



UNIVERSIDAD PARTICULAR SAN GREGORIO DE PORTOVIEJO

CARRERA DE DERECHO

Trabajo de investigación de Artículo Científico previo a la obtención del título de Abogado

TÍTULO:

El rol de los administradores de contratos y su responsabilidad debido a un
inadecuado desempeño en sus funciones

AUTORA:

Mieles Palma María Cecilia

TUTOR:

Ab. Patricio García Vallejo

Cantón Portoviejo – Provincia Manabí- Republica del Ecuador

Abril – septiembre 2023

Cesión de derechos

MIELES PALMA MARÍA CECILIA, declaro ser la autora del presente trabajo investigativo, cuyo contenido es autentico y original que no infringe derechos de propiedad intelectual de terceros. En ese sentido, asumo la responsabilidad correspondiente ante cualquier falsedad, ocultamiento u omisión de la información obtenida en el proceso de investigación.

De manera expresa cedo los derechos de propiedad intelectual del Artículo Científico: **“El rol de los administradores de contratos y su responsabilidad debido a un inadecuado desempeño en sus funciones”**, a la Universidad San Gregorio de Portoviejo, para que publique el texto impreso y electrónico por ser la institución de Educación Superior que nos acogió en todo el proceso de desarrollo de este.

Portoviejo, 23 octubre de 2023

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'M.ª Mielles', enclosed within a circular scribble.

Mieles Palma María Cecilia
CC 1309767067

El rol de los administradores de contratos y su responsabilidad debido a un inadecuado desempeño en sus funciones.

The role of contract administrators and their responsibility due to inadequate performance of their functions

Autora:

María Cecilia Mieles Palma

<https://orcid.org/0009-0001-7953-4229>

Universidad San Gregorio de Portoviejo

e.mcmieles@sangregorio.edu.ec

Tutor:

Ab. Patricio Ernesto García Vallejo

Mg. Universidad San Gregorio de

Portoviejo

pgarcia@sangregorio.edu.ec

Resumen

El presente trabajo de titulación consistió en un artículo original que, abordó el rol de los administradores de contratos administrativos y su responsabilidad por el desempeño inadecuado en sus funciones. Se hizo uso de una metodología de carácter cualitativa, desde un enfoque estructural y sistémico, y de carácter descriptivo cuyo objetivo general fue determinar la función de los administradores de contratos en materia de contratación pública en el Ecuador y su responsabilidad por una inadecuada ejecución en el desempeño de sus labores. La línea teórica consistió en el servicio público, el régimen de responsabilidad de los servidores públicos, la responsabilidad penal, civil y, administrativa, la contratación pública y,

la ejecución contractual. En cuanto a los principales hallazgos se encontró que, los servidores públicos están sujetos a un régimen de responsabilidad, cuyos regímenes administrativo y civil han tenido avances notables. Se concluye que el Ecuador enfrenta un vacío de normas administrativas que provoca una falta de política preventiva en el sistema de contratación pública y, un régimen de responsabilidad civil que nunca llega a ejecutarse.

Palabras clave: Administrador de contrato, contratación pública, entidades contratantes, contratista, régimen de responsabilidad.

Abstract

This degree work consisted of an original article that addressed the role of administrators of administrative contracts and the liability regime resulting from inadequate execution of the work. A qualitative methodology was used, from a structural and systemic approach, and of a descriptive nature whose general objective was to determine the function of contract administrators in public procurement in Ecuador and their responsibility for inadequate execution in the performance of their duties. The theoretical line consisted of public service, the liability regime of public servants, criminal, civil and administrative liability, public procurement, and contractual execution. Regarding the main findings, it was found that public servants are subject to a regime of responsibility, whose administrative and civil regimes have made notable progress, but there are gaps due to resolutions of SERCOP and the State Comptroller General that do not define the disciplinary body in these cases. It is concluded that Ecuador's lack of administrative regulations causes a lack of preventive policy in the public procurement system and a civil liability regime that is never implemented.

Keywords: Contract administrator, public procurement, contracting entities, contractor, liability regime, specifications.

Introducción

El presente artículo original es producto del trabajo final de grado de la carrera de Derecho de la Universidad San Gregorio de Portoviejo y, se titula “El rol de los administradores de contratos y su responsabilidad debido a un inadecuado desempeño en sus funciones”. En este sentido, la responsabilidad de los funcionarios públicos es un tema de gran relevancia para la sociedad, ya que se trata de la rendición de cuentas y la garantía de un desempeño ético y transparente en el ejercicio de cargos públicos. Cabe señalar que el mismo, tiene un direccionamiento que recae sobre los fundamentos e instituciones propias del derecho constitucional y del derecho administrativo.

Es así como, a efectos de su desarrollo, fue escogida como línea de investigación de la Carrera de Derecho los estudios sociales del Estado y del derecho desde la perspectiva constitucional y del ordenamiento jurídico ecuatoriano. En este orden, el enfoque de esta investigación es la contratación pública y, es que, las obras públicas representan uno de los más grandes desafíos de la gestión de la Administración Pública. Siendo así, investigar esta temática puede contribuir a fortalecer la confianza ciudadana en las instituciones y promover una gestión pública más eficiente y ética. De esta forma, el estudio de la responsabilidad de los funcionarios públicos tiene un sustento jurídico sólido.

Existen normativas y marcos legales específicos que regulan su conducta y establecen mecanismos para su control y sanción en caso de incumplimiento, los cuales serán descritos a posteriori. Con la finalidad de responder a directrices de desarrollo en pro de las necesidades de la ciudadanía, su ejecución, control y regulación requieren de minuciosa atención y conocimiento, por ello se consideró la siguiente pregunta de investigación: *¿Qué tipo de*

responsabilidades se contemplan en el ordenamiento jurídico ecuatoriano a consecuencia de una inadecuada ejecución por parte de los administradores de contratos en materia de contratación pública?

En este contexto, se trae a explorar la identificación de las responsabilidades de los funcionarios públicos y los mecanismos de rendición de cuentas puede revelar áreas de mejora en la legislación y las políticas públicas. Sin dudas, investigar esta temática puede proporcionar recomendaciones para fortalecer la ética y la transparencia en la función pública, así como para mejorar los sistemas de control y sanción en casos de malas prácticas, razones por las cuales la misma se justifica teóricamente. Para que la administración del contrato sea realizada de forma acertada, el funcionario público deberá tener el perfil profesional adecuado y comprender o que es el contrato administrativo.

En cuanto a la novedad del presente artículo, aunque existen investigaciones sobre la responsabilidad de los funcionarios públicos, siempre hay espacio para profundizar y explorar nuevos enfoques. De esta forma, esta investigación académica puede contribuir a llenar esos vacíos de conocimiento y generar nuevas perspectivas que enriquezcan el campo de estudio, lo que justifican por su novedad y, más aún relevancia práctica en el contexto jurídico actual. Ello, sumado a la importancia social, la relevancia jurídica, la necesidad de mejora y la posibilidad de llenar vacíos de conocimiento son algunos de los factores que justifican esta investigación académica dirigida a analizar la responsabilidad de los funcionarios públicos.

Esta investigación puede contribuir al fortalecimiento de la gestión pública y la promoción de una cultura de responsabilidad y transparencia en el sector público. Como objetivo general se establece: Determinar la función de los administradores de contratos en materia de contratación pública en el Ecuador y su responsabilidad por el desempeño

inadecuado en sus funciones.

Entre los objetivos específicos tenemos : determinar los factores que influyen en la responsabilidad por acción u omisión de los administradores de contratos en procesos de contratación pública en Ecuador; identificar los procesos involucrados en la contratación pública en Ecuador y el papel que desempeñan los administradores de contratos en ellos y; analizar la efectividad de los mecanismos de control y sanción existentes para garantizar la responsabilidad por acción u omisión de los administradores de contratos en procesos de contratación pública en Ecuador.

Metodología

La presente investigación corresponde a un artículo científico que se desarrolla bajo un carácter cualitativo. De esta forma, el autor Sánchez (2019) indica que la metodología cualitativa está orientada a ir hacia la descripción profunda del fenómeno, ello con la finalidad de comprenderlo y posteriormente explicarlo a través de la aplicación de métodos y técnicas derivadas de sus concepciones y fundamentos epistémicos, tales como la hermenéutica, la fenomenología e incluso el método inductivo (pág. 104). Se lo realizó desde un enfoque estructural y sistémico, y de carácter descriptivo. En relación con el enfoque estructural y sistémico, el autor Giraldo (2013) indica que, desde la teoría de la tridimensionalidad del fenómeno jurídico, el derecho puede observarse en el sentido estructural que analiza el derecho desde una perspectiva eminentemente normativa y, en el sentido funcional donde se verifica si el derecho se cumple (pág. 119).

El enfoque descriptivo va de la mano con la aplicación de la investigación de carácter documental. Según indican los autores Reyes-Ruíz & Carmona (2020) la investigación documental se encarga de recolectar, recopilar y seleccionar información de diversas fuentes,

principalmente de carácter secundario; asimismo está presente la observación lo que permite una visión panorámica y sistemática de una determinada cuestión elaborada en múltiples fuentes dispersas. Entre los métodos que se emplearon se cuenta con el dogmático – jurídico, el cual de conformidad a lo que explica el autor Tentalean (2016) tiene un carácter muy formalista, ya que principalmente estudia la validez de las normas en sede teórica que, será el punto de partida para el cuestionamiento de normas existentes relativas a la responsabilidad de los administradores de contratos. Asimismo, se utilizarán las técnicas de revisión documental y entrevista.

Fundamentación teórica

De acuerdo con lo que reseña el autor Jaramillo (2018) la administración pública y con ella, los servicios de esta nacen a partir del republicanismo, desde donde se instaura en los Estados la posibilidad de prestar los recursos públicos y disponer de ellos a su voluntad para alcanzar los fines sociales de este. De esta forma, a partir de la revolución francesa fue necesaria un sinnúmero de reformas a las normas hasta transformarlas en lo que se tiene en la actualidad. Es así como se consolida la función administrativa, es una labor que se ubica en el campo práctico, es continua; tiene por finalidad la satisfacción del interés público, incluye la toma de decisiones unilaterales vinculantes, la realización de hechos administrativos, operaciones administrativas, en el caso expuesto, la celebración de contratos, todo en cumplimiento de las competencias asignadas por el ordenamiento jurídico (Marín, 2015).

En este orden de ideas, la autora Haro (2021) indica que estos antecedentes trajeron consigo el nacimiento del Derecho administrativo y el desarrollo conexo de principios particulares diferentes a los del derecho tradicional; fundamentándose en la existencia de una administración pública con prerrogativas que le permitan cumplir con los fines del Estado pero

que esté sometida al ordenamiento jurídico. Bajo dinámica nacen las actuaciones administrativas que a criterio del autor Amado (2020) dan forma a la actuación que emana del Estado y se cumple a través de sus servidores directos, indirectos, de particulares o de ambos, ya del orden nacional o, ahora también, del orden global (pág. 203).

En consecuencia, se debe extraer al contrato administrativo por ser la actuación objeto de debate, la misma que está contemplada en el artículo 89 numeral 3 y en el 126 del Código Orgánico Administrativo. Bajo esta consideración, es importante mencionar a la contratación pública, pues de conformidad a lo que indica la autora Gutiérrez (2022) “la contratación de bienes y servicios por organismos gubernamentales proporciona los insumos necesarios que permiten a los gobiernos suministrar servicios públicos y desempeñar otras tareas” (pág. 161). Es de esta forma, como el contrato administrativo como actuación del derecho de la administración sumado con los fines del Estado de garantizar servicios públicos vuelven imprescindible a esta actividad, pero su materialización debe tomar en consideración los demás principios que forman parte del Derecho administrativo, tales como la eficiencia y el principio de responsabilidad.

Según el principio de eficiencia los autores Wunder & Gabardo (2021) indican que este compuesto por tres elementos que son la celeridad, la presteza y la economicidad, siendo estos criterios para tomar en consideración a efectos de verificar que un servicio público no está siendo contraproducente ni para el Estado ni para el ciudadano. De esta forma, es evidente que una defectuosa ejecución de un contrato celebrado entre la administración pública y un tercero conllevaría una afectación al servicio público en general, sea por acción o por omisión, razón por la cual en el Ecuador existe la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, la cual contempla en uno de sus articulados la designación de un administrador del contrato que vele por la adecuada consecución del mismo.

En el contexto privado, las funciones generales de un administrador son desarrollar su trabajo como un buen hombre de negocios, capaz de impulsar, desarrollar y hacer crecer la entidad que administra con responsabilidad, por lo que esta designación recae sobre el presidente, director, gerente o en un grupo de potenciales suplentes de ellos (González, 2019, págs. 13-14). En este orden de ideas, las funciones de la ejecución contractual del sector público y del sector privado varían y, con ellos los mecanismos jurídicos que existen en caso de un cumplimiento defectuoso. Lógicamente en el caso del administrador del sector público, predomina el principio de responsabilidad. En este orden, es preponderante incursionar en el régimen de responsabilidad de los servidores públicos en el ejercicio de la potestad pública.

Esta base contemplada en la norma constitucional tiene diferentes aristas que van desde lo administrativo hasta lo penal. En el sector de la doctrina, existen diferentes formas de contemplar esta responsabilidad, una de ellas es la propuesta por el autor Ayala (2006) quien en su obra hace una clasificación que distingue la responsabilidad política, penal, civil, administrativa e incluso la responsabilidad fiscal. Bajo este escenario, es importante señalar que, en el caso ecuatoriano la norma constitucional en su artículo 233 establece como parte del régimen de responsabilidad de los funcionarios públicos solamente a la responsabilidad penal, civil y administrativa. En el caso de la responsabilidad penal, quien está a cargo de la determinación de esta es la función judicial a través de los órganos jurisdiccionales. Fierro (2017) explica que: resulta fundamental hacer una adecuada distinción entre los tipos de responsabilidades que contempla el ordenamiento jurídico, caso contrario se trae como consecuencia, un sistema ineficiente y lleno de ambigüedades, de ahí la importancia de demarcar su contenido en este artículo.

La autora citada es enfática al tomar de ejemplo el caso mexicano, como un completo

fracaso puesto a que, no hay una clara distinción entre las autoridades investigadoras de las faltas administrativas y las competentes para sancionarlas, así como también hay una duplicidad de conductas que, se encuentran en la norma penal y en la norma administrativa, generando confusiones y lesiones a las garantías del debido proceso. Bajo esta premisa, los autores ecuatorianos ya han reseñado la dificultad de atribuir responsabilidades a un servidor público cuando la norma no contempla los mecanismos adecuados para su concreción, tal y como lo reseñan los autores Miño & Sisalema (2022) quienes identificaron la imposibilidad de ejecutar la sanción de destitución a dignatarios de elección popular, debido a que el ordenamiento jurídico ecuatoriano, no especifica quién es la autoridad nominadora o a quién le corresponde ejecutar la resolución, quién en todo caso sería su propia autoridad nominadora dentro de esa entidad.

Se sabe que la condición vinculante de la sanción a un funcionario, sin importar de tipo de responsabilidad, es la vinculación al servicio público, el cual “se identifica mayoritariamente con aquellas actividades prestacionales de interés general cuya titularidad ha sido asumida por la Administración (*publicatio*), para su prestación de acuerdo con los principios” (Tornos, 2016, pág. 200). Hay que considerar que el concepto del servicio público debe de ser interpretado en sentido amplio, tomando en consideración que incluso las entidades privadas que hagan uso de recursos públicos podrán ser sujetos a los diferentes tipos de responsabilidad ello, en concordancia con lo estipulado en las normas ecuatorianas. El servidor público es el recurso humano y el elemento primordial en la organización administradora prestadora del servicio público, cuya función es llevar a cabo los fines del Estado traducida a una adecuada satisfacción del interés general (Palma, 2017, pág. 12). Este concepto se complementa con la Ley Orgánica del Servicio Público (2010) que su artículo 4

indica que los servidores públicos son todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público.

En este sentido, es importante mencionar que la Constitución de Montecristi establece en su artículo 227 que, en el ejercicio de sus funciones, los servidores deberán regirse por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación. En el ámbito de la responsabilidad penal de los servidores públicos, es necesario traer al autor Rincón (2018) quien en los resultados de su investigación indica que, este tipo de responsabilidad siempre estará ligado con las tipologías penales, que siempre tendrán como sujeto activo calificado al servidor público. De esta forma, el autor relaciona a todas las posibles conductas punibles de responsabilidad penal un elemento concurrente y, este es que, generalmente el bien jurídico lesionado es la Administración pública (pág. 64). Cabe destacar que, este tipo de responsabilidad está ligado a un procedimiento de carácter judicial y, desde la emisión de la sentencia No. 5-13-IN/2019 de la Corte Constitucional del Ecuador (2019), la cual determina que la fiscalía general del Estado en los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito puede actuar en uso de sus facultades sin requerimiento de informe de los órganos de control pertinentes.

Por su parte, en relación con la responsabilidad civil es relevante citar a los autores Güechá & Güechá (2021) quienes manifiestan que “la responsabilidad civil de los funcionarios se ha enmarcado a través de títulos de imputación que van desde la responsabilidad subjetiva por la falla del servicio, pasando por la falla presunta y culminando en la responsabilidad objetiva” (pág. 115). En este sentido, los autores hacen una marcada

distinción entre la responsabilidad objetiva y la subjetiva, que también está condicionada a la obligación de indemnizar perjuicios como consecuencia de una falla en el servicio, producida por una actuación irregular. Frente a ello, el autor Poblete-Espíndola (2021) indica que la responsabilidad civil de los servidores públicos está intrínsecamente relacionada al derecho de daños, pues a criterio del autor mencionado, el derecho de daños “ha funcionado como una caja de herramientas conceptuales desde donde se obtienen los elementos básicos para modelar una teoría que da cuenta de las particularidades que se presentan en el ámbito público” (pág. 80).

Es decir que, el funcionario tendría que indemnizar al Estado por el perjuicio cometido por su gestión. Hay dos formas en las que el servidor público puede responder civilmente, una de estas formas es a través de sentencia de una acción de derecho de repetición, el cual surge cuando el daño patrimonial que ha reparado el Estado es imputable a hechos, actos u omisiones de los servidores públicos en el desempeño de sus cargos (Carrillo, 2021, pág. 711). El derecho de repetición es una acción considerada por muchos autores como ineficaz ya que, nunca se ha podido ejercer contra un servidor público (Reyes-Idrovo & Torres-Rodas, 2022). No significa que la Administración pública no tenga herramientas que le permitan establecer responsabilidades civiles a los administradores del contrato y, es la Contraloría General del Estado la que juega un rol destacado en este aspecto. La Administración pública tiene como margen de actuación a la potestad disciplinaria que puede ser ejercida en contra de un servidor, a través de un procedimiento sancionador disciplinario. Según manifiesta el autor Flores (2022) la definición de este procedimiento es la siguiente:

El procedimiento sancionador disciplinario es el conjunto de etapas y actuaciones establecidas por la Administración Pública para ejercer su facultad sancionadora

disciplinaria por la ocurrencia de las faltas disciplinarias que pudiesen haber cometido los servidores civiles y en caso de quedar acreditada su existencia proceder con la aplicación de sanción correspondiente. (pág. 150)

De esta forma, la fundamentación bajo la cual se puede sancionar a un funcionario público está en las atribuciones de carácter disciplinario de las que goza la Administración pública. Según lo que expresan los autores el derecho disciplinario debe centrarse en la sanción a aquellos funcionarios que, no cumplen con las funciones de su cargo, por lo que, el operador disciplinario al momento de sancionar alguna conducta debe tener en cuenta los límites expresamente definidos por el legislador y el grado del perjuicio y daño causado con ocasión a la conducta investigada (Paredes, Orozco, & Jiménez, 2022, pág. 196). En el caso que atañe al presente trabajo, el órgano encargado de la vigilancia del proceso de ejecución contractual además de los mecanismos de control de la institución contratante es la Contraloría General del Estado, que actúa en virtud del artículo 211 de la Constitución (2008) y más en concreto el artículo 6 del Reglamento de Responsabilidades de la Contraloría General del Estado (2018).

La interpretación de los autores Fiallos & Mera (2020) referente a la determinación de responsabilidad civil culposa, la Contraloría no solo la puede determinar de forma unilateral, sino que tramitará mediante dos opciones dependiendo de la naturaleza de la inconducta glosas u órdenes de reintegro a fin de ejercer el poder coercitivo y resarcir los daños producidos al Estado producto de una ejecución defectuosa de una obra (pág. 24). Según Neira (2020) en la práctica del Derecho Administrativo, es recurrente la aplicación de las sanciones y glosas a través de las cuáles el órgano de control determina responsabilidades administrativas y civiles a funcionarios públicos y empresas que han tenido una relación con alguna entidad del Estado, especialmente de carácter contractual. Según Chillagana (2022) el

Estado en el procedimiento administrativo sancionador puede hacer valer su derecho a recuperar el dinero de los contribuyentes, cuando la afectación ha procedido del manejo indebido de recursos públicos, para lo cual estará la glosa y la responsabilidad civil llamada orden de reintegro, mecanismos a través de los cuales se repara al Estado (pág. 45). El autor manifiesta que para que exista una responsabilidad en una glosa debe concurrir la existencia de tres elementos, que son: el daño emergente, el lucro cesante y los intereses (pág. 40).

Análisis de los resultados y discusión

En la responsabilidad de los servidores públicos, es esencial entender el proceso en temas de contratación pública. El proceso contractual empieza al momento de suscribirse el contrato que obliga a las partes a cumplir con las cláusulas establecidas en dicho instrumento legal, cuestión que, de hecho, se comparte con las reglas del derecho civil. En la misma línea, termina cuando se suscribe el acta de entrega de recepción definitiva y el pago de las obligaciones, siempre que estas hayan sido cumplidas. A diferencia del contrato en materia privada, en esta etapa del proceso de contratación público interviene la parte legal y la actuación del administrador del contrato cuyas funciones serán descritas a posteriori.

Empero de lo expuesto, se debe exponer una primera diferencia y es la protocolización de una etapa de planificación, que se denomina precontractual. En esta primera etapa, el contratista deberá de contar con los documentos previos exigidos por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (2008) (en adelante LOSNCP) que son los estudios, la partida presupuestaria y los pliegos.

La ley mencionada, es explícita y es que, solo teniendo dichos requisitos, estaría facultada para iniciar el trámite de los procedimientos precontractuales que convengan a las

necesidades de la entidad contratante. En otras palabras, en la contratación pública, a diferencia de los que sucede en una de carácter privado, el contrato es el resultado de un procedimiento de selección tramitado de conformidad con las disposiciones normativas, estando sumamente reglada y está regulada.

El contrato debe incluir cláusulas sobre: el objeto del contrato, especificaciones técnicas, términos de referencia, precio, forma de pago, multas, como lo especifica en el artículo 71 de la LOSNCP, aplican a los contratos públicos en virtud de la autotutela administrativa; forma de ejecución del contrato, antecedentes, en los cuales constan la necesidad de compra, la partida presupuestaria y demás requisitos de la etapa precontractual, como las garantías, las causas de terminación del contrato, entre otras. Al igual que en el ámbito privado opera el principio de buena fe de conformidad a lo establecido en el artículo 72 de la LOSNCP que indica que se pueden corregir errores de buena fe producidos sobre las cláusulas contractuales. La entidad pública debe solicitar al oferente la presentación de garantías de fiel cumplimiento según expresan los artículos 73 al 76. Dan seguridad respecto del cumplimiento del contrato y de las obligaciones que se contrajeren a favor de terceros. Dentro de los tipos de garantías contempla la garantía de buen uso del anticipo, que se reducen en la proporción que se vaya amortizando aquel o se reciba provisionalmente el objeto del contrato; la garantía técnica que dura hasta después de cumplirse la obligación principal del contrato según el plazo que se estableció en los pliegos o el contrato.

En este sentido, el proceso no empezará sino hasta la concurrencia de requisitos establecidos en el artículo 14 del Reglamento de la LOSNCP tales como la resolución de inicio, que deberá contener la aprobación de los pliegos y del cronograma, así como la resolución de adjudicación, requisitos que demarcan la responsabilidad por parte del futuro

administrador de contrato, así como del contratista. Cabe destacar, otro mecanismo que apuntala a la adecuada ejecución del contrato se encuentra en la exigencia que está presente en la fase contractual y de ejecución de los procesos de contratación pública, pues la ley solicita se publiquen en el portal compras públicas, los siguientes documentos considerados como relevantes a efectos de la transparencia de los procesos de contratación pública:

- a) Contrato suscrito entre la Entidad Contratante y el Contratista; así como, sus documentos habilitantes, de ser pertinente;
- b) Contratos modificatorios, en caso de que sea necesario enmendar errores de conformidad con lo establecido en el Artículo 72 de la LOSNCP;
- c) Contratos complementarios, en caso de haberse celebrado acorde con lo dispuesto en el Capítulo VIII, del Título IV de la Ley Orgánica Sistema Nacional de Compras Públicas, LOSNCP;
- d) Notificación de disponibilidad del anticipo, cuando su pago implica que, a partir de este hecho, corren los plazos de cumplimiento de obligaciones por parte del contratista;
- e. Ordenes de cambio, de haberse emitido;
- e) Documento suscrito por las partes respecto a diferencia en cantidades de obra, de haberse emitido;
- f) Resolución de aprobación de la Entidad Contratante para la subcontratación, de ser el caso;
- g) Garantías presentadas a la firma del contrato;
- h) Informe provisional y final o actas de recepción provisional, parcial, total y definitivas, debidamente suscritas, según sea el caso;
- i) Cronogramas de ejecución de actividades contractuales y de pagos;
- j) Comunicaciones al contratista respecto de la aplicación de multas u otras sanciones;
- k) Actos administrativos de sanción y multas;
- l) Cualquier resolución de delegación emitida dentro de esta fase por la Entidad Contratante

y; m) Cualquier reclamo o recurso presentado por el Contratista, así como los actos emitidos por la entidad contratante con ocasión de su tramitación.

Finalmente, el mecanismo más importante respecto de la adecuada ejecución contractual recae sobre las personas. Es aquí cuando cabe citar que el artículo 70 de la LOSNCP expresa que a efectos de una adecuada ejecución se exigirá que todo contrato tenga a un administrador, a un fiscalizar y a un supervisor los cuales tendrán deberes funcionales sobre los hechos contractuales, actuaciones y documentación relacionadas con pagos, posibles contratos complementarios, la terminación del contrato, la ejecución de garantías, así como la aplicación de multas y sanciones y recepciones. En la misma línea, de conformidad al artículo 80 de la ley citada, estos funcionarios responderán administrativa, civil y penalmente por los actos derivados de sus actuaciones en el marco de sus deberes funcionales. Para efectos del administrador del contrato sus deberes funcionales se encuentran estipulados en el artículo 295 del Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (2022) que en su parte pertinente indica como obligaciones de este servidor las siguientes: velará por el cabal y oportuno cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones contractuales.

De esta forma, el artículo 297 resume las funciones del administrador de contrato a informes, pues esta norma indica que el administrador del contrato emitirá los informes de manera motivada y razonada enmarcándose en el respeto al debido proceso y a las cláusulas contractuales, a fin de precautelar los intereses públicos y la debida ejecución de este, y acorde a lo prescrito en el artículo 5 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Derecho comparado: La Contratación pública en España

En España la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP) (2017) es la principal

norma que regula la contratación pública. Se aplica a nivel nacional y establece los principios y procedimientos para la contratación pública en el ámbito estatal y local. La LCSP incorpora la normativa de la Unión Europea en este ámbito, pero no existe un sistema público de contrataciones único, el sistema se rige por una serie de leyes y regulaciones, y se utiliza ampliamente la tecnología electrónica para llevar a cabo los procedimientos de contratación pública. Los procedimientos varían según el nivel de gobierno y la ubicación geográfica, lo que hace que el sistema sea bastante descentralizado y complejo.

La contratación pública española en base a su normativa establece los procedimientos para la adquisición de bienes y servicios por parte de las entidades públicas, ya sean a nivel local, regional o nacional. Los procedimientos de contratación se gestionan de manera descentralizada por las diferentes entidades públicas, y es importante mencionar que el sistema de contratación pública en España es bastante complejo y está en constante evolución. Lo que, si es cierto, es que la colaboración entre instituciones se encuentra reglada bajo el principio de coordinación según el artículo 103 de la Constitución Española (1978).

En España, las obras públicas y los proyectos gubernamentales son responsabilidad de varios órganos y entidades, dependen de la jurisdicción y naturaleza del proyecto a diferencia de Ecuador la atribución es única de la Contraloría General del Estado. En España el Tribunal de Cuentas es el principal órgano de fiscalización y se encarga de auditar y fiscalizar las cuentas y la gestión económico-financiera del sector público estatal y autonómico. Este órgano únicamente emite informes y recomendaciones. Asimismo, cada comunidad autónoma tiene su propia intervención general, encargada de fiscalizar los gastos y la gestión financiera a nivel regional, lo que incluye proyectos de obras públicas dentro de su jurisdicción.

En el caso español no existe un funcionario que se designa como administrador del

contrato pues la responsabilidad recae sobre diferentes servidores y en última instancia en la autoridad nominadora. En su defecto, es la entidad pública, que puede ser una administración local, regional o nacional, la que designa ingenieros y técnicos altamente capacitados y especializados en el tipo de obra a realizar.

Estos profesionales son responsables de supervisar y controlar todas las fases de la obra, desde la planificación inicial hasta la entrega final. Los ingenieros y técnicos se aseguran de que la obra se ejecute de acuerdo con las especificaciones técnicas establecidas en los documentos del contrato. Esto incluye aspectos como los materiales a utilizar, las técnicas de construcción, las dimensiones y los estándares de calidad.

Otra diferencia radical en el Sistema Nacional de Contratación Pública de ambos países es que, en el caso español la empresa contratista recibe pagos en función de certificaciones periódicas emitidas por los supervisores de la obra. Estas certificaciones se basan en el progreso de la obra y se utilizan para controlar los desembolsos financieros. Si bien en el caso ecuatoriano, pasa algo similar lo cierto es que la Administración tiene un sistema sumamente complejo al emitir pagos que, podrían afectar el desenvolvimiento de la empresa contratista.

En este escenario normativo, cabe señalar que en cuanto al administrador del contrato el artículo 70 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (2008), expresa que los contratos contendrán estipulaciones específicas relacionadas con las funciones y deberes de los administradores del contrato. En este sentido, se parte de la Constitución de la República en el artículo 233, establece Ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones, y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y

administración de fondos, bienes o recursos públicos.

En caso de que un sujeto de control incurra en responsabilidad administrativa, conforme fue señalado en líneas anteriores, la CGE deberá imponer una sanción que será proporcional a la gravedad de la falta cometida, siendo la sanción más leve la imposición de una multa que puede llegar a ser hasta de veinte remuneraciones básicas del trabajador en general, y siendo la sanción más grave la destitución. De acuerdo con las circunstancias de cada caso, la CGE puede inclusive imponer a un mismo sujeto las sanciones de destitución y de multa simultáneamente según establece el artículo 46 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado (2002).

En este orden, y como se expuso en la fundamentación teórica, este mismo órgano tiene facultades para ejercer el cumplimiento de la responsabilidad civil a través de la potestad coactiva. Cuando se refiere a la responsabilidad civil propiamente dicha, el supuesto de hecho para que se genere este tipo de responsabilidad está simplemente en que el funcionario público o el tercero, que se encuentre manejando recursos públicos, por una acción u omisión culposa realizada sin tomar las cautelas y precauciones necesarias, genere un perjuicio económico directo o indirecto a los bienes y recursos público del Estado.

Es decir, puede que existan acciones u omisiones culposas que causen un perjuicio a las arcas del Estado, y que la mismas hubieren sido cometidas por uno o varios funcionarios. En este sentido, el artículo 34 del Reglamento de Responsabilidades de la Contraloría General del Estado indica que la CGE puede exigir la indemnización por los perjuicios generados, a uno de los responsables, a algunos de ellos o a todos conjuntamente. Este tipo de responsabilidad es predeterminada por el órgano mencionado bajo la institución jurídica conocida como la glosa.

La glosa y las órdenes de reintegro, son instituciones jurídicas que la CGE hace uso

para exigir la responsabilidad civil, con matices diferenciadores de la glosa. Las órdenes de reintegro son viables respecto de la responsabilidad civil por pago indebido, es decir, que los sujetos pasivos de control incurren en el encuadramiento de estos elementos, cuando hubieren realizado pagos que no correspondían o no se encontraban previstos en la norma. El artículo 53 de la LOCGE determina que se entenderá por pago indebido cualquier desembolso que se realizare sin fundamento legal o contractual o sin que el beneficiario hubiere entregado el bien, realizado la obra, o prestado el servicio, o la hubiere cumplido solo parcialmente.

En este sentido, se tendría, por un lado, al sujeto o sujetos de control que recibieron el pago indebido, que será sin lugar a duda el responsable principal, pues está en la obligación de devolver el dinero que ha recibido indebidamente; pero, por otro lado, también se tendría al funcionario o al tercero que realizó el pago indebido, quien responde como responsable subsidiario.

Es importante mencionar que el Estado ha previsto medios alternativos de solución de conflictos que involucra el reconocimiento de la responsabilidad del servidor público y el interés general del Ecuador. A este punto, cabe mencionar que el Código Tributario aplicable a las glosas y a las órdenes de reintegro indica en su artículo 152 la posibilidad de conciliar con la administración y, con ello el funcionario puede solicitar facilidades de pago a fin de que pueda evitar un juicio coactivo producto de la responsabilidad que ha sido determinada en un proceso de contratación pública.

Conclusiones

El ordenamiento jurídico ecuatoriano prevé un sistema de responsabilidades penales, civiles y administrativas por cualquier perjuicio que un funcionario público provoque en contra del Estado. También se verificó que, a diferencia de otros países como España, donde

el control de las responsabilidades está repartido en sus competencias por diversos órganos de acuerdo al tipo de proyecto, en el caso ecuatoriano la Contraloría General del Estado es la única con dicha atribución, ello podría ser *prima facie* una de las causas que producen que este régimen se vea muy débil materialmente, ya que un solo órgano no puede abarcar con todos los proyectos de obras y/o contratos administrativos.

En la misma línea, aterrizando con el administrador del contrato fue posible concluir que este tiene atribuciones sumamente amplias lo que no necesariamente pueda satisfacer con su perfil, por lo que, se recomienda acoger en este punto la perspectiva española. Que la atribución de velar por la correcta ejecución contractual recaiga sobre varios funcionarios y, en última instancia sobre la autoridad nominadora. Se debe mencionar que, no todo funcionario va a tener el perfil adecuado para acaparar todas las supervisiones, muchas de ellas entre técnicas y legales, por lo que el reproche recaería sobre una responsabilidad demasiado amplia.

Referencias

Amado, J. (2020). *Actuaciones administrativas en el marco del Derecho Administrativo*.

Global: Estudio de caso. Bogotá: Universidad Libre.

Asamblea Constituyente de Ecuador de 2007 y 2008. (2008). *Constitución de la República del*

Ecuador. Montecristi: Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

Asamblea Nacional del Ecuador. (2008). *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación*

Pública. Quito D.M.: Registro Oficial Suplemento 395 de 4 de agosto de 2008.

Asamblea Nacional del Ecuador. (2010). *Ley Orgánica del Servicio Público LOSEP*. Quito:

Registro Oficial Suplemento 294.

- Ayala, J. (2006). *La responsabilidad de los servidores públicos*. Bogotá D.C.: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- Carrillo, A. (2021). El accionar del Estado ecuatoriano en el derecho de repetición. *Sociedad y Tecnología. Revista del Instituto Tecnológico Superior Jubones*, 710–722.
- Chillagana, J. (2022). *Falencias jurídicas del procedimiento administrativo para el desvanecimiento de glosas por responsabilidad civil culposa*. Quito: Universidad Central del Ecuador.
- Código Orgánico Administrativo. Registro Oficial 31. Quito, Ecuador. 07 de julio del 2017.
- Código Tributario. Registro Oficial 38. Honorable Congreso Nacional. 14 de junio del 2005.
- Contralor General del Estado ecuatoriano. (2018). *Reglamento de Responsabilidades de la Contraloría General del Estado*. Quito D.M.: Registro Oficial Suplemento 323 de 10 de septiembre de 2018.
- Corte Constitucional del Ecuador. (2019). *Sentencia No. 5-13-IN/19 y acumulados (informe previo de la Contraloría)*. Quito D.M.: Registro Oficial de 2 de julio de 2019.
- Cortes Generales del Parlamento del Reino de España. (2017). *Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE*. Madrid: Boletín Oficial Español No. 272.
- Fiallos, S., & Mera, G. (2020). *La prueba en la determinación de responsabilidades de la Contraloría General del Estado y el debido proceso*. Ambato: Universidad Regional Autónoma de los Andes.

- Fierro, A. (2017). Responsabilidad de los servidores públicos. Del castigo a la confianza. *Fondo de Cultura Económica*, 149-149.
- Flores, J. (2022). La estabilidad de la competencia para la potestad sancionadora y las autoridades del procedimiento administrativo disciplinario de la Ley del Servicio Civil. *Derecho global. Estudios sobre derecho y justicia*, 145-165.
- Giraldo, R. (2013). Apuntes acerca de los enfoques del derecho: Una mirada más allá del tridimensionalismo. *Revista Inciso de la Universidad La Gran Colombia*, 117-139.
- González, M. (2019). Responsabilidad de los Administradores en las Entidades Sin Ánimo de Lucro. *Civilizar Ciencias Sociales y Humanas*, 11-20.
- Güechá, J., & Güechá, C. (2021). La responsabilidad en los contratos del estado: un análisis desde la ética pública. *Opinión Jurídica*, 115-141.
- Gutiérrez, J. (2022). Análisis comparativo del Sistema de Contratación Pública entre la República del Ecuador y la República de Cuba. *Iuris Dictio*, 161-175.
- Haro, M. (2021). Los principios del Derecho Administrativo: su positivización. *Sociedad y Tecnología. Revista del Instituto Superior Jubones*, 61-75.
- Honorable Congreso Nacional del Ecuador. (2002). *Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado*. Quito: Suplemento del Registro Oficial No. 595 , 12 de Junio 2002.
- Jaramillo, F. (2018). Sobre el nuevo concepto de servicio público en Europa. *UDA Law Review*, 27-33.
- Marín, F. (2015). *Los servicios semipúblicos domiciliarios*. Bogotá: Editorial Temis.
- Miño, L., & Sisalema, Á. (2022). La acción u omisión culposa de los servidores de la

administración pública como sujetos de responsabilidad. *Revista Metropolitana de Ciencias Aplicadas*, 200-208.

Neira, E. (29 de abril de 2020). *Glosas y determinaciones de responsabilidad por la Contraloría General del Estado*. Obtenido de gvn.com.ec:
<https://gvn.com.ec/2020/04/29/glosas-responsabilidad-contraloria/>

Padres de la Constitución. (1978). *Constitución española de 1978*. Madrid: Boletín Oficial del Estado de 29 de diciembre de 1978.

Palma, I. (2017). *La acción extraordinaria de protección y la destitución del servidor público: análisis teórico y práctico*. Manta: Universidad Laica Eloy Alfaro de Manabí.

Paredes, H., Orozco, M., & Jiménez, L. (2022). Historia del derecho disciplinario en Colombia y el ejercicio de la abogacía, un análisis de su unificación normativa. *Justicia*, 188-205.

Poblete-Espíndola, G. (2021). La influencia del derecho de daños en la responsabilidad del Estado por falta de servicio. *Revista chilena de derecho privado*, 45-84.

Presidente Constitucional de la República del Ecuador. (2022). *Decreto Ejecutivo 458: Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*. Quito: Registro Oficial Suplemento 87 de 20 de junio de 2022.

Reyes-Idrovo, M., & Torres-Rodas, M. (2022). Juicio de repetición en el Ecuador: su efectividad frente a la falta de armonía y claridad de las normas jurídicas que lo regulan. *Polo del Conocimiento*, 1594-1609.

Reyes-Ruíz, L., & Carmona, F. (2020). *La investigación documental para la comprensión ontológica del objeto de estudio*. Cúcuta: Universidad Simón Bolívar.

- Rincón, D. (2018). Corrupción y captura del Estado: la responsabilidad penal de los servidores públicos que toman parte en el crimen organizado. *Revista Prolegómenos Derechos y Valores*, 57-71.
- Sánchez, F. (2019). Fundamentos epistémicos de la investigación cualitativa y cuantitativa: Consensos y disensos. *Revista Digital de Investigación en Docencia Universitaria*, 102- 122.
- Tantaleán, R. (2016). Tipología de las investigaciones jurídicas. *Derecho y Sociedad*, 1-37.
- Tornos, J. (2016). El concepto de servicio público a la luz del Derecho comunitario. *Revista de Administración Pública*, 193-211.
- Wunder, D., & Gabardo, E. (2021). El principio constitucional de eficiencia administrativa: contenido normativo y consecuencias jurídicas de su violación. *Cuestiones constitucionales*, 131-167.

Anexos

Ilustración 1: Árbol de problema sobre El rol de los administradores de contratos y su responsabilidad debido a un inadecuado desempeño en sus funciones

