

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Postgrados

**La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su
Incidencia en el Cumplimiento de los Principios que Rigen la
Contratación Pública**

Marco Landázuri Álvarez

Edgar Neira Orellana, Dr., Director de Tesis

Tesis de grado presentada como requisito para la obtención del título de
Magíster en Derecho Administrativo

Quito, 13 de octubre de 2014

**Universidad San Francisco de Quito
Colegio de Postgrados**

HOJA DE APROBACIÓN DE TESIS

**La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su
Incidencia en el Cumplimiento de los Principios que Rigen la
Contratación Pública**

Marco Landázuri Álvarez

Edgar Neira Orellana, Dr.
Director de Tesis

Marco Morales Andrade, Dr.
Miembro del Comité de Tesis

Juan Pablo Aguilar Andrade, Dr.
Miembro del Comité de Tesis

Javier Robalino Orellana, Dr., LL.M,
Director de la Maestría

Luis Parraguez, Dr.
Decano del Colegio de Jurisprudencia

Víctor Viteri B., Ph.D.
Decano del Colegio de Postgrados

Quito, 13 de octubre de 2014

© Derechos de Autor

Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en dicha Política.

De igual manera, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Firma:

Nombre: Marco Vinicio Landázuri Álvarez

C.I.: 1705664470

Fecha: Quito, 13 de octubre de 2014

Resumen

Históricamente la Contratación Pública ha representado uno de los grandes desafíos de los gobiernos, puesto que, en ella confluyen una serie de factores que la hacen especialmente compleja: Por un lado la necesidad de los gobiernos de contratar obras, bienes y servicios necesarios para su funcionalidad, pero sobre todo para atender las necesidades de los habitantes de su país, especialmente aquellas que demandan ingentes inversiones y están destinadas a la prestación de servicios públicos; por otra parte, el cumplimiento de los principios de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia y publicidad, que garanticen la participación en igualdad de condiciones de todos los proveedores, así como la óptima utilización de los recursos públicos; y, finalmente la necesidad de fomentar el desarrollo de los países, a través de la participación nacional.

En el Ecuador, el asunto se vuelve aún más complejo, por la gran cantidad de necesidades no satisfechas de la población, que demandan la contratación de obras, bienes y servicios por parte del gobierno y sus organismos e instituciones centrales y autónomas, la falta o limitación de recursos y sobre todo los altos índices de corrupción que lamentablemente siempre han estado presentes en la contratación pública.

Esta situación ha motivado que en la historia reciente del Ecuador, se hayan dictado una serie de normas y leyes que han tenido como objetivo regular adecuadamente la contratación pública, estableciendo marcos rígidos de aplicación obligatoria y general, a la par que, aunque parezca contradictorio, con igual o mayor intensidad, se han realizado toda clase de esfuerzos por eludir el sometimiento a las normas antes señaladas, por considerarlas tortuosas o inconvenientes a los intereses institucionales, recurriendo para ello a una serie de arbitrios, que lo único que han logrado es confundir y complicar más el panorama, tanto para los funcionarios públicos a cargo de las contrataciones, los oferentes y contratistas, como para los organismos de control.

Es importante revisar la evolución de la legislación relacionada con la contratación pública en el Ecuador, hasta llegar a la actual Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública que es analizada detenidamente, para finalizar incluyendo comentarios y recomendaciones.

Abstract

Historically the Public Procure has represented one of the great challenges of the governments, since, in it a series of factors comes together that make it specially complex: On the one hand the necessity of the governments to contract necessary facilities, goods and services for their functionality, but mainly to take care of the necessities of their inhabitants, especially those that demand enormous investments and are destined to the benefit of services public; on the other hand, the fulfillment of the legality principles, right treatment, equality, quality, technological use, opportunity, concurrence, transparency and publicity, that guarantee the participation in equality of conditions of all the suppliers, as well as the optimal use of the resources public; and, finally the necessity to foment the development of the States, through the national participation.

In Ecuador, the subject becomes complex still more, by the great amount of necessities no satisfied with the population, that demand the procure of facilities, goods and services on the part of the government and its organisms and central and independent institutions, the lack or limitation of resources and mainly the high indices of corruption that lamentably always have been present in the public procure.

This situation has motivated that in the nearly history of Ecuador, has dictated series of norms and laws that has had like regular objective suitably the public procure, establishing marks rigid of application obligatory and general, on a par that, although it seems contradictory, with equal or greater intensity, has been made all class of efforts to elude the submission to the norms before indicated, to consider them winding or inconvenient to the institutional interests, resorting for it to a series of wills, that the only thing which they have obtained is to as much confuse and to complicate plus the panorama, for the officials government in charge of the hiring's, the offerers and contractors, like stops the control organisms.

In any case it is important to review the evolution of the legislation related to the public procure in Ecuador, until arriving at the present Statutory law of the National System of Public procure, where we will stop in a more extensive analysis, including commentaries and recommendations.

INDICE

| | |
|--|----|
| Resumen | 5 |
| Abstract | 6 |
| INDICE | 7 |
| INTRODUCCIÓN | 11 |
| CAPÍTULO I | 14 |
| GENERALIDADES | 14 |
| 1.1 LOS CONTRATOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA | 14 |
| 1.2 EL CONTRATO ADMINISTRATIVO | 17 |
| 1.3 PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA | 19 |
| 1.4 RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL | 24 |
| 1.5 ELEMENTOS DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS | 25 |
| CAPÍTULO II | 41 |
| 2.1 LEY DE LICITACIONES Y CONCURSO DE OFERTAS (1974) | 41 |
| 2.1.1 GENERALIDADES | 41 |
| Esta fue la primera normativa de carácter generalmente obligatorio, relacionada con la Contratación Pública, que rigió en Ecuador, promulgada mediante Decreto Supremo No. 128 de 30 de enero de 1974, publicado en el Registro Oficial No. 486 de 04 de febrero de 1974, mismo que posteriormente sufrió varias reformas, a saber: Decretos Supremos No. 878 y No. 416, publicados en los Registros Oficiales No. 629 de 02 de septiembre de 1974 y No. 416 de 22 de mayo de 1975. | 41 |
| 2.1.2 DE LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN | 46 |
| 2.1.3 DE LA CONTRATACIÓN | 51 |
| 2.2 LEY DE LICITACIONES Y CONCURSO DE OFERTAS (1976) | 53 |
| 2.2.1 GENERALIDADES | 53 |
| 2.2.2 PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN | 57 |
| 2.2.3 DE LA CONTRATACIÓN | 58 |
| 2.3 LEY DE CONSULTORÍA (1989) CODIFICACIÓN (2004) | 60 |
| 2.3.1 GENERALIDADES | 60 |
| 2.3.2 DE LA CONTRATACIÓN | 61 |
| 2.4 LEY DE CONTRATACIÓN PÚBLICA (1990) CODIFICACIÓN (2001) . | 62 |
| 2.4.1 GENERALIDADES | 62 |
| 2.4.2 PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN | 63 |
| 2.4.3 DE LA CONTRATACIÓN | 65 |
| CAPÍTULO III | 70 |
| 3.1 LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA (LOSNCP) | 70 |
| 3.1.1 ASPECTOS RELEVANTES | 71 |
| 3.1.1.1 OBJETO | 71 |
| 3.1.1.2 ÁMBITO | 71 |
| 3.1.1.3 OBJETIVOS DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA ⁷⁴ | 74 |
| 3.1.1.4 SERVICIO NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA | 76 |
| 3.1.1.4.1 ATRIBUCIONES: | 76 |
| 3.1.1.5 REGISTRO ÚNICO DE PROVEEDORES (RUP) | 78 |
| 3.1.1.5.1 OBTENCIÓN DEL RUP | 78 |

| | | |
|--------------|--|-----|
| 3.1.1.5.2 | BENEFICIOS DEL RUP..... | 79 |
| 3.1.1.5.2.1 | PARA LAS ENTIDADES CONTRATANTES: | 79 |
| 3.1.1.5.2.2 | PARA LOS PROVEEDORES:..... | 80 |
| 3.1.1.6 | PORTAL DE COMPRAS PÚBLICAS..... | 80 |
| 3.1.1.6.1 | PUBLICACIONES DEL PORTAL..... | 81 |
| 3.1.1.7 | PLAN ANUAL DE CONTRATACIÓN (PAC) | 82 |
| 3.1.1.8 | ESTUDIOS: | 82 |
| 3.1.1.9 | PRESUPUESTO:..... | 83 |
| 3.1.1.10 | PARTICIPACIÓN NACIONAL:..... | 83 |
| 3.1.1.11 | CONTRATACIÓN PREFERENTE..... | 84 |
| 3.1.1.12 | ASOCIACIÓN PARA OFERTAR..... | 86 |
| 3.1.1.13 | CONSULTORÍA EXTRANJERA | 87 |
| 3.1.1.14 | MODELOS OBLIGATORIOS..... | 87 |
| 3.1.1.15 | COMPRAS CORPORATIVAS | 88 |
| 3.1.1.16 | VIGENCIA DE LA OFERTA | 88 |
| 3.1.1.17 | ESTUDIO DE DESAGREGACIÓN TECNOLÓGICA | 89 |
| 3.1.1.18 | DIVULGACIÓN E INSCRIPCIÓN,..... | 89 |
| 3.1.1.19 | PREGUNTAS Y ACLARACIONES | 90 |
| 3.1.1.20 | COMISIÓN TÉCNICA..... | 90 |
| 3.1.1.21 | ADJUDICACIÓN..... | 92 |
| 3.1.1.22 | DECLARATORIA DE PROCEDIMIENTO DESIERTO | 92 |
| 3.1.1.23 | CANCELACIÓN DEL PROCEDIMIENTO | 93 |
| 3.1.1.24 | ADJUDICATARIOS FALLIDOS..... | 94 |
| 3.1.1.25 | EXPEDIENTE DEL PROCESO DE CONTRATACIÓN..... | 94 |
| 3.1.1.26 | PROCEDIMIENTOS DINÁMICOS..... | 95 |
| 3.1.1.26.1 | CATÁLOGO ELECTRÓNICO | 95 |
| 3.1.1.26.2 | SUBASTA INVERSA | 96 |
| 3.1.1.26.3 | BIENES Y SERVICIOS NORMALIZADOS | 98 |
| 3.1.1.27 | PROCEDIMIENTOS COMUNES..... | 99 |
| 3.1.1.27.1 | LICITACIÓN | 100 |
| 3.1.1.27.2 | COTIZACIÓN..... | 103 |
| 3.1.1.27.3 | MENOR CUANTÍA | 104 |
| 3.1.1.28 | OTROS PROCEDIMIENTOS | 106 |
| 3.1.1.28.1 | ÍNFIMA CUANTÍA..... | 106 |
| 3.1.1.28.2 | FERIAS INCLUSIVAS..... | 107 |
| 3.1.1.29 | PROCEDIMIENTOS ESPECIALES..... | 108 |
| 3.1.1.29.1 | CONTRATACIÓN INTEGRAL POR PRECIO FIJO..... | 108 |
| 3.1.1.29.2 | CONTRATACIONES EN SITUACIONES DE EMERGENCIA.. | 110 |
| 3.1.1.29.3 | ADQUISICIÓN DE BIENES INMUEBLES..... | 111 |
| 3.1.1.29.4 | ARRENDAMIENTO DE BIENES INMUEBLES..... | 112 |
| 3.1.1.30 | CONTRATACIÓN DE CONSULTORÍA | 113 |
| 3.1.1.30.1 | MONTOS Y TIPOS DE CONTRATACIÓN..... | 116 |
| 3.1.1.30.1.1 | CONTRATACIÓN DIRECTA | 116 |
| 3.1.1.30.1.2 | LISTA CORTA | 117 |
| 3.1.1.30.1.3 | CONCURSO PÚBLICO | 118 |
| 3.1.1.31 | RÉGIMEN ESPECIAL..... | 120 |
| 3.1.1.31.1 | DISPOSICIONES GENERALES | 121 |
| 3.1.1.31.2 | ADQUISICIÓN DE FÁRMACOS | 122 |
| 3.1.1.31.2.1 | DISPOSICIONES GENERALES | 122 |

| | | |
|---------------|--|-----|
| 3.1.1.31.2.2 | SUBASTA INVERSA..... | 123 |
| 3.1.1.31.2.3 | PROCEDIMIENTO ESPECIAL PARA SUBASTA INVERSA CORPORATIVA..... | 123 |
| 3.1.1.31.2.4 | PROCEDIMIENTO ESPECIAL PARA SUBASTA INVERSA INSTITUCIONAL..... | 124 |
| 3.1.1.31.2.5 | PROCEDIMIENTO COMÚN PARA SUBASTAS INVERSAS ... | 125 |
| 3.1.1.31.2.6 | CONTRATACIÓN DIRECTA | 128 |
| 3.1.1.31.2.7 | ADQUISICIÓN A TRAVÉS DE ORGANISMOS INTERNACIONALES..... | 129 |
| 3.1.1.31.2.8 | ADQUISICIÓN DE MEDICAMENTOS ESPECIALES | 129 |
| 3.1.1.31.3 | SEGURIDAD INTERNA Y EXTERNA..... | 129 |
| 3.1.1.31.4 | COMUNICACIÓN SOCIAL..... | 130 |
| 3.1.1.31.4.1 | CONTRATACIÓN DIRECTA | 131 |
| 3.1.1.31.4.2 | PROCESO DE SELECCIÓN | 132 |
| 3.1.1.31.5 | ASESORÍA Y PATROCINIO JURÍDICO | 133 |
| 3.1.1.31.6 | OBRA ARTÍSTICA, LITERARIA O CIENTÍFICA..... | 134 |
| 3.1.1.31.7 | REPUESTOS O ACCESORIOS..... | 135 |
| 3.1.1.31.8 | BIENES ÚNICOS EN EL MERCADO O PROVEEDOR ÚNICO | 136 |
| 3.1.1.31.9 | TRANSPORTE DE CORREO INTERNO E INTERNACIONAL | 137 |
| 3.1.1.31.9.1 | CONTRATOS DE CORREOS DEL ECUADOR..... | 137 |
| 3.1.1.31.9.2 | CORREOS RÁPIDOS O COURIER | 137 |
| 3.1.1.31.10 | CONTRATOS ENTRE ENTIDADES PÚBLICAS O SUS SUBSIDIARIAS | 138 |
| 3.1.1.31.11 | CONTRATACIONES CON EMPRESAS PÚBLICAS INTERNACIONALES..... | 140 |
| 3.1.1.31.12 | INSTITUCIONES FINANCIERAS Y DE SEGUROS DEL ESTADO | 140 |
| 3.1.1.31.12.1 | CONTRATACIONES DEL GIRO ESPECÍFICO DE SU NEGOCIO | 140 |
| 3.1.1.31.12.2 | CONTRATACIONES DISTINTAS AL GIRO ESPECÍFICO DEL NEGOCIO | 141 |
| 3.1.1.31.12.3 | EMPRESAS MERCANTILES DEL ESTADO Y SUBSIDIARIAS | 141 |
| 3.1.1.31.12.4 | GIRO ESPECÍFICO DEL NEGOCIO | 142 |
| 3.1.1.31.12.5 | ACTIVIDADES DIFERENTES AL GIRO ESPECÍFICO DEL NEGOCIO | 143 |
| 3.1.1.31.12.6 | SECTORES ESTRATÉGICOS | 143 |
| 3.1.1.31.12.7 | CONTRATACIÓN DE SEGUROS | 144 |
| 3.1.1.32 | ASPECTOS CONTRACTUALES RELEVANTES..... | 144 |
| 3.1.1.32.1 | REQUISITOS Y FORMA DE LOS CONTRATOS | 145 |
| 3.1.1.32.2 | INHABILIDADES GENERALES | 147 |
| 3.1.1.32.3 | INHABILIDADES ESPECIALES | 148 |
| 3.1.1.32.4 | CONTRATOS CELEBRADOS CONTRA EXPRESA PROHIBICIÓN..... | 149 |
| 3.1.1.32.5 | NULIDAD DEL CONTRATO | 149 |
| 3.1.1.32.6 | MULTAS POR INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES | 150 |
| 3.1.1.32.7 | RESPONSABILIDADES | 151 |
| 3.1.1.32.8 | ADMINISTRACIÓN DE LOS CONTRATOS | 151 |
| 3.1.1.32.9 | GARANTÍAS | 152 |

| | | |
|---------------------------|---|-----|
| 3.1.1.32.9.1 | DE FIEL CUMPLIMIENTO..... | 152 |
| 3.1.1.32.9.2 | DE BUEN USO DEL ANTICIPO | 152 |
| 3.1.1.32.9.3 | GARANTÍA TÉCNICA PARA CIERTOS BIENES | 153 |
| 3.1.1.32.9.4 | DEVOLUCIÓN DE GARANTÍAS..... | 153 |
| 3.1.1.32.10 | RECEPCIONES..... | 154 |
| 3.1.1.32.10.1 | RECEPCIÓN DEFINITIVA..... | 154 |
| 3.1.1.32.10.2 | CONTENIDO DE LAS ACTAS DE ENTREGA RECEPCIÓN . | 155 |
| 3.1.1.32.11 | CONTRATOS COMPLEMENTARIOS..... | 155 |
| 3.1.1.32.11.1 | OBRAS Y SERVICIOS COMPLEMENTARIOS | 155 |
| 3.1.1.32.11.2 | CREACIÓN DE RUBROS NUEVOS..... | 156 |
| 3.1.1.32.11.3 | NORMAS COMUNES A LOS CONTRATOS COMPLEMENTARIOS | 156 |
| 3.1.1.32.11.4 | DIFERENCIA EN CANTIDADES DE OBRA | 157 |
| 3.1.1.32.11.5 | ORDENES DE TRABAJO | 157 |
| 3.1.1.32.12 | TERMINACIÓN CONTRACTUAL..... | 158 |
| 3.1.1.32.13 | RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA | 159 |
| 3.1.1.32.14 | SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS: | 162 |
| 3.1.1.32.15 | SEDE JUDICIAL | 163 |
| CAPÍTULO IV | | 164 |
| 4.1 | CONCLUSIONES..... | 164 |
| 4.2 | RECOMENDACIONES..... | 166 |
| 4.2.1 | CONTROL CONCURRENTES POR PARTE DEL SERCOP | 166 |
| 4.2.2 | NORMALIZACIÓN DE LOS BIENES | 167 |
| 4.2.3 | AMPLIAR LA COBERTURA DEL CATALOGO ELECTRÓNICO | 167 |
| 4.2.4 | RECLAMOS ADMINISTRATIVOS | 168 |
| 4.2.5 | ESTANDARIZACIÓN DE LOS CRITERIOS DE CALIFICACIÓN | 169 |
| BIBLIOGRAFÍA BÁSICA | | 169 |

INTRODUCCIÓN

Al hablar de contratación pública, inmediatamente vienen a nuestra mente grandes obras de infraestructura ejecutadas por el Estado o aquellas que por el contrario nunca se han llevado a cabo, a pesar de su importancia y necesidad. Simultáneamente o primeramente, también tenemos presente las incontables denuncias de negociados que ocupan titulares y primeras planas de la prensa escrita y espacios en radio y televisión. Pero la contratación pública en realidad no solo trata de la ejecución de grandes obras, sino por el contrario, mayoritariamente se refiere a la contratación de toda clase de obras menores, bienes y servicios necesarios para satisfacer requerimientos básicos de la población y también para el funcionamiento operativo del Estado y sus instituciones.

Entendido este panorama, se explica el porqué de la complejidad de la contratación pública, pues por un lado está el interés del Estado y sus instituciones en realizar las obras, adquirir los bienes u obtener la prestación de servicios objeto de la contratación, en las condiciones técnicas y económicas más favorables al interés colectivo, sumado a la necesidad de generación de empleo y dinamización de la economía a través de este medio, por otro lado está la colectividad, interesada en recibir las obras que permitan satisfacer sus legítimas aspiraciones, a lo cual se complementa el interés de los contratistas en realizar la obra, entregar los bienes o prestar los servicios y lucrar con ello; y, en general el interés del Estado y sus instituciones, la colectividad y de los contratistas, de que el uso de los recursos públicos sea transparente, efectivo y apegado a la Ley. Influyen también factores externos que pueden ser intereses políticos, económicos e incluso personales de quienes de una u otra forma se pueden ver beneficiados o perjudicados con la contratación y ejecución de tal o cual obra, bien o servicio por parte del Estado.

Vista la trascendencia del tema, cobra suma importancia la normativa legal que permite al Estado y sus instituciones contratar los bienes, obras y servicios, de tal manera que se garantice el cumplimiento de los principios que rigen la Contratación Pública, esto es legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad y participación nacional, todos ellos inciden en la correcta disposición del patrimonio estatal, un trato igualitario para los particulares que comercian con la Administración pública y una eficaz defensa de los intereses colectivos.

Tradicionalmente, la licitación ha sido el mecanismo mayormente utilizado, por considerarlo el más idóneo, completo y el que en definitiva brinda mayores garantías a la Administración pública y así lo ha recogido históricamente nuestra legislación, hasta la entrada en vigencia de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que viene a trastocar dicha visión e introduce nuevos procedimientos dinámicos de contratación, dejando a la licitación como un mecanismo excepcional en lo que se refiere a la adquisición de bienes y servicios, aunque continua siendo el mecanismo principal para la contratación de obras.

Ha sido una constante en todos los sectores involucrados con la contratación pública un sentimiento generalizado de malestar en relación a la complejidad de los procedimientos de contratación previstos en las leyes que se han ido sucediendo a lo largo de los años, por cuanto a juicio de los diferentes actores, estos se han convertido en verdaderos obstáculos para cualquier contratación de carácter público, siendo excesivamente engorrosos sin cumplir su objetivo principal, el de garantizar el correcto uso de los recursos públicos, por el contrario lo que si se ha dado es el postergamiento, en ocasiones perenne en la contratación de bienes,

obras o servicios, requeridos por las diferentes comunidades e inclusive para el desarrollo integral del país, con el consiguiente perjuicio económico y social.

Esta situación ha provocado que a lo largo las últimas décadas, se ensayen una serie de artilugios jurídicos que permitan a la Administración pública salirse de la camisa de fuerza que se ha considerado constituía la normativa legal relacionada con la contratación pública, bajo el supuesto de buscar eficiencia y agilidad, pero que en la práctica se prestó para el uso indiscriminado y por qué no decirlo el abuso de los recursos públicos, sin controles eficaces.

Este fenómeno, cabe mencionar, no ha sido propio ni exclusivo del Ecuador, sino que se ha presentado en diferentes partes del mundo, habiendo sido objeto de estudios y discusiones interminables, bajo la denominación de la huida del derecho administrativo, que por cierto no solo involucra a la normativa legal referente a la contratación pública, sino en general al derecho administrativo.

En este contexto, es pertinente realizar un estudio respecto de la Contratación Pública en el Ecuador, repasando primero los conceptos y fundamentos universales de la Contratación Administrativa, para inmediatamente adentrarnos en la evolución normativa en Ecuador, hasta llegar a la presente Ley Orgánica del sistema Nacional de Contratación Pública, en la que se realiza un análisis sucinto de su contenido haciendo énfasis en su incidencia en el cumplimiento de los principios que rigen la Contratación Pública, los problemas existentes y alternativas de solución a manera de conclusiones y recomendaciones.

CAPÍTULO I

GENERALIDADES

1.1 LOS CONTRATOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La actividad contractual de la Administración pública es tan intensa y variada como la actividad contractual privada; compra y vende servicios, adquiere y enajena bienes muebles e inmuebles, construye obras, forma sociedades, en fin realiza toda clase de operaciones comerciales a través de sus diversos organismos e instituciones.

*“El Contrato Administrativo, determina recíprocamente atribuciones y obligaciones con efectos jurídicos propios, directos e inmediatos (a diferencia de los simples Actos de la Administración) y de manera individual para cada una de las partes (por oposición a los reglamentos, que producen efectos jurídicos generales) Es una declaración de voluntad común. En el sentido de que se requiere la voluntad concurrente del Estado (manifestada a través de un órgano estatal) o de otro ente en ejercicio de la función administrativa, por una parte, y de un particular u otro ente público (estatal o no estatal), por otra. Es un acto bilateral que emana de la manifestación de voluntad coincidente de las partes. En tanto es una declaración volitiva, no una actuación material, difiere del hecho de la Administración, y en cuanto importa una concurrencia bilateral de voluntades se distingue del acto administrativo, que por esencia es unilateral”.*¹

¹ BIELSA, RAFAEL: Estudios de Derecho Público, Tomo IV, Depalma, Bs. As. 1962.

Tradicionalmente, la doctrina ha reconocido la existencia de contratos administrativos y contratos privados de la Administración, Gonzalo Salguero Basto dice: *"La Administración celebra actos plurilaterales en los que participan los distintos órganos de la Administración en la que ésta se vincula directamente con los particulares, generando los contratos de la Administración, que unos casos serán de derecho público y que se denominarán contratos administrativos y otros de derecho puramente privado"*.²

Por su parte Manuel María Diez dice lo siguiente: *"La Administración pública actúa para la satisfacción de los intereses generales y con este propósito dicta actos unilaterales (actos administrativos) Pero también celebra convenios a los efectos de satisfacer los intereses generales. Estos convenios son los que llamamos contratos de la Administración. La Administración en este sentido puede realizar, ya sea contratos civiles, ya verdaderos contratos administrativos"*.³

El español profesor Mariano Gómez González, define el contrato administrativo como: *"Son administrativos, todos aquellos contratos en que interviene la Administración, legalmente representada, y tienen por objeto la ejecución de una obra o servicio público, ya sea en interés general del Estado, de la Provincia o del Municipio"*.⁴

El renombrado profesor francés León Duguit, fundador de la llamada escuela del servicio público, afirma: *"No hay diferencia en cuanto al fondo, entre un contrato civil y otro administrativo, lo que da un contrato el carácter administrativo y fundamenta la competencia"*

2 Salguero Basto Gonzalo, "CONTRATOS ADMINISTRATIVOS".

3 Diez Manuel María, "DERECHO ADMINISTRATIVO", Tomo II.

4 Gómez González, Mariano, "Concesiones administrativas", Enciclopedia Jurídica Española, Barcelona, Francisco Seix-Editor.

*de los tribunales administrativos, es la finalidad del servicio público en vista de la cual se celebra”.*⁵

Para el profesor argentino Manuel María Díez, el contrato administrativo *“es una declaración de voluntad común de un órgano de la Administración pública que actúa por el procedimiento de gestión pública y de un particular, destinada a regular relaciones jurídicas patrimoniales”.*

En México, el profesor Alfonso Nava Negrete define con claridad y brevedad: *“El contrato administrativo, es el contrato que celebra la Administración pública con los particulares con el objeto directo de satisfacer un interés general, cuya gestación y ejecución se rigen por procedimientos de derecho público”.*⁶

A manera de colofón, podríamos decir que contratos administrativos, son los celebrados entre un particular o varios, y la Administración pública en ejercicio de una función administrativa, con sujeción a un régimen exorbitante del derecho privado. En consecuencia, los contratos celebrados entre particulares no pueden ser administrativos; los contratos celebrados entre personas de derecho público del propio Estado tampoco son, en rigor, administrativos; por cuya razón, la doctrina los reconoce como Inter-administrativos; tampoco son administrativos los celebrados por personas de derecho público, sin implicar el ejercicio de la función administrativa, sin satisfacer el interés público o sin sujetarse a un régimen exorbitante del derecho privado.

⁵ Duguit, León, Las transformaciones del derecho, trad. Adolfo y Carlos Posada, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1977.

⁶ Díez, Manuel María, Derecho administrativo, Buenos Aires, Bibliográfica Ameba, 1965. El Acto administrativo, 2ª ed., Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1961.

1.2 EL CONTRATO ADMINISTRATIVO

La discusión respecto al contrato administrativo, no se limita a la pretendida distinción con el contrato privado de la Administración, sino que va más allá, puesto que también se cuestiona la existencia misma del contrato administrativo y su naturaleza jurídica. Existen dos teorías sobre este particular:

La teoría negativa, que niega la existencia de los contratos administrativos y los considera simples actos administrativos, así lo señala Manuel María Díez: *"La teoría alemana se opuso a la idea del contrato administrativo, estableciendo que éste, en sentido propio, es inaplicable en derecho administrativo y los que se llaman contratos son, en realidad, actos administrativos que pueden resultar eficaces únicamente con el consentimiento del interesado"*.⁷

En la corriente de la teoría positiva, que los acepta, uno de sus exponentes el autor Gonzalo Salguero Basto señala: *"Frente a las teorías que niegan la existencia del contrato administrativo existen otras que reconocen en forma categórica la existencia de éste y sostienen que responden a una necesidad de la Administración"*.⁸

En la actualidad, la tesis de la existencia del contrato administrativo es mayoritaria en la doctrina, lo cual es comprensible dado la imperiosa necesidad de contratar que tiene la Administración pública.

⁷ Díez Manuel María, "DERECHO ADMINISTRATIVO", Tomo II.

⁸ Salguero Basto Gonzalo, "CONTRATOS ADMINISTRATIVOS".

Dromi define como contrato administrativo: *"Un acto de declaración de voluntad común, productor de efectos jurídicos, entre un órgano estatal en ejercicio de la función administrativa y un particular u otro ente público estatal o no"*.⁹ Esta es la definición que adopta el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva que rige en Ecuador desde marzo de 1994.

La enciclopedia jurídica Omeba señala: *"Contrato administrativo es el celebrado entre la Administración pública y un particular o entre dos órganos administrativos con personalidad de Derecho público"*.¹⁰

Por su parte Salguero Basto lo define como: *"Aquel contrato celebrado por la Administración pública, con una finalidad de intereses públicos y en los cuales pueden existir cláusulas exorbitantes de derecho privado, que coloquen al contratante de la Administración pública en una situación de subordinación respecto de ésta"*.¹¹

Los dos primeros conceptos obedecen a un criterio subjetivo, donde el solo hecho de la participación de la Administración pública, le da el carácter de administrativo a un contrato, criterio que como vimos anteriormente es seguido por nuestra legislación; mientras que el último si bien también es subjetivo, adicionalmente contempla otras condiciones que obedecen principalmente a la distinción entre contrato administrativo y contrato privado de la Administración que examinamos con anterioridad.

9 Dromi José Roberto, "LA LICITACIÓN PÚBLICA", Tomo I.

10 Bibliografía Omeba, "ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA", Tomo IV.

11 Salguero Basto Gonzalo, "CONTRATOS ADMINISTRATIVOS".

1.3 PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

Brevemente haré referencia a los principios que doctrinalmente diferentes autores conciben respecto de la contratación administrativa, sin perjuicio de la remisión a los que son propios del procedimiento de licitación pública y el procedimiento administrativo común.

En la obra de Vicente Gimeno Sendra, Moreno Catena Victos y Sala Sánchez Pascual, se hace referencia a los siguientes:

FLEXIBILIDAD.- Mediante este principio, se pretende desterrar la rigidez, implica reconocer el hecho de la imposibilidad de prever todas las situaciones y reglamentar su resolución. Así se permite concertar soluciones entre las partes, pero sin caer en extremos, que puedan llevar a violentar las normas sobre contratación pública. La flexibilidad autoriza cierta discrecionalidad a los ordenadores, en cuanto a la exigencia de requisitos y cuestiones de detalle, que no sean fundamentales y que permitan solucionar problemas prácticos y así obtener la mejor oferta.

DELEGACIÓN.- Debe entenderse con el fin de eliminar el centralismo burocrático, mediante la aplicación de las distintas modalidades de la centralización.

AUSENCIA DE RITUALISMOS.- Se traduce en la necesidad de evitar trámites, formalismos o recaudos innecesarios que dificulten el procedimiento.

MATERIALIDAD.- Prioriza lo significativo, lo que tiene trascendencia desde el punto de vista de la ciencia de la auditoría. Permite, por ejemplo, el "redondeo" de las sumas de dinero. Por ello, materialidad no es verdad material, ni se opone a verdad formal.

PRINCIPIO DE VERDAD SALVO PRUEBA EN CONTRARIO.- Con en el mismo se pretende eliminar la actitud de sospecha de la Administración que hace multiplicar las formalidades, ritos y controles.

PUBLICIDAD.- El principio de publicidad posibilita, a todo el interesado en contratar con la Administración, conocer en tiempo y forma la voluntad de ésta en el mismo sentido.

IGUALDAD DE OFERENTES.- Es el corolario del principio más general de igualdad.

CONCURRENCIA.- Es de la esencia y finalidad de la contratación administrativa y se vincula con los principios de publicidad e igualdad de oferentes. Permite, asimismo, que la Administración obtenga una mejor oferta.¹²

Por otra parte, la Universidad Panamericana, Campus Guadalajara, recoge criterios de múltiples autores y los resume en los siguientes principios:

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.- Conforme a este principio, fundamental en el Estado de derecho, los órganos o autoridades del Estado, y por ende de la Administración pública, solo pueden hacer lo que la ley expresamente les permite, en la forma y términos

¹² Gimeno Sendra Vicente, Moreno Catena Victor y Sala Sánchez Pascual: DERECHO PROCESAL ADMINISTRATIVO, Edit. Centro de Areces, Madrid 2002.

en que la misma determina, por lo que su actuación habrá de fundarse y motivarse en el derecho vigente; en consecuencia, el contrato administrativo queda sujeto a un régimen jurídico determinado porque, *“La Administración es una función esencialmente ejecutiva; ella tiene en la ley el fundamento y el límite de su acción”*.

EL PRINCIPIO DE CONTINUIDAD.- Hace referencia a este principio, por la continuidad del contrato administrativo al derecho de la Administración pública a exigir al co-contratante la continuidad o no interrupción en la ejecución del negocio contractual, pudiendo recurrir, en caso de interrumpirse, a la ejecución por cuenta del co-contratante, lo cual representa una notable diferencia con el contrato del derecho privado, en la cuál las partes carecen de la posibilidad de exigirse mutuamente un cumplimiento incondicionado, por regir en él ampliamente la *excetio non adimpleti contractus*. Por tanto, la ejecución de los contratos administrativos, conforme al principio de continuidad, no debe interrumpirse ni retrasarse, a efecto de que se pueda alcanzar cabal y oportunamente su finalidad inspirada en el interés público.

EL PRINCIPIO DE MUTABILIDAD.- Se deriva del interés público que es, quien lo orienta, por lo cual, al variar los requerimientos existentes a la celebración del contrato, deberá modificarse éste para asegurar el interés público, sin que el co-contratante pueda oponer el principio *pacta sunt servanda*. De tal suerte, que con base en el principio de mutabilidad, el contrato administrativo, en virtud de *ius variandi* de la Administración pública, dentro de ciertos límites puede ser unilateralmente modificado por ésta, en aras del interés público, y en clara contradicción al principio contractual proveniente del derecho romano *pacta sunt servanda*, por lo cual se suele considerar al de mutabilidad como el más importante de los principios rectores del contrato administrativo.

EL PRINCIPIO DEL EQUILIBRIO FINANCIERO.- Conocido este principio, además como “Principio de la Ecuación Financiera”, en el contrato administrativo se debe de mantener el equilibrio financiero establecido en el momento de su celebración, con el propósito de que las partes no resulten perjudicadas o, cuando menos, que los perjuicios ocasionados se reduzcan a su mínima expresión, como consecuencia de una relación que se torna inequitativa, ya por causas imputables al Estado o a la Administración pública, bien por causas no imputables al Estado, para lo cuál se emplean mecanismos diversos, como aquellos a que se refiere el llamado “hecho del príncipe”, y la teoría de la imprevisión, conocida también como “teoría de la lesión sobreviviente”.

EL “HECHO DEL PRÍNCIPE”.- Se conoce como “hecho príncipe” a la alteración provocada en las condiciones de un contrato, imprevisible para el gobernado contratante y en su perjuicio, derivada de decisiones adoptadas o conductas asumidas por la autoridad contratante, no como parte del contrato, sino en ejercicio de las atribuciones derivadas de su carácter de autoridad pública. Escola explica el hecho del príncipe como: *“Toda decisión o conducta que emane de la misma autoridad pública que celebró el contrato y que ésta realiza en su carácter y condición de tal, que ocasione un perjuicio real, cierto, directo y especial al contratante particular, que éste no haya podido prever al tiempo de celebrar el contrato y que produzca una alteración anormal de su ecuación económica-financiera”*.

TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN.- Como resultado de especiales situaciones de carácter monetario, económico y financiero, generadas por la llamada Primera Guerra Mundial (1914 – 1918) consistentes de la imprevista situación derivada que la referida guerra generó, decíamos, la elaboración de la nueva teoría jurídica de la imprevisión, a la

luz de la citada máxima medieval *rebus sic stantibus*, teoría que fue recogida por el derecho positivo francés, a través de la llamada Ley Failliot, de 21 de enero de 1918, que dispuso: *“Independientemente de las causas de resolución derivadas del Derecho Común o de los contratos, las transacciones y contratos celebrados desde el 1 de agosto de 1914 pueden ser resueltos a petición de cualquiera de las partes, si prueba que, en razón del estado de guerra, la ejecución de las obligaciones de uno de los contratantes traería consigo un gravamen cuya importancia rebasaría, en gran medida, las previsiones que pudieran hacerse, razonablemente, en la época del contrato”*. La teoría de la imprevisión o del riesgo imprevisible también ha encontrado eco en el ámbito hispanoamericano del contrato administrativo, especialmente en lo relativo a la concesión del servicio público y al contrato de obra pública. Conforme el régimen de concesión se realiza a riesgo y ventura del concesionario, la teoría de la imprevisión trata de validar una excepción a tal principio, como sugiere Recaredo Fernández de Velasco al decir: *“El servicio público se expresa a riesgo y ventura del concesionario significa que, en tanto aquélla se mantenga, subsistirán las circunstancias y condiciones económicas en que fue convenida, salvo aquellos casos excepcionales en que se imponga cierta variación (Teoría de la imprevisión)”*. A todo contrato administrativo es aplicable la teoría de la imprevisión, según afirmación del profesor argentino José Roberto Dromí: *“Ya sea de obra pública, servicios, suministro, locación, concesión de servicios públicos, etc. En consecuencia se aplica a los contratos celebrados por el Estado (nacional, provincial y municipal) y por sus entidades autárquicas (empresas del Estado, sociedades del Estado) y modalidades de descentralización administrativa y económica”*.¹³

¹³ Gordillo Agustín A, Berçaitz Miguel Ángel, Rivero Jean, Escola Héctor Jorge, Cabanellas Guillermo, Fernández de Velasco, Dromí José Roberto, García Oviedo Carlos, Andrés Serra Rojas, Héctor Jorge Escola, Marienhoff Miguel S., Altamira Pedro Guillermo, Hermenegildo Pérez Bolaños y Victoriano Pérez Bolaños, Gómez González Mariano y Duguít León.

1.4 RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL

La celebración del contrato generalmente se encuentra precedida de una fase preparatoria previa que puede dar lugar a la responsabilidad de las partes, en caso que se produzca la ruptura de las tratativas entre la Administración y los participantes de los procedimientos de selección de contratantes y surge en el período anterior al perfeccionamiento del contrato.

La responsabilidad precontractual se funda en la violación del principio de buena fe complementado por el principio de confianza que *"... no es más que el estado subjetivo de aquél que espera que el comportamiento del otro sujeto se ajuste a la buena fe. Mientras que la violación de la buena fe se examinará con respecto al sujeto que resultará (o no) responsable precontractualmente, el estado de confianza será apreciado en relación a la víctima de la responsabilidad. Buena fe (objetiva) y confianza son anverso y reverso de la misma medalla ..."*.¹⁴

Ingresando a las hipótesis que pueden dar lugar a la responsabilidad precontractual, cuando una de las partes es la Administración pública, corresponde decir que, las mismas pueden obedecer a aquélla o a su contraparte.

La Administración puede incurrir en responsabilidad precontractual si:

14 SOTO KLOSS, EDUARDO: Derecho Administrativo, Editorial Jurídica, Santiago de Chile 1996.

- ❖ Revoca, modifica o suspende ilegítimamente el llamado a un procedimiento licitatorio;
- ❖ Si se niega indebidamente a la recepción de ofertas;
- ❖ Si rechaza ilegítimamente ofertas;
- ❖ Si adjudica prematuramente un proceso licitatorio;
- ❖ Si revoca ilegítimamente la adjudicación;
- ❖ Si existen determinados vicios en los pliegos, en el llamado, en la adjudicación.

Si la Administración es responsable debería resarcir, de principio, todos los perjuicios que haya ocasionado y que hayan sido fehacientemente probados.

Por su parte los oferentes pueden incurrir en responsabilidad precontractual si no honran su oferta en caso de resultar adjudicados o si la información proporcionada en su oferta es falsa o fraudulenta. En este supuesto, en el régimen legal ecuatoriano, la Administración pública aseguraba la responsabilidad del oferente exigiéndole la presentación de una garantía de seriedad de la oferta, con excepción de la norma vigente, sin perjuicio de otras sanciones administrativas por ser declarado adjudicatario fallido.

1.5 ELEMENTOS DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Gonzalo Salguero Basto, citando a Escola dice lo siguiente: *"Admitida la existencia del contrato administrativo como entidad jurídica, especial y diferenciándola, del contrato de derecho privado, es natural que nos lleve a determinar la existencia de sus elementos esenciales, sin desconocer los principios fundamentales del contrato privado.*

Los elementos esenciales del contrato administrativo, son aquellos indispensables para su plena existencia aquellos que concurren a integrar y determinar su específica y propia naturaleza".¹⁵

El Dr. Miguel Ángel Bercaitz en la enciclopedia jurídica Omeba dice: *"Se han dado como elementos esenciales de los contratos administrativos los siguientes: a) sujetos, uno de los cuales debe ser la Administración pública o un ente público; b) competencia y capacidad; c) consentimiento o voluntad; d) forma; objeto o contenido; causa o motivo presupuesto o determinante;"*.¹⁶

José Roberto Dromi por su parte señala lo siguiente: *"En los contratos de la Administración hallamos los mismos elementos que en los actos administrativos: a) sujetos: competencia y capacidad; b) voluntad; c) objeto; d) causa; e) forma"*.¹⁷

Con diferencias muy sutiles, ambos autores coinciden en señalar los mismos elementos, los cuales, básicamente, son los mismos requisitos que exige nuestro Código Civil para contraer obligaciones, en su artículo 1461:

"Art. 1461.- Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario:

1.- Que sea legalmente capaz;

2.- Que consienta en dicho acto o declaración, y su consentimiento no adolezca de vicio;

¹⁵ Salguero Basto Gonzalo, "CONTRATOS ADMINISTRATIVOS".

¹⁶ Bibliografía Omeba, "ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA", Tomo IV.

¹⁷ Dromi José Roberto, "LA LICITACIÓN PÚBLICA", Tomo I.

3.- *Que recaiga sobre un objeto lícito; y,*

4.- *Que tenga una causa lícita.*

La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra”. **CÓDIGO CIVIL**

Sin embargo de la similitud señalada, más adelante y a medida que analicemos cada uno de los elementos propuestos, veremos las diferencias que existen entre los elementos de una obligación civil y los elementos del contrato administrativo, las cuales justifican plenamente su existencia como un contrato diferente al civil, más allá que existe una corriente en el propio derecho administrativo que considera tales diferencias como artificiales e innecesarias.

El tema de los elementos del contrato Administrativo es de singular importancia porque, de acuerdo a los vicios que los puedan afectar, dependerá la legitimidad y validez del acuerdo.

Destacamos desde ya que los mismos guardan relación con los elementos de los actos administrativos y, en ese sentido, podemos hacer una traslación de las teorías que distinguen los presupuestos de los elementos que los integran.

Ingresando en el tema propuesto debemos decir que los elementos de los contratos Administrativos son los siguientes: los sujetos, la voluntad, el objeto, la causa, el fin, y la forma.

1.5.1 SUJETOS

El contrato administrativo, a diferencia del civil, tiene una exigencia especial respecto de las partes del contrato, cual es que por lo menos una de ellas debe ser la Administración.

Un elemento caracterizante de los contratos Administrativos es que una de las partes será la Administración, entendiendo por ésta toda autoridad estatal actuando en el ejercicio de función administrativa.

Sobre este punto y sobre la capacidad y competencia, Gonzalo Salguero Basto dice: *"En el contrato administrativo se genera por lo menos por la presencia de dos sujetos que concurren a conformarlo, pero uno de ellos debe ser la Administración o uno de sus órganos actuando como tal. En la Administración la cuestión del consentimiento se resuelve en un problema de procedimiento y de competencia; para que un contrato administrativo sea válido se requiere que se haya celebrado entre partes capaces, aquí hablamos del particular porque la capacidad se predica de este, y funcionario competente o sea que tenga por mandato de la ley competencia para celebrarlo. Entonces la competencia se predica del funcionario y la capacidad del particular".*¹⁸

En la misma línea, Manuel María Díez dice lo siguiente: "Indudablemente, en todo contrato administrativo intervienen dos sujetos: por un lado el particular y por otro la Administración. Hay que estudiar entonces, la capacidad del particular que interviene en la contratación y la competencia de la Administración. En cuanto a la capacidad del particular, está dominada por el principio de que toda persona puede contratar si no tiene una

¹⁸ Salguero Basto Gonzalo, "CONTRATOS ADMINISTRATIVOS".

incapacidad determinada por la ley. Por lo que hace a la competencia del órgano administrativo debemos decir que, desde ya, está regida por el derecho público y que debe considerarse bajo un doble aspecto. En primer lugar, en cuanto al órgano competente para contratar y en segundo término en cuanto al agente de ese órgano que tiene competencia para celebrar el contrato".¹⁹

Por su parte Aníbal Sierralta señala que, la competencia es la aptitud de obrar de las personas públicas o de sus órganos. Ella determina los límites dentro de los cuales han de desarrollarse unas y otras. Los elementos determinantes de la competencia son el territorio, la materia y el grado. Por lo expuesto, es en esos elementos donde se pueden producir vicios de incompetencia del órgano o personas públicas. En el supuesto de ser necesaria autorización para que el órgano público celebre un contrato, y, ésta no se hubiere recabado, se produce una nulidad que podría sanearse de acuerdo a cada caso concreto.²⁰

En lo que respecta a nuestra legislación, debemos igualmente especificar cada caso, es decir por un lado la capacidad del particular, por otro la competencia del órgano contratante, y por último la competencia del agente que celebra el contrato a nombre del ente estatal.

Sobre el primer punto, capacidad del particular, nuestro Código Civil dice lo siguiente:

“Art. 1462.- Toda persona es legalmente capaz, excepto las que la ley declara incapaces”.

¹⁹ Diez Manuel María, "DERECHO ADMINISTRATIVO", Tomo II.

²⁰ SIERRALTA ANÍBAL: Contratación Internacional, Fondo Editorial, Asunción 1993

Es decir que existe una presunción de capacidad general, y únicamente como excepción podrá alegarse la falta de capacidad, para lo cual se tendrá que probar que esa persona está inmersa en uno de los casos de incapacidad tipificados por la Ley, caso contrario dicha alegación no tendrá valor alguno.

A continuación en el artículo 1463 del Código ibídem, tipifica quienes son incapaces absolutos y relativos y cuales las consecuencias de su participación en un acto jurídico, para finalizar señalando que hay otras incapacidades particulares que la ley a impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos.

Art. 1463.- Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito.

Sus actos no surten ni aun obligaciones naturales, y no admiten caución.

Son también incapaces los menores adultos, los que se hallan en interdicción de administrar sus bienes, y las personas jurídicas. Pero la incapacidad de estas clases de personas no es absoluta, y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes.

Además de estas incapacidades hay otras particulares, que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos.

Del análisis de este artículo se desprende que existen tres tipos de incapacidades, dos de carácter general que son la absoluta y la relativa, y una de ámbito más reducido que es la incapacidad particular.

La incapacidad absoluta como su nombre lo indica es inapelable, y tiene la peculiaridad de anular cualquier acto en que haya participado cualquier persona que sea demente, impúber, o sordomudo que no pueda darse a entender por escrito, lo cual es muy discutible actualmente, ya que existen lenguajes especializados que no son la escritura, y que permiten la perfecta comunicación de una persona sordomuda.

Sobre la incapacidad absoluta la enciclopedia jurídica Omeba nos dice lo siguiente: *“La incapacidad absoluta es la ineptitud total para todos los actos...La muerte civil abolida en todos los Códigos modernos, constituía antiguamente una de las causas de incapacidad absoluta”*.²¹

La incapacidad relativa mientras tanto, no es definitiva, y los actos de un menor adulto, interdicto o, de una persona jurídica, pueden tener valor en determinadas circunstancias previstas por la Ley.

La enciclopedia jurídica Omeba dice sobre la incapacidad relativa: *“La incapacidad relativa es la que se limita a determinados actos dejando en libertad para realizar los restantes negocios jurídicos. También la que puede subsanarse con la asistencia, autorización o concurso de un representante legal”*.²²

En lo que respecta a las incapacidades particulares, estas se encuentran recogidas en distintas normas legales, y obedecen a diversas situaciones, a lo largo de nuestro estudio, analizaremos los casos que, en concordancia con el último inciso del artículo 1463 del Código Civil, han establecido las diferentes normas que han regido la Contratación Pública, y que son

²¹Bibliográfica Omeba, "ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA", Tomo XV.

²²Bibliográfica Omeba, "ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA", Tomo XV.

las inhabilidades generales y especiales para contratar con el Estado o con entidades del sector público.

1.5.2 VOLUNTAD

La voluntad no es otra cosa que la libre determinación de una persona para obrar de tal o cual manera, Arturo Alessandri Rodríguez define a la voluntad de la siguiente manera: *"Voluntad es la facultad del individuo que lo autoriza para hacer lo que desee; en los actos jurídicos unilaterales se la llama simplemente voluntad; pero en los actos jurídicos bilaterales se la llama consentimiento. Según esto, puede definirse al consentimiento como el acuerdo de las voluntades de dos o más personas con un objeto jurídico.*

Se comprende fácilmente que este acuerdo de voluntades no nace por generación espontánea, sino que se ha formado mediante un proceso más o menos largo para llegar a generar el contrato; que uno de los contratantes ha tenido que tomar la iniciativa; que hay una persona que ha hecho la proposición de celebrar el contrato, y otra que ha aceptado esta proposición".²³

En lo que respecta al contrato administrativo, el proceso tendiente a generar el contrato está sujeto, en nuestro caso, a lo que ha determinado la normativa de Contratación Pública vigente en las diferentes etapas, siendo por tanto la Administración la que propone la celebración de un contrato, y además quien impone las condiciones a las cuales voluntariamente se deberá sujetar el futuro co-contratante, si pretende finalmente celebrar el contrato.

²³ Alessandri Rodríguez Arturo, "DERECHO CIVIL DE LOS CONTRATOS".

José Roberto Dromi nos dice: *"Para que exista contrato se requieren dos voluntades válidas y opuestas de los sujetos que concurren a su formación. En la contratación administrativa una de ellas es de la Administración y la otra del co-contratante.*

El consentimiento como recaudo especial del acto, importa la voluntad coincidente de las partes y presupone:

1. *Capacidad jurídica del co-contratante de la Administración.*
2. *Competencia del órgano estatal.*

La formación de la voluntad contractual se produce al otorgar los contratantes su consentimiento a través del procedimiento legal y reglamentario correspondiente, pues la voluntad estatal debe expresarse según las formas especiales que el Derecho Público prevé".²⁴

De su lado Manuel María Diez dice: *"El proceso de la formación de la voluntad de la Administración es complejo y esta operación se descompone en un cierto número de fases más o menos numerosas, en las cuales el acto de conclusión de un contrato propiamente dicho va frecuentemente precedido de medidas previas que condicionan esta conclusión, y de medidas de aprobación o de ratificación posteriores que lo complementan y condicionan su entrada en vigencia".²⁵*

En conclusión, la voluntad para contratar de la Administración no solo que no es espontánea, sino que requiere de un proceso formativo, mediante el cual se pretende legitimar

²⁴ Dromi José Roberto, "LA LICITACIÓN PÚBLICA", Tomo I.

²⁵ Diez Manuel María, "DERECHO ADMINISTRATIVO", Tomo II.

el consentimiento de la Administración, a fin de que el contrato que finalmente se celebre, cumpla con los fines de servicio público de la Administración, a la vez que represente la mejor alternativa para el ente estatal, y no obedezca a intereses personales ilegítimos de tal o cual funcionario.

1.5.3 OBJETO

Arturo Alessandri Rodríguez dice sobre el objeto: *"Así como todo acto humano ejecutado por una persona tiene un fin, persigue un objetivo, ya sea material o moral, de la misma manera los actos jurídicos y especialmente los contratos tienen una finalidad; esa finalidad es lo que constituye su objeto, y el artículo 1460 (Código Civil chileno) se refiere a esta materia cuando dice: **"Toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas que se trata de dar, hacer o no hacer. El mero uso de la cosa o su tenencia puede ser objeto de la declaración"***. (Este artículo del Código Civil chileno es exactamente igual al artículo 1476 de nuestro Código Civil, razón por la cual es oportuno transcribir su análisis) Este artículo, al igual que el artículo pertinente del Código Francés, confunde el objeto del contrato con el objeto de la obligación que el contrato engendra, no obstante ser cosas muy distintas.

Hablando con propiedad, los contratos no tienen objeto, porque los contratos engendran obligaciones, siendo ese su fin. Pero las obligaciones sí que tienen objeto: la cosa o hecho que debe darse o ejecutarse por el deudor.

Si algún objeto tuviera el contrato no sería otro que el derecho que deriva a favor del acreedor. El objeto de la obligación, en cambio, es la cosa material o el hecho o abstención sobre que ella versa.²⁶

En otras palabras, Alessandri considera que cuando se habla de objeto del contrato en estos artículos, realmente se está haciendo referencia al objeto de las obligaciones que se derivan del contrato, pues considera que el verdadero objeto de un contrato es la finalidad que este persigue, mientras que el objeto de la obligación, es la cosa o hecho que se debe dar, hacer o no hacer por parte del deudor.

En lo que respecta al objeto dentro del contrato administrativo, José Roberto Dromi señala lo siguiente: *"El objeto del contrato es la obligación que por él se constituye. Obligación que tiene por contenido una prestación de dar, hacer o no hacer, querida por las partes. El objeto del contrato, en otros términos, es la consecuencia que se persigue al celebrarlo como factor determinante de la voluntad de las partes.*

Se llama ordinariamente objeto del contrato a las cosas o servicios que son materia de las obligaciones. El objeto inmediato es "una obligación" y el objeto mediato "una prestación".

Las cosas que no están en el comercio no pueden ser objeto de los contratos privados, pero sí pueden serlo de los contratos de la Administración, como ocurre con los bienes de dominio público.²⁷

²⁶ Alessandri Rodríguez Arturo, "DERECHO CIVIL DE LOS CONTRATOS".

Al igual que Alessandri, Dromi señala que el objeto del contrato es la consecuencia que se persigue al celebrarlo, aunque admite que ordinariamente se llama objeto del contrato al objeto que se deriva de la obligación. En todo caso conciliadoramente acepta la existencia de un objeto inmediato que es la obligación, y uno mediato que es la prestación que finalmente se pretende dar con el contrato.

Finalmente dice que las cosas que están fuera del comercio si pueden ser objeto de los contratos de la Administración, lo cual constituye la principal diferencia entre un contrato privado y uno administrativo, en cuanto se refiere al objeto, por cuanto contratos que serían nulos de acuerdo al artículo 1477 del Código Civil, por ser su objeto bienes que se encuentran fuera del comercio, y por tanto ilícito, son justamente, en muchos de los casos, objeto del contrato administrativo, resultando que son perfectamente válidos porque el que contrata es el Estado, como por ejemplo la adquisición de armamento bélico que es un objeto ilícito entre particulares, pero válido para el Estado.

1.5.4 CAUSA

Aparentemente causa y objeto pueden confundirse como una sola cosa, pero, si bien es cierto que son similares e inclusive deberían ser iguales, se diferencian en que el objeto es lo que se espera obtener al término del contrato, mientras que la causa es la razón que induce a celebrar el contrato, es decir la causa es motivadora del contrato, mientras el objeto es el resultado del contrato.

Dice sobre la causa Arturo Alessandri Rodríguez: "*Así como no puede haber un acto jurídico o contrato que no tenga una cosa que le sirva de objeto, así tampoco puede haberlo sin una razón que justifique su existencia. Esta razón es la causa que puede definirse como al interés jurídico que induce a contratar. La causa es la razón, el por qué del contrato. Todos los actos humanos están guiados por móviles perfectamente definidos: los contratos tienen también su móvil: es la causa; por eso se dice que para conocer la causa, hay que preguntarse: por qué se debe? así como para conocer el objeto hay que preguntarse: qué cosa se debe?*".²⁸

Es decir que la causa no es otra cosa que la razón que justifica la celebración de un contrato, o dicho en otras palabras el motivo o el porqué de celebrar un contrato. En materia civil, esta causa fundamentalmente es el lucro por una parte, y la obtención de un bien o un servicio o prestación por la otra, e inclusive el lucro para ambas partes cuando se trata de contratos mercantiles.

En materia del contrato administrativo, José Roberto Dromi nos dice lo siguiente: "*En los contratos administrativos, como que intervienen dos partes, la Administración y el particular, cada una de ellas habrá obrado por una causa diferente. Es decir, en otras palabras, la declaración de voluntad de cada una de ellas tendrá una causa distinta. La voluntad del particular tendrá una causa lucrativa. El persigue un fin de lucro en la organización del contrato. La causa del órgano administrativo será el fin de interés público que debe guiar la actividad de la Administración*".²⁹

²⁸ Alessandri Rodríguez Arturo, "DERECHO CIVIL DE LOS CONTRATOS".

²⁹ Dromi José Roberto, "LA LICITACIÓN PÚBLICA", Tomo I.

Podemos concluir entonces que, la causa del contrato administrativo, a diferencia del contrato civil, en lo que respecta a la una parte que siempre será la Administración, es el interés público, mientras que para él co - contratante privado, persiste a igual que en el contrato civil el lucro como causa fundamental.

1.5.5 FORMA

La forma de un contrato, no es otra cosa que la manera en que ha de llevarse a cabo, es decir si ha de ser consensual, escrito, o si deberá celebrarse mediante escritura pública o ante juez, para que sea perfectamente válido.

Guillermo Cabanellas dice sobre la forma de los contratos: *"La forma y las solemnidades de los contratos se rigen por las leyes del país en que se otorguen"*.³⁰

El Código De Derecho Internacional Privado Antonio Sánchez De Bustamante, del cual el Ecuador es suscriptor, en su Título Cuarto DE LAS OBLIGACIONES Y DE LOS CONTRATOS, Capítulo II DE LOS CONTRATOS EN GENERAL, dice:

"Art. 180.- Se aplicaran simultáneamente la ley del lugar del contrato y la de su ejecución, a la necesidad de otorgar escritura o documento público para la eficacia de determinados convenios y a la de hacerlos constar por escrito". **CÓDIGO DE DERECHO**

INTERNACIONAL PRIVADO SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE

³⁰ Cabanellas de Torres Guillermo, "DICCIONARIO DE DERECHO USUAL", Tomo II.

“Art. 182.- Las demás causas de rescisión y su forma y efectos se subordinan a la ley territorial”. CÓDIGO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE

Es decir que un contrato para ser valido ha de celebrarse cumpliendo los requisitos de forma del lugar donde se celebró, pero si ese contrato debe ejecutarse en un lugar distinto al de celebración, también se ha de cumplir con los requisitos de forma del lugar donde se deberá ejecutar, pues en caso contrario no podría exigirse su cumplimiento por la vía legal.

Ya en materia de derecho administrativo, Manuel María Díez, dice: *"En regla general, la validez de los contratos administrativos no está subordinada a condiciones particulares de forma. Ello significa que las formas del contrato son libres en la medida que la ley no impone modalidades obligatorias. Sin embargo un gran número de contratos administrativos está sujeto por la ley a condiciones de forma, de las cuales depende su validez"*.³¹

Para Manuel María Díez, entonces, la forma no suele estar reglamentada en materia de contratación pública, y en todo caso constituye una excepción, aunque como el mismo anota bastante generalizada.

Por su parte José Roberto Dromi señala lo siguiente: *"Debemos distinguir entre formalidades y forma. Las formalidades son los requisitos que han de observarse en la celebración del contrato y pueden ser anteriores (pliego de condiciones), concomitantes (acto de adjudicación) o posteriores (aprobación, formalización escrita) al encuentro de ambas voluntades.*

³¹ Díez Manuel María, "DERECHO ADMINISTRATIVO", Tomo II.

La forma es uno de dichos requisitos esenciales y se refiere al modo concreto como se documenta, materializa, exterioriza, objetiva e instrumenta el vínculo contractual (la declaración de voluntad); el resto constituye el procedimiento para realizar la contratación. La forma instrumenta la transformación de lo psíquico y subjetivo en físico objetivo".³²

Es decir que Dromi diferencia entre formalidad y forma, concluyendo en pocas palabras que formalidad es todo requisito que la ley exige para la validez de un contrato, mientras que la forma es uno de aquellos requisitos, mediante el cual se materializa el acuerdo de voluntades, esto en nuestro sistema legal se maneja como la diferencia entre formalidades y solemnidades.

Las formalidades son los requisitos necesarios para la celebración del contrato y pueden ser anteriores, concomitantes o posteriores: Las anteriores refieren al modo de selección del contratante. La contratación administrativa se desarrolla mediante procedimientos administrativos especiales. Si existe algún vacío en los mismos, serán de aplicación los principios y normas del procedimiento administrativo común. Las concomitantes son las que deben cumplirse en el momento de celebrarse el contrato. Las formalidades posteriores son las que deben cumplirse en la de ejecución del contrato. La forma es una formalidad más y es el modo como se documenta el contrato.³³

³² Dromi José Roberto, "LA LICITACIÓN PÚBLICA", Tomo I.

³³ SÁNCHEZ AGUILAR M.: Derecho Administrativo, Sustantivo y Procesal, Colex, Madrid 2000

CAPÍTULO II

EVOLUCIÓN DE LA NORMATIVA SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA EN ECUADOR

2.1 LEY DE LICITACIONES Y CONCURSO DE OFERTAS (1974)

2.1.1 GENERALIDADES

Esta fue la primera normativa de carácter generalmente obligatorio, relacionada con la Contratación Pública, que rigió en Ecuador, promulgada mediante Decreto Supremo No. 128 de 30 de enero de 1974, publicado en el Registro Oficial No. 486 de 04 de febrero de 1974, mismo que posteriormente sufrió varias reformas, a saber: Decretos Supremos No. 878 y No. 416, publicados en los Registros Oficiales No. 629 de 02 de septiembre de 1974 y No. 416 de 22 de mayo de 1975.

El ámbito general de aplicación de la Ley abarcaba a los contratos del Estado y de cualquier institución pública o privada con finalidad social o pública y delineaba los procedimientos de contratación en función de la cuantía: *“Los contratos que celebre el Estado o cualquiera otra Institución de derecho público o de derecho privado con finalidad social o publica cuya cuantía exceda de dos millones de sucres... se sujetaran al procedimiento de licitación; los contratos cuya cuantía pase de un millón de sucres y no de dos millones de sucres a concurso de ofertas; y aquellos cuya cuantía no pase de un millón de sucres... podrán celebrarse libremente sin las formalidades antes indicadas, siempre que en este último caso, el valor del egreso no exceda del 10% del monto del presupuesto de la*

Entidad Contratante. De lo contrario se sujetara a licitación o concurso de ofertas, según corresponda.”

Cabe destacar que en principio, probablemente ligado al régimen constituido vigente a esa fecha, el ámbito legal es absolutamente amplio, por cuanto involucra no solo a las instituciones públicas, sino también a las instituciones de derecho privado con finalidad social o pública, es decir rebasa el ámbito de la Administración Pública, pues en dicho espectro pueden encontrarse por citar algunas, fundaciones, corporaciones, entidades no gubernamentales, con el único requisito que tengan finalidad social o pública, sin siquiera determinar que se estén utilizando recursos públicos como un condicionante adicional, que justificaría el sometimiento a ésta Ley.

Se estableció un régimen de excepción de los procedimientos precontractuales previstos en la ley, por cuanto no existía ninguna normativa respecto del régimen de excepción, más allá de la calificación por el Presidente de la República o la máxima autoridad de la institución según corresponda.

“Se exceptúan de la licitación o del concurso de ofertas los contratos reservados que interesen a la defensa nacional, los de permutas, aquellos cuyo objeto sea la ejecución de una obra artística, literaria o científica, y los que sean necesarios para superar emergencias graves tales como accidentes, terremotos, incendios, inundaciones y otras que provengan de fuerza mayor. Para celebrar estos contratos se requerirá solo la autorización del Presidente de la República cuando se trate de entidades fiscales o de la máxima autoridad de la institución interesada en los demás casos.”

Esta es una prueba palmaria de que la teoría de la contratación administrativa es insuficiente desde su origen. La práctica lo confirma porque lo que se previó en un principio como excepción pasó a ser, en poco tiempo, la regla.

Se estableció la prohibición de subdividir los contratos en cuantías menores para eludir los procedimientos de licitación o concurso de ofertas establecidos en la Ley.

Las controversias relacionadas con los contratos sujetos a dicha Ley, se sujetaban al trámite verbal sumario, es decir a la jurisdicción civil, diferencia sustancial con la concepción actual que somete a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, esto a pesar que desde 1968 estaba vigente la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Las instituciones de derecho público o de derecho privado con finalidad social o pública estaban facultadas a contratar entre sí mediante convenios directos, la ejecución de obras, prestación de servicios, adquisición y arrendamiento de bienes. En esta clase de contratos no se exigirán las garantías establecidas en la ley.

Las personas naturales o jurídicas que hubieren hecho los estudios o elaborado los proyectos de ingeniería o arquitectura, no podían participar, por sí o por interpuesta persona, en la licitación o concurso de ofertas de las obras a que se refieren dichos estudios o proyectos.

En la aplicación de los procedimientos de licitación, adjudicación y contratación para la ejecución de obras, realización de estudios, presentación de servicios o adquisición de bienes que se financien con préstamos internacionales se tendrán en cuenta adicionalmente las condiciones establecidas en los respectivos convenios de préstamo.

Se dejaba a potestad del Presidente de la República, autorizar el Ministro o a la Institución respectiva, para que contrate sin licitación o concurso de ofertas, con las persona naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras de carácter público o privado, que ofrezcan las mejores condiciones, la adquisición de bienes, la prestación de servicios o la realización de una obra urgente o de especial importancia o que no hubieren los fondos necesarios para ella.

Así mismo con los informes y dictámenes de Ley, el Presidente de la República, podía autorizar sin el requisito de licitación o concurso de ofertas, la celebración de convenios con gobiernos extranjeros.

Se exceptuaban de Licitación o Concurso de Ofertas los contratos para transporte de correo aéreo y marítimo internacional, regidos por los convenios de la Unión Postal Universal y Unión Postal de las Américas y España, así como los contratos de fletamento para transporte marítimo y fluvial, cualquiera que sea la cuantía.

No requirieran de Licitación ni Concurso de Ofertas los préstamos otorgados por las Asociaciones Mutualistas de Ahorro y Crédito para Vivienda a favor de personas naturales o jurídicas que desearan realizar construcciones de viviendas de interés social.

Se estableció una salvedad para la contratación de construcción de caminos vecinales y la reparación y mantenimiento de vías públicas, cuyo valor pasado de un millón no excediere de diez millones de sucres, eximiéndoles de licitación y disponiendo su adjudicación mediante concurso de ofertas.

Los contratos para estudios, supervisión de obras, dirección técnica, auditoría y contabilidad y los demás que requieran de servicios profesionales especializados, sea cual fuere su cuantía estaban exentos del requisito de licitación y debían ser adjudicados mediante simple calificación y selección de los interesados.

Se dejó expresa constancia que las disposiciones de la indicada Ley, no regían para la adquisición de bienes declarados de utilidad aun cuando su adquisición se efectuó mediante transacción, antes de iniciarse el correspondiente juicio de expropiación o dentro de aquel.

Toda solicitud, petición, oferta o documento referente al trámite de una licitación concurso de ofertas, contratación de servicios profesionales o contratación para la adquisición y enajenación de bienes , que fuese presentado fuera de los plazos establecidos en la Ley, no serán considerados.

Los contratos que celebren el Estado o cualquiera otra Institución de derecho público de derecho privado con finalidad social o publico estaban libres de pago de impuestos o timbres. El contratista pagaba los derechos de Notario y de las copias que deben entregar al Ministerio o Institución. Esta disposición aplicaba también a los contratos complementarios, adicionales o derivados.

Se estableció la condición de crédito preferente de los derechos del Fisco o de la Institución contratante relacionados con las garantías previstas en la Ley, sobre todo otro crédito.

Cuando las resoluciones de los Comités de Licitaciones de Concurso de Ofertas fueren tomadas sobre las bases de los informes técnicos requeridos para cada caso, la responsabilidad recaía también en los funcionarios informantes, sin perjuicio de la que corresponde a los miembros de los comités.

2.1.2 DE LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN

Conforme ha quedado indicado, se estableció en función de la cuantía, dos procedimientos básicos para contratar, la Licitación y el Concurso de Ofertas, dejando libre de todo procedimiento, aquellos contratos que se encontraban por debajo de la cuantía establecida para estos últimos, siempre que no superasen el 10% del presupuesto de la Entidad Contratante, lo que considerando los montos dejaba un amplio margen para contratación directa.

Para lo que tiene que ver con las instituciones contempladas en el ámbito de la Ley, se estableció la obligatoriedad de conformar Comités de Licitaciones, a cargo del trámite de los procesos y la adjudicación de los contratos. Es pertinente destacar que ha sido una constante de nuestra legislación la integración de esta clase de comités, no obstante sus facultades han ido cambiando, ejemplo de ello es lo referente a la adjudicación, que en principio ahora nos puede parecer exorbitante, pues se considera potestad exclusiva de la máxima autoridad de la Entidad Contratante o su delegado, pero de ninguna manera del Comité.

Se estableció su conformación o integración, exclusivamente para los Ministerios de Estado: “El Ministro o su Delegado quién lo presidirá, el Controlador General de la Nación o su Delegado, el Presidente de la Junta Nacional de Planificación y Coordinación Económica o

su Delegado; el Tesorero de la Nación o su Delegado; y, un Técnico en el correspondiente ramo designado por el Ministro...” .

Para las demás instituciones contempladas en el ámbito legal, se dejó su integración conforme sus propias normas, aunque siempre contando con el Contralor General de la Nación o su Delegado: “Las demás instituciones de derecho público o privado con finalidad social o pública constituirán sus comités de Licitaciones según sus normas reglamentarias pero formaran parte de ellos el Contralor General de la Nación o sus delegados.

A la luz de los textos transcritos, cabe preguntarse cuál era el volumen de contratación previsto para ese entonces, pues la integración de los Comités con funcionarios de tan alto nivel en la actualidad sería imposible, aún contando con sus delegados, pues cada una de las entidades involucradas debería contar con un alto número de funcionarios para cubrir la participación en todos los Comités, especialmente de la Contraloría.

Finalmente también se establece un mínimo en cuanto al número de integrantes, así como la obligatoriedad de consignar su voto en uno u otro sentido: “Los comités de Licitaciones se constituirán y funcionaran con cinco miembros cuyo voto será obligatorio, definiéndolo afirmativa o negativamente.”

En cuanto al procedimiento de Licitación, se establecieron requisitos previos para iniciar un proceso: “El Ministerio o la Entidad respectiva, previamente a la convocatoria a los interesados obtendrá una certificación del Ministerio de Finanzas o del correspondiente Director Financiero Tesorero o Pagador, que acredite que el egreso proyectado se halla

previsto en el presupuesto y que existen o existirán fondos suficientes para el cumplimiento de las obligaciones.”

Esta certificación de disponibilidad presupuestaria, ha sido una constante dentro de la normativa de contratación pública en las diferentes etapas, con variaciones en cuanto a su forma, pero con igual objetivo, cual es, garantizar la existencia de los recursos suficientes para cumplir con las obligaciones contractuales.

Por otra parte, también cabe destacar que entre los requisitos para convocar a una licitación de ejecución de obras, se contempló la disponibilidad de los estudios, especificaciones generales y técnicas, presupuesto estimado y demás documentos que se consideran indispensables según la naturaleza de la misma.

En lo que respecta a los documentos precontractuales, estos debían ser elaborados por el ministerio o la entidad licitante, que en todo caso debía incluir el proyecto de contrato y debían ser sometidos a los informes del Procurador General de la Nación, del Contralor General de la Nación y de la Junta Monetaria, que se concretarán a los aspectos que compete examinar a cada uno de los respectivos funcionarios informantes, de acuerdo a sus atribuciones y deberes, quienes debían pronunciarse dentro del plazo de quince días contados desde la fecha de suscrito el correspondiente recibido de la documentación exigida por la Ley y su silencio se considerará como informe favorable, bajo su responsabilidad.

En lo que tiene que ver con el procedimiento, cumplido los requisitos el Comité debía convocar a licitación mediante publicaciones por tres días consecutivos en por lo menos dos diarios de mayor circulación del país, misma que debía contener las condiciones generales de

la licitación. El comité estaba en capacidad de prorrogar la fecha de presentación de las propuestas, mediante nuevas publicaciones por la prensa. Toda reforma sustancial a las bases de la licitación daba lugar a una nueva licitación, es decir que al igual que actualmente no se podía modificar lo esencial de un proceso.

Los documentos precontractuales de cada licitación, estaban a disposición de los interesados, previo el pago no reembolsable del valor fijado para cada caso por el Comité, situación que fue una constante hasta la Ley vigente. Cualquier solicitud de aclaración o interpretación sobre las bases de la licitación debía hacerse por escrito por lo menos quince días antes de la fecha fijada para la presentación de las ofertas. Las aclaraciones que fueren del caso, se suministraban igualmente por escrito para conocimiento de todos los interesados por lo menos diez días antes de la fecha de presentación de ofertas.

El Comité tenía la potestad de fijar el plazo dentro del cual se presentarían las propuestas, sin embargo se establecieron tiempos mínimos y máximos: “no será menor de veinte días ni mayor de ciento veinte días contados desde la fecha de la última publicación”.

Las propuestas debían presentarse en idioma castellano, pudiendo agregarse catálogos en otros idiomas y se recibirían en el lugar señalado hasta las dieciséis horas del día fijado para la expiración del plazo en dos sobres sellados lacrados y numerados.

El sobre numero 1 se abría en el día y hora señalados para el efecto en la convocatoria y el Comité tenía el plazo de hasta treinta días para las comprobaciones que estime necesarias para la calificación de los proponentes. Dentro del plazo de hasta ocho días contados desde la

fecha de calificación y previa notificación hecha por el Secretario del Comité a los proponentes que hubiesen sido calificados, se realizaba la apertura del sobre numero 2.

Las propuestas calificadas pasaban a estudio de una Comisión Técnica nombrada por el Comité, la que dentro del plazo de hasta treinta días contados desde la fecha de apertura del Sobre numero 2, elaboraba los cuadros comparativos de las ofertas presentadas. Solo por razones técnicas el Comité podía ampliar el plazo determinado por el tiempo que fuese necesario.

Los cuadros comparativos y el informe técnico eran entregados por la Comisión técnica al Secretario del Comité, quien los ponía a disposición de sus Miembros, dejando constancia, en expediente respectivo del cumplimiento de dicha formalidad.

Conforme se había señalado, el Comité tenía la facultad de adjudicar el contrato al proponente que hubiere presentado la oferta más conveniente para los intereses nacionales o en su defecto declarar desierta la licitación, en caso de falta de ofertas o que todas fueren rechazadas por no sujetarse a las bases y demás condiciones, en cuyo caso podía reabrirse el proceso por treinta días adicionales.

Finalmente, realizada la adjudicación, el Presidente del Comité debía notificar a los interesados por escrito el resultado de la licitación y el Tesoro de la Nación o el funcionario respectivo de la entidad licitante procedía a devolver las garantías de las ofertas no aceptadas.

Los procedimientos de contratación que no llegaban a la cuantía señalada para la Licitación, debían sujetarse a concurso de ofertas en función de la cuantía, conforme el

artículo primero de la Ley y los préstamos de toda cuantía, debían seguir el procedimiento dispuesto para la Licitación en los artículos 6, 7, 12, 13, 15 y 19, en lo que fuere aplicable.

Cada Institución tenía la facultad de reglamentar la Constitución del Comité de Concurso de Ofertas y su funcionamiento.

2.1.3 DE LA CONTRATACIÓN

El Proyecto de Contrato, juntamente con el Acta de adjudicación y la oferta del adjudicatario, se debía enviar al Contralor General de la Nación y demás funcionarios que la Ley determine para que informen dentro del plazo de ocho días. Vencido este plazo el silencio de dichos funcionarios se consideraba como informe favorable, bajo su responsabilidad.

El contrato debía otorgarse por escritura pública en el plazo de hasta cuarenta y cinco días contados desde la fecha en que se notificó la adjudicación y de no celebrarse por causas imputables al contratista se procedía a ejecutar la garantía de la propuesta.

El contratista que estuviese en mora o no hubiere cumplido un contrato anterior de los contemplados en esta Ley, no podía intervenir en Licitaciones o concursos de ofertas, ni suscribir nuevos contratos con el Estado o con cualquiera otra institución de derecho público o de derecho privado con finalidad social o pública.

Si por fuerza mayor o caso fortuito no se hubiese celebrado el contrato, se disponía la prórroga del plazo fijado para hacerlo en un tiempo de hasta ciento ochenta días.

Si el contrato no se celebraba por culpa de la Entidad licitante, el adjudicatario tenía derecho a exigir el otorgamiento de la correspondiente escritura pública, no obstante no se estipulaba un procedimiento ni tampoco sanción alguna para el o los funcionarios responsables de la no suscripción, razón por la que aparece como una norma declarativa sin aplicación concreta.

Si el contrato no se celebraba por culpa del adjudicatario la entidad licitante podía celebrarlo con el proponente que seguía en el orden de preferencia establecida en el acta de adjudicación.

El adjudicatario al momento de firmar el contrato para seguridad de su cumplimiento y para responder por obligaciones que contrajese a favor de terceros, relacionados con el contrato, debía entregar una garantía bancaria, de valores fiduciarios o cheque certificado por el cinco por ciento del valor del contrato.

Si por la forma de pago establecida, el Ministerio o la Institución licitante debía abrir carta de crédito irrevocable, previamente a su apertura el contratista debía rendir unas de las garantías antes indicadas.

Para asegurar la debida ejecución de todos los trabajos la buena calidad de los materiales, la realización correcta de las obras y todas las demás estipulaciones, además de la garantía el Ministerio o la Institución respectiva debía retener el 5% de los pagos que hiciera por cuenta del contrato y depositarlos a nombre del contratista, en el Banco Ecuatoriano de la Vivienda, en una cuenta de ahorros. Los intereses que producían estas cuentas les pertenecerán a los contratistas y los fondos de las mismas eran entregados previa orden escrita

del correspondiente Ministerio o Institución. Los valores depositados en la cuenta de ahorros no podían ser objeto de retención, secuestro o embargo por parte de terceros, ni retirados por ningún motivo ajeno a lo que disponía la Ley.

2.2 LEY DE LICITACIONES Y CONCURSO DE OFERTAS (1976)

Expedida mediante Decreto Supremo número 679, publicado en el Registro Oficial número 159, del 27 de agosto de 1976, que derogó la Ley de Licitaciones y Concurso de Ofertas; posteriormente sufrió varias reformas, a saber: Decretos Supremos números 1633 y 2399, publicados en los Registros Oficiales números 386, de 25 de julio de 1977, 596 de 30 de mayo de 1978; por la Ley número 165, publicada en el Registro Oficial número 762, de 11 de junio de 1984; por los Decretos Leyes números 15 y 22, publicados en los Registros Oficiales números 258, de 27 de agosto de 1985 y 434, de 13 de mayo de 1986; y, el artículo 51 de la Ley No. 72, publicado en el Registro Oficial No. 411 de 21 de mayo de 1990.

2.2.1 GENERALIDADES

Se sujetaban a las disposiciones de la indicada Ley, los contratos que celebraban las Instituciones de derecho público, o las de derecho privado con finalidad social o pública cuyos presupuestos se financien con fondos del estado o con ingresos o participaciones tributarias.

Cabe destacar que el ámbito legal se redujo en relación a la normativa anterior, por cuanto si bien involucra no solo a las instituciones públicas, sino también a las instituciones de derecho privado con finalidad social o pública, en este último caso solo aplica cuando se

estén utilizando recursos públicos como un condicionante adicional, que justificaría el sometimiento a ésta Ley.

Al igual que en la primera normativa, se mantuvo dos procedimientos de contratación, en función de la cuantía, así, debía seguirse un procedimiento de licitación los contratos cuya cuantía sea superiores al valor que resulte de multiplicar el coeficiente tres diez milésimos por el monto del presupuesto inicial general del Estado, del respectivo ejercicio; y al concurso de ofertas cuando la cuantía exceda del valor que resulte de multiplicar el coeficiente quince cien milésimos por el monto del indicado presupuesto.

Si la adquisición de bienes, la prestación de servicios o la realización de una obra fuere o de especial importancia, la máxima autoridad del Ministerio o de la Institución de derecho público o de derecho privado con finalidad social o publica podía, bajo su responsabilidad, solicitar al Presidente de la República, le autorice por decreto celebrar el correspondiente contrato sin el requisito de licitación, concurso de ofertas o selección de firmas según fuere el caso.

Las Instituciones, podían contratar entre sí o con empresas cuyo capital pertenezca, por lo menos las dos terceras partes a entidades de derecho público o de derecho privado con finalidad social o pública, sin licitación o concurso de ofertas. En estos contratos no se exigirán las garantías establecidas en la Ley.

Se estableció igualmente un régimen de excepción a los procedimientos precontractuales, para la celebración de los siguientes contratos:

- ❖ Aquellos cuya cuantía no exceda de la base establecida para el concurso de ofertas;
- ❖ Los que sean necesarias para superar emergencias graves;
- ❖ Los provenientes de convenios con gobiernos extranjeros;
- ❖ Los calificados por el ministerio de Defensa Nacional, como necesarios para la seguridad nacional;
- ❖ Los de permuta, aun cuando uno de los bienes tenga un precio no inferior al cincuenta por ciento del otro;
- ❖ Los de préstamos;
- ❖ Aquellos cuyo objeto sea la ejecución de una obra artística, literaria o científica;
- ❖ Los de transporte de correo aéreo o marítimo, que se rigen por convenios ;
- ❖ Los de transporte marítimo, fluvial y aéreo, así como la de adquisición o arrendamiento de naves.
- ❖ Los de adquisición o arrendamiento de repuestos o implementos que se requieren para los equipos y maquinarias a cargo de las Instituciones determinadas.
- ❖ Los estudios, supervisión de obras, dirección técnica, auditoria y contabilidad y los de mas relativos a servicios profesionales especializados, que se adjuntaran previa calificación y selección de los interesados, sujeción a las disposiciones reglamentarias que para cada caso expida el Ministerio o entidad; y,
- ❖ Lo que por leyes especiales, están exonerados de la licitación o del concurso de ofertas.

La máxima autoridad del Ministerio o Entidad contratante tenía la responsabilidad en la celebración de los contratos a que se refiere este y en el cumplimiento de los requisitos legales para su perfeccionamiento y ejecución.

Adicionalmente se estipuló que se sometían únicamente a concurso de ofertas si por su cuantía debieran sujetarse a este procedimiento o al de licitación, los siguientes contratos:

- ❖ Los de construcción de viviendas de de interés social calificadas como tales por la Junta Nacional de la Vivienda.
- ❖ Las relacionadas con obras de urbanización y la provisión de los servicios en los terrenos donde se construirán viviendas.
- ❖ Los de construcción de caminos vecinales, calificados como tales por el Ministerio de Obras Publicas y la reparación y manteniendo de vías públicas:

Ciertamente no se explica la razón de esta disposición, pues si ya se había delimitado la cuantía para la selección del procedimiento, hacer otra excepción solo para estos contratos no parece coherente.

Se establecieron reglas para la recepción definitiva, así, en los contratos de ejecución de obras, el acta de recepción definitiva se suscribirá después de transcurridos seis mese de la recepción provisional y en los de adquisición de bienes o prestación de servicios, el acta de recepción definitiva se suscribirá dentro del plazo establecido en el contrato que no podrá ser menor de treinta días.

Todas las controversias de los contratos celebrados por Estado y las instituciones de derecho público y de derecho privado con finalidad social o pública se ventilarán en juicio verbal sumario sin perjuicio de la jurisdicción coactiva si fuere el caso.

2.2.2 PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN

Al igual que en la primera normativa, se estableció la existencia de los comités de licitaciones y concurso de Ofertas, debiendo destacar que en el caso de los Ministerios, estaba integrado por el Ministro o su delegado; El Ministro de Industrias, Comercio e Integración o su delegado; El Contralor General del Estado o su delegado; El asesor Jurídico del Ministerio; y, Dos técnicos en el correspondiente ramo uno por el Ministro y otro perteneciente a la Asociaciones Profesionales Legal mente reconocidas; (Artículo 22); Cada Ministerio o Institución tenía la facultad de reglamentar el funcionamiento del Comité de Licitación y Concurso de Ofertas. Los miembros de los comités, los funcionarios que hubieren elaborado las bases y los integrantes de las Comisiones Técnicas, eran personal y responsables por sus acciones u omisiones, cuando estas puedan ser calificadas de dolosas o negligentes.

Previo al inicio de cualquier procedimiento de contratación, el Ministerio o la entidad respectiva previamente a la convocatoria obtendrá una certificación del Ministerio de finanzas o del correspondiente Director Financiero, Tesorero o Pagador, en la que se acredite que existe o existirán los recursos suficientes para el cumplimiento de las obligaciones o pagos que origine el contrato a celebrarse. De igual manera se estableció la obligatoriedad de disponer de estudios, especificaciones generales y técnicas, presupuesto y plazos estimados, y demás documentos que se consideren necesarios.

Otro punto a destacar es la incorporación obligatoria del porcentaje mínimo de los bienes de origen racional que deben constar en la oferta.

El proyecto de contrato, juntamente con el acta de adjudicación y la oferta de adquisición y la oferta de adjudicación se sometían a informes del Procurador General del Nación y del Contralor General de la Nación, salvo los del Instituto de Seguridad Social que se sometían a informes del Procurador y del Contralor de la propia Institución; Obtenidos los informes o vencido el termino se procedía a la suscripción del contrato, tomando en cuenta las observaciones que los funcionarios informantes hubiesen formulado.

2.2.3 DE LA CONTRATACIÓN

Se otorgaran por escritura pública los contratos licitados o concursados y todos aquellos que por su naturaleza requerían de ese requisito; Si no se celebraba el contrato por culpa del adjudicatario, el funcionario correspondiente sin otro tramite, debía hacer efectiva la garantía de seriedad de la propuesta, sin que el adjudicatario tenga derecho a reclamación alguna y la entidad podía celebrarlo con el proponente que seguía en el orden de preferencia establecido en el acta de adjudicación, siempre que la propuesta, convenga a los intereses de la institución.

Si el contrato no se celebrase por culpa de la Entidad Contratante dentro del plazo indicado, el adjudicatario tenía derecho a demandar el pago de los perjuicios que le hubiere ocasionado la falta de contratación, a la entidad respectiva y solidariamente a su máxima autoridad. Dicha indemnización no podrá exceder del dos por ciento del valor del contrato no celebrado.

El adjudicatario por cuya culpa no se celebrare un contrato, así como el contratista que estuviere en mora o que no hubiere cumplido un contrato anterior celebrado con cualquier entidad no podrá intervenir en licitaciones o concurso de ofertas ni suscribir nuevos contratos con dichas entidades hasta después de dos años de satisfechas todas las obligaciones.

De haberse contratado una obra determinada y si fuere necesario continuarla, ampliarla o complementarla debido a causas imprevistas o técnicas presentas en ejecución, el Ministerio o la Institución respectiva podrá celebrar contratos complementarios, sin licitación ni concurso de ofertas, con el informe previo y favorable del Contralor General de la Nación.

Cuando se trata de adquirir bienes inmuebles, una vez que así lo hubiese resuelto la más alta autoridad del respectivo organismo o entidad se procedía a la declaratoria de utilidad pública o de interés social, de acuerdo con la Ley; Hecha la declaratoria de utilidad pública o de interés social, se procedía al juicio de expropiación, siempre que no fuere posible llegar a un acuerdo directo sobre el precio con los propietarios del inmueble. De haber dicho acuerdo, se lo formalizaba en la correspondiente escritura pública de compraventa.

Antes de firmar el contrato, para seguridad del cumplimiento de este y para responder por las obligaciones que contrajeran a favor de terceros, relacionadas con el contrato, los contratistas debían rendir una garantía equivalente al cinco por ciento del valor del contrato.

2.3 LEY DE CONSULTORÍA (1989) CODIFICACIÓN (2004)

Ley 15, expedida por el Congreso Nacional y publicada en el Registro Oficial 136 el 24 de febrero de 1989, sustituida por Codificación No. 24, publicada en Registro Oficial 455 de 5 de noviembre de 2004.

2.3.1 GENERALIDADES

La consultoría y sus mecanismos de contratación se manejaron por cuerdas separadas a las leyes que regían la contratación, pública, entendiéndose por consultoría, la prestación de servicios profesionales especializados, que tengan por objeto identificar, planificar, elaborar o evaluar proyectos de desarrollo, en sus niveles de prefactibilidad, factibilidad, diseño u operación. Comprende, además, la supervisión, fiscalización y evaluación de proyectos, así como los servicios de asesoría y asistencia técnica, elaboración de estudios económicos, financieros, de organización, administración, auditoría e investigación; y, podía ser ejercida por personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras.

Las Compañías consultoras nacionales solo podían constituirse como compañías en nombre colectivo o de responsabilidad limitada; debían tener como objeto social exclusivo, la prestación de servicios en uno o varios de los campos determinados en el artículo 1 la Ley; Las personas jurídicas extranjeras, para ejercer actividades de consultoría, debían demostrar que existían en el país de su constitución como compañías consultoras y se inscribían en el Registro de Consultores, luego de domiciliarse en el Ecuador de conformidad con la Ley. Las compañías extranjeras que se hubieren registrado como consultoras no podían ejercer en el país ninguna otra actividad que no sea la consultoría.

Las Universidades y Escuelas Politécnicas podrán también ejercer la consultoría, de conformidad con las disposiciones legales o estatutarias que normen su vida jurídica.

2.3.2 DE LA CONTRATACIÓN

La celebración de contratos de consultoría se sujetaba a las siguientes disposiciones: a) Cuando el monto del contrato era inferior o igual al valor que resultare de multiplicar el coeficiente un cien milésimos por el monto del presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico, se podía celebrar el contrato sin necesidad de concurso; b) Cuando el monto estimado del contrato superaba el valor anterior y era inferior al valor que resulte de multiplicar el coeficiente cuatro cien milésimos por el monto del presupuesto inicial del Estado correspondiente al ejercicio económico, el contrato se podía adjudicar mediante concurso privado; y, c) Cuando el monto estimado del contrato era igual o superior al valor que resultaba de multiplicar el coeficiente cuatro cien milésimos por el monto del Presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico, el contrato se adjudicaba mediante concurso público.

No se requería de concurso privado ni público, para la celebración de los necesarios para superar emergencias graves como accidentes, terremotos, inundaciones, sequías y otras que provengan de fuerza mayor o caso fortuito; Los calificados por autoridad competente como necesarios para la seguridad nacional; y, los que por leyes especiales estén exonerados del requisito de concurso.

Se creó el Comité de Consultoría, como el organismo encargado de establecer las políticas para el desenvolvimiento, desarrollo y promoción de la consultoría nacional.

Toda persona natural o jurídica, nacional o extranjera, para poder ejercer actividades de consultoría en el Ecuador, debía inscribirse en el registro a cargo de la Secretaría Técnica del Comité de Consultoría.

2.4 LEY DE CONTRATACIÓN PÚBLICA (1990) CODIFICACIÓN (2001)

Ley 95, expedida por el Congreso Nacional y publicada en el Registro Oficial 501 el 16 de Agosto de 1990, sustituida por Codificación No. 000, publicada en Registro Oficial 272 de 22 de Febrero del 2001.

2.4.1 GENERALIDADES

Se sujetaban a las disposiciones de dicha Ley el Estado y las entidades del sector público, conforme la definición de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, para la contratación de obras, la adquisición de bienes, así como la prestación de servicios no regulados por la Ley de Consultoría.

Bajo el título de régimen especial se creó un régimen de excepción a la Ley, primero para las instituciones del sector público respecto a las cuales una Ley especial así lo haya dispuesto; los contratos de adquisición de insumos médicos, fármacos y material quirúrgico,

que celebren las entidades del sector público, incluido el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, que presten servicios de salud; los que celebren las empresas a las que se refiere el número 5 del artículo 383 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, dentro del giro normal de sus negocios, ni aquéllos cuyo objeto sea la ejecución de actividades de comunicación social destinadas a la información de las acciones del Gobierno Nacional o las entidades del sector público.

2.4.2 PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN

Al igual que en las anteriores normativas de contratación pública, se mantuvo para la adquisición de bienes muebles, la ejecución de obra, prestación de servicios no regulados por la Ley de Consultoría, el arrendamiento mercantil, la Licitación si la cuantía superaba el valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,00004 por el monto del presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico; y, el Concurso Público de Ofertas si la cuantía no excedía del valor antes referido pero superaba el valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,00002 por el monto del presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico.

La adquisición de bienes muebles, la ejecución de obra, y la prestación de servicios no regulados por la Ley de Consultoría, cuya cuantía sea inferior al valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,00002 por el monto del presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico, no se sujetaban a los procedimientos precontractuales previstos en dicha Ley, pero si a las normas reglamentarias pertinentes que para el efecto dictaría cada uno de los organismos contratantes.

Adicionalmente al régimen de excepción, se exoneró de los procedimientos precontractuales los contratos necesarios para superar emergencias graves que provengan de fuerza mayor o caso fortuito y que sólo sirvan para solucionar los daños que aquéllas hayan producido o prevenir los que puedan suscitar; Los requeridos para la ejecución de proyectos prioritarios que se celebren en aplicación de convenios con Gobiernos extranjeros o por organismos multilaterales de los cuales el Ecuador sea miembro; y, los requeridos para la ejecución de obras, prestación de servicios o adquisición de bienes que se celebren con financiamiento de créditos otorgados por el sector privado, en base a un pedido formal del Gobierno del Ecuador; los calificados por el Presidente de la República como necesarios para la seguridad interna y externa del Estado, y cuya ejecución esté a cargo de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional; los de permuta, aún cuando el valor de uno de los bienes exceda hasta en un veinte por ciento del asignado al otro y el correspondiente propietario se obligue al pago de la diferencia; aquéllos cuyo objeto sea la ejecución de una obra artística, literaria o científica; los de transporte de correo internacional, que se rigen por los Convenios de la Unidad Postal Universal, Unidad Postal de las Américas y España; y, los de transporte interno de Correo, que se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias dictadas para el efecto; aquéllos cuyo proceso precontractual establecido en esta Ley fuere declarado desierto después de la reapertura y fueren calificados como urgentes por el Presidente de la República; los de adquisición de repuestos o accesorios que se requieran para el mantenimiento de equipos y maquinarias a cargo de las instituciones públicas; los que, por leyes especiales, hubiesen estado exonerados de licitación de concursos públicos de ofertas y privado de precios; los de adquisición de bienes respecto a los cuales se comprobaren que son únicos en el mercado, que tienen un sólo proveedor o que implican la utilización de patentes o marcas exclusivas y que no admiten alternativa de solución; y, los que celebre el Estado con entidades del sector público, estas entre sí, o aquél o estas con empresas cuyo capital suscrito

pertenezca, por lo menos en las dos terceras partes, a entidades de derecho público o de derecho privado, con finalidad social o pública.

También se mantuvo la figura del Comité de Contrataciones y se dispuso su integración en los ministerios y subsecretarías regionales con presupuesto descentralizado, los organismos adscritos y en otras entidades.

También se mantuvo la obligación de contar con los estudios completos y definitivos como requisito previo para iniciar cualquier procedimiento precontractual, así como también la certificación que acredite que existe o existirán recursos suficientes y disponibilidad de fondos, de conformidad con el artículo 58 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control.

Los documentos precontractuales debían adquirirse previo el pago de inscripción, que era fijado en cada caso. y solo quienes hubiesen adquirido los documentos precontractuales podían pedir, por escrito, al Comité aclaraciones sobre estos documentos, hasta la mitad, del término previsto para la presentación de las ofertas.

2.4.3 DE LA CONTRATACIÓN

En esta norma se reguló las capacidades, inhabilidades y nulidades para contratar, así, se concedió la capacidad para contratar a los ministros y directivos máximos de Organismos del Estado que tengan presupuesto descentralizado.

En cuanto a las inhabilidades generales, se estableció que no podían celebrar contratos con el Estado o con entidades del sector público el Presidente, el Vicepresidente de la República, los ministros de Estado, los legisladores, los presidentes o representantes legales de entidades del sector público con ámbito de acción nacional, los prefectos, alcaldes y presidentes de Concejo; quienes se hubieren negado a celebrar contratos con el Estado o las entidades del sector público; inhabilidad que se extiende hasta tres años después de haberse hecho efectiva la garantía de seriedad de la oferta; los que hubieren incumplido contratos celebrados con el Estado o con entidades del sector público, dando lugar a la terminación unilateral de los mismos; inhabilidad que se extiende hasta cuatro años después de haberse hecho efectiva la garantía de fiel cumplimiento; quienes hayan celebrado contratos estando inhabilitados; inhabilidad que se extiende hasta tres años después de haberse declarado la nulidad de dicho contrato; y, los deudores morosos del Banco Nacional de Fomento.

En cuanto a las inhabilidades especiales, no podían celebrar contratos con la entidad del sector público contratante los consejeros provinciales y los concejales, en su respectiva jurisdicción; las personas naturales o jurídicas que hubieren hecho los estudios y diseño o elaborado los proyectos de obras de ingeniería o arquitectura; y, los que hubieren establecido las especificaciones de los bienes a adquirirse; los miembros de directorios u organismos similares o del Comité de Contrataciones de la institución convocante, sus cónyuges o parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad; los funcionarios o empleados públicos que hayan intervenido en la etapa precontractual y que con su acción u omisión pudieren resultar favorecidos, sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, así como las compañías o sociedades jurídicas o de hecho en las que tales servidores, su cónyuge o sus parientes hasta el tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad sean titulares de más del veinte por ciento del capital o tengan intereses similares;

y, los que de manera directa hayan estado vinculados con la elaboración, revisión o aprobación de los documentos precontractuales, relacionados con el contrato a celebrarse.

Si se llegase a celebrar un contrato contra expresa prohibición de dicha Ley, la máxima autoridad de la entidad podía declarar en forma anticipada y unilateral la terminación del contrato, sin que proceda reconocer indemnización alguna al contratista.

Adicionalmente se regularon los casos de nulidad de contrato por las causas de nulidad general de los contratos; cuando no se hubieren solicitado los informes requeridos por la Ley; cuando solicitados los informes, se hubiere celebrado el contrato sin uno o varios de ellos, antes de haberse vencido el término previsto para expedirlos; si en el contrato no se recogieren las observaciones formuladas por los funcionarios informantes; y, cuando se hubiesen celebrado pese a que uno de los informes previstos en el artículo 65 fuere negativo. En estos casos, el Contralor o el Procurador General del Estado, tan pronto tengan conocimiento de cualquiera de estas irregularidades demandarán la nulidad del contrato, sin perjuicio de las responsabilidades administrativa, civil o penal de los funcionarios por cuya culpa se hubiere causado la nulidad.

A más de la garantía para presentar ofertas requerida para asegurar la celebración del contrato, se establecieron: la de fiel cumplimiento del contrato, para seguridad del cumplimiento del contrato y para responder de las obligaciones que contrajeran a favor de terceros, relacionadas con el contrato, como requisito previo a la firma del contrato, por un monto equivalente al cinco por ciento de su valor; de buen uso del anticipo, por igual valor del anticipo, que se reducirán en la proporción que se vaya amortizando aquél o se reciban

provisionalmente los bienes; y, la garantía técnica a ser emitida por el fabricante, en los contratos de adquisición, provisión o instalación de equipos, maquinaria o vehículos, o de obras que contemplen aquélla provisión o instalación, para asegurar la calidad y buen funcionamiento de los mismos, la que se mantendrá vigente de acuerdo con las estipulaciones establecidas en el contrato; salvo para los contratos que celebren el Estado con entidades del sector público, estas entre sí, o aquél o estas con empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en las dos terceras partes a entidades de derecho público o de derecho privado con finalidad social o pública.

Se regularon las distintas formas de recepción y los procedimientos a seguir para cada caso, en los contratos de adquisición de bienes y de prestación de servicios, existía una sola recepción, con los efectos de recepción definitiva; en los de obra existía la recepción provisional y la recepción definitiva.

Se reguló también el reajuste de precios en los contratos de ejecución de obras, adquisición de bienes o de prestación de servicios, cuya forma de pago corresponda al sistema de precios unitarios; también se normó lo relacionado a contratos complementarios, en el caso de que fuere necesario ampliar, modificar o complementar una obra determinada debido a causas imprevistas o técnicas presentadas con su ejecución, o cuando para la adecuada ejecución de una obra fuere necesaria la creación de nuevos rubros.

Se establecieron las causas de terminación de los contratos: Por cumplimiento de las obligaciones contractuales; por mutuo acuerdo de las partes; por sentencia ejecutoriada que declare la nulidad del contrato; por declaración unilateral del contratante, en caso de

incumplimiento del contratista; por sentencia ejecutoriada que declare la resolución del contrato, a pedido del contratista; y, por muerte del contratista o por disolución de la persona jurídica contratista que no se origine en decisión interna voluntaria de los órganos competentes de tal persona jurídica.

Se estableció que de existir dificultades no solventadas dentro del proceso de ejecución tanto con el contratista, como con el contratante o de ambas partes, o de común acuerdo, podrán utilizar los procesos de arbitraje y mediación que lleven a solucionar sus diferencias, de conformidad con la cláusula establecida en el contrato; y, en caso de surgir controversias en que las partes no concuerden someterlas a los procedimientos de mediación y arbitraje y decidan ir a sede judicial, el procedimiento se lo ventilará ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo aplicando para ello la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

CAPÍTULO III

3.1 LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA (LOSNCP)

La entrada en vigencia de la LOSNCP constituye un nuevo esfuerzo por modernizar, dinamizar y transparentar la contratación pública en el Ecuador, introduce nuevas variantes de contratación, incorpora el uso de herramientas informáticas, crea un organismo rector del sistema y en general busca unificar los procedimientos para todas las entidades públicas y privadas que utilicen recursos públicos.

Por primera vez se dimensiona a la Contratación Pública como un “Sistema Nacional de Contratación Pública (SNCP)”, al que se define como 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 Contratantes.

Por lo señalado, en aras de contribuir de alguna manera al esfuerzo realizado, en este capítulo procuraré realizar un análisis de la norma, sus fortalezas y debilidades; y, especialmente de cada uno de los puntos destacables y controversiales allí contenidos.

3.1.1 ASPECTOS RELEVANTES

3.1.1.1 OBJETO

En cuanto al Objeto, cabe destacar que incorpora, además de los principios y normas para la contratación de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, los principios y normas para la contratación de consultoría que anteriormente se manejó por separado, al amparo de la Ley de Consultoría, que constituía todo un sistema paralelo con su propia organización y estructura administrativa.

Decimos que esto es destacable, por cuanto no existía ni existe una razón conceptual o de fondo que justifique por qué la consultoría debía tener un tratamiento diverso, por el contrario es evidente que la consultoría es parte esencial de la contratación pública y por tanto su integración en el sistema es absolutamente acertada.

3.1.1.2 ÁMBITO

A lo largo de la evolución normativa en materia de Contratación Pública, salvo en su inicio que fue muy abierto, quizá en exceso, su ámbito alcanzaba a aquellas instituciones que formaban parte del Estado y como extra a las personas jurídicas creadas por la constitución, la Ley o acto legislativo seccional para la prestación de servicios públicos, conforme se desprende del siguiente detalle:

- ❖ Los organismos y dependencias de las Funciones del Estado.
- ❖ Los organismos Electorales.

- ❖ Los organismos de Control y Regulación.
- ❖ Las entidades que integran el Régimen Seccional Autónomo.
- ❖ Los organismos y entidades creados por la Constitución o la Ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado.
- ❖ Las personas jurídicas creadas por acto legislativo seccional para la prestación de servicios públicos;

Menciono esto, por cuanto en el mundo entero y Ecuador no fue la excepción, se dio un fenómeno conocido como la huida del derecho administrativo, fenómeno por el que, organismos públicos se transformaron o adoptaron figuras de derecho privado, a fin de funcionar como tales, liberándose de la rigidez que se atribuye al derecho público, no obstante de ejercer funciones públicas y manejar recursos públicos. Es así que se crearon sociedades anónimas, fundaciones, corporaciones, fideicomisos y en general toda clase de figuras del derecho privado, a quienes se les transfirieron recursos públicos para que presten servicios, ejecuten obras y hagan todo cuanto le correspondía a la administración pública, pero bajo la figura del derecho privado, pretendiendo de esta manera eludir los controles a los que están sometidos los recursos públicos.

Esta huida del derecho administrativo tiene su mayor impacto en materia de contratación pública, puesto que, los procedimientos de contratación, siempre han sido vistos como complicados, lentos y en general como un obstáculo para el efectivo cumplimiento de los objetivos de las entidades públicas, mientras que la dinamia de la contratación privada ha sido objeto de admiración y celo por parte de los administradores de lo público, quienes se

han sentido en desventaja frente a los administradores de lo privado y así han justificado su poca eficiencia al momento de presentar los resultados de sus gestiones.

Procurando ser objetivos, es justo reconocer que los procedimientos de contratación pública han tenido y tienen siempre una mayor complejidad que los procedimientos privados, no obstante en la misma línea, debemos también entender por qué. ¿Qué diferencia existe entre lo público y lo privado que justifica la existencia de estos procedimientos?. Probablemente aquí está la clave, los recursos privados les o nos pertenecen directamente o les o nos han sido confiados por sus dueños, mientras tanto los recursos públicos son de todos y su administración no les ha sido confiada por la colectividad, sino que les corresponde administrar en el ejercicio de una función o en el desempeño de un cargo público. Aunque la primera cuestión a resolver es si el Estado, atendiendo a la esencia de sus funciones, debe o no debe manejar determinados recursos o suscribir u ocuparse de la contratación de temas que deberían o bien podrían ser contratados por sujetos de derecho privado.

Por todo lo antes señalado, vale destacar el alcance del ámbito de la LOSNCP, puesto que, más allá de la figura legal que utilice la Entidad Contratante (de derecho público o privado), abarca a todos quienes utilicen recursos públicos, así tenemos:

- ❖ Las corporaciones, fundaciones o sociedades civiles integradas o conformadas mayoritariamente por cualquiera de los organismos y entidades antes señaladas siempre que su capital o los recursos que se le asignen, esté integrado en el cincuenta (50%) por ciento o más con participación estatal;

- ❖ Las compañías mercantiles cualquiera hubiere sido o fuere su origen, creación o constitución siempre que su capital, patrimonio o los recursos que se le asignen, esté integrado en el cincuenta (50%) por ciento o más con participación estatal;

Importante esfuerzo, puesto que, mediante estos mecanismos durante mucho tiempo se esquivó o al menos se debilitó el control del uso de dichos fondos, que fueron dispuestos por los administradores de turno como si se tratase de recursos propios, en algunos casos con probidad y transparencia, pero en otros, quizá la mayoría fueron utilizados en beneficio propio o de terceros involucrados.

3.1.1.3 OBJETIVOS DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

- ❖ Garantizar la calidad del gasto público y su ejecución en concordancia con el Plan Nacional de Desarrollo;
- ❖ Garantizar la ejecución plena de los contratos y la aplicación efectiva de las normas contractuales;
- ❖ Garantizar la transparencia y evitar la discrecionalidad en la contratación pública;
- ❖ Convertir la contratación pública en un elemento dinamizador de la producción nacional;
- ❖ Promover la participación de artesanos, profesionales, micro, pequeñas y medianas empresas con ofertas competitivas, en el marco de la LOSNCP;
- ❖ Agilizar, simplificar y adecuar los procesos de adquisición a las distintas necesidades de las políticas públicas y a su ejecución oportuna;

- ❖ Impulsar la participación social a través de procesos de veeduría ciudadana que se desarrollen a nivel nacional, de conformidad con el Reglamento;
- ❖ Mantener una sujeción efectiva y permanente de la contratación pública con los sistemas de planificación y presupuestos del Gobierno central y de los organismos seccionales;
- ❖ Modernizar los procesos de contratación pública para que sean una herramienta de eficiencia en la gestión económica de los recursos del Estado;
- ❖ Garantizar la permanencia y efectividad de los sistemas de control de gestión y transparencia del gasto público; y,
- ❖ Incentivar y garantizar la participación de proveedores confiables y competitivos en el SNCP.

Me he permitido destacar estos objetivos, por cuanto a más de los obvios relacionados con la modernización, buen uso, transparencia y optimización de los fondos públicos, se ha incorporado objetivos que antes no fueron contemplados, tales como la de entender a la Contratación Pública como un factor dinamizador de la producción nacional, hecho que en principio es loable considerando el volumen de contratación del Estado y que de aplicarse correctamente debe cumplir con seguridad ese objetivo, para ello además de la declaración se han incorporado disposiciones que dan ventaja competitiva a los productos nacionales o simplemente excluyen a los importados cuando hay oferta nacional, no obstante hay que preguntarse si en este esfuerzo no se estaría sacrificando el interés público de contar con bienes y servicios de calidad, contrariando por tanto uno de los principios que rigen la contratación pública; la promoción de la participación en la Contratación Pública de artesanos, profesionales, micro, pequeñas y medianas empresas, para lo que, igualmente se han

incorporado una serie de disposiciones que dan ventajas competitivas a su participación y en algunos casos la restringe exclusivamente a estos; y, la sujeción efectiva y permanente de la contratación pública con los sistemas de planificación y presupuestos del Gobierno central y de los organismos seccionales, hecho plausible puesto que busca que la inversión pública sea no solo correcta, sino orientada al cumplimiento de los objetivos contemplados en la planificación pública, no obstante es preciso señalar que a pesar de los esfuerzos realizados en este sentido, aún podemos evidenciar que se continua contratando sin responder a una real planificación.

3.1.1.4 SERVICIO NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

Inicialmente denominado Instituto Nacional de Contratación Pública, constituye una de las novedades positivas de esta la LOSNCP, pues es la primera ocasión en que se cuenta con un ente rector de las compras públicas en Ecuador, llamado por tanto a ser el gran organizador del sistema de contratación pública, para lo que se lo creó como un Organismo de derecho público, técnico y autónomo, con personalidad jurídica propia y autonomía administrativa, técnica, operativa, financiera y presupuestaria; y, se le dotó de una serie de atribuciones que en principio deberían darle la fuerza suficiente para ejercer su rectoría.

3.1.1.4.1 ATRIBUCIONES:

- ❖ Asegura y exige cumplimiento objetivos SNCP.
- ❖ Promueve y ejecuta la política de contratación pública.
- ❖ Establece lineamientos y formula planes de contratación.
- ❖ Administra el Registro Único de Proveedores (RUP).

- ❖ Desarrolla y administra el portal www.compraspublicas.gob.ec.
- ❖ Administra procedimientos para certificación de producción nacional y autoriza importaciones por parte del Estado.
- ❖ Establece y administra catálogos de bienes y servicios normalizados.
- ❖ Expide modelos obligatorios de documentos precontractuales.
- ❖ Dicta normas administrativas, manuales e instructivos relacionados con la LOSNCP.
- ❖ Capacita y asesora en materia de implementación de instrumentos y herramientas.
- ❖ Evalúa los resultados e impactos del SNCP.

Si bien va a ser parte de un desarrollo posterior cuando plantee conclusiones y recomendaciones, no puedo dejar de mencionar que uno de los graves defectos que, en mi criterio, adolece la nueva normativa, es que, al organismo Rector del Sistema Nacional de Contratación Pública (SNCP) no se le haya dado la capacidad de realizar un control concurrente de los procesos ejecutados dentro del sistema, es así que, no tiene competencia expresa para anular o al menos suspender un proceso de contratación pública, aún cuando tenga plena evidencia de la existencia de causales suficientes para hacerlo, lo que ha restado fuerza para el ejercicio de la rectoría a su cargo, aunque en la reforma a la LOSNCP producida mediante Ley No. 0, publicada en Registro Oficial Suplemento 100 de 14 de Octubre del 2013, se faculta de alguna manera este control concurrente a través de la figura del reclamo motivado ante el Servicio Nacional de Contratación Pública, quién podrá disponer la suspensión temporal del proceso, sugerir medidas necesarias para rectificar el proceso y, de ser el caso, la suspensión definitiva del procedimiento precontractual.

Siempre se dirá que la función de control le corresponde a la Contraloría General del Estado, lo cual es correcto, de hecho no es la idea sustituir a dicha entidad con el SERCOP, sin embargo el control concurrente al que hago referencia no está orientado a sancionar sino a prevenir el cometimiento de errores de buena o mala fe que podrían evitarse con la oportuna intervención del SERCOP, con lo que, se evitaría enormes perjuicios para el Estado que posteriormente, más allá de las sanciones a los responsables, jamás podrán resarcirse.

3.1.1.5 REGISTRO ÚNICO DE PROVEEDORES (RUP)

El Registro Único de Proveedores RUP constituye la base de datos de los proveedores calificados de obras, bienes y servicios para las instituciones del estado y es otra de las innovaciones destacables de la nueva LOSNCP, puesto que sustituyó el anacrónico sistema por el que, cada Entidad Contratante manejaba su propio registro de proveedores y año a año podíamos observar las convocatorias de cada entidad a los interesados en registrarse, para que cumpliendo con los requisitos que a cada entidad se le ocurrían, pudiesen pasar a formar parte del selecto grupo de proveedores de esta o aquella entidad.

3.1.1.5.1 OBTENCIÓN DEL RUP

El proceso de registro de proveedores en el Portal consta de 8 sencillos pasos que consisten en proporcionar la información requerida para poder entrar a formar parte de los proveedores del Estado y demás entidades contempladas en el ámbito de la LOSNCP.

Una vez realizada la inscripción electrónica, el Proveedor entrega la documentación en el Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP), acorde al reporte del sistema,

tanto personas Naturales como Jurídicas; y, de estar completa el SERCOP entregará el Comprobante de registro, quedando inmediatamente autorizado para contratar con las entidades sujetas al ámbito de la LOSNCP, en todos aquellos rubros en que se haya registrado y obtenido su habilitación.

3.1.1.5.2 BENEFICIOS DEL RUP

Entre los beneficios que resultan de la existencia del RUP, podemos mencionar los siguientes:

- ❖ Inscripción de los proveedores vía Internet;
- ❖ Una sola habilitación por parte del SERCOP;
- ❖ Se cuenta por primera vez con un inventario de la capacidad nacional de producción;
- ❖ Registro remoto con información centralizada;
- ❖ Identificación de la producción nacional;
- ❖ Determinación de capacidad técnica o experiencia de la consultoría nacional;
- ❖ Interconexión con otros sistemas (SRI, MEF, Superintendencia de Compañías, IESS);
- ❖ Renovación anual;
- ❖ Registro de proveedores incumplidos, actualizado y de fácil acceso.

3.1.1.5.2.1 PARA LAS ENTIDADES CONTRATANTES:

Adicionalmente, existen beneficios directos para las entidades contratantes, tales como:

- ❖ No más gastos en publicaciones de convocatorias;
- ❖ Ahorro en personal y tiempo que debía destinarse a la calificación y registro de proveedores en el anterior sistema;
- ❖ Incremento sustancial de la oferta de proveedores;
- ❖ Se elimina la discrecionalidad en la invitación a proveedores, el sistema lo hace automáticamente.

3.1.1.5.2.2 PARA LOS PROVEEDORES:

De igual manera, existen beneficios directos para los proveedores del estado, tales como:

- ❖ Un solo registro para todo el sector público y demás entidades contempladas en el ámbito de la LOSNCP;
- ❖ Ahorro en trámites y tiempo frente al registro anterior en cada Entidad Contratante;
- ❖ Registro vía Internet, y un solo trámite personal;
- ❖ Actualización automática y permanente;
- ❖ Participa de las oportunidades del mercado estatal.

3.1.1.6 PORTAL DE COMPRAS PÚBLICAS

Para la implementación del sistema, se creó la página web www.compraspublicas.gob.ec, de uso obligatorio para las entidades sometidas a la LOSNCP, administrada por el SERCOP, misma que contiene, entre otras, el RUP, el Catálogo

Electrónico, el listado de las instituciones y contratistas del SNCP, informes de las entidades contratantes, estadísticas, contratistas incumplidos, la información sobre el estado de las contrataciones públicas y constituye el único medio empleado para realizar todo procedimiento electrónico relacionado con un proceso de contratación pública, de acuerdo a las disposiciones de la LOSNCP, su Reglamento y las regulaciones del SERCOP, adicionalmente integra mecanismos de capacitación en línea para los actores del sistema.

3.1.1.6.1 PUBLICACIONES DEL PORTAL

El portal de compras públicas, constituye además una excelente herramienta de información aunque no siempre de transparencia, puesto que en él se deben publicar de manera obligatoria entre otras: El Plan Anual de Contrataciones de las entidades sujetas al ámbito de la LOSNCP; los expedientes de cada contratación: Pliegos, convocatorias, preguntas, aclaraciones y modificaciones de los Pliegos, adjudicación, contratos, reportes de avance, y actas de recepción provisional y definitiva; los indicadores de gestión de las contrataciones de las entidades sujetas al ámbito de la LOSNCP; las resoluciones de emergencias y los informes de las contrataciones realizadas, presupuestos y resultados en situaciones de emergencia de las entidades sujetas al ámbito de la LOSNCP; y, el Registro de Proveedores incumplidos.

Es muy importante que la publicación de esta información sea permanentemente monitoreada y exigida a las instituciones contempladas en el ámbito de la LOSNCP, pues solo así podrá ser un mecanismo de control y transparencia, especialmente en lo que concierne a los regímenes de excepción, que tradicionalmente han sido mal utilizados, convirtiéndose en algunos casos en la regla y no en la excepción.

3.1.1.7 PLAN ANUAL DE CONTRATACIÓN (PAC)

Todas las entidades contratantes, para cumplir con los objetivos del Plan Nacional de Desarrollo, sus objetivos y necesidades institucionales, formularán su Plan Anual de Contratación (PAC) de conformidad con el presupuesto correspondiente, a la planificación plurianual de la institución y de ser del caso al Presupuesto General del Estado.

El PAC será publicado obligatoriamente en la página web de la Entidad Contratante dentro de los 15 días del mes de enero de cada año e inter operará con el portal de compras públicas. De existir reformas al PAC, estas deberán ser publicadas siguiendo el mismo mecanismo.

3.1.1.8 ESTUDIOS:

Antes de iniciar un procedimiento precontractual, la entidad deberá contar con los estudios y diseños completos, definitivos y actualizados, planos y cálculos, especificaciones técnicas, debidamente aprobados por las instancias correspondientes, vinculados al Plan Anual de Contratación de la entidad. Como condición previa a su aprobación e inicio del proceso contractual, el análisis de desagregación tecnológica o de Compra de Inclusión, según corresponda, de acuerdo a lo determinados por el SERCOP.

La máxima autoridad de la Entidad Contratante y los funcionarios que hubieren participado en la elaboración de los estudios, en la época en que éstos se contrataron y aprobaron, tendrán responsabilidad solidaria junto con los consultores o contratistas, si fuere

del caso, por la validez de sus resultados y por los eventuales perjuicios que pudieran ocasionarse en su posterior aplicación.

3.1.1.9 PRESUPUESTO:

Las entidades previamente a la convocatoria, deberán certificar la disponibilidad presupuestaria y la existencia presente o futura de recursos suficientes para cubrir las obligaciones derivadas de la contratación.

El Reglamento establecerá las formas en que se conferirán las certificaciones o los mecanismos electrónicos para la verificación a que se refiere el inciso anterior.

3.1.1.10 PARTICIPACIÓN NACIONAL:

Constituye uno de los temas controversiales de la actual LOSNCP, pues existen disposiciones concretas en los diferentes procedimientos de contratación que establecen en unos casos ventajas competitivas a la participación local y nacional; y, en otros directamente excluyen a aquellos proveedores que no se encuentran dentro de la calificación de proveedor locales o nacional, según corresponda, según el proceso de que se trate, conforme lo veremos en cada caso, en todo caso es muy discutible el hecho de crear mecanismos de protección a la producción nacional, que usualmente han tenido como resultado el estancamiento de la propia producción “protegida” por la ausencia de competencia, todo lo que, termina siendo contrario al objeto que motivó su aplicación.

Para la correcta aplicación de dicha normativa, en el proceso de registro se debe declarar el domicilio principal del proveedor, mismo que se considera para efecto de las invitaciones en los casos que solo se contemple a proveedores locales, así como también el porcentaje de participación nacional en los ítems en que haya obtenido su calificación en el RUP. Adicionalmente el SERCOP ha regulado mediante Resoluciones de aplicación general, los parámetros para calificar a un proveedor como nacional y se ha incluido en los pliegos de contratación, formularios en que se hace una declaración juramentada desglosando el porcentaje de participación nacional de la oferta en cada proceso.

En el caso de adquisición de bienes mediante el procedimiento de Subasta Inversa, en los modelos de uso obligatorio se incluyó una disposición por la que, la máxima autoridad de la entidad contratante, en la calificación de participantes, determinará si existen ofertas cuyos componentes de esos bienes son de producción nacional con base en la información presentada por los proveedores. En este caso, solo se habilitará a los productores nacionales, quienes podrán participar en la puja. En el caso de ausencia de ofertas de producción nacional, la máxima autoridad de la entidad contratante habilitará a los proveedores extranjeros que han sido calificados.

3.1.1.11 CONTRATACIÓN PREFERENTE

En las contrataciones de bienes y servicios que se adquieren por procedimientos de cotización y menor cuantía, excepto los servicios de consultoría, se privilegiará la contratación con micros y pequeñas empresas, 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 Servicio Nacional de Contratación Pública, en los modelos correspondientes ha incluido disposiciones para el cumplimiento de este mandato y adicionalmente en el caso de la Subasta Inversa incorporó los parámetros para calificar el Origen Nacional de un bien, así como para un servicio u obra e incluyó el formulario denominado Declaración de Agregado Nacional, en el cual se debe indicar el porcentaje de agregado nacional del bien o servicio a ofertar, cuya información servirá para evaluar el origen del bien o servicio objeto de la contratación, de acuerdo a los parámetros antes señalados y mediante Resolución 044-2010 incluyó reformas al indicado formulario agregando además el Formulario 6 A denominado cálculo del porcentaje de valor agregado nacional respecto al costo de producción y la metodología para complementar dicho formulario. Finalmente, el sistema informático del Sistema Nacional de Contratación Pública habilita a los oferentes en el siguiente orden: 1.- Oferentes cuyo bien ofertado sea de origen nacional. 2.- De no existir oferta nacional, se habilitará a los oferentes de bienes de origen extranjero, esto es, si hay al menos un oferente que cumple los parámetros para ser calificado como producción nacional, automáticamente deja fuera de concurso a aquellos que no cumplen con dicha condición, situación que en mi opinión es excesiva, puesto que, en lugar de beneficiar al desarrollo de la industria nacional,

conseguirán su estancamiento, pues la competitividad es un factor determinante para alcanzar el verdadero desarrollo y por el contrario la falta de competencia desestimula la creatividad, búsqueda de eficacia y productividad, pues se sabe que se cuenta con un mercado cautivo sin necesidad de ningún esfuerzo, con el consiguiente perjuicio técnico y económico para las entidades contratantes que pagarán más por bienes de menor calidad.

3.1.1.12 ASOCIACIÓN PARA OFERTAR

Los oferentes inscritos en el RUP, sean personas naturales o jurídicas, podrán presentar sus ofertas individualmente, asociadas, o con compromiso de asociación o consorcio. De esto vale destacar que se acepta la presentación de ofertas mediante un compromiso de asociación o consorcio, hecho que es pertinente puesto que, no tenía sentido que se exija la asociación perfeccionada, por cuanto estas asociaciones o consorcios solo tienen un objetivo temporal vinculado con el cumplimiento de su oferta y del contrato en caso de resultar adjudicada; y, en caso de no resultar adjudicada no tiene razón de existir, razón por la que, constituía un desperdicio de recursos y tiempo por parte de los oferentes que se veían obligados a realizar trámites para constituir la asociación, obtener su Registro Único de Contribuyentes y demás formalidades requeridas para su perfeccionamiento, para luego tener que deshacer todo lo hecho al no ser adjudicadas.

Evidentemente en caso que la oferta presentada por un compromiso de asociación o consorcio resulte adjudicada, previo a la suscripción del contrato esta deberá perfeccionarse, cumpliendo con todas las formalidades requeridas para el efecto, para lo que se le concede un tiempo adicional para la suscripción del contrato; una vez constituida la asociación, se le asigna un RUP temporal, hasta el cumplimiento total de sus obligaciones contractuales.

3.1.1.13 CONSULTORÍA EXTRANJERA

También es destacable que la participación de la consultoría extranjera, se limite a los campos, actividades o áreas en cuyos componentes parciales o totales no existe capacidad técnica o experiencia de la consultoría nacional, determinadas por el SERCOP, para lo que se tiene que realizar un procedimiento de verificación de la no existencia de capacidad nacional; y, solo en el caso que se verifique que no existe capacidad nacional, se autoriza a la Entidad Contratante a invitar a consultores extranjeros y en ese caso la transferencia de tecnología a consultores o profesionales nacionales deberá constituir un factor de ponderación de las ofertas.

Decimos que es destacable, pues lamentablemente en muchos casos se prefería a consultores extranjeros, por el solo hecho de ser tales, relegando a la capacidad nacional, incluso a pesar de la diferencia de costos entre unos y otros.

3.1.1.14 MODELOS OBLIGATORIOS

Son obligatorios los modelos y formatos de documentos pre contractuales, y la documentación mínima requerida para la realización de un procedimiento precontractual y contractual publicados por el SERCOP; La Transitoria Primera del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (RGLOSNCOP), establecía que hasta el INCOP (ahora SERCOP) publique los modelos, será responsabilidad de cada Entidad Contratante su elaboración; esto ya ha sido superado, pues el SERCOP ha emitido los modelos de uso obligatorio mediante sendas Resoluciones de aplicación obligatoria, la primera de ellas la Resolución INCOP 010-2008 en que se establecieron los modelos para

Compra por Catálogo, Subasta Inversa Electrónica, Concurso Público de Consultoría, Lista Corta de Consultoría, Contratación Directa de Consultoría, Licitación para Obras, Licitación para Bienes y Servicios y la última la Resolución INCOP 055-2012 en que se emitió el modelo de pliegos para Ferias Inclusivas.

3.1.1.15 COMPRAS CORPORATIVAS

A fin de conseguir mejores condiciones de contratación y aprovechar economías de escala, dos o más entidades podrán firmar convenios interinstitucionales con el fin de realizar en forma conjunta un procedimiento de selección único, para la adquisición de bienes, ejecución de obras de interés común o prestación de servicios incluidos los de consultoría.

Una vez culminado el proceso de selección, si la contratación fuera divisible, se suscribirán contratos independientes entre cada entidad y el o los adjudicatarios.

3.1.1.16 VIGENCIA DE LA OFERTA

Las ofertas se entenderán vigentes durante el tiempo que para el efecto prevean los Pliegos precontractuales. En todo caso, la LOSNCP establece que, de no preverse el plazo de vigencia se entenderá que la oferta está vigente hasta la fecha de celebración del contrato, pudiendo prorrogarse el plazo previsto por disposición de la Entidad Contratante.

3.1.1.17 ESTUDIO DE DESAGREGACIÓN TECNOLÓGICA

Consiste en el estudio pormenorizado que debe realizar la Entidad Contratante en la fase pre contractual, sobre las características técnicas del proyecto y de cada uno de los componentes objeto de la contratación, en relación a la capacidad tecnológica del sistema productivo del país, con el fin de mejorar la posición de negociación de la Entidad Contratante, aprovechar la oferta nacional de bienes, obras y servicios acorde con los requerimientos técnicos demandados, y determinar la participación nacional, para lo que, el SERCOP de conformidad con lo establecido en la LOSNCP, ha emitido la Resolución INCOP 031-2009 en la que establece la metodología que deben aplicar las entidades contratantes contempladas en el ámbito de la LOSNCP, para realizar los estudios de desagregación tecnológica o de compra de inclusión, y las herramientas que estas entidades deberán utilizar en cumplimiento de las disposiciones de la LOSNCP que incentivan y promueven la participación nacional y local.

3.1.1.18 DIVULGACIÓN E INSCRIPCIÓN,

Los Pliegos contendrán toda la información requerida para participar en un proceso de provisión de obras, bienes o servicios, incluidos los de consultoría. (Planos, estudios, especificaciones técnicas, condiciones económicas, legales y contractuales)

Los Pliegos son públicos y su acceso es gratuito para cualquier persona a través del portal www.compraspublicas.gob.ec; no se cobrará valor alguno por derecho de inscripción (venta de bases). Únicamente, el oferente que resulte adjudicado, pagará a la entidad el valor previsto en forma previa en los pliegos, y con el cual se cubra exclusivamente los costos de

levantamiento de textos, reproducción y edición de los Pliegos, de ser el caso. De esta manera se terminó otra de las prácticas que se utilizaban para excluir a proveedores “indeseados” mediante la aplicación de pagos que en algunos casos resultaban absolutamente onerosos, solamente para poder tener acceso a los pliegos, lo que de hecho impedía la participación de muchos interesados que no podían cubrir tales costos, sabiendo que de no resultar adjudicados era dinero perdido.

3.1.1.19 PREGUNTAS Y ACLARACIONES

Los interesados pueden realizar preguntas y solicitar aclaraciones sobre los pliegos a la entidad convocante. Las preguntas, las aclaraciones, las respuestas y las modificaciones a los pliegos, en caso de existir, se publican en el portal www.compraspublicas.gob.ec, con lo que se garantiza que todos los posibles oferentes reciban la misma información y por ende estén en igualdad de condiciones al momento de presentar sus ofertas. Las preguntas y aclaraciones se realizarán en plazos preestablecidos en los mismos pliegos, de conformidad con la LOSNCP.

3.1.1.20 COMISIÓN TÉCNICA

Para cada proceso de contratación de Consultoría por lista corta o por concurso público, Subasta inversa, cuyo presupuesto referencial sea superior al valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0.000002 por el monto del Presupuesto Inicial del Estado, Licitación y, Cotización, se conformará la correspondiente Comisión Técnica integrada de la siguiente manera: 1. Un profesional designado por la máxima autoridad, quien la presidirá; 2. El titular del área requirente o su delegado; y, 3. Un profesional afín al objeto de la

contratación designado por la máxima autoridad o su delegado. Los miembros de la Comisión Técnica serán funcionarios o servidores de la Entidad Contratante.

Si la entidad no cuenta en su nómina con un profesional afín al objeto de la contratación, podrá contratar uno para que integre de manera puntual y específica la respectiva Comisión Técnica; sin perjuicio de que, de ser el caso, pueda contar también con la participación de asesoría externa especializada.

En la Comisión Técnica de Licitación intervendrá con voz pero sin voto, el Director Financiero y el Director Jurídico, o quienes hagan sus veces, o sus respectivos delegados y se designará al secretario de la misma de fuera de su seno.

La Comisión Técnica se reunirá con la presencia de al menos dos de sus miembros, uno de los cuales será obligatoriamente el Presidente, quien tendrá voto dirimente. Adoptará decisiones válidas por mayoría simple.

Los miembros de la Comisión Técnica no podrán tener conflictos de intereses con los oferentes; de haberlos, será causa de excusa.

Los informes de la Comisión Técnica que serán dirigidos a la máxima autoridad o su delegado incluirán el análisis correspondiente del proceso y la recomendación expresa de adjudicación o declaratoria de desierto del proceso.

Es importante destacar un hecho aparentemente simple pero que conlleva un cambio importante, cual es que, la máxima autoridad de la Entidad Contratante ya no forma parte de

la comisión Técnica, lo que permite la independencia de la Comisión respecto de la decisión final de la máxima autoridad que puede o no acoger su informe, asumiendo la responsabilidad de la decisión final de manera independiente, cosa que no sucedía cuando formaba parte de la Comisión, donde se convertía en Juez y Parte.

3.1.1.21 ADJUDICACIÓN

Corresponde a la máxima autoridad de la Institución o su delegado, la adjudicación de un contrato al oferente cuya propuesta represente el mejor costo, según el tipo de contratación, de acuerdo a lo definido en los números 17, 18 y 19 del artículo 6 de la LOSNCP; y, a los parámetros objetivos de evaluación previstos en cada procedimiento.

Vale la pena resaltar que ésta facultad implica la responsabilidad plena de la autoridad respecto de su determinación, por cuanto aún en los casos de la existencia de una Comisión Técnica, los informes emitidos por aquellas, no son vinculantes y por tanto pueden ser desechados, de manera motivada, por la máxima autoridad de la Institución o su delegado.

3.1.1.22 DECLARATORIA DE PROCEDIMIENTO DESIERTO

La máxima autoridad de la Entidad Contratante, siempre antes de resolver la adjudicación, declarará desierto el procedimiento de manera total o parcial, en los siguientes casos: Por no haberse presentado oferta alguna; Por haber sido inhabilitadas las ofertas presentadas por incumplimiento de las condiciones o requerimientos establecidos en los Pliegos; Por no celebrarse el contrato por causas imputables al adjudicatario, siempre que no sea posible adjudicar el contrato a otro oferente; y, Por considerarse inconvenientes para los

intereses nacionales o institucionales todas las ofertas o la única presentada. La declaratoria de inconveniencia deberá estar sustentada en razones económicas, técnicas o jurídicas.

Una vez declarado desierto el procedimiento, la máxima autoridad podrá disponer su archivo o su reapertura.

La declaratoria definitiva de desierto cancelará el proceso de contratación y por consiguiente se archivará el expediente. La declaratoria de desierto o cancelación no dará lugar a ningún tipo de reparación o indemnización a los oferentes.

No está por demás dejar sentado que la última posibilidad contemplada en la norma permite un factor de discrecionalidad que lamentablemente es frecuentemente mal utilizado por quienes ejercen la titularidad de las Entidades Contratantes, de tal manera que con mucha reiteración se utiliza el argumento de inconveniencia para los intereses nacionales o institucionales, para echar abajo un proceso donde el ganador no es del agrado de la autoridad, contrariando los principios que rigen a la Contratación Pública.

3.1.1.23 CANCELACIÓN DEL PROCEDIMIENTO

Entre la convocatoria y 24 horas antes de la fecha de presentación de las ofertas, la máxima autoridad de la entidad podrá declarar cancelado el procedimiento, sin lugar a reparación o indemnización, mediante acto administrativo motivado, en los siguientes casos: De no persistir la necesidad, en cuyo caso se archivará el expediente; Reforma sustancial que cambie el objeto de la contratación (se deberá convocar nuevo procedimiento); y, Por violación sustancial de un procedimiento precontractual.

Encuentro pertinente el tenor de esta disposición, pues permite a la Entidad Contratante abortar un proceso viciado o innecesario, evitando incurrir en gastos tanto a los oferentes como a la propia Entidad Contratante.

3.1.1.24 ADJUDICATARIOS FALLIDOS

Si el adjudicatario no celebrare el contrato por causas que les sean imputables, la máxima autoridad de la entidad, declarará fallido al oferente(s) y notificará al SERCOP. El adjudicatario fallido será inhabilitado del RUP por el plazo de tres (3) años.

Considerando que se ha eliminado la garantía de fiel cumplimiento de la oferta, cosa con la que concuerdo pues en muchos casos constituía un obstáculo para muchos posibles oferentes que se abstenían de participar en un proceso por el alto costo que esto implicaba, estimo que es pertinente la sanción, pues de esa manera se evita que ciertos oferentes puedan entorpecer un proceso presentando ofertas inviables a sabiendas que después no se harán responsables de las mismas, obteniéndose por tanto el resultado deseado sin el costo colateral.

3.1.1.25 EXPEDIENTE DEL PROCESO DE CONTRATACIÓN

Las Entidades Contratantes deberán formar y mantener un expediente por cada contratación en el que constarán los documentos referentes a los hechos y aspectos más relevantes de sus etapas de preparación, selección, contratación, ejecución, así como en la fase pos contractual. El Reglamento y Resoluciones del SERCOP han establecido las normas sobre su contenido, conformación y publicidad a través del portal www.compraspublicas.gob.ec.

3.1.1.26 PROCEDIMIENTOS DINÁMICOS

Estos procedimientos constituyen las innovaciones de mayor trascendencia en la nueva legislación de contratación pública, puesto que son nuevos mecanismos de contratación que difieren de los tradicionales que reiterativamente se habían utilizado, sin embargo como veremos a continuación, la implementación de alguno de estos mecanismos aún requiere un importante impulso para lograr su masificación e incluso corregir ciertos detalles que atentan contra su pleno funcionamiento.

3.1.1.26.1 CATÁLOGO ELECTRÓNICO

Se trata de una Tienda Virtual administrada por el SERCOP, donde las Entidades Contratantes, contempladas en el ámbito de la LOSNCP, podrán adquirir bienes y servicios normalizados mediante una orden de adquisición electrónica emitida a través del portal www.compraspublicas.gob.ec, sujeta a las condiciones contractuales previamente negociadas por el SERCOP en los Convenios Marco que haya suscrito con los proveedores; y, de ser el caso a las mejoras obtenidas por la Entidad Contratante.

A efecto de dar operatividad a este sistema, el SERCOP efectuará periódicamente procesos de selección de proveedores con quienes celebrará Convenios Marco en virtud de los cuales se ofertarán en el catálogo electrónico bienes y servicios normalizados a fin de que éstos sean adquiridos o contratados de manera directa por las Entidades Contratantes. Los Adjudicatarios de dichos procesos, quedarán obligados a proveer bienes y servicios normalizados de conformidad con las condiciones de plazo, precio, calidad, lugar de entrega y garantía establecidas para el período de duración del respectivo Convenio Marco;

Entre las ventajas de este procedimiento encontramos que se trata de un servicio disponible las 24 horas, los 365 días, minimiza tiempo y procesos de contratación, disminuye el plazo de entrega, disminuye los costos de inventarios y en principio asegura los precios más bajos del mercado, para todas las entidades y empresas del Estado. Una vez recibidos los bienes o servicios contratados, se suscribirá el acta de entrega recepción correspondiente con la verificación de correspondencia con las especificaciones previstas en el catálogo.

Las Entidades Contratantes tienen que obligatoriamente consultar el catálogo electrónico previamente a iniciar procesos de adquisición de bienes y servicios normalizados; si alguna Entidad Contratante obtuviere ofertas de mejor costo que las que consten en el catálogo electrónico, deberán informar al SERCOP para que éste conozca y confirme que la oferta es mejor y adopte las medidas necesarias que permitan extender tales costos, mediante la celebración de Convenios Marco, al resto de Entidades Contratantes.

3.1.1.26.2 SUBASTA INVERSA

La subasta inversa electrónica se realizará cuando las entidades contratantes requieran adquirir bienes y servicios normalizados cuya cuantía supere el monto equivalente al 0,0000002 del Presupuesto Inicial del Estado (valor considerado en el Reglamento a la LOSNCP como Ínfima Cuantía), siempre que no estén disponibles en el Catálogo Electrónico;

La Entidad Contratante publicará la convocatoria junto con los pliegos en el portal www.compraspublicas.gob.ec, que deberá establecer al menos el cronograma para las preguntas y aclaraciones; el Presupuesto Referencial; la fecha y la hora límites para subir la oferta técnica; el período en que los oferentes calificados subirán la oferta económica inicial;

fecha y la hora en las que se iniciarán las pujas a la baja; la duración de las mismas; y, la fecha de adjudicación.

En este procedimiento, a diferencia de los procedimientos tradicionales, previo a recibir las ofertas económicas, se debe calificar las ofertas técnicas de los oferentes, a efecto de verificar si cumplen con los requisitos establecidos en los pliegos, para ello, el día señalado la máxima autoridad de la Entidad Contratante, su delegado o la Comisión Técnica calificarán las ofertas técnicas y levantarán un Acta de Calificación que en conocimiento de la máxima autoridad o su delegado, dispondrá que los oferentes calificados presenten sus ofertas económicas iniciales a través del portal será publicado en el portal www.compraspublicas.gob.ec; este paso aparentemente sencillo es crucial en el éxito de un procedimiento de Subasta Inversa, por cuanto es aquí donde debe filtrarse solo a aquellos oferentes que cumpliendo con todos los parámetros establecidos en los pliegos, podrán concursar en igualdad de condiciones, es decir ofertando bienes o servicios de iguales características, de manera tal que la Entidad Contratante tenga la seguridad de obtener los bienes o servicios a contratarse en las condiciones exigidas, sea cual sea el ganador de la puja que se llevará a cabo a continuación dentro del proceso, obteniendo así las mejores condiciones en calidad y precio.

Una vez calificados los oferentes, en el día y hora señalados, se realizará la puja hacia la baja a través del portal, cuya duración no podrá ser menor a quince (15) minutos ni mayor de sesenta (60) minutos, contados a partir de la hora establecida en la convocatoria, los participantes podrán realizar, durante el período de puja, las ofertas sucesivas a la baja que consideren necesarias, se dejará constancia en un Informe de Resultados y se publicará en el portal.

La máxima autoridad de la Entidad Contratante o su delegado, una vez concluido el período de puja, de ser el caso, adjudicará o declarará desierto el procedimiento, mediante Resolución, de conformidad con la LOSNCP.

3.1.1.26.3 BIENES Y SERVICIOS NORMALIZADOS

He considerado pertinente dedicar un acápite especial a este concepto, por cuanto de su entendimiento y perfeccionamiento depende en gran medida que se logre explotar al máximo las bondades de los procedimientos dinámicos.

La LOSNCP define a los Bienes y Servicios Normalizados como: “Objeto de contratación cuyas características o especificaciones técnicas se hallen homologados y catalogados.” y complementariamente su RGLOSNCP señala: “Los bienes y servicios normalizados son aquellos cuyas características o especificaciones técnicas han sido estandarizadas u homologadas por la entidad contratante; y en consecuencia, dichas características o especificaciones son homogéneas y comparables en igualdad de condiciones.” y luego continua diciendo: “La Ley y este Reglamento General utilizan de forma indistinta las palabras "homologados", "estandarizados", "normalizados", "categorizados" o "catalogados", para referirse a aquellos bienes o servicios cuyas características o especificaciones técnicas han sido estandarizadas por la entidad contratante; y, en el caso de los bienes o servicios incluidos en el Catálogo Electrónico, para referirse a aquellos bienes o servicios, sobre los cuales el SERCOP celebró los correspondientes convenios marco.” y finalmente señala que: “La responsabilidad de la estandarización de los bienes y servicios le corresponde a la entidad contratante, la que para el efecto, observará, de existir, la reglamentación técnica o normativa

técnica nacional o internacional aplicable al bien o servicio objeto del procedimiento.”

Lamentablemente la aplicación de esta normativa, en que se deja a las Entidades Contratantes la facultad y responsabilidad de la homologación de los bienes y servicios, ha significado que en la práctica no existan bienes y servicios normalizados, peor aún homologados, por cuanto cada Entidad ha establecido sus propios parámetros según el criterio de sus funcionarios, así para comprar bienes o servicios que supuestamente son iguales, se lo hace con parámetros diferentes, e inclusive en algunos casos, los diferentes procesos para adquirir el mismo tipo de bienes o servicios dentro de una misma Entidad, contienen especificaciones diversas, situación que se repite inclusive en los procesos de Convenios Marco del SERCOP, de tal manera que, cuando las Entidades Contratantes van a adquirir un bien o un servicio supuestamente normalizado, pueden estar adquiriendo cosas absolutamente distintas y por supuesto a precios igualmente diversos, lo que resta transparencia y seguridad jurídica a los procesos de contratación de bienes y servicios “normalizados”.

3.1.1.27 PROCEDIMIENTOS COMUNES

Estos procedimientos son, palabra más menos, los mismos que tradicionalmente se han utilizado en las diferentes legislaciones de contratación pública que han existido en Ecuador, sin perjuicio de las innovaciones respecto de las preferencias que prevé el sistema para las Micro, Pequeñas y Medianas Empresas, así como para la producción nacional y para los proveedores locales.

3.1.1.27.1 LICITACIÓN

Se deberá seguir un proceso de Licitación, para adquirir bienes y servicios no normalizados excepto consultoría, cuyo presupuesto supere el 0,000015 del Presupuesto Inicial del Estado del ejercicio económico en que se inicie el proceso; también se deberá optar por este procedimiento para adquirir bienes y servicios normalizados, en caso que sea imposible aplicar alguno de los procedimientos dinámicos o estos hubiesen sido declarados desiertos, que estuviesen en el mismo rango que el caso de los no normalizados; y, finalmente, se deberá optar por este procedimiento para contratar la ejecución de obras cuyo presupuesto supere el 0,00003 del Presupuesto Inicial del Estado del ejercicio económico en que se inicie el proceso.

Se deberá conformar la Comisión Técnica conforme lo dispuesto en el artículo 18 del RGLOSNCOP. Intervendrán con voz pero sin voto, el Director Financiero y el Director Jurídico institucional o sus delegados y podrá designar subcomisiones de apoyo; el área requirente de la Entidad Contratante elaborará los pliegos licitatorios, observando los modelos elaborados por el SERCOP, aplicables, según la obra, bien o servicio de que se trate, pudiendo, bajo su responsabilidad, modificarlos y ajustarlos a las necesidades particulares de cada proceso de contratación, mismos que deberán ser aprobados por la máxima autoridad de la Entidad Contratante o su delegado.

Los Pliegos deberán contener las condiciones que permitan seleccionar la combinación más ventajosa entre todos los beneficios de la obra a ejecutar, el bien por adquirir o el servicio por contratar y todos sus costos asociados, presentes y futuros, no

podrán afectar el trato igualitario a todos los oferentes y procurarán incentivar la participación nacional y local, deberán contener al menos los siguientes aspectos:

- ❖ Requisitos y condiciones de los oferentes;
- ❖ Especificaciones de las obras, bienes o servicios que deberán ser genéricas;
- ❖ Etapas y términos del proceso de licitación;
- ❖ Tipo de adjudicación, total o parcial;
- ❖ Proyecto de contrato;
- ❖ Condiciones o límites de la subcontratación, si fuere del caso;
- ❖ Plazo y forma de pago del contrato.;
- ❖ El plazo de entrega de la obra, bien o servicio adjudicado;
- ❖ Garantías exigidas;
- ❖ Parámetros de calificación y metodología de evaluación de las ofertas.

El área requirente solicitará a la máxima autoridad de la Entidad Contratante o su delegado el inicio del proceso, indicando que el mismo se encuentra incluido en el PAC y adjuntando el proyecto de pliegos y la certificación presupuestaria. La máxima autoridad resolverá el inicio del proceso y dispondrá su publicación en el portal que contendrá al menos lo siguiente: Descripción del objeto de la licitación; Nombre de la Entidad contratante; Etapas y fechas del proceso de licitación; Fecha y hora de la recepción y apertura de las ofertas; Presupuesto referencial y partida presupuestaria; Vigencia de las ofertas; Parámetros de evaluación; y, Archivos de los pliegos; se deberá señalar la fecha tope para efectuar preguntas, que no podrá ser más allá de la mitad del tiempo previsto para la presentación de

ofertas, a través del Portal, correspondiéndole a Comisión Técnica absolver dichas preguntas y formular las aclaraciones a través del Portal hasta dentro del término de 5 días de concluido el período para formular las preguntas; los Pliegos, sus modificaciones, aclaraciones y la información relevante del proceso deberán estar disponibles al público en el Portal www.compraspublicas.gob.ec en forma gratuita.

Las ofertas técnica y económica deberán ser entregadas por los oferentes, hasta el día y hora señalados en la convocatoria, a través del Portal (Transitoria: Las ofertas podrán ser entregadas físicamente en el lugar, día y hora señalados en la convocatoria por la Entidad Contratante); las ofertas deberán cumplir todos los requerimientos exigidos en los Pliegos y se adjuntará todos y cada uno de los documentos solicitados; el término entre convocatoria y apertura de ofertas los fijará la Entidad Contratante atendiendo al monto y complejidad de la contratación, en ningún caso será menor a diez días ni mayor a treinta días, salvo el caso de contrataciones de obras en que el término máximo podrá ser de hasta cuarenta y cinco días; el acto de apertura de sobres se hará a través del Portal; o, en el lugar señalado en la convocatoria, si las ofertas han sido entregadas de manera física, se publicará en el Portal;

La Comisión Técnica revisará que las ofertas cumplan los requisitos mínimos establecidos en los pliegos y rechazará aquellas que no den cumplimiento a los mismos, la evaluación de las ofertas se efectuará aplicando los parámetros de calificación previstos en los pliegos y comprende tanto la propuesta técnica como la propuesta económica; la evaluación iniciará inmediatamente después del cierre de la apertura de ofertas. Si la complejidad de la contratación lo exige, la Entidad Contratante podrá establecer en los pliegos un plazo especial que no podrá ser mayor al término de diez días; si durante el período de evaluación las ofertas presentaren errores de forma podrán ser convalidados de acuerdo a lo establecido al Art. 37

del RGLOSNC; finalmente, la Comisión Técnica elaborará el informe de la evaluación de las ofertas, formulando sus observaciones e incluyendo la recomendación expresa de adjudicar el contrato o declararlo desierto, mismo que será puesto en consideración de la máxima autoridad o su delegado, para la resolución correspondiente.

La máxima autoridad de la Entidad Contratante o su delegado adjudicará la oferta mediante resolución motivada que será publicada a través del Portal o en su defecto la declarará desierta mediante igual resolución motivada; en caso de cancelación de la licitación se archivará el proceso.

3.1.1.27.2 COTIZACIÓN

Se deberá seguir un proceso de Cotización, para adquirir bienes y servicios no normalizados excepto consultoría, cuyo presupuesto se encuentre entre el 0,000002 y el 0,000015 del Presupuesto Inicial del Estado del ejercicio económico en que se inicie el proceso; también se deberá optar por este procedimiento para adquirir bienes y servicios normalizados, en caso que sea imposible aplicar alguno de los procedimientos dinámicos o estos hubiesen sido declarados desiertos, que estuviesen en el mismo rango que el caso de los no normalizados; y, finalmente, se deberá optar por este procedimiento para contratar la ejecución de obras cuyo presupuesto se encuentre entre el 0,000007 y el 0,00003 del Presupuesto Inicial del Estado del ejercicio económico en que se inicie el proceso.

En este procedimiento la invitación a presentar ofertas se cursará a cinco (5) proveedores elegidos mediante sorteo público se lo realizará de forma aleatoria a través del Portal www.compraspublicas.gob.ec (Transitoria Tercera: El sorteo de los proveedores en los

procesos de cotización, se podrá realizar directamente por la Entidad Contratante sin utilizar el portal y garantizando la transparencia de dicho sistema.), de entre los proveedores que cumplan los parámetros de contratación preferente e inclusión (tipo de proveedor y localidad), de acuerdo a lo que establece los Arts. 50 y 52 de la LOSNCP.

En los pliegos se determinará un sistema de calificación en virtud del cual los proveedores invitados por sorteo obtengan una puntuación adicional por el hecho de haber salido favorecidos; sin perjuicio del margen de preferencia que se deberá establecer en los pliegos para los demás proveedores locales que participen sin ser invitados por sorteo

Sin perjuicio de las invitaciones a los proveedores sorteados, podrán participar los proveedores habilitados en la correspondiente categoría en el RUP, para lo cual se publicará la convocatoria en el Portal www.compraspublicas.gob.ec.

A este tipo de contratación se aplicarán las normas previstas para el procedimiento Licitación en lo que sea pertinente; el término entre la convocatoria y cierre de recepción de ofertas lo fijará la Entidad Contratante atendiendo al monto y complejidad de la contratación, en consideración al tiempo requerido para que los proveedores preparen sus ofertas. En ningún caso el término será menor a siete días ni mayor a veinte días

3.1.1.27.3 MENOR CUANTÍA

Se deberá seguir un proceso de Menor Cuantía, para adquirir bienes y servicios no normalizados excepto consultoría, cuyo presupuesto se encuentre entre el 0,0000002 y el 0,000002 del Presupuesto Inicial del Estado del ejercicio económico en que se inicie el

proceso; también se deberá optar por este procedimiento para adquirir bienes y servicios normalizados, en caso que sea imposible aplicar alguno de los procedimientos dinámicos o estos hubiesen sido declarados desiertos, que estuviesen en el mismo rango que el caso de los no normalizados; y, finalmente, se deberá optar por este procedimiento para contratar la ejecución de obras cuyo presupuesto se encuentre entre el 0,0000002 y el 0,000007 del Presupuesto Inicial del Estado del ejercicio económico en que se inicie el proceso.

La contratación de bienes y servicios previstos en el artículo 51 de la LOSNCP, se realizará de manera directa, para lo que, la máxima autoridad de la Entidad Contratante o su delegado podrán seleccionar directamente y adjudicar al contratista que cumpla con los requerimientos de la contratación previstos en los pliegos elaborados por la Entidad Contratante sobre la base de los formatos elaborados por el SERCOP.

En el caso de obras, únicamente los proveedores que cumplan las condiciones establecidas en el artículo 52 de la LOSNCP serán invitados a través del Portal; en el término máximo de cinco (5) días contados a partir de la fecha de la invitación, manifestarán su interés mediante la presentación de sus ofertas técnicas y de la carta de aceptación expresa del presupuesto económico determinado por la Entidad Contratante; la máxima autoridad de la Entidad Contratante o su delegado verificarán el cumplimiento de los requisitos técnicos previstos en los pliegos elaborados por la Entidad Contratante sobre la base de los formatos elaborados por el SERCOP y de la aceptación del presupuesto económico; de entre los proveedores calificados se adjudicará la obra al proveedor escogido por selección automática aleatoria del portal www.compraspublicas.gob.ec.

3.1.1.28 OTROS PROCEDIMIENTOS

3.1.1.28.1 ÍNFIMA CUANTÍA

Por disposición introducida en el RGLOSNC, las contrataciones para la ejecución de obras, adquisición de bienes o prestación de servicios, cuya cuantía sea igual o menor a multiplicar el coeficiente 0,0000002 del Presupuesto Inicial del Estado, se las realizará de forma directa con un proveedor seleccionado por la Entidad Contratante sin que sea necesario que éste conste inscrito en el RUP. Dichas contrataciones se formalizarán con la entrega de la correspondiente factura y serán autorizadas por el responsable del área encargada de los asuntos administrativos de la Entidad Contratante, quien bajo su responsabilidad verificará que el proveedor no se encuentre incurso en ninguna inhabilidad o prohibición para celebrar contratos con el Estado.

Estas contrataciones no podrán emplearse como medio de elusión de los procedimientos.

El SERCOP, mediante las correspondientes resoluciones, determinará la casuística de uso de la ínfima cuantía.

El SERCOP podrá requerir, en cualquier tiempo, información sobre contratos de ínfima cuantía, la misma que será remitida en un término máximo de diez días de producida la solicitud. Si se llegara a detectar una infracción a lo dispuesto en el inciso precedente o un mal uso de esta contratación, el SERCOP remitirá un informe a los organismos de control para que inicien las actuaciones pertinentes.

3.1.1.28.2 FERIAS INCLUSIVAS

Las ferias inclusivas previstas en el artículo 6 numeral 13 de la LOSNCP son procedimientos que desarrollarán las entidades contratantes, sin consideración de montos de contratación, para fomentar la participación de artesanos, micro y pequeños productores prestadores de servicios.

Las invitaciones para las ferias inclusivas a más de publicarse en el portal www.compraspublicas.gob.ec se publicarán por un medio impreso, radial o televisivo del lugar donde se realizará la feria.

De conformidad con lo dispuesto por el SERCOP, mediante Resolución INCOP 047-2011, las ferias inclusivas se podrán aplicar para adquirir bienes y servicios de producción nacional, normalizados o no, incluido aquellos que contemplen exclusivamente la reparación, refacción, remodelación, adecuación o mejora de una construcción o infraestructura ya existente; podrán ser invitados a participar únicamente las personas naturales o jurídicas individualmente consideradas, asociadas o con compromiso de asociación, que estén habilitados en el RUP y formen parte del Sector Artesanal, sean una micro o pequeña organización de producción o prestación de servicios o formen parte del sector de la Economía Popular y Solidaria; se observará el procedimiento de contratación dispuesto en la antes citada resolución.

3.1.1.29 PROCEDIMIENTOS ESPECIALES

3.1.1.29.1 CONTRATACIÓN INTEGRAL POR PRECIO FIJO

Se deberá seguir un proceso de Contratación Integral por Precio Fijo, para los Contratos de obra, en los casos que se cumplan de forma conjunta los siguientes requisitos: Del análisis previo resulte más ventajosa esta modalidad con respecto a la contratación por precios unitarios; se trate de proyectos de infraestructura en que fuere evidente el beneficio de consolidar en un solo contratista todos los servicios: equipo, construcción y puesta en operación; el presupuesto referencial supere el 0,1% del Presupuesto Inicial del Estado del ejercicio económico en que se inicie el proceso; y, se cuente con los estudios completos, definitivos y actualizados, todo lo que deberá quedar debidamente sustentado en resolución razonada de la máxima autoridad de la entidad contratante.

Se prohíbe la celebración de contratos complementarios, reajustes de precios o cualquier otro mecanismo de variación de precios y modificaciones de plazo, salvo exclusivamente en los casos de fuerza mayor o caso fortuito; el Contratista asume todos los riesgos y responsabilidades por el cumplimiento del objeto del contrato en las condiciones acordadas.

La selección del contratista para la celebración de este tipo de contratos, se realizará por el procedimiento de Licitación previsto en el Capítulo III del Título III de la LOSNCP, sin que se puedan aplicar procedimientos especiales o de excepción.

Los oferentes deberán entregar el detalle y origen de los componentes de la obra y equipamiento acorde a las especificaciones técnicas requeridas para el fiel cumplimiento del proyecto. En la oferta se presentará el cronograma de la provisión, instalación y funcionamiento de los bienes y equipos; así como la puesta en operación del proyecto contratado.

Los pliegos contendrán criterios de valoración para incentivar el empleo de materiales, insumos, equipo y mano de obra de origen local o nacional; todos los componentes deben contratarse como contrato integral por precio fijo; los contratos integrales por precio fijo admiten la posibilidad de incluir en su objeto el mantenimiento de los componentes del proyecto, aspecto que deberá contemplarse en el contrato; la terminación por mutuo acuerdo de estos contratos procederá exclusivamente por causas de fuerza mayor o caso fortuito aducidas por el contratista y aceptadas por la Entidad Contratante; o señaladas por esta última. No se admitirán como causales de terminación por mutuo acuerdo circunstancias imprevistas, técnicas o económicas.

La Entidad Contratante declarará la terminación unilateral y anticipada de estos contratos en caso de incumplimiento del contratista; o cuando ante circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito señaladas por la Entidad Contratante, el contratista no aceptare la terminación de mutuo acuerdo.

Este tipo de contratos estarán sujetos a la supervisión de la Entidad Contratante, que podrá ser realizada por sí misma o por terceros; la supervisión vigilará que el contratista se rija a las especificaciones técnicas requeridas y a las obligaciones en cuanto a calidad y origen de los componentes de la obra, establecidos en el contrato.

3.1.1.29.2 CONTRATACIONES EN SITUACIONES DE EMERGENCIA

Corresponderá seguir este procedimiento, para el caso de situaciones de emergencia definidas en el número 31 del artículo 6 de la LOSNCP, previamente, el Ministro de Estado o la máxima autoridad de la entidad deberá emitir resolución motivada que declare la emergencia. Dicha resolución se publicará en el Portal www.compraspublicas.gob.ec.

En estos casos, la entidad contratante podrá contratar de manera directa, y bajo responsabilidad de la máxima autoridad, las obras, bienes o servicios, incluidos los de consultoría, que se requieran de manera estricta para superar la situación de emergencia, inclusive con empresas extranjeras sin requerir los requisitos previos de domiciliación ni de presentación de garantías; los cuales se cumplirán una vez suscrito el respectivo contrato.

En todos los casos, una vez superada la situación de emergencia, la máxima autoridad de la Entidad Contratante publicará en el Portal COMPRAS PUBLICAS un informe que detalle las contrataciones realizadas y el presupuesto empleado, con indicación de los resultados obtenidos.

Finalmente, se deberá tomar en consideración las disposiciones para las contrataciones en situaciones de emergencia emitidas por el SERCOP mediante RESOLUCIÓN INCOP No. INCOP 045-10, respecto de la delimitación de las situaciones de emergencia y el uso de la herramienta Publicaciones de Emergencia, dentro del portal www.compraspublicas.gob.ec.

3.1.1.29.3 ADQUISICIÓN DE BIENES INMUEBLES

Salvo disposición legal en contrario, le corresponde a la máxima autoridad de la entidad pública, con facultad legal para hacerlo, mediante acto motivado en el que constará en forma obligatoria la individualización del bien o bienes requeridos y los fines a los que se destinará. Se acompañará el correspondiente certificado del registrador de la propiedad.

Las personas jurídicas de derecho privado sujetas a la LOSNCP y al RGLOSNCPC como entes contratantes podrán negociar directamente la adquisición de inmuebles dentro de los parámetros establecidos en la LOSNCP. Si se requiriera una expropiación, deberán solicitarla a la autoridad pública del ramo correspondiente al que pertenezcan.

La resolución será inscrita en el Registro de la Propiedad del cantón en el que se encuentre ubicado el bien y se notificará al propietario. La inscripción de la declaratoria traerá como consecuencia que el registrador de la propiedad se abstenga de inscribir cualquier acto traslativo de dominio o gravamen, salvo el que sea a favor de la entidad que declare la utilidad pública.

El valor del inmueble se establecerá en función del que constare en la respectiva unidad de avalúos y catastros del municipio en el que se encuentre ubicado el inmueble antes del inicio del trámite de expropiación, el cual servirá a efectos de determinar el valor a pagar y para buscar un acuerdo en los términos previstos en la LOSNCP.

En las municipalidades que no se cuente con la Dirección de Avalúos y Catastros, o a petición de esa entidad, el avalúo lo podrá efectuar la Dirección Nacional de Avalúos y

Catastros, para el efecto se podrá suscribir un convenio de cooperación interinstitucional. Asimismo, la Dirección Nacional de Avalúos y Catastros realizará el avalúo si es que habiendo sido requerido el Municipio no efectuare y entregare el avalúo en el plazo de treinta días de presentada la petición.

Si judicialmente se llegare a determinar, mediante sentencia ejecutoriada, un valor mayor al del avalúo catastral, deberán reliquidarse los impuestos municipales por los últimos cinco años, conforme establece el artículo 449 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización. Tal valor se descontará del precio a pagar.

No obstante lo señalado, en la reforma a la LOSNCP producida mediante Ley No. 0, publicada en Registro Oficial Suplemento 100 de 14 de Octubre del 2013, se estableció que en el juicio de expropiación el juez en está obligado a sujetarse al avalúo establecido por la Dirección de Avalúos y Catastros de la Municipalidad, sin perjuicio de que el propietario inicie las acciones que le franquea la Ley respecto de un eventual daño emergente

Para la transferencia de dominio de bienes inmuebles entre entidades del sector público que lleguen a un acuerdo para el efecto, se requerirá resolución motivada de las máximas autoridades; se aplicará lo referente al régimen de traspaso de activos.

3.1.1.29.4 ARRENDAMIENTO DE BIENES INMUEBLES

Las entidades contratantes publicarán en el Portal www.compraspublicas.gob.ec los pliegos en los que constarán las condiciones mínimas del inmueble requerido, con la

referencia al sector y lugar de ubicación del mismo; para la suscripción del contrato, el adjudicatario no requiere estar inscrito y habilitado en el RUP; adicionalmente se deberá tener en cuenta las disposiciones emitidas por el SERCOP mediante RESOLUCIÓN No. INCOP 013-09.

En lo que respecta al arrendamiento de inmuebles pertenecientes a las entidades previstas en el artículo 1 de la LOSNCP, se deberá publicar en el Portal www.compraspublicas.gob.ec los pliegos en los que se establecerá las condiciones en las que se dará el arrendamiento, con la indicación de la ubicación y características del bien. En los pliegos se preverá la posibilidad de que el interesado realice un reconocimiento previo del bien ofrecido en arrendamiento.

Para la suscripción del contrato, el adjudicatario no requiere estar inscrito y habilitado en el RUP; adicionalmente se deberá tener en cuenta las disposiciones emitidas por el SERCOP mediante RESOLUCIÓN No. INCOP 013-09.

3.1.1.30 CONTRATACIÓN DE CONSULTORÍA

Uno de los aspectos innovadores de la LOSNCP es la incorporación de la contratación de consultoría que antes se manejaba por cuerda separada, al amparo de la Ley de Consultoría, que contenía un marco jurídico específico que en mi criterio se constituyó en un obstáculo para el ejercicio de la consultoría para personas naturales y jurídicas, por la serie de trabas, condiciones y contribuciones que allí se exigían.

En lo que concierne a la actual LOSNCP, los requisitos para el ejercicio de la consultoría son claros y concisos:

Para el caso de personas naturales, el título de tercer nivel conferido por una institución de educación superior, deberá además estar registrado en el CONESUP; excepto la salvedad prevista para consultorías cuyo plazo sea de hasta seis meses y que vayan a ser realizadas por consultores individuales extranjeros o por consultores individuales nacionales cuyos títulos hayan sido obtenidos en el extranjero, en cuyo caso bastará la presentación del título conferido por la correspondiente institución de educación superior en el extranjero.

Para el caso de empresas nacionales, simplemente se exige que haya sido constituida de conformidad con la Ley de Compañías y tener en su objeto social incluida esta actividad, a diferencia de la Ley de consultoría que exigía objeto único.

Por otro lado, las universidades, escuelas politécnicas, fundaciones y corporaciones también podrán ejercer la consultoría, de conformidad con las disposiciones legales o estatutarias que normen su existencia legal, siempre que tengan relación con temas de investigación o asesorías especializadas puntuales en las que demuestren su capacidad.

En lo que tiene que ver con personas jurídicas extranjeras, deberán estar facultadas legalmente en el país de su constitución para ejercer y prestar servicios de consultoría; para la ejecución de los contratos, deberán estar domiciliadas en el Ecuador de conformidad con lo previsto en la Ley de Compañías; y, una vez que se hayan registrado como consultoras en el RUP no podrán ejercer en el país ninguna otra actividad que no sea la consultoría en los campos de su registro.

Para ejercer su actividad, las empresas consultoras contratarán y demostrarán que cuentan con consultores individuales, quienes deberán cumplir los requisitos previstos en la LOSNCP.

Otro aspecto a destacar es que por primera vez en la historia reciente del Ecuador, se privilegia la contratación de profesionales ecuatorianos y solamente cuando la Entidad Contratante haya determinado la falta de capacidad técnica o experiencia de la consultoría nacional, previo un procedimiento seguido por el SERCOP sobre la base de los pliegos remitidos por la Entidad Contratante, para determinar si existe o no capacidad nacional, podrá invitar a consultores extranjeros, aunque aún en ese caso la invitación estará abierta también a los consultores nacionales; no obstante, en la certificación de participación extranjera, el SERCOP podrá recomendar porcentajes mínimos de participación nacional que deberán contemplar obligatoriamente los pliegos.

También es pertinente mencionar la obligación de las Entidades Contratantes de determinar la naturaleza de los participantes: sean consultores individuales, firmas consultoras u Organismos que estén facultados para ofrecer consultoría, cuyo propósito es que los procesos de contratación se hagan entre consultores de igual naturaleza y por tanto la competencia sea entre pares.

Por otro lado, en lo relacionado al aspecto financiero, para la determinación de los costos de consultoría se tomarán en cuenta los Costos directos, definidos como aquellos que se generan directa y exclusivamente en función de cada trabajo de consultoría y cuyos componentes básicos son, entre otros, las remuneraciones, los beneficios o cargas sociales del equipo de trabajo, los viajes y viáticos; los subcontratos y servicios varios, arrendamientos y

alquileres de vehículos, equipos e instalaciones; suministros y materiales; reproducciones, ediciones y publicaciones; y, los Costos indirectos o gastos generales que son aquellos que se reconocen a los consultores, para atender sus gastos de carácter permanente relacionados con su organización profesional, a fin de posibilitar la oferta oportuna y eficiente de sus servicios profesionales y que no pueden imputarse a un estudio o proyecto en particular.

3.1.1.30.1 MONTOS Y TIPOS DE CONTRATACIÓN

3.1.1.30.1.1 CONTRATACIÓN DIRECTA

Cuando el presupuesto referencial del contrato sea inferior o igual al valor que resultare de multiplicar el coeficiente 0,000002 por el monto del Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico, se contratará de manera directa, para lo cual, la máxima autoridad de la entidad o su delegado, seleccionará e invitará a un consultor habilitado en el RUP que reúna los requisitos previstos en los pliegos.

La Entidad Contratante remitirá al consultor invitado, los pliegos de la consultoría a realizar, que incluirán los formatos de información básica necesaria que permitan la confirmación de las calificaciones claves requeridas para cumplir con el objeto del contrato.

Si la máxima autoridad, o su delegado lo consideran necesario abrirán una etapa de preguntas y aclaraciones que se realizarán a través del portal www.compraspublicas.gob.ec.

El consultor invitado entregará su oferta técnico-económica en un término no mayor a 6 días de publicada la invitación. La máxima autoridad, o su delegado, realizarán la

evaluación, negociación y adjudicación, sobre la base de los pliegos en un término no mayor a 3 días.

En el caso de que el consultor invitado no aceptare la invitación o no llegare a un acuerdo en la negociación, la máxima autoridad o su delegado declarará terminado el procedimiento; y de así estimarlo pertinente, resolverá el inicio de un nuevo proceso de contratación directa con un nuevo consultor, o en su defecto optar por otro procedimiento de contratación.

3.1.1.30.1.2 LISTA CORTA

Cuando el presupuesto referencial del contrato supere el valor que resultare de multiplicar el coeficiente 0,000002 por el monto del Presupuesto Inicial del Estado y sea inferior al valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,000015 por el monto del Presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico, la Entidad Contratante invitará, a través del Portal www.compraspublicas.gob.ec, a un máximo de 6 y un mínimo de 3 consultores registrados en el RUP que reúnan los requisitos previstos en los pliegos, para que presenten sus ofertas técnicas y económicas.

Si no se presentaren ofertas o si las presentadas hubieren sido rechazadas, la Entidad Contratante podrá realizar un nuevo proceso de contratación conformando una nueva lista corta o en su defecto iniciar un proceso de concurso público.

En cuanto al procedimiento, se aplicarán las fases previstas en los artículos 40 y siguientes del RGLOSNCPP referidos a la contratación por concurso público. El término entre

la fecha de la convocatoria y la fecha de presentación de las ofertas será mínimo de diez días y máximo de veinte días.

3.1.1.30.1.3 CONCURSO PÚBLICO

Cuando el presupuesto referencial del contrato sea igual o superior al valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,000015 por el monto del Presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico, la Entidad Contratante realizará la convocatoria pública a través del Portal www.compraspublicas.gob.ec para que los interesados, habilitados en el RUP, presenten sus ofertas; si en este proceso se presenta un solo proponente, la oferta será calificada y evaluada y, si ésta cumple los requisitos y criterios establecidos podrá ser objeto de adjudicación, de llegar a un acuerdo en la negociación.

La Entidad Contratante podrá realizar una invitación internacional a participar en el concurso público, previo la autorización del SERCOP; las ofertas técnica y económica deberán ser entregadas simultáneamente, en dos sobres separados, hasta el día y hora señalados en la convocatoria, que no será menor a 15 días hábiles ni superior a 30 días hábiles contados desde la publicación, a través del Portal www.compraspublicas.gob.ec. Vencido el término para la presentación de ofertas, el sistema cerrará, de manera automática la recepción de las mismas.

Para la presentación de ofertas el portal habilitará dos opciones: una para la oferta técnica y otra para la oferta económica. El portal permitirá que la apertura y procesamiento de ambas ofertas se ejecuten en días distintos, con una diferencia entre ambos actos de hasta 10 días término: en el sobre 1, la oferta técnica y en el sobre 2 la oferta económica.

El SERCOP establecerá el contenido de los sobres 1 y 2, así como los parámetros a ser observados para la evaluación; considerando para este último efecto lo previsto en el artículo 6 número 19 de la LOSNCP.

Con los resultados finales de la evaluación, la Comisión Técnica negociará con el oferente calificado en primer lugar los aspectos técnicos, contractuales y los ajustes de la oferta técnica y económica en comparación con lo requerido en los pliegos. De llegarse a un acuerdo, se procederá a la suscripción del acta de negociación en la que constarán los términos convenidos, la misma que deberá ser publicada en el portal.

Si en un término máximo de dos días no se llegare a un acuerdo en la negociación ésta se dará por terminada y se iniciará una nueva negociación con el oferente calificado en el siguiente lugar y así sucesivamente hasta llegar a un acuerdo final de negociación o, en su defecto declarar desierto el procedimiento, según corresponda.

Suscrita el acta de negociación, la máxima autoridad o su delegado, procederán a la adjudicación al oferente con el cual se haya llegado a un acuerdo final de negociación en los aspectos técnicos, económicos y contractuales.

Adicionalmente a lo antes señalado, si la Entidad contratante lo requiere, podrá realizar un proceso de precalificación que tendrá por objeto solicitar la presentación de información y antecedentes relacionados con la experiencia de los consultores o asociaciones constituidas o por constituirse, relacionada con los trabajos de consultoría requeridos por la Entidad Contratante. En tal virtud la convocatoria deberá prever exclusivamente los

procedimientos para evaluar y calificar las experiencias en la prestación de servicios de consultoría en general y en servicios similares a los del objeto del concurso;

Los aspectos evaluados y ponderados en la precalificación así como los resultados y puntajes de la misma, no serán considerados para la fase de calificación de propuestas técnicas. En consecuencia, todos los consultores precalificados estarán en iguales condiciones de participación para la fase de calificación.

Dentro del término de tres días de concluida la precalificación, el Presidente de la Comisión Técnica, mediante comunicación escrita, dará a conocer a todos los consultores participantes los resultados de la precalificación.

3.1.1.31 RÉGIMEN ESPECIAL

De conformidad con la disposición contenida en el artículo 2 de la LOSNCP, se someterán a la normativa específica que para el efecto dicte el Presidente de la República en el RGLOSNCP, bajo criterios de selectividad, los procedimientos precontractuales de las siguientes contrataciones:

- ❖ ADQUISICIÓN DE FÁRMACOS
- ❖ SEGURIDAD INTERNA Y EXTERNA
- ❖ COMUNICACIÓN SOCIAL
- ❖ ASESORÍA Y PATROCINIO JURÍDICO
- ❖ OBRA ARTÍSTICA, LITERARIA O CIENTÍFICA

- ❖ REPUESTOS O ACCESORIOS
- ❖ TRANSPORTE DE CORREO INTERNO E INTERNACIONAL
- ❖ CONTRATOS ENTRE ENTIDADES PÚBLICAS O SUS SUBSIDIARIAS
- ❖ INSTITUCIONES FINANCIERAS Y DE SEGUROS DEL ESTADO
- ❖ EMPRESAS MERCANTILES DEL ESTADO Y SUS SUBSIDIARIAS

3.1.1.31.1 DISPOSICIONES GENERALES

Los procedimientos precontractuales de las contrataciones previstas en el artículo 2 de la LOSNCP, observarán la normativa prevista en el capítulo denominado Régimen Especial. En el caso que no se describa o detalle algún procedimiento o acción concreta que sean indispensables realizar para la contratación de bienes, obras o servicios, se observará de forma supletoria los procedimientos o disposiciones establecidos en el régimen general de la indicada LOSNCP, del RGLOSNCP o de la reglamentación específica que para el efecto dicte el Presidente de la República.

De acuerdo a la naturaleza de la contratación, será necesario disponer de todos los documentos técnicos que justifiquen dicha contratación. En el caso de contrataciones sujetas al régimen especial previsto en este capítulo, será necesario contar con estudios completos, incluidas especificaciones técnicas y presupuestos actualizados, salvo casos en los que por la complejidad o nivel de especificidad de los proyectos, dichos estudios puedan ser mejorados por los oferentes al presentar sus propuestas técnicas. Cuando se trate de contratación de estudios, será necesario contar con el nivel previo de estudios.

De no haberse realizado los procedimientos de régimen especial a través del portal www.compraspublicas.gob.ec, la máxima autoridad o su delegado tiene la obligación de una vez realizada la contratación, publicar en el portal www.compraspublicas.gob.ec la información relevante de cada proceso, según lo dispuesto en el artículo 12 del RGLOSNC, en lo que fuera aplicable.

Las contrataciones previstas en el Régimen Especial, también podrán ser declaradas de emergencia, en cuyo caso se estará a lo dispuesto en el artículo 57 de la LOSNC.

3.1.1.31.2 ADQUISICIÓN DE FÁRMACOS

3.1.1.31.2.1 DISPOSICIONES GENERALES

Para los efectos de aplicación de la LOSNC, se entenderá por Fármacos a las preparaciones o formas farmacéuticas contempladas en las definiciones de medicamentos del artículo 259 de la Ley Orgánica de Salud; las entidades que presten servicios de salud y que se hallen comprendidas en el ámbito de la LOSNC, que incluye al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, que hasta la vigencia de la indicada LOSNC siempre mantuvo su propio régimen de contratación, deberán adquirir los fármacos del Cuadro Nacional de Medicamentos Básicos así como aquellos contemplados en los casos previstos en el artículo 6 de la Ley de Producción, Importación, Comercialización y Expendio de Medicamentos Genéricos de Uso Humano, los cuales, salvo las situaciones de emergencia establecidas en dicha disposición, deberán estar previstos en los respectivos planes anuales de contrataciones; todos los fármacos que se adquieran deben cumplir con los requisitos sanitarios establecidos en la Ley Orgánica de Salud que permitan garantizar su calidad, seguridad y eficacia.

La selección de las ofertas de provisión de fármacos se hará solo entre proveedores habilitados el RUP, quienes deberán haber obtenido previamente el documento habilitante con el cual se garantiza el cumplimiento de condiciones técnicas y sanitarias exigidas en la Ley Orgánica de Salud y sus reglamentos; entre las ofertas de los fármacos, presentadas por los proveedores habilitados, se seleccionarán las presentadas por los proveedores que cumplan exigidos de acondicionamiento, presentaciones autorizadas para su comercialización y las establecidas en la ficha técnica del producto; todas las adquisiciones de fármacos estarán sujetas a controles de calidad post registro aleatorios, sea en los lugares de fabricación, almacenamiento, transporte, distribución o expendio, control que lo efectuara la autoridad sanitaria nacional.

3.1.1.31.2.2 SUBASTA INVERSA

Existen dos modalidades de Subasta Inversa, la primera denominada Subasta Inversa Corporativa, en la que interviene el SERCOP conjuntamente con las Entidades Contratantes; y, la segunda denominada Subasta Inversa Institucional, a cargo de cada Entidad Contratante.

3.1.1.31.2.3 PROCEDIMIENTO ESPECIAL PARA SUBASTA INVERSA CORPORATIVA

El SERCOP conjuntamente con las entidades contratantes, consolidará la demanda potencial para realizar subastas inversas corporativas, en las cuales los proveedores de fármacos, debidamente habilitados pujan hacia la baja el precio ofertado, que siempre deberá ser inferior a su oferta económica inicial, por medios electrónicos a través del Portal www.compraspublicas.gob.ec, con la finalidad de suscribir convenios que permitan a las

Entidades Contratantes la adquisición directa de fármacos a través del Repertorio de Medicamentos, entendido éste como el catálogo de medicamentos normalizados publicados en el Portal.

El SERCOP elaborará conjuntamente con las entidades contratantes los pliegos requeridos para realizar las subastas inversas corporativas. Los pliegos, a más de los requisitos de carácter legal, económico y financiero, deberán contener fichas técnicas específicas sobre los fármacos a contratar; y, conformarán una Comisión Técnica responsable de las fases de aclaraciones y calificación de los proveedores y sus ofertas, que estará integrada por un Delegado del Director Ejecutivo del SERCOP que la presidirá y tendrá voto dirimente y Delegados técnicos del Ministerio de Salud, IESS, ISSFA e ISSPOL.

3.1.1.31.2.4 PROCEDIMIENTO ESPECIAL PARA SUBASTA INVERSA INSTITUCIONAL

Procede para la contratación de fármacos, en los que exista más de un proveedor o fabricante siempre que el fármaco o fármacos requeridos no estén disponibles en el Repertorio de Medicamentos; la máxima autoridad de la Entidad Contratante o su delegado aprobarán los pliegos en los términos y condiciones previstos en el RGLOSNCPP, el cronograma del proceso y dispondrán el inicio del procedimiento especial. Los pliegos, a más de los requisitos de carácter legal, económico y financiero, deberán contener fichas técnicas específicas sobre los fármacos a contratar; la Comisión Técnica para la subasta inversa institucional estará integrada por el delegado de la máxima autoridad de la Entidad Contratante, el titular del área requirente o su delegado y un funcionario o servidor nombrado por la máxima autoridad que tenga conocimiento de la adquisición que se vaya a realizar.

3.1.1.31.2.5 PROCEDIMIENTO COMÚN PARA SUBASTAS INVERSAS

En ambas modalidades de contratación, la Comisión Técnica podrá designar subcomisiones de apoyo, según la complejidad del proceso de contratación, mismas que actuarán de conformidad con en el artículo 19 del RGLOSNC; podrá sesionar válidamente con la presencia de tres de sus miembros, de los cuales, el Presidente deberá estar presente en forma obligatoria. Las decisiones se adoptarán por mayoría simple. Sus Miembros no podrán tener conflictos de intereses con los oferentes; de haberlos, será causa de excusa; elaborará su informe que deberá ser dirigido a la máxima autoridad de la Entidad Contratante o a su delegado e incluirá la recomendación expresa de adjudicación del contrato o de declaratoria de desierto del proceso; las Subcomisiones de apoyo presentarán los criterios técnicos, e incluirán las recomendaciones que consideren necesarias, serán utilizados por la Comisión Técnica como ayudas y por ningún concepto serán asumidos como decisorios .

Para garantizar las condiciones sanitarias, de calidad e inocuidad de los medicamentos, los oferentes deberán presentar el Certificado sanitario de provisión de medicamentos emitido por la Autoridad Sanitaria Nacional, con el cual se garantiza el cumplimiento de condiciones técnicas y sanitarias exigidas en la Ley Orgánica de Salud y sus reglamentos.

Sin perjuicio de la salvedad establecida en el artículo 70 del RGLOSNC, el SERCOP o la Entidad Contratante publicarán las convocatorias a través del portal www.compraspublicas.gob.ec, que como mínimo contendrán: El Cronograma del proceso; la fecha tope para formular preguntas; la Fecha y hora para ingresar al portal www.compraspublicas.gob.ec la oferta técnica y documentación habilitante; los

requerimientos mínimos que deberá tener la documentación técnica y sanitaria de la oferta; la fecha y hora en que los oferentes calificados ingresarán al portal www.compraspublicas.gob.ec la oferta económica inicial; la fecha y hora en la que se iniciarán las pujas a la baja a través del referido portal y el tiempo de duración de las mismas; y, la fecha estimada de adjudicación.

Hasta dentro de un término de 5 días contados a partir de la fecha tope fijada para la formulación de preguntas, la Comisión Técnica las responderá y formulará las aclaraciones o modificaciones que considere pertinentes, a través del portal www.compraspublicas.gob.ec sin alterar el objeto del contrato; el término entre la convocatoria y la presentación de la oferta técnica no será menor a diez (10) días ni mayor a treinta (30) días. En la fecha y hora señaladas, a través del Portal www.compraspublicas.gob.ec, se procederá a la recepción de las ofertas técnicas; hasta dentro de un término de 15 días contados a partir de la recepción de las ofertas técnicas, la Comisión Técnica procederá a calificar a los participantes; para el procedimiento se observarán las disposiciones generales que rigen la Subasta Inversa, previstas en el RGLOSNCNP; los procesos de Subastas Inversas podrán realizarse por ítems, individuales o agrupados, siguiendo para el efecto lo previsto en los respectivos Pliegos.

El SERCOP o la máxima autoridad de la Entidad Contratante o su delegado, una vez concluido el período de puja o de negociación, de ser el caso adjudicarán, mediante Resolución, a la oferta de menor precio o declarará desierto el procedimiento de conformidad con la LOSNCNP y celebrará el convenio respectivo con el o los oferentes ubicados en el primer lugar de prelación. Para el caso de tratarse de subasta inversa corporativa los fármacos adjudicados se publicarán en el Repertorio de Medicamentos.

El SERCOP o La Entidad Contratante publicará en el portal www.compraspublicas.gob.ec, la información relevante del proceso, de acuerdo al Artículo 12 del RGLOSNCP.

En los respectivos convenios, se incluirá la obligatoriedad de los adjudicados de presentar a las Entidades Contratantes, previo a la entrega recepción de los fármacos adquiridos mediante la orden de compra respectiva, el certificado de control de calidad del lote o lotes a entregar; y, el compromiso de cancelar el costo del análisis de control de calidad post registro cuando la Autoridad Sanitaria Nacional lo realice, sea en los lugares de fabricación, almacenamiento, transporte, distribución o expendio.

Cualquier irregularidad en las condiciones de calidad que se detectare, implicará la suspensión inmediata del respectivo convenio y la aplicación de las sanciones previstas en el texto del convenio y la LOSNCP.

En los casos en que el proceso precontractual para la adquisición de fármacos hubiere sido desarrollado mediante subasta inversa institucional y se hubiere declarado desierto el mismo, la máxima autoridad de la entidad contratante podrá, mediante resolución debidamente motivada respecto de la inconveniencia de efectuar otro proceso similar, disponer el inicio de un proceso precontractual de contratación directa observando el mecanismo previsto en el artículo 81 de este reglamento o de considerarlo pertinente y según su monto iniciar otro mecanismo previsto en la LOSNCP, pudiendo utilizar en ambos casos documentación o parte de los pliegos iniciales elaborados por la institución o formular nuevos pliegos.

3.1.1.31.2.6 CONTRATACIÓN DIRECTA

Corresponde aplicar el procedimiento de contratación directa cuando el fabricante o proveedor sea exclusivo para un tipo de fármaco, y siempre que aquel no esté disponible en el Repertorio de Medicamentos, en cuyo caso, la máxima autoridad de la Entidad Contratante o su delegado aprobarán y publicarán los Pliegos y cronograma del proceso y dispondrán inicio del procedimiento especial; publicada la resolución, se enviará invitación directa al fabricante o proveedor exclusivo; el proveedor invitado presentará su Oferta acompañada del certificado de exclusividad vigente emitido por la Autoridad Sanitaria Nacional; en el término de 3 días contados a partir de publicación, cualquier otro proveedor que considere estar en capacidad de suministrar el fármaco podrá objetar la condición de fabricante o proveedor exclusivo, en cuyo caso, la máxima autoridad de la entidad o su delegado dentro de las 24 horas siguientes de la recepción de la objeción resolverá sobre la objeción; en caso de determinarse la no exclusividad del fabricante o proveedor, dará lugar a cancelar el proceso; en los casos que no existan objeciones de otro u otros oferentes o que éstas no sean aceptadas, el día siguiente al vencimiento del término para objetar o de la resolución rechazando la objeción, se llevará a cabo una audiencia de preguntas y aclaraciones, de la cual se levantará un acta que será publicada en el Portal www.compraspublicas.gob.ec.

Recibida la oferta, a través del Portal www.compraspublicas.gob.ec, en la fecha prevista en la invitación, la máxima Autoridad de la Entidad Contratante o su delegado, mediante resolución motivada adjudicará la oferta o declarará desierto el proceso.

3.1.1.31.2.7 ADQUISICIÓN A TRAVÉS DE ORGANISMOS INTERNACIONALES

Para el caso de contratación a través de organismos internacionales, se seguirá lo establecido en los respectivos convenios o a través de procedimientos establecidos por organismos internacionales. De no existir procedimientos establecidos, se aplicarán alguno de los procedimientos especiales antes revisados. Las adquisiciones de fármacos bajo este procedimiento, igual se sujetarán al cumplimiento de condiciones de calidad, seguridad y eficacia, establecidas por la Autoridad Sanitaria Nacional, debiendo ajustarse a las fichas técnicas establecidas para cada fármaco.

3.1.1.31.2.8 ADQUISICIÓN DE MEDICAMENTOS ESPECIALES

En el caso de que se requiera medicamentos especiales, para tratamientos especializados, que no consten en el Repertorio de Medicamentos y no estén disponibles en el país, la máxima autoridad de la Entidad Contratante o su delegado, solicitarán autorización para su importación directa a la Autoridad Sanitaria Nacional, quien la concederá previa evaluación de los justificativos clínico – terapéuticos. Los medicamentos especiales a los que se refiere este apartado, también deberán cumplir con los requisitos de seguridad, calidad y eficacia determinados por la Autoridad Sanitaria Nacional.

3.1.1.31.3 SEGURIDAD INTERNA Y EXTERNA

Este procedimiento contempla las contrataciones de bienes, obras y servicios incluidos los de consultoría, calificados por el Presidente de la República como necesarias para la

seguridad interna y externa del Estado, cuya ejecución esté a cargo de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional, para lo que se requerirá de Resolución fundamentada de la máxima autoridad de la Entidad Contratante o su delegado, demostrando la existencia de la necesidad específica para acogerse al Régimen Especial y aprobará los Pliegos que en lo posible se regirán a los principios y procedimientos establecidos en la LOSNCP.

La Máxima autoridad de la Entidad Contratante o su delegado solicitará la calificación por parte del Presidente de la República para acogerse al Régimen Especial, adjuntando un resumen ejecutivo que justifique su solicitud, que deberá ser igualmente reservada; con la Calificación favorable del Presidente de la República, la máxima autoridad o su delegado dispondrán el inicio del proceso especial, siguiendo el procedimiento establecido en los pliegos previamente aprobados.

Al tratarse de un procedimiento precontractual de bienes, obras y servicios destinados para la Seguridad Interna y Externa, su trámite debe ser llevado con absoluta confidencialidad y reserva, por tanto no será publicado en el Portal www.compraspublicas.gob.ec.

3.1.1.31.4 COMUNICACIÓN SOCIAL

Se aplicará este procedimiento para las contrataciones de información para comunicación, determinación de productos comunicacionales, medios, actividades para su difusión, productos comunicacionales y medios de actividades comunicacionales requeridos por el Gobierno Nacional o las entidades consideradas en el ámbito de la LOSNCP.

3.1.1.31.4.1 CONTRATACIÓN DIRECTA

Se aplicará el procedimiento de contratación directa, cuando se trate de contratar: Los estudios para la formulación de estrategias comunicacionales y de información orientada a generar criterios de comunicación, información, imagen y publicidad comunicacional, comprendiendo estos estudios, sondeos de opinión, determinación de productos comunicacionales, medios, servicios, actividades para su difusión y similares; los medios y espacios comunicacionales a través de los cuales se procederá a la difusión de la publicidad comunicacional; y, 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, 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, de estimar pertinente que prosiga el proceso, solicitará 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.

En caso de que se declare desierto un procedimiento de contratación directa, la máxima autoridad podrá iniciar un nuevo proceso de contratación directa con otro oferente, siguiendo el mismo procedimiento.

3.1.1.31.4.2 PROCESO DE SELECCIÓN

En el caso que la Entidad Contratante optare por contratar productos comunicacionales y servicios comunicacionales a través de un proceso de selección, la máxima autoridad de la Entidad Contratante o su delegado emitirá una resolución fundamentada, señalando los motivos que le facultan para acogerse al Régimen Especial, aprobará los pliegos y dispondrá el inicio del procedimiento especial, estableciendo el cronograma del proceso.

Una vez publicada la resolución, la Entidad Contratante enviará invitación directa al menos a tres (3) y máximo cinco (5) proveedores inscritos en el RUP, adjuntando la documentación pertinente; las ofertas se presentarán en el lugar y hasta el día y hora señalados en los pliegos, que no podrá exceder de 3 días contados desde su publicación; recibidas las ofertas, la máxima autoridad o su delegado calificarán las ofertas, aplicando los criterios de valoración previstos en los pliegos; se adjudicará a la oferta que cumpliendo con todos los requisitos, obtenga la mejor evaluación, conforme los parámetros establecidos en los pliegos, considerando inclusive el costo, sin que este sea el único factor.

Se podrá adjudicar total o parcialmente, mediante resolución motivada de la máxima autoridad o su delegado o declarará desierto el proceso, en cuyo caso podrá iniciar un proceso de contratación directa.

3.1.1.31.5 ASESORÍA Y PATROCINIO JURÍDICO

En lo concerniente a la contratación de patrocinio jurídico o asesoría jurídica, la máxima autoridad o su delegado emitirán una resolución fundamentada, demostrando la necesidad de acogerse al Régimen Especial, aprobará los pliegos, el cronograma del proceso y dispondrá el inicio del procedimiento especial; en los pliegos se deberá describir las características del perfil profesional requerido, formación, competencias y capacidades generales y específicas, formación o experiencia en las materias o áreas del derecho sobre las cuales versará la materia del contrato.

La máxima autoridad o su delegado enviarán la invitación al proveedor seleccionado, que puede ser una persona natural o jurídica, explicando el objeto de la invitación y señalando el día y la hora para celebrar una audiencia en la que se le proporcionará información pertinente y se absolverán consultas y aclaraciones requeridas, además de la suscripción de un convenio de confidencialidad, todo lo que se dejará constancia en un acta.

En la fecha y hora señaladas, se receptorá la oferta del proveedor invitado; la máxima autoridad, mediante resolución motivada adjudicará la oferta o declarará desierto el proceso, sin lugar a reclamo por parte del oferente invitado.

Adicionalmente a lo antes señalado, también se puede contratar Consultas Puntuales y Específicas, a fin de obtener servicios de asesoría jurídica puntual, siempre que su valor total estimado no supere en el año por proveedor el valor que resulte de multiplicar el 0,0000005 por el Presupuesto Inicial del Estado del ejercicio económico respectivo; en este caso, la máxima autoridad de la Entidad Contratante determinará la necesidad de realizar consultas

jurídicas puntuales y específicas de carácter especializado, señalando el profesional o estudio jurídico seleccionado y su perfil, el valor previsto a ser pagado (por hora), el número de horas estimado de consulta y la disponibilidad presupuestaria; realizada la consulta, el abogado o estudio jurídico enviará la factura especificando el número de horas atendidas, el valor facturado y un informe sucinto del servicio brindado, para aprobación de la máxima autoridad, disponiendo su pago.

3.1.1.31.6 OBRA ARTÍSTICA, LITERARIA O CIENTÍFICA

En lo referente a las contrataciones de obras o actividades artísticas, literarias o científicas, requeridas por las entidades contratantes, la máxima autoridad de la Entidad Contratante o su delegado emitirá la resolución en la que se justifique la necesidad de la contratación de la obra artística, literaria o científica, aprobará los pliegos, el cronograma del proceso y dispondrá el inicio del procedimiento especial; se publicará en el Portal www.compraspublicas.gob.ec, la resolución fundamentada, adjuntando la documentación antes descrita y la identificación del proveedor invitado, señalando día y hora en que fenece el período para recepción de la oferta.

Una vez publicada la resolución, la Entidad Contratante enviará invitación directa al proveedor seleccionado con toda la información publicada; en el día y hora señalados para el efecto, que no podrá exceder el término de 3 días contados desde la publicación, se efectuará una audiencia de preguntas y aclaraciones, de la que se levantará un acta que será publicada en el Portal; en la fecha y hora señaladas, se procederá a la recepción de la oferta del proveedor invitado; LA máxima autoridad o su delegado, mediante resolución motivada

adjudicará la oferta o declarará desierto el proceso, sin lugar a reclamo por parte del oferente invitado; resultado que será publicado en el portal www.compraspublicas.gob.ec.

En este tipo de contrataciones, las garantías contractuales podrán ser otorgadas de forma personal, mediante pagarés o letras de cambio, endosados por valor en garantía o fianzas personales del contratista.

3.1.1.31.7 REPUESTOS O ACCESORIOS

Cuando se trate de repuestos o accesorios requeridos por las entidades contratantes, para el mantenimiento, reparación y/o re potenciamiento de equipos y maquinarias de su propiedad entendiendo como tales entre otros: Dispositivos, aparatos, naves, mecanismos, máquinas, componentes, unidades, conjuntos, módulos y sistemas; pudiendo incluir el servicio de instalación, soporte técnico y mantenimiento post venta.

Este procedimiento será aplicable, siempre que los repuestos o accesorios requeridos no se encuentren incluidos en el Catálogo Electrónico del Portal www.compraspublicas.gob.ec, en cuyo caso, la máxima autoridad o su delegado emitirá una resolución fundamentada, justificando la necesidad de adquirir los repuestos y accesorios directamente por razones de funcionalidad o necesidad tecnológica u otra, aprobará los pliegos, el cronograma del proceso y dispondrá el inicio del procedimiento especial; se propenderá que la adquisición se la realice con el fabricante o distribuidores autorizados, evitando intermediarios.

Se publicará, la resolución fundamentada, adjuntando la documentación indicada y la identificación del fabricante o proveedor autorizado, señalando el día y hora en que fenece el período para recepción de las ofertas; una vez publicada, se enviará invitación directa al fabricante o proveedor autorizado seleccionado con toda la información que se publicó en el Portal; en el día y hora señalados, que no podrá exceder del término de 3 días contados desde la publicación, se celebrará una audiencia de preguntas y aclaraciones, de la cual se levantará un acta que será publicada en el Portal.

En el día y hora señalados, se receptorá la oferta del proveedor invitado a través del Portal; la máxima autoridad o su delegado, mediante resolución motivada adjudicará la oferta o declarará desierto el proceso, sin lugar a reclamo por parte del oferente invitado.

3.1.1.31.8 BIENES ÚNICOS EN EL MERCADO O PROVEEDOR ÚNICO

Se observará el mismo procedimiento previsto para repuestos o accesorios, en los casos que se requiera la adquisición de: Bienes únicos en el mercado, que tengan un solo proveedor, que impliquen la contratación del desarrollo o mejora de tecnologías ya existentes en la Entidad Contratante, que impliquen la utilización de patentes o marcas exclusivas o que impliquen la utilización de tecnologías que no admitan otras alternativas técnicas.

3.1.1.31.9 TRANSPORTE DE CORREO INTERNO E INTERNACIONAL

3.1.1.31.9.1 CONTRATOS DE CORREOS DEL ECUADOR

Los contratos de correo internacional y los de transporte interno de correo que celebre la empresa Correos del Ecuador, se registrarán por las normas contenidas en las Actas de la Unión Postal Universal, de la Unión Postal de las Américas y España y demás convenios internacionales, ratificados por el Ecuador.

3.1.1.31.9.2 CORREOS RÁPIDOS O COURIER

En las contrataciones de transporte de correo interno e internacional, con empresas de Correos Rápidos o Courier, distintos a la empresa Correos del Ecuador, se deberá contar con la Resolución fundamentada de la máxima autoridad o su delegado, demostrando la necesidad de acogerse al Régimen Especial, aprobará los pliegos, el cronograma del proceso y dispondrá el inicio del procedimiento especial.

Se publicará en el Portal, la resolución fundamentada, adjuntando la documentación indicada y la identificación de los proveedores invitados, señalando día y hora en que fenece el período para recepción de las ofertas; hecho lo que, se enviará invitación directa a los proveedores seleccionados, que serán mínimo 2 y máximo 5, con toda la información que se publicó.

En el día y hora señalados para el efecto, que no podrá exceder el término de 3 días contados desde su publicación, se llevará a cabo una audiencia de preguntas y aclaraciones, de la cual se levantará un acta que será publicada en el Portal; e igualmente en el día y hora señalados, a través del Portal www.compraspublicas.gob.ec, se procederá a la recepción de las ofertas de los proveedores invitados.

Concluida la calificación de las ofertas, la máxima autoridad o su delegado, mediante resolución motivada adjudicará la oferta, aun cuando se recibiere una sola si conviene a los intereses institucionales, caso contrario declarará desierto el proceso, sin lugar a reclamo por parte del o los oferentes.

3.1.1.31.10 CONTRATOS ENTRE ENTIDADES PÚBLICAS O SUS SUBSIDIARIAS

Se deberá optar por este procedimiento de contratación, cuando se trate de contratos a suscribirse entre:

- ❖ El Estado con entidades del sector público, o éstas entre sí;
- ❖ El Estado o las entidades del sector público con: Las empresas públicas o las empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en cincuenta por ciento (50%) a entidades de derecho público;
- ❖ Las empresas subsidiarias de aquellas antes señaladas o las subsidiarias de éstas;

- ❖ Las personas jurídicas, las empresas o las subsidiarias de éstas, creadas o constituidas bajo cualquier forma jurídica, cuyo capital, rentas o recursos asignados pertenezcan al Estado en una proporción superior al cincuenta por ciento; y,
- ❖ Entre sí, las empresas públicas, las subsidiarias de estas, o las empresas creadas o constituidas bajo cualquier forma jurídica cuyo capital, rentas o recursos asignados pertenezcan al Estado en una proporción superior al cincuenta por ciento;

En cualquiera de los casos antes señalados, se deberá contar con la Resolución fundamentada de la máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado, en la que conste la conveniencia y viabilidad técnica y económica de la contratación; aprobará los pliegos, el cronograma del proceso disponiendo el inicio del procedimiento especial; se publicará en el Portal la resolución fundamentada, adjuntando la documentación señalada y la identificación de la entidad o empresa invitada, señalando el día y hora en que fenece el período para la recepción de la oferta; publicada la resolución, se enviará invitación directa a la entidad o empresa seleccionada con toda la información que se publicó; en el día y hora señalados para el efecto, que no podrá exceder el término de 3 días contados desde publicación, se llevará a cabo una audiencia de preguntas y aclaraciones, de la cual se levantará un acta que será publicada en el Portal.

En la fecha y hora señaladas para el efecto, a través del Portal www.compraspublicas.gob.ec, se procederá a la recepción de la oferta de la entidad o empresa invitada; la máxima autoridad o su delegado, mediante resolución motivada adjudicará la oferta o declarará desierto el proceso, sin lugar a reclamo por parte del oferente invitado.

3.1.1.31.11 CONTRATACIONES CON EMPRESAS PÚBLICAS INTERNACIONALES

Las contrataciones que celebren el Estado o las entidades y empresas consideradas en el numeral 8 del artículo 2 de la LOSNCP, con empresas públicas de los Estados de la Comunidad Internacional, se realizarán de conformidad con los términos y condiciones de los tratados o convenios respectivos y en caso de no haberlos, se seguirá el procedimiento previsto. Para las contrataciones entre entidades públicas o sus subsidiarias.

Se entenderá como empresas públicas de la comunidad internacional a las personas jurídicas, las empresas o las subsidiarias de éstas, creadas o constituidas bajo cualquier forma jurídica, cuyo capital, rentas o recursos asignados pertenezcan al Estado de la Comunidad Internacional, en una proporción superior al cincuenta por ciento.

3.1.1.31.12 INSTITUCIONES FINANCIERAS Y DE SEGUROS DEL ESTADO

3.1.1.31.12.1 CONTRATACIONES DEL GIRO ESPECÍFICO DE SU NEGOCIO

Las contrataciones relacionadas con el giro específico de sus negocios que celebren las Instituciones Financieras y de Seguros en las que el Estado o sus Instituciones son accionistas únicos o mayoritarios están reguladas por la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, Ley General de Seguros y demás disposiciones legales pertinentes y

autorizadas por la Superintendencia de Bancos y Seguros, sin que les sea aplicables las normas contenidas en la LOSNCP y en el RGLOSNCP.

3.1.1.31.12.2 CONTRATACIONES DISTINTAS AL GIRO ESPECÍFICO DEL NEGOCIO

Las contrataciones de bienes, obras y servicios, incluidos los de consultoría, diferentes a aquellas relacionadas con el giro específico de sus negocios que celebren las instituciones financieras y de seguros en las que el Estado o sus Instituciones son accionistas únicos o mayoritarios, se deberán llevar a cabo siguiendo los procedimientos generales o especiales contemplados en su normativa propia y específica.

3.1.1.31.12.3 EMPRESAS MERCANTILES DEL ESTADO Y SUBSIDIARIAS

El ámbito de aplicación de esta normativa se circunscribe a los siguientes casos:

- ❖ Las empresas públicas o las empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en el cincuenta por ciento a entidades de derecho público, de conformidad con el párrafo final del artículo 1 y el numeral 8 del artículo 2 de la LOSNCP; y,
- ❖ Las subsidiarias definidas como tales en el numeral 11 del artículo 6 y numeral 9 del artículo 2 de la LOSNCP.

3.1.1.31.12.4 GIRO ESPECÍFICO DEL NEGOCIO

Las contrataciones a cargo de las empresas comprendidas en el ámbito antes señalado, relacionadas con el giro específico de sus negocios, que estén reguladas por las leyes específicas que rigen sus actividades o por prácticas comerciales o modelos de negocios de aplicación internacional, no estarán sujetas a las normas contenidas en la LOSNCP y en el RGLOSNCPE.

La determinación de giro específico y común le corresponderá al Director Ejecutivo del SERCOP, para el efecto, la máxima autoridad de las empresas o sus delegados, remitirán al SERCOP la solicitud para que este determine las contrataciones que correspondan al giro específico y al giro común del respectivo negocio, cumpliendo con los requisitos previstos por el Director Ejecutivo de la mencionada institución. La definición de contrataciones sometidas a régimen especial por giro específico del negocio se publicará en una ventana especial del Portal www.compraspublicas.gob.ec.

Esta disposición no podrá ser utilizada como mecanismo de elusión de los procedimientos de contratación previstos en el Título III de la LOSNCP. Si a juicio del SERCOP se presumiera que alguna de las empresas hubiese incurrido en la práctica antes señalada, notificará a la Contraloría General del Estado, de conformidad con lo previsto en el artículo 15 de la LOSNCP.

3.1.1.31.12.5 ACTIVIDADES DIFERENTES AL GIRO ESPECÍFICO DEL NEGOCIO

Las contrataciones de bienes, obras y servicios, incluidos los de consultoría, a cargo de las empresas comprendidas en el ámbito antes señalado, que no hayan sido calificadas como giro específico del negocio, se deberán llevar a cabo siguiendo los procedimientos generales o especiales contemplados en la LOSNCP y en el RGLOSNCPE.

3.1.1.31.12.6 SECTORES ESTRATÉGICOS

Las contrataciones de bienes, obras y servicios incluidos los de consultaría, requeridas por las empresas señaladas en la segunda parte del numeral 9 del artículo 2 de la LOSNCP, para las actividades dentro de los sectores estratégicos, podrán llevarse a cabo siguiendo el siguiente procedimiento:

La máxima autoridad de la Entidad contratante emitirá una resolución fundamentada, sustentando la existencia de la necesidad específica que le faculta acogerse al Régimen Especial y solicitará la calificación por parte del Presidente de la República; el Presidente de la República, de acoger la solicitud planteada por la máxima autoridad de la Entidad Contratante, dictará la reglamentación específica que regirá el procedimiento a seguir en cada caso.

3.1.1.31.12.7 CONTRATACIÓN DE SEGUROS

Para la contratación de seguros, las entidades contratantes previstas en el artículo 1 de la LOSNCP observarán cualquiera de los siguientes procedimientos:

- ❖ El de régimen especial de contratación directa prevista en los artículos 98 y siguientes del RGLOSNC, en el caso de que las proveedoras sean empresas cuyo capital está integrado en el cincuenta por ciento o más con recursos públicos;
- ❖ El procedimiento de licitación, para los casos no incluidos en el número anterior.

3.1.1.32 ASPECTOS CONTRACTUALES RELEVANTES

De conformidad con la LOSNCP, todos los contratos suscritos por las Entidades contratantes al amparo de dicha norma, tienen el carácter de Contratos Administrativos, no obstante el RGLOSNC cuando se refiere a los reclamos relacionados con los procesos de contratación ante entidades de derecho privado sujetas a la LOSNCP, señala que “corresponderá a la máxima autoridad dar atención y respuesta en el término de quince días, decisión de la cual no habrá ningún recurso, por no tratarse de un acto administrativo” entonces habría que preguntarse cómo es que las actuaciones de los funcionarios de las entidades de derecho privado sujetas a la LOSNCP en lo concerniente a los procesos de contratación sujetos a dicha norma no son actos administrativos, pero los contratos suscritos por los mismos funcionarios si tienen el carácter de Contratos Administrativos y por ende están sujetos a la jurisdicción contencioso administrativa; como podrá el juez de lo

contencioso resolver respecto de un proceso de contratación en que los actos previos no se consideran como actos administrativos pero su resultado (el Contrato) sí.

En realidad las preguntas anteriores no son sino un breve ejercicio de las dificultades a las que se podrá enfrentar un juez al momento de tramitar procesos relacionados con contratos celebrados por entidades de derecho privado sometidas al ámbito de la LOSNCP por contar con recursos públicos, especialmente cuando hayan discusiones respecto del proceso de contratación y las actuaciones de los funcionarios respectivos.

3.1.1.32.1 REQUISITOS Y FORMA DE LOS CONTRATOS

Para los efectos de la LOSNCP, tienen capacidad para contratar los ministros y máximas autoridades administrativas de las entidades contratantes, así como los representantes legales de las entidades de derecho privado sometidas a dicha Ley.

Para la suscripción de un contrato adjudicado mediante los procedimientos previstos en la Ley, no se requerirá, de ninguna autorización previa de funcionario, organismo o cuerpo colegiado del ministerio o entidad pública.

Los ministros de Estado y los representantes legales de las entidades del sector público podrán delegar la celebración de los contratos a funcionarios o servidores de la entidad o dependencia a su cargo de entidades u organismos a ella adscritos; o, de otras entidades del sector público si los contratos deben celebrarse en un lugar en el que la entidad contratante no tenga oficinas permanentes.

El Contrato comprende el documento que lo contiene, los pliegos, la oferta ganadora y los documentos derivados del proceso de selección que establezcan obligaciones para las partes que hayan sido expresamente señalados en el contrato; debe ser celebrado por escrito, si se requiere contrato, las prórrogas por escrito.

La Contratante verificará que el contratista al momento de suscripción del contrato tenga la aptitud legal. El adjudicatario o su representante autorizado, suscribirá el contrato en plazo previsto en los pliegos, no excederá de 15 días tras la adjudicación, y 15 días adicionales en caso de consorcio o asociación.

Si el adjudicatario no se presente dentro del término previsto, sin perjuicio de la sanción administrativa aplicable, la Entidad Contratante lo declarará adjudicatario fallido y llamará al oferente que ocupó el segundo lugar en el orden de prelación para que suscriba el contrato, el cual deberá cumplir con los requisitos establecidos para el oferente adjudicatario, incluyendo la obligación de mantener su oferta hasta la suscripción del contrato. Si el oferente llamado como segunda opción no suscribe el contrato, la entidad declarará desierto el proceso de selección, sin perjuicio de la sanción administrativa aplicable al segundo adjudicatario fallido.

En caso de que la Entidad contratante no cumpla con la suscripción del contrato después de vencido el término de 15 días, el oferente la requerirá mediante comunicación escrita para que lo haga en un nuevo término que no deberá exceder de los diez (10) días. Vencido el término sin que la entidad haya suscrito el contrato, el oferente tendrá la opción de solicitar se deje sin efecto la adjudicación realizada a su favor, debiendo la entidad reconocer los costos de preparación de la propuesta y los gastos financieros que acredite el oferente

adjudicatario. La entidad podrá repetir contra el o los responsables del retardo por los perjuicios que sufra.

En los plazos de vigencia de los contratos se cuentan todos los días, desde el día siguiente de su suscripción o desde el día siguiente de cumplirse las condiciones establecidas en los pliegos, en el RGLOSNCNP o en el propio contrato.

Para la determinación de multas que se podrían imponer al contratista se considerará el valor total del contrato sin incluir impuestos.

3.1.1.32.2 INHABILIDADES GENERALES

Están prohibidos de celebrar contratos con ninguna de las entidades contempladas en el ámbito de la LOSNCP: Los Incapaces conforme el Código Civil; el Presidente, el Vicepresidente de la República, los ministros y secretarios de Estado, el Director Ejecutivo del SERCOP, los legisladores, los presidentes o representantes legales de las Entidades Contratantes; así como sus cónyuges o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad; los servidores públicos, esto es, funcionarios y empleados, vinculados en cualquier etapa del procedimiento de contratación; quienes consten suspendidos en el RUP; los que, no habiendo estado inhabilitados en el procedimiento precontractual, al momento de celebrar el contrato, lo estuvieren; y, los deudores morosos del Estado o sus instituciones.

En lo que se refiere a los cónyuges o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo grado de afinidad, la prohibición se circunscribe a la Entidad

Contratante en la que intervienen los dignatarios, funcionarios y servidores con los cuales existe el grado de consanguinidad o parentesco.

3.1.1.32.3 INHABILIDADES ESPECIALES

Adicionalmente, no podrán celebrar contratos con la Entidad Contratante: Los consejeros provinciales, los concejales municipales y los vocales de las juntas parroquiales, en su respectiva jurisdicción, sus cónyuges o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, ni las Personas Jurídicas en que estos sean socios, accionistas o directivos; las personas naturales o jurídicas, incluidos sus representantes legales, que hubieren realizado los estudios, los diseños y los proyectos de ingeniería o arquitectura y los que hubieren elaborado las especificaciones de los bienes a adquirirse; los miembros de directorios u organismos similares o de la Comisión Técnica de la entidad convocante, sus cónyuges o parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad; los funcionarios, servidores o empleados que hayan intervenido en la etapa precontractual o contractual; los que de manera directa hayan estado vinculados con la elaboración, revisión o aprobación de los pliegos, relacionados con el contrato a celebrarse.

Finalmente, también deberá tenerse en consideración el Decreto Ejecutivo No. 1793 de 20 de junio de 2009, reformado mediante Decreto Ejecutivo No. 144, publicado en Registro Oficial 79 de 2 de Diciembre del 2009, que se refiere a la identificación plena de las personas naturales que participan de las personas jurídicas oferente, a efecto de verificar si aquellos incurren en alguna de las inhabilidades generales o especiales antes mencionadas.

3.1.1.32.4 CONTRATOS CELEBRADOS CONTRA EXPRESA PROHIBICIÓN

La LOSNCP faculta a la máxima autoridad de la Entidad Contratante para que en forma anticipada y unilateral de por terminado un contrato, sin que proceda reconocer indemnización alguna al contratista, en el caso que llegase a determinar, por sí y ante sí, que se ha celebrado un contrato contra expresa prohibición de la indicada norma, es decir convierte a la autoridad en único juez supremo respecto de un hecho que en principio debería ser previamente establecido por un juez competente, resultando por tanto, en mi criterio, una facultad excesiva; adicionalmente, si se determinare que la celebración del contrato causó un perjuicio económico a la Entidad Contratante se responsabiliza solidariamente al contratista y a los funcionarios que tramitaron y suscribieron tal contrato, hecho que, si bien parece loable, también puede ser excesivo según las circunstancias, por ejemplo en caso de ocultamiento o falsificación de información por parte del contratista, respecto de la existencia de una causal de prohibición de suscribir un contrato, no parece justo que sean solidariamente responsables el engañador y el engañado.

3.1.1.32.5 NULIDAD DEL CONTRATO

Serán nulos los contratos sujetos a la LOSNCP por las causas generales de nulidad establecidas en la Ley; por haberse prescindido de los procedimientos y las solemnidades legalmente establecidas; y, por haber sido adjudicados o celebrados por un órgano manifiestamente incompetente. En cualquiera de estos casos, cuando llegare a su conocimiento, el Procurador General del Estado demandará la nulidad del contrato, sin

perjuicio de las responsabilidades administrativa, civil o penal de los funcionarios o empleados por cuya culpa se hubiere causado la nulidad.

3.1.1.32.6 MULTAS POR INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES

De conformidad con lo establecido en el artículo 71 de la LOSNCP, el valor de las multas por incumplimiento de los contratistas, deberá ser previamente establecido en los respectivos pliegos, términos de referencia y/o contratos, por incumplimiento de plazos, condiciones específicas y especificaciones técnicas de las obras, bienes o servicios, incluidos los de consultoría contratados; y, en general por todas aquellas causas contempladas en cada caso.

La aplicación de las multas es responsabilidad directa del administrador del contrato, quién previo a su imposición deberá elaborar un informe técnico y legal que sustente su aplicación.

La Máxima Autoridad de la Entidad Contratante o su Delegado podrá declarar terminado unilateralmente los contratos cuando el valor de las multas alcance o supere el valor de la garantía de fiel cumplimiento del contrato; o, si el valor de las multas alcanza o supera el monto equivalente al cinco por ciento (5%) del valor total del contrato, cuando no se haya previsto la entrega de garantía de fiel cumplimiento del contrato.

Para efectos del cálculo del valor de las multas, el valor total de los contratos no comprenderá el valor de los impuestos.

3.1.1.32.7 RESPONSABILIDADES

De conformidad con lo establecido en el artículo 57 de la Ley, la Máxima Autoridad de la Entidad Contratante o su Delegado, así como los funcionarios o servidores que hubieren intervenido en cualquiera de las etapas de los procedimientos precontractuales de preparación, selección, contratación así como en la ejecución misma de los contratos serán personal y pecuniariamente responsables por el cumplimiento de las disposiciones de la Ley, del Reglamento General de Aplicación y este Instructivo, sin perjuicio, de ser el caso, de las responsabilidades administrativas, civiles y penales a que hubiere lugar.

3.1.1.32.8 ADMINISTRACIÓN DE LOS CONTRATOS

En todo contrato la Máxima Autoridad de la Entidad Contratante o su Delegado designará, un administrador del contrato, quien velará por el cabal y oportuno cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones derivadas del contrato, adoptará las acciones que sean necesarias para evitar retrasos injustificados, impondrá las multas y sanciones a que hubiere lugar, para lo que deberá elaborar un Informe Técnico y Legal que sustente su decisión; y, suscribirá las actas de recepción provisional, parcial, total y definitivas, conforme lo dispuesto en el artículo 124 del RGLOSNC. El administrador deberá tener pleno conocimiento y preparación en la materia a que se refiera el objeto del contrato.

3.1.1.32.9 GARANTÍAS

3.1.1.32.9.1 DE FIEL CUMPLIMIENTO

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 74 de la LOSNCP, para seguridad del cumplimiento del contrato y para responder por las obligaciones que contrajeran a favor de terceros, relacionadas con el contrato, el adjudicatario, antes o al momento de la firma del contrato, rendirá garantías por un monto equivalente al cinco (5%) por ciento del valor de aquel. Tales cauciones podrán constituirse mediante la entrega de cualquiera de las formas de garantías contempladas en el artículo 73 de dicha Ley, con excepción de lo dispuesto para la contratación de obras artísticas o literarias.

No se exigirá este tipo de garantía en los contratos de compra venta de Bienes y Servicios que se entreguen al momento de efectuarse el pago. Tampoco se exigirá esta garantía en los contratos cuya cuantía sea menor a multiplicar el coeficiente 0.000003 por el Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico.

Con cargo a la garantía de fiel cumplimiento se podrá efectivizar las multas que le fueren impuestas al contratista.

3.1.1.32.9.2 DE BUEN USO DEL ANTICIPO

Si por la forma de pago establecida en el contrato, la Entidad Contratante debiera otorgar anticipos de cualquier naturaleza, sea en dinero, giros a la vista u otra forma de pago, el contratista para recibir el anticipo, deberá rendir previamente garantías por el 100% del

valor del anticipo, que se reducirán en la proporción que se vaya amortizando aquél o se reciban provisionalmente los Bienes y Servicios contratados. Las cartas de crédito no se considerarán anticipo si su pago está condicionado a la entrega - recepción de los Bienes y Servicios materia del contrato. Tales cauciones podrán constituirse mediante la entrega de cualquiera de las formas de garantías contempladas en el artículo 73 de la LOSNCP, con excepción de lo dispuesto para la contratación de obras artísticas o literarias.

3.1.1.32.9.3 GARANTÍA TÉCNICA PARA CIERTOS BIENES

En los contratos de adquisición, provisión o instalación de equipos, maquinaria o vehículos, o de obras que contemplen aquella provisión o instalación, para asegurar la calidad y buen funcionamiento de los mismos, se exigirá, además, al momento de la suscripción del contrato y como parte integrante del mismo, una garantía del fabricante, representante, distribuidor o vendedor autorizado, la que se mantendrá vigente de acuerdo con las estipulaciones establecidas en el contrato.

Estas garantías son independientes y subsistirán luego de cumplida la obligación principal, de hecho su vigencia corre a partir de la entrega recepción del bien.

3.1.1.32.9.4 DEVOLUCIÓN DE GARANTÍAS

Las garantías serán devueltas cuando se hayan cumplido todas las obligaciones que avalan: La garantía de fiel cumplimiento del contrato se devolverá cuando se haya suscrito el acta de entrega recepción definitiva o única; la garantía de buen uso del anticipo se devolverá cuando éste haya sido devengado en su totalidad, conforme las actas de recepciones parciales,

cuando se haya previsto dicha modalidad; y, la garantía técnica de conformidad con las condiciones en las que se emite.

3.1.1.32.10 RECEPCIONES

De conformidad con el artículo 81 de la LOSNCP, en los contratos de adquisición de bienes y de prestación de servicios, incluidos los de consultoría, existirá una sola recepción. En los contratos de ejecución de obra existirán una recepción provisional y una definitiva; sin perjuicio de lo señalado, en las contrataciones en que se pueda receptor las Obras, Bienes o Servicios por etapas o de manera sucesiva, podrán efectuarse recepciones parciales.

3.1.1.32.10.1 RECEPCIÓN DEFINITIVA

De conformidad con el artículo 123 del RGLOSNC, una vez que se hayan cumplido todas las obligaciones contractuales, el contratista solicitará por escrito la recepción al administrador del contrato. Recibida la solicitud, el administrador del contrato designado por la Máxima Autoridad de la Entidad Contratante o su Delegado, deberá elaborar el informe técnico que verifique el cumplimiento de las condiciones y especificaciones del contrato. Para elaborar dicho informe el administrador tendrá el término de diez (10) días contados a partir de la recepción de la solicitud del contratista, en el cual podrá negarse a recibir los Bienes y Servicios contratados o los servicios complementarios, por razones justificadas, relacionadas con el cumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por el contratista. La negativa se notificará por escrito al contratista.

En los casos en los que ante la solicitud del contratista, la Entidad Contratante no formulare ningún pronunciamiento ni iniciare la recepción dentro de los períodos determinados en el RGLOSNC, se considerará que tal recepción se ha efectuado de pleno derecho, para cuyo efecto un Juez de lo Civil o un Notario Público, a solicitud del contratista notificará que dicha recepción se produjo.

3.1.1.32.10.2 CONTENIDO DE LAS ACTAS DE ENTREGA RECEPCIÓN

Para la suscripción de las actas de entrega recepción deberán participar el contratista y los integrantes de la Comisión designada por la máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado conformada por el administrador del contrato y un técnico que no haya intervenido en el proceso de ejecución del contrato. El contenido de las actas será el previsto en el artículo 124 del RGLOSNC, incluyendo la liquidación económico contable del contrato, conforme a lo previsto en el artículo 125 de dicho Reglamento.

3.1.1.32.11 CONTRATOS COMPLEMENTARIOS

3.1.1.32.11.1 OBRAS Y SERVICIOS COMPLEMENTARIOS

En el caso de ampliar, modificar o complementar una obra o servicio por causas imprevistas o técnicas, debidamente motivadas, presentadas con su ejecución, la Entidad Contratante podrá celebrar con el mismo contratista, sin licitación o concurso, contratos complementarios, siempre que se mantengan los precios de los rubros del contrato original,

reajustados a la fecha de celebración del respectivo contrato complementario. (Art. 85 LOSNCP)

3.1.1.32.11.2 CREACIÓN DE RUBROS NUEVOS

Si la ejecución de una obra o prestación de un servicio, por motivos técnicos, fuere necesaria la creación de nuevos rubros, podrá celebrarse contratos complementarios, para el pago de los rubros nuevos se estará a los precios referenciales actualizados de la Entidad Contratante, si los tuviere; en caso contrario, se los determinará de mutuo acuerdo entre las partes. (Art. 86 LOSNCP)

3.1.1.32.11.3 NORMAS COMUNES A LOS CONTRATOS COMPLEMENTARIOS

La suma total de las cuantías de los contratos complementarios no podrá exceder del treinta y cinco por ciento (35%) del valor actualizado o reajustado del contrato principal.

Para el caso de obras, la indicada suma total se computará de la siguiente manera: 1. Para el caso de diferencia de cantidades se utilizará el artículo 88 de la LOSNCP. 2. Para el caso de rubros nuevos se empleará el artículo 89 de la LOSNCP. 3. Si se sobrepasa los porcentajes antes señalados será necesario tramitar los contratos complementarios que se requieran, siempre que éstos no excedan del treinta y cinco por ciento (35%) del valor actualizado o reajustado del contrato principal.

La suma total de los contratos complementarios, órdenes de trabajo y diferencia en cantidades, para el caso de obras, en ningún caso excederá del setenta por ciento (70%) del valor actualizado o reajustado del contrato principal; esta actualización se hará aplicando la fórmula de reajuste de precios que consten en los respectivos contratos principales. El valor de los contratos complementarios de consultoría no podrá exceder del setenta (70%) por ciento del valor actualizado o reajustado del contrato principal; el contratista deberá rendir garantía adicional de fiel cumplimiento y en el caso que se prevea anticipos proporcionales al contrato principal, también deberá rendirse la garantía de buen uso del anticipo de manera proporcional. (Art. 87 LOSNCP)

3.1.1.32.11.4 DIFERENCIA EN CANTIDADES DE OBRA

Si al ejecutarse la obra de acuerdo con los planos y especificaciones del contrato se establecieren diferencias entre las cantidades reales y las que constan en el cuadro de cantidades estimadas en el contrato, la entidad podrá ordenar y pagar directamente sin necesidad de contrato complementario, hasta el veinticinco (25%) por ciento del valor reajustado del contrato, siempre que no se modifique el objeto contractual. A este efecto, bastará dejar constancia del cambio en un documento suscrito por las partes. Si se sobrepasa el mencionado porcentaje será necesario tramitar un contrato complementario. (Art. 88 LOSNCP)

3.1.1.32.11.5 ORDENES DE TRABAJO

La Entidad Contratante podrá disponer, durante la ejecución de la obra, hasta del diez (10%) por ciento del valor actualizado o reajustado del contrato principal, para la realización

de rubros nuevos, mediante órdenes de trabajo y empleando la modalidad de costo más porcentaje. En todo caso, los recursos deberán estar presupuestados de conformidad con la presente Ley; las órdenes de trabajo contendrán las firmas de las partes y de la fiscalización. (Art. 89 LOSNCP)

3.1.1.32.12 TERMINACIÓN CONTRACTUAL

Los contratos terminan:

- ❖ Por cumplimiento de las obligaciones contractuales;
- ❖ Por mutuo acuerdo de las partes.- Cuando por circunstancias imprevistas, técnicas o económicas, o causas de fuerza mayor o caso fortuito, no fuere posible o conveniente para los intereses de las partes, ejecutar total o parcialmente, el contrato; dicha terminación no implicará renuncia a derechos causados o adquiridos en favor de la Entidad Contratante o del contratista; la entidad no podrá celebrar contrato posterior sobre el mismo objeto con el mismo contratista;
- ❖ Por sentencia o laudo ejecutoriados que declaren la nulidad del contrato o la resolución del mismo ha pedido del contratista;
- ❖ Por declaración anticipada y unilateral de la Entidad Contratante por: incumplimiento del contratista; quiebra o insolvencia del contratista; si el valor de las multas supera el monto de la garantía de fiel cumplimiento del contrato; suspensión de los trabajos, por decisión del contratista, por más de sesenta (60) días, sin que medie fuerza mayor o caso fortuito; haberse celebrado contratos contra expresa

prohibición de la LOSNCP; en los demás casos estipulados en el contrato, de acuerdo con su naturaleza; y, cuando, ante circunstancias técnicas o económicas imprevistas o de caso fortuito o fuerza mayor, debidamente comprobadas, el contratista no hubiere accedido a terminar de mutuo acuerdo el contrato, en cuyo caso, no se ejecutará la garantía de fiel cumplimiento del contrato ni se inscribirá al contratista como incumplido;

- ❖ Por muerte del contratista o por disolución de la persona jurídica contratista que no se origine en decisión interna voluntaria de los órganos competentes de tal persona jurídica.

3.1.1.32.13 RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

Los oferentes que se consideren afectados por actos administrativos emitidos por las entidades previstas en el artículo 1 de la LOSNCP por asuntos relacionados con su oferta, respecto al trámite precontractual o de la adjudicación, tendrán el derecho de presentar las reclamaciones y los recursos administrativos de los que se crean asistidos, de conformidad con la LOSNCP.

El recurso se presentará por escrito ante el órgano autor del hecho, comportamiento u omisión; emisor del acto administrativo; o ante aquel al cual va dirigido el acto de simple administración, en el término de cinco días contados a partir de la notificación. El órgano puede dictar medidas de mejor proveer, y otras para atender el recurso.

En los recursos los oferentes podrán peticionar o pretender la formulación de observaciones, consideraciones y reservas de derechos, cuando se impugnaren los actos de

simple administración; y, la enmienda, derogación, modificación o sustitución total o parcial de actos administrativos relacionados con los procedimientos de contratación en los que intervengan.

Para deducir la impugnación prevista en la LOSNCP, los oferentes tendrán el término de cinco (5) días contados desde la notificación de la adjudicación, la Entidad Contratante en el término de cinco (5) días calificará el recurso como procedente o mandará a ampliarlo, debiendo expedir, de manera motivada, su resolución en un término no mayor a quince (15) días contados a partir de la providencia de calificación del recurso presentado. La reclamación o recurso presentado no suspende la ejecución del acto impugnado.

Las resoluciones que atiendan los recursos podrán ser recurridas en recurso de reposición ante el propio órgano que las expidió. Son susceptibles de este recurso los actos administrativos que afecten derechos subjetivos directos del oferente. El término para la interposición del recurso de reposición será de 5 días contados a partir del día siguiente al de su notificación. El término máximo para dictar y notificar la resolución será de 15 días. Transcurrido este término sin que recaiga resolución, se entenderá favorable el recurso al peticionario. Contra la resolución de un recurso de reposición no cabrá ningún otro recurso en vía administrativa.

En el caso de los recursos dirigidos contra personas jurídicas de derecho privado sujetas a la LOSNCP, corresponderá a la máxima autoridad dar atención y respuesta en el término de quince días, decisión de la cual no habrá ningún recurso, por no tratarse de un acto administrativo, sin perjuicio de la fase arbitral o judicial correspondiente.

Adicionalmente a lo antes señalado, en la reforma a la LOSNCP producida mediante Ley No. 0, publicada en Registro Oficial Suplemento 100 de 14 de Octubre del 2013, se estableció que quienes se consideren afectados por las actuaciones realizadas por entidades contratantes previstas en el ámbito de la LOSNCP podrán presentar un reclamo motivado ante el Servicio Nacional de Contratación Pública, quien en caso de considerar la existencia de indicios de incumplimiento de las normas de la presente ley, su reglamento y las regulaciones, normas técnicas y demás normativa, notificará a la máxima autoridad de la entidad contratante, quién dispondrá la suspensión del proceso por el plazo de siete días hábiles, en el que deberá presentar las pruebas y argumentos técnicos correspondientes.

Al término del plazo indicado, la máxima autoridad de la entidad contratante podrá implementar las rectificaciones que correspondan, o continuar con el proceso.

El Servicio Nacional de Contratación Pública SERCOP podrá sugerir medidas necesarias para rectificar el proceso y, de ser el caso, la suspensión definitiva del procedimiento precontractual y notificará a los órganos de control competentes.

Operará la preclusión de derechos, una vez transcurridos tres días hábiles después de concluida cada fase del proceso de contratación pública.

Los procesos de contratación pública no son susceptibles de acciones constitucionales porque tienen mecanismos de defensa adecuados y eficaces para proteger los derechos derivados de tales procesos previstos en la Ley.

La suspensión del proceso no dará lugar a ningún tipo de reparación o indemnización a los oferentes.

3.1.1.32.14 SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS:

Las entidades contratantes y los contratistas buscarán solucionar en forma ágil, rápida y directa las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual. Para tal efecto, al surgir las diferencias acudirán al empleo de los mecanismos de solución de controversias contractuales previstos en la LOSNCP y a la conciliación, amigable composición y transacción.

En los contratos podrá incluirse la cláusula compromisoria a fin de someter a la decisión de árbitros las distintas diferencias que puedan surgir por razón de la celebración del contrato y de su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación. El arbitraje será en derecho. Los árbitros serán tres (3), a menos que las partes decidan acudir a un árbitro único. En las controversias de menor cuantía habrá un sólo arbitro. La designación, requerimiento, constitución y funcionamiento del tribunal de arbitraje se regirá por las normas contractualmente estipuladas o las que resulten aplicables; cuando en el contrato no se hubiere pactado cláusula compromisoria, cualquiera de las partes podrá solicitar a la otra la suscripción de un compromiso o convenio arbitral para que un Tribunal de Arbitraje resuelva las diferencias presentadas en razón de la celebración del contrato y su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación.

En cualquiera de los dos casos, más allá de lo señalado en la LOSNCP, en aplicación de la disposición contenida en el artículo 190 de la Constitución de la República, para ir a arbitraje se requerirá informe favorable previo de la Procuraduría General del Estado.

3.1.1.32.15 SEDE JUDICIAL

De no haberse pactado cláusula compromisoria o no haberse logrado el acuerdo de las partes para someterse a arbitraje en caso de no haber la indicada cláusula; o, en caso de no obtenerse el informe favorable de la Procuraduría General del Estado para someterse a arbitraje, las controversias relacionadas con los contratos al amparo de la LOSNCP, se sustanciarán ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, aplicando para ello la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

CAPÍTULO IV

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

4.1 CONCLUSIONES

Conforme lo hemos mencionado, la LOSNCP ha constituido un nuevo esfuerzo en esta materia, pues incorpora nuevas herramientas y procedimientos que en función de su correcta aplicación contribuirán a dinamizar y agilizar la contratación pública; el uso de la herramienta informática pone al alcance del ciudadano común el conocimiento de que, como, cuando y cuanto está contratando el Estado a través de sus diversas instituciones, aunque lamentablemente aún se puede observar un alto nivel de incumplimiento de las instituciones públicas respecto de la obligación que tienen de publicar toda esta información, en desmedro de los objetivos de la ley; el Registro Único de Proveedores (RUP) ha contribuido sin lugar a dudas a ampliar el espectro de proveedores del Estado, poniéndolos además en la misma capacidad de competir y beneficiando al proveedor nacional frente al extranjero y al pequeño y mediano frente a las grandes empresas, constituyéndose también en un factor de dinamización de la economía; la obligatoriedad de presentar el Plan Anual de Contrataciones (PAC) y sujetarse a él, constituye un ejercicio de planificación importante para las instituciones que manejan recursos públicos y por otro lado es una valiosa herramienta para aquellos proveedores del Estado que pueden ir preparándose para presentar sus ofertas en función de la información que allí se encuentra; el catálogo electrónico debe convertirse en el principal mecanismo de contratación de bienes y servicios normalizados, cumpliendo su finalidad de estandarizar costos y calidades en beneficio de todas las instituciones que trabajan con recursos públicos,

aprovechando los beneficios de la economía de escala que permite a los proveedores bajar sus precios en función del volumen de ventas estimado; la subasta inversa de bienes y servicios normalizados, así como las subastas inversas corporativas e institucionales para la adquisición de medicamentos, son herramientas igualmente valiosas que, bien utilizadas, permiten al Estado y sus instituciones adquirir aquellos bienes y servicios en condiciones ventajosas en precio y calidad, pues por su propia dinámica exigen a los proveedores realizar su mejor esfuerzo para resultar adjudicados; en cuanto a los procedimientos ordinarios, el solo hecho de transparentarlos a través del sistema en la web, constituye en sí un avance en relación a los anteriores procedimientos de los cuales la mayor parte de la gente no podía y de hecho no tenía ninguna información o conocimiento; en cuanto a los procedimientos sujetos al régimen especial, si bien es cierto son más discrecionales, al menos ahora están reglados y no responden al criterio del funcionario de turno, además que su publicación en el portal de compras públicas contribuye a transparentarlos; igual situación respecto de las contrataciones de emergencia que antes se realizaban y nadie conocía de ellas, ahora es obligatorio informar a través del portal de todos los contratos celebrados bajo el régimen de emergencia, pudiéndose verificar su pertinencia y además los resultados obtenidos, aunque como he señalado anteriormente, la práctica difiere de la teoría y existe un alto nivel de incumplimiento de la obligatoriedad de publicar esta información.

Por todo lo señalado, considero que la aplicación de la LOSNCP ha incidido favorablemente en el cumplimiento de los principios que rigen la Contratación Pública, esto es esto es legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad y participación nacional, aunque no es menos cierto que resta mucho camino por recorrer en aras de alcanzar estos objetivos, lamentablemente,

más allá de la norma, está la conciencia y la voluntad humana por hacerlos prevalecer y digo lamentablemente, por cuanto la corrupción es un mal que, como si de un cáncer se tratase, se reproduce y crece en desmedro de quienes actuamos apegados a la ley y la moral.

4.2 RECOMENDACIONES

No obstante, como toda norma jurídica, siempre es perfectible y por tanto más allá de criticarla o estigmatizarla, es necesario perfeccionarla; cuando sea posible sin necesidad de modificar la propia Ley, en base al desarrollo de herramientas complementarias que permitan perfeccionar el uso del Sistema; y, cuando esto no sea factible, proponer la modificación de la propia Ley, procurando abarcar todos los aspectos posibles.

Entre los aspectos que, en mi criterio, deben ser ajustados o modificados para cumplir con los principios de la Contratación pública, sugiero las siguientes:

4.2.1 CONTROL CONCURRENTE POR PARTE DEL SERCOP

Mediante Ley No. 0, publicada en el Registro Oficial Suplemento 100 de 14 de Octubre del 2013, se dotó al SERCOP de las facultad de efectuar una suerte de control concurrente ante el reclamo motivado de quien se considere afectado por las actuaciones de las entidades contratantes, pudiendo suspender temporal o definitivamente un proceso, en caso de encontrar anomalías o irregularidades que así lo ameriten, hecho que en principio considero positivo, por cuanto esto permitirá realizar correcciones que ahorrarán muchos conflictos posteriores y sobre todo ingentes recursos al Estado, no obstante su aplicación todavía no refleja los resultados esperados, supuestamente por la falta de un reglamento de aplicación. Es pertinente aclarar que no se trata de asumir las funciones de

la Contraloría General del Estado que deberá continuar ejerciendo su función fiscalizadora ante hechos consumados, sino de un apoyo legal - técnico que en alguna medida prevenga este tipo de situaciones.

4.2.2 NORMALIZACIÓN DE LOS BIENES

Conforme quedo señalado, la LOSNCP habla de bienes normalizados, sin embargo no existe un mecanismo real de normalización y se deja aquello al criterio de las entidades contratantes, lo que equivale a decir que no existe normalización, pues cada quién normaliza según sus propios criterios y lamentablemente en muchos casos según las conveniencias o intereses personales o de terceros. Por lo dicho es indispensable que el SERCOP, conjuntamente con el organismo a cargo de la normalización en el Ecuador INEN o quién haga sus veces, sean quienes normalicen sistemáticamente los bienes y servicios que ha de contratar el Estado, en función de parámetros técnicos que garanticen que aquellos respondan a las necesidades reales y no a caprichos de algún funcionario y menos a intereses de terceros.

4.2.3 AMPLIAR LA COBERTURA DEL CATALOGO ELECTRÓNICO

Este mecanismo de contratación es el llamado a ser el principal medio de contratación de bienes y servicios por parte del Estado, lamentablemente hasta el momento no ha alcanzado sino a un pequeño grupo de bienes, probablemente como consecuencia de la falta de un proceso real de normalización, que permitiría al SERCOP realizar de forma masiva los procedimientos de selección de proveedores para los Convenios Marco. Al momento se realizan miles de procesos de subasta inversa electrónica que requieren

ingentes esfuerzos por parte de las Entidades Contratantes, perdiéndose la oportunidad de lograr grandes beneficios por concepto de economía de escala, sin mencionar la estandarización de los bienes y servicios que rutinariamente debe adquirir el Estado a través de sus instituciones.

4.2.4 RECLAMOS ADMINISTRATIVOS

Conforme lo previsto en la LOSNCP vigente, los reclamos administrativos relacionados con los procedimientos de contratación se constriñen exclusivamente a aspectos relacionados con la oferta del reclamante, hecho que sin duda limita la posibilidad de reclamación, pues ciertamente un oferente puede verse afectado por hechos no necesariamente vinculados con su oferta, por citar un ejemplo, en la calificación de las ofertas se evalúa correctamente su oferta, pero se comete un error en la evaluación de otra oferta que, fruto de dicho equívoco resulta adjudicada, con el evidente perjuicio al oferente cuya oferta fue correctamente evaluada y no podría presentar un reclamo administrativo. No obstante conforme lo hemos señalado al hablar del control concurrente, ahora también existe la opción de presentar un reclamo fuera de la Entidad Contratante, ante el SERCOP, en tal sentido es de esperar que las entidades contratantes se vean forzadas a llevar un control más objetivo de los procesos a su cargo y en el caso de reclamos administrativos, sustentar y motivar debidamente sus resoluciones, que, de otra manera suelen ser simples repeticiones de los mismos argumentos esgrimidos desde un principio, por un equivocado espíritu de cuerpo.

4.2.5 ESTANDARIZACION DE LOS CRITERIOS DE CALIFICACIÓN

Si bien es cierto los formatos de pliegos elaborados por el SERCOP han delimitado el contenido general de los mismos, un factor que no ha sido mayormente regulado es lo referente a los parámetros de calificación que continúan siendo potestad de las Entidades Contratantes y que lamentablemente suelen incluir aspectos subjetivos que distorsionan o inclusive dirigen los procedimientos de contratación, contrariando los principios que se busca implementar.

Por lo señalado, el propio SERCOP está en capacidad de emitir regulaciones que obliguen a las Entidades Contratantes incluir exclusivamente parámetros objetivos para la calificación de las ofertas, que aseguren el respeto de los principios de la Contratación Pública.

BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

1. Alessandri Rodríguez Arturo, "DERECHO CIVIL DE LOS CONTRATOS", Zamorano y Caperan, Santiago 1976, 246 págs.
2. Bandeira de Mello Celso Antonio, "LICITACAO", Editora Revista dos Tribunais, Sao Paulo 1980, 174 págs.
3. Bibliográfica Omeba, "ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA", Tomo IV, Buenos Aires 1976, 1069 págs.

4. Bibliográfica Omeba, "ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA", Tomo XVIII, Buenos Aires 1976, 992 págs.
5. Bibliográfica Omeba, "ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA", Tomo XXII, Buenos Aires 1976, 958 págs.
6. Cabanellas de Torres Guillermo, "DICCIONARIO DE DERECHO USUAL", Décimo primera edición, Buenos Aires, Editorial Heliasta, S.R.L., 1976, Tomo II 765 págs.
7. Cabanellas de Torres Guillermo, "DICCIONARIO DE DERECHO USUAL", Décimo primera edición, Buenos Aires, Editorial Heliasta, S.R.L., 1976, Tomo IV 153 págs.
8. Camacho Pérez Efraín, "DERECHO ADMINISTRATIVO", Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito 2006, 634 págs.
9. Civitas Biblioteca de Legislación, "CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PUBLICAS", Editorial Civitas, Madrid 1998, 662 págs.
10. Corporación de Estudios y Publicaciones, "CÓDIGO CIVIL CON JURISPRUDENCIA", séptima edición especial, 591 págs.
11. Corporación de Estudios y Publicaciones, "GUÍA DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA", recopilación de normas legales vigentes, primera edición, 1992, 594 págs.
12. Diez Manuel María, "DERECHO ADMINISTRATIVO", Tomo II, Bibliográfica Omeba, 1963, La Valle Buenos Aires, 615 págs.
13. Diez Manuel María, "DERECHO ADMINISTRATIVO", Tomo III, Bibliográfica Omeba, 1963, La Valle Buenos Aires, 619 págs.
14. Dromi José Roberto, "DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO", Tomo I, Editorial Astrea, 1980, Buenos Aires, 402 págs.
15. Dromi José Roberto, "LA LICITACIÓN PÚBLICA", Segunda edición, Editorial Astrea, 1977, Buenos Aires, 586 págs.
16. Enciclopedia Diccionario "SALVAT", Tomo 7, Salvat Editores, S.A., 3367 págs.

17. Escola Jorge Hector, "COMPENDIO DE DERECHO ADMINISTRATIVO", Volumen 1., Depalma Buenos Aires 1984, 1100 págs.
18. Expósito Vélez Juan Carlos, "LA CONFIGURACIÓN DEL CONTRATO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN DERECHO COLOMBIANO Y ESPAÑOL", Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2003, 662 págs.
19. García de Enterría Eduardo– Escalante José Antonio, "LEGISLACIÓN ADMINISTRATIVA", Editorial Civitas, Madrid 1996, 1464 págs.
20. Martínez López J.L– Muñiz y Laguna de Paz J.C., "CONTRATACIÓN PÚBLICA - II", Segundas Jornadas de Valladolid 25-26 de Enero de 1996, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid 1997, 281 págs.