



TESIS DE GRADO

PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE

**ABOGADO DE LOS JUZGADOS Y TRIBUNALES DE LA REPÚBLICA DEL
ECUADOR**

TEMA:

**“PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE IGUALDAD Y SU TRASCENDENCIA EN LOS
PROCESOS DE MENOR CUANTÍA DE OBRAS”**

AUTORES:

CARLOS JULIO CÁRDENAS IGLESIAS

FABIÁN ENRIQUE MENDOZA MACÍAS

DIRECTORA:

DRA. ANA MARÍA ANDRADE ZAMORA

PORTOVIEJO - MANABÍ - ECUADOR

2012

CERTIFICACIÓN

Certifico que los egresados **CARLOS JULIO CÁRDENAS IGLESIAS** y **FABIÁN ENRIQUE MENDOZA MACÍAS**, han realizado este trabajo de investigación titulado **PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE IGUALDAD Y SU TRASCENDENCIA EN LOS PROCESOS DE MENOR CUANTÍA DE OBRAS**, con sus criterios y fundamentos, el mismo que es original y ha sido desarrollado bajo mi dirección y supervisión, cumpliendo con eficacia, capacidad y responsabilidad, particular que comunico para los fines legales pertinentes.

DRA. ANA MARÍA ANDRADE ZAMORA

UNIVERSIDAD SAN GREGORIO DE PORTOVIEJO

CARRERA DE DERECHO

**PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE IGUALDAD Y SU TRASCENDENCIA EN
LOS PROCESOS DE MENOR CUANTÍA DE OBRAS**

TESIS DE GRADO

De los egresados **CARLOS JULIO CÁRDENAS IGLESIAS** y **FABIÁN ENRIQUE MENDOZA MACÍAS** sometido al Tribunal de Sustentación para su respectiva aprobación.

TRIBUNAL DE SUSTENTACIÓN

Abg. Jorge L. Villacreses Palomeque
COORDINADOR DE CARRERA

Dra. Ana M. Andrade Zamora
DIRECTORA DE TESIS

Abg. Yandry Mantuano Zambrano
MIEMBRO DEL TRIBUNAL

Abg. María Jokir Reina Zambrano
MIEMBRO DE TRIBUNAL

DEDICATORIA

Al Todopoderoso Creador del cielo y tierra, principalmente dedicándosela por darme la vida, mi familia entera; también por dar luz a mi caminar y por ayudarme a superar cualquier obstáculo que la vida pusiera a mi paso.

A mis padres Carlos Julio y María Clemencia; porque creyeron en mí, y porque me sacaron adelante, dándome buenos ejemplos, dignos de superación y entrega, porque en gran parte gracias a ustedes hoy puedo ver alcanzada mi meta, ya que siempre estuvieron impulsándome en los momentos más difíciles de mi carrera, y porque el orgullo que sienten por mí, fue lo que me hizo ir hasta el final.

A mis hermanas Nicolle Michelle y Jaqueline Alexandra, mis grandes compañeras de vida, siempre me dieron ánimos para querer ser alguien en la vida, y viendo su orgullo puesto en mi, seguí adelante para los tres ser unos grandes profesionales.

A mis familiares.

A mis hermanos de corazón **Andrés Jarre y Maycol Cordova**, quienes siempre consideraban mi esfuerzo y conocimiento adquirido.

¡Gracias a ustedes!

A mis maestros; por sus enseñanzas y su gran apoyo para la culminación de mis estudios; a la **Dr. Ana María Andrade Zamora**, Directora de Tesis, por su

colaboración y conocimientos transmitidos para desarrollar este trabajo de investigación; a los abogados **Anita Briones Viteri, Marku Marduck Cadena Manosalvas, Jorge Olmedo Espinoza**, gracias por haberme compartido sus conocimientos para la buena ejecución de esta investigación.

A mi amigo.

Fabián Enrique Mendoza Macías, por ser con quien compartí grandes momentos a lo largo de la carrera y básicamente por colaborar como coautor del presente trabajo de investigación.

DEDICATORIA

A DIOS, por permitirme contar con salud para lograr las metas propuestas.

A mis padres **FABIÁN MENDOZA y SONIA MACÍAS**, por el esfuerzo y sacrificio que hacen día a día por mí y mis hermanos; y porque a pesar de la distancia siempre están conmigo.

A mi mami **ALLA y mi papi TARQUINO**, por su dedicación, esfuerzo, constancia, paciencia y todo el amor que me brindan cada día; por hacer de mí, un hombre de bien.

A mis hermanos: **FABIÁN EDUARDO**, por ser mi gran ejemplo a seguir, a **FABIANA y JARED**, por el apoyo y cariño; ustedes son muy importantes en mi vida.

A mis sobrinos **FABIANA y FABIÁN ARTURO**, los adoro, ustedes son el motor de vida que me alienta a seguir con mayor empeño cada día.

A mis primos **Giussepe y Dili**, a mi tía **Rocío**, a mi ñaña **Gisse**, a **Jorge y a mi NINA**, por el afecto y sobre todo por la paciencia en mi formación.

A mis amigos **Carlos Julio Cárdenas, Maickol Córdova y a mi primo Luis Monge**, por compartir los momentos importantes en mi vida.

RECONOCIMIENTO

Los autores del presente trabajo de investigación dejan constancia de su eterna gratitud a todos quienes hicieron posible la culminación de este logro alcanzado. Nombrarlos a todos no alcanzaría a cubrir muchas hojas.

Gracias.

CARLOS J. CÁRDENAS IGLESIAS

FABIÁN E. MENDOZA MACÍAS

DECLARATORIA

La responsabilidad por los hechos, ideas, procesamientos de datos, análisis, conclusiones, recomendaciones y doctrinas expuestos en esta tesis, corresponden exclusivamente a su autor y el patrimonio intelectual de Tesis de Grado corresponderá a la Universidad San Gregorio de Portoviejo.

Portoviejo, octubre de 2012

CARLOS J. CÁRDENAS IGLESIAS

FABIÁN E. MENDOZA MACÍAS

ÍNDICE

TEMA:

PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE IGUALDAD Y SU TRASCENDENCIA EN LOS PROCESOS DE MENOR CUANTÍA DE OBRAS

CERTIFICACIÓN	ii
TRIBUNAL DE SUSTENTACIÓN.....	iii
DEDICATORIA.....	iv
DEDICATORIA.....	vi
RECONOCIMIENTO.....	vii
DECLARATORIA	viii
ÍNDICE	ix
RESUMEN.....	xii
CAPÍTULO I.....	1
MARCO REFERENCIAL	1
1. TEMA.....	1
1.1. Formulación del Problema.....	1
1.2. Planteamiento del Problema.....	1
1.3. Preguntas de la Investigación	8
1.4. Delimitación de la Investigación	8
1.5. Justificación.....	9
1.6. OBJETIVOS	10
1.6.1. Objetivo General	10
1.6.2. Objetivos Específicos	10
CAPÍTULO II.....	1
2. MARCO TEORICO.....	1
2.1. Conceptos Básicos.....	1
2.1.1. Contratación Pública	1
2.1.2. Sistema Nacional de Contratación Pública	2
2.1.3. Instituto Nacional de Contratación Pública.....	2
2.1.4. Menor cuantía de obras	2
2.1.4.1 Características de Menor cuantía de obras	3
2.1.5. Obras	4

2.1.6. Registro Único de Proveedores	4
2.1.7. ¿Qué es el RNP?.....	8
2.1.8. Clasificación de las MIPYMES	10
2.1.9. Definición y clasificación de las MIPYMES	10
2.1.10. Factores de Producción	11
2.1.11. Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones.....	12
Art. 55.- Compras públicas	12
2.1.12. Acto Administrativo.....	14
2.1.13 Contrato Administrativo.....	14
2.2. PRINCIPIO DE IGUALDAD	14
2.3. PRINCIPIO DE IGUALDAD EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA	16
2.3.1. Doctrina sobre el Principio de Igualdad en materia de Contratación Pública	18
2.4. DETERMINACIÓN DE LA NO APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LOS PROCESO DE MENOR CUANTÍA DE OBRA ...	20
2.5. CONTRADICCIÓN DE NORMAS.....	22
2.5.1. Las interpretaciones de las normas en el supuesto de las antinomias	25
2.5.2. Pertenencia a un mismo ordenamiento.....	26
2.5.2.1. Ámbito de validez	26
2.5.2.2. CONDICIÓN AXIOLÓGICA.....	27
2.5.2.3. La diferencia teleológica	28
2.5.3. La antinomia en el enfoque excepto del derecho	31
2.5.3.1. Apego a las funciones esenciales del derecho en la vida social	33
2.6. PRINCIPIO DE SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN	35
2.6.1. Legislación comparada	36
2.6.2. Control constitucional e inconstitucionalidad de normas	37
2.7. DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE LIMITACIÓN CONTRACTUAL	41
2.7.1. Derechos Humanos.....	41
2.8. DERECHO COMPARADO EN LOS PROCESOS DE MENOR CUANTÍA DE OBRAS	44
2.8.1. Menor cuantía de obra en México.....	44
2.8.2. Finalidad	45
2.8.3. Caracteres.....	47

3. HIPÓTESIS.....	47
3.1. Hipótesis General	47
3.2. Hipótesis Específicas	48
3.3. Variable Independiente	48
3.4. Variable Dependiente	48
3.5. MATRIZ DE OPERACIONALIZACIÓN DE LAS VARIABLES	49
3.5.1. Variable Independiente:	49
3.5.2 Variable Dependiente:.....	50
CAPÍTULO III.....	51
4. MARCO METODOLÓGICO.....	51
4.1. Metodología de la Investigación.....	51
4.2. Tipos de Investigación.....	51
4.3 Métodos.....	52
4.4. Técnicas	53
4.5. Instrumentos.....	53
4.6. Población y Muestra	53
4.7. Matriz de Población y Muestra	54
CAPÍTULO IV	55
5. ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS.....	55
5.1 Verificación de los Resultados.....	55
CAPÍTULO V	63
4. CONCLUSIONES, RECOMENDACIONES Y PROPUESTA	63
4.1. Conclusiones.....	63
4.2. Recomendación	64
4.3. PROPUESTA A LA LEY.....	65
4.4. PROPUESTA A RESOLUCIÓN INCOP	68
BIBLIOGRAFÍA.....	70
LINKOGRAFÍA	72

RESUMEN

El artículo 52 inciso segundo de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, limita a los proveedores de medianas empresas en participar en los procesos de menor cuantía de obra en relación al cruce de información que mantiene el Servicios de Rentas Internas (SRI) con el Instituto Nacional de Contratación Pública (INCOP) de acuerdo al registro único de proveedores en lo que corresponde a la categorización de las micro, pequeñas y medianas empresas como lo expresa el artículo 16 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (RGLOSNCOP), lo cual se consideró en la presente tesis como una limitante a participar a las medianas empresas en los procesos de Menor cuantía de obra de conformidad al artículo 334 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador, ya que siendo norma constitucional determina de manera imperativa en el primer numeral “evitar la concentración o acaparamiento de factores y recursos productivos, promover su redistribución y eliminar privilegios o desigualdades en el acceso a ellos” por lo establecido se llegó a la conclusión de que no existe armonía en mencionadas normas legales excluyendo la participación de menciona empresa.

El sustento materia de la tesis es el principio constitucional de igualdad y su transcendencia en los procesos de menor cuantía de obra, ya que su aplicación conforme al artículo 4 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y este en relación al artículo 9 numeral 5 del mismo cuerpo legal, no está siendo considerado en el proceso de contratación enunciado.

En virtud de lo expuesto en síntesis, se realizó el presente trabajo analítico de investigación con la finalidad de proponer reforma al artículo 52 inciso segundo de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública según la motivación que se explica posteriormente.

CAPÍTULO I

MARCO REFERENCIAL

1. TEMA

“PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE IGUALDAD Y SU TRASCENDENCIA EN EL PROCESO DE MENOR CUANTÍA DE OBRAS”.

1.1. Formulación del Problema

¿Se aplica el principio constitucional de igualdad en los procesos de menor cuantía de obra, contemplado en el artículo 52 inciso segundo de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública?

1.2. Planteamiento del Problema

Dentro de las falencias que desde nuestras perspectivas hemos analizado en consideración a la investigación que se ha venido realizando, la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento vigente, responden a la concepción de un estado organizado y centralizado, tomando en cuenta la necesidad de precautelar los intereses públicos y la debida ejecución de la contratación, por ende el estado viene articulando a sus organismos e instituciones en procesos de planificación, programación, presupuesto, control, administración y de la adquisición de bienes y servicios, la ejecución de obras públicas; así como la prestación de servicios incluidos los de consultoría, que se realicen con recursos públicos, con el objetivo de mantener procedimientos ágiles, trato igualitario, transparentes, eficientes y tecnológicamente actualizados, que impliquen ahorro de recursos y faciliten las labores de control, tanto de entidades

contratantes como de los proveedores de obras, bienes y servicios, órganos de control y regulación; y de la ciudadanía en general, sin embargo la aplicación de la Ley y su Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública ha ocasionado inseguridad jurídica.

Uno de los problemas que afronta el Sistema Nacional de Contratación Pública es la determinación del presupuesto referencial; un servidor (a) que calcula “erróneamente” el presupuesto referencial o al no poder diferenciar qué tipo de contratación es la adecuada ya, sea por desconocimiento o con ánimo de beneficiarse, no sólo que provoca un perjuicio para el estado, sino que adicionalmente crea incertidumbre en las demás entidades que actúan de buena fe; ya que dejan un registro en el portal de compras públicas de un bien o servicio sobrevalorado o un formato de un procedimiento indebido, mismo que puede ser tomado como referencia para otros procesos, sobreviniendo a ello una grave distorsión en el mercado. Un ejemplo de ello es el acta de descalificación del proceso No MCO-AGP-003-2012 Aguapen, “Agua de la Península en la Contratación de Instalaciones de Guías y Medidores, Cambio de Medidores, Instalaciones de Medidores, Cambio de Accesorios, Reubicación y Legalización de Guías en el Cantón Santa Elena, Provincia de Santa Elena”, en la que, por considerar conveniente para los intereses de Aguapen S.A., se autoriza para que se proceda al sorteo y consecuentemente a la adjudicación al único oferente considerando en la mencionada acta, tomando en cuenta y a la vez no aplicando el artículo ¹59 reformado del 15 de Agosto de 2011, mediante Decreto Ejecutivo No 841 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, siendo este un argumento “erróneo” para otra entidad estatal.

Dentro del procedimiento específico al tema de investigación, es oportuno mencionar que el proceso de contratación de Menor cuantía de obras, tiene como

¹ En el Registro Oficial 512 de 15 de agosto de 2011, se publicó el Decreto Ejecutivo No. 841, que reformó el artículo 59 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública

fin realizar una contratación preferente, privilegiando a las micro y pequeñas empresas (MYPES), con artesanos o profesionales, preferentemente domiciliados en el cantón en el que se ejecutará el contrato, quienes deberán acreditar sus respectivas condiciones de conformidad a la normativa que los regulen.

Solamente en caso de que no existiera oferta de proveedores que cumplan con los requisitos, se podrá contratar con proveedores de otros cantones o regiones del país.

Realizando un análisis exhaustivo, el objetivo indirecto al insinuar mayor participación de las micro y pequeñas empresas en los procesos de Menor cuantía de obras, se consideró que es direccionado a un grupo de proveedores al tipificar a este proceso como contratación preferente según la disposición legal del artículo 52 inciso dos de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, privilegiando a la micro y pequeña empresa en relación al artículo 16 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y en la actualidad aplicándolo según la publicación constante en el portal de compras públicas donde el Instituto Nacional de Contratación Pública por medio de su Director Ejecutivo Encargado, ²informa textualmente con fecha 26 de Julio de 2012 que: *“En cumplimiento del artículo 16 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, con la finalidad de mantener actualizada automática y permanentemente la información en el Registro Único de Proveedores, el Instituto Nacional de Contratación Pública-INCOP conjuntamente con el Servicio de Rentas Internas-SRI, han implementado un Sistema interconectado el cual permitirá incluir en el registro de cada proveedor, el valor correspondiente a sus ingresos del ejercicio fiscal.*

Es importante recordar que la información relacionada con las ventas de cada proveedor es una de las variables que sirve para categorizar a los mismo como micro, pequeña y mediana empresa.

² Información del Instituto Nacional de Contratación Pública.

Por lo indicado, se informa que a partir del día lunes 6 de agosto de 2012, los proveedores serán categorizados en base al proceso antes descrito.”

En consecuencia, el estado precautelando sus intereses para que la ejecución de las obras contratadas se cumplan cabalmente al 100%, no debería permitir que se esté limitando a proveedores de medianas empresas Ecuatorianas en participar en condiciones equitativas por el simple hecho de no acaparar la contratación en el proceso de Menor cuantía de obra, por factores de ingresos económicos anuales, así como la organización de producción, lo que es notable la controversia existente en las disposiciones indicadas en la que se tiene que hacer prevalecer principios constitucionales, más aun cuando va de la mano al principio de Trato Justo que considera en materia de contratación pública que todo proveedor de bienes, servicios o de obras debe tener participación y acceso para contratar con las entidades estatales en condiciones semejantes, estando prohibida la existencia de privilegios, ventajas o prerrogativas.

Existiendo principio constitucional de igualdad por la jerarquía que este implica, se debería incluir a las medianas empresas en participación plena con opción a adjudicaciones en las contrataciones de procesos de Menor cuantía de obras, conforme al artículo Constitucional 11 numeral 2 que establece: Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación; inciso 3) El estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad; lo cual tiene concordancia con el artículo 9 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública que trata sobre los objetivos del Sistema Nacional de Contratación Pública, numeral 5 en el que establece: “Promover la participación

de artesanos, profesionales, micro, pequeñas y medianas empresas con ofertas competitivas, en el marco de esta Ley.”

El artículo 227 de la Constitución de la República del Ecuador establece taxativamente que: La administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación.

Concretamente este principio de participación ³se refiere a las facultades emanadas de un cuerpo constitucional, que permiten que cada persona sin distinción alguna, intervenga en una serie de actividades mediante las cuales el ciudadano, como individuo o asociado a otros, directamente o por medio de los propios representantes, contribuye a la vida económica, política y social de la comunidad civil a la que pertenece. Es, en suma, “el compromiso voluntario y generoso de la persona en los intercambios sociales”

El principio de participación se fundamenta en el derecho natural de todo ser humano a realizar su propio destino. En toda formación social la persona tiene derecho a hacer sentir el peso de su decisión personal responsable. El sujeto de la participación es todo hombre o mujer como miembro del grupo social.

De esta forma hablar de participar, equivale a ser un actor social. La participación se refiere a la posibilidad de aprender los mecanismos y procesos de la democracia por medio de experiencias de participación en las niveles de gobierno y en las acciones que ejecuta para la satisfacción de las necesidades vitales. Consideramos que la participación nacional es un pilar básico de la democracia, implica una transformación profunda de las relaciones entre la administración pública y la ciudadanía. Permite que cada uno de los ciudadanos puedan

³ Dr. Jorge Hidalgo; Guía del Estado de España; Enero 2010; Suardíaz pág. 379

participar en la proposición de propuestas de infraestructura, de servicios, de obras, entre otros, que el estado puede concretarlos a través de la contratación pública.

El art. 334 de la Constitución de la República del Ecuador manifiesta que el estado promoverá el acceso equitativo a los factores de producción, para lo cual le corresponderá:

1. Evitar la concentración o acaparamiento de factores y recursos productivos, promover su redistribución y eliminar privilegios o desigualdades en el acceso a ellos.

Por lo tanto, no se puede adecuar la concentración o acaparamiento en factores y recursos productivos en las que pueden participar de manera análoga proveedores de medianas empresas, ya que el hecho de que participen en este proceso de Menor cuantía de obra, no significa la adjudicación constante de los mismos, ni tampoco se resta las posibilidades de adjudicación a los proveedores de micro y pequeñas empresas. En consecuencia el Estado Ecuatoriano al tratar de que exista mayor participación de las micro y pequeñas empresas está limitando a las medianas al poder intervenir en el proceso de Menor cuantía de obras sin tener en cuenta que la finalidad del Sistema Nacional de Contratación Pública es precautelar los intereses públicos teniendo como objetivo prioritario en relación a la presente tesis la que determina el artículo 9 numeral 5 de la Ley Orgánica del Sistema nacional de Contratación Pública, y que consecuencia todas las contrataciones se cumplan completamente a favor de la sociedad en general.

Dentro de este contexto, el principio de igualdad se constituye en un medio para proteger la integridad y cualquier acto discriminatorio de las actuaciones de la administración pública, es decir, su aplicación se traduce en mecanismos para cumplir con los valores y bases de toda democracia, y así la actividad contractual

de la administración pública deberá regirse por esa igualdad de oportunidades y derechos para los interesados en contratar con el Estado, y participar en su desarrollo convencional, lo que también es conocido como democratización contractual.⁴

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública dispone que en los procesos de contratación todos los proveedores participen en igualdad de condiciones y oportunidades, es decir, que tanto los artesanos, pequeñas y medianas empresas, compitan dentro de los procesos bajo reglas que les permita acceder a la adjudicación sin ninguna forma de restricción, segregación, preferencia o discriminación.

La cuestión que se plantea es concerniente a la aplicación absoluta de este principio constitucional dispuesto en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, ya que los proveedores de Medianas Unidades de Producción están siendo limitados en la participación de este proceso, por la inobservancia fehaciente que existe en contradicción de normas. Esta interrogante se viene planteando por todos los actores de la contratación pública, al establecer la participación en condiciones análogas, debido a la limitante que está siendo direccionada a estos en los Procesos de Menor cuantía de obra.

En lo pertinente al tema objeto del presente proyecto de tesis de acuerdo a los antecedentes expuestos, se pretende establecer y determinar la trascendencia del principio de igualdad en el proceso de Menor cuantía de obra.

⁴ Dr. Manuel Clavero Arévalo, Estudios en Contratación Pública y Derecho Administrativo; Madrid- España 2002; Civitas Pág. 361

1.3. Preguntas de la Investigación

- A qué principio constitucional se atenta al privilegiar a las micro y pequeñas empresas en los procesos de Menor cuantía de obra?
- Se aplica el principio constitucional de igualdad en los procesos de Menor cuantía de obras establecidos en Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública?
- Viola algún derecho de los proveedores la aplicación del artículo 59 reformado el 15 de Agosto del 2011, mediante Decreto Ejecutivo No 841 del Reglamento General la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública?
- Existe conformidad por parte de los proveedores de medianas empresas al no ser considerados en participar en procesos de Menor cuantía de obra?
- De qué manera afecta a los proveedores el trato preferente existente en los procesos de Menor cuantía de obra?

1.4. Delimitación de la Investigación

Campo: Derecho

Área: Contratación Pública

Aspecto: Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Constitución.

Delimitación Temporal: junio – octubre de 2012.

Delimitación Espacial: la investigación se la realizará en la provincia de Manabí, cantón Portoviejo en las siguientes unidades:

Abogados especializados en materia de Contratación Pública y Constitucional.

A proveedores profesionales, a micro, pequeñas y medianas empresas que han mantenido contrataciones en procesos de menor cuantía de obra.

Servidores públicos de diferentes entidades estatales que tengan relación directa con el área de compras públicas y jurídicas.

1.5. Justificación

El presente trabajo se justifica en la necesidad de explicar y a la vez dar a conocer la trascendencia sustancial del principio constitucional de Igualdad, específicamente en los procesos de Menor cuantía de obra, que en base al criterio investigado se determino la gran relevancia de este en el vigente Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, pero que sin embargo su aplicación no está siendo considerada en concordancia con la Constitución de la República.

Es momento de empezar a trazar lineamientos que nos permitan luchar contra vacíos y antagonismo de normas, a fin de coadyuvar al desarrollo integro y equitativo de la contratación pública mediante la aplicación de los principios que rigen el Sistema Nacional de Contratación Pública.

1.6. OBJETIVOS

Los resultados que se intentan lograr con esta investigación son:

1.6.1. Objetivo General

Determinar si el Principio Constitucional de Igualdad es aplicable en los procesos de Menor cuantía de obra.

1.6.2. Objetivos Específicos

Establecer si existen controversias jurídicas en la aplicación del principio constitucional de igualdad con respecto a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento.

Identificar de qué manera afecta a los proveedores de mediana empresa al no ser considerados en los procesos de menor cuantía de obra, por limitarlas a participar conforme el artículo 52 inciso 2 en relación a la actualización de información del Instituto Nacional de Contratación Pública de fecha 26 de Julio de 2012, que rige a partir del 6 de agosto de 2012.

Proponer una reforma al inciso segundo del artículo 52 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en relación al artículo 4 y artículo 9 numeral 5 del mismo cuerpo legal y especialmente a lo dispuesto en el art. 334 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador en consideración al principio de igualdad.

CAPÍTULO II

2. MARCO TEORICO

2.1. Conceptos Básicos

Los conceptos importantes a tratarse en este trabajo investigativo son:

2.1.1. Contratación Pública

Se refiere a todo procedimiento concerniente a la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras públicas o prestación de servicios incluidos los de consultoría. Se entenderá que cuando el contrato implique la fabricación, manufactura o producción de bienes muebles, el procedimiento será de adquisición de bienes. Se incluyen también dentro de la contratación de bienes a los de arrendamiento mercantil con opción de compra.

¹La contratación pública como "toda declaración bilateral o de voluntad común, productora de efectos jurídicos entre dos personas, de las cuales una se encuentra en ejercicio de la función administrativa, cuyo objeto puede estar constituido por la realización de una obra, la prestación de un servicio público, así como la obtención o enajenación de un bien o servicio que tenga por finalidad el fomento de los intereses y la satisfacción de las necesidades generales."

¹ <http://www.anticorruccion.gov.ar>.

2.1.2. Sistema Nacional de Contratación Pública

Es el conjunto de principios, normas, procedimientos, mecanismos y relaciones organizadas orientadas al planeamiento, programación, presupuestos, control, administración y ejecución de las contrataciones realizadas por las entidades del Estado.

Este concepto lo encontramos en el art. 7 de la LOSNCP.

2.1.3. Instituto Nacional de Contratación Pública

Es un organismo de derecho público, técnico y autónomo, con personalidad jurídica propia y autonomía administrativa, técnica, operativa, financiera y presupuestaria, que ejerce la rectoría del Sistema Nacional de Contratación Pública.

2.1.4. Menor cuantía de obras

De conformidad a la legislación del Sistema Nacional de Contratación Pública tiene como fin realizar una contratación preferente, privilegiando a las micro y pequeñas empresas (MYPES), con artesanos o profesionales, preferentemente domiciliados en el cantón en el que se ejecutará el contrato, quienes deberán acreditar sus respectivas condiciones de conformidad a la normativa que los regulen.

Para las contrataciones de obra que se seleccionan por procedimientos de cotización y menor cuantía se privilegiará la contratación con profesionales, micro

y pequeñas empresas que estén calificadas para ejercer esta actividad, y preferentemente domiciliados en el cantón en el que se ejecutará el contrato.

“Solamente en caso de que no existiera oferta de proveedores que acrediten las condiciones indicadas en los incisos anteriores, se podrá contratar con proveedores de otros cantones o regiones del país.”

El Instituto Nacional de Contratación Pública, en los modelos correspondientes, incluirá disposiciones para el cumplimiento de este mandato y velará por su efectiva aplicación.

2.1.4.1 Características de Menor cuantía de obras

Para la creación de un proceso de contratación de Menor cuantía de obras, es necesario tomar en cuenta ciertos parámetros, que permitirán la selección de los proveedores y la adjudicación del proceso.

DIFERENCIAS.- La principal diferencia entre un proceso de contratación de Menor Cuantía de Bienes y Servicios con un proceso de Menor cuantía de obras, es que el primero permite seleccionar un proveedor que **no cumpla** con los parámetros de inclusión y contratación preferente, si no se encuentra un proveedor apto a nivel nacional; mientras que en un proceso de Obras al no encontrar un proveedor apto a nivel nacional, se debe **declarar desierto** el proceso.

2.1.5. Obras

Para los fines de la normatividad en materia de contrataciones del estado, se considera obra a toda construcción, reconstrucción, remodelación, demolición, renovación y habilitación de bienes inmuebles, tales como edificaciones, estructuras, excavaciones, perforaciones, carreteras, puentes, entre otros, que requieren dirección técnica, expediente técnico, mano de obra, materiales y/o equipos.

Las contrataciones de obras, cuyo **presupuesto referencial** sea inferior al 0,000007 del Presupuesto Inicial del Estado (PIE) del correspondiente ejercicio económico. Para el año 2012 corresponde al monto menor o igual al de \$ **182.764,89** valor que resulta de multiplicar el coeficiente 0,000007 por el Presupuesto Inicial del Estado que para el año 2012 asciende a la suma de 26.109'270.275,91. Se adjudicará el contrato a un proveedor registrado en el RUP escogido por sorteo público de entre los interesados previamente en participar en dicha contratación. De requerirse pliegos, éstos serán aprobados por la máxima autoridad o el funcionario competente de la entidad contratante y se adecuarán a los modelos obligatorios emitidos por el Instituto Nacional de Contratación Pública.

2.1.6. Registro Único de Proveedores

En su capítulo III, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, se refiere a las herramientas del sistema y en su sección I, habla sobre el Registro Único de Proveedores, que de acuerdo al artículo 16, se crea como un sistema público de información de las personas naturales y jurídicas, nacionales y extranjeras, con capacidad para contratar según esta Ley, cuya administración corresponde al Instituto Nacional de Contratación Pública.

El RUP es dinámico, incluye las categorizaciones dispuestas por el Instituto Nacional de Contratación Pública y se mantiene actualizado automática y permanentemente por medios de interoperación con las bases de datos de las instituciones públicas y privadas que cuenten con la información requerida, quienes deberán proporcionarla de manera obligatoria y gratuita.

La información del RUP estará disponible en Internet. Las entidades contratantes no podrán llevar registros adicionales ni exigir a sus oferentes o proveedores la presentación de los documentos ya solicitados para la obtención del RUP.

Los proveedores serán responsables de la veracidad, exactitud y actualidad de la información entregada para la obtención del RUP y deberán informar al Instituto Nacional de Contratación Pública sobre cualquier cambio o modificación en los plazos que señale el reglamento.

La obligatoriedad de inscripción, se expresa en el artículo 18, ya que para participar individualmente o en asociación en las contrataciones reguladas por esta Ley se requiere constar en el RUP como proveedor habilitado. Por excepción, los oferentes extranjeros que intervengan en procesos de licitación, así como los oferentes que intervengan en procesos de menor cuantía, o los oferentes extranjeros en contratos de consultoría no podrán estar inscritos en el RUP al momento de la presentación de sus ofertas; pero, en el caso de ser adjudicados dichos oferentes deberán inscribirse en el RUP previa a la suscripción de sus respectivos contratos. El Reglamento a esta Ley establece las normas relativas al funcionamiento del RUP y en su artículo 8, señala el procedimiento para el registro. Dentro de este, el proveedor que desee registrarse en el RUP observará el siguiente procedimiento:

Ingresar y registrar toda la información solicitada al portal www.compraspublicas.gob.ec;

Entregar en las oficinas desconcentradas del INCOP, la información requerida para el proceso de evaluación y posterior habilitación que no conste en los archivos o bases de datos de otras entidades públicas que se encuentren interconectadas con el instituto, de acuerdo al instructivo que emita para el efecto;

El INCOP verificará la situación legal, técnica y financiera, así como la experticia del proveedor, sobre la base de la documentación presentada; y,

Con la presentación de la constancia de pago de los derechos por parte del interesado, el INCOP habilitará al proveedor en el RUP.

En el caso de existir omisiones, errores e inexactitudes en la información que debe acompañar el interesado, según el artículo 9 del Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, será causa de rechazo de la solicitud ya que la información que el interesado presente con el objeto de lograr la habilitación en el RUP deberá ser fidedigna y vigente.

Un proveedor podrá registrarse en más de una categoría del RUP, y será habilitado como tal por el INCOP según su formación profesional, experticia y actividad económica y los proveedores habilitados están obligados a actualizar su información, dentro de un plazo máximo de quince días, contados a partir de la fecha de producido el cambio o modificación, de no hacerlo se suspenderá la habilitación.

Según el artículo 19 de la ley vigente, son causales de suspensión temporal del proveedor en el RUP:

1. Ser declarado contratista incumplido o adjudicatario fallido, durante el tiempo que dure dicha sanción;

2. No actualizar la información requerida para su registro por el Instituto Nacional de Contratación Pública, suspensión que se mantendrá hasta que se realice la actualización correspondiente; y,

3. Haber sido inhabilitado de conformidad a lo previsto en los incisos segundo y tercero del artículo 96 de esta ley.

Una vez superados los tiempos de sanción previstos en los numerales anteriores, el Instituto Nacional de Contratación Pública rehabilitará al proveedor de forma automática, sin más trámite y ante la sola solicitud de éste.

Es causa de suspensión definitiva del RUP haber entregado para su registro información adulterada, siempre que dicha situación haya sido declarada en sentencia ejecutoriada de última instancia.

El Instituto Nacional de Contratación Pública establecerá los derechos de inscripción al RUP que deberán pagar los proveedores, los que se regularán en relación de los costos de operación del sistema. En ningún caso los derechos representarán un obstáculo para la inscripción de micro y pequeñas empresas y artesanos.

Artículo 56 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones determina.- Registro Único de las MIPYMES.- Se crea el Registro Único de las MIPYMES como una base de datos a cargo del Ministerio que presida la Página 35 de 142 Consejo Sectorial de la Producción, quien se encargará de

administrarlo; para lo cual, todos los ministerios sectoriales estarán obligados a entregar oportunamente la información que se requiera para su creación y actualización permanente.

Este registro permitirá identificar y categorizar a las empresas MIPYMES de producción de bienes, servicios o manufactura, de conformidad con los conceptos, parámetros y criterios definidos en este código. De igual manera, generará una base de datos que permitirá contar con un sistema de información del sector, de las MIPYMES que participen de programas públicos de promoción y apoyo a su desarrollo, o que se beneficien de los incentivos de este código, para que el órgano competente pueda ejercer la rectoría, la definición de políticas públicas, así como facilitar la asistencia y el asesoramiento adecuado a las MIPYMES.

Únicamente, para efectos de monitoreo de las políticas públicas que se implementen en este sector, el ministerio administrador del registro, podrá solicitar a las MIPYMES que consten en la base de datos, información relacionada con su categorización, en los términos que se determinará en el reglamento.

2.1.7. ¿Qué es el RNP?

El Registro Nacional de Proveedores (RNP), el cual tiene carácter administrativo, y está encargado de registrar a todas las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, que desean ser postores y contratar con las entidades del estado, así como de incluir a aquellas que han sido sancionadas con inhabilitación temporal o definitiva por el Tribunal de Contrataciones del Estado. El Organismo Supervisor de las Contrataciones con el Estado (OSCE) es la única entidad encargada de desarrollar, administrar y operar el RNP, el mismo que está compuesto de los siguientes registros:

- a) Registro de proveedores de bienes: a quienes se acredita con información suficiente acerca de la naturaleza y objeto de sus actividades, habilitándolos para participantes, postores y/o contratistas en los procesos de contratación de bienes.

- b) Registro de proveedores de servicio: a quienes se acredita con información suficiente acerca de la naturaleza y objeto de sus actividades, habilitándolos para ser participantes, postores y/o contratistas en los procesos de contratación de servicios en general y servicios de consultoría distinto de obras.

- c) Registro de consultores de obras: a quienes se acredita con información suficiente acerca de la naturaleza y objeto de sus actividades, asignándoles especialidades, que los habilita para ser participantes, postores y/o contratistas en los procesos de contratación de consultoría de obras.

- d) Registro de ejecutores de obras: a quienes se acreditan con información suficiente acerca de su naturaleza y objeto de sus actividades, asignándoles una capacidad máxima de contratación, que los habilita para ser participantes, postores y/o contratistas en los procesos de contratación de ejecución de obras.

- e) Registro de inhabilitados para contratar con el estado: que comprende a los proveedores, participantes, postores o contratistas sancionados administrativamente por el tribunal con inhabilitación temporal o definitiva para participar en procesos de selección o contratar con el estado.

2.1.8. Clasificación de las MIPYMES

Artículo ²106 del Reglamento Código de la Producción establece: para la definición de los programas de fomento y desarrollo empresarial a favor de las micro, pequeñas y medianas empresas, estas se considerarán de acuerdo a las categorías siguientes:

1. Micro empresa: es aquella unidad productiva que tiene entre 1 a 9 trabajadores y un valor de ventas o ingresos brutos anuales iguales o menores de cien mil (USD \$ 100.000,00) dólares de los Estados Unidos de América;
2. Pequeña empresa: es aquella unidad de producción que tiene de 10 a 49 trabajadores y un valor de ventas o ingresos brutos anuales entre cien mil uno (USD \$ 100.001,00) y un millón (US S 1'000.000,00) de dólares de los Estados Unidos de América; y,
3. Mediana empresa: es aquella unidad de producción que tiene de 50 a 159 trabajadores y un valor de ventas o ingresos brutos anuales entre un millón uno (USD 1'000.001,00) y cinco millones (USD 5'000.000,00) de dólares de los Estados Unidos de América.

2.1.9. Definición y clasificación de las MIPYMES

Artículo 53 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones determina: la micro, pequeña y mediana empresa es toda persona natural o jurídica que, como una unidad productiva, ejerce una actividad de producción,

² Concordante al artículo 16 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

comercio y/o servicios, y que cumple con el número de trabajadores y valor bruto de las ventas anuales, señalados para cada categoría, de conformidad con los rangos que se establecerán en el reglamento al Código de la Producción (art. 106).

En caso de inconformidad de las variables aplicadas, el valor bruto de las ventas anuales prevalecerá sobre el número de trabajadores, para efectos de determinar la categoría de una empresa. Los artesanos que califiquen al criterio de micro, pequeña y mediana empresa recibirán los beneficios del Código de la Producción, previo cumplimiento de los requerimientos y condiciones señaladas en el Reglamento al Código de la Producción.

2.1.10. Factores de Producción

Los factores productivos son los medios necesarios para el proceso de producción. Tanto las empresas, como los individuos particulares, que se hallan en condición de productores, requieren de factores productivos para la obtención de sus bienes o servicios así como para la ejecución de obra.

Existen tres factores de la producción: el factor naturaleza, el factor trabajo, y el factor capital.

El factor naturaleza está constituido por las fuentes naturales, que proporcionan la materia prima, la cual inicia la cadena productiva. Dentro de este factor se encuentran por ejemplo: las tierras empleadas para construcciones, los bosques, la energía proveniente de la naturaleza, etc.

El factor trabajo se compone del esfuerzo o las capacidades humanas (del trabajador), que pueden ser tanto físicas como intelectuales; en ambos casos, aplicadas a la materia prima. El factor trabajo beneficia tanto a los grandes y pequeños productores, como al trabajador en sí mismo, pues al vender su esfuerzo, recibe un salario que le sirve para mantenerse económicamente. De esta manera, el beneficio es recíproco, entre los empresarios y los empleados de éstos (no obstante los empresarios reciben por lo general mayores ganancias).

El factor capital es aquel en donde se encuentran los elementos o medios económicos, como la infraestructura, las maquinarias, el dinero, y demás medios de producción; que se aplican a los factores anteriores (naturaleza y trabajo). Este factor posibilita el giro comercial de una empresa.

El dinero es uno de los elementos más importantes en la producción, pues por medio del mismo se obtienen las materias primas, del factor naturaleza; los empleados, del factor trabajo; y los medios de producción, del factor capital.

2.1.11. Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones

Art. 55.- Compras públicas.- Las instituciones públicas estarán obligadas a aplicar el principio de inclusión en sus adquisiciones. Para fomentar a las MIPYMES, el Instituto Nacional de Compras Públicas deberá incentivar y monitorear que todas las entidades contratantes cumplan lo siguiente:

- a. Establezcan criterios de inclusión para MIPYMES, en los procedimientos y proporciones establecidos por el Sistema Nacional de Contratación Pública;

- b. Otorguen todas las facilidades a las MIPYMES para que cuenten con una adecuada información sobre los procesos en los cuales pueden participar, de manera oportuna;

- c. Procurar la simplificación de los trámites para intervenir como proveedores del estado; y,

- d. Definan dentro del plan anual de contrataciones de las entidades del sector público, los bienes, servicios y obras que puedan ser suministrados y ejecutados por las MIPYMES.

El Instituto Nacional de Compras Públicas mantendrá un registro actualizado de las compras realizadas a la economía popular y solidaria y a las MIPYMES y divulgará estos beneficios a la ciudadanía, así como los planes futuros de compras públicas a efectuarse por el Estado y sus instituciones. Las mismas obligaciones y parámetros técnicos para las compras inclusivas se deberán aplicar para beneficiar a los actores de la economía popular y solidaria.

El ³ Título II que trata sobre la Democratización de la Transformación Productiva y el Acceso a los Factores de Producción y que en su artículo 57 en su primero y segundo inciso establece: Democratización productiva.- En concordancia con lo establecido en la Constitución, se entenderá por democratización productiva a las políticas, mecanismos e instrumentos que generen la desconcentración de factores y recursos productivos, y faciliten el acceso al financiamiento, capital y tecnología para la realización de actividades productivas.

³ Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones.

El Estado protegerá a la agricultura familiar y comunitaria como garantes de la soberanía alimentaria, así como también a la artesanía, al sector informal urbano y a las micro, pequeña y mediana empresa, implementando políticas que regulen sus intercambios con el sector privado.

2.1.12. Acto Administrativo

⁴Art. 65.- Acto administrativo.- *Es toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma directa.*

⁵Es el acto que realiza la autoridad administrativa y expresa la voluntad de la autoridad administrativa, creando situaciones jurídicas individuales, a través de las cuales se trata de satisfacer las necesidades de la colectividad.

2.1.13 Contrato Administrativo

Art. 75.- Contratos administrativos.- Es todo acto o declaración multilateral o de voluntad común, productor de efectos jurídicos, entre dos o más personas, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa. Su regulación se regirá por las normas legales aplicables.

2.2. PRINCIPIO DE IGUALDAD

Tiene su origen en el cristianismo, en base a que todos los hijos de Dios somos iguales; y según el diccionario de la Real Academia Española, la igualdad ante la

⁴ Decreto No. 2428 Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva.

⁵ Fernández M Claudio.- Acto Administrativo; 2003; ISBN Pág. 310

ley es “Principio que reconoce a todos los ciudadanos capacidad para los mismos derechos”

O sea que todas las personas sin distinción de clase, sexo, raza, etc., tienen la misma oportunidad de gozar de los derechos y deberes que cualquier otra distinta a la propia⁶.

Tal y como lo describe la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 2: “Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición, además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía”.

Y a su vez el artículo 11 numeral 2 de la Constitución de la República del Ecuador que cita: “todas las personas son iguales y gozaran de los mismos derechos deberes y oportunidades.

Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socioeconómica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el

⁶ Dr. Ochoa Monzó Josep; Protección Civil; 2003; INAP, Pág. 197.

reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación.

El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real a favor de los titulares de derechos que se encuentran en situación de desigualdad”

La misma disposición constitucional en su artículo 6 dispone: todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía”.

En este sentido, el estudio de los principios de la contratación pública debe ser realizado considerando la interrelación que mantienen unos con otros, siendo ineludible la aplicación de todos ellos en los procedimientos precontractuales, contractuales y de ejecución.

⁷ “La igualdad implica uniformidad e imparcialidad, lo que la vincula con el principio de la generalidad del derecho”.

2.3. PRINCIPIO DE IGUALDAD EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

⁸La igualdad ante la ley. Todas las personas serán consideradas iguales y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin discriminación...”; por tal motivo, la actividad contractual de la administración pública debe regirse por esa igualdad de oportunidades y derechos para los interesados en contratar con el Estado, y participar en su desarrollo convencional, lo que también es conocido como democratización contractual.

⁷ Robles (Derecho Ecuador - Revista Judicial) 24 de Noviembre del 2005.

⁸ Dromi J. R., Igualdad en Materia Contractual Publica, Buenos Aires, Paidó, 2007 Pag. 127.

⁹Igualdad de oferente.- La igualdad exige que todos los oferentes se encuentren en la misma situación, contando con las mismas facilidades y haciendo sus ofertas sobre bases idénticas. El principio prohíbe cualquier tipo de preferencia a un oferente en particular.

La publicidad es concepto fundamental para que proceda la igualdad de oportunidades y la correcta actuación administrativa, sobre todo en la etapa precontractual. A pesar de que la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública ecuatoriana establece que deben publicarse los llamados a concursos precontractuales de licitación, consultoría, menor cuantía, etc. y notificarse los de menor cuantía; consideramos que toda actividad contractual debe ser publicitada y concursada por menor que ella sea, para ello posteriormente establecemos ciertos mecanismos para poner en conocimiento a los interesados para contratar con el estado, de acuerdo a la aptitud e idoneidad requerida.

En el campo administrativo¹⁰ y sobre todo de contratación pública, esta convicción que tienen las partes de dar, hacer o no hacer algo con derecho y corrección, sin malicia o dolo, también alcanza las etapas previas y posteriores a la de celebración contractual.

Conforme lo establece el numeral 2 del artículo 11 de la Constitución de la República del Ecuador, todas las personas son iguales y gozan de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Este principio se extiende a todos los actos de la administración pública cuyos efectos o disposiciones van dirigidos a personas naturales o jurídicas de Derecho Público o de Derecho Privado, como es el caso de los actos administrativos que forman parte de los procedimientos de contratación pública.

⁹ Jácome y Rivas, Interrogantes y respuesta sobre la nueva contratación pública (Talleres de NINA Comunicaciones) Quito 2009 Pag. 85.

¹⁰ Dávila Vinueza Luis Guillermo, Jurídicista de la Contratación Estatal Régimen, 2001; Legis Pag. 153.

Lamentablemente en nuestro país, este precepto es violentado, sobre todo en los procesos precontractuales denominados de “menor cuantía de obras”, donde se limita a las medianas empresas en la participación en este proceso en mención.

2.3.1. Doctrina sobre el Principio de Igualdad en materia de Contratación Pública

Los principios son reglas que inspiran toda regulación, sin que requieran de una manifestación legal expresa. Tienen su aplicación al momento mismo de hacer la interpretación del contrato o de cualquiera de sus estipulaciones. Sin embargo, algunas legislaciones latinoamericanas han regulado expresamente tres principios que rigen la contratación estatal, estos son:

El principio de Transparencia

El principio de Igualdad

El principio de Economía

Por ser la actividad contractual parte de la actuación administrativa, su interpretación debe hacerse también en consonancia con los conceptos de satisfacción del interés general o colectivo, con la realización de los fines estatales, los principios reguladores de la función administrativa, que corresponde a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.

Es así como la doctrina ha elaborado en el derecho administrativo una serie de principios que inspiran la actividad de la administración y que por su carácter

universal tienen aplicación y reconocimiento al momento de valorar los hechos y actos de ésta, estudios que tienen sus antecedentes en el famoso fallo Blanco del Tribunal de Conflictos de Francia, donde se habló de la autonomía del Derecho Administrativo, de la aplicación del derecho público en la determinación de la responsabilidad del estado, reglas que son diferentes a las del Derecho Privado.

Se habla del principio del interés público o colectivo en el cual se inspira la finalidad del estado y que debe sobreponerse al interés personal o individual.

El principio de los privilegios o prerrogativas del estado, mediante las cuales está dotado de poderes o potestades que le colocan en un plano de superioridad frente al particular cuando entra en relación con éste, en contraposición a las relaciones entre particulares y falta de aplicación de preceptos constitucionales que se encuentren en un plano de igualdad a los procedimientos que se realizan en virtud de normas de menor jerarquía.

En general existen principios que los tratadistas del derecho administrativo analizan con detalle; pero básicamente consideran que el principio de Igualdad en materia contractual con un estado determinado, es el de mayor relevancia en cuanto a la participación equitativa de un universo de proveedores conforme a la coherencia de normas sin que exista antagonismo entre las mismas. Por tal motivo determinamos un concepto real del principio de Igualdad en materia de Contratación Pública.

Principio de Igualdad.- en materia de Contratación Pública el Principio de Igualdad significa que todos los interesados en participar en procesos contractuales con el estado, sin distinción de procedimiento alguno, estén en la capacidad de poder acceder en condiciones análogas en estos procesos. Esto implica que además la entidad contratante al preparar, las bases, pliegos de condiciones o términos de referencia no tiene que incluir condiciones o

consideraciones que limita o ponga a determinados oferentes en condiciones de superioridad o preferencia, así mismo tanto la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su reglamento debería mantener su articulado conforme la disposiciones constitucionales, con el fin de que exista armonía entre lo determinado en uno y otro.

Lamentablemente este principio es violentado, sobre todo en los procesos precontractuales denominados de “menor cuantía de obras”, donde existe contradicción de normas sin que prevalezca norma superior.

2.4. DETERMINACIÓN DE LA NO APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LOS PROCESO DE MENOR CUANTÍA DE OBRA

De conformidad a lo expresado en el artículo 334 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador, en el cual determina: evitar la concentración o acaparamiento de factores y recursos productivos, promover su redistribución y eliminar privilegios o desigualdades en el acceso a ellos.

Art. 227.- La administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación.

Artículo 16 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública indica: micro, pequeñas y medianas empresas.- Para incentivar la mayor participación de proveedores de los sectores de micro, pequeñas y medianas empresas, se entenderán por tales, aquellas que al menos cumplan dos de los tres parámetros establecidos en cada una de las categorías detalladas a continuación:

Microempresa: aquella organización de producción que tenga entre 1 a 9 trabajadores, un valor de ventas o ingresos brutos anuales inferiores a cien mil dólares de los Estados Unidos de América o un volumen de activos de hasta cien mil dólares;

Pequeña empresa: la organización de producción que tenga entre 10 a 49 trabajadores, un valor de ventas o ingresos brutos anuales entre cien mil y un millón de dólares de los Estados Unidos de América o un volumen de activos entre cien mil uno y setecientos cincuenta mil dólares; y,

Mediana empresa: la organización de producción que tenga entre 50 a 159 trabajadores, un valor de ventas o ingresos brutos anuales entre un millón uno y cinco millones de dólares de los Estados Unidos de América o un volumen de activos entre setecientos cincuenta mil uno y cuatro millones de dólares.

Al momento de inscribir y habilitar a un proveedor en el RUP, y una vez verificados los requisitos descritos en el presente artículo, el registro deberá expresar la categoría a que pertenece el proveedor.

Artículo 52 inciso segundo de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública establece: para las contrataciones de obra que se seleccionan por procedimientos de cotización y menor cuantía se privilegiará la contratación con profesionales, micro y pequeñas empresas que estén calificadas para ejercer esta actividad, y preferentemente domiciliados en el cantón en el que se ejecutará el contrato.

Actualización de información del Instituto Nacional de Contratación Pública de fecha 26 de julio de 2012 suscrito por el Ing. Raúl Martínez Burbano Director Ejecutivo Encargado, en el que informa que:

En cumplimiento del artículo 16 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, con la finalidad de mantener actualizada automáticamente y permanentemente la información en el Registro Único de Proveedores, el Instituto Nacional de Contratación Pública-INCOP conjuntamente con el Servicio de Rentas Internas-SRI, han implementado un sistema interconectado el cual permitirá incluir en el registro de cada proveedor, el valor correspondiente a sus ingresos del ejercicio fiscal.

Es importante recordar que la información relacionada con las ventas de cada proveedor es una de las variables que sirve para categorizar a los mismo como micro, pequeña y mediana empresa.

Por lo indicado, se informa que a partir del día lunes 6 de agosto de 2012, los proveedores serán categorizados en base al proceso antes descrito.

En consecuencia, es notable la no aplicación del precepto constitucional precedentemente redactado en los procesos de menor cuantía de obras, en tanto y en cuanto no se considera la supremacía de la constitución en el proceso materia de la presente tesis.

2.5. CONTRADICCIÓN DE NORMAS

El problema sobre la incompatibilidad de las normas ha sido a través de los tiempos una dificultad a resolver y que se le ha dado el tratamiento de antinomias.

La tesis según la cual el ordenamiento jurídico constituye un sistema se puede expresar también que el derecho en estricto, sentido no permite antinomias sin embargo este problema se ha venido observando a través de los tiempos. En

nuestra tradición romanista el problema de la antinomia fue planteado con gran claridad en las dos celebres constituciones de Justiniano en donde en el Digesto se afirma; determinadamente que no existen normas incompatibles entre sí y usa la palabra antinomia. Así pues en el Derecho Romano se considero a través de los siglos que no existían antinomias ya que las normas entre sí tenían plena coherencia además de ser una constante para los intérpretes durante la vigencia de este derecho.

No debemos de perder de vista que los juristas e interpretadores del derecho tenían como función y actividad principal la de eliminar las antinomias que se llegasen a presentar haciéndose de todos los medio hermenéuticos que tuvieron a su alcance de ahí la elaboración de reglas técnicas para apreciar e identificar cuando existiera contradicción entre las normas.

A postillas de lo anterior postula que las normas y su unicidad deben atender que en el orden jurídico se describe por enunciados jurídicos que no se contradicen. Naturalmente no puede negarse la posibilidad de que los órganos jurídico de hecho implanten normas que se, encuentren entre conflicto entre sí, que efectúan actos cuyo I sentido subjetivo sea un deber, y que cuando ello quiera ser interpretado también como sus sentido objetivo, cuando esos actos sean vistos como normas, que se encuentran recíprocamente en conflicto.

Semejante conflicto normativo aparece cuando una norma determina una conducta como debida, y otra norma obliga a una conducta incompatible con la primera.

También no puede determinarse que una norma no es ni verdadera ni falsa por la contradicción entre sí, sino valida o invalida. El enunciado que describe un orden normativo, afirmando que conforme a ese orden una norma determinada vale, y especialmente, conforme a ese orden jurídico, el enunciado jurídico que describe

ese orden jurídico debe o no debe realizarse determinado acto coactivo, bajo determinadas condiciones puede ser como se demostró verdadero o falso.

Con esta teoría nos dará luz el autor citado anteriormente que para aplicar el principio de no contradicción entre las leyes sustentado en normas lógicas sobre las relaciones entre el mandato, la prohibición, el permiso positivo y el permiso negativo y que en y que en el punto siguiente trataremos.

¹¹Dentro de su obra Teoría General del Derecho, es definida la antinomia como aquella situación en la que se encuentran dos normas, cuando una de ellas obliga y la otra prohíbe, o cuando una obliga y la otra permite, o cuando una prohíbe y la otra permite un mismo comportamiento.

Puesto que antinomia significa choque de dos proposiciones incompatibles, que no pueden ser verdaderas a un mismo tiempo y con relación a un sistema normativo, colisión de dos normas que no pueden ser aplicadas a un mismo tiempo, la eliminación de este inconveniente no podrá consistir sino en eliminar una de las dos normas.

En relación al principio de compatibilidad y la contradicción de las normas es necesario apuntar que para resolver un problema el juez tiene frente a sí normas contradictorias una que prohíbe y una que autoriza la misma situación la ya difícil tarea del juzgador se complica, pues el ordenamiento jurídico resulta incoherente, ante esta contradicción de normas se aparecerán las antinomias, la incompatibilidad de las normas y el porqué de su contradicción.

¹¹ Bobbio Norberto. Teoría General del Derecho; 1994; BOE Pags 112-127.

En el derecho se habla de la antinomia para referirse al hecho de que un ordenamiento jurídico pueda estar inspirado en valores contrapuestos o ideas opuestas. Por ejemplo el valor de la libertad y el de la seguridad como valores antinómicos se aprecia en el sentido de que la garantía de libertad va generalmente en perjuicio de la seguridad, y la garantía de la seguridad tiende a restringir la libertad.

Por tal motivo un ordenamiento que se inspira y sustenta en ambos valores descansa en principios antinómicos. No debemos pasar de inadvertido en relación al criterio de valoración de las normas contradictorias cuando aparece una norma que castiga un delito menor con una pena más severa que la prescrita para un delito mayor. Resulta evidente que en este caso no se percibe una antinomia en sentido estricto porque ambas normas castigan el delito y son perfectamente compatibles sin embargo, estaremos ante una injusticia en contraposición con una antinomia.

2.5.1. Las interpretaciones de las normas en el supuesto de las antinomias

Ante las definiciones anteriormente sustentadas debemos cuestionarnos sobre los siguientes puntos:

- 1) ¿Cuándo se dice que dos normas son incompatibles?

- 2) ¿En qué consiste una antinomia jurídica?

Para aclarar estos tópicos tendremos que observar y estudiar las relaciones que se dan entre la calificación normativa, esto es, el mandato, la prohibición, el permiso positivo y el permiso negativo.

2.5.2. Pertenencia a un mismo ordenamiento

Las normas consideradas como contradictoria y compatibles entre sí deben pertenecer a un mismo ordenamiento que tengan entre sí una relación de coordinación o subordinación. Así pues se presenta un verdadero problemas de antinomias cuando las normas pertenecen a diversos sistemas de derecho por ejemplo: derecho positivo y derecho natural; en este caso el interprete tendrá que eliminar no solo las antinomias en el interior del ordenamiento positivo sino también las que existan entre el ordenamiento positivo y el ordenamiento natural.

El mismo tratamiento se aplicará entre la contradicción de una norma de un sistema superior y de un sistema inferior, así como el que puede presentarse a un ordenamiento superior hasta llegar a un ordenamiento supremo que los abarque a todos destacando que esta atribución le ha sido conferida al derecho natural para coordinar la universalidad de todo el derecho.

2.5.2.1. Ámbito de validez

Continuando para que pueda ser analizada y tratada la contradicción de estas dos normas deben de tener el mismo ámbito de validez destacando que existen cuatro:

- 1.- Temporal
- 2.- Espacial
- 3.- Material
- 4.- Personal

No se considerará antinomia las normas que no coincidan respecto a los puntos mencionados y a manera de explicación se apunta los siguientes ejemplos:

a).- Validez Temporal, (Esta prohibido fumar de las 5 a las 7, que no es incompatible con: Esta permitido fumar desde las 7 hasta las 9).

b).- Validez Espacial, (Esta prohibido fumar en las salas de cine, que resulta no ser incompatible con esta permitido fumar en la sala de espera).

c).- Validez Personal, (Se prohíbe fumar a los menores de 18 años, que resulta no ser incompatible con se permite fumar a los adultos).

d).- Validez Material, (se prohíbe fumar cigarros, que resulta no ser incompatibles con se permite fumar cigarrillos).

2.5.2.2. CONDICIÓN AXIOLÓGICA

Atendiendo al criterio y ámbito de validez las antinomias pueden estudiarse en tres versiones de acuerdo con la extensión de la contradicción. Al tenor de un criterio total-total, cuando las normas son incompatibles y tienen un igual ámbito de validez y en ningún caso una de las dos normas puede aplicarse sin entrar en conflicto con la otra. Ejemplo; Se prohíbe fumar a los adulto de las 5 a las 7 en la sala del cine, y está permitido fumar a los adultos de las 5 a las 7, en la sala del cine. Criterio de aplicación parcial-parcial, este sedará cuando Idos normas incompatibles tienen un ámbito de validez en parte igual y en parte diverso y de donde se apreciará que la antinomia existe solo en aquellas partes que tengan en común.

En tal consideración cada una de las normas tiene un campo de aplicación que está en conflicto con el de la otra, y un campo de aplicación en el cual el conflicto no existe. Para ejemplificar esta antinomia parcial-parcial referiremos la siguiente prescripción "Se prohíbe fumar pipa y cigarrillos a los adultos de las 5 hasta las 7 en la sala del cine y se permite fumar cigarros y cigarrillos a los adultos, desde las 5 hasta las 7 en la sala del cine". Total-parcial, en este caso se dará cuando dos normas incompatibles la primera tiene un ámbito de validez igual a la otra, pero en algunos casos restringido observándose una validez en parte igual y en parte diversa en relación con la otra así pues existirá una antinomia total de la primera norma respecto de la segunda y solo parcial respecto de la primera. En este caso la primera norma no puede aplicarse en ningún supuesto sin entrar en conflicto con la segunda; y la segunda tiene un ámbito que no entra en conflicto con la primera a manera de ejemplificación nos referiremos a la siguiente prescripción:

"Se prohíbe fumar a los adultos desde las 5 hasta las 7 en la sala del cine y solo se permite fumar cigarrillos a los adultos desde las 5 hasta las 7 en la sala del cine".

2.5.2.3. La diferencia teleológica

La contradicción surge entre la norma que prescribe el medio para alcanzar el fin y al que prescribe el fin mismo, de tal suerte que si se aplica la norma que prevé el medio no se puede lograr el fin. De aquí que exista la contradicción derivada de una insuficiencia del medio que lejos de ser una antinomia propia es reconocida como laguna del derecho.

Para distinguir y ubicar cuando es que existe o no la incompatibilidad entre dos normas, no tenemos aun los criterios para conocer cuál de las normas debe de ser eliminada y cual conservada para tal efecto es necesario plantearnos ciertas posibles soluciones. La jurisprudencia se ha considerado a través de los tiempos

como un medio para interpretar las leyes y por ende el antídoto para resolver. Las antinomias, sin embargo la jurisprudencia no puede ser aplicada a todos los supuestos en donde se presente esta contradicción y por lo tanto se debe de atender a que algunas son solubles y otras insolubles.

Existen razones por las cuales no todas las antinomias se pueden resolver como lo son cuando no se puede aplicar ninguna de las reglas ideadas para la solución de las mismas. Y bien hay casos en los cuales se puede aplicar al mismo tiempo dos o más reglas opuestas entre sí. A las antinomias que pueden ser resueltas Norberto Bobbio las refiere como aparentes y a las insolubles como reales. De tal suerte las antinomias reales serán aquellas donde el intérprete se limita al criterio de interpretación propio, ya sea por la ausencia de una consideración o un conflicto entre los criterios dados.

Para tal efecto se atenderá a tres criterios para resolver las antinomias: el criterio cronológico, el criterio jerárquico, y el criterio de especialidad. Dentro del cronológico, conocido como *lex posterior*, se dará cuando entre dos normas incompatibles prevalece la posterior; esto es, la ley posterior deroga a la anterior.

De esta forma la regla contraria obstaculizaría el proceso jurídico y la adaptación del derecho a las exigencias sociales.

El espíritu del legislador es hacer normas útiles y eficaces, no así; normas sin sentido e ineficaces; si la norma anterior debe prevalecer, la norma posterior sería un acto inútil y sin finalidad. El criterio jerárquico, también denominado como *lex superior*, es aquel al tenor del cual dos normas incompatibles prevalecerá la norma jerárquicamente superior. El principio aplicado a este caso es el que la ley superior deroga a la inferior.

Una de las consecuencias de la jerarquía normativa se ubica específicamente en que las normas superiores no pueden abrogar a las inferiores, en tanto que las normas inferiores no pueden abrogar las superiores. Finalmente en la aplicación del criterio de la especialidad se considera a aquel con base en el cual dos normas incompatibles la una general y la otra especial o excepcional prevalece la segunda.

Esto es el principio que la ley especial deroga a la general, lo anterior atiende a la especificidad de una norma en una materia para ser sometida a una reglamentación diversa.

El paso de una regla más amplia a una regla derogatoria menos amplia corresponde a una exigencia fundamental de justicia entendida como igual trato a personas que pertenecen a una misma categoría. La evolución de la regla general a la especial corresponde a un proceso natural de diferenciación de las categorías y la reconstrucción gradual y descubrimiento por parte del creador de las leyes en esta diferenciación.

Descubiertas estas diferencias y el hecho de persistir en la aplicación de la regla general daría a la luz otorgar igual tratamiento a personas que se ubican en categorías diversas y de esta forma se observaría una injusticia. Así pues la ley especial debe prevalecer sobre la general, porque aquella representa un momento que no puede eliminarse en el desarrollo de un ordenamiento.

El impedir el desarrollo y evolución de la ley especial ante la ley general trae a colación un estatismo jurídico.

2.5.3. La antinomia en el enfoque excepto del derecho

Los límites del derecho son objeto de una antinomia, sobre esta cuestión la tesis afirma: el derecho está limitado por todos sus costados. Dicha afirmación nos permite por un lado conocer como se extiende el derecho y donde comienza su limitación, sirve para descubrirnos el contenido del concepto de derecho. Tan es así que las relaciones entre el hombre y el animal caen dentro del ámbito libre del derecho. Pero también en la regulación de la conducta externa tiene el derecho que reconocer sus límites. En otras palabras el derecho no puede hacer que lo sucedido no haya sucedido. Sólo el presente y el futuro están abiertos al derecho no el pasado.

Así pues el derecho deja intacto las legalidades superiores propias de la ciencia, el arte, la técnica, la economía y la política y esto no sólo porque en este caso se trata principalmente de la interioridad del hombre. La política cae fundamentalmente en una esfera libre de normas. Cualquier caso de necesidad es un caso de delimitación jurídica. La actuación en caso de necesidad esta por lo tanto no prohibida.

El punto angular de la deliberada auto limitación del derecho es la tendencia a la libertad, esta tendencia obliga siempre al derecho a dejar a la actividad humana un campo de acción "vacío de derecho". La idea fundamental de la antítesis es que el derecho puede alcanzar y abrazar cualquier sujeto, objeto o acontecimiento.

Un ámbito vacío de derecho dependería siempre de la propia voluntad del orden jurídico; sería un ámbito vacío de derecho, dependería siempre de la propia voluntad del orden jurídico; sería un ámbito vacío de derecho pero no lo sería en sentido estricto; no sería un ámbito de acción jurídicamente no legislado sino que estaría legislado en un sentido negativo, mediante la eliminación de toda

consecuencia jurídica. Este es el sentido más general de la antítesis: empíricamente pueden presentarse ámbitos libres de derecho, pero esto se produce solo a causa del derecho, debido a la voluntad jurídica de auto limitación.

Reflexionando, toda conducta imaginable es o bien jurídica o bien arbitraria y valorable jurídicamente de una u otra manera. El hombre y su autonomía privada, están sometidas al derecho, no sólo en su conducta externa con relación a los demás. Hay también obligaciones jurídicas y culpas jurídicas con respecto a sí mismo: todo daño y toda negligencia con respecto a si mismo afectan a los otros y a la comunidad (suicidio, descuido de la salud, ociosidad, vicios, manías, etc. perjudican no sólo así mismo). La limitación de la pretensión jurídica a la legalidad es un lema de liberalismo sin validez universal.

La presencia de leyes retroactivas es también un argumento en contra de la supuesta impotencia del derecho ante el pasado. Por último debo de manifestar que aun cuando se conciba la libertad del orden jurídico como una cualidad completamente negativa, como un no estar determinado jurídicamente, no hay sin embargo ningún límite determinable a priori del grado hasta donde el orden jurídico puede abarcar la conducta de los hombres. Es importante destacar que para entender el enfoque de las antinomias como un problema jurídico, el abogado debe de valerse del juego dialéctico, o mejor dicho del método dialéctico para procurar superar las antinomias que se nos presentan en la vida profesional, por ejemplo buscar la prolongación del derecho en ésta o aquella región del ser, investigar desde dentro las relaciones del derecho con el tiempo, con el espacio, con lo hombres, con los animales, con las cosas y comprobar en cada caso donde encuentra sus límites el derecho, de este punto de vista comprobar el imperio de la ley en donde lo único que es incierto, es su competencia y su alcance.

O de una manera menos, ortodoxa y más relativista porqué no pensar que el derecho en algún momento puede someterse a consideraciones como la moral, la ciencia, o el arte y llenar el ámbito de vacío que existe en el propio derecho

rindiéndose al final de cuentas ante la oposición de una resistencia basada en la propia libertad del hombre.

2.5.3.1. Apego a las funciones esenciales del derecho en la vida social

En efecto, si nos proponemos solucionar la problemática de las antinomias en el derecho, no cabe duda que el único camino debe de ser el apego a lo que hemos llamado las funciones esenciales del derecho en la vida social, y que como todos saben estas son: certeza, seguridad y cambio; resolución de los conflictos de intereses; y organización, legitimación y restricción del poder político. Pues aunque haya diversos tratadistas que adopten la postura sobre los límites del derecho basándose en el libre albedrío del hombre, es importante establecer que el mismo derecho es la ciencia del deber ser y por lo tanto, considero que en los casos propios de la política, la economía e inclusive la espiritualidad moral debe subordinarse al derecho, condición sine qua non para establecer la armonía y el respeto entre los propios hombres. De cierto es, que esta postura contraviene inclusive entre otras, al realismo jurídico, escuela del derecho que por todos los medios pretende suponer que las condiciones de generalidad, uniformidad, continuidad e igualdad del derecho no son posibles.

Puesto que para ellos no hay derecho cierto y efectivo sino sólo cuando los tribunales ejercen sus facultades y recae sentencia; entonces el derecho es efectivo, real, esto hace suponer que solamente los jueces son los únicos que debían esforzarse en descubrir el derecho, tal visión es una antinomia, desde mi punto de vista de lo que es el derecho, concebido como la verdad que encarna valores superiores como la justicia, la libertad y la igualdad. Así pues; el derecho también tiene la característica de gestarse bajo el estímulo de necesidades que se dan perentoriamente en la vida social: la urgencia de certeza y seguridad y, al mismo tiempo la necesidad de cambio progresivo; la urgencia de resolver los conflictos de intereses; y la necesidad de organizar, y restringir el poder político. El derecho es fabricado por los hombres sobre todo bajo el estímulo de una

urgencia de certeza y seguridad, o sea de orden en la vida social. De tal suerte que incluso Bobbio sostiene como una máxima fundamental para la armonía de una comunidad el principio de la legalidad y observa que un sistema jurídico basado en esta idea no puede ser contradictorio coincidiendo especialmente con Kelsen.

Esto significa que el principio de no contradicción es una verdadera y propia regla jurídica contenida implícitamente en todo ordenamiento. En síntesis un ordenamiento jurídico para que sea válido, forzosamente debe de respetar el principio de no contradicción (debe de existir una relación estricta entre la coherencia como virtud jurídica y la coherencia lógica) y un sistema teórico debe de respetar el principio de legalidad.

Puesto que el derecho trata de resolver los conflictos de intereses, no de un modo teórico sino de una manera práctica, eficaz, de tal manera que la solución a tales conflictos sea cumplida necesariamente, forzosamente y llegado el caso impone sus soluciones de un modo inexorable, sin admitir la posibilidad de rebeldía. Pues su sustento está apoyado en el principio de legalidad; de suyo es; que nada ni nadie pueden estar por encima de la ley; siempre y cuando ese sistema jurídico sea coherente con las aspiraciones del pueblo y no caiga en el absolutismo como poder jurídico; o por otra parte, no intente convertirse en un poder arbitrario que cancele los derechos fundamentales del ser humano.

Finalmente, como reflexión, los estudiosos del derecho debemos velar por el cumplimiento irrestricto de la ley, sin permitir por ningún motivo que los intereses políticos y económicos de unos cuantos, pretendan subordinar nuestro estado de derecho.

2.6. PRINCIPIO DE SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN

Este principio, ubica a la Constitución de un país, jerárquicamente sobre cualquier otra ley.

Como lo establece la pirámide de Kelsen, en el que representa gráficamente el sistema jurídico escalonado.

La Constitución de la República del Ecuador en su artículo 424 establece que “La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.

La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público”.

Por lo que la Constitución va a estar siempre por encima de cualquier norma jurídica.

Así tenemos que, el tratadista Quisbert Francisco¹², nos expone en su ensayo sobre principios constitucionales que: “El principio de supremacía es una garantía de relación de supra y subordinación de todo ordenamiento jurídico determinado a la constitución positiva”.

¹² Quisbert Francisco; Principios Constitucionales; 1996; Colque Pag. 102.

Entonces todas las leyes y normas de cada estado deben adecuarse y llevar completamente armonía a todo lo dispuesto por su respectiva constitución.

2.6.1. Legislación comparada

Argentina

El artículo 31 de la Constitución Nacional dice "esta constitución, las leyes que en su consecuencia el Congreso dicte y los tratados con potencias extranjeras son la ley suprema de la nación".¹³

México

El artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece: "Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el presidente de la república, con aprobación del Senado, serán la ley suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados".

Perú

El artículo 51 de la Constitución Peruana señala que: "La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente"

¹³ Dr. Dromi Jose Roberto; Derecho Administrativo; 2001; Menza Pag. 327

Venezuela

El artículo 7 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela del año 1999, expresa que: "La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico. Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a la Constitución"

Haciendo una comparación con nuestro país, podemos darnos cuenta que en Argentina y México se les da supremacía a toda la normativa legal existente, desde la Constitución a las leyes.

En cambio en Perú y Venezuela, tienen una estrecha relación con el Ecuador, debido a que en estos países se le da a la Constitución una supremacía ante cualquier otra normativa.

2.6.2. Control constitucional e inconstitucionalidad de normas

En Ecuador, el Control Constitucional es concentrado y total, por lo que este control lo realiza la Corte Constitucional tal como lo establece el artículo 429 de la Constitución de la República del Ecuador: "*La Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia. Ejerce jurisdicción nacional y su sede es la ciudad de Quito. Las decisiones relacionadas con las atribuciones previstas en la Constitución serán adoptadas por el pleno de la Corte*".

Y el artículo 436 numeral 3 del mismo cuerpo legal en que se establece que "*La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones: 3. Declarar de oficio la inconstitucionalidad de normas conexas,*

cuando en los casos sometidos a su conocimiento concluya que una o varias de ellas son contrarias a la Constitución". El padre del control constitucional a nivel mundial, el Juez norteamericano John Marshal, en el famoso caso «Marbury v/s Madison», en la sentencia pronunciada el 24 de febrero de 1803, expresó: "Hay sólo 2 alternativas demasiado claras para ser discutidas: o la Constitución controla cualquier ley contraria a aquélla, o la Legisla-tura puede alterar la Constitución mediante una ley ordinaria. Entre tales alternativas no hay términos medios: o la Constitución es la ley suprema, inalterable por medios ordinarios; o se encuentra al mismo nivel que las leyes y de tal modo, como cualquiera de ellas, puede reformarse o dejarse sin efecto siempre que al Congreso le plazca. Si es cierta la primera alternativa, entonces una ley contraria a la Constitución no es ley; si en cambio es verdadera la segunda, entonces las constituciones escritas son absurdos intentos del pueblo para limitar un poder ilimitable por naturaleza"

Una constitución puede definirse desde el punto de vista material y del punto de vista formal:

Material: es un conjunto de reglas fundamentales que se aplican para el ejercicio del poder estatal.

Formal: se define a partir de los procedimientos que prevalecen para su adopción, los cuales le dan su característica fundamental; la supremacía sobre cualquier otra norma del ordenamiento jurídico.

Para poder referirnos a una inconstitucionalidad, primero debo de relatar un poco sobre el Control de Constitucionalidad existente.

El control de Constitucionalidad no es más que un mecanismo de revisión con el fin de que las leyes y cualquier acto jurídico este adecuado completamente a la constitución que es la suprema ley.

Este mecanismo jurídico sirve para asegurar que se de el respectivo cumplimiento de las normas establecidas en la constitución, en la cual se realiza un procedimiento que se trata, de revisar cada una de las normas de los demás compilados jurídicos, y en caso de haber una contradicción con la norma suprema, se procedería a dejar sin validez estas normas de rango inferior que no estén a la par con lo dispuesto en la constitución. Todo esto guarda una estrecha relación con el principio de supremacía de la constitución antes expuesto.

Tal y como lo describe el objeto de la Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Constitucional en su artículo 1 que expresa: “Art. 1.- Esta ley tiene por objeto regular la jurisdicción constitucional, con el fin de garantizar jurisdiccionalmente los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos y de la naturaleza; y garantizar la eficacia y la supremacía constitucional.”

Así como también el artículo 74 del mismo cuerpo legal que establece: “El control abstracto de constitucionalidad tiene como finalidad garantizar la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico a través de la identificación y la eliminación de las incompatibilidades normativas, por razones de fondo o de forma, entre las normas constitucionales y las demás disposiciones que integran el sistema jurídico”.

Según la doctrina, el control de constitucionalidad se puede clasificar de la siguiente manera:

“Judiciales (o con fisonomía judicial): el control se encarga a tribunales, pertenecientes o no al Poder Judicial. Esta variante se subdivide en tres:

Difuso (o desconcentrado): cualquier juez puede realizar la verificación de constitucionalidad.

Concentrado (o especializado): el Tribunal Constitucional dentro del Poder Judicial.

Mixto: el tribunal conoce por apelación en los aspectos constitucionales de los casos comunes pero es primera instancia en las acciones generales de inconstitucionalidad.

No judiciales: en algunos países la desconfianza por la judicatura ha hecho que se entregue el control de constitucionalidad a otros entes:

Poder Legislativo: es el mismo Parlamento quien controla, o él a través de un órgano suyo.

Poder Ejecutivo: normalmente el Ejecutivo puede vetar cuando considera que una ley sancionada es inconstitucional, este es el control de constitucionalidad propio suyo.

Electorado: se han estructurado algunos sistemas bajo la idea de la democracia directa en los cuales es el pueblo quien decide si determinada norma coincide o no con los lineamientos constitucionales.

Según la cobertura

Total: todo acto, ley y omisión, del Estado y de los particulares, están sujetos al control.

Parcial: sólo una porción del mundo jurídico está sometida al control”.

Haciendo un recuento de lo descrito, podemos observar que una norma será inconstitucional cuando vaya en contra de la ley suprema del estado, en este caso la Constitución de la República del Ecuador, debido a que ninguna norma puede contravenir a lo dispuesto en esta, y menos aún si violenta derechos de las personas, comunidades o pueblos.

En consecuencia, contando con mecanismos establecidos capaces de hacer prevalecer las normas constitucionales y principalmente en lo referente al objeto materia de la presente tesis como lo es garantizar el principio constitucional de Igualdad en los procesos de menor cuantía de obras, cuya finalidad es que no exista mal interpretación entre lo que significa preferencia con direccionamiento, siendo este ultimo considerado por la aplicación que se está ejecutando en el mencionado proceso de conformidad a la investigación realizada.

2.7. DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE LIMITACIÓN CONTRACTUAL

2.7.1. Derechos Humanos

Los derechos humanos son aquellas libertades, facultades, instituciones o reivindicaciones relativas a bienes primarios o básicos¹ que incluyen a toda persona, por el simple hecho de su condición humana, para la garantía de una

vida digna, sin distinción alguna de etnia, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana;

Considerando que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad, y que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias;

Considerando esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión;

Considerando también esencial promover el desarrollo de relaciones amistosas entre las naciones;

Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres, y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad;

Considerando que los estados miembros se han comprometido a asegurar, en cooperación con la Organización de las Naciones Unidas, el respeto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del hombre, y Considerando que una concepción común de estos derechos y libertades es de la mayor

importancia para el pleno cumplimiento de dicho compromiso; **LA ASAMBLEA GENERAL PROCLAMA LA PRESENTE DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS** como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los estados miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción.

El derecho al trabajo es una aspiración social e individual del trabajador, moralmente válida, dinámica, por alcanzar un nivel de vida adecuado para él y su familia, garantizada por el estado con acciones de protección y promoción que permitan la dignidad del trabajador a través de acciones normativas y políticas - económicas, sociales, y culturales- que como mínimo aseguren el pleno empleo, estabilidad laboral, salario justo y condiciones adecuadas en el trabajo.

Elementos del concepto

Como observamos, el concepto de derecho al trabajo está sujeto a la existencia de elementos condicionantes y necesarios, estos son:

I. Son aspiraciones sociales, morales y dinámicas.

II. El Estado democrático.

III. Garantiza un nivel de vida adecuado al trabajador y su familia mediante acciones normativas y políticas, económicas, sociales y culturales.

IV. Aseguren el pleno empleo, estabilidad laboral, salario justo y condiciones adecuadas en el trabajo.

Por lo tanto, considerando el tema de este punto acerca de los derechos humanos en materia de limitación contractual, llegamos a comprobar que en primer lugar el derecho al trabajo siendo garantizado por la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 33 que expresamente determina que: el trabajo es un derecho y un deber social, y un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía. El estado garantizará a las personas trabajadoras el pleno respeto a su dignidad, una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas y el desempeño de un trabajo saludable y libremente escogido o aceptado. Tampoco es considerado en los procesos de menor cuantía de obra ya que restringiendo a las medianas empresas en la participación en mencionados procesos lo cual se vulnera este derecho y que afecta por norma expresa la plena inobservancia a los fundamentos expuestos en la presente tesis.

2.8. DERECHO COMPARADO EN LOS PROCESOS DE MENOR CUANTÍA DE OBRAS

2.8.1. Menor cuantía de obra en México

La adjudicación de menor cuantía de obra es un procedimiento administrativo que consiste en una invitación a contratar de acuerdo a bases previamente determinadas con la finalidad de obtener la oferta más beneficiosa para la administración.

De la presente definición podemos extraer los elementos que al instituto informan:

a) Es un procedimiento, o sea una secuencia de actos y hechos.-La adjudicación de menor cuantía de obras es un procedimiento que tiene por objeto seleccionar el cocontratante de la administración. No es el contrato mismo. Se rige por principios propios y, en caso de silencio, deberá acudirse a las normas y principios del DERECHO ADMINISTRATIVO CONTRACTUAL y del procedimiento administrativo común.

b) Es una forma de seleccionar el cocotratante.

c) Es una invitación a contratar.

d) De acuerdo a bases previamente determinadas.

e) La finalidad es obtener la oferta más beneficiosa.

En el Estado Federal de México se les conoce como: "LICITACION PRIVADA, y esta se realiza cuando los participantes son sólo aquellos que la Administración determina e invita en forma personal. Es un procedimiento de excepción.

2.8.2. Finalidad

La adjudicación de menor cuantía de obras tiene por finalidad arbitrar un procedimiento ágil, rápido, en función de la poca monta que reviste el negocio para la Administración. Se parte del supuesto de que en estos casos se da una observancia atenuada o disminuida, de los principios de contratación. Así, por ejemplo, el principio de libre participación no tiene cabida, porque justamente, se pretende efectuar una contratación ágil, entre un número reducido de inscritos o

de potenciales proveedores, entre quienes sí debe respetarse el principio de igualdad de trato. Como corolario de lo anterior, en la contratación directa no hay obligación de dar publicidad en el Diario Oficial o en diarios de circulación nacional.

Se convoca para:

a) La adquisición, suministro o arrendamiento de bienes; así como para la contratación de servicios en general, servicios de consultoría y de ejecución de obras, cuyos montos sean inferiores a la décima parte del límite mínimo establecido por la Ley Anual de Presupuesto para las licitaciones públicas o concursos públicos, según corresponda;

b) Las adquisiciones y contrataciones que se efectúen como consecuencia de las exoneraciones señaladas en el Artículo 19° de la Ley de contrataciones y adquisiciones del estado.

c) Los supuestos a que se refieren los literales b) de los incisos 1) y 2) del Artículo 32° de la Ley;

d) La contratación de expertos independientes para que asesoren a los comités especiales o los integren.

Define teóricamente, contratación de menor cuantía de obra es la que la administración pública realiza con una firma, entidad o persona determinada, tratando de llegar con ella a un acuerdo conveniente, en trato directo, con exclusión de puja o concurrencia en la ejecución contractual de una Obra, en los procesos de menor cuantía de los contratos administrativos se aduce la

posibilidad de celebrarlos con oportunidad, al obviarse trámites burocráticos engorrosos que impiden la adopción de decisiones rápidas, oportunas y eficaces, sustituyendo la concurrencia y competencia de potenciales con tratantes in mediante estudios de mercado, consultas y sondeos.

En contra del procedimiento de adjudicación de menor cuantía de los contratos administrativos se argumenta no sólo la corrupción propiciada por el amplio margen de discrecionalidad del servidor público facultado para adjudicarlo, sino el encarecimiento del precio derivado de la ausencia de concurrencia y. por ende, de competencia entre potenciales oferentes.

2.8.3. Caracteres

Hay mucha controversia acerca de la eficiencia de esta modalidad, como el significativo porcentaje de la contratación gubernamental en relación con el presupuesto total del gasto público es un factor determinante para la corrupción en la administración pública.

Y es así la contratación pública directa incentiva en mayor medida fraudes en la adquisición de bienes y servicios y en la ejecución de obras.

3. HIPÓTESIS

3.1. Hipótesis General

Existe aplicación plena del principio constitucional de igualdad en el proceso de menor cuantía de obra.

3.2. Hipótesis Específicas

La participación de los proveedores en los procesos de menor cuantía de obra deberían ser análogas, en relación a normas y principios constitucional en las que no consideramos existe aplicación.

3.3. Variable Independiente

Principio de igualdad.

3.4. Variable Dependiente

Artículo 52 inciso dos de la Ley Orgánica del Sistema de Contratación Pública.

3.5. MATRIZ DE OPERACIONALIZACIÓN DE LAS VARIABLES

3.5.1. Variable Independiente: Principio de Igualdad.

<u>Conceptualización</u>	<u>Categorías</u>	<u>Indicadores</u>	<u>Ítem Básico</u>	<u>Técnicas o Instrumentos</u>
<p>Todo proveedor debería participar en contrataciones con el estado en iguales condiciones y gozar de los mismos derechos, deberes y oportunidades.</p>	<p>Proveedores. Principio de igualdad para proveedores en contrataciones con el estado.</p>	<p>Equidad. No Limitaciones ni preferencias.</p>	<p>Todas las personas son iguales ante la ley? Por qué el artículo 52 inciso dos de la LOSNCP no lo aplica?</p>	<p>Encuestas a proveedores en general. Entrevistas a Abogados Especializados en materia de contratación Pública y Constitucional</p>

3.5.2 Variable Dependiente: Artículo 52 inciso dos de la Ley Orgánica del Sistema de Contratación Pública.

<u>Conceptualización</u>	<u>Categorías</u>	<u>Indicadores</u>	<u>Ítem Básico</u>	<u>Técnicas o Instrumentos</u>
<p>En los procesos de menor cuantía de obras no se admitirá la participación de los proveedores de medianas empresas conforme a la categorización que rige a partir del 6 de agosto de 2012.</p>	<p>Procesos de menor cuantía de obras.</p> <p>No existe debida aplicación de normas.</p>	<p>Creación de necesidad de la Entidad Contratante.</p> <p>Determinación de la contratación.</p> <p>Invitación a proveedores.</p> <p>Aceptación de invitación.</p> <p>Calificación.</p> <p>Sorteo.</p> <p>Adjudicación.</p>	<p>Cree usted que en los procesos de menor cuantía de obras se viola el principio de igualdad?</p> <p>Cree que es inconstitucional el hecho de que no se acepte la participación de las medianas empresas conforme al artículo 334 numeral 1 de la Constitución?</p>	<p>Abogados Especializados en materia de Contratación Pública y Constitucional.</p> <p>A proveedores profesionales a micro, pequeñas y medianas empresas que han mantenido contrataciones en procesos de menor cuantía de obras.</p> <p>Servidores Públicos de diferentes Entidades Estatales que tengan relación directa con el área de compras, públicas y jurídico.</p>

CAPÍTULO III

4. MARCO METODOLÓGICO

4.1. Metodología de la Investigación

De campo.- Porque se realizó de manera directa en el escenario donde ocurre el problema; recolectando opiniones, información y recomendaciones de solución del:

“PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE IGUALDAD Y SU TRASCENDENCIA EN LOS PROCESOS DE MENOR CUANTÍA DE OBRA”

Bibliográfica.- Porque se acudió a informaciones contenidas en textos, revistas, artículos publicados en internet y otros, que sirvieron de soporte teórico-científico a la investigación.

4.2. Tipos de Investigación

Exploratoria.- Porque se recogieron criterios e información de “ciertas entidades públicas que tengan relación a contrataciones de obras en procesos de menor cuantía, criterios de proveedores de toda distinción, consideraciones según análisis de abogados especializados en la materia de contratación pública y jurídicas” que servirán de base para el logro de los objetivos.

Descriptiva.- Se describen cualitativa y cuantitativamente las categorías y variables del problema investigado, permitiendo la profundización en el objeto de estudio, que le da rigor científico al trabajo investigativo.

Explicativa.- Se analizó la relación entre causas y efectos, antecedentes y consecuentes de hechos relacionados con el problema de estudio.

Cuantitativa.- El proceso investigativo contempla la recolección de datos que fueron tabulados y organizados en cuadros y gráficos estadísticos, que reflejaran aspectos cuantificables del fenómeno investigado.

Propositiva.- La investigación culminó con la elaboración de una propuesta alternativa para enfrentar la problemática detectada.

4.3 Métodos

Científico.- Se consideran una serie de reglas y procedimientos que brindan confiabilidad y validez al trabajo investigativo. Se descubrió una realidad, se identificó el problema, se hizo una descripción y análisis, se recogieron datos en el lugar de los hechos, se verificaron las hipótesis, se formularán conclusiones y se plantearon recomendaciones.

Inductivo-deductivo.- Se partió del análisis y estudio de hechos particulares para llegar a reglas generales y viceversa. Este proceso permitió centrar la atención en el objeto de estudio a través de la observación, comparación, abstracción y generalización en consideración con los contenidos del marco teórico.

Analítico-sintético.- Se realizó un estudio de cada una de las variables, partiendo de la observación del problema, planteamiento y verificación de hipótesis cuyos resultados permitieron plantear las conclusiones.

4.4. Técnicas

- Criterio de proveedores en general en relación a procesos de menor cuantía de obra.

- Entrevista Abogados especializados en compras públicas y al personal que labora en el área de compras públicas.

- Recolección de información, criterios y métodos de solución del problema.

4.5. Instrumentos

- Guía de entrevista

- Formulario de encuesta

4.6. Población y Muestra

- La población estará constituida por los siguientes sectores involucrados:

- 12 proveedores en procesos de menor cuantía de obras.

- 3 Entidades Públicas, en las que sus servidores sean responsables del área de compras públicas y jurídico.
- Abogados especializados en materia de contratación pública, así como al personal que labora en el área de compras públicas de entidades estatal determinada.

4.7. Matriz de Población y Muestra

<u>CATEGORÍAS</u>	<u>POBLACIÓN</u>	<u>MUESTRA</u>	<u>PORCENTAJE</u>
Proveedores en procesos de menor cuantía de obras	24	19	79,17 %
Entidades Públicas	3	3	100 %
Abogados especializados en materia de Contratación Pública	12	12	100 %
TOTAL	39	34	

CAPÍTULO IV

5. ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS

5.1 Verificación de los Resultados

INSTRUMENTO DE RECOLECCIÓN DE DATOS

UNIDAD ACADÉMICA DE LO SOCIAL

CARRERA DE DERECHO

ENCUESTA PARA ABOGADOS DE LA CIUDAD DE PORTOVIEJO

CARLOS JULIO CÁRDENAS IGLESIAS Y FABIÁN ENRIQUE MENDOZA MACÍAS, estudiantes de la carrera de Derecho, estamos elaborando la tesis para obtener el título de Abogado de los Juzgados y Tribunales de la República del Ecuador por esta razón solicitamos su colaboración respondiendo de la manera más sincera a las preguntas que constan en este documento.

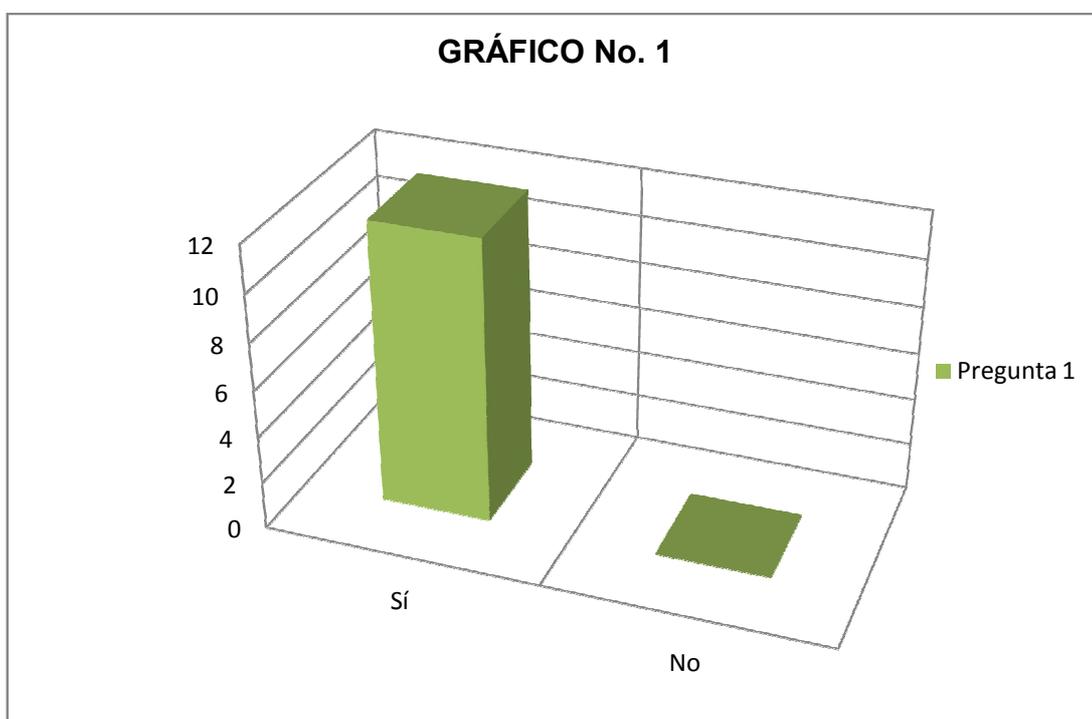
Nuestro objetivo general es:

- Determinar si está siendo aplicable el principio constitucional de igualdad en los procesos de menor cuantía de obra.

Pregunta N° 1) ¿Cree usted que los principios constitucionales establecidos en el artículo 4 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública deben ser aplicados a todas los proveedores?

CUADRO No 1: ENCUESTA

Alternativas	Frecuencia	Porcentaje
SÍ	12	100%
NO	0	0%
Total	12	100%



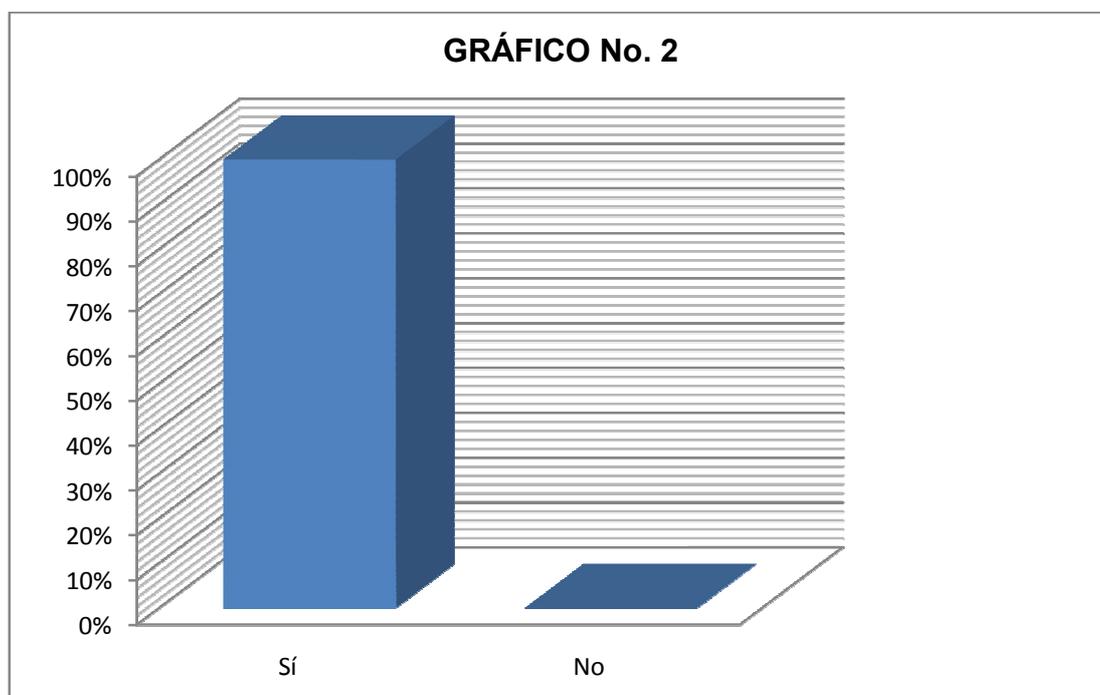
Análisis:

El 100% de los encuestados equivalentes a los 12 Abogados especializados en materia de Contratación Pública, consideran que los principios constitucionales del artículo 4 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública deben ser aplicados a todas los proveedores, sin distinción alguna.

Pregunta N° 2) ¿Conoce usted cuál es el principio de igualdad?

CUADRO No 2: ENCUESTA

Alternativas	Frecuencia	Porcentaje
SÍ	12	100%
NO	0	0%
Total	12	100%



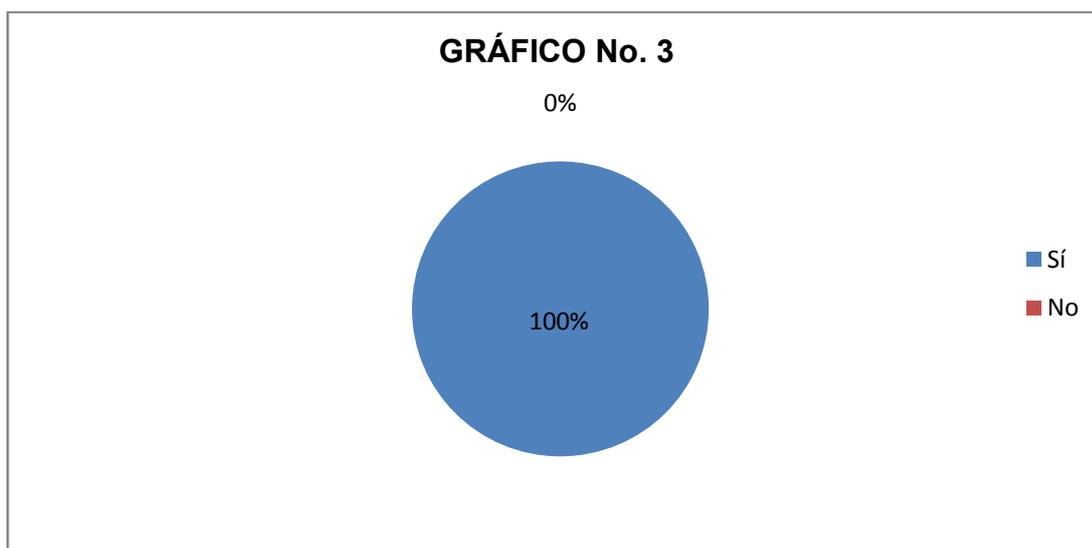
Análisis:

El 100% de los encuestados equivalentes a los 12 Abogados especializados en materia de Contratación Pública, los mismos que conocen el significado del principio de igualdad.

Pregunta N° 3) ¿Considera usted que a más de las preferencias a los profesionales, micro y pequeñas empresas en la participación de los procesos Menor cuantía de obra, se debería considerar la participación de las medianas empresas de acuerdo al artículo 334 numeral 1 de la Constitución?

CUADRO No 3: ENCUESTA

Alternativas	Frecuencia	Porcentaje
SÍ	12	100%
NO	0	0%
Total	12	100%



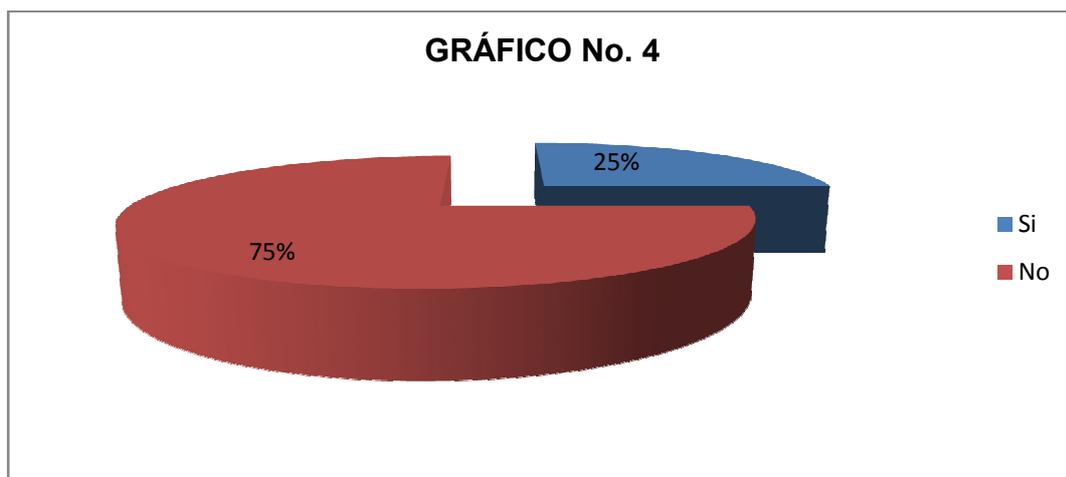
Análisis:

El 100% de los encuestados equivalentes a los 12 Abogados especializados en materia de Contratación Pública, quienes manifestaron que si deberían considerar la participación de las medianas empresas en los procesos de Menor cuantía de obras ya que se está violentando el principio constitucional de igualdad. Dos de ellos no habían notado la disposición legal de la cual nace la pregunta.

Pregunta N° 4) ¿Considera usted que el participar en condiciones análogas es monopolizar las Contrataciones de los procesos de Menor cuantía de obra?

CUADRO No 4: ENCUESTA

Alternativas	Frecuencia	Porcentaje
SÍ	3	25%
NO	9	75%
Total	12	100%



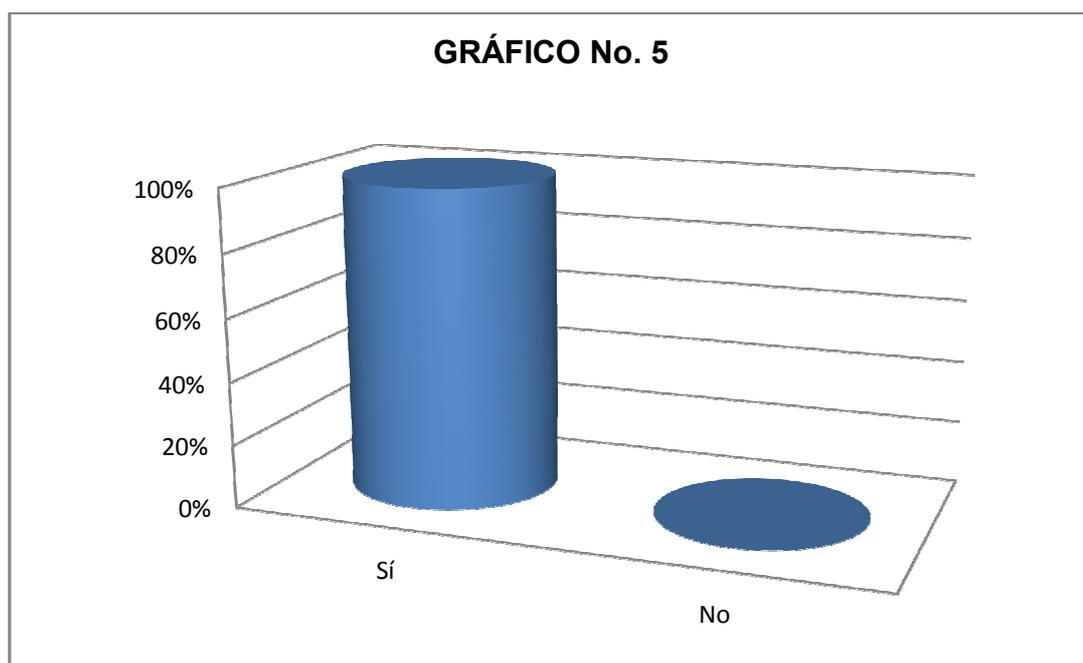
Análisis:

El 25% de los encuestados equivalentes a 3 Abogados especializados en materia de Contratación Pública encuestados, consideran que sería darle más opción a las empresas medianas, restándoles posibilidades a los profesionales, micro y pequeñas empresas lo que no es factible la participación de estas en los procesos de Menor cuantía de obras aunque se lo garantiza la constitución, mientras que el 75% equivalentes a 9 Abogados especializados en materia de Contratación Pública encuestados, consideran que el hecho de que puedan participar en estos procesos no significa la adjudicación constante de los mismos.

Pregunta N° 5) ¿Cree usted que se violenta lo establecido en el artículo 334 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador, en cuanto a la participación de las medianas empresas en los proceso de menor cuantía de obra?

CUADRO No 5: ENCUESTA

Alternativas	Frecuencia	Porcentaje
SÍ	12	100%
NO	0	0%
Total	12	100%



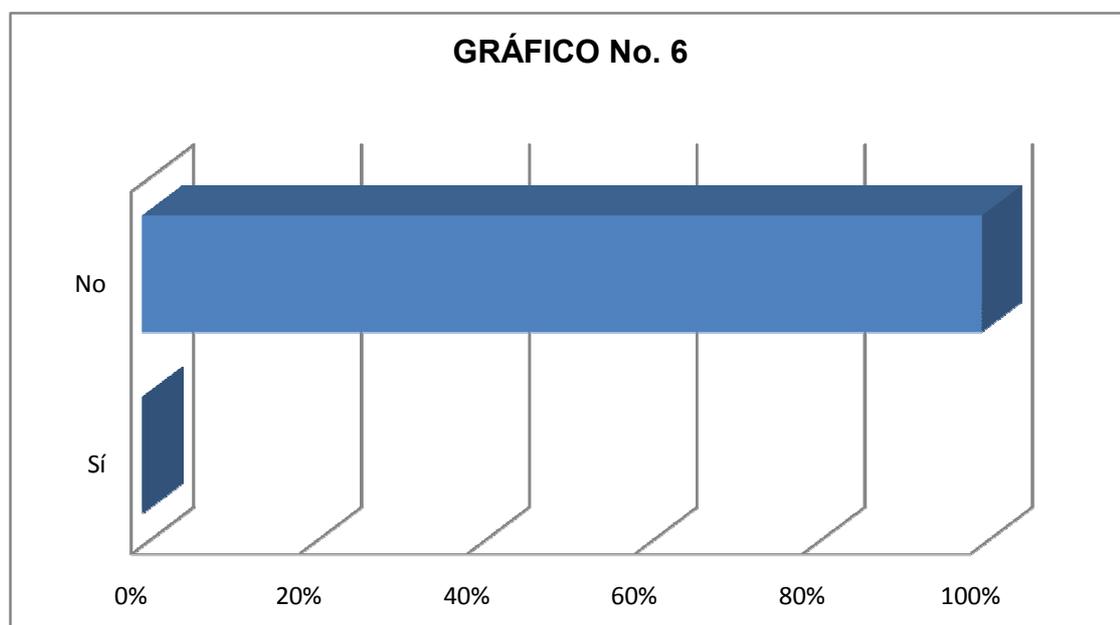
Análisis:

El 100% de los encuestados equivalentes a los 12 Abogados especializados en materia de Contratación Pública, quienes manifestaron que si consideran que se violenta norma constitucional expresa, ya que el artículo 334 numeral 1 es explícito y a su vez taxativo.

Pregunta N° 6) ¿Considera usted correcto la limitación a participar a las Medianas Empresas en los procesos menor cuantía de obras?

CUADRO No 6: ENCUESTA

Alternativas	Frecuencia	Porcentaje
SÍ	0	0%
NO	12	100%
Total	12	100%



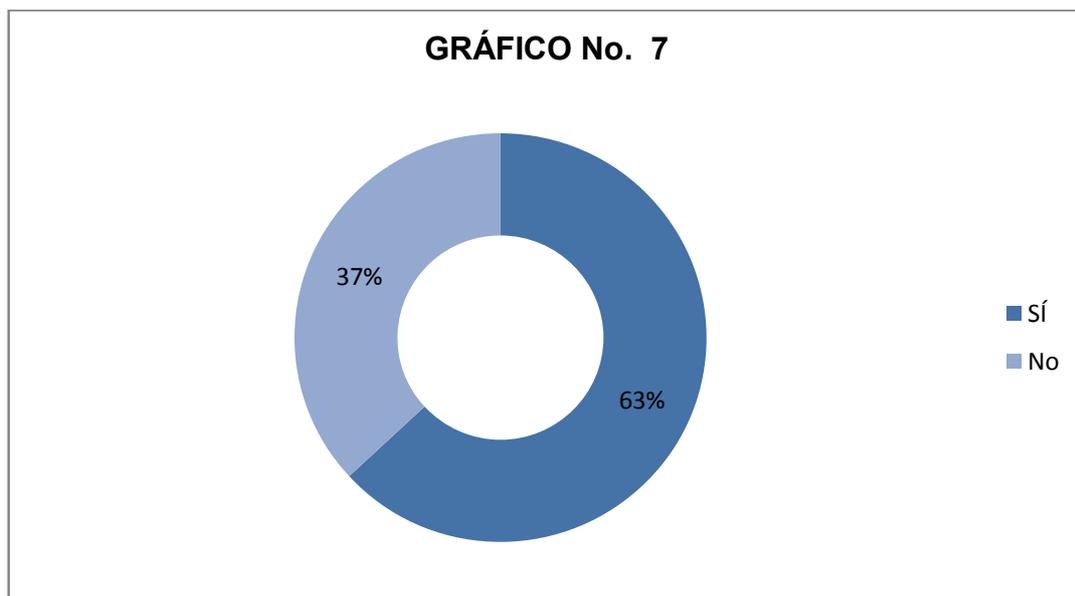
Análisis:

El 100% de los encuestados equivalentes a los 12 Abogados especializados en materia de Contratación Pública indicaron que no es correcto estar limitando a estos proveedores simplemente por disposición constitucional establecida.

Pregunta N° 7) ¿Qué perjuicio causa la participación de las medianas empresas en los procesos de menor cuantía de obra?

CUADRO No 7: ENCUESTA

Alternativas	Frecuencia	Porcentaje
SÍ	12	67%
NO	7	33%
Total	19	100%



Análisis:

El 67% de los encuestados que equivale a 12 proveedores sin distinción de categorización, expresaron que si causa un perjuicio la participación de estas empresas en los procesos de Menor cuantía de obra, puesto que tendrían menos oportunidades en esta contratación; mientras que el 33% de los encuestados que equivale a 7 proveedores, manifestaron que no les causaría perjuicios la participación de las medianas empresas ya que no consideran que se les adjudique constantemente mencionadas contrataciones.

CAPÍTULO V

4. CONCLUSIONES, RECOMENDACIONES Y PROPUESTA

4.1. Conclusiones

La mayoría de las personas encuestadas, supieron responder que el artículo 52 inciso segundo de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, contraviene a lo dispuesto en el artículo 334 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador, en al relación al artículo 4 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, considerando el principio constitucional de Igualdad.

Nuestra actual Constitución de la República del Ecuador, es una norma suprema garantista de derechos y principios, pero sin embargo existe preceptos legales en el ordenamiento jurídico que se contraponen a su completa efectividad y cumplimiento de las garantías, principios y derechos inherentes a las personas.

Del análisis realizado hemos podido observar que no se aplica lo establecido en el artículo 334 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador, ya que conforme a esta se limita a las medianas empresas a participar en los procesos de Menor cuantía de obra, lo cual no se hace prevalecer la norma por jerarquía.

De los resultados de la investigación realizada se evidencio que en nuestra provincia no existen contrataciones de obras adjudicadas a micro, pequeñas y medianas empresas ya que los favorecidos en esta contratación preferente son los profesionales.

4.2. Recomendación

Proponer la reforma del artículo 52 inciso segundo de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en lo que concierne a la participación de las medianas empresas en los procesos de Menor cuantía de obra por norma constitucional expresa; ya que se encuentra en contradicción con lo que establece los artículos 424 y 425 de la Constitución de la República del Ecuador que claramente manifiesta la jerarquía de la misma, y que a según lo que establece el numeral 4 del artículo 11 del mismo cuerpo legal en que todos somos iguales ante la ley.

4.3. PROPUESTA A LA LEY

REPÚBLICA DEL ECUADOR

ASAMBLEA NACIONAL

**PROYECTO DE LEY REFORMATORIA AL ARTÍCULO 52 INCISO
SEGUNDO DE LA LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE
CONTRATACIÓN PÚBLICA, PUBLICADA EN EL
SUPLEMENTO DEL REGISTRO OFICIAL NO. 395 DE 4 DE AGOSTO DE 2008
Y POR EL DECRETO 1700
LA ASAMBLEA NACIONAL**

CONSIDERANDO:

QUE, el 4 de agosto de 2008, se expide la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, la cual se publica en el Registro Oficial No. 395;

QUE, es necesario relacionar a la Constitución de la República del Ecuador con las demás normas del ordenamiento jurídico ecuatoriano, y expresamente con la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública;

QUE, las personas naturales o jurídicas proveedoras y categorizadas como medianas empresas se encuentran limitadas en poder participar en los procesos de Menor cuantía de obra, lo cual vulnera el Principio Constitucional de Igualdad.

QUE, el artículo 52 inciso segundo de la Ley de Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, no solo se contrapone a lo dispuesto en la Constitución de la República del Ecuador, sino que tampoco guarda relación con lo dispuesto en el artículo 4 del mismo cuerpo legal, en cuanto a los principios de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad y participación nacional.

QUE, el artículo 52 inciso segundo de la Ley de Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, viola completamente el artículo 334 numeral 1 establecido en la Constitución, por la existencia de antagonismo de normas y que es pertinente en relación de la Supremacía Constitucional la reforma al artículo de la Ley en mención;

QUE, el principio de igualdad, es una garantía fundamental e inherente a todos, sin distinción alguna.

En uso de las facultades que me confiere la Constitución de la República del Ecuador y la Ley Orgánica de la Función Legislativa, expido y

DECRETO:

Lo siguiente:

LEY REFORMATORIA AL ARTÍCULO 52 INCISO SEGUNDO DE LA LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

Artículo 1.- Incorpórese a los procesos de menor cuantía de obra a los Proveedores categorizados como medianas empresas, lo cual garantiza cada uno de los principios establecidos en la Constitución de la República del Ecuador en concordancia a los determinados en el artículo 4 de la Ley de Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Artículo 2.- En virtud de lo expresado, el artículo 52 inciso segundo se transcribe y se aplicará de la siguiente manera: Para las contrataciones de obra que se seleccionan por procedimientos de cotización y menor cuantía se privilegiará la contratación con profesionales, micro, pequeñas y medianas empresas que estén calificadas para ejercer esta actividad, y preferentemente domiciliados en el cantón en el que se ejecutará el contrato.

Dada y firmada en el pleno de la asamblea nacional, en Quito, Distrito Metropolitano, a los 31 días del mes de octubre de 2012.

Arq. Fernando Cordero Cueva
PRESIDENTE

Dr. Andrés Segovia.
SECRETARIO

Por: Carlos Julio Cárdenas Iglesias y Fabián Enrique Mendoza Macías,
estudiantes de la Universidad Particular San Gregorio de Portoviejo.

4.4. PROPUESTA A RESOLUCIÓN INCOP

RESOLUCIÓN NO. INCOP 040 – 2012

EL DIRECTOR EJECUTIVO DEL INSTITUTO NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

CONSIDERANDO:

QUE, el 4 de agosto de 2008, se expide la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, la cual se publica en el Registro Oficial No. 395;

QUE, en el Suplemento del Registro Oficial N° 230 del 07 de julio de año 2010, se publicó el Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, cuyo objeto es el desarrollo y aplicación de la ley;

QUE, mediante Decreto Ejecutivo No 1700 del 31 de octubre de 2012, publicado en el Registro oficial No 395 del 12 de noviembre de 2012, se expidió la reforma al artículo 52 inciso segundo de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública;

QUE, los artículos 10, numeral 9 y 21 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública – LOSNCP – facultan al Instituto Nacional de Contratación Pública – INCOP – dictar normas administrativas, manuales, instructivos y regulaciones relacionados con la ley;

QUE, el numeral 4 del artículo 7 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública atribuye al Director Ejecutivo emitir la normativa que se requiera para el funcionamiento del Sistema Nacional de Contratación Pública – SNCP – y del INCOP, que no sea competencia del directorio;

En uso de las facultades legales

RESUELVE
EXPEDIR LA SIGUIENTE DISPOSICIÓN MODIFICATORIA EN LOS
PROCESOS DE MENOR CUANTÍA DE OBRAS

Artículo 1.- Reemplácese el texto del artículo 16 inciso uno y dos de la Resolución INCOP 039 – 20 de fecha 27 de febrero de 2010, por lo siguiente: **art. 16.- Selección.-** Para el caso de la contratación de ejecución de obra a través de menor cuantía, serán invitados los profesionales, las micro, las pequeña y medianas empresas, domiciliados en el cantón en el que se ejecutará la obra.

Solo en el caso de que no existieren profesionales, micro, pequeñas y medianas empresas de carácter local, se permitirá la participación de los demás proveedores provinciales o nacionales, en ese orden.

Comuníquese y Publíquese.

Quito, Distrito Metropolitano, 20 de noviembre de 2012.

Dr. Jorge Luis Gonzales Tamayo

DIRECTOR EJECUTIVO

INSTITUTO NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

BIBLIOGRAFÍA

¹ En el Registro Oficial 512 de 15 de agosto de 2011, se publicó el Decreto Ejecutivo No. 841, que reformó el artículo 59 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

² Información del Instituto Nacional de Contratación Pública.

³ Dr. Hidalgo Jorge; Guía del Estado de España; Enero 2010; Suardíaz pág. 379.

⁴ Dr. Clavero Arévalo Manuel, Estudios en Contratación Pública y Derecho Administrativo; Madrid- España 2002; Civitas Pág. 361.

⁵ Fernández M. Claudio. Acto Administrativo; 2003; ISBN Pág. 310.

⁶ Dr. Ochoa Monzó Josep; Protección Civil; 2003; INAP, Pág. 197.

⁷ Robles (Derecho Ecuador - Revista Judicial) 24 de Noviembre de 2005.

⁸ Dromi J. R., Igualdad en Materia Contractual Publica, Buenos Aires, Paidó, 2007 Pag. 127.

⁹ Jácome y Rivas, Interrogantes y respuesta sobre la nueva contratación pública (Talleres de NINA Comunicaciones) Quito 2009 Pag. 85.

¹⁰ Dávila Vinuesa Luis Guillermo, Jurísta de la Contratación Estatal, Régimen, 2001; Legis Pag. 153.

¹¹ Bobbio Norberto. Teoría General del Derecho; 1994; BOE Pag 112.

¹² Quisbert Francisco; Principios Constitucionales; 1996; Colque Pag. 102.

¹³ Dr. Dromi Jose Roberto; Derecho Administrativo; 2001; Menza Pag. 327

Constitución de la República del Ecuador

Ley de Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública

Reglamento General a la Ley de Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Doctrina en Contratación Pública.

Código de la Producción.

Reglamento al Código de la Producción.

Constitución de Argentina.

Constitución de México.

Constitución de Perú.

Constitución de Venezuela

LINKOGRAFÍA

www.rnp.gob.pe

www.derechoecuador.com,

http://es.wikipedia.org/wiki/In_dubio_pro_reo

<http://alexsilvacalle.blogspot.com/2011/10/principios-rectores-de-la-contratacion.html>

[www.wikipedia/inconstitucionalidaddenormas/Control de constitucionalidad.htm](http://www.wikipedia/inconstitucionalidaddenormas/Control_de_constitucionalidad.htm)

<http://www.buenastareas.com/ensayos/Control-Constitucional-En-El-Ecuador-Cambio/166498.html>)

<http://www.anticorrupcion.gov.ar>.

<http://www.buenastareas.com/ensayos/Control-Constitucional-En-El-Ecuador-Cambio/166498.html>))