelly Belen Oñate Aldaz.

AGRADECIMIENTO

Agradezco a Dios por durante esta etapa demostrarme que todas las pruebas que pueda imponerme lo hace con la certeza de que puedo superarlas, me ha guiado en cada paso que he dado y me ha permitido día con día aprender algo nuevo.

A mis padres Ignacio y María, sin su trabajo y bendición diaria, no sería posible alcanzar mis sueños, de ustedes aprendí a no rendirme y a trabajar duro por lo que quiero.

A mis hermanos Gina y Jorge que han sido ejemplo y compañía, para ellos jamás importó si son 276, 4444 o 9118 kilómetros de distancia siempre han estado para mí cuando los he necesitado.

A mis abuelitos, Jorge y Doralisa quienes sé que desde el cielo me protegen siempre, Gustavo y María del Carmen que siempre han confiado en mí, dándome la mano en cada paso del camino y han estado presentes no sólo viéndome cumplir mis metas, sino, alentándome mientras me esfuerzo por hacerlo.

A mis amigos Nany, Andrés, Luis, Cami y Leslie, durante esta etapa han sido compañía indispensable para disfrutar risas juntos y darnos un hombro para llorar cuando ha sido necesario, he tenido el mejor tiempo de mi vida peleando en la misma esquina con ustedes.

A mi amiga Yessenia y mi amigo Ramiro, mi vida no hubiese sido la misma sin su presencia.

A mis amigos de Compromiso Identidad Universitaria, Tomás, Gaby, Marcos, Vane, Nico, gracias por no solo dejar una huella en la U, sino también en mi corazón y hacer de este mi mejor tiempo en la U.

A la sempiterna carrera de Derecho, que me ha dejado enseñanzas invaluable para mi vida, de entre ellas las más importantes mantener mis pies en la tierra, sin apartar mi mirada del cielo, que las personas somos transitorias y que lo que verdaderamente queda es el legado que construimos.

Nagelly Belén Oñate Aldaz

INDICE GENERAL

DECLARACIÓN EXPRESA DE AUTORÍA	
CERTIFICACIÓN DEL TUTOR	
DICTAMEN FAVORABLE DE LOS MIEMBROS DEL TRIBUNAL	
CERTIFICADO ANTIPLAGIO	
DEDICATORIA	
AGRADECIMIENTO	
ÍNDICE GENERAL	
ÍNDICE DE TABLAS	
ÍNDICE DE FIGURAS	
RESUMEN	
ABSTRACT	
CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN.....	14
1.1. Planteamiento del problema.....	14
1.2. Justificación	16
1.3. Objetivos	17
1.3.1. Objetivo General	17
1.3.2. Objetivos Específicos.....	17
CAPÍTULO II. MARCO TEÓRICO.....	19
2.1. Estado del Arte.....	19
2.2. Aspectos Teóricos.....	23
2.2.1. UNIDAD I: LIBERTAD CONTRACTUAL EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ECUATORIANA	23
2.2.1.1. Conceptualización y alcance de la libertad contractual.....	23
2.2.1.2. Límites de la libertad contractual en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.....	27
2.2.1.2.1. Normas	28

2.2.1.2.2. Orden Público.....	29
2.2.1.2.3. La costumbre	30
2.2.1.2.4. Exigencias sociales.....	30
2.2.1.3. El contrato administrativo	31
2.2.1. UNIDAD II: FACULTADES DEL ESTADO EN LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA EN ECUADOR	35
2.2.2.1. Nociones generales de las Facultades del Estado.....	35
2.2.2.2. Facultades del Estado en los procedimientos de contratación.....	41
2.2.2.3. Las prerrogativas del Estado en la contratación pública	47
2.2.2.3.1. Decisión unilateral, anticipada y ejecutoria sobre la perfección del contrato y su validez.....	49
2.2.2.3.2. Interpretación del contrato	49
2.2.2.3.3. Realización de las prestaciones debidas por el contratista	49
2.2.2.3.4. Calificación de situaciones de incumplimiento.....	50
2.2.2.3.5. Imposición de sanciones contractuales y su efectividad	51
2.2.2.3.6. Prórrogas del contrato	51
2.2.2.3.7. Calificación de causas de terminación unilateral y anticipada	51
2.2.2.3.8. Aceptación y recepción de las prestaciones debidas.....	53
2.2.2.3.8. Eventuales responsabilidades del contratista durante el plazo de garantía	53
2.2.2.3.9. Liquidación del contrato.....	54
2.2.2.3.10. Ejecución de garantía	54
2.2.2.3.11. Ius Variandi	54
2.2.3. UNIDAD III: APLICACIÓN DE LA LIBERTAD CONTRACTUAL EN LA SUBASTA INVERSA ELECTRÓNICA	56
2.2.3.1. Procedimiento de Subasta Inversa Electrónica.....	56
2.2.3.2. Las prerrogativas del Estado en la subasta inversa electrónica	59
2.2.3.2.1 Determinación del objeto del contrato	60

2.2.3.2.2. Interpretación del contrato	60
2.2.3.2.3. Realización de las prestaciones debidas por el contratista	61
2.2.3.2.4. Calificación de causas de terminación unilateral y anticipada... 62	
2.2.3.3. Libertad contractual en el procedimiento de Subasta Inversa Electrónica	62
2.2.3.3.1 Celebrar o no el contrato	62
2.2.3.3.2. Elegir la persona cocontratante	62
2.2.3.3.3. Determinar el objeto en todos sus aspectos.....	63
2.2.3.3.4. Elegir la forma de su instrumentación.....	63
2.2.3.3.5. Modificar el contrato.....	64
2.2.3.3.6. Ceder o transmitir la posición contractual.....	64
2.2.3.3.7. Extinguir el contrato.....	64
CAPÍTULO III. METODOLOGÍA	65
3.1. Unidad de análisis	65
3.2. Métodos.....	65
3.2.1. Método deductivo.....	65
3.2.2. Método jurídico-analítico.....	65
3.2.3. Método dogmático.....	65
3.2.4. Método jurídico descriptivo	65
3.2.5. Método de comparación jurídica.....	65
3.2.6. Método jurídico doctrinal.....	66
3.3. Enfoque de la Investigación.....	66
3.4. Tipo de Investigación.....	66
3.4.1. Jurídico Descriptiva.....	66
3.4.2. Jurídico Comparativa	66
3.5. Diseño de Investigación.....	66
3.6. Población y muestra.....	67

3.7. Técnicas e instrumentos de investigación.....	67
3.7.1 Técnica	67
3.7.2. Instrumento de investigación	67
3.8. Técnicas para el tratamiento de información	67
CAPÍTULO IV. RESULTADOS Y DISCUSIÓN	69
4.1. Resultados	69
4.1.1. Impacto de las prerrogativas del Estado en la libertad contractual de los contratistas en los procedimientos de Subasta Inversa Electrónica	69
4.1.2. Eficacia y eficiencia de los procedimientos de Subastas Inversa Electrónica en relación con la libertad contractual.	71
4.1.2.1. Matriz de derecho comparado entre Ecuador, Chile y Colombia.....	71
4.1.2.2. Análisis matriz de derecho comparado entre Ecuador, Chile y Colombia.	78
4.1.3. Relación contractual entre el Estado y los proveedores en los procedimientos de Subasta Inversa Electrónica.	79
4.1.3.1. Resumen Entrevistas.....	79
4.1.3.1.1. Entrevista 1.....	79
4.1.3.1.2. Entrevista 2.....	79
4.1.3.1.3. Entrevista 3.....	79
4.1.3.1.4. Entrevista 4.....	80
4.1.3.1.5. Entrevista 5.....	80
4.1.3.2. Análisis diagrama de Sankey acerca de la relación contractual entre el Estado y los proveedores.	81
4.1.3.2.1. Desigualdad en la relación contractual.....	82
4.1.3.2.2. Facultades exorbitantes del Estado	82
4.1.3.2.3. Limitación a la libertad contractual.....	83
4.1.3.2.4. Protección del bien general	84
4.1.3.3. Propuestas de reforma	84
4.1.3.3.1. Optimización procesos de contratación.....	84

4.1.3.3.2. Resolución de conflictos y controversias	85
4.1.3.3.3. Flexibilidad contractual.....	85
4.1.3.3.4. Transparencia y anticorrupción.....	86
4.2. Discusión.....	87
CAPÍTULO V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	90
5.1. CONCLUSIONES	90
5.2. RECOMENDACIONES.....	92
BIBLIOGRAFÍA	93
ANEXOS 100	
ANEXO I. GUÍA DE ENTREVISTA.....	100
ANEXO II. PROPUESTA DE REFORMA A LA LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA	102

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1. Características de la Subasta Inversa Electrónica y la Subasta Inversa Electrónica Simplificada.....	58
Tabla 2. Matriz de derecho comparado del procedimiento de Subasta Inversa Electrónica en Ecuador, Chile y Colombia.....	71

ÍNDICE DE FIGURAS

Figura 1. Orden jerárquico, ordenamiento jurídico ecuatoriano.....	28
Figura 2. Clasificación de las facultades del Estado.....	39
Figura 3. Conformación del Servicio Público de acuerdo con la Constitución de la República del Ecuador.....	41
Figura 4. Entidades que se adhieren al régimen de contratación pública.....	42
Figura 5. Prerrogativas del Estado en el contrato administrativo.....	48
Figura 6. Causales de la terminación unilateral del contrato por declaración de la entidad contratantes.....	52
Figura 7. Causales imputables a la Entidad Contratante para la terminación del contrato	53
Figura 8. Proceso de puja o negociación.....	57
Figura 9. Impacto de las prerrogativas del Estado en la Libertad Contractual.....	70
Figura 10. Diagrama de Sankey relación contractual entre Estado y proveedores.....	81

RESUMEN

El trabajo de investigación se enfoca en las facultades del Estado en la libertad contractual dentro del procedimiento de subasta inversa electrónica en la contratación pública ecuatoriana, con el objetivo de analizar cómo estas facultades impactan en la libertad contractual en los procedimientos de subasta inversa electrónica y proponer mecanismos que garanticen una relación contractual equitativa, sin dejar de lado la protección del interés general por parte del Estado.

La investigación adopta un enfoque cualitativo que incluye la revisión bibliográfica para conceptualizar los temas abordados, examen del marco jurídico-doctrinal, incluyendo la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCP), su Reglamento y las normas supletorias, análisis de derecho comparado entre las legislaciones de Ecuador, Colombia y Chile y entrevistas a profesionales especializados en contratación pública analizadas en Atlas TI. La investigación destaca que las facultades exorbitantes del Estado en los procedimientos de subasta inversa electrónica, aunque necesarias crean una asimetría en la relación contractual y colocan al contratista en una posición de desventaja.

La investigación concluye que, en el contexto de la Subasta Inversa Electrónica en Ecuador, las facultades exorbitantes del Estado limitan significativamente la libertad contractual de los proveedores, creando un desequilibrio en la relación contractual que afecta tanto la competitividad del sector privado como la eficiencia del sistema de contratación pública. Este estudio subraya la necesidad de ajustar el marco normativo para lograr un equilibrio entre la intervención estatal y los derechos de los contratistas, proponiendo mecanismos que permitan una relación más equitativa y previsible. De esta forma, se fomenta un entorno contractual que no solo respete el interés público y la transparencia, sino que también garantice condiciones justas y competitivas para los participantes, fortaleciendo así la confianza y sostenibilidad del sistema de contratación pública en Ecuador.

Palabras claves: Contratación Pública, Libertad Contractual, Subasta Inversa Electrónica, Bienes y Servicios Normalizados, Facultades del Estado.

ABSTRACT

The research focuses on the State's powers regarding contractual freedom in the reverse electronic auction procedure in Ecuadorian public procurement. The objective is to analyze how the State's powers impact contractual freedom in reverse electronic auction procedures and propose mechanisms ensuring legal security and fairness. The research adopts a qualitative approach, including an exhaustive literature review to conceptualize the topics addressed, an examination of the legal-doctrinal framework, including the Ley Organica del Sistema Nacional de Contratacion Publica, its Regulations, and supplementary norms, a comparative law analysis between the legislations of Ecuador, Colombia, and Chile, and interviews with professionals specialized in public procurement analyzed using Atlas TI. The research highlights that the exorbitant powers of the State in reverse electronic auction procedures, although necessary, create an asymmetry in the contractual relationship, placing the contractor at a disadvantage and generating legal insecurity. Standardized contracts do not contemplate the particularities of each procedure, exacerbating the perception of inequity and limiting contractual freedom. The research concludes that protective mechanisms that guarantee legal security and fairness for contractors in reverse electronic auction procedures are necessary. This includes explicitly recognizing the rights of contractors and balancing the powers of the State to avoid abuses and arbitrariness, thus improving efficiency and transparency in public procurement.

Keywords: public procurement, contractual freedom, reverse electronic auction, standardized goods and services, state powers.



firmado electrónicamente por:
KERLY YESENIA
CABEZAS LLERENA

Reviewed by:

Mgs. Kerly Cabezas
ENGLISH PORFESSOR
I.D. 0604042382

CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN

Esta investigación examina las facultades del Estado en relación con la libertad contractual en el contexto de la Subasta Inversa Electrónica, un procedimiento específico de contratación pública. En la celebración de contratos administrativos, el Estado ejerce facultades exorbitantes con el propósito de salvaguardar los intereses ciudadanos. Estas facultades le permiten otorgar derechos e imponer obligaciones que trascienden el ámbito de los contratos civiles convencionales (Rodríguez, 2020). En contraste, la libertad contractual se erige como un principio fundamental que rige la interacción entre las partes contratantes, permitiéndoles negociar las cláusulas del acuerdo para alcanzar un equilibrio mutuamente beneficioso (Suárez Bastidas et al., 2024).

La problemática central es el conflicto entre la libertad contractual y las facultades del Estado que resulta evidente en la Subasta Inversa Electrónica, el procedimiento de contratación pública más utilizado, en el cual la autonomía de los contratistas queda restringida frente a las prerrogativas del Estado para asegurar la transparencia y el interés público. Este desequilibrio plantea dudas sobre la autonomía de los particulares y los efectos en la competitividad del sector privado, requiriendo un análisis profundo de los límites razonables de estas restricciones.

Esta investigación adopta una metodología cualitativa, empleando diversas técnicas de recolección y análisis de datos. El proceso inicia con una revisión bibliográfica, que permite conceptualizar y comprender en profundidad los temas abordados. Posteriormente, se examina el marco jurídico-doctrinal, incluyendo la Ley Orgánica, su Reglamento y las normas supletorias relativas al Sistema Nacional de Contratación Pública. Adicionalmente, se realiza un análisis de derecho comparado, contrastando las legislaciones de Ecuador, Colombia y Chile en lo concerniente a la Subasta Inversa Electrónica. Como complemento, se llevan a cabo entrevistas a profesionales en contratación pública especializados, con el propósito de recopilar datos desde diversas perspectivas sobre la temática en cuestión.

El objetivo que cumple el proyecto de investigación es el análisis de cómo las facultades del Estado en los procedimientos de Subasta Inversa Electrónica impactan en la libertad contractual, logrando proponer mecanismos que garanticen una relación contractual equitativa, sin dejar de lado la protección del interés general por parte del Estado.

1.1. Planteamiento del problema

La libertad de contrato en Ecuador está reconocida como un derecho fundamental en el artículo 66 de la Constitución, parte de este derecho es el principio de libertad contractual que permite a las personas decidir libremente sobre la celebración de contratos y sus condiciones (Suárez Bastidas et al., 2024). Este principio implica que ambas partes pueden negociar los términos del contrato de forma voluntaria llevando una relación contractual igualitaria; sin embargo, en la contratación se da la celebración de contratos administrativos, en estos instrumentos el Estado ejerce facultades exorbitantes con el propósito de

salvaguardar los intereses ciudadanos, estas facultades le permiten otorgar derechos e imponer obligaciones que trascienden el ámbito de los contratos civiles convencionales (Rodríguez, 2020). En el contexto de la contratación pública se denota una clara incompatibilidad entre el principio de libertad contractual y la aplicación de las facultades del Estado, pues esta libertad jurídica se encuentra inevitablemente restringida, siendo importante conocer hasta que punto esto es razonable o perjudicial para los contratistas. El estudiar este problema a nivel general de los procedimientos de contratación pública resultaría muy extenso, por lo que es conveniente delimitarlo a la Subasta Inversa Electrónica al ser “El procedimiento precontractual más utilizado históricamente desde el cambio de normativa en contratación pública en Ecuador” (Poveda Almeida, 2017, p.1).

Actualmente, los contratistas enfrentan restricciones significativas debido a las prerrogativas estatales que limitan su autonomía en la negociación y ejecución de contratos. Las entidades públicas definen los términos y condiciones de manera unilateral, lo que reduce la flexibilidad de los contratistas para adaptar sus ofertas a las realidades del mercado. Esta situación ha generado un entorno asimétrico en las relaciones contractuales, donde el Estado ejerce un control riguroso sobre el cumplimiento de las obligaciones contractuales, afectando la previsibilidad y estabilidad esperadas por los contratistas.

De cara al futuro, es probable que las tensiones entre las prerrogativas del Estado y la libertad contractual de los contratistas persistan. A medida que el Estado continúe buscando formas de garantizar la eficiencia y transparencia en la contratación pública, es posible que se introduzcan reformas que busquen equilibrar estas prerrogativas con una mayor protección de los derechos contractuales de los proveedores. Sin embargo, cualquier cambio deberá ser cuidadosamente considerado para evitar comprometer el interés público y la integridad del procedimiento de contratación.

El problema jurídico en cuestión surge de la tensión entre la libertad contractual y las facultades del Estado en el contexto de la contratación pública en Ecuador. Dado que los contratos administrativos que se celebran como resultado del procedimiento de contratación pública suelen incluir cláusulas que favorecen a la Administración, los contratistas se ven obligados a aceptar condiciones que pueden parecer injustas o restrictivas. Este conflicto genera cuestionamientos sobre la real autonomía de los particulares frente al poder estatal, que puede imponer términos contractuales sin que exista un consenso igualitario, afectando la concepción misma de la libertad contractual dentro de un Estado de derechos y justicia. La investigación buscará analizar las implicaciones legales y prácticas de estas facultades, así como su impacto en la competitividad y sostenibilidad del sector privado dentro del sistema de contratación pública, teniendo en cuenta que la libertad contractual es tanto un derecho como una herramienta para mejorar la relación contractual, por lo que su restricción debe ser cuestionada y analizada en el contexto de la subasta inversa electrónica.

La problemática en la contratación pública ecuatoriana, derivada de las facultades del Estado respecto a la libertad contractual en la Subasta Inversa Electrónica se manifiesta en múltiples niveles: A nivel macro, existe una tensión entre el derecho constitucional a la libertad de contrato y las facultades exorbitantes del Estado en la contratación pública, donde

el marco normativo impone condiciones unilaterales para garantizar transparencia y protección del interés público. A nivel meso, se observa cómo las entidades públicas ejercen estas facultades, limitando la capacidad de negociación de los contratistas y creando un entorno contractual asimétrico que afecta la competitividad del sector privado. A nivel micro, los contratistas individuales experimentan restricciones operativas y falta de previsibilidad, ya que deben adaptarse a condiciones rígidas que pueden variar de forma unilateral, generando un entorno que podría desincentivar la participación en este tipo de subastas. El desafío, por tanto, es equilibrar estas prerrogativas estatales con una mayor flexibilidad para los contratistas, fortaleciendo la eficiencia de la contratación pública.

1.2. Justificación

La importancia de este trabajo radica en su contribución a la comprensión y equilibrio entre el derecho a la libertad contractual y las facultades exorbitantes del Estado en la contratación pública ecuatoriana. En el contexto de la Subasta Inversa Electrónica, esta investigación permite identificar hasta qué punto las restricciones estatales impactan en la autonomía de los contratistas y, por ende, en la competitividad y sostenibilidad del sector privado; al analizar esta problemática, el estudio ofrece propuestas para ajustar el marco regulatorio de manera que se respete el interés público sin menoscabar los derechos de los contratistas, promoviendo un sistema de contratación pública más justo, eficiente y atractivo para los proveedores. En última instancia, este trabajo aporta a la construcción de un entorno contractual equilibrado, que fortalezca tanto la transparencia en el sector público como el respeto a los derechos contractuales, esencial para el desarrollo de relaciones comerciales saludables entre el Estado y los contratistas.

Este trabajo de investigación logra un análisis crítico y detallado de la tensión entre la libertad contractual y las facultades del Estado en el ámbito de la Subasta Inversa Electrónica en Ecuador. A través de la revisión normativa, doctrinaria, derecho comparado y entrevistas a expertos, se identifican los efectos de las prerrogativas estatales sobre la autonomía de los contratistas y se evalúan las implicaciones prácticas de estas restricciones en la competitividad y estabilidad del sector privado. Como resultado, la investigación propone mecanismos y recomendaciones que buscan equilibrar las prerrogativas del Estado con una mayor protección de los derechos contractuales de los proveedores, promoviendo una contratación pública más equitativa y eficiente. Este aporte no solo clarifica los límites razonables de la intervención estatal, sino que también sienta las bases para posibles reformas que mejoren la relación entre el Estado y sus contratistas, soluciones que fortalecen el cumplimiento de principios como la transparencia, la eficacia y la equidad en los contratos públicos, evitando que el contratista esté en una situación significativa de desventaja, sin dejar de lado la protección del interés general por parte del Estado.

El motivo de realizar esta investigación radica en que los grandes avances que han existido en la contratación pública en Ecuador, siendo transparente y moderna, sin embargo, se ha dejado de lado a un actor muy importante de este procedimiento que es el contratista

y/o proveedor, pudiendo existir vulneraciones en sus derechos y falta de mecanismos para su defensa frente a las acciones del Estado que a pesar de ser legales pueden ser desproporcionales.

La pertinencia del tema de investigación radica en la necesidad de abordar las facultades del Estado en los procedimientos de contratación pública y su impacto en la libertad contractual, teniendo relevancia al analizar cómo las acciones discrecionales del Estado pueden generar desequilibrio en la relación contractual en la contratación pública afecta principalmente respecto a la competitividad y la estabilidad de los contratistas, así como la calidad y eficiencia de los proyectos públicos. Cuando el Estado impone términos y condiciones de forma unilateral, los contratistas se ven limitados en su capacidad de negociación y enfrentan condiciones restrictivas que pueden no reflejar las realidades del mercado. Este control excesivo reduce su flexibilidad para ajustar sus ofertas y condiciones de trabajo, lo que a menudo resulta en menos incentivos para participar en licitaciones y una menor variedad de propuestas competitivas.

Este desequilibrio también genera incertidumbre en los contratistas, quienes pueden ver comprometida la previsibilidad de sus derechos y obligaciones en los contratos. Esto, a largo plazo, afecta la confianza en el sistema de contratación pública, lo que podría llevar a la disminución en la participación del sector privado y a posibles incrementos en los costos de los contratos, ya que los proveedores pueden buscar cubrir los riesgos derivados de la falta de autonomía. Además, el entorno asimétrico puede impactar negativamente en la innovación y en la adaptación de soluciones efectivas en los proyectos públicos, perjudicando, en última instancia, el interés público y la eficiencia en la gestión de los recursos del Estado.

Los beneficiarios directos del proyecto de investigación serían los contratistas y/o proveedores del Estado, que se encuentran en una situación de desventaja y desigualdad jurídica, mientras que los beneficiarios indirectos sería la ciudadanía en general, al establecer mecanismos de protección ante posibles arbitrariedades del Estado se permite que los procedimientos de contratación pública puedan tener mayor eficacia y eficiencia.

1.3. Objetivos

1.3.1. Objetivo General

- Analizar cómo las facultades del Estado en los procedimientos de Subasta Inversa Electrónica impactan en la libertad contractual, con el fin de proponer mecanismos que equilibren la relación contractual.

1.3.2. Objetivos Específicos

- Identificar el impacto de las prerrogativas del Estado en la libertad contractual de los contratistas en los procedimientos de Subasta Inversa Electrónica, por medio de la técnica de revisión documental.

- Evaluar la eficacia y eficiencia de los procedimientos de Subastas Inversa Electrónica en relación con la libertad contractual, identificando posibles mejoras mediante derecho comparado.
- Analizar la relación contractual entre el Estado y los proveedores en los procedimientos de Subasta Inversa Electrónica, mediante entrevistas a expertos en contratación pública.

CAPÍTULO II. MARCO TEÓRICO

2.1. Estado del Arte

Respecto del tema “Las facultades del Estado en la libertad contractual del procedimiento subasta inversa electrónica” no se han realizados trabajos investigativos iguales; sin embargo, existen algunos similares al que se pretende realizar, cuyas conclusiones más importantes son las siguientes:

Suárez Bastidas et al., (2024), en el capítulo titulado "El contrato administrativo en la contratación pública ecuatoriana: ¿Ausencia de libertad contractual?", examinan la naturaleza de los contratos administrativos en la contratación pública en Ecuador. El objetivo del estudio es determinar la presencia de libertad contractual en estos contratos, utilizando como muestra la contratación pública ecuatoriana y los contratos administrativos. Los principales resultados obtenidos incluyen un análisis de la libertad contractual en los contratos administrativos, una revisión de los orígenes históricos y la evolución de las leyes de contratación pública en Ecuador, y una definición y caracterización de los contratos administrativos en el contexto ecuatoriano. El estudio concluye que los contratos administrativos en Ecuador limitan la libertad del contratista, resultando en contratos de adhesión que priorizan el interés público sobre la satisfacción individual del contratista.

Acosta Rodríguez & Gual Acosta (2021) elaboraron un artículo científico denominado “La delimitación de la libertad contractual en virtud de exigencias sociales”, en el mismo se fijaron como objetivo de estudio analizar la libertad de los límites contractuales en función de las demandas sociales y explorar su impacto en las relaciones contractuales, al ser cualitativo no proporciona una muestra trabajada, entre los resultados está la discusión histórica de la evolución de la libertad de contrato y el impacto de las demandas en la libertad contractual, concluyendo que la autonomía de voluntad declinó debido a las demandas sociales y a la legislación laboral, siendo el neocausalismo una respuesta a las limitaciones de la autonomía.

Por su parte Portocarrero Canchari (2021) en su tesis para obtener el título profesional de abogado aborda “El vicio de la voluntad en la oferta frente a la inaplicación de infracción administrativa, en la subasta inversa electrónica de la Ley N° 30225, Lima 2020.”, el estudio realizado en Lima, Perú buscó determinar los efectos del principio de razonabilidad sobre los errores de declaración de oferta e identificar el impacto de los errores fácticos del proveedor en las sanciones basadas en la tipicidad, obteniendo como resultados el análisis del impacto del error deliberado en las subastas inversas electrónicas, la examinación de la aplicación del principio de razonabilidad en la declaración de ofertas y la exploración del efecto del error fáctico del proveedor en las sanciones, en consecuencia concluye que el error en las ofertas afecta a las subastas electrónicas; los conflictos legales en los contratos estatales y que las discrepancias en las regulaciones afectan el cumplimiento del contrato y los efectos de la plataforma SEACE.

Huanhuayo Vilcas (2022) en su tesis para optar por el título profesional de abogado titulada “Las cláusulas abusivas en los contratos por adhesión y su incidencia en los

principios de autonomía privada y libertad contractual, Huancavelica – 2018’’, realiza una discusión con la ciudad de Huancavelica, Perú como objeto de estudio, con el afán de explorar las ventajas de los contratos de adhesión durante la crisis de libertad contractual, teniendo como muestra de estudio veinte usuarios que han contratado servicios de empresas telefónicas y 10 directivos de dichas empresas, teniendo como resultados que el 65% percibe desventajas por falta de negociación en los contratos y 35% no considera desventajas de adhesión por contrato, de esta manera llega a la conclusión que las cláusulas abusivas en los contratos impactan negativamente en los principios contractuales, que los usuarios perciben desventajas debido a la falta de negociación y la protección de las partes vulnerables en los contratos es esencial para la igualdad.

Núñez Huamani & Ccorimanya Ortega (2022) en su trabajo de titulación para obtener el título profesional de abogado ‘‘La limitación de la libertad contractual en los contratos por adhesión celebrados por las entidades financieras del Cusco’’ aborda un estudio realizado en el Cusco, Perú con el objetivo de investigar los contratos de adhesión de instituciones financieras limitando la libertad del consumidor, teniendo como resultado la limitación por regulación normativa que favorece los intereses de las entidades financieras y falta de negociación o acuerdo con los usuarios en los contratos financieros, consiguiendo concluir que la libertad contractual de los usuarios es limitada debido a la regulación normativa que favorece a las entidades financieras, que los contratos de adhesión en Cusco violan la libertad de los usuarios para negociar término y que la falta de negociación conduce a una limitación prolongada de la libertad contractual de los usuarios.

Por su parte Romero Ochoa (2020), en su tesis para obtener el título profesional de abogado ‘‘La vulneración del derecho a la libertad contractual: los contratos de adhesión en materia inmobiliaria’’ persigue el objetivo de demostrar violación de la libertad en los contratos de adhesión inmobiliaria, consiguiendo como resultado la violación parcial de la libertad contractual en los contratos de adhesión inmobiliaria, concluyendo que los contratos de adhesión restringen la libertad contractual, limitando las modificaciones de los adherentes, dificultando las decisiones informadas conllevando a desventajas contractuales.

Melo Rubiano (2021) en su artículo científico ‘‘El principio de la libertad contractual en la era digital: implicaciones dogmáticas en la autonomía de la voluntad, a partir de los efectos de la cuarta revolución industrial’’ elaborado en Colombia, tiene como objetivo analizar los cambios en la libertad contractual debido a los efectos de la era digital, examinando las implicaciones sobre la autonomía de voluntad en el derecho privado colombiano, teniendo como resultado el análisis de los cambios en la libertad contractual y la autonomía en la era digital, así como la discusión acerca de los efectos de la cuarta revolución industrial en la doctrina jurídica, lo cual induce a concluir que la era digital ha sido de gran impacto en la doctrina del derecho privado, con cambios profundos en el principio de libertad contractual y la autonomía de voluntad, siendo de suma importancia el adaptar las prácticas legales a la era digital como la aplicación de la inteligencia artificial en la resolución de conflictos y el impacto del comercio electrónico en la formación y validez de los contratos.

Alvear Téllez et al., (2022) en su artículo científico “El abuso de la libertad de empresa en los contratos por adhesión: un nuevo enfoque para el análisis de las cláusulas abusivas” desarrollado en Chile, fijan como objetivo el analizar las cláusulas abusivas en los contratos tipo que afectan sistemáticamente a los consumidores explorando el abuso de los derechos fundamentales en las negociaciones contractuales, usando como muestra seis casos que ilustran cláusulas abusivas en los contratos tipo, obteniendo como resultados las cláusulas injustas debidas a las contratación abusiva afectan negativamente a los consumidores de manera sistémica, teniendo como conclusión que las cláusulas abusivas resultan del ejercicio abusivo del poder contratante, el abuso de la libertad de empresa afecta a los consumidores a través de la injusticia sistémica.

Mientras que, Rodríguez (2020) en su artículo científico “Las cláusulas exorbitantes del contrato administrativo en la jurisprudencia del consejo de Estado y su recepción (y customización) por la doctrina de la procuración del tesoro de la nación” tiene lugar en el ordenamiento jurídico de Argentina, con el objetivo de analizar cláusulas exorbitantes en los contratos administrativos en la jurisprudencia, el estudio tiene como resultado la discusión del concepto de cláusulas exorbitantes en los contratos administrativos, concluyendo que las cláusulas exorbitantes son de gran importancia debido al interés público a las que sirven y que la aplicación del régimen contractual administrativo poner de manifiesto la importancia del interés público para determinar la naturaleza de los contratos, destacando la necesidad de una diferenciación precisa entre las cláusulas exorbitantes y régimen exorbitante en los contratos administrativos, dándole énfasis a los principios jurídicos en la conformación de las acciones administrativas.

Fernández Farreres (2021) en su artículo científico “La distribución de riesgos en la ejecución de los contratos administrativos” enfocado en la normativa de España, persigue el objetivo de analizar deficiencias en la normativa vigente para la contratación pública, evaluando excepciones a la regla de riesgo del contratista en los contratos públicos, llegando a conseguir como resultados que existe una insuficiente regulación en los contratos públicos con necesidad de mejores excepciones, una confianza judicial en principios generales que afectan a la seguridad jurídica y la necesidad de restablecer el equilibrio económico en los contratos por acciones administrativas, concluyendo que la normativa vigente respecto a riesgos contractuales requiere una reforma exhaustiva y las reglas legales deben mantener el principio de riesgo del contratista con algunos ajustes.

Charvet Montúfar (2022) en su tesis de maestría en derecho administrativo y contratación pública “Potestades en la contratación pública y su afectación a los derechos del contratista” desarrollada en Ecuador, tiene como objetivo analizar los derechos de los contratistas en los contratos administrativos con base en principios legales, logrando como resultado que la falta de actualizaciones del sistema conduce a contradicciones con las normas legales y que las debilidades incluyen priorizar las demandas del sistema sobre los requisitos legales, concluyendo que la contratación pública es vital para los objetivos estatales y el crecimiento económico, así como la discreción estatal resulta crucial para una administración pública efectiva, las cláusulas exorbitantes si bien son necesarias pueden ser

peligrosas al darles mal uso por lo que la formación ética de funcionarios públicos es indispensable.

Bolagay Larrea (2022) en su tesis para obtener el título de magister en derecho mención derecho administrativo: “La seguridad jurídica y la contratación pública vía electrónica” que estudia el contexto ecuatoriano con el objetivo de determinar si en el modelo de contratación por vía electrónica implementado en el Sistema Nacional de Contratación Pública (De aquí en adelante SNCP) realmente existe seguridad jurídica, ocupa una muestra de 30 servidores públicos, entre los resultados más destacados está que gran parte concuerda con que la seguridad jurídica fue vulnerada por la declaración de desierto del procedimiento y que las prerrogativas exorbitantes de la LOSNCP no respeta el derecho a la seguridad jurídica, concluyendo que la seguridad jurídica es un derecho fundamental garantizado por la Constitución de la República del Ecuador, asegurando la adecuada regulación de las acciones de la administración pública, este derecho es violentado en los procedimientos de contratación pública por vía electrónica, por la falta de alcance normativo y la mala aplicación por parte de autoridades que no están debidamente capacitadas lo que lleva a la confusión y al incumplimiento de la normativa legal, siendo de gran importancia la observancia de los principios de seguridad jurídica para fortalecer la justicia y garantizar la igualdad de trato y la libertad de contratación para todas las personas involucradas en los procedimientos.

Finalmente, Chamorro Ibarra (2019) en su trabajo de titulación previo a la obtención del título de abogado “Análisis jurídico sobre la subasta inversa electrónica en el procedimiento de contratación pública” elaborado con el objetivo de analizar los aspectos legales del procedimiento de subasta inversa electrónica en el SNCP de Ecuador, analiza las fases del procedimiento teniendo como resultado la identificación de la estandarización de bienes y servicios como problema jurídico, logrando concluir que la subasta electrónica inversa beneficia tanto a instituciones públicas como a proveedores, sin embargo existen desafíos como las especificaciones técnicas, determinación del presupuesto y cuestiones de administración de contratos, de tal manera que la normativa vigente favorece a las entidades contratantes sobre los proveedores en las subastas electrónicas.

2.2. Aspectos Teóricos

2.2.1. UNIDAD I: LIBERTAD CONTRACTUAL EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ECUATORIANA

En la presente unidad se establece nociones básicas respecto a libertad contractual en el contexto de contratación pública en Ecuador, se parte del concepto y alcance de la libertad contractual para delimitar lo que significa y entender las facultades que abarca, así mismo se revisó sus límites, para concluir analizando lo respectivo a los contratos administrativos al ser el instrumento que se usa para generar la relación contractual en los procedimientos de contratación pública.

2.2.1.1. Conceptualización y alcance de la libertad contractual

Para entender a que se refiere la libertad contractual se debe comprender primero ¿Qué es la libertad? Y posteriormente ¿Cómo se desarrolla esa libertad en el aspecto contractual?

De acuerdo con Alexy (1993) la libertad en el ámbito jurídico “Se lo puede presentar como una manifestación especial de un concepto más amplio de libertad, pero se lo puede basar también directamente en el concepto que para él es constitutivo, el de la permisión jurídica” (p. 211). La permisión jurídica refiere, la capacidad de actuar dentro del marco legal sin restricciones indebidas implica que el derecho no solo establece lo que está prohibido, sino que también define lo que está permitido, creando un espacio para la libertad individual.

Fioravanti (2014) por su parte analiza la consideración de Kant de la libertad como un principio que: “consiste en la libre búsqueda de la felicidad por parte de cada cual mientras no entre en conflicto con esa misma libertad de los otros” (p.33). El autor enfatiza la coexistencia armónica entre las libertades individuales, es decir se debe desarrollar en un marco de respeto mutuo entre las personas, cada persona en su autodeterminación puede buscar su felicidad, teniendo como límite el respeto de las libertades ajenas

En cambio, Ferrajoli (2018) indica que la libertad puede entenderse en una acepción negativa y una acepción positiva, la primera respecto a inmunidades y la segunda como facultades, la primera dimensión protege al individuo de interferencias externas, mientras que la segunda le permite al individuo actuar, pero para el ejercicio de real de la libertad se debe propender una igualdad material para los ciudadanos, sino las libertades se pueden volver ilusorias.

De acuerdo con Poveda Almeida (2017) en un contrato las libertades jurídicas se dividen en la libertad de contrato y la libertad contractual. En la Constitución de la República del Ecuador (en adelante CRE), se reconoce en el artículo 66, en el numeral 16: “El derecho a la libertad de contrato” (Asamblea Nacional Constituyente, 2008, p.27). Es parte de los derechos de libertad que permite al individuo formar su voluntad de manera autónoma sin presión de terceros, en la práctica establece un dinamismo en el que debe existir la

conurrencia de las voluntades de las partes para que exista la relación contractual, sin que en función de la autonomía se atente en contra de la ley o el orden público. Mientras que, la libertad contractual de acuerdo al criterio de la Corte Constitucional implica “decidir celebrar contratos y determinar su contenido, así como las condiciones, limitaciones, modalidades, formalidades, plazos y demás particularidades estarán regidas por la autonomía de la voluntad de los contratantes” (SENTENCIA N° 171-14-SEP-CC, 2014). De igual manera, Poveda Almeida (2017) indica que esta libertad jurídica comprende las siguientes facultades:

1. Celebrar o no el contrato
2. Elegir la persona cocontratante
3. Determinar el objeto en todos sus aspectos
4. Elegir la forma de su instrumentación, salvo los contratos solemnes
5. Modificar el contrato
6. Ceder o transmitir la posición contractual
7. Extinguir el contrato
8. Pactar cláusulas diferentes e incluso opuestas a la ley
9. Crear contratos diferentes de los tipos establecidos en la ley, crear contratos atípicos o únicos. (p. 38)

La libertad jurídica que se ostenta para celebrar o no un contrato se fundamenta en la autonomía de la voluntad, concepto que de acuerdo con Alessandri (2016) comprende la libertad de los particulares para celebrar los contratos que deseen así como de establecer el contenido del contrato, sus efectos jurídicos y la duración del mismo. López Santa María, (1998) por su parte establece que: “El principio de autonomía de la voluntad es una doctrina de filosofía jurídica según la cual toda obligación reposa esencialmente sobre la voluntad de las partes. Esta es a la vez, la fuente y la medida de los derechos y de las obligaciones que el contrato produce” (p.233). El contrato nace del acuerdo de voluntades, es así que la voluntad es el elemento que legitima la creación del vínculo jurídico y a la vez fundamenta las obligaciones contractuales, esta voluntad se debe manifestar de forma libre. De esta voluntad también se revisa que al decidir celebrar o no el contrato, cada una de las partes decide con qué persona contratar (Ya sea natural o jurídica).

Quiénes celebran el contrato estarán facultados a determinar el objeto en todos sus aspectos, determinar las cláusulas del contrato, sin embargo, el artículo 1562 del Código Civil (2024) indica que las partes no solamente están obligadas a cumplir con lo que establece el contrato, sino también a lo que determine la ley o costumbre respectivas de acuerdo a la naturaleza de la obligación, para todo aquello que el contrato no prevea, las partes se deberán remitir a lo que indica la normativa.

Las partes cuentan con la facultad de elegir la forma de la instrumentación del contrato, de acuerdo con Poveda Almeida (2017) la forma funge como un elemento esencial de la voluntad, este elemento se refiere al modo en el que se materializa el vínculo contractual, es decir tanto las formalidades como los procedimientos que deben darse previo al contrato para asegurar la validez del mismo. Se debe tener en cuenta que la

instrumentalización del contrato no depende únicamente de la voluntad de las partes, sino también de lo que establece la normativa en el ordenamiento ecuatoriano, como el requerimiento de solemnidades en ciertos contratos, como por ejemplo el matrimonio.

Una vez que el contrato se celebra en cumplimiento de las formalidades requeridas y sin contravenir a normas jurídicas, se erige como ley para lo contratantes, lo que implica que el contrato no podrá ser modificado, sin embargo, la variación de las cláusulas se podrá dar siempre y cuando exista el consentimiento mutuo de las partes o confluyan causas legales (Poveda Almeida, 2017). La modificación del contrato es una libertad jurídica que permite, posteriormente a que se ha celebrado y que las partes han convenido el contenido de las cláusulas, modificarlo siempre y cuando concorra la voluntad de ambas partes y no contravenga disposiciones legales.

Por otro lado, una vez celebrado el contrato, cualquiera de las partes puede ceder su posición contractual, lo que implica la transmisión íntegra de sus derechos y obligaciones, sin que esto implique la modificación de las cláusulas acordadas (Díaz, 2010). La cesión implica una transmisión íntegra sin que esto signifique la modificación del contrato, se da el cumplimiento de lo pactado, pero, lo realiza otra persona. El Código Civil ecuatoriano (2024) indica en su artículo 1538 las formas de extinguir obligaciones, respecto a la libertad contractual, las partes están facultadas a extinguir el contrato en función de su voluntad ya sea ejerciendo las obligaciones contenidas en el mismo y extinguendo el instrumento por cumplimiento o en el caso de llegar a un mutuo acuerdo a pesar de que no se haya alcanzado el objeto contractual, liberando de sus obligaciones a cada una de las partes contractuales.

La libertad contractual también establece como facultades el pactar cláusulas diferentes e incluso opuestas a la ley así como crear contratos diferentes a los tipos establecidos en la ley, sin embargo el Código Civil (2024) en su artículo 1562 indica que los contratos no sólo generan las obligaciones que se encuentran de manera expresa en el instrumento, sino también las que indica la ley de acuerdo a la naturaleza del contrato así como la costumbre, de acuerdo con Poveda Almeida (2017) esta norma diferencia significativamente nuestro sistema perteneciente a la familia jurídica romano germánica de la familia del Common Law en donde predomina la jurisprudencia y la costumbre, por lo que estas facultades no tienen cabida en nuestro sistema que se rige por lo que dictamina la ley, cualquier actuación que se ejecute inobservando la ley tendrá como consecuencia la nulidad, así mismo si los contratos estipulan cláusulas contrarias a la ley, las mismas no tendrán validez, si las partes formulan contratos atípicos diferentes a los establecidos en la ley, dichos instrumentos serán nulos.

De igual manera, respecto al alcance de la libertad contractual corresponde realizar un análisis de la protección de la misma en el contexto de Ecuador al ser un Estado de derechos y justicia, por lo que conviene revisar la jurisprudencia constitucional que se ha desarrollado respecto a este tema para conocer cómo se ha dado dicho alcance en la práctica.

La SENTENCIA N° 171-14-SEP-CC (2014) aborda el caso de Sebastián Corral Bustamante, gerente de Cratel C.A., quien impugnó una resolución de la Federación Ecuatoriana de Fútbol (FEF), alegando violaciones a sus derechos fundamentales,

incluyendo la libertad de contratación y la libre competencia, tras una resolución de la Federación Ecuatoriana de Fútbol que limitaba su capacidad para negociar derechos televisivos con clubes de fútbol, el análisis de la Corte Constitucional destacó que la resolución impugnada creaba un monopolio al otorgar a la FEF el control exclusivo sobre los derechos televisivos, lo cual afectaba negativamente la libertad contractual y la competencia en el mercado.

La Corte Constitucional en esta sentencia definió a la libertad contractual como un principio fundamental que permite a las partes negociar y celebrar contratos según sus intereses y necesidades, este principio, puede ser restringido siempre y cuando se lo haga motivadamente. En este caso al darse la intervención de la FEF como una entidad que maneja fondos públicos se ve la necesidad de equilibrar el interés público con los derechos individuales, sin embargo, el monopolio creado por la FEF violaba principios básicos de competencia y libertad empresarial al imponer condiciones restrictivas a los contratos televisivos.

Por otra parte, en la Sentencia No. 7-15-IN/21 (2021) la Corte Constitucional trata la inconstitucionalidad de varios artículos del Reglamento a la Ley Orgánica de Comunicación. Respecto al artículo 38 que prohibía la publicidad gratuita la Corte lo declaró inconstitucional, puesto que, limitaba la libertad contractual de las partes a establecer si el contrato debe ser a título oneroso o gratuito, restringiendo la autonomía de voluntades de decidir las condiciones bajo las cuales desean contratar, dicha restricción no tenía un respaldo razonable conforme a los principios constitucionales.

En la Sentencia No. 38-18-IN/23 (2023) la Corte Constitucional conoce acerca de la inconstitucionalidad de ciertos numerales de la Norma para la Determinación de Cláusulas Obligatorias y Prohibidas del Contrato de Seguro, de los cuáles, el numeral 2.3 prohibía cláusulas que renuncien a jurisdicciones o leyes favorables, el numeral 2.5 limitaba el derecho a presentar reclamos administrativos o judiciales antes de que ocurra un siniestro, el numeral 2.8 establecía condiciones bajo las cuales se pueden perder derechos por violaciones a normas, eximiendo de responsabilidad en ciertos casos, la Superintendencias al ser el órgano que emitió la normativa, afirmó que estas protegen los derechos de los asegurados al garantizar opciones efectivas para resolver controversias y evitar abusos por parte de las compañías aseguradoras. La decisión de la Corte fue declarar la inconstitucionalidad parcial de los numerales impugnados, respecto a la libertad contractual la Corte desarrolla que este principio está basado en que las partes puedan decidir libremente sobre los términos y condiciones de sus contratos sin interferencias arbitrarias por parte del Estado o entidades reguladoras, las normas impugnadas fueron vistas como limitaciones injustificadas que contravienen el principio constitucional que garantiza que ninguna persona puede ser obligada a actuar en contra de su voluntad dentro del marco legal.

La naturaleza del derecho a la libertad contractual corresponde a los derechos de libertad (Landar Arroyo, 2014). Este derecho entonces establecería una limitación a la intervención del Estado, enfocándose en el individuo, de tal forma que pueda desarrollar su

libre albedrío, teniendo facultad para tomar decisiones de manera autónoma sin la inferencia de voluntad de otros, para lo cual debe seguir el principio de libertad contractual.

La libertad contractual como derecho es inherente a la dignidad de la persona humana y su titularidad es propia de las personas naturales, sin embargo, cabe recordar que las personas jurídicas por definición tienen la “Capacidad de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles” (Código Civil, 2024, p. 119). Por lo mismo las personas jurídicas están facultadas para ser contratistas o proveedores del Estado y consecuentemente tienen la capacidad de ejercer el derecho a la libertad contractual.

La importancia de la libertad contractual radica en ser un derecho que permite a los individuos formar su voluntad de manera autónoma para decidir sobre la celebración de contratos y determinar su contenido, condiciones, limitaciones y modalidades. Esta libertad se manifiesta en la práctica a través de diversas facultades, como decidir si celebrar o no un contrato, elegir al cocontratante, determinar el objeto y contenido del contrato, seleccionar la forma de instrumentación, modificar o extinguir el contrato por mutuo acuerdo y permitir la cesión de posición contractual; sin embargo, estas facultades deben ejercerse dentro del marco legal y el orden público, considerando que el contrato obliga no solo a lo expresamente pactado sino también a lo que determina la ley y la costumbre, quedando prohibido pactar cláusulas contrarias a la ley bajo pena de nulidad. La relevancia de este principio se evidencia en la protección que le ha brindado la Corte Constitucional a través de su jurisprudencia, como se observa en casos donde ha limitado la creación de monopolios que restringen la libertad contractual (SENTENCIA N° 171-14-SEP-CC), ha defendido la libertad de establecer contratos gratuitos u onerosos (Sentencia No. 7-15-IN/21) y ha protegido la autonomía de las partes frente a interferencias estatales injustificadas (Sentencia No. 38-18-IN/23), consolidándose así como un pilar fundamental para el desarrollo de relaciones jurídicas equilibradas que permite la autonomía de las partes mientras se mantiene un balance entre la libertad individual y el orden público, todo esto dentro del marco de un Estado de derechos y justicia.

2.2.1.2. Límites de la libertad contractual en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Fioravanti (2014) considera que limitar el ejercicio de los derechos individuales, permite que todos puedan ejercer los mismos derechos en una igualdad de condiciones, de tal manera que la libertad de cada persona coexista con la libertad de las otras personas. Ningún derecho es absoluto, sino que se encuentran limitados de manera razonable y proporcional, en el caso de la libertad contractual de acuerdo con Suárez Bastidas et al., (2024) los límites son: las normas, el orden público y las buenas costumbres, citando a Lobato Castro (2023) a estos límites se suman las exigencias sociales. De tal manera que haciendo uso de su autonomía las partes definirían las cláusulas del contrato en pro de lo que más convenga a sus intereses, siempre que no rebase los límites propios de nuestro ordenamiento jurídico, que son las normas, el orden público, costumbres y exigencias sociales.

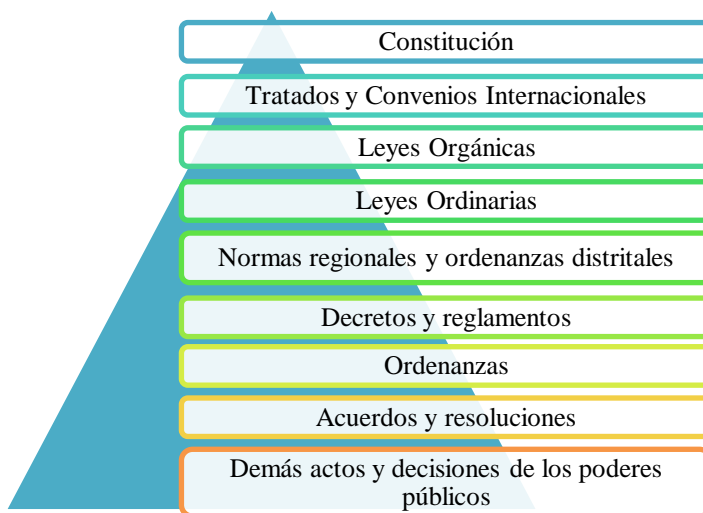
2.2.1.2.1. Normas

Las limitaciones a las libertades individuales son un aspecto fundamental del derecho, necesario para mantener el orden social y proteger los derechos de otros; Fioravanti (2014) exterioriza que el ejercicio de los derechos de libertad únicamente pueden ser limitados por la ley, con la finalidad de garantizar dicha libertad de igual manera para todos. Las restricciones de esta manera no vienen a ser cuestiones arbitrarias, sino que tiene un propósito específico, funcionando de esta manera como un mecanismo que hace posible la convivencia de las personas para con la facultad de ejercer sus libertades individuales sin que esto viole las libertades de quienes los rodean, solo la ley puede establecer estos límites para proporcionar seguridad jurídica y previsibilidad en el ejercicio de los derechos.

El Código Civil (2024) en su artículo 1 indica que: “La ley es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite. Son leyes las normas generalmente obligatorias de interés común” (p.1). La ley emana del poder soberano que reside en el pueblo y es ejercido a través de los representantes que escoge, para tener validez, la ley debe formarse mediante los procesos establecidos en la Constitución, de tal forma que la ley puede ordenar hacer algo, impedir que se ejerzan ciertas acciones o autorizar conductas, con una aplicación general para todos, en función de su búsqueda de beneficios para la sociedad en conjunto.

A efectos del trabajo de investigación, entendemos por ley a las normas que forman parte del ordenamiento jurídico ecuatoriano, las mismas se encuentran jerarquizadas de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 425 de la CRE (2008), de la siguiente manera:

Figura 1. Orden jerárquico, ordenamiento jurídico ecuatoriano.



Fuente: (Artículo 425 de la Constitución de la República del Ecuador 2008).

Realizado por: Nagelly Belén Oñate Aldaz

Estas normas garantizan la seguridad jurídica y a la vez buscan la protección de los derechos fundamentales que se establecen en la Constitución. Parte de este respeto a la jerarquía constitucional es la proporcionalidad, que establece que las normas inferiores deben guardar concordancia con los derechos fundamentales, de acuerdo con Espinoza Guamán (2021) este principio se originó en el derecho administrativo alemán como un límite a la actuación de la administración pública ante los administrativos, lo cual se ha ampliado como límite a los poderes públicos y tiene en cuenta en qué medida los derechos deben restringirse. Las normas establecen límites claros a la libertad contractual, impidiendo que las partes acuerden condiciones que contravengan disposiciones legales específicas. Esto asegura que ciertos derechos y obligaciones sean inalienables y no puedan ser objeto de negociación.

2.2.1.2.2. Orden Público

Montalvo (2016) establece que el orden público está compuesto esencialmente por el respeto a los derechos fundamentales ya las libertades públicas, equiparándose la protección del libre ejercicio de los derechos fundamentales con el orden impuesto por la Constitución y desarrollado por las leyes, siendo así tanto una situación como un estado de legalidad en el cual las autoridades ejercen las funciones que se les ha otorgado, mientras que los ciudadanos respetan dicho ejercicio y obedecen debido a la disposición que conceden las normas para llegar a la consecución del orden público.

El orden público ejerce las dimensiones de límite positivo y límite negativo, en el primer caso garantiza que los contratos celebrados se estipulen de tal manera que respeten los derechos fundamentales de las partes y terceros, al desarrollar un marco de legalidad en el que los contratos deben cumplir ciertos requisitos para considerarse válidos, protegiendo de esta manera valores y principios constitucionales esenciales que no pueden ser vulnerados por acuerdos privados; por otro lado, como límite negativo prohíbe contratos que atenten contra derechos fundamentales, de tal manera que invalida cláusulas que contradigan normas imperativas al limitar acuerdos que afecten el interés general o social (Montalvo, 2016).

Montalvo (2026) nos da a entender que el orden público limita las libertades en coordinación con el orden jurídico, mientras que Landar Arroyo (2014) nos indica que el orden público, restringe la autonomía de los particulares en función de los objetivos que tiene el Estado, va más allá de lo que las normas prohíben de forma expresa, de tal manera que comprende un conjunto de valores, principios y pautas de comportamiento en las esferas política, económica y cultural para el desarrollo de una convivencia pacífica y con la finalidad de la realización social de los miembros que conforman el Estado.

La autonomía de la voluntad se ve restringida por el orden público en función de proteger derechos fundamentales y evitar abusos, en conjunto con las normas imponen límites a los contratos, prohibiendo estipulaciones que puedan ser perjudiciales para la sociedad o para terceros, en función del deber que tienen los Estados de proteger no solo los derechos individuales, sino también los intereses legítimos de la sociedad en su conjunto.

2.2.1.2.3. La costumbre

La costumbre se origina de la sociedad que al observar una conducta de manera reiterada la termina adoptando de manera preceptiva, para Tantaleán (2016) la costumbre implica el conjunto que conforman las convicciones de ética social vigente en un momento en la historia, de tal manera que la comunidad jurídica las aplica con un carácter general.

Las costumbres establecen normas sociales que dictan cómo deben comportarse los individuos dentro de una comunidad, las persona siente la necesidad de actuar de cierta manera para ser aceptadas, lo que limita su libertad de expresión y acción, para aquellas personas que no siguen dichas costumbres la consecuencia es ser marginados o rechazados; lo que diferencia a la costumbre de las normas es que se erige como un control social informal, tomando un papel secundario respecto a la ley (Tau Anzoátegui, 2000).

La costumbre constituye un límite a la libertad contractual, al estipular patrones de comportamientos y normas no positivizadas de conducta de acuerdo al entorno que influyen en las decisiones de una de las partes contractuales (Hernández Fraga & Guerra Cosme, 2012). La realización continuada de estas prácticas que si bien no son positivizadas se rigen por la ética imperante de la sociedad. Por una parte, podrían garantizar que las cláusulas del contrato no constituyan una vulneración de valores dominantes en el contexto; por otra parte, el establecimiento de patrones conductuales puede influir en las decisiones de una de las partes contractuales condicionando la negociación y de esta manera restringiendo la libertad contractual para determinar el contenido del contrato.

La costumbre limita la libertad contractual al establecer normas y principios que deben ser respetados en la creación y ejecución de contratos, entre estos principios es importante destacar el principio de buena fe, el Código Civil (2024) en su artículo 1562 indica que: “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan, no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que, por la ley o la costumbre, pertenecen a ella” (p.319). Esto implica que las partes deben actuar con honestidad, lealtad y transparencia, evitando comportamientos que busquen dañar a la otra persona o crear expectativas infundadas, principio que no se limita a lo escrito en lo contrato sino a lo que determina la ley y la costumbre y no únicamente al formular el instrumento sino también durante la ejecución del mismo actuar con comportamientos éticos y justos, de tal forma que los contratos deben ser justos y razonables en su contenido y ejecución. El principio de buena fe se considera un pilar en la regulación de las relaciones contractuales, ya que no solo establece derechos y obligaciones explícitas, sino que también promueve un comportamiento ético entre las partes involucradas.

2.2.1.2.4. Exigencias sociales

Díez-Picazo (2004) citando a Radbruch indica que las exigencias sociales dejan un margen muy reducido al ejercicio de las libertades. Lobato Castro (2023) especifica que la libertad contractual se encuentra restringida por las exigencias sociales que mediante la demarcación del ordenamiento jurídico garantizan que las partes no vulneren ni el orden

público ni las buenas costumbres. Esta conceptualización persigue fines de justicia y equidad para que las partes contractuales en uso de su autonomía no transgredan los intereses de la sociedad.

La evolución del contexto social ha influido en la percepción y aplicación de la libertad contractual, a medida que las sociedades han avanzado hacia modelos más equitativos, ha surgido una crítica hacia la concepción tradicional de la autonomía de la voluntad, sugiriendo que esta puede ser utilizada como un instrumento de opresión en lugar de una herramienta de libertad, lo cual como consecuente ha llevado a una mayor regulación y supervisión del contenido contractual por parte del Estado (Muñoz Agredo, 2021)

La libertad contractual, aunque fundamental en el derecho, no es absoluta y se encuentra sujeta a límites necesarios para garantizar la convivencia social y la protección de derechos individuales. Estos límites incluyen normas legales que impiden acuerdos que contradigan disposiciones específicas, el respeto al orden público que asegura la validez de los contratos dentro de un marco legal y ético, la influencia de las costumbres que establecen patrones de comportamiento social, y las exigencias sociales que buscan promover la justicia y equidad. En conjunto, estas restricciones permiten que la autonomía de las partes en un contrato se ejerza sin vulnerar los derechos de otros, asegurando así un equilibrio entre los intereses individuales y el bienestar colectivo en el marco del ordenamiento jurídico.

2.2.1.3. El contrato administrativo

Previamente se estableció que la libertad contractual se basa en el principio de autonomía de la voluntad, que permite a las partes establecer libremente los términos de sus acuerdos, sin embargo, la LOSNCP (2008) en el artículo 60 indica que los contratos referentes a contratación pública que celebran las entidades contratantes son de carácter administrativo, por lo que, para entender el ejercicio de la libertad contractual en la contratación pública, corresponde revisar lo referente al contrato administrativo.

El contrato según el artículo 1454 del Código Civil (2024) es “un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas” (p.294). Un contrato es un acto que contiene una obligación, para que una persona pueda obligarse con otra debe ser legalmente capaz, dar su consentimiento sin que este se encuentre viciado, que la obligación tenga un objeto lícito y que exista una causa lícita (Código Civil, 2024).

Esta sería la noción más básica que tenemos de contrato, la definición de contrato administrativo, de acuerdo con el Código Orgánico Administrativo (2017): “Es el acuerdo de voluntades productor de efectos jurídicos, entre dos o más sujetos de derecho, de los cuales un ejerce una función administrativa. Los contratos administrativos se rigen por el ordenamiento jurídico específico en la materia” (p.26). Por otra parte, Suárez Serrano (2015) citando a Bielsa Rafael estipula que el contrato administrativo es un acuerdo entre voluntades con consecuencias jurídicas como derechos y obligaciones pero en la que los contratantes no se encuentran en igualdad de condiciones. De acuerdo con Poveda Almeida

(2017) en los procedimientos de contratación pública, las fases previas, es decir de la fase preparatoria y la fase precontractual dan como resultado dicho instrumento

La clara diferenciación es que en un contrato administrativo una de las partes practica una función de carácter administrativo, lo cual conlleva varias implicaciones, la LOSNCP (2008) en su Título IV desarrolla diferentes reglas acerca de los contratos en los procedimientos de contratación pública, tomando en cuenta: Capacidad, inhabilidades o nulidades, los requisitos indispensables y forma de los contratos, las garantías, la cesión y subcontratación, la administración del contrato, las recepciones y la liquidación, el reajuste de precios, los contratos de carácter complementario, la terminación de los contratos, el registro de los contratos y los proveedores y finalmente las responsabilidades. El contrato administrativo se da con el objetivo de satisfacer necesidades colectivas en función del interés general (Suárez Bastidas et al., 2024).

De acuerdo con Suárez Serrano (2015) los elementos del contrato administrativo son: Sujeto, objeto, voluntad y forma:

- **Sujeto**

El sujeto son los firmantes del contrato, de los cuáles uno debe ser la administración pública, los sujetos deben tener la capacidad y competencia según corresponda; la Administración Pública está conformada por las entidades y organismos del Estado que actúan en ejercicio de funciones administrativas para satisfacer necesidades públicas y garantizar el bienestar colectivo a través de la celebración de contratos que pueden incluir la prestación de servicios, la ejecución de obras, o la adquisición de bienes. El contratista puede ser una persona natural o jurídica, que se compromete a cumplir con las obligaciones establecidas en el contrato, generalmente a cambio de una contraprestación económica por parte de la administración pública, el contratista debe cumplir con ciertos requisitos legales y técnicos para participar en estos contratos, y su relación con la administración está sujeta a normas específicas que buscan proteger el interés público (Carrera Vera, 2016).

Los contratistas se convierten en colaboradores del Estado, en función del alcance del bien común, sin que esto constituya el dejar de lado su legítimo interés para trabajar, cumpliendo con las obligaciones que asumieron mediante la suscripción de los contratos correspondientes. La actuación administrativa y la de sus colaboradores o cocontratantes particulares debe desarrollarse entre los límites de la legalidad que origina y que sustenta este tipo de vínculos. (Poveda Almeida, 2017)

- **Objeto**

García de Enterría & Fernández (2000) indican que en los procedimientos de contratación pública el fin que persiguen los contratos es satisfacer una necesidad que se origina en el interés público. El objeto es afín a la satisfacción de necesidades públicas a través de la actividad de la administración pública, para lo cual se celebra contratos para la adquisición de bienes o servicios, así como para la ejecución de obras.

- **Voluntad**

Poveda Almeida (2017) explica que la voluntad administrativa se forma mediante un proceso regulado por la Constitución y la ley, de tal manera que cumpla con los requisitos que dan validez al acto administrativo, pues la adquisición se realiza con recursos públicos. Granda Granda (2016) citando a Legarde y a Noillet indica que los contratos, al tener un carácter bilateral requieren de la presencia de al menos dos voluntades, por un lado la administración y por el otro el contratista, la voluntad de la administración se forma en un principio mediante presupuestos de naturaleza interna en el procedimiento administrativo en las actuaciones administrativas de la fase preparatoria, lo cual no implica la intervención ni participación de los administrados, oferentes o terceros interesados, no es hasta la fase precontractual que el futuro contratista exterioriza su voluntad al participar en el procedimiento de contratación pública y la misma se materializa mediante la suscripción del instrumento contractual.

La voluntad es un elemento esencial de cualquier contrato, en la esfera administrativa distingue el acto bilateral del unilateral, dando validez al vínculo contractual, la autonomía del particular que está contratando con el Estado de acuerdo con Suárez Serrano (2015) da un carácter de adhesión a los contratos administrativos, pues el contratista se subsume a lo que establece la entidad contratante, sometiéndose de manera objetiva sin detrimento a su consentimiento. Poveda Almeida (2017) indica que el contrato administrativo en la contratación pública, tienen un carácter de adhesión, debido a que el contratista ciñe su actuación a la ley a los documentos precontractuales elaborados por la entidad contratante, aceptando de manera imitada las condiciones establecidas por la Administración Pública.

- **Forma**

La forma es uno de los elementos esenciales de la expresión de la voluntad y se refiere al modo cómo se exterioriza, materializa o instrumenta lo que será el vínculo contractual, en la contratación pública, mediante las formalidades y procedimientos previos que deben realizarse para asegurar la validez del procedimiento y del contrato que se suscribirá en el futuro (Suárez Serrano, 2015). Todo proceso precontractual comprende el conjunto de actuaciones administrativas que tienden a preparar la formación de la voluntad administrativa, en la esfera privada la voluntad se forma en un solo acto, mientras que en el contexto de la contratación pública la voluntad se manifiesta por numerosas actuaciones que la exteriorizan (Poveda Almeida, 2017).

De acuerdo con Granda Granda, (2016) respecto a la formación del contrato primero se debe cumplir con las actuaciones correspondientes a la fase preparatoria y precontractual y es en la segunda en que nace la relación jurídica entre el oferente, participante o invitado y la administración pública.

Revisados los elementos del contrato administrativo, es indispensable acotar que el contrato administrativo se caracteriza por la estipulación de cláusulas exorbitantes, que desequilibran la relación contractual al colocar al Estado en una posición de privilegio frente a la otra parte contractual, estas estipulaciones benefician al ente estatal, menoscabando al

particular, quien debe adherirse a las mismas (Novillo Alcívar, 2016). Estas cláusulas exorbitantes dan ciertas prerrogativas a la entidad contratante de tal forma que se establece como la parte con más ventajas de la relación contractual, en pro del bienestar general.

Gordillo (2017) indica que el contrato a pesar de no ser calificado como administrativo por la ley, adquiere este carácter de manera expresa o implícita cuando la administración contrata bajo un régimen de cláusulas exorbitantes, es decir en una órbita diferente a la del derecho privado caracterizada por el claro desequilibrio contractual entre las partes. Cassagne (2013) rectifica esto, al indicar que el contrato administrativo está caracterizado por la presencia de prerrogativas a favor del Estado.

El carácter administrativo de un contrato determina también su competencia judicial, establecida por el régimen de Derecho Administrativo aplicable y las consecuencias jurídicas (Rodríguez, 2020). En primer lugar, se establecen posibles soluciones en sede administrativa, mediante recursos de carácter administrativo frente a las actuaciones de la administración pública, sin embargo, en las controversias en las que el Estado o instituciones parte del sector público sean los demandados, la competencia radica en el órgano jurisdiccional del domicilio del acto, estas acciones tienen como fin máximo la tutela de los derechos de las personas y la revisión de la legalidad de hechos, actos y contratos administrativos del sector público, agotando cualquier reclamo que se pueda presentar en sede administrativa (Código Orgánico General de Procesos, 2024). El control jurisdiccional de los contratos administrativos entonces se sustancia mediante un procedimiento contencioso administrativo para verificar que las actuaciones de la administración pública realmente se apegaron al principio de legalidad, actuando de conformidad a lo que determina la ley y no de manera arbitraria o sesgada, es de importancia indicar que de acuerdo al artículo 326, numeral 4, literal d) del COGEP (2024) las controversias en materia de contratación pública son parte de las acciones que se sustancian en el procedimiento contencioso administrativo.

2.2.1. UNIDAD II: FACULTADES DEL ESTADO EN LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA EN ECUADOR

En la presente sección se alude tanto a legislación como doctrina del territorio ecuatoriano para entender las nociones generales de las facultades del Estado respecto a su conceptualización, la diferenciación de términos claves como poder, potestad, prerrogativa, competencia y facultad, los límites del ejercicio de las facultades estatales y su clasificación; para de esta manera poder analizar las facultades del Estado en los procedimientos de contratación pública y hacer hincapié en las prerrogativas del Estado en dichos procedimientos.

2.2.2.1. Nociones generales de las Facultades del Estado

La Real Academia Española (2024) define la Facultad como: “Poder o derecho para hacer algo” (p.1). Se entiende que la facultad tiene dos dimensiones la primera una autorización que legitima ciertas acciones y la segundo la capacidad inherente para llevarlas a cabo, entonces al hablar de Facultades del Estado, se infiere que es la legitimación que tiene el Estado para cumplir sus fines a la vez de la capacidad de ostentar estas atribuciones que le permiten realizar estas acciones.

Las Facultades del Estado son el conjunto de atribuciones que ostenta el Estado mediante sus distintos poderes para actuar en la vida social, política y económica del país, el ejercicio de dichas atribuciones se dará mediante las funciones del Estado (Ramírez Millán, 2019). Las facultades se materializan a través de las funciones ejercidas por los distintos poderes del Estado, delimitando así el ámbito de acción estatal, la Constitución de La República Del Ecuador (2008) reconoce la Función Legislativa, la Función Ejecutiva, la Función Judicial, la Función Electoral y la Función de Transparencia y Control Social para cumplir con los deberes del Estado.

Desde la perspectiva del derecho administrativo, las facultades del Estado son las atribuciones y competencias reconocidas tanto en la Constitución como la ley que posee la Administración Pública con el fin de regular y gestionar sus relaciones ya sea con los administrados o con otros entes (Pons, 2024). Estas facultades son fundamentales para el funcionamiento del Estado y permiten a la Administración cumplir con sus objetivos.

La CRE (2008) en su artículo 226 estipula 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” (p. 92). En este artículo se hace referencia al principio de legalidad de acuerdo con el cual ni la Administración Pública ni sus funcionarios pueden actuar más allá de lo que está establecido en el ordenamiento jurídico, lo cual representa una garantía para los administrados para evitar que sean afectados por actuaciones arbitraria que incurran en abusos de poder

De acuerdo a Ivanega (2000) términos como: poder, potestad y prerrogativa se usan indistintamente, posterior a la revisión de otros doctrinarios, se afirma que a estos términos se suman el de facultad y competencia, por lo que es importante diferenciarlos.

La potestad es una facultad que ha sido otorgada a la Administración Pública mediante una norma jurídica regulando su actuar, lo cual la apodera y habilita, de tal manera que la acción administrativa se presenta como el ejercicio de una facultad que se le concedió por la ley, esta misma ley construye y delimita dicha facultad (Ivanega, 2000). La potestad es una facultad reconocida por las normas con límites claros, para que la Administración Pública no actúe más allá de lo que se encuentra autorizada por el ordenamiento jurídico. Según la doctrina mientras que la facultad representa una capacidad general para actuar, la potestad implica una facultad específica otorgado por el ordenamiento jurídico que regula cómo y cuándo debe ejercerse una acción particular; sin embargo como se revisó en el artículo 226 de la CRE la Administración Pública únicamente puede ejercer facultades establecidas en la Constitución y la ley, por lo que el uso indistinto de los términos facultad y potestad en nuestro ordenamiento jurídico sería correcto.

En palabras de la autora Ivanega (2000) para el ejercicio de potestades se requiere la existencia de un órgano que ostente competencias, cuya determinación representa la atribución de potestades. La potestad (o facultad de acuerdo a lo revisado) refiere el poder jurídico general, mientras que la competencia es la medida concreta de ese poder para que el órgano administrativo sea el ente que ejerce dicho poder, de tal manera que las facultades no pueden ejercerse sin un órgano competente con competencias establecidas en el ordenamiento jurídico, la atribución de estas competencias legitima el ejercicio de la Administración Pública.

El poder por su parte se establece como el principio ordenador de la sociedad que para plasmarse requiere de medios jurídicos y materiales, parte primordial de la existencia del Estado, uno de los medios para su realización son las prerrogativas que se fundamentan en el régimen exorbitante (Ivanega, 2000). El poder es indispensable a la existencia del Estado, no es un fin, sino un medio que permite la consecución de los fines públicos, para lo cual en aplicación del Derecho Administrativo requiere de prerrogativas que se califican como facultades especiales al ser capacidades que se otorgan a la Administración Pública superiores a las que ostenta una persona en el derecho común, legitimadas por el régimen exorbitante.

En resumen, el poder se posesiona como el principio ordenador supremo de la sociedad, inherente a la existencia del Estado, mientras que las facultades materializan el poder jurídico general otorgado por una norma la cual lo regular y delimita, priorizando el interés común sobre el particular, al determinar una capacidad de actuación administrativa, parte de estas facultades son las prerrogativas que han sido otorgadas a la Administración Pública con fundamento en el régimen exorbitante para otorgar capacidades superiores al derecho común, constituyéndose como un medio para la realización del poder en función de cumplir los fines públicos; finalmente la competencia es una medida concreta del poder jurídico que define el ámbito específico de actuación y legitima el ejercicio del poder, para

lo cual debe estar expresamente establecida en el ordenamiento jurídico. Todos estos términos se encuentran interrelacionados, pero no se pueden utilizar de manera indistinta.

El ejercicio de las Facultades del Estado de acuerdo con Pons (2024) está limitado jurídicamente por diferentes factores, como la correspondencia de los hechos determinantes de la actuación administrativa, la competencia y el procedimiento, la desviación del poder y los principios constitucionales y generales del Derecho, en caso de inobservancia por parte de la Administración Pública de cualquiera de estos factores el juez en un procedimiento contencioso – administrativo deberá anular la actuación por encontrarse viciada.

La falta de correspondencia de los hechos determinantes de la actuación administrativa refiere cuando el hecho no que describió la norma no concurre en el caso en el que tuvo lugar el accionar de la Administración Pública (Pons, 2024). Los hechos determinantes vienen a ser las condiciones fácticas que se someten a la norma, cuando la realidad no corresponde a la situación específica o con las características que determinó la norma para que la Administración Pública ejerza dicha facultad, es decir cuando los fundamentos de hecho y los fundamentos de derecho no compaginan la actuación estaría viciada, por ejemplo, la LOSNCP prevé contrataciones de emergencia en situaciones de fuerza mayor o casos fortuitos, si una entidad declara una emergencia para la reconstrucción de una obra por un sismo, pero el sismo realmente nunca existió estaríamos presenciando un caso de falta de correspondencia de los hechos determinantes con la actuación de la Administración Pública.

Por otra parte, respecto a la competencia y el procedimiento, la Administración Pública debe cumplir con los aspectos formales que requiere el ejercicio de la facultad en función de sus competencias y motivar todas las decisiones que tome (Pons, 2024). La Administración Pública solo puede actuar dentro del ámbito de sus competencias expresamente atribuidas, como establece el artículo 65 del COA, por lo que cada entidad debe respetar la distribución de competencias que ostentan los diferentes órganos administrativos, consecuentemente las actuaciones deben ser realizadas por el órgano específicamente facultado para ello; además las actuaciones tienen procedimientos establecidos por la norma, de tal manera que los pasos y formalidades de un procedimiento administrativo deben cumplirse para que este no esté viciado; finalmente toda decisión administrativa debe estar debidamente fundamentada, es decir que se debe explicar la conexión entre los hechos y el derecho aplicado mediante una argumentación lógica que sustente la decisión tomada.

La desviación de poder, refiere a cuando el ejercicio de las Facultades del Estado, se da para fines distintos que los que se encuentran establecidos en el ordenamiento jurídico (Pons, 2024) La desviación de poder ocurre cuando una entidad usa sus facultades para fines diferentes a los establecidos en la ley, si bien existe un uso formalmente legal de las competencias pero con una finalidad ilegítima, de tal forma que se cumple con lo que dictamina la ley pero no se toma en cuenta la naturaleza con la que fue dictada, para así controlar posibles arbitrariedades, asegurando que las facultades sean usadas para sus fines legítimos. La desviación de poder es un vicio que afecta la finalidad del acto administrativo,

y aunque puede ser difícil de probar, su identificación es crucial para mantener la legalidad y legitimidad de la actuación administrativa.

Para Pons (2024) los principios constitucionales y principios generales del derecho son el límite jurídico más importante al que se encuentra sometido el ejercicio de las Facultades del Estado, para el efecto el autor señala que en lo esencial está el principio de interdicción de la arbitrariedad, el principio de igualdad, el principio de seguridad jurídica, el principio de proporcionalidad y el mandato de ponderación inherente. El principio de interdicción de la arbitrariedad busca que las decisiones sean razonadas y justificadas, sin arbitrariedades; el principio de igualdad garantiza trato igualitario a los administrados prohibiendo discriminaciones injustificadas; el principio de seguridad jurídica garantiza certeza y previsibilidad en las actuaciones administrativas, para lo que las reglas deben ser claras y estables; finalmente el principio de proporcionalidad indica que las medidas adoptadas deben ser proporcionales al fin perseguido, evitando excesos en el ejercicio del poder público, consecuentemente el ,mandato de ponderación inherente requiere equilibrar los diferentes derechos o intereses en conflicto, para lo que busca la solución más adecuada y menos lesiva

El ejercicio de las Facultades del Estado debe regirse también por otros principios fundamentales del Derecho Administrativo cuya inobservancia acarrearía la nulidad, como el principio de legalidad, el interés general, la imparcialidad y la eficiencia. El principio de legalidad comprende el sometimiento de la administración pública a lo que establece la norma por la cual sus actuaciones se verán limitadas (Cormick, 2017). Respecto al interés general García de Enterría & Fernández (2000) indica que para el ejercicio de las facultades se prioriza el interés ajeno antes que el propio del titular, no busca complacer lo que requiere el aparato administrativo, sino satisfacer el interés de la comunidad. La imparcialidad refiere que la Administración debe dar igual trato a todos los administrados y la eficiencia que las decisiones administrativas deben ser ágiles y efectivas.

Las Facultades del Estado proporcionan la legitimación necesaria para que el Estado pueda cumplir sus fines, delimitan el ámbito de acción estatal, evitando arbitrariedades al establecer límites claros para el ejercicio del poder público, se materializan a través de las diferentes funciones del Estado (Legislativa, Ejecutiva, Judicial, Electoral y de Transparencia), además de que permiten una distribución ordenada de competencias entre los diferentes órganos administrativos y establecen procedimientos claros para la actuación administrativa; generan seguridad jurídica al estar reguladas por el ordenamiento jurídico y su deber de ejercerse siguiendo principios constitucionales y generales del Derecho, lo cual garantiza que las actuaciones administrativas sean previsibles y fundamentadas.

Respecto a la clasificación de las Facultades del Estado, existen diferentes clasificaciones de acuerdo con diversos criterios, lo cual se resume de la siguiente manera:

Figura 2. Clasificación de las facultades del Estado



Fuente: (Ivanega 2000).

Realizado por: Nagelly Belén Oñate Aldaz

- **Según los efectos de su ejercicio**

Las facultades innovativas presentan la posibilidad de crear, modificar o extinguir situaciones o relaciones jurídicas concretas, mientras que las conservativas dan lugar a la conservación y tutela de situaciones jurídicas preexistentes, sin modificarlas o extinguirlas (Ivanega, 2000). El primer tipo de faculta ostenta un poder transformador, con diferentes efectos cuya consecuencia es un cambio en el mundo jurídico, mientras que, el segundo tipo mantiene la situación jurídica existente sin generar cambios sustanciales cumpliendo con una función de protección, para lo cual se ejerce la autotutela que implica que la Administración Pública en función de preservar relaciones jurídicas impone su voluntad sin necesidad de recurrir a un tercero, sino que lo hace por sí misma (De la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo, 2014).

- **Según las entidades facultadas para su ejercicio**

Las facultades concurrentes, refieren las necesarias para el ejercicio de las potestades materialmente propias, mientras que las excluyentes tienen el objeto del alcanzar el equilibrio entre los poderes (Balbin, 2015). Las facultades concurrentes son las facultades requeridas para poder llevar a cabo las funciones y acciones que son inherentes a la actividad administrativa, permiten a la administración pública cumplir sus fines, mientras que las facultades excluyentes, tienen como objeto alcanzar el equilibrio entre los poderes al establecer límites y contrapesos a la actuación de la administración pública, su utilidad radica en que evitan que la administración concentre o abuse de sus poderes, manteniendo un equilibrio con otros poderes del Estado, actúan así como mecanismos de control y balance sobre el ejercicio del poder administrativo. Esta clasificación refleja la tensión entre la

necesidad de dotar a la administración de los medios para cumplir sus fines, y al mismo tiempo establecer límites y controles que preserven el balance de poderes.

- **Según los sujetos alcanzados**

Las facultades de supremacía general tienen efecto en los ciudadanos en general en su rol de administrados, mientras que las facultades de supremacía especial se ejercen específicamente respecto a quienes se encuentran en una situación de subordinación originada por un título concreto (Ivanega, 2000). Las facultades de supremacía general representan el poder general que tiene el Estado sobre cualquier persona dentro de su jurisdicción, por lo que no requieren ninguna relación especial o vínculo específico con el Estado; mientras que las facultades de supremacía especial únicamente se aplican a personas que tienen una relación específica con el Estado, teniendo como requisito un título concreto que genere la relación de subordinación particular, este vínculo justifica los poderes adicionales del Estado sobre estos individuos. Es importante realizar esta distinción porque delimita el alcance y la intensidad del poder estatal, las facultades generales tienen límites más estrictos por aplicarse a todos, por otro lado, las especiales permiten un control más intenso pero solo sobre grupos específicos que tienen ese vínculo particular con el Estado.

- **Según la determinación de las condiciones de su ejercicio**

El ejercicio de la facultad – poder es creativo y con la capacidad de actuar de manera efectiva cuya subordinación únicamente está sujeta a la Constitución y sus principios, mientras que el ejercicio de la facultad – funcional se deriva de su delimitación por la normativa, teniendo como fundamento los objetivos que persigue la administración (Ivanega, 2000). La facultad – poder puede generar nuevas situaciones jurídicas y efectos legales sin desapegarse a lo que establece la Constitución puede materializarse en acciones concretas, la facultad – funcional por su parte, proviene de otras facultades por lo que está delimitada por normas específicas, al tener como deber el servir a objetivos concretos opera como instrumento para cumplir objetivos administrativos. Esta clasificación nos indica que hay facultades más amplias que solo responden a la Constitución y otras más específicas que deben seguir regulaciones más detalladas y justificarse en objetivos concretos.

- **Según su reconocimiento en la normativa**

De acuerdo con el tratadista Gordillo (2017) el Estado en la Administración Pública cuenta con dos tipos de facultades regladas y discrecionales, en el primer caso se refiere a aquellas facultades que están positivizadas en el ordenamiento jurídico y que indican lo que el órgano debe realizar en casos particulares, es decir la entidad actuará de acuerdo con el criterio del legislador, la actuación administrativa estará condicionada por lo que establece el derecho positivo, en cambio en el segundo caso, las normas le dan libertad al órgano para que puede encaminar sus acciones a cumplir con sus fines sin que implique que en todos los casos similares debe actuar de igual manera, sino que en función del interés público decida

qué hacer y cómo hacerlo, la entidad actúa de acuerdo con su propio criterio, su actuar estará determinado por la apreciación de lo que más conviene para el cumplimiento de sus fines.

En la práctica las facultades de un órgano administrativo nunca pueden ser completamente regladas o discrecionales e incluso resulta inconveniente prever todos los detalles de cómo debe actuar el órgano, siempre se debe dejar un margen de discrecionalidad (Gordillo, 2017). No existen facultades puramente regladas ni puramente discrecionales, no es factible prever y regular absolutamente todas las situaciones posibles, pues resultaría contraproducente, teniendo en cuenta que la realidad administrativa es demasiado compleja y dinámica para ser totalmente prevista, consecuentemente, es conveniente y necesario mantener cierto grado de flexibilidad que permitirá que el órgano administrativo pueda adaptarse a circunstancias imprevistas, responder a las particularidades de cada caso y ejercer su criterio profesional de manera razonable.

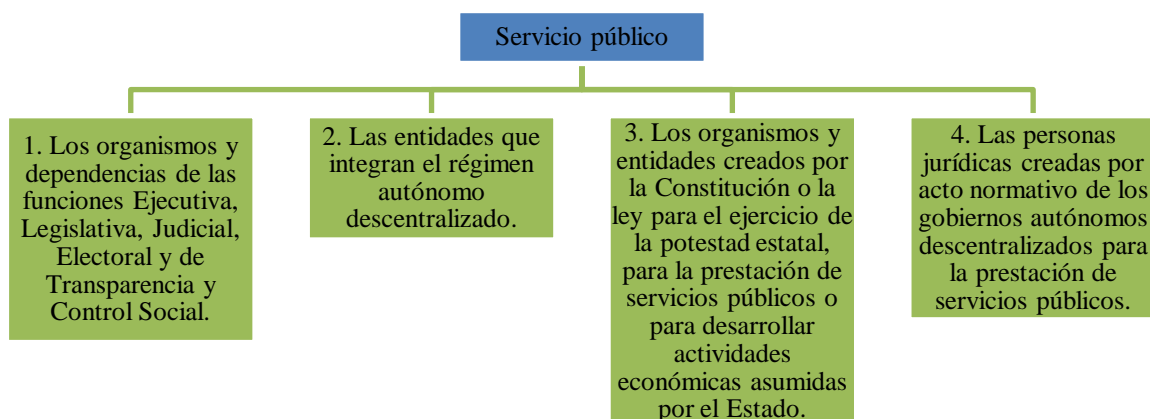
2.2.2.2. Facultades del Estado en los procedimientos de contratación.

A efectos del trabajo de investigación es importante entender la manera en la que el Estado ejercita sus facultades mediante la Administración Pública, por lo que es crucial entender que el Estado es la institución que detenta la soberanía y la autoridad para crear normas, políticas y directrices que regulan la convivencia social. Por su parte, la Administración Pública actúa como el mecanismo encargado de llevar a cabo las decisiones del Estado, poniendo en práctica sus políticas y asegurando el respeto a las leyes (Moreta, 2021). La Administración Pública es una extensión operativa del Estado, encargada de llevar a cabo su voluntad mediante la gestión efectiva de los recursos y servicios públicos, la relación entre Estado y Administración Pública es esencial para garantizar que las políticas públicas se implementen adecuadamente, asegurando así el bienestar social y el cumplimiento del marco legal establecido por el Estado.

De acuerdo con la doctrina, no existe un consenso para definir a la Administración Pública, pues conforme ha ido evolucionando se ha ido diferenciando, pero las opiniones de los autores confluyen en ciertos asuntos, como que sus fines son el interés general, el bienestar y desarrollo del colectivo, cumpliendo un ámbito territorial, funcional y de complejidad, con una responsabilidad en la dimensión social, política y legal, dependiendo de la priorización del interés privado al interés público y su carácter de autoridad, con recursos fiscales, restringidos y de origen político (Gómez Díaz de León, 2015).

La Administración Pública está reconocida por la Constitución de la República del Ecuador (2008) en el Título IV participación y organización del poder, en el artículo 225 establece que el sector público está conformado de la siguiente manera:

Figura 3. Conformación del Servicio Público de acuerdo con la Constitución de la República del Ecuador



Fuente: (Artículo 225 de la Constitución de la República del Ecuador 2008).

Realizado por: Nagelly Belén Oñate Aldaz

Las competencias y facultades que ejercen las entidades estatales y las personas que actúan en virtud de una potestad estatal son las determinadas por la Constitución y la ley (CRE, 2008). Se debe recordar de acuerdo con lo revisado de manera previa que las facultades representan una capacidad general de actuación otorgada por las normas jurídicas mientras que las competencias son la medida concreta y específica de ese poder para cada órgano administrativo, mientras que las facultades establecen qué puede hacer la Administración Pública, las competencias indican qué órgano puede ejercer dichas facultades.

Lo pertinente para el presente proyecto de investigación es revisar las Facultades del Estado que ejerce mediante las entidades contratantes al ser parte de la relación contractual, respecto a lo cual la LOSNCP (2008) en su artículo 1 establece que las siguientes entidades deberán someterse a su normativa para la adquisición de bienes o servicios, arrendamiento de bienes y ejecución de obras:

Figura 4. Entidades que se adhieren al régimen de contratación pública

1. Los Organismos y dependencias de las Funciones del Estado.
2. Los Organismos Electorales.
3. Los Organismos de Control y Regulación.
4. Las entidades que integran el Régimen Seccional Autónomo.
5. Los Organismos y entidades creados por la Constitución o la Ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado.
6. Las personas jurídicas creadas por acto legislativo seccional para la prestación de servicios públicos.
7. Las corporaciones, fundaciones o sociedades civiles en casos específicos en los que exista la participación mayoritaria de entidades estatales o estén manejando fondos públicos.
8. Las compañías mercantiles cualquiera hubiere sido o fuere su origen, creación o constitución que posean o administren fondos públicos con participación mayoritaria del Estado

Fuente: (Artículo 1 de la LOSNCP 2008).

Realizado por: Nagelly Belén Oñate Aldaz

De tal manera que, estas entidades contratantes ejercen diferentes facultades, parte de ello es la planificación efectiva en los procedimientos de contratación pública que permite a las entidades contratantes organizar y priorizar sus necesidades institucionales de manera eficiente, optimizando el gasto público y evitando la discrecionalidad en las decisiones de contratación, la falta de planificación y políticas claras en las compras públicas conlleva a una mala gestión de recursos públicos, generando despilfarro y no aprovechamiento óptimo de los fondos disponibles (Viscarra Soliz, 2021).

Las entidades públicas ejercen la facultad de planificación principalmente en la etapa preparatoria que comprende desde que se elabora el Plan Anual de Contratación (PAC) o existe el levantamiento de la necesidad institucional, hasta que se da la suscripción de la resolución de inicio del procedimiento de contratación pública (Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2023). Esta etapa se caracteriza por la planificación, con el fin de que las compras estén debidamente fundamentadas y se encuentren dentro de la delimitación que corresponde a las competencias institucionales de la entidad, por lo que comprende: Elaboración del PAC, determinación de la necesidad, elaboración de las certificaciones necesarias (PAC, disponibilidad de fondos), los estudios pertinentes, definición del objeto de contratación, enunciación del presupuesto referencial, formulación de especificaciones técnicas y términos de referencia, elaboración de pliegos, conformación de comisiones técnicas, informes de pertinencia y factibilidad (Reglamento a la LOSNCP, 2023).

Posteriormente se da la fase precontractual que inicia con la publicación de la convocatoria y pliegos, esta etapa comprende: Publicación de la convocatoria, invitación a los proveedores, etapa de preguntas y respuestas con sus respectivas aclaraciones de ser el caso, la presentación de ofertas y su convalidación, calificación o rechazo de acuerdo a lo

que corresponda, resolución que pone fin a la etapa de calificación de ofertas, puja o negociación, de acuerdo al caso y resolución de adjudicación motivada (Reglamento a la LOSNCP, 2023). La fase precontractual no únicamente puede concluir en la adjudicación, sino que la entidad contratante tiene la facultad de declarar el procedimiento desierto o declarar su cancelación si es que se dan las causales para esto se encuentran definidas en el artículo 33 y 34 de la LOSNCP (2008) respectivamente, sus efectos pueden ser el archivo, la reapertura o la convocatoria a un nuevo procedimiento.

En el caso de que la fase precontractual culmine con una adjudicación, se da paso a la fase de ejecución, según González Tamayo (2021) esta etapa inicia con la firma del contrato, la administración del contrato está a cargo de las entidades contratantes, mediante una persona designada, quien deberá coordinar las acciones que se necesiten para el debido cumplimiento del contrato, de acuerdo a las obligaciones y responsabilidades que se estipuló en el mismo, la persona designada como administradora del contrato tendrá una responsabilidad administrativa, civil y penal proporcionalmente, respecto a la toma de medidas para la ejecución del contrato en estricto cumplimiento con las cláusulas estipuladas (LOSNCP, 2008).

La etapa de ejecución variará de acuerdo con cada procedimiento, pero culmina con la terminación del contrato lo cual puede tener lugar en cuatro supuestos, el cumplimiento de las obligaciones acordadas, el mutuo acuerdo de las partes, la nulidad del contrato o resolución solicitada por el contratista y declarada en sentencia o laudo arbitral o declaración de terminación unilateral del contrato que es una facultad que ostente la entidad contratante de acuerdo a los supuestos establecidos en la ley (Poveda Almeida, 2017). En todos los procedimientos posterior a la terminación del contrato toma lugar la etapa de evaluación, de acuerdo con el Reglamento a la LOSNCP (2023) Los parámetros objetivos de evaluación están definidos en los pliegos. Para González Tamayo (2021) esta evaluación debe comprender un análisis de diferentes aspectos como la ejecución del contrato y el cumplimiento de las obligaciones valorando los resultados del desempeño de las partes.

La entidad contratante ejerce una facultad fiscalizadora que consiste en examinar y controlar la ejecución del procedimiento de contratación pública, para comprobar el cumplimiento de todos los instrumentos legales a los que se debe, como la LOSNCP, su reglamento, los pliegos del procedimiento y el contrato del mismo, entre otras normativas aplicables, Espejo-Pingus & Cruz-Ipanaque (2023) indican que para una gestión eficiente de recursos públicos el control de contrataciones públicas es indispensable el control de las contrataciones públicas, teniendo como consecuencia transparencia y legalidad.

Las entidades contratantes de acuerdo al artículo 292 del Reglamento a la LOSNCP (2023) ostentan una facultad sancionadora, pueden interponer multas durante la ejecución del contrato por incumplimiento contractual por parte del contratista, condenando tanto su negligencia como el incumplimiento de sus obligaciones contractuales de manera injustificada en función del cumplimiento del objeto contractual, Charvet Montúfar (2022) citando a Lledó Veloso y Pardo Donoso entiende la multa como un sanción impuesta por el

ejercicio de potestades públicas, como una manifestación de la facultad de imperio lo cual tiene una fuerza de carácter obligatorio para los particulares.

Por otra parte, durante todas las fases se identifica el rol discrecional que las entidades contratantes están facultadas a ejercer cuando la ley se los permita, teniendo estas actuaciones que contar con los requisitos de racionalidad y objetividad, siguiendo la línea de pensamiento establecida en la norma para evitar actuar de manera arbitraria o con cierta desviación de poder, de tal manera que se requiere motivación fáctica y legal (LOSNC, 2008).

Los procedimientos de contratación pública son de vital importancia para el bienestar de la ciudadanía, por lo que las facultades de las entidades contratantes deben cumplir con los principios y requisitos establecidos por la ley (Faz Cevallos et al., 2023). Los principios de contratación pública constituyen el camino que las entidades contratantes deben tomar al momento de ejercer sus facultades, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (2008) en su artículo 4 de manera expresa establece: “para la aplicación de esta Ley y de los contratos que de ella deriven, se observarán los principios de legalidad, trato justo, igualdad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad y participación nacional” (p.3). Estos principios rigen el Sistema Nacional de Contratación Pública y consecuentemente los contratos que se dan dentro del mismo, incluyendo aquellos correspondientes al procedimiento de Subasta Inversa Electrónica.

El principio de legalidad en la contratación pública ecuatoriana refiere que todos los procedimientos deben adecuarse a lo que dictamina la ley, la administración pública debe respetar los derechos y garantizar la igualdad para los participantes (Suárez Bastidas et al., 2024). Este principio delimita las actuaciones para que la administración pública no ejerza su poder de manera arbitraria, sino que se ciña a lo que dictamina la ley, que es la manifestación de la voluntad soberana. Este principio de legalidad se refiere únicamente a la ley y no a otras fuentes del derecho, la nueva corriente administrativa expresada a su vez en el artículo 14 del Código Orgánico Administrativo ha desarrollado el principio de juricidad, en donde se comprende la Constitución, jurisprudencia, costumbre entre otros (Suárez Bastidas et al., 2024).

También tenemos el principio de trato justo que procura que todos los ofertantes tengan la misma preferencia, en los procedimientos de contratación y que su elección sea determinada por necesidades debidamente justificadas (Faz Cevallos et al., 2023). Es decir que, dentro del procedimiento de contratación para adjudicar a un oferente debe existir equidad y justicia, sin diferenciaciones; sin que un oferente este en desventaja respecto a otro, a menos que exista un criterio de racionalidad que lo respalde. El principio de trato justo está estrechamente entrelazado con el principio de igualdad, pues dicho principio establece que todos los oferentes en la etapa precontractual deben tener las mismas oportunidades, evitando tratos preferentes que direccionen la adjudicación a un oferente específico (Macías Bermúdez et al., 2020). Este principio garantiza que todos los oferentes que participen en los procedimientos de contratación pública lo hagan bajo las mismas condiciones, además busca evitar prácticas corruptas como el direccionar los pliegos para

que se le adjudique el procedimiento a un oferente determinado, puesto que están en juego recursos públicos y el interés colectivo. De tal forma que el enfoque del principio de trato justo está en la justicia y equidad con las que se deben dar un procedimiento de contratación y el de igualdad se centra en las oportunidades y condiciones.

El principio de vigencia tecnológica de acuerdo a la Normativa Secundaria del Sistema Nacional de Contratación Pública (2024) implica que los bienes y servicios que adquiera el Estado deben ser tecnológicamente actualizados y mantener su funcionalidad durante un período determinado de tiempo y con una vida útil predecible de tal forma en la que cumplan con su finalidad; pero acorde avanza el tiempo deben evolucionar en conformidad con los avances científicos y tecnológicos. Este principio lo deben cumplir las entidades contratantes estableciéndolo en los pliegos de los bienes y/o servicios que van a contratar de acuerdo con el estudio de necesidades, por otra parte, los contratistas y/o proveedores deberán tener en cuenta la aplicación de este principio en la presentación de su oferta y una vez adjudicado, que el bien y/o servicio entregado corresponda con las especificaciones establecidas en la oferta.

El principio de oportunidad es equivalente en materia de contratación pública a la eficiencia y eficacia que establece el derecho administrativo que deben tener las administraciones públicas, mediante las compras públicas se satisfacen las necesidades de las entidades contratantes, de tal manera que debe realizarse con agilidad (Herrera González, 2020). La administración pública al momento de adjudicar un bien o servicio, más allá del precio debe considerar factores como la calidad y eficiencia garantizando la satisfacción del interés general procurando lograr los mejores resultados en el menor tiempo posible,

El principio de concurrencia, indica la prohibición de que la entidad contratante imponga condiciones que restrinjan el acceso libre a la participación (Alcívar Basurto et al., 2020) lo cual permite que exista una libre competencia, con varios oferentes siendo partícipes, haciendo posible que la entidad contratante pueda elegir entre diferentes opciones, se debe tener en cuenta que este principio no es absoluto, pues quienes han sido declarado contratistas incumplidos de acuerdo a la normativa no pueden participar.

Los principios de transparencia y publicidad están estrechamente interligados, la transparencia en palabras de Herrera (2020) es un principio que se ve reflejado en la utilización del portal de compras públicas para la realización de procedimientos imparciales, honestos y justos, siendo a su vez herramienta para combatir la corrupción, de esta manera todos los procedimientos de contratación pública en todas sus fases son transparentes, al publicarse en el portal tanto los participantes como cualquier ciudadano, pueden acceder , siendo así el principio de publicidad parte del de transparencia al dar a conocer en forma sistemática y transparente al público sin necesidad de que para el efecto exista petición alguna (Duque Botero, 2020).

La participación nacional refiere que en los procedimientos de contratación debe darse prioridad a aquellos productos y servicios que sean nacionales, con un enfoque especial a aquellos que procedan de micro, pequeñas y medianas empresas, en primer lugar a nivel local y posteriormente de no existir en la localidad a nivel nacional (Escudero Bué, 2020).

Esta medida otorga preferencia a estos productos o servicios para incentivar la economía nacional, a la vez que evita que grandes empresas monopolicen la actividad económica referente a contratación pública, esta discriminación positiva, ayuda a que las empresas nacionales sean la primera opción al momento de llevar a cabo un procedimiento de contratación pública.

De acuerdo a lo revisado en este apartado, las entidades contratantes son responsables de los actos y procedimiento en sus diferentes fases de contratación pública (González Tamayo, 2021). Resumiendo, en planificación, ejecución y seguimiento, teniendo la responsabilidad de que los procedimientos cumplan con las normas aplicables, los principios de contratación pública y que las obligaciones contractuales tengan un debido cumplimiento.

2.2.2.3. Las prerrogativas del Estado en la contratación pública

Las prerrogativas son facultades especiales, que en palabras de Palomar & Fuertes (2016) las prerrogativas son privilegios que ostenta Administración Pública, otorgados por el ordenamiento jurídico. Las prerrogativas, son facultades especiales que permiten que la Administración Pública actúe de manera unilateral, estas prerrogativas se aplican en los contratos administrativos, para asegurar que se ejecuten conforme a los intereses generales y el bienestar público. Marienhoff (2011) asevera que el Estado al ejercer las prerrogativas como privilegios del poder, se posiciona en una superioridad jurídica respecto al administrado, haciendo que las normas pertinentes no sean de coordinación, sino de subordinación.

Las prerrogativas estatales se materializan a través de cláusulas exorbitantes en los contratos administrativos, constituyendo mecanismos jurídicos orientados a la satisfacción del interés general (Balbin, 2015). Estas cláusulas representan un elemento distintivo del contrato administrativo, cuya inclusión en contratos de derecho privado resultaría ilegal, pues su presencia determina inequívocamente la naturaleza administrativa del instrumento contractual (Rodríguez, 2020). Tales disposiciones confieren privilegios específicos a la Administración Pública para el efectivo ejercicio de sus facultades en beneficio del bienestar colectivo (Ferrada Bórquez, 2007). La incorporación de cláusulas exorbitantes establece una relación asimétrica entre las partes contratantes, al conferir poderes extraordinarios exclusivamente a la Administración Pública, situándola en una posición de superioridad jurídica (Charvet Montúfar, 2022). Sin embargo, se debe tener en cuenta que las prerrogativas no se ejercen únicamente a partir del contrato, sino que las entidades contratantes las ostentan a lo largo del procedimiento de contratación pública, puesto que tanto la fase preparatoria como precontractual inciden en la formación del contrato (Poveda Almeida, 2017).

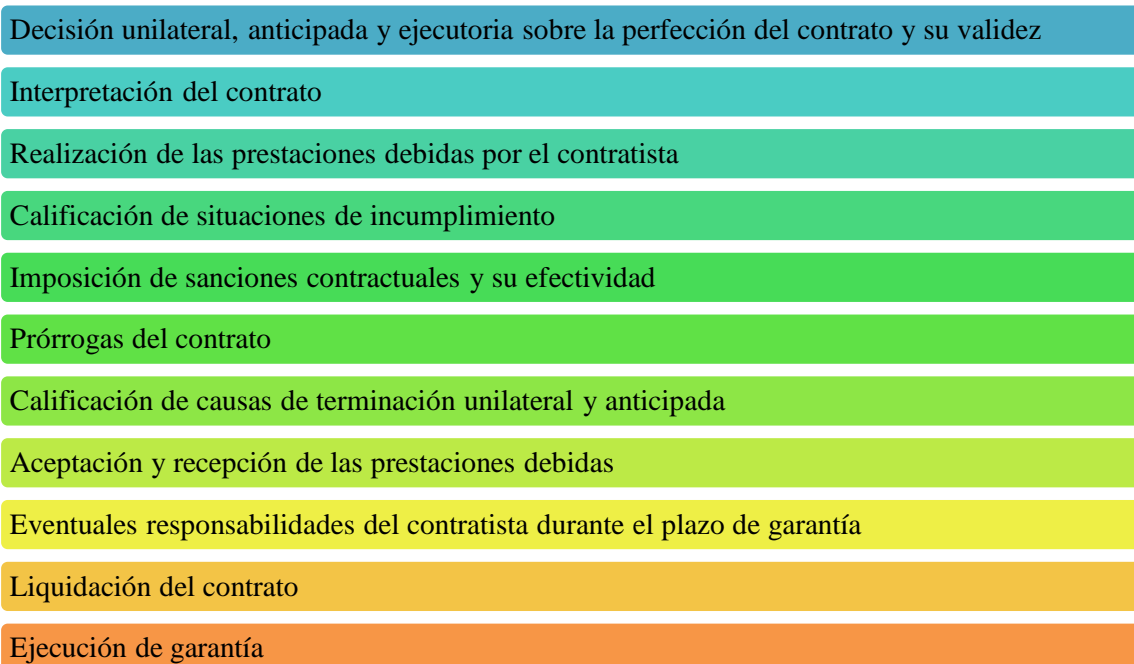
El Estado no puede renunciar a las prerrogativas ya que se trata de una facultad especial que ostenta en función de cumplir con el fin público que se busca satisfacer a través del contrato administrativo (Cardaci Méndez, 2017). Estas facultades especiales se ven complementadas con la autotutela que ostenta la Administración Pública, al ser poderes

administrativos, no se originan del contrato (Poveda Almeida, 2017). Las prerrogativas del Estado, a pesar de no encontrarse reconocidas en un contrato, se deben aplicar, ya que se entiende que se encuentran intrínsecas en el instrumento al estar reconocidas en el ordenamiento jurídico, su presencia contractual no depende de la voluntad de las partes ya que son parte esencial del contrato administrativo (Procuraduría General del Estado, 2012).

Las prerrogativas de la Administración Pública tienen un límite para no menoscabar los derechos de los contratistas como la otra parte contractual, evitando el abuso de las mismas en pro del equilibrio de la relación contractual, de acuerdo con Rodríguez (2020) las cláusulas exorbitantes solo tienen validez si no se contraponen con la legalidad, es decir que tanto las estipulaciones del contrato como los pliegos deben tener concordancia con las diferentes normativas que regulan los procedimientos de contratación pública, evitando así arbitrariedades. Siempre y cuando no se vaya en contra de lo que establezca la ley. Estas prerrogativas reflejan un marco jurídico diseñado para proteger el interés público en las relaciones contractuales entre la Administración y los particulares, evidenciando así la naturaleza especial y diferenciada de los contratos administrativos frente a los contratos civiles comunes.

La Administración Pública en base a las cláusulas exorbitantes ostenta diferentes prerrogativas, reguladas en la LOSNCP (2008), el Reglamento a la LOSNCP (2023) y la Normativa Secundaria Del Sistema Nacional de Contratación Pública (2024), esta cuestión se empata con lo que establece el doctrinario Dromi (2010) al indicar que en un procedimiento de contratación pública el contrato administrativo contiene las siguientes prerrogativas:

Figura 5. Prerrogativas del Estado en el contrato administrativo



Fuente: (Dromi 2010)

Realizado por: Nagelly Belén Oñate Aldaz

Otros doctrinarios como Poveda Almeida (2017) reconocen la prerrogativa de modificar el contrato de manera unilateral, conocida también como *ius variandi*.

2.2.2.3.1. Decisión unilateral, anticipada y ejecutoria sobre la perfección del contrato y su validez

La Administración puede decidir de manera unilateral sobre la perfección del contrato, lo que implica que puede determinar cuándo el contrato se considera válido y operativo, sin necesidad de acuerdo con el contratista. Esta prerrogativa asegura que el interés público prevalezca en la ejecución del contrato. Está prerrogativa se expresa en el Título IV de la LOSNCP (2008) que regula los contratos, calificándolos como administrativos, indicando que para la suscripción de un contrato adjudicado la Administración Pública no requiere autorización previa, estableciendo las inhabilidades tanto generales como especiales respecto a quiénes pueden contratar con las entidades contratantes y la administración del contrato que le corresponde al supervisor y el fiscalizador otorgándoles las facultades discrecionales de tomar las medidas necesarias para su adecuada ejecución, en cumplimiento de las cláusulas establecidas en el contrato.

El Reglamento a la LOSNCP (2023) en su Título V Capítulo II indica los requisitos y forma de los contratos, de lo cual se puede identificar que el Estado tiene la facultad de establecer la forma obligatoria de los contratos, así como determinar los plazos para la suscripción, verificando la capacidad legal del contratista al momento de la suscripción, la Administración Pública ostenta la prerrogativa de verificar los requisitos y documentación del adjudicatario y establecer requisitos adicionales según la naturaleza de la contratación

2.2.2.3.2. Interpretación del contrato

Poveda Almeida (2017) indica que la interpretación unilateral del contrato constituye una facultad exclusiva de la Administración Pública, que, junto con los privilegios de ejecutoriedad y autotutela, le permite imponer su interpretación contractual sin requerir validación o autorización de ninguna autoridad administrativa o judicial para su aplicación.

Para el ejercicio de la interpretación unilateral del contrato los pliegos tienen un rol fundamental pues este grupo de documentos no sólo regula el procedimiento de preparación y ejecución de la voluntad contractual, sino también que establecen todas las especificaciones técnicas como legales que rigen el procedimiento de contratación pública, constituyéndose como la fuente principal de consulta en caso de dudas respecto al contrato (Poveda Almeida, 2017). La Administración Pública no sólo cuenta con la prerrogativa de interpretar el contrato de manera unilateral, sino que también es la encargada de elaborar los pliegos que contienen las exigencias y estipulaciones referentes al procedimiento de contratación pública que se convertirán en ley para las partes (Granda Granda, 2016)

2.2.2.3.3. Realización de las prestaciones debidas por el contratista

La Administración Pública cuenta con poderes de dirección, inspección y control de tal manera que el administrador en conjunto con el fiscalizador vigilen el cumplimiento de

las obligaciones del contratista, para lo cual podrán las disposiciones necesarios en función del cumplimiento del objeto contractual (Poveda Almeida, 2017).

En el artículo 70 de la LOSNCP (2023) indica que los contratos dentro de sus cláusulas deberán estipular las funciones de quién sea designado como administrador del contrato, al igual que de quienes ejerzan la supervisión o fiscalización, el artículo 303 del Reglamento a la LOSNCP (2023) otorga diferentes atribuciones al administrador del contrato como la coordinación de la debida ejecución del contrato, la facultad de hacer cumplir las obligaciones derivadas del contrato mediante las medidas necesarias, así como adoptar acciones para evitar retrasos injustificados, la imposición de multas establecidas en el contrato, respetando el debido proceso, la administración y control de las garantías del contrato, el reporte a la máxima autoridad cualquier aspecto que pueda afectar el cumplimiento del contrato, coordinación con otras áreas y profesionales para garantizar la ejecución del contrato, notificación de disponibilidad del anticipo y verificación de los movimientos de la cuenta del contratista, proporción al contratista las instrucciones necesarias para garantizar el cumplimiento del contrato, requerimiento motivado para la sustitución de personal incompetente o negligente del contratista, autorización de cambios en el personal asignado por el contratista, verificación de que el contratista cuente con los permisos y autorizaciones requeridos, reporte a las autoridades competentes el incumplimiento de obligaciones laborales por parte del contratista, verificación del cumplimiento de requisitos, elaboración de actas pertinentes, así como la solicitud de informes pertinentes.

El artículo 304 del Reglamento a la LOSNCP (2023) establece que al tratarse de obras la entidad contratante expresamente deberá designar un fiscalizador para el control de la ejecución de la obra, de acuerdo con la complejidad requerida. De esta manera la entidad contratante verificará el cumplimiento de acuerdo con lo establecido en los pliegos.

Estas prerrogativas permiten a la Administración Pública la verificación de que el contratista realiza las prestaciones a las que se comprometió respecto al objeto contractual.

2.2.2.3.4. Calificación de situaciones de incumplimiento

Dromi (2010) establece que la Administración tiene la potestad de calificar situaciones de incumplimiento por parte del contratista. Esto implica que puede determinar si ha habido un incumplimiento y cuál es su naturaleza, lo cual es crucial para tomar decisiones sobre la continuidad del contrato o aplicar sanciones.

La calificación de situaciones de incumplimiento puede ejercerse por la Administración Pública durante diferentes momentos del procedimiento de contratación pública, en primer lugar revisamos que previo al contrato, la Administración Pública ejerce esta prerrogativa en la calificación de ofertas donde la entidad contratante establece si los oferentes cumplen con los requisitos determinados o no, de tal manera que le permiten continuar en el procedimiento o lo descalifican, posteriormente al adjudicarse el contrato a un oferente y que el mismo no celebre el contrato se le declarará como adjudicatario fallido, decisión que le corresponde a la Administración Pública (LOSNCP, 2008).

Una vez que se ha suscrito el contrato, la Administración Pública ostenta la facultad de declarar los incumplimientos en que incurra el contratista respecto a las obligaciones contractuales, se debe recordar que el contratista no únicamente está sujeto a lo que establece el contrato, sino también a lo determinado por los pliegos, este incumplimiento puede ser causal de multas, declaración de contratista incumplido y terminación unilateral del contrato (LOSNC, 2008).

2.2.2.3.5. Imposición de sanciones contractuales y su efectividad

Se establece también como prerrogativa del Estado la capacidad de imponer sanciones y multas a los contratistas por concepto de incumplimientos, en palabras de González Tamayo (2021) la Administración Pública ejerce un control preventivo, así como uno correctivo a través de la aplicación de sanciones administrativas. De esta manera, a través de su poder coercitivo que puede ejercer con sanciones o multas de carácter económico, se asegura de una correcta ejecución de los procedimientos de contratación pública.

Entre las sanciones podemos encontrar la declaratoria de adjudicatario fallido que implica la suspensión por tres años del Registro Único de Proveedores, así como la declaratoria del contratista fallido que implica la misma consecuencia pero por un período de cinco años, así como la suspensiones del Registro Único de Proveedores en lapsos de entre sesenta y ochenta días ante la primera infracción y de ciento ochentauno a trescientos sesenta días en caso de reincidencia ante las infracciones establecidas en el artículo 106 del Reglamento a la LOSNC (2023).

Respecto a la multas el artículo 71 de la LOSNC (2008) establece que los contratos de los procedimientos de contratación pública deben incluir una cláusula en donde se especifique las multas que se impondrán en caso de incumplimiento por parte del contratista.

2.2.2.3.6. Prórrogas del contrato

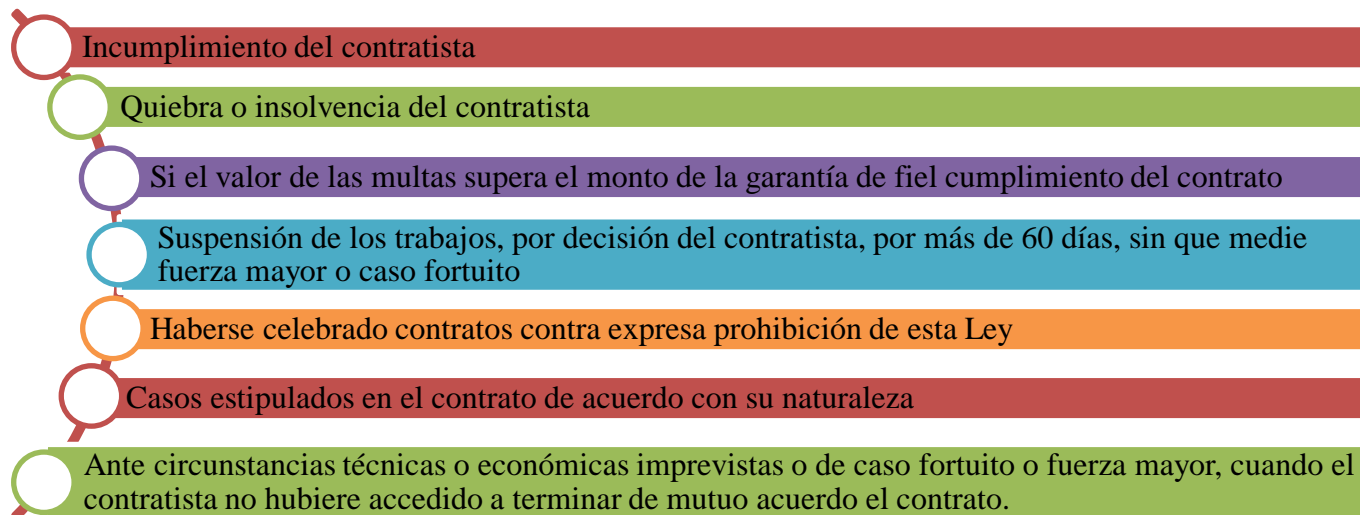
La Administración Pública cuenta con la prerrogativa de prorrogar el contrato administrativo, de ser necesario para cumplir con el objeto contractual, todos contratos regidos por la LOSNC contendrán una cláusula que regule esta cuestión, a pesar que la solicitud la realiza el contratista por causas ajenas a su voluntad, la entidad contratante a través del administrador del contrato deberá verificar lo alegado por el contratista y evaluar como eso puede afectar al cumplimiento del plazo contractual, la validez de esta prórroga debe acordarse de manera expresa y por escrito (Reglamento a la LOSNC, 2024).

2.2.2.3.7. Calificación de causas de terminación unilateral y anticipada

La Administración Pública puede finalizar el procedimiento contractual incluso 24 horas antes a la presentación de ofertar declarando su cancelación y antes la adjudicación puede declarar desierto el procedimiento, al incurrir en las causales encuentran definidas en el artículo 33 y 34 de la LOSNC (2008) respectivamente, sus efectos pueden ser el archivo, la reapertura o la convocatoria a un nuevo procedimiento.

Una vez que se ha firmado el contrato la entidad contratante puede darlo por terminado de manera unilateral del contrato, cuando se dan las causales establecidas en el artículo 94 de la LOSNCP (2008):

Figura 6. Causales de la terminación unilateral del contrato por declaración de la entidad contratantes.



Fuente: (Artículo 94 de la LOSNCP 2008).

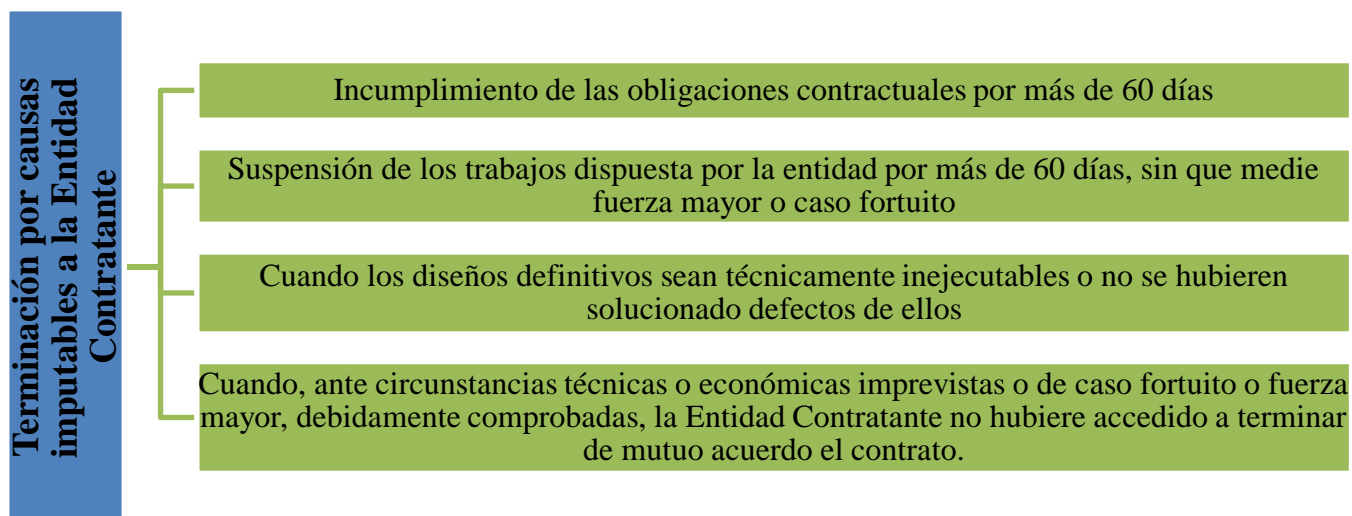
Realizado por: Nagelly Belén Oñate Aldaz

La terminación unilateral del contrato, frecuentemente es consecuencia del incumplimiento por parte del contratista, la administración pública termina la relación contractual, en virtud de la importancia y premura que exige el interés público, así como el retraso que pudiese significar un procedimiento judicial (Charvet Montúfar, 2022).

Los límites a esta prerrogativa del Estado están en el abuso del derecho, la buena fe y la legalidad (Oviedo-Albán, 2019). La Administración Pública cuenta con esta facultad, pero no la puede aplicar de manera arbitraria, sino que debe fundamentarla, actuando conforme a lo que dictamina la ley, con buena fe y sin extralimitarse con el derecho que tiene para terminar la relación contractual.

Mientras que la Administración Pública con esta prerrogativa en función de su autotutela, en cambio el contratista para buscar la terminación unilateral debe buscar que la determinación unilateral del contrato lo declare un tercero (Poveda Almeida, 2017). La declaración de terminación unilateral al contrato deberá darse mediante laudo arbitral o sentencia ejecutoriada, cuando se imputen las siguientes causales a la entidad contratante:

Figura 7. Causales imputables a la Entidad Contratante para la terminación del contrato



Fuente: (Artículo 96 de la LOSNCP 2008).

Realizado por: Nagelly Belén Oñate Aldaz

2.2.2.3.8. Aceptación y recepción de las prestaciones debidas

Una vez cumplido el objeto contractual el administrados del contrato se encuentra facultado para su recepción, la recepción se encuentra regulada en la LOSNCP (2008), en el artículo 81, existen diferentes clases de recepción de acuerdo a los procedimientos, en aquellos cuyo objeto es la adquisición de bienes y prestación de servicio (Como la Subasta Inversa Electrónica) la recepción es única y tendrá el carácter de definitiva; en cambio en otros procedimientos que tiene como objeto contractual la ejecución de una obra o en los contratos integrales por precio fijo se dará una recepción de carácter provisional previo a la definitiva, finalmente, existen recepciones parciales en aquellos contratos en que se receipten obras, bienes o servicio por etapas o de forma sucesiva.

La Administración Pública es responsable de aceptar y recibir las prestaciones realizadas por el contratista, lo cual implica verificar que estas cumplan con los estándares establecidos en el contrato antes de ser consideradas satisfactorias, cuando el contratista se niegue a suscribir las actas de entrega recepción, la entidad contratante formulará la recepción presunta a su favor, en el caso de que la entidad contratante no formule pronunciamiento alguno respecto a la recepción en el período que determina la normativa, el contratista puede acudir a un Juez de lo Civil o Notario Público para solicitar la recepción presunta, cuyo efecto será la terminación del contrato (LOSNCP 2008).

2.2.2.3.8. Eventuales responsabilidades del contratista durante el plazo de garantía

Existe un plazo de garantía cuyo período comienza cuando se cumplió con el objeto contractual y se dio la recepción definitiva o presunta, este período varía de acuerdo a los procedimientos, el contratista a pesar de haberse dado por finalizado el contrato al cumplir con el objeto contractual debe asumir las responsabilidades que se derivan de la oferta y el

contrato, entendiendo que la oferta se presenta en concordancia con lo especificado por los pliegos, este instrumento también es generador de responsabilidades para el contratista (LOSNCPC 2008). Durante este período al encontrarse defectos o incumplimientos que sean imputables al contratista, esta parte de la relación contractual está obligada a subsanar los problemas.

2.2.2.3.9. Liquidación del contrato

La entidad contratante tiene la prerrogativa de liquidar el contrato, inclusive si se ha declarado la recepción presunta a favor del contratista, esto no tiene como efecto la liquidación del contrato, previo a la liquidación del contrato, la entidad contratante debe asegurarse del cumplimiento de las obligaciones contractuales. Este proceso cierra formalmente la relación contractual entre la entidad contratante y el proveedor, asegurando que todas las obligaciones se hayan cumplido.

En el presupuesto en que la entidad contratante haya ejercido la prerrogativa de terminación unilateral, debe realizar una liquidación en la que se encuentre el cálculo de los montos adeudados, incluyendo cualquier anticipo no devengado y ajustes por incumplimientos, (Correa Barahona, 2023).

2.2.2.3.10. Ejecución de garantía

En los procedimientos de contratación pública la LOSNCPC (2008) indica que los contratistas deberán presentar garantías para poder proceder a la suscripción del contrato, de tal forma que aseguren el cumplimiento de las obligaciones contractuales y consecuentemente los intereses del Estado se encuentren protegidos, entre las garantías está la de fiel cumplimiento del contrato que cubre el 5% del monto total del contrato y se mantiene vigente hasta la firma del acta que deja constancia de la recepción definitiva del objeto contractual; en los casos en los que el contrato contempla un anticipo, se da la garantía de buen uso del anticipo, que cubre el monto total del anticipo, se va reduciendo progresivamente de acuerdo a la manera en que se amortiza el anticipo; en ciertos contratos de acuerdo a sus condiciones específicas se puede solicitar garantía técnica para asegurar la calidad del objeto de contratación, la misma se mantendrá vigente de acuerdo a como lo estipule el contrato, este tipo de garantía entra en vigencia posterior a la recepción del bien.

La ejecución de garantías permite que la entidad contratante puede reducir posibles riesgos en caso de incumplimiento del contratista, lo que asegura una protección para los intereses públicos a los que se debe el objeto contractual, de acuerdo a la LOSNCPC (2008) el administrador del contrato es el facultado para ejecutar la garantía, la entidad contratante, tendrá prelación respecto a otros acreedores que tenga el contratista.

2.2.2.3.11. Ius Variandi

Respecto al Ius Variandi Suárez Bastidas et al. (2024) indica que se refiere a la potestad que tiene la Administración Pública para que en la ejecución de los contratos se pueda modificar los términos contractuales, lo que se deriva de la decisión unilateral que le

corresponde a la Administración Pública en el marco de sus competencias, por el interés general que reviste a los contratos públicos.

El tratadista Cassagne (2005) indica que este es un poder modificatorio con el que cuenta la Administración Pública, con carácter irrenunciable y que tiene como limitante el no afectar la sustancia ni esencia del contrato y si eso pasara el contratista tiene el derecho de rescindir el contrato. Mientras que Fernández Moreta (2014) indica que esta potestad no permite modificar los pliegos que rigen la relación contractual, sino que es una facultad reglada cuyo ejercicio está condicionado a la aparición de necesidades materiales nuevas que no fueron contempladas previo a la perfección del contrato.

Dentro de la legislación ecuatoriana podríamos encontrar dos casos en que opera el principio de *Ius Variandi*, el primero en los contratos modificatorios para enmendar errores de acuerdo a lo que estipula el artículo 72 de la LOSNCP (2008), sin embargo, ante ello podemos dilucidar que las implicaciones de este instrumento es corregir errores manifiestos de hecho, de transcripción y cálculo, lo que hace que tome un carácter aclaratorio, pues subsana errores, no cambia las condiciones de la ejecución del contrato Chiriboga Mena, (2016).

Por otra parte está la celebración de contratos complementarios regulada en el capítulo VIII del Título IV referente a contratos de la LOSNCP (2008), se especifica que ante causa imprevista o técnica motivada y que haya tenido lugar durante la ejecución del contrato, de ser necesario la entidad contratante podrá ampliar, modificar o complementar una obra o servicio, mediante la celebración de un contrato complementario con el mismo contratista, con ciertas condiciones, como que la suma de las cuantías de los contratos complementarios no exceda el ocho por ciento del valor del contrato principal, sin que en ningún caso exceda el quince por ciento del valor antes mencionado. En palabras de Chiriboga Mena (2016) se excluye de los contratos complementarios a los procedimientos de adquisición de bienes, su suscripción tiene como consecuencia una mayor prestación para el contratista, siendo el objeto del contrato lo que se amplía, modifica o complementa, siendo de esta manera un contrato de carácter accesorio, no modifica las cláusulas del contrato principal, sino que genera nuevas obligaciones.

De tal manera que, de acuerdo con las regulaciones del Sistema Nacional de Contratación Pública, las entidades contratantes no cuentan con la facultad de modificar unilateralmente los contratos administrativos, sino de aclararlos y complementarlos generando obligaciones accesorias sin cambiar el contenido sustancial del contrato administrativo.

2.2.3. UNIDAD III: APLICACIÓN DE LA LIBERTAD CONTRACTUAL EN LA SUBASTA INVERSA ELECTRÓNICA

La subasta inversa electrónica es un mecanismo innovador y eficiente utilizado en la contratación pública para la adquisición de bienes y servicios normalizados. Este procedimiento ha sido formalmente reconocido y regulado por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCP) y sus respectivos reglamentos. Su propósito principal es promover la competencia entre los proveedores, logrando así una reducción en los costos y una optimización en el uso de los recursos públicos. En la presente unidad se profundiza el funcionamiento de la Subasta Inversa Electrónica, sus etapas, ventajas y desventajas, se analiza las prerrogativas del Estado respecto a este procedimiento, así como la presencia de la libertad contractual.

2.2.3.1. Procedimiento de Subasta Inversa Electrónica en Ecuador.

Previo al reconocimiento de la subasta inversa electrónica por la LOSNCP, el Decreto Ejecutivo de 1901 (2008) estableció el ‘Reglamento de contrataciones para la adquisición de bienes y la prestación de servicios no regulados por la Ley de Consultoría’ e incorporó este procedimiento, estableciendo ciertas generalidades como que el ganador era el participante que hubiese ofertado el menor precio, el procedimiento se realizaba mediante el portal, el procedimiento incluía convocatoria, aclaraciones, calificación de participante, presentación de propuestas, puja que tendrá una duración máxima de una hora y finalmente la adjudicación.

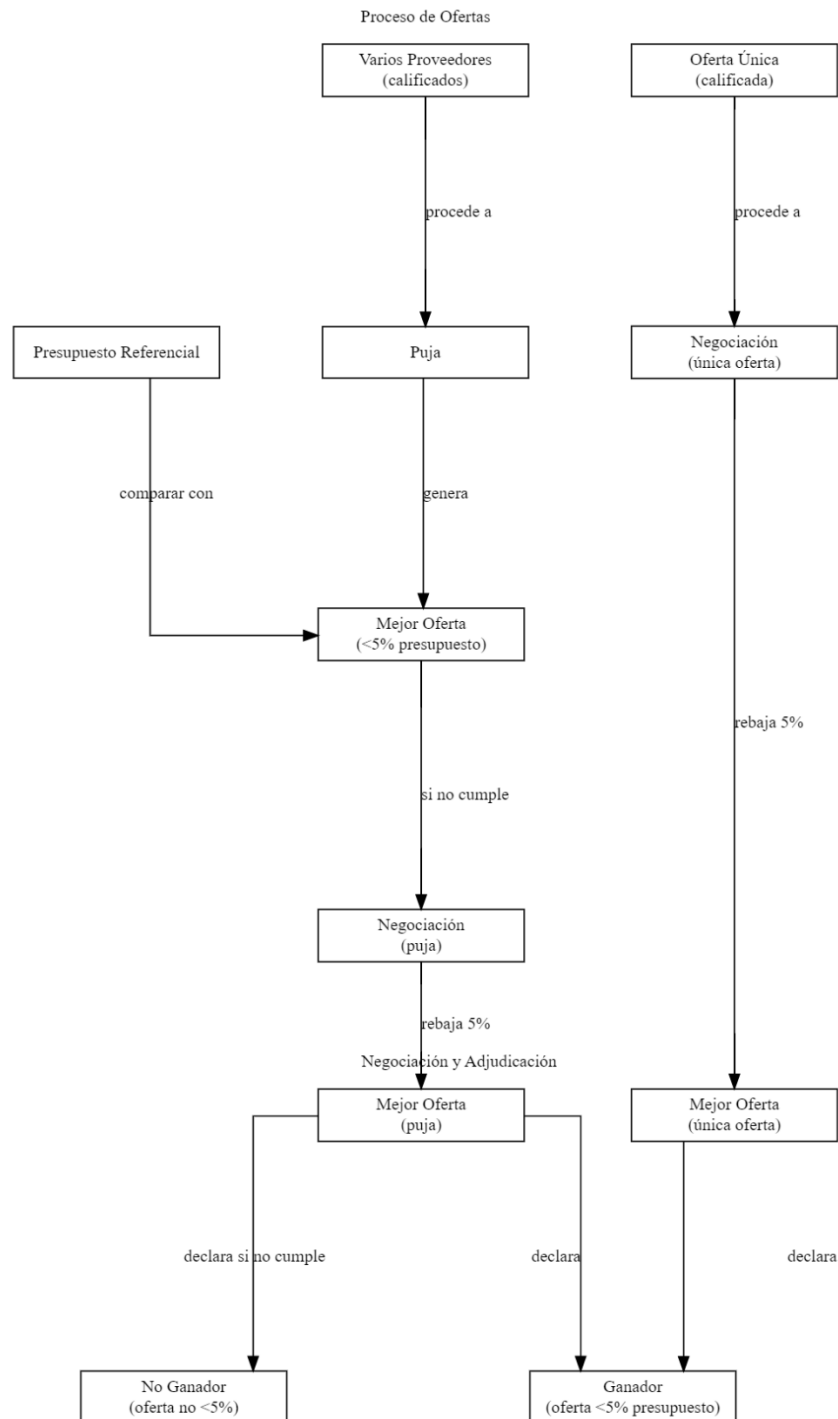
La subasta inversa electrónica es parte de los procedimientos dinámicos para la adquisición de bienes y servicios normalizados, la LOSNCP (2008) establece que la subasta inversa tiene lugar en los procedimientos que tratándose de bienes y servicios normalizados que no estén estipulados en el catálogo electrónico, en este caso los oferentes realizarán una subasta inversa, respecto al precio ofertado pujando hacia el precio más bajo, esto en el caso de existir varios oferentes. Mientras que, cuando solo una oferta técnica es habilitada, ya no se aplica la puja y toma lugar la negociación para obtener una mejor oferta económica en pro de los intereses de la entidad contratante, de así hacerlo se le adjudicará al oferente.

El artículo 130 del Reglamento a la LOSNCP (2023) indica las reglas comunes que debe cumplir el procedimiento de subasta inversa, en primer lugar, no puede contratarse bajo esta modalidad, lo siguiente: la ejecución de obras civiles, la agrupación de productos con especificaciones diferentes y otros; todo esto con la finalidad de restringir el número de proveedores participantes y las vinculaciones ente oferentes.

El SERCOP tiene la potestad de suspender el procedimiento temporalmente para realizar su control respectivo al no existir una cantidad suficiente de oferentes habilitados para la puja, en toda puja es visible el presupuesto referencia de contratación.

En el procedimiento, una vez presentadas las ofertas son calificadas por el responsable que la máxima autoridad haya designado o por una comisión técnica, los criterios de evaluación se alinean al principio de selección objetiva observando el cumplimiento de las especificaciones del objeto de contratación, así como las reglas de participación que estarán enfocadas exclusivamente en el bien o servicio (Reglamento a la LOSNCP, 2023). Posteriormente se da la etapa de negociación o puja, de acuerdo con el siguiente detalle:

Figura 8. Proceso de puja o negociación



Fuente: (Reglamento a la LOSNCP 2023).

Realizado por: Nagelly Belén Oñate Aldaz

En lo referente al origen ecuatoriano de los bienes y servicios podrá ofertar cualquier tipo de proveedor pues las regulaciones emitidas por el SERCOP son las que determinarán este aspecto. Posterior a la puja o negociación la máxima autoridad o un delegado verificará la documentación presentada mediante la modalidad simplificada para adjudicar el procedimiento o declararlo desierto mediante resolución según corresponda (Reglamento a la LOSNCP, 2023).

El Reglamento a la LOSNCP (2023) también diferencia entre dos tipos de subasta inversa: la subasta inversa electrónica y la subasta inversa electrónica simplificada de la siguiente manera:

Tabla 1. Características de la Subasta Inversa Electrónica y la Subasta Inversa Electrónica Simplificada.

CARACTERÍSTICAS	SIE	SIE SIMPLIFICADA
Calificación de las ofertas	Previo a la puja.	Posterior a la puja, con presentación de ofertas por adhesión.
Aplicación de la modalidad	Objetos de contratación más complejos, que su contratación no sea habitual ni concurrente por lo que constituyen mayor riesgo.	Objetos de contratación que no sean complejos, que su contratación sea habitual y recurrente, sin que constituya mayor riesgo.
Presentación de ofertas	Se presentan las ofertas en cumplimiento de los pliegos, una vez calificadas se presentan las ofertas económicas iniciales a través del Portal COMPRASPÚBLICAS, sin conocerse el nombre ni el número de oferentes calificados, ni el monto de las ofertas económicas iniciales. Estas ofertas económicas iniciales obligan al oferente a cumplir con las condiciones técnicas y económicas en el caso de resultar adjudicado	Adhesión electrónica, constituyendo la aceptación del oferente de las condiciones técnicas, económicas y jurídicas exigidas en el pliego y la presunción de su cumplimiento
Particularidades	La calificación y las ofertas no serán públicas hasta que finalice la puja	El SNCP utilizará como un insumo el histórico de estas subastas inversas simplificadas para realizar

		procedimientos de selección destinados a la celebración de Convenios Marco para catalogación
Puja o negociación	De existir un solo oferente calificado se procede a la negociación, de existir varios en el día y hora señalados, se realizará la puja hacia la baja a través del Portal, su duración será la establecida en los pliegos y no podrá ser menor a 15 minutos ni mayor a 60 de acuerdo con la complejidad del objeto del contrato y al presupuesto referencial del procedimiento.	

Fuente: (Artículos 137 y 138 del Reglamento a la LOSNCP 2023).

Realizado por: Nagelly Belén Oñate Aldaz

El procedimiento de Subasta Inversa Electrónica cuenta con ventajas, pero también desventaja, que son las siguientes:

- **Ventajas:** Ahorro económico al pujarse hacia la baja en base al presupuesto referencial, respetando los principios rectores del SNCP, los beneficios de este procedimiento no ha sido únicamente para las entidades contratantes, sino también para la colectividad al usar los recursos provenientes de los contribuyentes para satisfacer las necesidades estatales en función del bien común, generando eficacia, transparencia, exactitud en las características del objeto de contratación, su transparencia incluso ha contribuido a desestigmatizar los procedimientos como direccionados (Villalba Burbano, 2013).
- **Desventajas:** Falta de capacitación en las entidades contratantes respecto a la normalización de bienes y servicios (Baldeón, 2014). Montero Murgueyto (2014) indica que una carencia del procedimiento es la falta de una automatización completa para evitar que la participación de servidores de la entidad contratante pueda direccionar las ofertas al tener contacto con los participantes. Al ser el criterio decisivo para la adjudicación el precio, la administración pública podría descuidar la innovación en los bienes y servicios que adquiere el Estado (Quintero Ordoñez et al., 2020).

2.2.3.2. Las prerrogativas del Estado en la subasta inversa electrónica

Dentro del escrito previamente ya se ha mencionado que en los procedimientos de contratación pública las entidades contratantes ostentan prerrogativas previo al contrato en formación de la voluntad administrativa y a partir del contrato de acuerdo al establecimiento de cláusulas exorbitantes, en el procedimiento de Subasta Inversa Electrónica la Administración Pública está facultada a ejercer las prerrogativas que se explicaron previamente, sin embargo, también cuenta con facultades especiales propias del procedimiento.

2.2.3.2.1 Determinación del objeto del contrato

Respecto a la determinación del objeto del contrato en la subasta inversa electrónica, el Estado tiene la facultad de determinar las especificaciones técnicas del objeto del procedimiento, así como de establecer que la contratación debe darse mediante subasta inversa electrónica y no por otro procedimiento de acuerdo a los componentes del bien o servicio, elaborando así mismo los pliegos que serán la guía durante todo el procedimiento (Ayala Torres, 2011).

Este objeto, al tratarse de la Subasta Inversa Electrónica deberá ser un bien o servicio normalizado el cual de acuerdo a la LOSNCP (2008) es un: “Objeto de contratación cuyas características o especificaciones técnicas se hallen homologadas y catalogadas” (p.3). Es decir que para que un bien o servicio se considere como normalizado debe cumplir con las condiciones técnicas y características solicitadas, de tal manera que sea adecuados para ser objeto de contratación pública. El normalizar un bien o servicio de acuerdo con el Reglamento a la LOSNCP (2023) le corresponde a la entidad contratante, Baldeón (2014) indica que la normalización tiene diferentes líneas de actuación como la oportunidad para que las entidades contratantes establezcan en los pliegos un marco apropiado para garantizar la igualdad de condiciones en la contratación de bienes y servicios normalizados, así mismo que en base al criterio de normalizado o no, las entidades ejecuten procedimientos dinámicos y finalmente que el juicio que determinará la adjudicación sería el precio más bajo al tener la garantía que todos los oferentes presenten bienes o servicios con las características y especificaciones técnicas.

2.2.3.2.2. Interpretación del contrato

Previamente se determinó que la interpretación del contrato se dará mediante los pliegos elaborados en el procedimiento de contratación, los pliegos son prácticamente el reglamento que guía cada procedimiento de contratación pública de manera específica, las características de este instrumento son: Obligatoriedad, publicidad y que son susceptibles a modificación. Cada procedimiento de contratación pública de forma obligatoria debe contar con los pliegos, los cuales la entidad contratante se encarga de elaborar y aprobar en la fase preparatoria, la publicidad de este documento toma lugar con la resolución motivada que expide la máxima autoridad de la entidad contratante para dar inicio al procedimiento de contratación, en este momento se publican en el portal de Compras Públicas, los pliegos así como los estudios y la certificación presupuestaria correspondiente al procedimiento (Reglamento a la LOSNCP, 2023). Los pliegos son susceptibles a modificación en función de lo estipular en el artículo 73 del Reglamento a la LOSNCP (2023) los pliegos pueden ser modificados: “Por propia iniciativa o a pedido de los participantes, a través de aclaraciones podrá modificar los pliegos, siempre que no alteren el objeto del contrato y el presupuesto referencial de los mismos” (p.16). Los pliegos no son inamovibles, pueden ser cambiados tanto por iniciativa de la administración pública como por observaciones realizadas por los interesados en participar en el procedimiento de contratación pública, esta modificación está sujeta a la discrecionalidad de la administración pública.

La entidad contratante es encargada de redactar unilateralmente de manera impersonal e imparcial los pliegos, de esta manera la Administración Pública se encarga de regular el trámite, los mecanismos y las formalidades de la preparación de ofertas, su evaluación y selección y posteriormente del propio contrato, las condiciones establecidas por la entidad en los pliegos deben ser cumplidas por los oferentes en la prestación de las ofertas, si no lo hacen, la consecuencia general es el rechazo o descalificación de una oferta que se tornará inadmisibles por el incumplimiento (Poveda Almeida, 2017, p.11).

2.2.3.2.3. Realización de las prestaciones debidas por el contratista

Respecto a las prestaciones debidas por el contratista, la entidad contratante, previo a la firma del contrato se encuentra facultada para obtener las mejores condiciones contractuales posibles al fijar un presupuesto referencial en los pliegos y asegurarse que al momento de adjudicar este precio habrá bajado al menos en un cinco por ciento, al fomentar la competencia entre proveedores, las entidades contratantes consiguen un ahorro significativo debido a la presentación de ofertas competitivas propias de la naturaleza del procedimiento, optimizándose los recursos públicos (Ayala Torres, 2011).

La mejora de las condiciones contractuales se ejerce de dos formas diferentes: 1) negociación o, 2) puja, el primer caso se da cuando existe solo una oferta técnica calificada o, si es que, al existir varias ofertas calificadas al momento de presentar la oferta económica inicial, solo un proveedor calificado lo hace, en este caso la negociación se puede dar bajo la modalidad tradicional o la modalidad simplificada; mientras que en el segundo caso para que se dé la puja, los participantes que estén calificados y habilitados deben presentar una oferta económica inicial (Que obliga al oferente a cumplir con las condiciones técnicas y económicas que ofrece en el caso de adjudicarse la compra pública, incluso cuando no participe en la puja) de acuerdo con el cronograma señalado en los pliegos, al hacerlo se encuentran habilitados para participar en la puja y su duración va entre 15 a 60 minutos, en este tiempo los oferentes deben presentar propuestas económicas a la baja, respetando el rango de variación mínimo estipulado en el pliego, el portal identificará la oferta ganadora y la entidad contratante decidirá si realiza la adjudicación o declara como desierto el procedimiento mediante resolución (Reglamento a la LOSNCP, 2023).

La prerrogativa de conseguir mejores condiciones contractuales se complementa con lo que establece el artículo 131 inciso 4 del Reglamento a la LOSNCP (2023) respecto al que la entidad de forma discrecional podrá solicitar una rebaja mayor a la conseguida ya sea mediante puja o negociación y en caso de no darse un acuerdo el procedimiento podrá declararse desierto, así mismo posterior a la puja queda a discrecional de la entidad contratante el adjudicar el procedimiento o declararlo desierto.

El Reglamento a la LOSNCP (2023) también concede al Estado la prerrogativa de hacer cumplir a los oferentes con la obligación originada de la presentación de su oferta económica inicial, inclusive de no haber participado en la puja, teniendo en cuenta las condiciones técnicas y económicas en caso de que este proveedor resulte adjudicado.

2.2.3.2.4. Calificación de causas de terminación unilateral y anticipada

La prerrogativa de calificación de causas de terminación unilateral y anticipada del procedimiento de contratación pública se ejerce de la manera que ha establecido la ley y su reglamento y que se ha revisado en el apartado de las prerrogativas en la contratación pública, sin embargo, en la Subasta Inversa Electrónica la terminación anticipada al declarar desierto el procedimiento causa otro efecto al ser un procedimiento dinámico, da paso a que el objeto de contratación sea adquirido mediante un procedimiento distinto correspondiente a bienes o servicios no normalizados (Poveda Almeida, 2017)

2.2.3.3. Libertad contractual en el procedimiento de Subasta Inversa Electrónica

Previamente se indicó que en el ordenamiento jurídico ecuatoriano el pactar cláusulas diferentes e incluso opuestas a la ley, así como crear contratos diferentes de los tipos establecidos en la ley no tiene lugar debido a la pertenencia del sistema a la familia jurídica romano germánica en la que la fuente de derecho predominante es la ley. Por lo que en este apartado nos corresponde verificar el ejercicio de las libertades jurídicas que comprende la libertad contractual específicamente en la Subasta Inversa Electrónica.

2.2.3.3.1 Celebrar o no el contrato

La libertad jurídica que se ostenta para celebrar o no un contrato se fundamenta en la voluntad con la que concurren las partes, en el caso de los procedimientos de contratación pública es la voluntad que se manifiesta en las etapas previas al contrato, es decir en la fase preparatoria y la fase precontractual.

La entidad contratante al determinar una necesidad en la fase preparatoria orienta su voluntad a celebrar el contrato que cubrirá dicha necesidad, de igual manera a pesar de haber iniciado el procedimiento de contratación pública la entidad puede decidir no celebrar el contrato mediante la declaración de la cancelación del procedimiento o la declaratoria de desierto del mismo, a través de las diferentes actuaciones administrativas que esto requiere.

El contratista por su parte puede ejercer esta facultad al momento de presentar la oferta, esta actuación constituye la forma de exteriorizar su voluntad de participar en el procedimiento de contratación pública, dando a entender que en el caso de que su oferta sea adjudicada, suscribirá el contrato, en caso de no hacerlo sería declarado adjudicatario fallido con las implicaciones que esto conlleva.

2.2.3.3.2. Elegir la persona cocontratante

El elegir la persona cocontratante es el resultado de la fase precontractual dando como resultado la adjudicación y consecuentemente la celebración del contrato resultado, de acuerdo con Poveda Almeida (2017) la Administración Pública no decide libremente los actores del procedimiento de contratación, sino que la elección se da al cumplir con las actuaciones administrativas que determina la ley. El contratista por su parte al decidir

participar en el procedimiento de contratación y presentar su oferta, sabe con cual entidad contratante llegará a suscribir el instrumento en caso de que el procedimiento resulte en su adjudicación.

2.2.3.3.3. Determinar el objeto en todos sus aspectos

La determinación del objeto de contratación es una libertad que únicamente ejerce la entidad contratante, principalmente en dos momentos, el primero en la normalización de bienes y segundo en la formulación de pliegos, a lo cual el contratista únicamente se subsume.

Gallardo Vergara (2018), basándose en los postulados de Gimeno Feliu, sostiene que el procedimiento de normalización conlleva múltiples beneficios, entre los que destaca el mantenimiento de un estándar de calidad uniforme para todos los productos o servicios, al establecer condiciones homogéneas. Asimismo, la implementación de procedimientos normalizados en la contratación pública garantiza que no se comprometa la calidad del objeto de adquisición, salvaguardando así los intereses de la administración y los usuarios finales.

Los pliegos por su parte son el reglamento que guía cada procedimiento de contratación pública de manera específica, las características de este instrumento son: Obligatoriedad, publicidad y que son susceptibles a modificación. Cada procedimiento de contratación pública de forma obligatoria debe contar con los pliegos que se elaboran y aprueban en la fase preparatoria, la publicidad de este documento toma lugar con la resolución motivada que expide la máxima autoridad de la entidad contratante para dar inicio al procedimiento de contratación, en este momento se publican en el portal de Compras Públicas, los pliegos así como los estudios y la certificación presupuestaria correspondiente al procedimiento (Reglamento a la LOSNCP, 2023).

Finalmente vemos que los pliegos son susceptibles a modificación de acuerdo con el artículo 73 del Reglamento a la LOSNCP (2023) los pliegos pueden ser modificados: “Por propia iniciativa o a pedido de los participantes, a través de aclaraciones podrá modificar los pliegos, siempre que no alteren el objeto del contrato y el presupuesto referencial de los mismos” (p.16). Los pliegos no son inamovibles, pueden ser cambiados tanto por iniciativa de la administración pública como por observaciones realizadas por los interesados en participar en el procedimiento de contratación pública, esta modificación está sujeta a la discrecionalidad de la administración pública.

2.2.3.3.4. Elegir la forma de su instrumentación.

Esta libertad jurídica no la ejerce ni la entidad contratante ni el contratista, puesto que es la ley la que determina la instrumentación del contrato administrativo que resulta del procedimiento contractual. Finalizada la subasta se adjudica el contrato a la oferta más favorable mediante resolución suscrita por la máxima autoridad de la entidad contratante, el proveedor es notificado acerca de dicha adjudicación y se formaliza el contrato mediante su firma, el contrato de acuerdo con el artículo 71 de la LOSNCP (2008) deberá contener cláusulas en las que se exprese las multas.

2.2.3.3.5. Modificar el contrato.

El contrato está directamente condicionado por lo que determinan los pliegos elaborados por la entidad contratante, este conjunto de condiciones no solo rige para el proceso de voluntad administrativa, sino también para la celebración y ejecución del contrato, al constituirse como ley de dicho instrumento (Poveda Almeida, 2017). Los pliegos, son susceptibles a modificación, el artículo 73 del Reglamento a la LOSNCP (2023) estipula que: “Por propia iniciativa o a pedido de los participantes, a través de aclaraciones podrá modificar los pliegos, siempre que no alteren el objeto del contrato y el presupuesto referencial de los mismos” (p.16). Los pliegos no son inamovibles, pueden ser cambiados tanto por iniciativa de la administración pública como por observaciones realizadas por los interesados en participar en el procedimiento de contratación pública, esta modificación está sujeta a la discrecionalidad de la administración pública.

García de Enterría & Fernández (2000) indican que la contratación pública busca satisfacer una necesidad de interés general, el objeto contractual en estos instrumentos no es la adquisición de un bien o servicio o la ejecución de una obra, sino la satisfacción de una necesidad, lo cual obliga a la adaptación del objeto contractual, ante las necesidades que se encuentran en constante cambio.

2.2.3.3.6. Ceder o transmitir la posición contractual.

El artículo 78 de la LOSNCP (2008) indica que: “El contratista está prohibido de ceder los derechos y obligaciones emanados del contrato” (p. 34). El contratista debe ejecutar personalmente las obligaciones contractuales, lo que garantiza que quien ganó el proceso de contratación sea quien efectivamente ejecute el contrato. De acuerdo a la naturaleza del derecho público la entidad contratante también mantendrá su posición contractual hasta la liquidación del contrato, solo podría ceder dicha posición al tratarse de una reorganización institucional.

2.2.3.3.7. Extinguir el contrato.

La extinción del contrato en la Subasta Inversa Electrónica de acuerdo con lo establecido por la LOSNCP (2008) puede darse en cuatro casos: Por su cumplimiento, terminación unilateral del Contrato a favor de la entidad contratante, terminación por mutuo acuerdo o terminación unilateral del contrato a favor del contratista. Previamente se explicó las causales de terminación unilateral del contrato tanto a favor de la entidad contratante como a favor del contratista, la clara diferencia es que mientras la entidad contratante puede realizar esta actuación de manera administrativa, el contratista debe cuestionar esto ante un tercero ya sea mediante un proceso de arbitraje o en la esfera jurisdiccional, respecto a la esfera jurisdiccional Charvet Montúfar (2022) considera que estos mecanismos no resultan adecuados ni eficaces, debido a la falta de celeridad.

CAPÍTULO III. METODOLOGÍA

3.1. Unidad de análisis

El presente trabajo de investigación se enfocó en el Sistema Nacional de Contratación Pública en Ecuador, con especial atención a la normativa que regula el procedimiento de subasta inversa electrónica, se realizó un análisis de derecho comparado entre las legislaciones de Ecuador, Colombia y Chile, el estudio también incluye entrevistas a profesionales del derecho especializados en contratación pública en Ecuador.

3.2. Métodos

3.2.1. Método deductivo

Este método permitió partir de lo general a lo particular, sistematizando el conocimiento de tal forma en que se infiera conclusiones (Villabella Armengol, 2020), concatenando así diferentes premisas respecto a facultades del Estado, libertad contractual y subasta inversa electrónica logrando conseguir una conclusión en la que estén presentes todos los elementos.

3.2.2. Método jurídico-analítico

Esta metodología facilitó la revisión de manera crítica de la normativa que regula las facultades del Estado en el SNCP y la subasta inversa electrónica, así como el reconocimiento de la libertad contractual en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, entendiendo su alcance, realizando una interpretación acorde al contexto en que se estableció la legislativa, teniendo en cuenta las diferentes aristas que se ven implicadas como lo político, económico y social.

3.2.3. Método dogmático

Se dio la exploración de cómo actúan las diferentes fuentes del derecho respecto al problema jurídico, mediante diferentes actividades intelectuales para así formular sistemáticamente un conocimiento científico del objeto jurídico de estudio

3.2.4. Método jurídico descriptivo

En palabras de Antar (2016) este método consiste en descomponer el problema jurídico en sus diferentes aspectos. A partir de esta revisión minuciosa se consiguió comprender las características y cualidades del objeto de estudio, permitiendo así la descripción de cada detalle, siguiendo un proceso que parte de la observación, recopilación de datos que posteriormente serán analizados y permitirán una comparación para así establecer las respectivas conclusiones.

3.2.5. Método de comparación jurídica

Mediante este método se buscó la aplicación de derecho comparado respecto a la regulación de la subasta inversa electrónica en los ordenamientos de Ecuador, Colombia y Chile, para así “Destacar semejanzas y diferencias, establecer clasificaciones, descubrir tendencias y revelar modelos exitosos” (Villabella Armengol, 2020, p.171). Mediante este método se comparó y contrastó las características, procedimientos y normativas generadas

en estos diferentes contextos para evaluar la eficacia y eficiencia de los procesos de Subastas Inversa Electrónica en relación con la libertad contractual, identificando posibles mejoras para promover una mayor equidad y transparencia en dichos procesos. Se realizó la comparación de estos tres sistemas jurídicos debido a las similitudes que tienen en su contexto regional sudamericano en dimensiones históricas, culturales y económicas, así como sus reformas realizadas en las últimas décadas para analizar sus aproximaciones y resultados.

3.2.6. Método jurídico doctrinal

Este método se enfoca en la doctrina como fuente del derecho, permitiendo que la experticia de ciertos autores clarifique el panorama del objeto de estudio, se empleó el método para analizar las posiciones legales de profesionales expertos en contratación pública ecuatoriana.

3.3. Enfoque de la Investigación

Según las técnicas de investigación que se aplicaron en el trabajo, al buscar la obtención de datos que no se cuantifican (Olvera García, 2015) se establece un enfoque cualitativo de tal manera que el problema jurídico que representa el impacto de las facultades del Estado en la libertad contractual dentro de los procedimientos de subasta inversa electrónica se explique en base a revisión bibliográfica, derecho comparado y aplicación de entrevistas que recaban la percepción de ciertos actores respecto al problema jurídico.

3.4. Tipo de Investigación

3.4.1. Jurídico Descriptiva

De acuerdo con los objetivos formulados para el presente trabajo de investigación, se ha ejecutado la investigación jurídica descriptiva, pues su función es identificar y establecer las características del problema jurídico que se estudia, proporcionando información detallada (Hernández et al., 2017). Esto se ve reflejado en el estudio de las facultades del Estado en la libertad contractual dentro de los procesos de subasta inversa electrónica, para exponer su situación actual, normativa relacionada e implicaciones del actuar de la administración pública en el ámbito de contratación.

3.4.2. Jurídico Comparativa

Dentro del estudio, también se hizo uso del tipo de investigación jurídica comparativo, que parte de establecer las características de un ordenamiento jurídico para indicar las semejanzas y diferencias con otros ordenamientos. De esta manera, se estableció una propuesta con el fin de mejorar el ordenamiento jurídico ecuatoriano, siendo esto el resultado de la evaluación de aciertos y desaciertos de cada uno de los ordenamientos, así como la verificación de la factibilidad de aplicación práctica de la propuesta (Tantaleán, 2016).

3.5. Diseño de Investigación

El diseño de investigación es no experimental, en concordancia con las características de la presente investigación, los objetivos formulados, los métodos que se empleará para analizar el problema jurídico y el tipo de investigación jurídica correlacional.

3.6. Población y muestra

Para la aplicación de entrevistas se tomó en consideración la opinión de expertos en contratación pública, por lo que se toma en cuenta como población los socios del Instituto de Estudios Sociales y Administrativos (IDEAS), que son en total cuarenta y seis, la muestra de esta población es intencional no probabilística por conveniencia, la cual se aplicó en función a criterios de selección como: facilidad de acceso, disponibilidad y experticia en el ámbito de contratación pública; obteniendo así una muestra de cinco expertos en contratación pública.

3.7. Técnicas e instrumentos de investigación

3.7.1 Técnica

En la presente investigación se hizo uso de las técnicas de análisis documental, derecho comparado y entrevistas.

3.7.2. Instrumento de investigación

Como instrumentos de la presente investigación se hizo uso de: Revisión de bibliográfica, matriz de derecho comparado y guía de entrevista.

3.8. Técnicas para el tratamiento de información

En el presente trabajo de investigación se diseñó una matriz de derecho comparado y también entrevistas semiestructuradas para recopilar información cualitativa de expertos sobre la relación contractual entre el Estado y los proveedores en los procedimientos de Subasta Inversa Electrónica, previo a la aplicación de la entrevista se realizó su validación mediante la revisión de un experto en metodología y dos expertos en contratación pública.

Después de recabar información acerca del procedimiento de subasta inversa electrónica en Ecuador, Chile y Colombia; se estableció la información pertinente en las categorías de comparación entre estos ordenamientos jurídicos como marco legal, transparencia, equidad, eficacia, eficiencia y libertad contractual.

Respecto a las entrevistas: se realizaron cinco entrevistas a expertos en contratación pública, mediante la plataforma de zoom, posteriormente se ejecutó la tabulación de datos de la información cualitativa obtenida, mediante la elaboración de resúmenes y la codificación de las respuestas, obteniendo como códigos principales desigualdad en la relación contractual, facultades exorbitantes del Estado, limitación a la libertad contractual, protección del bien general y propuestas de reforma.

Para el procesamiento de datos en la matriz de derecho comparado se realizó un análisis de cada categoría sintetizando los principales resultados; en las entrevistas se utilizó la herramienta Atlas. Ti para procesar la información cualitativa y generar un diagrama de Sankey que muestra las relaciones entre los conceptos clave identificados, se realizó un

análisis detallado del diagrama de Sankey, interpretando las relaciones entre conceptos como desigualdad en la relación contractual, facultades exorbitantes del Estado, limitación a la libertad contractual y protección del bien general.

Finalmente, se buscó cumplir con el propósito de la discusión que es enlazar los datos obtenidos con su impacto en el campo de estudio, mediante la explicación de cómo los resultados contribuyen a la literatura previa y cómo puede avanzar a futuro el problema de investigación (Alvarado Vélez et al., 2023). De tal manera que se tomó en cuenta la literatura previa del tema de investigación, los resultados obtenidos y se elaboraron propuestas de reforma basadas en el análisis de derecho comparado, tomando los aciertos que han tenido los otros ordenamientos jurídicos parte de la investigación y el análisis de las entrevistas que enfatizó en los problemas propios del contexto ecuatoriano, abordando temas como mejoras en la gestión financiera, optimización de procesos de contratación, resolución de conflictos, flexibilidad contractual y transparencia.

CAPÍTULO IV. RESULTADOS Y DISCUSIÓN

4.1. Resultados

4.1.1. Impacto de las prerrogativas del Estado en la libertad contractual de los contratistas en los procedimientos de Subasta Inversa Electrónica

En el contexto de la contratación pública en Ecuador, el Estado posee una serie de facultades especiales denominadas prerrogativas, las mismas son reconocidas por la ley o mediante cláusulas exorbitantes que le confieren una posición de ventaja en las relaciones contractuales, estas prerrogativas constituyen privilegios específicos y exclusivos otorgados por el ordenamiento jurídico a la Administración Pública para asegurar que el interés público prevalezca sobre los intereses privados de los contratistas. Entre estas prerrogativas están la decisión unilateral, anticipada y ejecutoria sobre la perfección del contrato y su validez, la interpretación del contrato, la realización de las prestaciones debidas por el contratista, la calificación de situaciones de incumplimiento, la imposición de sanciones contractuales y su efectividad, prórrogas del contrato, la calificación de causas de terminación unilateral y anticipada, la aceptación y recepción de las prestaciones debidas, las eventuales responsabilidades del contratista durante el plazo de garantía, la liquidación del contrato y la ejecución de garantía para el cumplimiento de los objetivos públicos.

Dentro del procedimiento de Subasta Inversa Electrónica, que tiene como finalidad la adquisición de bienes y servicios de manera eficaz y eficiente a través de un mecanismo competitivo y transparente, estas prerrogativas afectan la libertad contractual de los contratistas en varios aspectos, iniciando por la limitación en la negociación de condiciones, puesto que, los términos y condiciones del contrato son definidos en gran medida por la entidad contratante, lo cual restringe la capacidad de los contratistas de influir en el contenido del contrato. La entidad pública fija de antemano los requisitos, especificaciones técnicas y otras condiciones esenciales, y los contratistas interesados en participar deben ajustarse a estos términos sin posibilidad de negociación significativa. Esto reduce la autonomía de los contratistas para pactar condiciones favorables o adaptadas a sus particularidades, contraviniendo el principio general de libertad contractual en favor de un interés estatal orientado a la eficiencia y transparencia.

Una vez adjudicado el contrato en una SIE, el contratista debe cumplir sus obligaciones bajo un régimen de estricta supervisión estatal. Las entidades contratantes ejercen una función de control y fiscalización continua para asegurar que el contratista cumpla con los términos pactados y con las normativas aplicables, lo que, en efecto, limita la flexibilidad y autonomía en la ejecución del contrato. Este ejercicio de fiscalización por parte del Estado responde al objetivo de prevenir malversaciones y asegurar el uso adecuado de recursos públicos, pero también significa que el contratista opera bajo restricciones adicionales en comparación con contratos del sector privado.

El Estado, mediante sus prerrogativas, puede modificar ciertas condiciones contractuales de manera unilateral en función de necesidades públicas o del interés general, esta facultad afecta la previsibilidad y estabilidad que un contratista podría esperar en una relación contractual. Además, el Estado puede terminar anticipadamente el contrato en casos

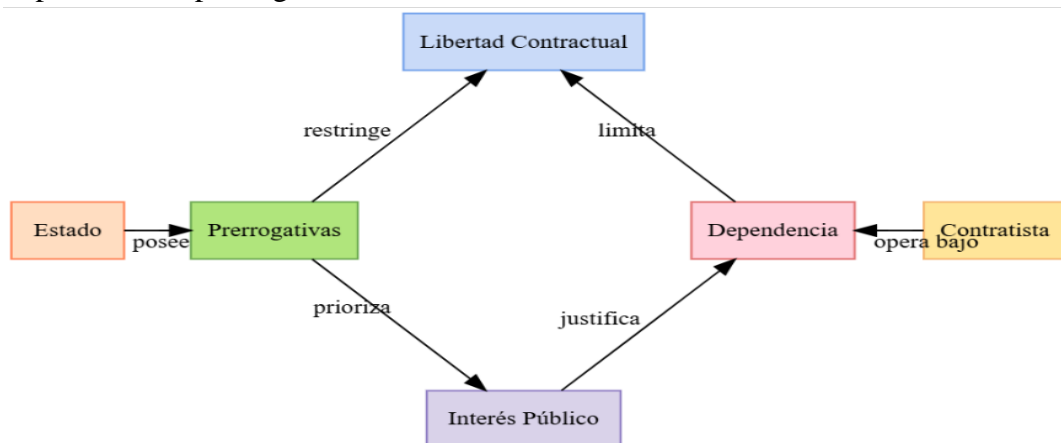
específicos donde se considera que los objetivos de interés público así lo requieren, si bien estos cambios deben estar justificados y seguir ciertos procedimientos, siguen representando una restricción considerable a la autonomía del contratista y pueden llevar a conflictos o ajustes financieros no previstos originalmente por el contratista.

En la contratación pública ecuatoriana, las entidades contratantes están facultadas para imponer sanciones y multas en caso de incumplimientos contractuales, esta prerrogativa tiene una implicación directa en la libertad contractual porque obliga al contratista a cumplir rigurosamente con las especificaciones y tiempos establecidos en el contrato. La amenaza de sanciones adicionales limita la capacidad del contratista de proponer ajustes o solicitar flexibilidad en la ejecución de sus obligaciones, incluso si enfrenta imprevistos que, en un contexto privado, podrían negociarse de otra manera.

El procedimiento de SIE mismo está estructurado de tal manera que prioriza la obtención del bien o servicio al menor costo, en un entorno de competencia abierta, este mecanismo implica que el contratista pierde flexibilidad para fijar precios basados en costos variables o imprevistos, ya que debe ofrecer la propuesta más competitiva para ser considerado. Por lo tanto, los contratistas están condicionados a ajustar sus ofertas al sistema de subasta y a las condiciones impuestas por el Estado, lo que puede afectar su margen de ganancia y su capacidad de adaptación a cambios en el mercado.

En resumen, las prerrogativas del Estado en el procedimiento de Subasta Inversa Electrónica representan una intervención que, aunque orientada al bien público, restringe la libertad contractual de los contratistas en múltiples aspectos. Esto garantiza que los contratos de SIE se mantengan dentro de parámetros de eficiencia, transparencia y protección del interés colectivo, pero, a su vez, disminuye la capacidad de los contratistas para actuar con plena autonomía. De esta manera se evidencia una clara inequidad en la relación contractual, en la que las prerrogativas del Estado crean una dinámica asimétrica entre las partes, ocupando la Administración Pública una posición de superioridad, que, desde la perspectiva del contratista, se traduce en menores márgenes de negociación, rigidez en la ejecución y un alto grado de dependencia del marco regulatorio estatal.

Figura 9. Impacto de las prerrogativas del Estado en la Libertad Contractual



Autoría Propia: (Oñate, 2024) .

4.1.2. Eficacia y eficiencia de los procedimientos de Subastas Inversa Electrónica en relación con la libertad contractual.

4.1.2.1. Matriz de derecho comparado entre Ecuador, Chile y Colombia

Tabla 2. Matriz de derecho comparado del procedimiento de Subasta Inversa Electrónica en Ecuador, Chile y Colombia

CATEGORÍA DE ANÁLISIS	ECUADOR	CHILE	COLOMBIA
Categoría 1: Marco Legal			
Legislación específica sobre subastas inversas (Existencia de una ley o reglamento específico que regule las subastas inversas electrónicas)	<p>Resolución del Servicio Nacional de Contratación Pública No. RE-SERCOP-2023-0138</p> <p>En lo demás se sujeta a:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública - Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública - Normativa Secundaria del Sistema Nacional de Contratación Pública 	<p>No existe una legislación específica acerca de la Subasta Inversa Electrónica, sino que está regulado por la normativa de contratación pública estatal que es:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Ley 19886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministros y Prestación de Servicios - Decreto N°250 de 2004 (Reformada en 2020) <p>El 12 de diciembre de 2023 se publicó la modernización de la Ley de Compras Públicas, la misma empieza a regir a partir del 12 de diciembre de 2024</p>	<p>No existe una legislación específica acerca de la Subasta Inversa Electrónica, sino que está regulado por la normativa de contratación pública estatal que es:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Ley 11150 de 2007 que dicta disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos - Decreto 1082 de 2015 que reglamentó el sector administrativo de planeación nacional
Categoría 2: Transparencia			
Publicidad de la convocatoria (Aseguramiento de la transparencia en las convocatorias)	La convocatoria se publica en el portal institucional de Compras Públicas, la entidad contratante realiza la invitación a los proveedores inscritos, en la convocatoria detalla aspectos esenciales del procedimiento como: objeto del proceso, tipo de compra, presupuesto	La convocatoria se publica en el portal ChileCompra por parte de las entidades estatales de acuerdo con sus necesidades, la publicación establece el procedimiento a seguir, los requisitos y condiciones para participar, con información respecto a los bienes a subastar, las condiciones del proceso, el	La convocatoria se publica en el portal SECOP II, en el que las entidades estatales realizan sus procesos de contratación en línea, la publicación de la convocatoria incluye los siguientes detalles: Bienes o servicios a adquirir, monto mínimo requerido para la subasta y condiciones mínimas de las ofertas.

de subasta inversa electrónica y publicación de los detalles necesarios para participar)	referencial, forma de pago, tipo de adjudicación, plazo de entrega, vigencia de oferta, variación mínima de la oferta durante la puja, cronograma de las actuaciones del proceso (Incluyendo la fecha estimada para la adjudicación de la compra) Además, la convocatoria en el portal contiene archivos de importancia para el procedimiento como los pliegos donde se especifican las condiciones técnicas del objeto de contratación y las obligaciones de las partes. Los detalles necesarios para participar son los determinados por la ley.	presupuesto referencia y los criterios de evaluación. Para poder visualizar las convocatorias los oferentes deben estar registrados en ChileCompra.	
Acceso a la información (Igualdad de condiciones de los participantes para acceder a la información)	El acceso a la información es equitativo y no se encuentra limitado por ningún factor, toda la información relevante sobre el procedimiento de Subasta Inversa Electrónica está disponible no solo para los participantes potenciales, sino también para el público en general a través del portal de Compras Públicas.	La información sobre un procedimiento de Subasta Inversa Electrónica es accesible para los potenciales oferentes que se encuentran debidamente inscritos en el portal ChileCompra, teniendo todos los participantes acceso a la misma información clara y accesible en el portal.	En la plataforma SECOP II se establece la información relevante del procedimiento con una difusión amplia, a estos datos pueden acceder no únicamente los oferentes registrados, sino también el público en general
Categoría 3: Equidad			
Igualdad de condiciones (Garantía que todos los participantes tengan las mismas)	La igualdad de condiciones está garantizada en la normativa de contratación pública como principio fundamental, asegurando que todos los participantes tengan las mismas oportunidades y condiciones, todos los participantes deben presentar las mismas garantías, los montos	La igualdad de condiciones está reconocida en el marco normativa de contratación pública, lo cual asegura que los participantes tengan las mismas oportunidades y condiciones, los oferentes deben presentar las mismas garantías, los montos o porcentajes son iguales, la forma de presentación de las ofertas	El marco normativo de contratación pública en Colombia reconoce que en los procedimientos de contratación pública todos los participantes lo harán en igualdad de condiciones, todos los participantes se sujetan a los mismos requisitos y el procedimiento es igual, los plazos, presentación de ofertas, garantías no cambian,

<p>oportunidad y condiciones para participar en el procedimiento)</p>	<p>referenciales y porcentajes mínimos a rebajar en la puja son iguales para los oferentes en razón del valor de la oferta o del contrato, las garantías y ofertas son presentadas de la misma forma por todos oferentes, se acogen a los mismos plazos y lo realizan en la misma plataforma. El objeto de contratación para todos los oferentes es el mismo, respecto al objeto de contratación se establecen las condiciones técnicas mínimas que debe cumplir el bien o servicio normalizado, sin embargo, esta igualdad de condiciones en cierta medida se puede ver afectado para proveedores extranjeros o bienes o servicios con dichas características pues de no tenerlo se puede descalificar la oferta.</p>	<p>es la misma para todos los participantes, se acogen a los mismos plazos y todos presentan sus ofertas en la plataforma Chile Compra. El objeto de contratación se encuentra estandarizado y todos los oferentes deben cumplir con las condiciones técnicas mínimas requeridas</p>	<p>los criterios de evaluación son objetivos y todos los oferentes participarán en la plataforma SECOP II, en este procedimiento no se hace una diferenciación de productos y servicios nacionales, sino que inclusive los oferentes extranjeros tienen las mismas oportunidades</p>
<p>Mecanismos de impugnación (Existencia de mecanismos claros y accesibles para impugnar decisiones durante el proceso de subasta)</p>	<p>Los oferentes pueden interponer en sede administrativa recursos dentro de la fase precontractual, en primer lugar está el reclamo, posteriormente el recurso de reposición ante el mismo órgano que dictó la resolución que resuelve el reclamo cuando se afecten derechos subjetivos directos del oferente, una vez resuelto se agota la vía administrativa, de los actos administrativos que tienen lugar a partir de la firma del contrato no existen mecanismos de impugnación en sede administrativa, sino en la vía judicial</p>	<p>Los oferentes respecto a las decisiones tomadas durante los procedimientos de Subasta Inversa Electrónica pueden presentar reclamos administrativos ante la entidad al considerar que ha sido afectados por dichas decisiones, también los oferentes podrán presentar un recurso de reposición que consiste en la revisión de estas decisiones administrativas ante la entidad contratante o jerárquicos ante la autoridad superior; si es que el reclamo administrativo o recurso de reposición los oferentes pueden impugnar mediante la vía judicial mediante el Tribunal de Contratación Pública.</p>	<p>Los oferentes pueden impugnar el acto de adjudicación pueden interponer un recurso administrativo de reposición, en el plazo de 10 días desde que se notificó el acto de adjudicación, además los oferentes pueden impugnar la legalidad del procedimiento ante la jurisdicción contencioso – administrativa (Conformada por los juzgados administrativos, tribunales administrativo y finalmente el Consejo de Estado en ese orden), mediante acciones de nulidad, acciones de nulidad y restablecimiento del derecho y acciones de tutela.</p>

	mediante un procedimiento contencioso administrativo.		
Categoría 4: Eficacia			
<p>Tiempo de resolución (Tiempo promedio que toma completar un procedimiento de SIE desde la convocatoria hasta la adjudicación)</p>	<p>Entre 15 y 30 días plazo</p> <ul style="list-style-type: none"> - Convocatoria y publicación de pliegos: 1 día - Preguntas, respuestas y aclaraciones: 3 días - Entrega de ofertas: 5-7 días desde la convocatoria - Convalidación de errores: 2-5 días - Calificación de participantes: 2-3 días - Oferta inicial: 1 día - Puja: 15-30 minutos (en el día programado) - Adjudicación: 1-3 días después de la puja 	<p>Entre 20 y 45 días plazo</p> <ul style="list-style-type: none"> - Publicación de la licitación: 1 día - Periodo de consultas y aclaraciones: 5-10 días - Cierre de recepción de ofertas: 10-20 días desde la publicación - Apertura de ofertas: 1 día - Evaluación de ofertas: 5-10 días - Adjudicación: 1-3 días después de la evaluación 	<p>Entre 25 y 45 días calendario</p> <ul style="list-style-type: none"> - Publicación del aviso de convocatoria y proyecto de pliego: 5 días - Publicación de pliegos definitivos: 1 día - Presentación de observaciones: 3 días - Respuesta a observaciones: 2-3 días - Plazo para presentar ofertas: Mínimo 5 días - Evaluación de ofertas: 3-5 días - Publicación del informe de evaluación: 3 días - Observaciones al informe de evaluación: 3 días - Audiencia de subasta inversa: 1 día - Adjudicación: 1-3 días después de la subasta
<p>Resultados económicos (Ahorros significativos en costos)</p>	<p>Los precios finales adjudicados llegan a ser hasta un 20-30% más bajos que el presupuesto referencial</p> <p>Entre los ahorros significativos del procedimiento está:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Reducción de gastos de papelería y gastos de impresión - Disminución del tiempo invertido por el personal en procesos manuales 	<p>Los precios finales adjudicados llegan a ser hasta un 10-30% más bajos que el presupuesto referencial</p> <p>Entre los ahorros significativos del procedimiento está:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Reducción de gastos de papelería y gastos de impresión - Disminución del tiempo invertido por el personal en procesos manuales 	<p>Los precios finales adjudicados llegan a ser hasta un 20-30% más bajos que el presupuesto referencial</p> <p>Entre los ahorros significativos del procedimiento está:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Reducción de gastos de papelería y gastos de impresión - Disminución del tiempo invertido por el personal en procesos manuales

	<ul style="list-style-type: none"> - Menor de necesidad de espacios físicos para almacenamiento de documentación - Reducción de costos asociados a la logística en reuniones presenciales. 	<ul style="list-style-type: none"> - Menor de necesidad de espacios físicos para almacenamiento de documentación - Reducción de costos asociados a la logística en licitaciones presenciales. 	<ul style="list-style-type: none"> - Menor de necesidad de espacios físicos para almacenamiento de documentación - Reducción de costos asociados a la logística en reuniones presenciales.
Categoría 5: Eficiencia			
Costos administrativos (Costos administrativos asociados a la realización de SIE)	<ul style="list-style-type: none"> - Inversión inicial del portal Compras Públicas - Mantenimiento de la plataforma para asegurar su funcionamiento y seguridad - Capacitación al personal gubernamental - Personal Administrativo que gestiona el procedimiento de Subasta Inversa Electrónica - Costos operativos como energía, conectividad y soporte técnico - Costos de preparación y publicación del procedimiento 	<ul style="list-style-type: none"> - Inversión inicial del portal ChileCompra - Mantenimiento de la plataforma para asegurar su funcionamiento y seguridad - Capacitación al personal gubernamental - Personal Administrativo que gestiona el procedimiento de Subasta Inversa Electrónica - Costos operativos como energía, conectividad y soporte técnico - Costos de preparación y publicación del procedimiento - Gastos asociados a la realización de auditoría regulares para garantizar la transparencia y eficiencia 	<ul style="list-style-type: none"> - Inversión inicial del portal SECOP II - Mantenimiento de la plataforma para asegurar su funcionamiento y seguridad - Capacitación al personal gubernamental - Personal Administrativo que gestiona el procedimiento de Subasta Inversa Electrónica - Costos operativos como energía, conectividad y soporte técnico - Costos de preparación y publicación del procedimiento - Gastos asociados a la realización de auditoría regulares para garantizar la transparencia y eficiencia del sistema
Recursos tecnológicos (Nivel de infraestructura tecnológica que se requiera para la SIE, si es accesible para	La Subasta Inversa Electrónica se da mediante el Portal de Compras Públicas que es administrado por el SERCOP, en esta plataforma digital se da la interacción entre las entidades contratantes y los proveedores, su diseño busca ser accesible, todos los oferentes pueden acceder al sistema desde cualquier lugar con conexión	La Subasta Inversa Electrónica se da mediante el portal Mercado Público, parte del sistema ChileCompra, en esta plataforma digital se da la interacción entre las entidades contratantes y los proveedores, esta plataforma en línea permite el acceso desde cualquier lugar con conexión a internet, para participar los proveedores deben estar registrados en el	La Subasta Inversa Electrónica se da mediante la plataforma SECOP II, para poder participar en los procedimientos los oferentes deben contar con acceso a internet, dispositivos aptos para acceder a la plataforma y habilidades básicas en el manejo de herramientas digitales básicas, el gobierno colombiano ofrece capacitaciones y recursos de soporte técnico

<p>todos los interesados)</p>	<p>a internet. Los proveedores para participar como requisito deben estar registrados en el Registro Único de Proveedores (RUP), contar con un dispositivo con acceso a internet, navegadores web actualizados (Chrome, Firefox o Edge), firma electrónica, el Módulo Facilitador de la Contratación Pública MFC para la realización de ofertas y habilidades para manejar herramientas digitales, para reducir la posible brecha tecnológica existen diferentes capacitaciones y tutoriales para el uso de la plataforma, la participación de los proveedores puede verse limitada principalmente por la desigualdad en el acceso a internet y la falta de dispositivos adecuados</p>	<p>sistema y contar con un dispositivo con acceso a internet y habilidades para manejar herramientas digitales, la infraestructura tecnológica es bastante accesible para la mayoría de interesados, pues Chile ha hecho en inversión significativa en su infraestructura digital, con una alta penetración de internet en el país y esfuerzos gubernamentales continuos para proporcionar capacitación y soporte.</p>	<p>tales como guías, tutoriales y asistencia técnica. Los proveedores para participar como requisito deben contar con acceso a estable a internet, un dispositivo adecuado, firma electrónica y las habilidades para este manejo, en este contexto aún existe una brecha regional referente al acceso a internet, pues las zonas rurales o remotas cuentan con infraestructuras limitadas, así mismo la calidad y estabilidad de la conexión a internet es un desafío en ciertas regiones al no tener una conexión confiable, sin embargo, la normativa colombiana permite que si una entidad no cuenta con la infraestructura tecnológica adecuada, la subasta se puede dar de manera presencial.</p>
-------------------------------	--	--	--

Categoría 6: Libertad Contractual

<p>Autonomía de las partes (Medida en que los participantes tienen libertad para negociar términos y condiciones en el procedimiento)</p>	<p>La autonomía tanto de la entidad contratante como de los proveedores se encuentra limitada por la normativa vigente. La entidad contratante se encarga de la estandarización de los bienes y servicios a adquirir, para utilizar el procedimiento el monto mínimo debe ser mayor al 0,0000002 del Presupuesto inicial del Estado, teniendo la entidad la libertad para declarar desierto el procedimiento a discrecionalidad en los casos previstos por la ley.</p>	<p>La autonomía tanto de la entidad contratante como de los proveedores se encuentra limitada por la normativa vigente. La entidad contratante se encarga de la estandarización de los bienes y servicios a adquirir, tiene la libertad para declarar desierto el procedimiento a discrecionalidad en los casos previstos por la ley, así mismo puede instaurar una etapa de negociación previa con los oferentes preseleccionados sobre aspectos técnicos y económicos y realizar modificaciones a las bases previo a la apertura de ofertas.</p>	<p>La autonomía tanto de la entidad contratante como de los proveedores se encuentra limitada por la normativa vigente. La entidad contratante se encarga de la estandarización de los bienes y servicios a adquirir, la entidad puede declarar desierto el procedimiento a discrecionalidad en los casos previstos por la ley. Los proveedores ostentan la libertad de presentar observaciones a los pliegos, así como ofertar cumpliendo las condiciones mínimas, los oferentes pueden retirar su oferta antes del cierre del procedimiento, posterior pueden</p>
---	--	--	---

	<p>Los proveedores ostentan la libertad de presentar observaciones a los pliegos, así como ofertar cumpliendo las condiciones mínimas y pujar hacia la baja durante la subasta o en caso de solo existir una oferta técnica calificada pasar a la fase de negociación para mejorar el precio.</p>	<p>Los proveedores pueden pedir aclaraciones respecto a las bases, ostentan la libertad de en su oferta presentar propuestas que mejoren las condiciones mínimas establecidas en las bases, pueden mejorar los aspectos técnicos y económicos en la etapa de negociación previa, en la etapa de la puja pueden mantener su precio o menorarlo de forma estratégica. Cuando ninguna oferta resulta conveniente se da una negociación directa con el proveedor que haya presentado la oferta más ventajosa.</p>	<p>pujar hacia la baja durante la subasta ofertando respecto a precios, lo cual se ve restringido ya existe un margen mínimo de mejora que deben cumplir los participantes. En caso de empate se aplican criterios definidos por la ley.</p>
--	---	---	--

Autoría Propia (Oñate, 2024)

4.1.2.2. Análisis matriz de derecho comparado entre Ecuador, Chile y Colombia.

Los tres países demuestran gran eficiencia en sus sistemas de Subasta Inversa Electrónica, respecto al tiempo que transcurre desde la fase preparatoria a la etapa contractual el procedimiento Ecuador es el más rápido al formularlo entre 15 y 30 días, mientras Colombia es el más lento al demorarse entre 25 y 45 días, a la vez se permite un ahorro significativo al lograr entre un 20 y 30% de precios más bajos que el presupuesto referencia.

En términos de eficiencia la inversión en plataformas digitales permite la reducción de costos operativos para la ejecución del procedimiento, los recursos tecnológicos como las plataformas electrónicas permiten una gestión más eficiente del proceso. Sin embargo, existen desafíos en cuanto a la accesibilidad en zonas rurales o con infraestructura limitada, especialmente en Colombia. A través de estas plataformas que se usan también para publicar convocatorias y detalles del proceso, se aumenta la transparencia y la participación, respecto a los medios de impugnación vemos que, si bien los tres países cuentan con un sistema para hacerlo en primer lugar en sede administrativa y posteriormente en sede judicial, Chile destaca en el aspecto que ha implementado tribunales especializados en contratación pública.

Haciendo referencia directamente a la libertad contractual vemos que en los tres países se encuentra limitada, no solamente para los proveedores, sino también para las entidades contratantes que sus actuaciones deben basarse en el principio de legalidad, en estricta vigilancia a la ley, en Ecuador la entidad contratante tiene cierta libertad para declarar desierto el procedimiento. Los proveedores pueden presentar observaciones y pujar a la baja; en Chile se permite una etapa de negociación previa y modificaciones a las bases, los proveedores tienen más libertad para mejorar aspectos técnicos y económicos; en Colombia: Similar a Ecuador, se cuenta con la posibilidad de declarar desierto el procedimiento y libertad de los proveedores para presentar observaciones y pujar.

De estos datos podemos deducir que se pueden implementar ciertas mejoras, como el de la flexibilidad en la negociación que ha establecido el ordenamiento chileno al permitir una etapa de negociación previa en donde no sólo se topa el criterio económico, sino también aspectos técnicos que permiten que los procedimientos de contratación tengan mejores resultado, no sólo respecto al ahorro sino a la mejor forma de solventar la necesidad que originó el procedimiento, respecto al tiempo de resolución Ecuador tiene el proceso más rápido. Colombia y Chile podrían optimizar sus plazos para mejorar la eficiencia.

Los sistemas de Subasta Inversa Electrónica en Ecuador, Chile y Colombia muestran un alto grado de eficacia y eficiencia, con algunas limitaciones en la libertad contractual debido a la normativa vigente. Las mejoras potenciales se centran en aumentar la flexibilidad en la negociación, optimizar los tiempos de resolución, mejorar la accesibilidad tecnológica, establecer criterios claros de desempate y fortalecer los programas de capacitación y soporte. La implementación de estas mejoras podría llevar a un equilibrio más efectivo entre la eficiencia del proceso y la libertad contractual de las partes involucradas.

4.1.3. Relación contractual entre el Estado y los proveedores en los procedimientos de Subasta Inversa Electrónica.

4.1.3.1. Resumen Entrevistas

4.1.3.1.1. Entrevista 1

No existe libertad contractual en los procedimientos de contratación pública en Ecuador, lo cual se justifica por la naturaleza y finalidad del Estado de buscar el bienestar común, a pesar de ello, las facultades estatales en la contratación pública no afectan la capacidad de negociación, ya que los proveedores participan voluntariamente conociendo las condiciones. Las facultades exorbitantes no están adecuadamente reguladas para garantizar un equilibrio justo en la relación contractual, se lo cual destaca la necesidad de mecanismos que permitan al ciudadano reaccionar frente al incumplimiento del Estado.

Referente a la subasta inversa electrónica, no se considera que el diseño de pliegos y condiciones afecte el principio de concurrencia, ya que estas se basan en requisitos técnicos necesarios. Definitivamente no existe igualdad, equidad y equilibrio en las relaciones contractuales públicas entre el Estado y los proveedores, pues se considera necesario que el Estado mantenga cláusulas exorbitantes para alcanzar el bien común, sin embargo, el ejercicio de estas facultades inobservando el principio de legalidad, es criticado por su mal uso. El entrevistado enfatiza la necesidad de un Estado fuerte con ciertas prerrogativas, pero también la importancia de establecer mecanismos que protejan a los proveedores y permitan una relación más equilibrada en la contratación pública.

4.1.3.1.2. Entrevista 2

No existe libertad contractual en la contratación pública en Ecuador. El proveedor solo puede negociar el precio, mientras que el Estado establece todas las demás condiciones, las facultades estatales, especialmente el establecimiento de pliegos, afectan la capacidad de negociación de los proveedores, de tal manera que las facultades del Estado no están adecuadamente reguladas para garantizar un equilibrio justo en la relación contractual. Hay una falta de mecanismos efectivos para que los proveedores reclamen sus derechos.

En la subasta inversa electrónica, el diseño de pliegos puede incidir en el principio de concurrencia, dependiendo de cómo las entidades contratantes establezcan las condiciones. No existe igualdad, equidad ni equilibrio en las relaciones contractuales públicas entre el Estado y los proveedores. Los proveedores enfrentan dificultades, especialmente en cuanto a pagos y mecanismos de reclamo; el principio de interés general faculta al Estado a establecer cláusulas exorbitantes, pero se cuestiona el límite de esta facultad. El entrevistado enfatiza la necesidad de equilibrar la relación entre el Estado y los proveedores, y de mejorar los mecanismos para que los proveedores puedan hacer efectivos sus derechos.

4.1.3.1.3. Entrevista 3

En los contratos públicos, la libertad contractual del proveedor está limitada al contenido de su oferta, pero no puede alterar las condiciones del modelo de contrato estándar

emitido por el SERCOP, el contrato público es en gran medida un contrato de adhesión donde el proveedor tiene poca capacidad de negociar las cláusulas, lo cual beneficia al Estado al diseñar estipulaciones favorables, pero limita al proveedor en aspectos que podrían ser injustos.

Respecto a las facultades estatales que afectan la libertad contractual se establece que las multas contractuales son necesarias pero deben aplicarse oportunamente y ser proporcionales al incumplimiento, la cláusula de terminación unilateral es importante para que el Estado pueda sancionar a contratistas incumplidores, recuperar recursos e inhabilitar a empresas que no merecen contratar con el Estado, la fiscalización y aplicación de sanciones por parte de funcionarios públicos a veces carece de un análisis de legalidad, racionalidad y proporcionalidad.

Debería implementarse otro modelo donde no se considere que la mejor oferta es la más barata, pues esto podría inclusive ser perjudicial para el Estado si es que la ejecución del contrato no cumple con los estándares que permitan la vigencia de la obra durante un tiempo considerable, por lo que debería existir una etapa de negociación entre adjudicación y firma del contrato para que el proveedor pueda aportar al diseño de cláusulas.

El SERCOP debería ser menos técnico y permitir modificar ciertas cláusulas que no afecten al Estado, pero eviten ahogar al contratista, es clave que los funcionarios públicos encargados de la contratación tengan una sólida formación en derecho administrativo sancionador.

4.1.3.1.4. Entrevista 4

No existe libertad contractual en la contratación pública en Ecuador, ya que los procesos son reglados y se basan en modelos de documentos obligatorios del SERCOP, las facultades estatales, como el establecimiento de pliegos y la terminación unilateral del contrato, limitan la capacidad de negociación de los proveedores, pero esto se justifica por el principio de legalidad y la búsqueda del bienestar común que persigue el Estado. Aunque las facultades del Estado buscan garantizar objetividad y legalidad, no siempre se logra un equilibrio justo en la relación contractual debido a las prerrogativas exorbitantes del Estado.

En la subasta inversa electrónica, el diseño de pliegos y condiciones puede incidir en el principio de concurrencia si se establecen requisitos muy exigentes o injustificados, no existe igualdad en las relaciones contractuales públicas entre el Estado y los proveedores debido a las facultades exorbitantes de la administración. El principio de interés general justifica que el Estado establezca cláusulas exorbitantes para alcanzar el bien común. Aunque las prerrogativas del Estado son necesarias para proteger el interés público, es importante buscar mecanismos que proporcionen más equilibrio y protección a los contratistas en situaciones excepcionales.

4.1.3.1.5. Entrevista 5

No existe libertad contractual en la contratación pública en Ecuador. El Estado impone las condiciones en función del interés general, las facultades estatales como el

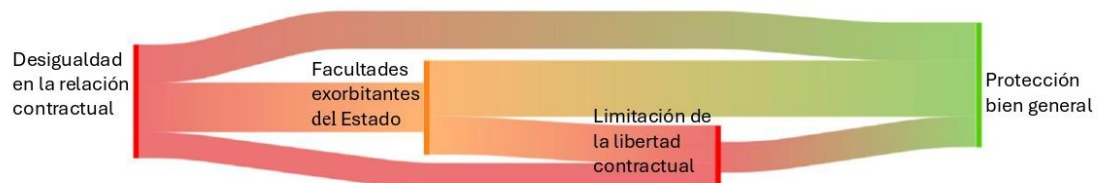
establecimiento de pliegos y la terminación unilateral del contrato no afectan la libertad contractual, ya que se justifican por la necesidad de salvaguardar los recursos públicos. No hay un equilibrio en la relación contractual entre el Estado y los proveedores, pero esto se justifica por el principio de legalidad y el interés general.

En la subasta inversa electrónica, el diseño de pliegos puede incidir en el principio de concurrencia si se establecen perfiles muy específicos, no existe igualdad en las relaciones contractuales públicas entre el Estado y los proveedores, y no debe haberla debido al principio de legalidad y la protección del interés público. El principio de interés general justifica que el Estado establezca cláusulas exorbitantes para alcanzar el bien común.

Aunque no existe igualdad en la relación contractual, esto se justifica por la necesidad de proteger el interés público y los recursos del Estado. Sin embargo, reconoce la necesidad de simplificar y mejorar el sistema de contratación pública para hacerlo más eficiente y proporcionar mayor seguridad jurídica.

4.1.3.2. Análisis diagrama de Sankey acerca de la relación contractual entre el Estado y los proveedores.

Figura 10.Diagrama de Sankey relación contractual entre Estado y proveedores



Fuente: Entrevistas.

Realizado por: Nagelly Belén Oñate Aldaz a través de Atlas Ti.

En este apartado se utiliza un diagrama de Sankey con la finalidad de representar los flujos y relaciones entre los datos cualitativos recabados mediante entrevistas a través de una herramienta visual (Riehmman et al., 2005).

A partir del gráfico se puede aseverar la interrelación entre los diferentes conceptos, la desigualdad en la relación contractual tiene correspondencia con las facultades exorbitantes del Estado y la limitación de la libertad contractual. Las facultades exorbitantes del Estado tienen como efecto la desigualdad en la relación contractual como consecuencia de que la protección del bien general es el objetivo que maneja. La limitación de la libertad contractual se muestra como consecuencia de la protección del bien general, de acuerdo con los flujos estaría influenciada por la desigualdad en la relación contractual. Finalmente, la protección del bien general al codificarse se entiende como un resultado esperado en el cual confluyen las facultades exorbitantes del Estado y la limitación de la libertad contractual

El diagrama ilustra cómo la desigualdad en la relación contractual como elemento propio de la contratación pública, conlleva a la existencia de facultades exorbitantes del Estado y limitación en la libertad contractual, factores que al confluir se orientan a la protección del bien general, lo cual sugiere una dinámica donde las asimetrías en las relaciones contractuales y las prerrogativas estatales impactan la libertad contractual de los contratistas, todo en función de un objetivo más amplio de protección del interés público.

4.1.3.2.1. Desigualdad en la relación contractual

El Estado tiene una posición de superioridad frente al contratista debido a sus facultades exorbitantes, lo que genera una relación de subordinación en lugar de coordinación, de tal manera que los proveedores tienen poca o nula capacidad para negociar o modificar las condiciones contractuales, ya que el Estado establece unilateralmente las cláusulas y condiciones; a la vez, vemos la existencia de mecanismos de defensa limitados, los contratistas tienen opciones limitadas para defender sus derechos, siendo el principal recurso el proceso contencioso administrativo, que suele ser largo y costoso.

El Estado tiene la facultad de imponer multas y sanciones de manera unilateral, mientras que el contratista debe recurrir a procesos judiciales para reclamar sus derechos, de igual manera el Estado puede terminar contratos de forma unilateral, mientras que el contratista debe seguir procesos legales complejos y largos para lograr lo mismo, teniendo como consecuencia que no existen suficientes herramientas legales para que los contratistas puedan hacer frente a situaciones imprevistas que afecten el equilibrio económico del contrato.

Aunque justificada, la prevalencia del interés público sobre el particular puede llevar a situaciones donde se vulneren los derechos del contratista, se señala los avances de la normativa, sin embargo, la mala aplicación de la misma hace que no se garantice un equilibrio justo en la relación contractual. Se sugieren cambios como la implementación de mecanismos de solución de controversias más ágiles, la creación de tribunales especializados en contratos públicos, y la introducción de figuras como el equilibrio económico del contrato, puesto que indudablemente, se requiere de cierto nivel de desigualdad para proteger el interés público y los recursos del Estado, pero se enfatiza la necesidad de encontrar un mejor equilibrio.

4.1.3.2.2. Facultades exorbitantes del Estado

Las facultades exorbitantes estatales se fundamentan en el principio de que el interés general prevalece sobre el particular, el Estado las ejerce para proteger el bien común y satisfacer las necesidades públicas. Estas prerrogativas especiales que el Estado posee en los contratos públicos lo colocan en una posición de superioridad frente al contratista privado. Entre estas facultades encontramos el establecer unilateralmente las condiciones del contrato, imponer multas y sanciones, terminar unilateralmente el contrato, modificar ciertas condiciones contractuales.

Las facultades exorbitantes del Estado, a pesar de desequilibrar la relación contractual en favor de la administración pública, dejando en desventaja a los proveedores,

también están limitadas. Este límite está constituido por los principios de contratación pública, principalmente en el principio de legalidad, es decir que estas facultades deben ejercerse bajo los límites legales y no de forma arbitraria, las decisiones estatales deben estar debidamente motivadas.

Aunque se considera que estas facultades son necesarias, se argumenta que debería existir una mejor regulación para garantizar un equilibrio más justo en la relación contractual, específicamente respecto a los mecanismos de defensa del contratista, pues tienen opciones limitadas y muy burocráticas para defenderse, como el proceso contencioso administrativo, que suele ser largo y costoso.

En las distintas entrevistas se pudo verificar que existe discusión sobre hasta dónde deben llegar estas facultades y cómo equilibrarlas con los derechos de los contratistas, sin embargo, existe la certeza que al menos en el corto y mediano plazo, estas facultades seguirán siendo necesarias en el Sistema Nacional de Contratación Pública del Ecuador, más allá de lo relativo a la normativa, debido a la cultura de la sociedad ecuatoriana y una permanente crisis moral en el manejo de fondos públicos.

4.1.3.2.3. Limitación a la libertad contractual

No existe una verdadera libertad contractual en los procedimientos de contratación pública, el Estado establece unilateralmente las condiciones a través de los pliegos y modelos de contrato; esta limitación se justifica por el interés general que el Estado debe proteger y por la necesidad de salvaguardar los recursos públicos.

El proveedor tiene muy poca capacidad de negociación, en la mayoría de los casos, solo puede determinar el precio, mientras que el resto de las cláusulas son de adhesión.

Los contratos públicos, son contratos de adhesión por naturaleza, donde el proveedor no puede alterar las condiciones establecidas por el Estado. Esta situación se basa en el principio de legalidad y en la naturaleza reglada de los procedimientos de contratación pública.

Se reconoce una desigualdad inherente entre el Estado y el proveedor, donde el interés público se superpone al interés particular, por lo que se tiene la presencia de cláusulas exorbitantes que dan al Estado poderes especiales, como la capacidad de terminar unilateralmente el contrato, a pesar de estas limitaciones, se argumenta que los proveedores participan voluntariamente en estos procesos, aceptando las condiciones al presentar sus ofertas.

La libertad contractual está significativamente limitada en la contratación pública ecuatoriana, principalmente para proteger el interés público y los recursos del Estado, aunque esto genera debates sobre el equilibrio y la equidad en estas relaciones contractuales.

4.1.3.2.4. Protección del bien general

El Estado tiene facultades especiales que se denominan exorbitantes, en los contratos públicos para proteger el interés general y el bien común. Estas facultades se justifican porque el Estado busca el bienestar colectivo.

Las prerrogativas del Estado se consideran necesarias para salvaguardar los recursos públicos, garantizar el cumplimiento de los contratos y atender las necesidades de interés general. A pesar de ello se reconoce que debe haber un equilibrio, de tal manera que la aplicación de estas facultades se ciña al principio de legalidad para evitar abusos; no se puede equilibrar por completo la relación contractual entre el Estado y sus proveedores, pero si se debe establecer mecanismos que permitan a los contratistas defender sus derechos

No existe una verdadera libertad de contratación o igualdad entre las partes en los contratos públicos. El Estado impone las condiciones basándose en el interés general, se enfatiza que el éxito de un contrato público no está en imponer condiciones duras al contratista, sino en facilitar el cumplimiento del objeto contractual; por lo que es importante el cumplimiento de los principios de contratación pública, entre ellos la legalidad, la concurrencia y la búsqueda del "precio justo" en lugar de simplemente la oferta más barata. Se considera que estas facultades especiales del Estado son necesarias y justificadas, pero su aplicación debe ser cuidadosa y proporcionada.

4.1.3.3. Propuestas de reforma

Los diferentes entrevistados establecieron varias propuestas de reformas que pueden establecerse con el fin de mejorar la relación contractual entre el Estado y sus proveedores, de tal forma que se protejan los intereses públicos sin establecer esta relación en condiciones de igualdad pero sí equilibrando de tal manera que los proveedores puedan tener mecanismos de protección frente a las facultades exorbitantes del Estado, que si bien es cierto, tienen una regulación normativa correcta, en la práctica se ven tergiversadas, siendo su ejecución errónea y perjudicial para los proveedores, estas propuestas de reforman se pueden analizar en las siguientes categorías: Mejoras en la gestión financiera y presupuestaria, optimización de procesos de contratación, resolución de conflictos y controversias, flexibilidad contractual, transparencia y anticorrupción, responsabilidad y rendición de cuentas.

4.1.3.3.1. Optimización procesos de contratación.

Mejora de consultas previa de mercado, gran parte del problema en la contratación pública radica en los estudios, términos de referencia, especificaciones técnicas y pliegos que a menudo resultan inadecuados, que muchas instituciones públicas no conocen bien todos los objetos contractuales disponibles en el mercado, limitándose a lo que tradicionalmente han venido comprando, estas prácticas se dan por desconocimiento o de forma intencional para limitar la competencia beneficiando a cierto proveedores, por lo cual, deben existir consultas previas de mercado más efectivas para que el mercado informe a las instituciones sobre las opciones disponibles que puedan satisfacer sus necesidades, implementando un cambio de enfoque, de tal manera que en lugar de centrarse en objetos

contractuales específicos a concentrarse en necesidades contractuales, permitiendo que el mercado proponga soluciones innovadoras para satisfacer esas necesidades.

En la misma línea de pensamiento se encuentra el cambio en los criterios de selección de ofertas, actualmente se favorece la oferta más barata, sin embargo, esto no siempre es lo más conveniente para el Estado pues se pueden dar ofertas irreales que resulten en contratos inejecutables al tener un precio bajo, resultaría beneficioso que se implementara el precio justo como criterio más adecuado, las comisiones técnicas deben evaluar si una oferta muy baja es realmente viable teniendo en cuenta que no se sacrifique la calidad en función del precio, sin considerar que puede ser lo más beneficioso a largo plazo, para lo cual debe cambiarse la mentalidad en que se tiene la percepción de que si algo tiene un mayor costo implica automáticamente corrupción o sobreprecio.

4.1.3.3.2. Resolución de conflictos y controversias

Los entrevistados concordaron en la necesidad de la implementación de mecanismos de solución de controversias más ágiles, pues resulta inevitable para que la relación contractual entre el Estado y sus proveedores no sea igual pero sí justa mejorar el proceso de resolución de contratos. Entre las propuestas se establece medios alternativos de solución de conflictos dentro del SERCOP para que no represente costos elevados para el proveedor, en ese caso serían un centro de mediación especializado y un centro de arbitraje especializado en contratación pública.

Las controversias de contratación pública se tratan mediante a través del procedimiento contencioso administrativo, sin embargo, esto resulta bastante demorado, el contencioso administrativo no se da abasto para manejar todos los casos, en una entrevista se explicaba que para tener una audiencia en este procedimiento tratando acerca de un procedimiento de contratación pública se había demorado diez años desde la interposición de la demanda, por lo que, se sugirió que no todos los contratos públicos deberían pasar necesariamente por el contencioso administrativo, para lo cual a más de los medios alternativos de solución de conflictos se debería tomar el ejemplo de otros países en los que existen juzgados o tribunales especializados en contratos públicos, por lo que se debería considerar la implementación de algo similar en Ecuador o que se establezca que cuando se trate de los derechos de los proveedores se dé más agilidad a las causas, con una prelación preferente, en busca de agilizar la resolución de conflictos, similar a cómo se manejan las acciones de protección.

4.1.3.3.3. Flexibilidad contractual

Se reconoce la necesidad de introducir mayor flexibilidad en los contratos públicos, especialmente ante circunstancias imprevistas, en virtud de esto se propone introducir la figura del "equilibrio económico del contrato" en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCOP), el uso de esta figura permitiría ajustar los términos del contrato cuando las condiciones cambian drásticamente ante circunstancias imprevistas como la pandemia que puedan afectar la ejecución de contratos, debido a que no se puede obligar a un contratista a ejecutar un contrato bajo las mismas condiciones cuando han

ocurrido cambios significativos, por lo que cabría una posible renegociación del contrato, firma de contratos complementarios y adendas modificatorias para ajustar cuestiones técnicas necesarias.

El flexibilizar el contrato permite que a pesar de circunstancias imprevistas siga siendo beneficioso económicamente para el contratista, evitando una afectación en la que el contratista se vea obligado a ejecutar un contrato a pérdida, siempre y cuando el ajuste sea debidamente justificado, pues no se trata de dar carta blanca para modificar contratos, sino de permitir ajustes necesarios ante circunstancias extraordinarias que deben determinarse en la ley para que la administración pública las aplique en razón del principio de legalidad.

4.1.3.3.4. Transparencia y anticorrupción

La contratación pública al manejar fondos estatales debe prever varios riesgos que nunca van a desaparecer por completo, pero pueden ser cubiertos, parte de este análisis conlleva a la idea de que se establezca como requisito que todo proveedor del Estado debería tener la calificación ISO 37001 de prácticas anticorrupción, esto implicaría que las empresas demuestren tener normativas internas contra la corrupción y prácticas de compliance.

Así mismo, se sugiere un control concurrente, en el que de manera simultánea Contraloría, Procuraduría y SERCOP actúen como asesores en la contratación pública, para evitar problemas antes de que se consumen los hechos, en lugar de solo realizar controles posteriores, se debe fortalecer el papel de estas instituciones no sólo dotándolas de más recursos, sino también, de más capacidades, esta opción podría ser parte del inicio de un cambio que debe ser inclusive cultura, existe una tendencia a naturalizar el robo y la corrupción en la sociedad, socialmente un corrupto es menos discriminado que otros grupos y en muchos casos sus actos quedan la impunidad y se vuelven a repetir al no tener consecuencias reales.

4.2. Discusión

La presente investigación examina cómo las facultades del Estado impactan la libertad contractual de los contratistas en el marco del procedimiento de Subasta Inversa Electrónica en Ecuador. Los resultados destacan que las prerrogativas especiales del Estado otorgan a las entidades públicas una ventaja considerable, estableciendo una dinámica contractual marcada por una asimetría de poder en favor del Estado, esta situación se justifica por la necesidad de proteger el interés público y salvaguardar los recursos estatales, el análisis no solo aporta una comprensión más profunda de las dinámicas de poder en la contratación pública ecuatoriana, sino que también enfatiza el delicado equilibrio entre el poder estatal y la autonomía de los agentes privados que participan en estos contratos.

Los hallazgos de este estudio revelan que, aunque la Subasta Inversa Electrónica constituye una herramienta eficaz para la adquisición de bienes y servicios, la libertad contractual de los proveedores se ve considerablemente limitada; a través de sus prerrogativas, el Estado se reserva la facultad de imponer condiciones unilaterales, modificar los términos del contrato y fiscalizar estrictamente su cumplimiento (Suárez Bastidas et al., 2024). Esta situación contrasta con el principio de autonomía de la voluntad en el derecho privado y plantea interrogantes sobre el equilibrio adecuado entre la protección del interés público y los derechos de los contratistas, quienes perciben esta intervención estatal como una limitación a su flexibilidad operativa.

La posición dominante del Estado, expresada a través de prerrogativas exorbitantes, genera un desequilibrio significativo, por lo que se plantea el reto de equilibrar la protección del interés público con un trato equitativo para los proveedores. En el caso específico de la Subasta Inversa Electrónica, si bien ha demostrado ser un procedimiento eficiente en términos de ahorro de recursos y agilización de procesos de compra (Ayala Torres, 2011), la exigencia de una adjudicación que reduzca al menos un cinco por ciento del presupuesto referencial impone presión sobre los contratistas, quienes se ven forzados a ofrecer precios bajos que pueden comprometer la calidad de los bienes o servicios y reducir sus márgenes de ganancia a niveles insostenibles. Esto invita a reflexionar sobre si el diseño de estos procedimientos verdaderamente una contratación pública óptima, o si fuese necesario realizar ajustes normativos para lograr un balance más justo en la relación contractual.

Al mismo tiempo, estos hallazgos resaltan un principio fundamental del derecho administrativo: la necesidad de proteger el interés público en la contratación pública, incluso si ello implica limitar la autonomía de los contratistas. La justificación de esta restricción a la libertad contractual se fundamenta en el principio del interés general, el cual debe prevalecer sobre los intereses individuales en el ámbito de la contratación pública (Ferrada Bórquez, 2007). La transparencia y la lucha contra la corrupción son temas transversales en esta discusión. Si bien los procedimientos electrónicos, como la Subasta Inversa Electrónica, han contribuido a una mayor transparencia, aún persisten desafíos en este ámbito. La propuesta de implementar certificaciones como la ISO 37001 para proveedores del Estado refleja una tendencia hacia estándares de integridad más rigurosos en la contratación pública (Duque Botero, 2020).

Comparando estos hallazgos con estudios de derecho comparado en Chile y Colombia, se observa una tendencia similar hacia la limitación de la libertad contractual en función del interés público. Sin embargo, las normativas en estos países permiten ciertas adaptaciones. En Chile, por ejemplo, se incluye una fase de negociación previa en la que los contratistas pueden proponer mejoras a las condiciones técnicas y económicas del contrato. Esta comparación sugiere que en Ecuador podrían implementarse mecanismos que permitan una mayor participación de los contratistas en la formulación de términos contractuales sin comprometer los objetivos de transparencia y eficiencia que sustentan la Subasta Inversa Electrónica.

La importancia de este estudio reside en la búsqueda de un equilibrio entre la eficiencia y transparencia que el Estado debe garantizar y el derecho de los contratistas a una negociación justa y equitativa. Este conflicto entre el interés estatal y la libertad contractual refleja un desafío constante en el derecho de contratos administrativos, particularmente en el contexto de las subastas inversas electrónicas, donde el objetivo es reducir costos y optimizar recursos públicos. La necesidad de mayor flexibilidad contractual, especialmente ante circunstancias imprevistas, es evidente. La introducción de figuras como el "equilibrio económico del contrato" podría proporcionar un mecanismo para ajustar los términos contractuales en situaciones extraordinarias sin comprometer la integridad del proceso de contratación (Fernández Farreres, 2021). Esta flexibilidad podría contribuir a una relación más equilibrada entre el Estado y los proveedores sin sacrificar la protección del interés público.

Otro hallazgo relevante es la percepción de que los mecanismos actuales de resolución de conflictos son insuficientes o ineficaces. La lentitud y complejidad de los procesos contencioso-administrativos, principal vía de reclamación para los proveedores, representan un obstáculo para la defensa efectiva de sus derechos (Oviedo-Albán, 2019). Esta situación sugiere la necesidad de explorar alternativas más ágiles y especializadas para la resolución de disputas en la contratación pública, soluciones como la implementación de centros de arbitraje dentro del SERCOP o la creación de una unidad judicial especializada enfrentan desafíos, como la necesidad de modificaciones legislativas, inversión de fondos públicos, y capacitación de jueces especializados (Díaz Molina, 2022). Estas podrían considerarse soluciones a largo plazo, mientras que una alternativa inmediata sería la introducción de mayor flexibilidad contractual para situaciones imprevistas y el fortalecimiento de los mecanismos de transparencia y anticorrupción.

Una explicación alternativa podría considerar que las limitaciones impuestas por el Estado no necesariamente constituyen una restricción injusta, sino que son mecanismos esenciales para prevenir la corrupción y asegurar una competencia equitativa. Otro enfoque sugiere que una reducción en las prerrogativas estatales podría fomentar mayor autonomía contractual sin comprometer el interés público, lo cual podría explorarse en futuras investigaciones. Sin embargo, esta interpretación debe ponderarse considerando las restricciones que enfrentan los contratistas, quienes podrían beneficiarse de una flexibilidad razonable que favorezca tanto a la administración pública como a los proveedores. En este

sentido, se argumenta que una mayor flexibilidad permitiría una relación contractual más equilibrada, beneficiando a ambas partes.

Este estudio se limita a un análisis específico del contexto ecuatoriano, lo que podría limitar su aplicabilidad a otros sistemas jurídicos. Además, al centrarse en el procedimiento de Subasta Inversa Electrónica, los hallazgos pueden no reflejar completamente el impacto de las prerrogativas estatales en otros tipos de contratación pública. La metodología, basada en un análisis normativo y doctrinal, complementada con entrevistas a expertos en contratación pública y derecho comparado, no incorpora perspectivas empíricas ni datos recabados directamente de contratistas del Estado.

Futuras investigaciones podrían ampliar el análisis mediante un estudio comparativo exhaustivo de diferentes modelos de subasta en otros países de América Latina. Asimismo, el estudio de reformas normativas que optimicen el equilibrio entre la libertad contractual y el interés público en los procesos de contratación pública podría ofrecer soluciones que maximicen tanto la eficiencia estatal como la autonomía de los agentes privados. Se sugiere también evaluar el impacto de posibles reformas, como la implementación de tribunales especializados en contratación pública o la introducción del equilibrio económico del contrato, en la dinámica de las relaciones contractuales entre el Estado y los proveedores.

CAPÍTULO V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1. CONCLUSIONES

- Existe una limitación de la libertad contractual para ambas partes de la relación, las entidades contratantes se encuentran limitadas por el principio de legalidad y los contratistas están limitados por las facultades exorbitantes que ostenta el Estado, existe una contraposición significativa entre la protección del interés público y la libertad contractual de los proveedores. Sin embargo, es evidente que mientras la entidad contratante establece todas las condiciones del instrumento que genera la relación contractual el contratista está limitado a decidir si participa en el procedimiento o no, su capacidad de negociar términos y adaptar el contrato a sus necesidades se encuentra restringida. Las facultades exorbitantes del Estado, aunque diseñadas para salvaguardar los recursos públicos, crean una asimetría en la relación contractual, en la cual el contratista se encuentra en desventaja.
- Las prerrogativas del Estado tienen un impacto significativo y restrictivo en la libertad contractual de los contratistas; estas prerrogativas, fundamentadas en principios como la legalidad y la protección del interés público, limitan considerablemente la capacidad de los contratistas para negociar o modificar las condiciones contractuales. El Estado, a través de su facultad para establecer unilateralmente los términos en los pliegos, imponer un presupuesto referencial y exigir una reducción mínima del 5% en la adjudicación, crea un entorno donde la autonomía de los contratistas se ve notablemente reducida, la capacidad del Estado para declarar desierto el procedimiento introduce un elemento adicional de incertidumbre para los proveedores. Esta dinámica, si bien busca optimizar el uso de recursos públicos y fomentar la competencia, genera una relación contractual asimétrica que puede desincentivar la participación de proveedores y potencialmente afectar la calidad de los bienes y servicios adquiridos.
- El procedimiento de Subasta Inversa Electrónica en Ecuador desde la etapa precontractual hasta la etapa contractual en términos administrativos ha demostrado ser eficaz y eficiente en términos de ahorro y agilización de procesos al lograr reducciones de precios significativas y aumentando la transparencia, estando a la par con Chile y Colombia de acuerdo al análisis comparativo realizado, sin embargo, en las etapas preparatoria y de ejecución y evaluación se ha demostrado su ineficacia e ineficiencia ante la mala aplicación de las facultades del Estado, en la incorrecta normalización de bienes en la etapa preparatoria y lo tardado en cuestión de la etapa de ejecución y evaluación en caso de surgir controversias, respecto al análisis comparativo el ordenamiento de Chile ostenta mejores prácticas al tener legislado que la negociación no únicamente sea en términos financieros y al tener mayor rapidez en la resolución de conflictos al contar con tribunales especializados en contratación pública.
- La relación contractual entre el Estado y los proveedores en los procedimientos de Subasta Inversa Electrónica se caracteriza por una marcada asimetría de poder que

favorece al Estado, justificada principalmente por la protección del interés público y los recursos estatales, la limitación de la libertad contractual para los contratistas se manifiesta en la imposibilidad de modificar las condiciones contractuales establecidos por el Estado de manera unilateral, la negociación o puja en la que el contratista está obligado a reducir el precio o no ser partícipe del procedimiento; los mecanismos de defensa para los proveedores resultan limitados y poco efectivos, los procesos contencioso-administrativos son lentos y complejos además de que existe una carencia de mecanismos ágiles para la resolución de controversias por lo que los proveedores enfrentan dificultades significativas para hacer valer sus derechos. Las facultades del Estado están bien reguladas y son necesarias por razones de interés público para poder proteger el procedimiento de los posibles riesgos, la ejecución errónea de esta normativa su mala aplicación y la falta de mecanismos adecuados de defensa, afectan negativamente la percepción de equidad y seguridad jurídica de los proveedores.

5.2. RECOMENDACIONES

- Es necesario buscar un equilibrio más justo en la relación contractual entre el Estado y sus contratistas, para lo cual se deben actualizar la normativa de tal forma que se implementen mecanismos como: Inclusión del reconocimiento del equilibrio económico como cláusula obligatoria de los procedimientos de contratación pública, cuando se den circunstancias de caso fortuito o fuerza mayor; así como, que el contratista también pueda terminar el contrato de manera unilateral de acuerdo a las cláusulas que establece la ley sin acudir a la vía jurisdiccional, sino mediante la vía administrativa; cuestiones que permitirán que si bien no se dé una relación igualitaria si sea más equitativa, sin que el Estado deje de proteger el interés general.
- Para mejorar la equidad en los procedimientos de Subasta Inversa Electrónica, promoviendo un entorno de contratación pública más justo y eficiente, se debe otorgar mayor flexibilidad en la negociación de términos contractuales, sin comprometer la protección del interés público, lo cual se puede realizar mediante la implementación un sistema de evaluación de ofertas con criterios holísticos que no se base únicamente en el precio más bajo, sino que considere también la calidad y sostenibilidad de las propuestas; se puede tomar el ejemplo del contexto chileno e implementar una etapa de negociación previa, permitiendo ajustes en aspectos técnicos y económicos antes de la puja final, lo cual equilibraría la relación contractual sin comprometer la eficiencia del proceso de tal manera que no se afecte ni la eficiencia que caracterizan a la Subasta Inversa Electrónica, se debe establecer que la presentación de ofertas técnicas estará condicionada al caso en el que los contratistas en la etapa de preguntas y respuesta al contar con la libertad de poder cambiar los pliegos a discreción de la entidad contratante hayan hecho sugerencias para mejorar el objeto del contrato y dichas sugerencias sean encaminadas a satisfacer de mejor manera la necesidad que originó el procedimiento.
- Para lograr que el procedimiento de Subasta Inversa Electrónica sea más eficaz y eficiente respecto a la etapa preparatoria se debe considerar capacitar a los funcionarios públicos respecto a la normalización de bienes, mientras que para mejorar lo referente al surgimiento de controversia se debe considerar la implementación de Tribunales Especializados en Contratación Pública, lo que permitiría una resolución más rápida y eficaz de las controversias.

BIBLIOGRAFÍA

- Acosta Rodríguez, J. E., & Gual Acosta, J. M. (2021). La delimitación de la libertad contractual en virtud de exigencias sociales. *Revista Iusta*, 55. <https://doi.org/10.15332/25005286.6850>
- Alcívar Basurto, F. B., Medina Riofrío, C. A., Silva Montoya, O. F., & Araujo Escobar, E. del P. (2020). Estudio sobre la inobservancia del principio de concurrencia en la contratación directa de consultoría en Ecuador. *Estudios Del Desarrollo Social: Cuba y América Latina*, 8(2), 10–21. <http://www.revflacso.uh.cu/index.php/EDS/article/view/508/622>
- Alessandri, A. (2016). De los contratos (Editorial).
- Alexy, R. (1993). Teoría de los derechos fundamentales. Presupuestos críticos (Centro de).
- Alvarado Vélez, J. A., Villacrés Malla, M. B., Estrella Tapia, D. F., & Chalá Cuadros, J. C. (2023). La investigación académica para las Ciencias Económicas: teoría, redacción y publicación de artículos de investigación (Editorial). Centro de Investigación y Desarrollo Ecuador. <https://doi.org/https://doi.org/10.33996/cide.ecuador.AC2636287>
Dirección
- Alvear Téllez, J., Barrientos Camus, F., & Alcalde Silva, J. (2022). El abuso de la libertad de empresa en los contratos por adhesión: un nuevo enfoque para el análisis de las cláusulas abusivas. *Revista de Derecho*, 35(1), 79–101. <https://doi.org/10.4067/S0718-09502022000100079>
- Antar, R. (2016). Metodología de la investigación jurídica. *Investigación Científica*, 1–15.
- Aspuru, P., Ganuza, J.-J., & Llobet, G. (2023). Contratación pública en España . Los beneficios y los costes de reducir la discrecionalidad de los centros de contratación (pp. 127–145).
- Ayala Torres, E. M. (2011). Virtudes y falencias de los procedimientos dinámicos establecidos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Universidad Técnica Particular de Loja.
- Balbin, C. (2015). Manual de Derecho Administrativo (LA LEY S.A). FRANJA MORADA - CED.
- Baldeón, C. (2014). La normalización como pilar innovador de la contratación pública (Corporación).
- Bolagay Larrea, P. A. (2022). La seguridad jurídica y la contratación pública por vía electrónica. Universidad Nacional de Chimborazo.
- Cardaci Méndez, A. (2017). Las prerrogativas estatales en los contratos administrativos. In *Contratos de la Administración: teoría y práctica* (Diamantes, pp. 143–178).
- Carrera Vera, Á. L. (2016). El Contrato Administrativo, Análisis de la Facultad Estatal para imponer Cláusulas Exorbitantes en la Contratación Pública. Universidad Católica de

Santiago de Guayaquil.

- Cassagne, J. C. (2005). El contrato administrativo: Conceptos y diferencias con los contratos civiles (Abeledo Pe).
- Cassagne, J. C. (2013). La Contratación Pública. In Tratado General de los Contratos Públicos (La Ley, pp. 3–33).
- Chamorro Ibarra, W. A. (2019). Análisis jurídico sobre la subasta inversa electrónica en el proceso de contratación pública [Pontificia Universidad Católica del Ecuador Sede Ibarra]. https://www.minsal.cl/wp-content/uploads/2019/01/2019.01.23_PLAN-NACIONAL-DE-CANCER_web.pdf
- Charvet Montúfar, C. I. (2022). Potestades exorbitantes en la contratación pública y su afectación a los derechos del contratista. Universidad Andina Simón Bolívar.
- Chiriboga Mena, D. F. (2016). La inmutabilidad del contrato administrativo en el Ecuador y sus efectos jurídicos – operativos [Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador]. <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/5308/1/T2051-MDA-Chiriboga-La-inmutabilidad.pdf>
- Código Civil (2024).
- Código Orgánico Administrativo (2017).
- Código Orgánico General de Procesos (2024).
- Constitución de La República Del Ecuador (2008).
- Cormick, M. (2017). Selección del Contratista. In Contratos de la Administración: teoría y práctica (Diamante e, pp. 69–127). http://www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/2018_contratos-de-la-administracion-e-book.pdf
- Correa Barahona, D. E. (2023). Resolución No. DGM-001-2023. In TERMINACIÓN UNILATERAL DE CONTRATO DE CONSULTORÍA CÓDIGO No. LCC-GADC-17811-2021: Vol. VIII (Issue I).
- De la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo, T. (2014). La Autotutela Administrativa. Sometimiento a La Legalidad y Poderes Exorbitantes de La Administración, 1–25.
- Díaz, J. J. (2010). La Cesión de Posición Contractual en las Contrataciones Estatales. Derecho y Cambio Social, 1–20. www.derechoycambiosocial.com
- Díaz Molina, K. A. (2022). Los principios de la contratación pública en el sistema ecuatoriano. MQRInvestigar, 6(4), 849–862. <https://doi.org/10.56048/mqr20225.6.4.2022.849-862>
- Díez-Picazo, L. (2004). Contrato y libertad contractual. THEMIS Revista de Derecho, 49, 7–14. <https://doi.org/10.1016/b978-0-240-80620-4.50055-0>
- Dromi, R. (2010). Licitación Pública (Hispania L).

- Duque Botero, J. D. (2020). Los principios de transparencia y publicidad como herramientas de lucha contra la corrupción en la contratación del Estado. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 24(24), 79–101. <https://doi.org/10.18601/21452946.n24.04>
- Escudero Bué, I. (2020). Administración eficiente de los recursos públicos asociados a la contratación pública en el marco de la gestión de resultados para el desarrollo. In *Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador*. Universidad Andina Simón Bolívar sede Ecuador.
- Espejo-Pingus, L. M., & Cruz-Ipanaque, S. V. (2023). El Control en las Contrataciones Públicas. *Revista Docentes* 2.0, 16(2), 196–208. <https://doi.org/10.37843/rted.v16i2.395>
- Espinoza Guamán, E. E. (2021). El principio de proporcionalidad en la normativa ecuatoriana. *Portal de La Ciencia*, 2(1), 55–65. <https://doi.org/10.51247/pdlc.v2i1.299>
- Faz Cevallos, W. E., Fuentes Gavilanez, L. E., Hidalgo Mayorga, M., & Guerrero Arrieta, K. G. (2023). Government procurement in Ecuador: analysis and perspective. *Universidad Ciencia y Tecnología*, 27(119), 127–136. <https://doi.org/10.47460/uct.v27i119.714>
- Fernández Farreres, G. (2021). La distribución de riesgos en la ejecución de los contratos administrativos. *Revista de Administración Pública*, 216, 47–90. <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.216.02>
- Fernández Moreta, M. V. (2014). Los Contratos Complementarios en referencia a la Contratación Pública ecuatoriana. *Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador*.
- Ferrada Bórquez, J. C. (2007). Las Potestades Y Privilegios De La Administración Pública En El Régimen Administrativo Chi. *Revista de Derecho*, XX(2), 69–94. <https://scielo.conicyt.cl/pdf/revider/v20n2/art04.pdf>
- Ferrajoli, L. (2018). *Libertad y propiedad. Para un constitucionalismo de derecho privado* (Palestra E).
- Fioravanti, M. (2014). *Constitucionalismo: Experiencias históricas y tendencias actuales* (Trotta, S.).
- Gallardo Vergara, C. J. (2018). “La Catalogación Universal De Bienes Y Servicios Para Evitar La Discrecionalidad En La Selección De Tipos De Procesos De Contratación.” *Universidad de las Américas*.
- García de Enterría, E., & Fernández, T. (2000). *Curso de derecho administrativo* (Civitas).
- Geller, A. (2022). Contract as Purchasing Process Control Tool. *Rossijskoe Konkurentnoe Pravo i Ekonomika*, 3(3). <https://doi.org/10.47361/2542-0259-2022-3-31-72-79>
- Gómez Díaz de León, C. (2015). Definición y objeto de la Administración Pública. *Scahale*, 1–34. https://gc.scalahed.com/recursos/files/r161r/w24321w/Version_9semanas/Definicion_objeto_de_la_administracion_publica.pdf

- González Tamayo, J. L. (2021). La contratación pública como sistema. In Universidad Andina Simón Bolívar (Vol. 1). <http://hdl.handle.net/10644/8150>
- Gordillo, A. (2017). Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas. Fundación de Derecho Administrativo.
- Granda Granda, E. (2016). La legítima defensa del contratista del Estado (Corporación).
- Hernández, C. A., Ortega Chacón, P., Ortega Gomero, S., & Franco, J. F. (2017). Metodología de la investigación jurídica (C. A. Hernández & S. Ortega Gomero (eds.); Universidad).
- Hernández Fraga, K., & Guerra Cosme, D. (2012). El principio de autonomía de la voluntad contractual civil. Sus límites y limitaciones. *Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa*, 6, 27–46.
- Herrera González, M. I. (2020). Aplicación de principios y objetivos de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su reglamento general en la contratación de bienes y servicios con empresas públicas nacionales. In Universidad Andina Simón Bolívar. Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador.
- Huanhuayo Vilcas, B. E. (2022). Las cláusulas abusivas en los contratos por adhesión y su incidencia en los principios de autonomía privada y libertad contractual, Huancavelica - 2018. Universidad Nacional de Huancavelica.
- Ivanega, M. M. (2000). Consideraciones Acerca de las Potestades Administrativas en General y de la Potestad Sancionadora. *Círculo de Derecho Administrativo*, 107–120.
- Landar Arroyo, C. (2014). La constitucionalización del Derecho Civil: El derecho fundamental a la libertad contractual, sus alcances y sus límites. *THEMIS Revista de Derecho*, 66, 310–324.
- Ley Orgánica Del Sistema Nacional De Contratación Pública (2008).
- Lobato Castro, S. (2023). Cláusulas restrictivas de responsabilidad: análisis de su validez en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. *USFQ Law Review*, 10(1), 1–26. <https://doi.org/10.18272/ulr.v10i1.2883>
- López Santa María, J. (1998). Los Contratos. Parte General (Editorial).
- Macías Bermúdez, J. M., Peñafiel Palacios, A. J., Arreaga Farias, G. K., & Tamayo León, J. A. (2020). La contratación pública en el Ecuador, situación actual ante la pandemia de Covid-19. *Revista Universidad y Sociedad*, 12(S1), 217–224. <https://doi.org/10.1787/g24b1582e3-es>
- Marienhoff, M. (2011). Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. In *Revista Andaluza de Administración Pública* (Issue 80). <https://doi.org/10.46735/raap.n80.487>
- Melo Rubiano, E. (2021). Del principio de la libertad contractual en la era digital: Implicaciones dogmáticas en la autonomía de la voluntad, a partir de los efectos de la cuarta revolución industrial. *Revista de La Academia Colombiana de Jurisprudencia*,

- 1(373), 195–218.
- Montalvo, A. (2016). Concepto de orden público en las democracias contemporáneas. *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, 22, 197–222.
- Montero Murgueyto, M. S. (2014). Deficiencias y carencias en el procedimiento de subasta inversa electrónica, fase precontractual y contractual de la ley orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública ecuatoriana. In *Universidad Internacional del Ecuador* (Vol. 8, Issue 33). Universidad Internacional del Ecuador.
- Moreta, A. (2021). *Legalité: Derecho Público. Administración Pública ¿Qué Quiere Decir?* <https://legalite.fideslaw.ec/que-es-administracion-publica/>
- Muñoz Agredo, M. F. (2021). *La libertad de contratación y sus límites en el Estado Social de Derecho* (Editorial). Centro de Investigaciones y Estudio Socio - Jurídicos.
- Normativa Secundaria Del Sistema Nacional de Contratación Pública (2024).
- Novillo Alcívar, A. E. (2016). *Las Cláusulas Exorbitantes en el Contrato Administrativo y su Incidencia en el Principio de Igualdad Jurídica*. Universidad de las Américas.
- Núñez Huamani, V., & Ccorimanya Ortega, M. S. (2022). *La limitación de la libertad contractual en los contratos por adhesión celebrados por las entidades financieras del Cusco*. Universidad Nacional San Antonio Abad del Cusco.
- Olvera García, J. (2015). *Metodología de la investigación jurídica* (Universida). MAPorrúa librero-editor. <http://ri.uaemex.mx/oca/view/20.500.11799/21701/1/Olvera, Metodología para la investigación.pdf>
- Oviedo-Albán, J. (2019). The unilateral termination clause of the contract. *Vniversitas*, 68(138). <https://doi.org/10.11144/javeriana.vj138.ctuc>
- Palomar, A., & Fuertes, J. (2016). *Prerrogativas de la Administración*. VLEX: Información Jurídica Inteligente. <https://vlex.es/vid/prerrogativas-administracion-869554928>
- Pons, M. (2024). *Manual de Derecho Administrativo*. In F. Velasco Caballero & M. Darnaculleta Gardella (Eds.), *Libro (EDICIONES)*. <https://doi.org/10.37417/ManDerAdm/>
- Portocarrero Canchari, H. (2021). El vicio de la voluntad en la oferta frente a la inaplicación de infracción administrativa, en la subasta inversa electrónica de la Ley N° 30225, Lima 2020. In *Universidad Cesar Vallejo*. https://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/59628/Rios_SJG-Salvador_BDS-SD.pdf?sequence=1
- Poveda Almeida, F. (2017). *Instituciones de la contratación pública en el Ecuador* (Corporació).
- Presidencia de la República. (2023). *Reglamento a la Ley Organica del Sistema Nacional de Contratación*. 1–80.
- Procuraduría General del Estado. (2012). OFICIO PGE. 08099. In *REAJUSTE DE*

PRECIOS Y MODIFICACIÓN DEL CONTRATO: FÓRMULA POLINÓMICA E INCORPORACIÓN DE CLAÚSULAS EXORBITANTES.
<http://www.pge.gob.ec/images/docman/mayo2012.pdf>

- Quintero Ordoñez, A. L., Sánchez Carrasquilla, E. J., & Varagas Quintero, D. F. (2020). Desventajas de la subasta inversa en la contratación pública [Universidad Cooperativa de Colombia]. In *Acta Universitatis Agriculturae et Silviculturae Mendelianae Brunensis* (Vol. 53, Issue 9). <https://learn-quantum.com/EDU/index.html%0Ahttp://publications.lib.chalmers.se/records/fulltext/245180/245180.pdf%0Ahttps://hdl.handle.net/20.500.12380/245180%0Ahttp://dx.doi.org/10.1016/j.jsames.2011.03.003%0Ahttps://doi.org/10.1016/j.gr.2017.08.001%0Aht>
- Ramírez Millán, J. (2019). Capítulo II: Teoría del Estado. In *Derecho constitucional sinaloense* (pp. 45–107). <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/3/1461/5.pdf>
- Riehmann, P., Hanfler, M., & Froehlich, B. (2005). Interactive sankey diagrams. *Proceedings - IEEE Symposium on Information Visualization, INFO VIS*, 233–240. <https://doi.org/10.1109/INFVIS.2005.1532152>
- Rodríguez, M. J. (2020). Las cláusulas exorbitantes del contrato administrativo en la Jurisprudencia del Consejo del Estado y su Recepción por la Doctrina de la procuración del tesoro nacional. *Centro de Información Jurídica*, 1–22.
- Romero Ochoa, K. A. (2020). La vulneración del derecho a la libertad contractual: los contratos de adhesión en materia inmobiliaria [Universidad Cesar Vallejo]. https://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/59628/Rios_SJG-Salvador_BDS-SD.pdf?sequence=1
- SENTENCIA N° 171-14-SEP-CC, Pub. L. No. Caso N° 0884-12-EP (2014).
- Sentencia No. 38-18-IN/23, Pub. L. No. Caso No. 38-18-IN (2023).
- Sentencia No. 7-15-IN/21, Pub. L. No. Caso No. 7-15-IN (2021). http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBlDGE6J3RyYW1pdGUuLCB1dWlkOidmNWYwYTQ3OC0wNzQwLTQxZDMtOTNjOC0yMTliNjI4NDFlYzMuMucGRmJ30=
- Suárez Bastidas, C. G., Calero Inga, C. N., & Tayupanda Pilamunga, J. (2024). El contrato administrativo en la contratación pública ecuatoriana ¿Ausencia de libertad contractual? In *Mundo Administrativo* (pp. 55–80). <https://doi.org/10.55204/pmea.58.c140>
- Suárez Serrano, J. L. (2015). La desacertada definición de las cláusulas del contrato administrativo como exorbitantes y sus efectos jurídicos. In *Universidad Andina Simon Bolivar*. Universidad Andina Simón Bolívar.
- Tantaleán, R. (2016). Tipología De Las Investigaciones Jurídicas. *Derecho y Cambio Social*, 2224–4131, 1–32. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5456267>

- Tau Anzoátegui, V. (2000). El poder de la costumbre. Estudios sobre el Derecho Consuetudinario en América hispana hasta la Emancipación. <https://core.ac.uk/download/pdf/71612402.pdf>
- Villabella Armengol, C. M. (2020). LOS MÉTODOS EN LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA. ALGUNAS PRECISIONES. In Pasos hacia una revolución en la enseñanza del derecho en el sistema romano-germánico (Universida, Vol. 4, pp. 161–177). <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:czIATCpEvboJ:https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/13/6226/12a.pdf+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=co>
- Villalba Burbano, A. H. (2013). La subasta inversa electrónica procedimiento precontractual y contractual en el Ecuador. Universidad de las Américas.
- Viscarra Soliz, O. P. (2021). Evolución histórica de la contratación pública en el Ecuador y su vinculación con la planificación nacional. In Universidad Andina Simón Bolívar. Universidad Andina Simón Bolívar sede Ecuador.

ANEXOS

ANEXO I. GUÍA DE ENTREVISTA



CARRERA DE
DERECHO

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CHIMBORAZO
FACULTAD DE CIENCIAS POLÍTICAS Y ADMINISTRATIVAS
CARRERA DE DERECHO

GUÍA DE ENTREVISTA

Guía de entrevista para profesionales en contratación pública sobre la relación contractual entre el Estado y los proveedores en la Subasta Inversa Electrónica

CONSENTIMIENTO INFORMADO

Confidencialidad: Toda la información proporcionada será tratada con estricta confidencialidad y será utilizada únicamente para fines de este estudio. Sus respuestas serán anónimas y no se revelará su identidad en ninguna publicación derivada de esta investigación.

Voluntariedad: Su participación en este estudio es completamente voluntaria. Puede retirarse en cualquier momento sin ninguna consecuencia negativa.

Consentimiento:

Una vez que se ha escuchado los términos del consentimiento informado, el día de hoy (Fecha en la que se lleve a cabo la entrevista), al continuar con la entrevista, aceptando que la misma sea grabada, (Nombre del entrevistado) ratifica que ha entendido la información y que está de acuerdo en participar en el estudio de manera voluntaria.

GENERALIDADES DE LA ENTREVISTA

Título del Estudio: Facultades del Estado en la libertad contractual dentro de los procedimientos de subasta inversa electrónica

Propósito de la entrevista: Evaluar la relación contractual entre el Estado y los proveedores en los procedimientos de subasta inversa electrónica en Ecuador.

Categoría 1: Información General del Entrevistado

1. Nombre:
2. Cargo y Función Actual:
3. Tipo de Entidad (Pública/Privada):
4. Ámbito de Especialización en Contratación Pública:

Categoría 2: Percepción sobre la Libertad Contractual

5. Con el conocimiento que la libertad contractual se refiere a la capacidad de las partes de negociar y establecer las cláusulas de un contrato ¿Considera que existe la presencia de esta libertad en los procedimientos de contratación pública en Ecuador?

Categoría 3: Facultades del Estado y su Incidencia

6. Dentro de los procedimientos de contratación pública, considerando facultades estatales tales como: El establecimiento de pliegos, la terminación unilateral del contrato, la fiscalización de ejecución de los contratos, la imposición de sanciones

y multas ¿Considera que estas facultades afectan a la capacidad de negociación y establecimiento de cláusulas como elementos de la libertad contractual?

7. ¿Considera que las facultades del Estado están adecuadamente reguladas para garantizar un equilibrio justo en la relación contractual?

Categoría 4: Subasta Inversa Electrónica

8. De acuerdo a su experiencia, en los procedimientos de subasta inversa electrónica, respecto al diseño de la etapa preparatoria y precontractual ¿Considera que las facultades estatales como diseño de pliegos, establecimientos de condiciones incide en el principio de concurrencia?

Categoría 5: Relación contractual

9. ¿Considera que existe igualdad, equidad y equilibrio en las relaciones contractuales públicas entre el Estado y los proveedores?

10. Teniendo en cuenta que el principio de interés general prevalece sobre el particular ¿Considera que esto faculta al Estado a establecer cláusulas exorbitantes para alcanzar el bien común?

Categoría 6: Propuestas de Mejora

Sí en la entrevista se evidenció la limitación de libertad contractual, desigualdad jurídica o inseguridad jurídica se establece la siguiente pregunta:

11. En su opinión, ¿qué cambios legislativos o reglamentarios podrían mejorar la relación contractual en los procedimientos de contratación pública?

ANEXO II. PROPUESTA DE REFORMA A LA LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

Justificación:

Cambiar la normativa en la contratación pública en Ecuador es esencial para reducir las asimetrías de poder y establecer relaciones contractuales más equitativas. Incorporar una cláusula de equilibrio contractual protegería los intereses del contratista y permitiría la revisión de términos en caso de circunstancias imprevistas. Asimismo, facultar al contratista para rescindir el contrato de forma unilateral, cuando el cumplimiento resulte inviable, balancearía el poder frente al Estado. Finalmente, establecer la obligatoriedad de una oferta técnica realista favorecería una competencia justa, al reflejar condiciones de mercado adecuadas y criterios tecnológicos actualizados, beneficiando tanto al Estado como al sector privado y promoviendo la transparencia y eficiencia en el proceso.

ASAMBLEA NACIONAL DEL ECUADOR

CONSIDERANDO:

Que, la innovación en los procesos de contratación pública resulta fundamental, a través de métodos ágiles, transparentes, eficientes y actualizados tecnológicamente, para promover un uso eficiente de los recursos públicos y facilitar el control por parte de las Entidades Contratantes, los proveedores y la ciudadanía en general;

Que, la adecuada planificación y políticas efectivas de compras públicas previenen la discrecionalidad y el desperdicio de recursos estatales, garantizando un manejo más eficiente en beneficio de las instituciones contratantes;

Que, el fin último del Estado es satisfacer las necesidades colectivas mediante la prestación eficiente de servicios y la ejecución de obras públicas que contribuyan al bien común;

Que, el Sistema Nacional de Contratación Pública (SNCP) tiene entre sus objetivos incentivar la participación de proveedores confiables y competitivos, promoviendo una oferta de calidad;

Que, la supervisión integral de los procesos de contratación pública incluye no solo las etapas de preparatoria y precontractual, sino también la ejecución y evaluación contractual, asegurando un control exhaustivo del sistema;

Que, un marco contractual justo entre el Estado y el contratista es fundamental para la transparencia, la justicia y la eficiencia en los proyectos públicos, promoviendo condiciones equilibradas que incentiven la competencia leal y minimicen el riesgo de prácticas monopólicas y corrupción;

Que, un entorno contractual equilibrado fomenta la confianza entre el Estado y sus proveedores o contratistas, asegurando relaciones comerciales sólidas y estables;

En uso de las atribuciones que le concede el artículo 120 numeral 6 de la Constitución de la República, expide la siguiente:

LEY REFORMATORIA A LA LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

Artículo.1- Agréguese al artículo 6 el siguiente numeral:

Artículo 6. 32) Equilibrio económico. - Las prestaciones que cada parte debe cumplir serán justas y proporcionales, incluso cuando no se haya previsto en el contrato, asegurando que ninguna de las partes sufra un desequilibrio significativo que afecte su situación económica.

Artículo 2.- Agréguese al artículo 14 el siguiente numeral:

Artículo 14. 5.1) Que la entidad contratante cumpla con sus respectivas obligaciones en la ejecución del contrato

Artículo 3.- Agréguese el artículo 47.1:

Artículo 47.1 En el caso de que los proveedores en la fase de preguntas y respuestas hayan solicitado aclaraciones respecto a las características del objeto contractual, argumentando que, en base a la necesidad a satisfacer, el mismo debería cubrir más criterios de carácter tecnológico se dará paso a una etapa de negociación con una oferta técnica.

En la etapa de negociación con la oferta técnica, le corresponderá a la entidad contratante analizar si es que es pertinente o no cambiar las características del objeto contractual, de ser el caso modificará el pliego.

En el caso de modificación del pliego, se dará paso a la puja con los oferentes que previamente presentaron su oferta técnica.

En el caso de que no proceda la modificación del pliego cualquier oferente podrá presentar su oferta económica.

En el caso de que un solo oferente presente la oferta técnica, no se procederá a la negociación, ni a la modificación del pliego, sino que se mantendrá el procedimiento de la manera inicial en la que estaba establecido.

Para el efecto el cronograma del procedimiento de contratación deberá contemplar un día para la presentación de ofertas técnicas, tres días para su calificación y si es que procede la modificación de los pliegos la entidad contará con ocho días laborables para realizar dicha modificación.

Artículo 4.- Agréguese el artículo 71.1:

Artículo 71.1 En los contratos sometidos a esta Ley se estipulará obligatoriamente cláusulas respecto al equilibrio económico del contrato, que reformará las prestaciones en caso fortuito o fuerza mayor.

La determinación de condiciones de caso fortuito o fuerza mayor le corresponderá a la entidad contratante, ante esta decisión se podrá apelar en sede judicial o arbitral.

Artículo 4.- Agréguese el artículo 95.1

Artículo 95.1 El contratista en caso de que la Entidad Contratante incurra en causas que le sean imputables podrá solicitar la Terminación Unilateral del Contrato de manera administrativa.

El Servicio Nacional de Contratación Pública será el competente para conocer esta solicitud a través de la Dirección de supervisión de procedimiento de la Coordinación Técnica de Control.

Artículo 5.- Agréguese el artículo 95.2

Artículo. 95.2 La solicitud del contratista para que se declare la Terminación Unilateral del Contrato deberá contener los siguientes requisitos:

1. Los nombres y apellidos completos, número de cédula de identidad o ciudadanía, pasaporte, estado civil, edad, profesión u ocupación, dirección domiciliaria y electrónica del impugnante. Cuando se actúa en calidad de procuradora o procurador o representante legal, se hará constar también los datos de la o del representado.
2. La narración de los hechos detallados y pormenorizados que sirven de fundamento a las pretensiones, debidamente clasificados y numerados.
3. Pruebas que acrediten los hechos y en caso de solicitarse diligencias la especificación de los objetos sobre los que versarán. Si no tiene acceso a las pruebas documentales o periciales, se describirá su contenido, con indicaciones precisas sobre el lugar en que se encuentran y la solicitud de medidas pertinentes para su práctica.
4. La identificación de la Entidad Contratante y la causal en la que ha incurrido.
5. La firma del impugnante.

Artículo 6.- Agréguese el artículo 95.3

Artículo. 95.3. El procedimiento para que el Servicio Nacional de Contratación Pública emita la resolución será el siguiente:

1. En caso de que la solicitud cumpla todos los requisitos se notificará con su contenido a la Entidad Contratante para que en un término de diez días corrija sus actos.
2. Si la Entidad Contratante no corrige sus actos, se apertura el término de prueba del procedimiento, que durará diez días, en el cual tanto el contratista como la Entidad Contratante podrán presentar pruebas o solicitar diligencias ante una comisión establecida para el efecto.
3. Culminado el término de prueba, la comisión remitirá su informe al respecto.
4. Revisado el informe la Coordinación Técnica de Control emitirá la resolución respectiva, conforme a derecho.

Esta resolución podrá ser apelada en sede judicial o arbitral.

Dado en Quito Distrito Metropolitano, en la Sala de Sesiones de la Asamblea Nacional, a los— días del año---

Presidente de la Asamblea Nacional

Secretario General