

**DIRECCIÓN NACIONAL DE CONTROL DE LA
LEGALIDAD DE CONTRATOS**

INFORME DE CONTROL LEGAL

Caso No. 360106

ENTIDAD:	GOBIERNO PROVINCIAL DEL AZUAY
PROCEDIMIENTO:	RÉGIMEN ESPECIAL DE COMUNICACIÓN SOCIAL (Contratación Directa)
OBJETO:	"PROVISIÓN DE PRODUCTOS Y MATERIALES COMUNICACIONALES QUE PERMITAN INFORMAR Y DIFUNDIR LOS PLANES, PROGRAMAS Y PROYECTOS QUE EJECUTA EL GOBIERNO PROVINCIAL DEL AZUAY EN EL ÁMBITO DE SUS COMPETENCIAS"
CONTRATISTA:	DISEÑADORA GRÁFICA ERIKA DANIELA BERMEO GONZÁLEZ
PLAZO:	180 DÍAS CALENDARIO CONTADOS A PARTIR DE LA SUSCRIPCIÓN DEL CONTRATO
MONTO DEL CONTRATO:	\$ 148.870,00 USD, más IVA
ÁMBITO DEL CONTROL:	CORRESPONDE A LAS FASES PREPARATORIA, PRECONTRACTUAL Y CONTRACTUAL

DIRECCIÓN NACIONAL DE CONTROL DE LA LEGALIDAD DE CONTRATOS

INFORME DE CONTROL

"PROVISIÓN DE PRODUCTOS Y MATERIALES COMUNICACIONALES QUE PERMITAN INFORMAR Y DIFUNDIR LOS PLANES, PROGRAMAS Y PROYECTOS QUE EJECUTA EL GOBIERNO PROVINCIAL DEL AZUAY EN EL ÁMBITO DE SUS COMPETENCIAS"

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN.....	1
1.1. Motivación del control.....	1
1.2. Origen del control	1
1.3. Objeto del control	2
1.4. Alcance del control.....	2
II. DATOS GENERALES	2
2.1. Identificación del procedimiento sujeto a control.....	2
III. METODOLOGÍA	4
IV. FUENTES DE INFORMACIÓN PARA EL CONTROL	4
V. ANTECEDENTES	4
VI. ANÁLISIS DE LAS FASES DE CONTRATACIÓN	7
4.1. FASE PREPARATORIA:.....	7
4.1.1. FALTA DE DEBIDA MOTIVACIÓN EN LA RESOLUCIÓN CON LA QUE SE ACOGE AL RÉGIMEN ESPECIAL CONTRATACIÓN DIRECTA...7	7
4.2. FASE PRECONTRACTUAL	23
4.3. FASE CONTRACTUAL	23
4.3.1. DOCUMENTOS RELEVANTES NO PUBLICADOS EN LAS FASES PREPARATORIA, PRECONTRACTUAL Y CONTRACTUAL.	24
4.3.2. INDEBIDA FORMA DE CÁLCULO DE LA MULTA.....	27
VII. CONCLUSIONES.....	29
VIII.RECOMENDACIONES.....	30

I. INTRODUCCIÓN

1.1. Motivación del control

La Procuraduría General del Estado, con fundamento en su atribución constitucional y legal establecida en el artículo 237 numeral 4 de la Constitución de la República del Ecuador y artículo 3 letra g) de su Ley Orgánica, sobre el control de los actos y contratos que suscriban las entidades del sector público, efectuó el control legal del procedimiento de Régimen Especial de Comunicación Social (Contratación Directa) signado con el código COMDIR-GPA-013-2020, para la "PROVISIÓN DE PRODUCTOS Y MATERIALES COMUNICACIONALES QUE PERMITAN INFORMAR Y DIFUNDIR LOS PLANES, PROGRAMAS Y PROYECTOS QUE EJECUTA EL GOBIERNO PROVINCIAL DEL AZUAY EN EL ÁMBITO DE SUS COMPETENCIAS", cuyo contrato No. 047-2020 fue suscrito el 1 de octubre de 2020, entre el Gobierno Provincial del Azuay y la diseñadora gráfica Erika Daniela Bermeo González.

1.2. Origen del control

El Plan Anual de Control 2021 de la Procuraduría General del Estado, fue aprobado conforme nota manuscrita del señor Procurador General del Estado de 02 de febrero de 2021, inserta en el memorando interno No. PGE-DNCLC-2021-014.

El presente control tiene su origen en el oficio No. GPA-PREFECTURA 0189-OF de 13 de enero de 2021, ingresado con No. 08353-2021-AD-IS a esta institución, suscrito por la socióloga Cecilia Méndez Mora, Prefecta del Gobierno Provincial del Azuay, mediante el cual denuncia¹ posibles irregularidades e ilegalidades detectadas por parte del Gobierno Provincial del Azuay en el procedimiento de Régimen Especial de Comunicación Social (Contratación Directa) signado con el código COMDIR-GPA-013-2020, para la "PROVISIÓN DE PRODUCTOS Y MATERIALES COMUNICACIONALES QUE PERMITAN INFORMAR Y DIFUNDIR LOS PLANES, PROGRAMAS Y PROYECTOS QUE EJECUTA EL GOBIERNO PROVINCIAL DEL AZUAY EN EL ÁMBITO DE SUS COMPETENCIAS".

Posteriormente, el señor Subprocurador General del Estado, mediante firma electrónica de 17 de mayo de 2021, inserta en el memorando No. 0042-DNCLC-2021 de 13 de mayo de 2021, suscrito por el Director Nacional de Control de la Legalidad de Contratos, autorizó el inicio del control de la legalidad del procedimiento signado con el código No. COMDIR-GPA-013-2020.

¹ Resolución No. 008 de 18 de mayo de 2011, publicada en el Registro Oficial No. 460 de 01 de junio de 2011:

"Art. 1 DEL CONTROL LEGAL

(...) 3.- Origen del Control. - El control se podrá iniciar: (...)

- Denuncias, solicitudes, información de la ciudadanía, medios de comunicación, entre otros.; (...)."

1.3. Objeto del control

Verificar que el Gobierno Provincial del Azuay, dentro del procedimiento de Régimen Especial de Comunicación Social (Contratación Directa) signado con el código No. COMDIR-GPA-013-2020 y contrato No. 047-2020, observó las disposiciones constitucionales y legales vigentes.

1.4. Alcance del control

El alcance del control comprende las fases: preparatoria, precontractual y contractual. Se revisará el cumplimiento de los principios y disposiciones legales que rigen la contratación pública, con el fin de precautelar el interés público y la seguridad jurídica.

II. DATOS GENERALES

2.1. Identificación del procedimiento sujeto a control

CASO:	360106
PROCEDIMIENTO:	RÉGIMEN ESPECIAL DE COMUNICACIÓN SOCIAL (Contratación Directa)
PROCEDIMIENTO:	COMDIR-GPA-013-2020
PRESUPUESTO:	\$ 148.870,00 USD
PAC:	En el PAC 2020 del Gobierno Provincial del Azuay, publicado en el portal institucional del SERCOP, consta en el ítem 276, con partida presupuestaria No. 730204, CPC No. 836900513, la planificación del servicio con la denominación “PROVISIÓN DE PRODUCTOS Y MATERIALES COMUNICACIONALES QUE PERMITAN INFORMAR Y DIFUNDIR LOS PLANES, PROGRAMAS Y PROYECTOS QUE EJECUTA EL GOBIERNO PROVINCIAL DEL AZUAY EN EL ÁMBITO DE SUS COMPETENCIAS”, por el valor de \$ 148.870,00 USD, a contratarse en el tercer cuatrimestre.
CONTRATO No.:	047-2020

SUSCRIPCIÓN:	1 de octubre de 2020 mediante documento privado en la ciudad de Cuenca, entre el Gobierno Provincial del Azuay, representado por los doctores Yaku Sacha Pérez Guartambel y Fabián Gavilánes Encalada, en sus calidades de Prefecto y Procurador Síndico, respectivamente; y, por la otra parte, la diseñadora gráfica Erika Daniela Bermeo González.
CONTRATANTE:	GOBIERNO PROVINCIAL DEL AZUAY
CONTRATISTA:	ERIKA DANIELA BERMEO GONZÁLEZ
OBJETO:	“PROVISIÓN DE PRODUCTOS Y MATERIALES COMUNICACIONALES QUE PERMITAN INFORMAR Y DIFUNDIR LOS PLANES, PROGRAMAS Y PROYECTOS QUE EJECUTA EL GOBIERNO PROVINCIAL DEL AZUAY EN EL ÁMBITO DE SUS COMPETENCIAS”
MONTO DEL CONTRATO:	\$ 148.870,00 USD, más IVA
FORMA DE PAGO:	<ul style="list-style-type: none">- 60% del valor total del contrato en calidad de anticipo previa la entrega correspondiente de la garantía de buen uso del anticipo; el anticipo será entregado en un término máximo de 30 días a partir de la fecha de suscripción del contrato y será amortizado de forma proporcional en los pagos, de conformidad con la LOSNCP y su reglamento.- 40 % del valor restante del contrato se cancelará de manera mensual, una vez ejecutadas las actividades contratadas contando previamente con el informe favorable del administrador del contrato.
PLAZO:	180 días contados a partir de la suscripción del contrato.

III. METODOLOGÍA

Se identificaron y analizaron las actuaciones administrativas correspondientes a las fases: preparatoria, precontractual y contractual del procedimiento COMDIR-GPA-013-2020, para la "PROVISIÓN DE PRODUCTOS Y MATERIALES COMUNICACIONALES QUE PERMITAN INFORMAR Y DIFUNDIR LOS PLANES, PROGRAMAS Y PROYECTOS QUE EJECUTA EL GOBIERNO PROVINCIAL DEL AZUAY EN EL ÁMBITO DE SUS COMPETENCIAS", comparándolas con la base legal aplicable, a fin de constatar el cumplimiento y/o inobservancias producidas.

IV. FUENTES DE INFORMACIÓN PARA EL CONTROL

La Procuraduría General del Estado recurrió a diversas fuentes de información, fundamentalmente:

- Documentación obtenida del portal institucional del SERCOP.
- Documentación remitida por el Gobierno Provincial del Azuay.
- Información obtenida de la página web del Gobierno Provincial del Azuay.

V. ANTECEDENTES

En relación al tema de análisis se cuenta con las siguientes comunicaciones:

Gobierno Provincial del Azuay	Procuraduría General del Estado
<p>Oficio No. GPA-PREFECTURA 0189-OF de 13 de enero de 2021: La Prefecta del Gobierno Provincial del Azuay puso en conocimiento de la Procuraduría General del Estado, posibles irregularidades e ilegalidades en el procedimiento de Régimen Especial de Comunicación Social (Contratación Directa), signado con el código COMDIR-GPA-013-2020 para la "PROVISIÓN DE PRODUCTOS Y MATERIALES COMUNICACIONALES QUE PERMITAN INFORMAR Y DIFUNDIR LOS PLANES, PROGRAMAS Y PROYECTOS QUE EJECUTA EL GOBIERNO PROVINCIAL DEL AZUAY EN EL ÁMBITO DE SUS COMPETENCIAS" y Contrato No. 047-2020, celebrado entre el Gobierno Provincial del Azuay y la diseñadora</p>	<p>Oficio No. 12209 de 25 de enero de 2021: El Procurador General del Estado informó a la Prefecta del Gobierno Provincial del Azuay, que de conformidad con la atribución establecida en el artículo 237, número 4 de la Constitución de la República, en concordancia con los artículos 15 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; y, 3 literal g) de la Codificación de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, dispuso el análisis previo del procedimiento.</p>

gráfica Erika Daniela Bermeo González.	
<p>Oficio No. GPA-PREFECTURA-2021-1128-OF de 17 de marzo de 2021: La Prefecta del Gobierno Provincial del Azuay remitió al Director Nacional de Control de la Legalidad de Contratos de la Procuraduría General del Estado, documentación parcial relacionada al procedimiento signado con el código COMDIR-GPA-013-2020.</p>	<p>Oficio No. 12759 de 3 de marzo de 2021: El Director Nacional de Control de la Legalidad de Contratos de la Procuraduría General del Estado solicitó a la Prefecta del Gobierno Provincial del Azuay, remitir copias certificadas de varios documentos relacionados con el procedimiento COMDIR-GPA-013-2020, otorgándole el término de 10 días contado a partir de la fecha de recepción del requerimiento.</p>
	<p>Oficio No. 13267 de 25 de marzo de 2021: El Procurador General del Estado informó a la Prefecta del Gobierno Provincial del Azuay que las condiciones técnicas y económicas manifestadas en la denuncia, no son competencia de la Procuraduría General del Estado.</p>
<p>Oficio No. GPA-PREFECTURA-2021-1329-O de 7 de abril de 2021: La Prefecta del Gobierno Provincial del Azuay remitió información adicional al Director Nacional de Control de la Legalidad de Contratos de la Procuraduría General del Estado.</p>	<p>Oficio No. 13280 de 26 de marzo de 2021: El Director Nacional de Control de la Legalidad de Contratos de la Procuraduría General del Estado en relación a los archivos previamente recibidos, solicitó a la Prefecta del Gobierno Provincial del Azuay, envíe documentación legible, información adicional y justificaciones o aclaraciones, otorgándole el término de 10 días contado a partir de la fecha de recepción del requerimiento.</p>
	<p>Oficio No. 13900 de 18 de mayo de 2021: El Subprocurador General del Estado informó a la Prefecta del Gobierno Provincial del Azuay, que de conformidad con la atribución establecida en el artículo 237, número 4 de la Constitución de la República, una vez finalizada la fase de análisis previo dio inicio al control legal de las fases preparatoria, precontractual y contractual del procedimiento de Régimen Especial de Comunicación Social (Contratación Directa) signado con el código COMDIR-GPA-013-2020.</p>
Fiscalía General del Estado	Procuraduría General del Estado

<p>Oficio No. FPA-FFP1-0290-2021-000225-0 de 15 de marzo de 2021: El Fiscal Provincial del Azuay solicitó a la Procuraduría General del Estado dentro de la Investigación Previa No. 010101821020139 por presunto delito de “TRÁFICO DE INFLUENCIAS”, informe del análisis previo del procedimiento correspondiente al Contrato No. 047-2020.</p>	<p>Oficio No. 13380 de 1 de abril de 2021: El Procurador General del Estado informó al Fiscal Provincial del Azuay, que el procedimiento de la referencia se encuentra en la fase de análisis previo en la Dirección Nacional de Control de la Legalidad de Contratos, a la espera de la remisión de la totalidad de la documentación por parte de la entidad contratante y que la emisión de un informe de control se somete a un proceso específico con sus respectivos términos, como lo establecen las Resoluciones No. 008, publicada en el Registro Oficial 460 de 1 de junio de 2011 y No. 011, publicada en el Registro Oficial 397 de 2 de enero de 2019, dictadas por esta Procuraduría.</p>
<p>Procuraduría General del Estado</p>	<p>Contraloría General del Estado</p>
<p>Oficio No. 12208 de 25 de enero de 2021: El señor Procurador General del Estado solicitó al Contralor General del Estado, subrogante, se sirva informar si se ha efectuado un examen especial, o se encuentra ejecutando acciones de control al procedimiento de Régimen Especial de Comunicación Social (Contratación Directa) de la referencia.</p>	<p>Oficio No. 00189-DNPEyEI-GISyE-2021 de 12 de febrero de 2021: El Secretario General de la Contraloría General del Estado informó al señor Procurador General del Estado, que ese organismo no ha efectuado ni se encuentra ejecutando acciones de control al procedimiento materia análisis; no obstante, será considerado en una acción de control que efectúe la Dirección Provincial de Azuay, en el Gobierno Provincial del Azuay.</p>
<p>Oficio No. 12621 de 19 de febrero de 2021: El Director Nacional de Control de la Legalidad de Contratos de la Procuraduría General del Estado, comunicó al Secretario General de la Contraloría General del Estado, que el oficio No. 00189-DNPEyEI-GISyE-2021 fue incorporado al expediente del procedimiento COMDIR-GPA-013-2020.</p>	<p>Oficio No. 00256-DNPEyEI-GISyE-2021 de 1 de marzo de 2021: El Secretario General de la Contraloría General del Estado, acusó recibo del oficio No. 12621 de 19 de febrero 2021 del Director Nacional de Control de la Legalidad de Contratos de la Procuraduría General del Estado.</p>
<p>Oficio No. 13901 de 18 de mayo de 2021: El Subprocurador General del Estado informó a la Contralora General del Estado, Subrogante, que de conformidad con la atribución establecida en el artículo 237, número 4 de la Constitución de la República, una vez finalizada la fase de</p>	<p>Oficio No. 00668-DNPEyEI-GISyE-2021 de 28 de mayo de 2021: El Secretario General de la Contraloría General del Estado, acusó recibo del oficio No. 13901 de 18 de mayo de 2021.</p>

análisis previo, dio inicio al control legal de las fases preparatoria, precontractual y contractual del procedimiento de Régimen Especial de Comunicación Social (Contratación Directa) signado con el código COMDIR-GPA-013-2020.

VI. ANÁLISIS DE LAS FASES DE LA CONTRATACIÓN

Una vez que la documentación, aclaraciones y justificativos requeridos fueron entregados por la entidad contratante a la Procuraduría General del Estado, la Dirección Nacional de Control de la Legalidad de Contratos en el análisis y control legal de las fases preparatoria, precontractual y contractual, observa lo siguiente:

4.1. FASE PREPARATORIA:

En esta fase se analizan todos los hechos previos a la decisión de iniciar o de llevar a cabo una contratación, tomando en cuenta que en este momento se cumplen los presupuestos que tornan jurídicamente posible la manifestación de la voluntad contractual administrativa.

(...) Fase preparatoria.- Fase de la contratación pública que incluye la elaboración y modificación del plan anual de contrataciones -PAC; la elaboración de estudios de mercado, elaboración de especificaciones técnicas y términos de referencia -TDR; elaboración del presupuesto referencial y emisión de certificación presupuestaria; elaboración de estudios, elaboración y aprobación de pliegos; conformación de la comisión técnica u otorgamiento de delegación; y, toda actividad hasta antes de la publicación del procedimiento en el Portal Institucional del Servicio Nacional de Contratación Pública (...)².

En el presente control, una vez analizados todos los aspectos de esta fase, se establecieron las siguientes observaciones:

4.1.1. FALTA DE MOTIVACIÓN EN LA RESOLUCIÓN CON LA QUE SE ACOGE AL RÉGIMEN ESPECIAL CONTRATACIÓN DIRECTA.

BASE NORMATIVA:

- **Constitución de la República del Ecuador**

² Artículo 2 numeral 28 de la Resolución RE-SERCOP-2016-0000072

Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:(...)

l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se consideraran nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados (...).

(Lo subrayado nos corresponde)

Art. 82.- El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.

(Lo subrayado nos corresponde)

Art. 226.- Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución.

(Lo subrayado nos corresponde)

Art. 233.- Ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones, y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos.

Las servidoras o servidores públicos y los delegados o representantes a los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado, estarán sujetos a las sanciones establecidas por delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y, en estos casos, los juicios se iniciarán y continuarán incluso en ausencia de las personas acusadas. Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aun cuando no tengan las calidades antes señaladas.

Art. 288.- Las compras públicas cumplirán con criterios de eficiencia, transparencia, calidad, responsabilidad ambiental y social. Se priorizarán los productos y servicios nacionales, en particular los provenientes de la

economía popular y solidaria, y de las micro, pequeñas y medianas unidades productivas.

Art. 336.- *El Estado impulsará y velará por el comercio justo como medio de acceso a bienes y servicios de calidad, que minimice las distorsiones de la intermediación y promueva la sustentabilidad.*

El Estado asegurará la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentará la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades, lo que se definirá mediante ley.

- **Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública**

Art. 2.- Régimen Especial. - *Se someterán a la normativa específica que para el efecto dicte el Presidente de la República en el Reglamento General a esta Ley, bajo criterios de selectividad, los procedimientos precontractuales de las siguientes contrataciones:*
(...)

3. Aquellas cuyo objeto sea la ejecución de actividades de comunicación social destinadas a la información de las acciones del Gobierno Nacional o de las Entidades Contratantes;

(Lo subrayado nos corresponde)

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

- **Código Orgánico Administrativo**

Art. 16.- Principio de proporcionalidad. *Las decisiones administrativas se adecúan al fin previsto en el ordenamiento jurídico y se adoptan en un marco del justo equilibrio entre los diferentes intereses. No se limitará el ejercicio de los derechos de las personas a través de la imposición de cargas o gravámenes que resulten desmedidos, en relación con el objetivo previsto en el ordenamiento jurídico. (...)*

Art. 18.- Principio de interdicción de la arbitrariedad. *Los organismos que conforman el sector público, deberán emitir sus actos conforme a los principios de juridicidad e igualdad y no podrán realizar interpretaciones arbitrarias.*

El ejercicio de las potestades discrecionales, observará los derechos individuales, el deber de motivación y la debida razonabilidad.

Art. 22.- Principios de seguridad jurídica y confianza legítima. Las administraciones públicas actuarán bajo los criterios de certeza y previsibilidad.

(...) La aplicación del principio de confianza legítima no impide que las administraciones puedan cambiar, de forma motivada, la política o el criterio que emplearán en el futuro.

Los derechos de las personas no se afectarán por errores u omisiones de los servidores públicos en los procedimientos administrativos, salvo que el error u omisión haya sido inducido por culpa grave o dolo de la persona interesada.

- **Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública**

Art. 88.- La contratación de estudios para la determinación de estrategias comunicacionales e información orientada a generar criterios de comunicación, información, imagen y publicidad comunicacional; y, la contratación de productos comunicacionales, servicios y actividades comunicacionales y de los medios para la difusión de los mismos, destinadas a la información de las acciones del Gobierno Nacional o de las Entidades Contratantes, se efectuará de conformidad con los procedimientos previstos en esta sección.

Art. 89.- Se encuentran sujetos al régimen de contratación directa: (...)

3.- Por excepción, en casos considerados como urgentes, si la unidad responsable de la comunicación, imagen y publicidad institucional considerare que la contratación de los productos o servicios deben efectuarse por contratación directa y así se autorizare por parte de la máxima autoridad de la institución, particular que deberá constar de la respectiva resolución.

En el caso de contratación directa se observará el siguiente procedimiento:

La máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado revisará la petición de la unidad requirente e invitación y la oferta efectuadas previamente que se adjuntarán a la misma, y, solicitará, de estimar pertinente que prosiga el proceso, la respectiva disponibilidad de fondos para atender el requerimiento, hecho lo cual emitirá una resolución fundamentada, señalando los motivos que le facultan para acogerse al régimen especial y adjudicará el contrato a la oferta presentada o declarará desierto el proceso, sin lugar a reclamo por parte del oferente invitado. (...).

(Lo subrayado nos corresponde)

- **Resolución No. RE-SERCOP-2016-0000072 (Codificación y Actualización de las Resoluciones emitidas por el Servicio Nacional de Contratación Pública)**

Art. 17.- Régimen Especial. - Para los procedimientos de contratación pública bajo la modalidad de Régimen Especial, la entidad contratante deberá publicar en el Portal Institucional del Servicio Nacional de Contratación Pública, además de lo que fuere aplicable de los artículos precedentes, la siguiente información:

1. Resolución emitida por la entidad contratante con la explicación de los motivos por los que se acoge a dicho procedimiento;

(...)

3. Cualquier otro documento relacionado con la contratación bajo este Régimen de los señalados en los artículos 9 y 10 de la presente Codificación.

(...)

(El subrayado nos corresponde)

ACTOS Y/O HECHOS ADMINISTRATIVOS:

- **Mediante oficio No. GPA-CI-2020-271 0F de 19 de agosto del 2020**, el licenciado Jimmy Ordóñez Torres, Director de Comunicación Institucional del Gobierno Provincial del Azuay, solicitó a todos los departamentos del Gobierno Provincial del Azuay, lo siguiente:

(...) remitir a la Dirección de Comunicación, los requerimientos acerca de los materiales publicitarios impresos que se necesiten para la difusión de los proyectos, así como la información acerca de los montos disponibles para esta contratación con la respectiva partida y actividad presupuestaria; con la finalidad de realizar una contratación global que permita la provisión de éstos productos.

(Lo subrayado nos pertenece)

- **Con oficio No. GPA-CI-2020-0308-OF de 11 de septiembre de 2020**, el licenciado Jimmy Ordóñez Torres, Director de Comunicación Institucional del Gobierno Provincial del Azuay se dirigió al ex Prefecto del Gobierno Provincial del Azuay, según lo que a continuación se cita:

(...) Dentro del proyecto COMUNICACIÓN INSTITUCIONAL (POA 2020), solicito conforme el Art. 22 de la LOSNCP, Arts. 25 y 26 del RGLOSNCP, se sirva autorizar la reforma y/o inclusión de la presente

contratación en el PAC 2020, y el inicio del proceso de contratación de Régimen Especial Contratación Directa para la "PROVISIÓN DE PRODUCTOS Y MATERIALES COMUNICACIONALES QUE PERMITAN INFORMAR Y DIFUNDIR LOS PLANES, PROGRAMAS Y PROYECTOS QUE EJECUTA EL GOBIERNO PROVINCIAL DEL AZUAY EN EL ÁMBITO DE SUS COMPETENCIAS", bajo las siguientes condiciones:

CUATRIMESTRE: TERCERO

OBJETO: "PROVISIÓN DE PRODUCTOS Y MATERIALES COMUNICACIONALES QUE PERMITAN INFORMAR Y DIFUNDIR LOS PLANES, PROGRAMAS Y PROYECTOS QUE EJECUTA EL GOBIERNO PROVINCIAL DEL AZUAY EN EL ÁMBITO DE SUS COMPETENCIAS".

MONTO SIN IVA: \$148.870,00

MONTO INCLUIDO IVA: 166.734,40

PLAZO (en días): 180 días contados a partir de la suscripción del contrato.

CÓDIGO DE PRODUCTO: 836900513, denominado PUBLICIDAD EN ARTICULOS TRANSPORTABLES

PROVEEDOR (ES) A SER INVITADO (S): RUC: BERMEO GONZÁLEZ ERIKA DANIELA CON C.I. 0104789680001

Solicito por este medio lo siguiente: 1) La certificación de disponibilidad presupuestaria y la existencia presente o futura de recursos suficientes para cubrir las obligaciones de la contratación, la misma que deberá certificarse por la totalidad de la contratación incluyéndose el IVA, así como el número y denominación de la(s) partidas presupuestaria(s); 2) La aprobación del Administrador sugerido del contrato; y, 3) Solicito aprobar el nombre del delegado para llevar adelante el proceso precontractual; 4) La revisión de la documentación por parte de la Dirección de Contratación Pública de la Entidad; 5) La validación del inicio del proceso de contratación, la verificación de que la documentación enviada para el inicio del proceso de contratación esté completa y debidamente legalizada, y, su correspondiente validación, por parte de la Coordinación de inicio de procesos, adquisiciones y validación de documentos para el pago de la entidad; 6) la revisión y aprobación de la información constante en los documentos adjuntos al presente (estudios, términos de referencia y/o especificaciones técnicas,

información que será publicada en el pliego del proceso de contratación correspondiente)

(...)

6) AUTORIZACIÓN Y APROBACIÓN DE LA MÁXIMA AUTORIDAD

Yaku Pérez

Prefecto del Gobierno Provincial del Azuay (...)”.

- Del documento sin número ni fecha denominado **“INFORMACIÓN GENERAL DEL PROYECTO”**, suscrito por el licenciado Jimmy Ordóñez Torres, Director de Comunicación Institucional del Gobierno Provincial del Azuay, consta lo que sigue:

*(...) **Justificación del Proyecto:***

Los productos comunicacionales en general, permiten difundir información relevante acerca de los planes, proyectos, obras y programas que se desarrollan en beneficio de la provincia y posicionar la imagen del Gobierno Provincial del Azuay.

Tomando en consideración la Ordenanza que regula la Administración de Talento Humano en cuanto a la Estructura Orgánica y el Sistema Remunerativo del Gobierno Provincial del Azuay, entre las funciones del Departamento de Comunicación se establece realizar una difusión veraz y oportuna de la información.

Para cumplir con los objetivos institucionales, es necesario contar con productos comunicacionales que permitan difundir la información acerca de los planes, proyectos, obras y programas que se ejecutan en beneficio de la provincia, generando un alto nivel de accesibilidad y cobertura de la información (...).

- De las **“ESPECIFICACIONES TÉCNICAS Y/O TÉRMINOS DE REFERENCIA PARA EL PROCEDIMIENTO DE REGIMEN ESPECIAL DE COMUNICACIÓN SOCIAL-CONTRATACIÓN DIRECTA”** de septiembre de 2020, suscrito por el licenciado Jimmy Ordóñez Torres, Director de Comunicación Institucional del Gobierno Provincial del Azuay, consta lo siguiente:

*(...) **ANTECEDENTES:***

(...)

El Gobierno Provincial del Azuay desde la Dirección de Comunicación Institucional, da soporte a esta necesidad de rendición de cuentas, que busca mantener informada a la ciudadanía sobre los trabajos realizados por la institución en las diferentes áreas.

Se aplica este tipo de contratación con fundamento en el artículo 2 numeral 3 de la LOSNC: (sic) "Aquellas cuyo objeto sea la ejecución de actividades de comunicación social destinadas a la información de las acciones del Gobierno Nacional o de las Entidades Contratantes"

La dirección de Comunicación estima pertinente realizar la contratación directa debido a la urgencia de contar con los productos comunicacionales en los proyectos y obras que se ejecutan actualmente; conforme consta en el numeral 3 del Art. 89 del Reglamento General de la LOSNCP. "Por excepción, en casos considerados como urgentes, si la unidad responsable de la comunicación, imagen y publicidad institucional considerare que la contratación de los productos o servicios deben efectuarse por contratación directa y así se autorizare por parte de la máxima autoridad de la institución, particular que deberá constar de la respectiva resolución"

Justificación de la Contratación: *Los productos comunicacionales en general, permitirán difundir información relevante acerca de los planes, proyectos, obras y programas que se desarrollan en beneficio de la provincia y posicionar la imagen del Gobierno Provincial del Azuay.*

Tomando en consideración la Ordenanza que regula la Administración de Talento Humano en cuanto a la Estructura Orgánica y el Sistema Remunerativo del Gobierno Provincial del Azuay, entre las funciones del Departamento de Comunicación se establece realizar una difusión veraz y oportuna de la información.

Para cumplir con los objetivos institucionales, es necesario contar con productos y materiales comunicacionales que permitan difundir la información acerca de los planes, proyectos, obras y programas que se ejecutan en beneficio de la provincia, generando un alto nivel de accesibilidad y cobertura de la información. (...)

(Lo subrayado nos pertenece)

- Mediante Resolución No. COMDIR-GPA-013-2020 de 11 de septiembre de 2020, el ex Prefecto del Gobierno Provincial del Azuay, resolvió:

CONSIDERANDO:

Que, en el Ecuador se encuentra en vigencia la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, publicada en el Reg. Of. No. 395 de 4 de agosto de 2008, y, su Reglamento General, publicado en el Reg. Of. Suplemento No. 588 de fecha 12 de mayo de 2009; mismas que regulan los procedimientos de contratación para la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultoría, que realizan las entidades e Instituciones del Estado;

Que, el Gobierno Provincial del Azuay tiene la calidad de Entidad Contratante conforme lo establecido en el Art. 1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, por tanto, se encuentra sujeto a cumplir con todos los principios y normas que regulan los procedimientos de contratación en base a este ordenamiento legal vigente, en tal virtud, es también su obligación el utilizar el Sistema Oficial de Contratación Pública del Ecuador, acatando todas sus disposiciones, y, a través del único medio oficial que es el Portal Institucional del SERCOP www.compraspublicas.gob.ec, realizar todos sus procesos de contratación, para lo cual debe observar estricto cumplimiento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento General, así como acatar y cumplir las disposiciones emitidas por el SERCOP;

Que, el Artículo 4 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública señala que en aplicación de los principios de Derecho Administrativo son delegables todas las facultades previstas para la máxima autoridad tanto la Ley como en este Reglamento General, aun cuando no conste en dicha normativa la facultad de delegación expresa. La Resolución que la máxima autoridad emita para el efecto, determinará el contenido y alcance de la delegación;

Que, mediante oficio GPA-CI-2020-0308-OF de fecha septiembre 11 del Año Andino 5528/Colonial 2020, el Lcdo. Jimmy Ordoñez Torres, Director de Comunicación Institucional del Gobierno Provincial del Azuay, solicita autorizar el inicio del proceso de contratación de Régimen Especial de Comunicación Social, bajo la modalidad de Contratación Directa, para contratar la "PROVISIÓN DE PRODUCTOS Y MATERIALES COMUNICACIONALES QUE PERMITAN INFORMAR Y DIFUNDIR LOS PLANES, PROGRAMAS Y PROYECTOS QUE EJECUTA EL GOBIERNO PROVINCIAL DEL AZUAY EN EL ÁMBITO DE SUS COMPETENCIAS", justificando la necesidad de la contratación al informar textualmente: "Para cumplir con los objetivos institucionales,

es necesario contar con productos y materiales comunicacionales que permitan difundir la información acerca de los planes, proyectos, obras y programas que se ejecutan en beneficio de la provincia, generando un alto nivel de accesibilidad y cobertura de la información”.

Que, en documento anexo al oficio GPA-CI-2020-0308-OF de fecha septiembre 11 del Año Andino 5528/Colonial 2020, el Lcdo. Jimmy Ordoñez Torres, Director de Comunicación Institucional del Gobierno Provincial del Azuay estima pertinente realizar la contratación directa debido a la urgencia de contar con los productos comunicacionales en los proyectos y obras que se ejecutan actualmente; conforme consta en el numeral 3 del Artículo 89 del Reglamento General de la LOSNCP: " Por excepción, en casos considerados como urgentes, si la unidad responsable de la comunicación, imagen y publicidad institucional considerare que la contratación de los productos o servicios deben efectuarse por contratación directa y así se autorizare por parte de la máxima autoridad de la institución, particular que debe constar de la respectiva resolución".

Que, mediante oficio GPA-CI-2020-0308-OF de fecha septiembre 11 del Año Andino 5528/Colonial 2020, el Lcdo. Jimmy Ordoñez Torres, Director de Comunicación Social Institucional del Gobierno Provincial del Azuay, solicita se autorice contratar un medio que permita informar y difundir los planes, programas y proyectos que ejecuta el Gobierno Provincial del Azuay en el ámbito de sus competencias, señalando se invite al proveedor **BERMEO GONZÁLEZ ERIKA DANIELA** con **RUC 0104789680001**, y, determinando un presupuesto referencial de **USD \$ 148.870,00** valor que no incluye el IVA y un plazo de ejecución contractual de **180 días** contados a partir de la suscripción del contrato;

Que, dicha contratación se encuentra en el Plan Anual de Contratación 2020 del Gobierno Provincial del Azuay; y cuenta con los estudios preliminares respectivos, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 22 y 23 de la LOSNCP.

Que, de acuerdo al Art. 24 de la LOSNCP, se cuenta con la certificación de disponibilidad presupuestaria y existencia de fondos en la partida presupuestaria No. **730204** denominada “EDICIÓN, IMPRESIÓN, REPRODUCCIÓN, PUBLICACIONES, SUSCRIPCIONES, FOTOCOPIADO, TRADUCCIÓN, EMPASTADO, ENMARCACIÓN, SERIGRAFÍA, FOTOGRAFÍA, CARNETIZACIÓN, FILMACIÓN E IMÀGENES SATELITALES” y No. **730811** denominada "INSUMOS, MATERIALES Y SUMINISTROS PARA CONSTRUCCIÓN, ELECTRICIDAD, PLOMERÍA, CARPINTERÍA, SEÑALIZACIÓN VIAL, NAVEGACIÓN, CONTRA INCENDIOS Y PLACAS", conforme consta en

el oficio GPA-CI-2020-0308-OF de fecha septiembre 11 del Año Andino 5528/Colonial 2020 y en el documento: Nro. CP/001937 de fecha de emisión 10 de septiembre de 2020;

Que, el art. 2 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, dispone: "Régimen Especial - Se someterán a la normativa específica que para el efecto dicte el Presidente de la República en el Reglamento General a esta Ley, bajo criterios de selectividad, los procedimientos precontractuales de las siguientes contrataciones: (...) 3. Aquellas cuyo objeto sea la ejecución de actividades de comunicación social destinadas a la información de las acciones del Gobierno Nacional o de las Entidades Contratantes;

Que, en el numeral 3 del Art. 89 del Reglamento General de la LOSNCP indica que: "Por excepción, en casos considerados como urgentes, si la unidad responsable de la comunicación, imagen y publicidad institucional considerare que la contratación de los productos o servicios deben efectuarse por contratación directa y así se autorizare por parte de la máxima autoridad de la institución, particular que debe constar de la respectiva resolución", se establece el procedimiento a seguir en este caso.

Que, el Art. 91 del Reglamento General de la ley Orgánico del Sistema Nacional de Contratación Pública, señala que, en el caso de procesos de contratación directa, el pago podrá efectuarse una vez difundidos los productos comunicacionales o ejecutadas las actividades o servicios comunicacionales;

Que, conforme lo establece el numeral 16 del artículo 6 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, la Máxima Autoridad de esta Entidad Contratante es el Prefecto Provincial, quien ejerce administrativamente la representación legal del Gobierno Provincial del Azuay;

En uso de las facultades conferidas por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento General:

RESUELVE:

Artículo Primero: Autorizar el inicio del proceso de contratación para la "PROVISIÓN DE PRODUCTOS Y MATERIALES COMUNICACIONALES QUE PERMITAN INFORMAR Y DIFUNDIR LOS PLANES, PROGRAMAS Y PROYECTOS QUE EJECUTA EL GOBIERNO PROVINCIAL DEL AZUAY EN EL ÁMBITO DE SUS COMPETENCIAS", en la modalidad de Régimen

Especial de Comunicación Social - Contratación Directa, al amparo de lo dispuesto en el Art. 2 numeral 3 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, y el procedimiento dispuesto en el Art. 89 numeral 3 del Reglamento General de la LOSNCP, con un presupuesto referencial de USD\$ 148.870.00 dólares de los Estados Unidos de América, valor que no incluye el IVA, y, un plazo de ejecución contractual de 180 días contados a partir de la suscripción del contrato.

Artículo Segundo: Aprobar los pliegos elaborados por el área requirente e **Invitar** al proveedor **BERMEO GONZÁLEZ ERIKA DANIELA**, con RUC 0104789680001, debidamente habilitado en el RUP, a que presente su oferta conforme los requerimientos establecidos en los pliegos que se publicarán en el Portal Institucional del SERCOP, mismos que contienen el cronograma y toda la información de la presente contratación.

Artículo Tercero: Delegar a la Ing. Narcisa Jiménez, Analista de Comunicación Institucional del Gobierno Provincial del Azuay, para que lleve adelante el proceso de contratación y una vez presentada la oferta por parte del proveedor invitado dentro del término establecido para el efecto; evalúe la oferta y emita el correspondiente informe a la máxima autoridad, en el que se detallará su criterio respecto de la oferta presentada, recomendando motivadamente la adjudicación o declaratoria de procedimiento desierto.

Artículo Cuarto: Disponer la publicación del procedimiento correspondiente y la publicación de la presente Resolución a través del Portal Institucional del SERCOP www.compraspublicas.gob.ec.

(Lo subrayado nos pertenece)

- En atención a lo solicitado por la Procuraduría General del Estado con oficio No. 12759 de 3 de marzo de 2021, la Prefecta del Gobierno Provincial del Azuay en el oficio No. GPA-PREFECTURA-2021-1128-OF de 17 de marzo de 2021, manifestó:

3. Oficio GPA-CI-2021-102-OF de fecha 09 de marzo de 2021 suscrito por el Lcdo. Edison Flores en calidad de Director de Comunicación Social, donde remite informe en relación con el punto 11 y el punto 4 del Oficio N° 12759.

Cabe resaltar que, con el objeto de cotejar esta información de forma conexas con el punto 13 del Oficio N° 12759 donde en su parte pertinente requiere: "13.- Remitir los justificativos que permitieron a la entidad de su representación, optar por la contratación directa (urgente) de

Comunicación Social, de conformidad al numeral 3 del artículo 89 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, con toda la documentación de respaldo;”. El Director de Contratación Pública informa que: “los únicos justificativos respecto de la urgencia que se encontraron en el proceso son los que constan en los Estudios y en la Resolución de Invitación y Aprobación en el anexo 3 expediente del proceso y oferta”.

Sin embargo, se observa que no existe motivación del por qué se catalogó de “urgente” al procedimiento de Régimen Especial, Comunicación Social (contratación directa); toda vez que revisado el proceso precontractual, la justificación que se enunció en los Estudios fue la siguiente: “(...) La dirección de Comunicación estima pertinente realizar la contratación directa debido a la urgencia de contar con los productos comunicacionales en los proyectos y obras que se ejecutan actualmente; conforme consta en el numeral 3 del art.89 del Reglamento General de la LOSNCP (sic) (...)”, debiendo considerar también que la norma ibídem indica que este tipo de contratación es de carácter excepcional.

Lo expuesto, tiene relación con el Oficio No. GPA-CI-2021-102-OF de fecha 09 de marzo de 2021 emitido por el Director de Comunicación, en el que se indica que “existe un oficio emitido por parte del Director de Comunicación Institucional de ese entonces, Jimmy Ordóñez Torres, con fecha 05 de febrero de 2020, en el que solicita a todas las direcciones se envíe a la Dirección de Comunicación los requerimientos en cuanto a campañas publicitarias en medios de Comunicación y materiales publicitarios, así como la información de montos disponibles destinados a estos proyectos (...). Posterior a eso, y de manera reiterada el Director de Comunicación Jimmy Ordóñez, con fecha 19 de agosto de 2020, solicita nuevamente a los directores de la institución, remitir a la Dirección de Comunicación los requerimientos acerca de los materiales publicitarios impresos que se necesiten para la difusión de los proyectos, así como la información de los montos disponibles con la respectiva partida y actividad presupuestaria. (...) De lo expuesto se evidencia que lo requerido por las diferentes direcciones del Gobierno Provincial del Azuay dista mucho de lo efectivamente contratado por medio del contrato 047-2020 de fecha 01 de octubre de 2020. (...)”.

(El subrayado nos pertenece)

OBSERVACIONES:

El presente análisis se referirá a los justificativos para acogerse al régimen especial; y, la resolución mediante la cual se inició e invitó de forma directa a una persona natural para que presente su oferta.

- i) Con Resolución No. COMDIR-GPA-013-2020 de 11 de septiembre de 2020, el ex Prefecto del Gobierno Provincial del Azuay, resolvió que el procedimiento de contratación de la referencia, se lo efectúe por el procedimiento de Régimen Especial de Contratación Directa, al amparo del artículo 2 numeral 3 de la LOSNCP y 89 numeral 3 de su Reglamento General de aplicación.

En el texto de la citada Resolución, no se exponen los motivos que respaldan y justifican las razones por las cuales la máxima autoridad del Gobierno Provincial del Azuay resolvió llevar a cabo el citado procedimiento de contratación, acogiendo a la modalidad de régimen especial de Comunicación Social por contratación directa; solo se menciona la petición del Director de Comunicación Social en los considerandos, sin la motivación que sustente dicha elección; es decir, detalla la normativa jurídica en la que se basa, pero no se determina la fundamentación de su pertinencia con los respectivos antecedentes de hechos urgentes y bajo los cuales se lo excepcionó del procedimiento de selección.

GARCIA DE ENTERRIA ha expresado que:

Motivar un acto administrativo es reconducir la decisión que en el mismo se contiene a una regla de derecho que autoriza tal decisión o de cuya aplicación surge. Por ello, motivar un acto obliga a fijar, en primer término, los hechos de cuya consideración se parte y a incluir tales hechos en el supuesto de una norma jurídica; y en segundo lugar, a razonar cómo tal norma jurídica impone la resolución que se adopta en la parte dispositiva del acto.³

Por su parte, FERNANDEZ VAZQUEZ, sostiene:

“...la motivación no sólo tiene por finalidad conocer con mayor certeza y exactitud la voluntad que se manifiesta en el acto administrativo, sino hacer posible su control o fiscalización, estableciendo la necesaria relación de causalidad entre los antecedentes de hecho, el derecho aplicable y la decisión adoptada...”⁴

³ SAYAGUES LASO, “Tratado de Derecho Administrativo”, FCU, 6ta. edición, Mont. 1988, pág. 460.

⁴ FERNANDEZ VAZQUEZ, Emilio, “Diccionario de Derecho Público”, págs. 506 y 507.

La Real Academia de la Lengua Española, define a la palabra “excepción”, como:

1. f. *Acción y efecto de exceptuar.*
2. f. *Cosa que se aparta de la regla o condición general de las demás de su especie. (...)*⁵

Guillermo Cabanellas, en su Diccionario de Derecho Usual, define a la palabra “excepción”⁶:

“En sentido general, exclusión de regla o generalidad”

La Real Academia de la Lengua Española, define a la palabra “urgente”:

- De urgir y -nte; lat. urgens, -entis.*
1. adj. *Que urge.*⁷

Guillermo Cabanellas, en su Diccionario de Derecho Usual, define a la palabra “Urgente”, como:

*Apremiante. // De necesidad impostergable. // De tramitación inmediata y abreviada*⁸

La doctrina ha considerado como uno de los pilares del Estado de Derecho, el deber de incluir en todo acto administrativo la motivación y por ser, uno de los derechos fundamentales inherentes a la persona humana, consistente en explicar, la razón de ser del acto administrativo, convirtiéndose en una formalidad sustancial, cuya insuficiencia, error o falsedad podría acarrear un vicio en el mismo. Por ello, resulta necesario la plena correlación entre los argumentos esgrimidos de las normas de derecho y los hechos; así como la resolución adoptada frente a los efectos que el acto va a producir, constituye así, la ecuación jurídica de una verdadera, fundamental, irrefutable y concordante motivación.

En consecuencia y dado que la falta de motivación se produce no solo por (...) i) *la inexistencia de motivación, siendo esta una ausencia completa de argumentación de la decisión; (...), sino también por (...) ii) la insuficiencia de motivación, cuando se incumplen criterios que nacen de la propia Constitución como la coherencia, congruencia y/o pertinencia, al punto que no permiten su comprensión efectiva (...)*⁹, al mencionar la citada resolución las normas, sin que se explique la pertinencia de su

⁵ <https://dle.rae.es/excepci%C3%B3n?m=form>

⁶ CABANELLAS, Guillermo, Diccionario de Derecho Usual, Tomo II, 11ª Edición, Editorial Heliasta S.R.L, Buenos Aires, Pág. 138

⁷ <https://dle.rae.es/urgente?m=form>

⁸ CABANELLAS, Guillermo, Diccionario de Derecho Usual, Tomo IV, 11ª Edición, Editorial Heliasta S.R.L, Buenos Aires, Pág. 331

⁹ Corte Constitucional sentencia No. 1236-14-EP/20, de 21 de febrero de 2020, párr. 19.

aplicación y sin justificar la urgencia, a fin de aplicar el procedimiento de contratación escogido, se trata de actuación administrativa que adolecería de vicios.

- ii) Así también, con Resolución No. COMDIR-GPA-013-2020 de 11 de septiembre de 2020, el ex prefecto del Gobierno Provincial del Azuay invitó a la Diseñadora Gráfica Erika Bermeo para que presente su oferta.

Al respecto, este organismo coincide con lo manifestado por la entidad en el oficio No. GPA-PREFECTURA-2021-1128-OF de 17 de marzo de 2021, por cuanto ni de la documentación que consta publicada en el Portal Institucional del SERCOP, ni de la remitida por el Gobierno Provincial del Azuay, se observa que existió la adecuada motivación que demuestre la urgencia, que permitió al ex Prefecto del Gobierno Provincial del Azuay, excepcionar al procedimiento de la referencia del proceso de selección, ya que no se justifica en los hechos y el derecho, el procedimiento de régimen especial de Comunicación Social bajo el de contratación directa para invitar solamente a un proveedor.

Al respecto, cabe citar el artículo 226 de la Constitución de la República, que establece el principio de legalidad que rige la administración pública, en virtud del cual los actos del poder público deben circunscribirse a lo que está permitido por la Constitución y la Ley, sin que proceda una interpretación extensiva de la norma.

En este contexto, el artículo 2 numeral 3 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, determina:

Art. 2.- Régimen Especial. - Se someterán a la normativa específica que para el efecto dicte el Presidente de la República en el Reglamento General a esta Ley, bajo criterios de selectividad, los procedimientos precontractuales de las siguientes contrataciones:

(...)

3. Aquellas cuyo objeto sea la ejecución de actividades de comunicación social destinadas a la información de las acciones del Gobierno Nacional o de las Entidades Contratantes;

(Lo subrayado nos pertenece)

La entidad contratante al haber invitado directamente a un solo proveedor, sin la debida motivación, prescindió de la aplicación del procedimiento de selección de Régimen Especial de Comunicación Social, que garantiza los principios de contratación pública previstos en el artículo 288 de la Constitución de la República del Ecuador y en el artículo 4 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

De los hechos y normativa antes transcrita, se desprende que el ex Prefecto del Gobierno Provincial del Azuay, autorizó que el procedimiento de contratación de la referencia se efectúe por la modalidad de Régimen Especial Contratación Directa, invitando a la Diseñadora Gráfica Erika Daniela Bermeo González, para que presente su oferta fundamentado en una incorrecta aplicación del numeral 3 del artículo 89 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, puesto que en la documentación analizada no consta la adecuada justificación de la urgencia a la que se refiere la mencionada norma. En consecuencia, se contravino lo establecido en el artículo 90 de la norma ibídem, violentando los principios de seguridad jurídica y legalidad establecidos en los artículos 82 y 226 de la Constitución de la República del Ecuador y artículo 4 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Por lo tanto, no se encuentra justificación para acogerse al procedimiento de régimen especial de Comunicación Social de Contratación Directa utilizado por la entidad contratante. Por lo expuesto, **no se observó** la pertinencia del régimen jurídico invocado a los hechos determinados, incumpliendo lo dispuesto en los artículos 76 numeral 7 (1) de la Constitución de la República del Ecuador, al haberse prescindido de una debida motivación.

4.2. FASE PRECONTRACTUAL

Esta fase comprende:

(...) publicación del procedimiento en el Portal Institucional del Servicio Nacional de Contratación Pública; etapa de preguntas, respuestas y aclaraciones, modificaciones de condiciones contractuales o de pliegos; cancelación del procedimiento, etapa de recepción, apertura, convalidación de errores, verificación, y calificación de ofertas; informe de la comisión técnica o del delgado (sic); resolución y publicación de la adjudicación o decisión de procedimiento desierto; y todo acto que esté comprendido entre la convocatoria hasta la adjudicación o declaratoria de desierto del proceso de contratación¹⁰.

En el presente control, una vez analizados todos los aspectos de esta fase, se ha verificado la falta de publicación de documentación relevante, observación que será desarrollada en conjunto en la fase contractual.

4.3. FASE CONTRACTUAL

La fase contractual da lugar a la voluntad objetiva de la administración y a su exteriorización en un contrato, que se perfecciona en la forma que el derecho lo prevea. Esta etapa incluye:

¹⁰ Artículo 2, numeral 29, de la Codificación y Actualización de la Resolución emitida por el Servicio Nacional de Contratación Pública-SERCOP (Resolución No. RE-SERCOP-2016-0000072 de 31 de agosto de 2016).

(...) todas las actuaciones para cumplir con el contrato suscrito, registro en el Portal Institucional del Servicio Nacional de Contratación Pública, la administración de la ejecución contractual, incluidos los registro(sic) de entregas parciales en caso de haberlas, presentación y pago de planillas, según el objeto de contratación y las actas de entrega-recepción provisionales y definitivas, según corresponde, además de la liquidación de los contratos en cualquiera de sus formas y la finalización del procedimiento; y en el caso de ser pertinente la realización de órdenes de trabajo, órdenes de cambio y contratos complementarios cubriendo la totalidad de los eventos¹¹.

4.3.1. DOCUMENTOS RELEVANTES NO PUBLICADOS EN LAS FASES PREPARATORIA, PRECONTRACTUAL Y CONTRACTUAL.

BASE NORMATIVA:

- **Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública**

Art. 21.- PORTAL de COMPRASPUBLICAS. - El Sistema Oficial de Contratación Pública del Ecuador COMPRASPUBLICAS será de uso obligatorio para las entidades sometidas a esta Ley y será administrado por el Servicio Nacional de Contratación Pública.

(...)

La información relevante de los procedimientos de contratación se publicará obligatoriamente a través de COMPRASPUBLICAS”.

(Lo subrayado nos corresponde)

- **El Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública**, en el artículo 13, establece:

Art. 13.- Información relevante. - Para efectos de publicidad de los procedimientos de contratación en el Portal www.compraspublicas.gob.ec se entenderá como información relevante la siguiente:

(...)

5. Ofertas presentadas por los oferentes, con excepción de la información calificada como confidencial por la entidad contratante conforme a los pliegos;

(...)

11. Cronograma de pagos; y,

12. Actas de entrega recepción, o actos administrativos relacionados con la terminación del contrato.

¹¹ Artículo 2, numeral 30, *ibídem*.

13. En general, cualquier otro documento de las fases preparatoria, pre contractual, contractual, de ejecución o de evaluación que defina el SERCOP mediante resolución para la publicidad del ciclo transaccional de la contratación pública.

(Lo subrayado nos corresponde)

Art. 146.- Notificación de terminación unilateral del contrato.- La notificación prevista en el artículo 95 de la Ley se realizará también, dentro del término legal señalado, a los bancos o instituciones financieras y aseguradoras que hubieren otorgado las garantías establecidas en el artículo 73 de la Ley; para cuyo efecto, junto con la notificación, se remitirán copias certificadas de los informes técnico y económico, referentes al cumplimiento de las obligaciones de la entidad contratante y del contratista.

La declaración de terminación unilateral del contrato se realizará mediante resolución motivada emitida por la máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado, la que se comunicará por escrito al SERCOP, al contratista; y, al garante en el caso de los bancos o instituciones financieras y aseguradoras que hubieren otorgado las garantías establecidas en el artículo 73 de la Ley.

La resolución de terminación unilateral del contrato será publicada en el portal www.compraspublicas.gov.ec y en la página web de la entidad contratante e inhabilitará de forma automática al contratista registrado en el RUP. (...)

Art. 147.- Obligaciones de entidad contratante.- La entidad contratante ingresará al Portal www.compraspublicas.gov.ec la información relacionada con los contratos suscritos y los efectos derivados de los mismos, como sanciones, terminaciones anticipadas, unilaterales, cobro de garantías, dentro de un término máximo de cinco días luego de producido el hecho.

Art. 148.- Carácter de la información.- La información que conste en el Portal www.compraspublicas.gov.ec relacionada con los contratos, proveedores y entidades contratantes es pública y gratuita, a la que podrá acceder cualquier persona.

(Lo subrayado nos corresponde)

- **Resolución No. RE- SERCOP-2016-0000072 (Codificación y Actualización de las Resoluciones emitidas por el Servicio Nacional de Contratación Pública)**, en los artículos 8, 9 y 10, determinan:

Art. 8.- Obligación de Publicación. - Todas las entidades contratantes deberán publicar en el Portal Institucional del Servicio Nacional de Contratación Pública la información pertinente de todos los procedimientos precontractuales, salvo aquellos que no requieren de publicación de acuerdo con la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública o su Reglamento General.

(Lo subrayado nos corresponde)

Art. 9.- Fase preparatoria y precontractual. - En las fases preparatoria y precontractual de los procedimientos de contratación pública se publicará en el Portal Institucional del Servicio Nacional de Contratación Pública, los siguientes documentos considerados como relevantes:

(...)

9. Ofertas presentadas, salvo la información calificada como confidencial por la entidad contratante conforme al pliego;

(...)

16. Garantías presentadas antes de la firma del contrato;

(...)

Art. 10.- Fase contractual y de ejecución. - En la fase contractual y de ejecución de los procedimientos de contratación pública se publicarán en el Portal Institucional del Servicio Nacional de Contratación Pública los siguientes documentos considerados como relevantes:

1. Contrato suscrito entre la entidad contratante y el contratista, así como sus documentos habilitantes, de ser pertinente;

(...)

8. Garantías presentadas a la firma del contrato;

(...)

10. Cronogramas de ejecución de actividades contractuales y de pagos;

(...)

En el caso de que la entidad contratante pretenda terminar unilateralmente un contrato y previo a emitir la resolución correspondiente, deberá publicar la notificación efectuada al contratista concediéndole el término de diez (10) días para que justifique la mora o remedie el incumplimiento, junto con los informes económico y técnico referente al cumplimiento de las obligaciones de la entidad contratante y del contratista.

De no justificar o remediar el incumplimiento, la entidad contratante subirá al Portal Institucional del Servicio Nacional de Contratación Pública la resolución de terminación unilateral del contrato, así como la declaratoria de contratista incumplido, sin perjuicio de la notificación que deba efectuar al contratista.

En caso de terminar el contrato por mutuo acuerdo se publicará el documento correspondiente que avale dicha terminación.

Toda la información relacionada con la fase contractual y de ejecución deberá publicarse antes de finalizar el procedimiento en el Portal Institucional del Servicio Nacional de Contratación Pública.

Art. 11.- Documentos relevantes adicionales. - Los documentos señalados en esta Sección serán publicados en el Portal Institucional del Servicio Nacional de Contratación Pública de forma adicional a los señalados en la Sección precedente, de acuerdo al procedimiento de contratación pública utilizado y antes de finalizar el mismo.

Art. 17.- Régimen Especial. - Para los procedimientos de contratación pública bajo la modalidad de Régimen Especial, la entidad contratante deberá publicar en el Portal Institucional del Servicio Nacional de Contratación Pública, además de lo que fuere aplicable de los artículos precedentes, la siguiente información:

(...)

5. Cualquier otro documento relacionado con la contratación bajo este Régimen de los señalados en los artículos 9 y 10 de la presente Codificación.

OBSERVACIONES:

Revisado el portal institucional del Servicio Nacional de Contratación Pública, no constan publicados los siguientes documentos considerados relevantes, correspondientes a las fases preparatoria, precontractual y contractual:

- Oferta presentada por la oferente;
- Cronograma de: i) ejecución de actividades contractuales y ii) pagos;
- Garantía de buen uso del anticipo No. 0006613 presentada antes de la firma del contrato;
- Documentos habilitantes del Contrato descritos en su cláusula segunda (Los que acrediten la calidad de los comparecientes y su capacidad para celebrar el contrato y la oferta técnico económica presentada por la Contratista);
- Actuaciones administrativas relacionadas con la terminación unilateral del contrato (Notificaciones a Contratista, SWEADEN Compañía de Seguros S.A., previo y posterior a su emisión y SERCOP; Falta de publicación de la Resolución de Terminación Unilateral del Contrato en la página web de la Contratante).

4.3.2. INDEBIDA FORMA DE CÁLCULO DE LA MULTA.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en el artículo 71, inciso 2¹², dispone:

Art. 71.- Cláusulas Obligatorias. -
(...)

¹² Artículo reformado por el artículo 11, numeral 2, de la Ley Orgánica para la Reactivación Económica, Fortalecimiento de la Dolarización y Modernización de la Gestión Financiera, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 150 de 29 de diciembre de 2017.

Las multas se impondrán por retardo en la ejecución de las obligaciones contractuales conforme al cronograma valorado, así como por incumplimientos de las demás obligaciones contractuales, las que se determinarán por cada día de retardo; las multas se calcularán sobre el porcentaje de las obligaciones que se encuentran pendientes de ejecutarse conforme lo establecido en el contrato.

(El subrayado nos corresponde)

El contrato para la “PROVISIÓN DE PRODUCTOS Y MATERIALES COMUNICACIONALES QUE PERMITAN INFORMAR Y DIFUNDIR LOS PLANES, PROGRAMAS Y PROYECTOS QUE EJECUTA EL GOBIERNO PROVINCIAL DEL AZUAY EN EL ÁMBITO DE SUS COMPETENCIAS”, estipula en la Cláusula Décima, lo siguiente:

Cláusula Décima: MULTAS

10.01 .- Multas, por cada día de retardo o hecho suscitado en el normal cumplimiento del contrato, y lo siguiente: 1.- incumplimiento parcial o total de las obligaciones contractuales y legales, 2.- por incumplimiento en la ejecución total o parcial del objeto de este contrato, 3.- no acatar lo dispuesto en el proyecto, especificaciones técnicas y pliegos entregados por la entidad contratante; 4.- por no publicitar lo contratado según el cronograma establecido en los pliegos, 5.- no cumplir las disposiciones contractuales (plazo, actividades, presupuesto, etc.) así como las emanadas del administrador del contrato, 6.- incurrir en falta o insuficiencia de equipo, material, maquinaria o personal para la ejecución del contrato, 7.-retraso o incumplimiento en la ejecución publicitaria o entrega de productos según su cronograma y plazo contractual; 8.- No entregar los informes mensuales y final, la factura para su revisión y posterior pago en los términos establecidos, 9.- No presentar la documentación correspondiente en los plazos establecidos (factura, oficios de recepción, de cambios, de notificaciones y novedades que surjan en la ejecución del contrato) así como no notificar a la entidad contratante de manera correcta y por los medios idóneos, 10.-no obtener las aprobaciones de los entes de control y regulación para la ejecución de la publicidad contratada, 11.- no acatar las normas y actualizaciones que impongan los entes reguladores propios en la materia, 12.- Por incumplimiento de alguna de las obligaciones contraídas en este contrato, pliegos, y 13.-las demás determinadas en LOSNCP y su Reglamento., se aplicará la multa establecida en la LOSCNP y su reglamento general de acuerdo a la naturaleza del contrato; El porcentaje para el cálculo de las multas se deberá determinar dentro de la legalidad y razonabilidad, que implica la comprobación del hecho y la correlativa sanción, y no podrá ser menor al 1 por mil del valor total del contrato, por día de retraso o inconveniente generado.

Si la multa llegare a sobrepasar del 5% del total monto contractual quedara a criterio de la máxima autoridad de la entidad contratante el terminar el contrato unilateralmente o aplicar la multa previo informe del administrador del contrato, aunque la misma sobrepase el porcentaje determinado.

El Contratante podrá según la causa incurrida, retener al contratista el valor de la multa impuesta directamente del respectivo pago, (factura).

En caso de incumplimientos, se aplicará la disposición contenida en el Art. 71 de la LOSNCP. Por cada día de retardo, se aplicará la multa del 1 por mil (1%) del valor del contrato.

(El subrayado nos corresponde)

OBSERVACIONES:

En la Cláusula Décima del contrato, referida a la multa, esta se calcula en base al valor total del contrato y no sobre el porcentaje de las obligaciones que se encuentran pendientes de ejecutarse, por lo que se **inobservó** lo dispuesto el artículo 71, inciso segundo de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

VII. CONCLUSIONES

Del control legal efectuado a las fases preparatoria, precontractual y contractual, se concluye lo siguiente:

- 7.1. La Resolución de inicio, si bien menciona la norma jurídica, no enuncia en forma adecuada los fundamentos de hecho, tampoco establece los criterios objetivos de selección de la oferente adjudicada; utiliza la excepción sin justificar la urgencia, sin explicar la pertinencia normativa a los antecedentes de hecho sobre los que se ampara, por lo que carece de la debida motivación exigida en el artículo 76 numeral 7 letra l) de la Constitución de la República, incumpliendo los principios de seguridad jurídica y legalidad establecidos en sus artículos 82 y 226 y artículo 4 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.
- 7.2. La entidad contratante no publicó todos los documentos considerados relevantes generados dentro de las fases preparatoria, precontractual y contractual, por lo que inobservó los artículos 21 (incisos primero y cuarto) y 95 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; los artículos 13 (numerales 5, 11, 12 y 13) y 146 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; artículos 9 (2, 9 y 16), 10 (1, 8 y 10) inciso segundo, 11 y 17 de la Resolución No. RE-SERCOP-2016-0000072 de 31 de agosto de 2016 del Servicio Nacional de Contratación Pública y conculcó los principios de legalidad, publicidad y transparencia.
- 7.3. En relación a la multa, se inobservó lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 71 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en

concordancia con el artículo 82 de la Constitución de la República que consagra el principio de seguridad jurídica.

VIII. RECOMENDACIONES

A la Prefecta del Gobierno Provincial del Azuay y demás servidores que participan en los procedimientos de contratación, se recomienda:

- 8.1.** Todo acto administrativo además de enunciar la normativa jurídica en que se fundamenta, deberá precisar de forma clara, detallada, motivada y oportuna, la relación de causalidad entre los antecedentes de hecho, el derecho aplicable y los justificativos que le permiten acogerse a un determinado procedimiento y selección del proveedor, de ser el caso, contando necesariamente con base en los correspondientes informes (técnico, económico o jurídico).
- 8.2.** Publicar inmediatamente toda la información relevante de este procedimiento, en el portal institucional de SERCOP www.compraspublicas.gob.ec; además, para los próximos procedimientos, publicitar la información relevante dentro de las etapas y términos correspondientes, conforme lo establecido en el artículo 21 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 13 de su Reglamento General de aplicación; así como lo dispuesto en los artículos 9 y 20 de la Resolución No. RE-SERCOP-2016-0000072 de 31 de agosto de 2016, en atención a los principios de oportunidad, transparencia y publicidad, usando las herramientas informáticas provistas por el Sistema Oficial de Contratación Pública, a fin de evitar los incumplimientos ocurridos en el presente proceso sujeto a control, producidos en las fases preparatoria, precontractual y contractual.
- 8.3.** La entidad aplicará los principios establecidos en el artículo 4 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, observando el procedimiento exigido para cada contratación considerando las normas vigentes, en las fases preparatoria, precontractual y contractual.
- 8.4.** Formar y mantener un expediente físico y digital por cada procedimiento de contratación, en el que conste toda la documentación generada en sus diversas etapas, a fin de que cuando dicha documentación sea requerida por este organismo de control o cualquier otro, sea remitida oportunamente, en virtud del deber de coordinación entre las instituciones del Estado.

Las recomendaciones emitidas en el presente informe de control deberán ser aplicadas obligatoriamente por el Gobierno Provincial del Azuay en el presente procedimiento, en lo que sea pertinente y en los casos futuros. La máxima autoridad en el término de 10 días deberá informar a la Procuraduría General del Estado sobre las acciones adoptadas para el efecto.

Los resultados del procedimiento son responsabilidad de los servidores que han intervenido en esta contratación, de conformidad con los artículos 233 de la Constitución de la República del Ecuador, 99 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y 53 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.

Este informe de control legal se circunscribe a la verificación del cumplimiento de los requisitos constitucionales, legales, reglamentarios y contractuales en las fases preparatoria, precontractual y contractual. Las condiciones técnicas y económicas no son materia de análisis, al estar fuera del ámbito de competencia del control legal que la Procuraduría General del Estado ejerce en cumplimiento de las disposiciones de la Constitución de la República del Ecuador y de la ley.

Atentamente,

Dr. Diego Regalado Almeida
SUBPROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

Elaborado por:

Revisado por:

Abg. Alexander Miranda S.
**ABOGADO ESPECIALISTA DE
CONTRATACIÓN ESPECIAL 2**

Abg. Vanessa del Pozo López
**SUBDIRECTORA DE
CONTRATACIÓN PÚBLICA
ENCARGADA**

Aprobado por:

Dr. Wladimir García Vinuesa
**DIRECTOR NACIONAL DE CONTROL DE LA LEGALIDAD
DE CONTRATOS**