



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS E INTERNACIONALES

DR. RAMIRO BORJA Y BORJA

ESCUELA DE DERECHO

MIURIEL COMPTE MOSQUERA

**LOS PROCEDIMIENTOS DINÁMICOS EN LA
CONTRATACIÓN PÚBLICA ECUATORIANA**

TRABAJO DE CONCLUSIÓN DE
CARRERA PRESENTADO COMO
REQUISITO PARCIAL PARA LA
OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE
ABOGADO DE LOS TRIBUNALES Y
JUZGADOS DE LA REPÚBLICA
DEL ECUADOR CON MENCIÓN EN
DERECHO INTERNACIONAL
COMERCIAL.

UNIVERSIDAD DEL PACÍFICO

GUAYAQUIL, SEPTIEMBRE 2013

Compte Mosquera, Miuriel Carolina. Los Procedimientos dinámicos en la contratación pública ecuatoriana: UPACÍFICO, 2013, 66 p. Director, Doctor Nietzsche Salas Guzmán. Trabajo de Conclusión de Carrera- TCC, presentado a la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas e Internacionales, de la Universidad del Pacífico.

Resumen: Describir, analizar y contextualizar los procedimientos dinámicos que la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento General de aplicación han definido. La tesis en primer lugar, pone en contexto a la contratación pública ecuatoriana y establece cuales son los procedimientos dinámicos allí establecidos. Los define, explica su aplicación y procedimiento, sus requisitos, exigencias y demás definiciones legales y procedimentales. Además, señala de manera descriptiva y general los otros procedimientos que la Ley establece. Señala el rol del organismo regulador de la contratación pública ecuatoriana, su alcance y responsabilidad. Hace un análisis de la contratación pública en el derecho comparado de países vecinos, contrasta la definición con la aplicación práctica, sobre la base de la opinión y experiencia de actores. Realiza también una crítica conceptual de los vacíos y debilidades de la Ley a la luz de la experiencia de su aplicación desde su vigencia y por último establece recomendaciones para su mejor funcionamiento.

Palabras claves: contratación pública ecuatoriana, procedimientos dinámicos, aplicabilidad práctica, contribución social y económica.

DECLARACIÓN DE AUTORÍA

Yo, Miuriel Carolina Compte Mosquera, declaro ser la autora exclusiva del presente trabajo de conclusión de carrera.

Todos los efectos académicos y legales que se desprendieren de la misma son de mi responsabilidad.

Por medio del presente documento cedo mis derechos de autor a la Universidad del Pacífico para que pueda hacer uso del texto completo de la tesis a título “Los procedimientos dinámicos en la contratación pública ecuatoriana” con fines académicos y/o de investigación.


MIURIEL CAROLINA COMPTE MOSQUERA

Guayaquil, septiembre de 2013

CERTIFICACIÓN

Yo, Nietzsche Alfonso Salas Guzmán, docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas e Internacionales, de la Universidad del Pacífico como Director de la presente tesis, certifico que la señorita Miuriel Carolina Compte Mosquera, egresada de ésta institución, es autora exclusiva del presente trabajo, el mismo que es auténtico, original e inédito.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Nietzsche Alfonso Salas Guzmán', with a large, decorative flourish at the end.

DR. NIETZSCHE ALFONSO SALAS GUZMÁN

Guayaquil, septiembre de 2013

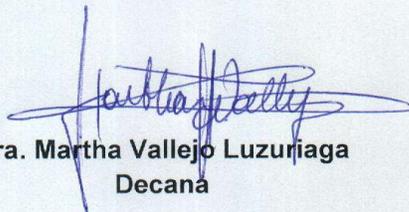
DOCUMENTO DE CONFIDENCIALIDAD

Al presentar este Trabajo de Culminación de Carrera como uno de los requisitos previos para la obtención de grado de Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador, de la Universidad Del Pacifico, autorizo a la biblioteca de la universidad para que haga de esta tesis un documento disponible para su lectura.

Estamos de acuerdo en que se realice cualquier copia de esta tesis dentro de las regulaciones de la Universidad según como dictamina la L.O.E.S art. 144.

Cuatro copias digitales, de esta tesis de grado quedan custodiadas de la Universidad del Pacifico, las mismas que podrán ser utilizadas para fines académicos y de investigación.

Para constancia de este compromiso, suscribe



Dra. Martha Vallejo Luzuriaga
Decana

Guayaquil, septiembre 2013

INDICE

Capítulo I. Introducción	9
I.1. Generalidades.....	9
I.2. Análisis del entorno de la contratación pública ecuatoriana.....	12
I.3. Los procesos precontractuales en la contratación pública ecuatoriana.....	16
I.4. Importancia del tema.....	16
Capítulo II. Los Pliegos o Documentos Precontractuales	18
II.1. Los Pliegos.....	18
II.2. Modelos.....	18
II.3. Contenidos.....	19
II.4. Elaboración.....	19
II.5. Aprobación.....	19
II.6. Contenido.....	20
Capítulo III. Las Ofertas	21
III.1. Presentación.....	21
III.2. Vigencia.....	21

III.3. Errores en su presentación.....	22
III.4. La Comisión Técnica.....	22
Capítulo IV. Adjudicación.....	25
IV.1. Procedimiento de la adjudicación.....	25
IV.2. Efectos legales de la adjudicación.....	27
IV.3. Adjudicación Fallida.....	29
Capítulo V. Terminación del Procedimiento Precontractual.....	31
V.1. Declaratoria de Procedimiento Desierto.....	31
V.2. Cancelación de Procedimiento.....	32
Capítulo VI. Procedimientos de Contratación.....	34
Capítulo VII. Breve análisis de legislación comparada.....	51
Capítulo VIII. Análisis de experiencias reales.....	58
Capítulo IX. Conclusiones y Recomendaciones.....	66
Capítulo X. Bibliografía.....	71

Capítulo I. Introducción

I.1. Generalidades

El Estado para cumplir con su misión fundamental de procurar el bien común, ejerce sus funciones de acuerdo a lo que la Constitución y las leyes de la República establecen.

Para alcanzar los fines que dan razón a su existencia, y para satisfacer, al mismo tiempo, las necesidades manifestadas por la sociedad en su conjunto, el Estado desarrolla una amplia gama de hechos, actos, acciones y procedimientos de distinta naturaleza y de diverso contenido.

Las principales son:

- a) Los actos y procedimientos que procuran alcanzar el establecimiento de las normas a las que deben someterse los integrantes de la comunidad, en su estructura orgánica y dinámica.
- b) Los actos y acciones por los cuales se lleva a cabo la decisión de los conflictos que puedan suscitarse entre los individuos y la comunidad organizada.
- c) La ejecución concreta, directa y continuada de las medidas que son convenientes para satisfacer todas las necesidades de la vida en común.

Estos grupos de la actividad del Estado, son los que han dado origen a las diferentes funciones del Estado.

La administración es, el gobierno, manejo o dirección de un interés, enfocado a un fin determinado, que consiste en actos sucesivos y continuados, cuyo conjunto constituye la actividad en la que se basa la administración. Se trata de una actividad estructurada para alcanzar fines humanos.

En lo que se refiere a los actos administrativos, es importante decir que la administración pública, es la actividad política, racional, técnica y permanente que ejercen constitucional, legal y reglamentariamente los gobernantes y funcionarios de la administración central, institucional y seccional para satisfacer necesidades generales, por medio de diferentes procedimientos, y de acuerdo con los principios de responsabilidad, eficiencia, racionalidad, transparencia, simplificación, economía, coparticipación y solidaridad social, como lo indican los principios de la modernización del Estado. Para ejercer estas actividades la administración tiene que planificar, organizar, dirigir, coordinar, controlar y evaluar el funcionamiento de los servicios públicos.

Pues, tal como lo señala la norma constitucional en su Art. 227: “La administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación”.

En el Estado de derecho, la administración pública aparece como legalmente condicionada y regulada, produciéndose así la aparición del derecho administrativo, como derecho especial de la administración pública, reconociéndose que hasta el mismo poder discrecional de la administración está también limitado por las normas jurídicas.

Los particulares, tienen medios legales, cada vez más adecuados y desarrollados, para discutir y objetar las decisiones del poder estatal, haciendo valer sus derechos y obteniendo la compensación o indemnización de las lesiones que hayan sufrido, como resultado del accionar del Estado. En ese sentido, la Constitución dispone en su art. 173: “Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial”.

La noción conceptual de la administración pública no es una idea que pueda aprehenderse con facilidad, ya que la diversidad de los elementos que la componen ha posibilitado una multiplicidad de enfoques y sistemas diferentes.

De cualquier manera, lo importante es llegar a la determinación y precisión de ese concepto atendiendo a su esencial naturaleza, a su sustancia, prescindiendo de las circunstancias que atañen a la forma y a la condición de los órganos de los que emanan los actos en virtud de los cuales se manifiesta la actividad de la administración, dado el carácter puramente contingente de esos elementos.

Etimológicamente, la palabra administración se deriva de “administrare”, proveniente de la expresión “ad manus trahere”, que significa “traer a la mano”.

La palabra administración, en su significado común, implica un sentido de acción, actividad, servicio, manejo o ejercicio de algún cargo. Con un sentido amplio, se la utiliza para designar la actividad que consiste en ejecutar, dirigir o servir.

I.2. Análisis del entorno de la contratación pública ecuatoriana

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCPP) vigente, fue aprobada como Ley No. 1 por la Asamblea Nacional Constituyente reunida en Montecristi y publicada en el Registro Oficial No. 395 el 4 de agosto del 2008.

Su Reglamento General fue publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 588 el 12 de Mayo de 2009.

Esta ley, a diferencia de la Ley de Contratación Pública vigente hasta entonces, introduce el uso de procedimientos electrónicos en los procesos de contratación del Estado Ecuatoriano, buscando incorporarse en su transformación y modernización, tratando de obtener un importante impacto en la eficiencia y eficacia del sector público, en la reorganización de las instituciones, en la productividad y competitividad en los negocios y en la confianza de los ciudadanos.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCPP) establece un Sistema Nacional de Contratación Pública, el mismo que es definido 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”.

A efectos de darle operatividad al Sistema, se establece la creación del Instituto Nacional de Contratación Pública (INCOP), el mismo que es definido como “*un organismo de derecho público, técnico y autónomo, con personalidad jurídica propia y autonomía administrativa, técnica, operativa, financiera y presupuestaria*”.

Las atribuciones del INCOP, según la citada ley, son:

- 1. Asegurar y exigir el cumplimiento de los objetivos prioritarios del Sistema Nacional de Contratación Pública;*
- 2. Promover y ejecutar la política de contratación pública dictada por el Directorio;*
- 3. Establecer los lineamientos generales que sirvan de base para la formulación de los planes de contrataciones de las entidades sujetas a la presente Ley;*
- 4. Administrar el Registro Único de Proveedores RUP;*
- 5. Desarrollar y administrar el Sistema Oficial de Contratación Pública del Ecuador, COMPRASPÚBLICAS, así como establecer las políticas y condiciones de uso de la información y herramientas electrónicas del Sistema;*
- 6. Administrar los procedimientos para la certificación de producción nacional en los procesos precontractuales y de autorización de importaciones de bienes y servicios por parte del Estado;*
- 7. Establecer y administrar catálogos de bienes y servicios normalizados;*
- 8. Expedir modelos obligatorios de documentos precontractuales y contractuales, aplicables a las diferentes modalidades y procedimientos de contratación pública, para lo cual podrá contar con la asesoría de la Procuraduría General del Estado y de la Contraloría General del Estado;*
- 9. Dictar normas administrativas, manuales e instructivos relacionados con esta Ley;*
- 10. Recopilar y difundir los planes, procesos y resultados de los procedimientos de contratación pública;*

- 11. Incorporar y modernizar herramientas conexas al sistema electrónico de contratación pública y subastas electrónicas, así como impulsar la interconexión de plataformas tecnológicas de instituciones y servicios relacionados;*
- 12. Capacitar y asesorar en materia de implementación de instrumentos y herramientas, así como en los procedimientos relacionados con contratación pública;*
- 13. Elaborar parámetros que permitan medir los resultados e impactos del Sistema Nacional de Contratación Pública y en particular los procesos previstos en esta Ley;*
- 14. Facilitar los mecanismos a través de los cuales se podrá realizar veeduría ciudadana a los procesos de contratación pública; y, monitorear su efectivo cumplimiento;*
- 15. Publicar en el Portal COMPRASPÚBLICAS el informe anual sobre resultados de la gestión de contratación con recursos públicos;*
- 16. Elaborar y publicar las estadísticas del SNCP; y,*
- 17. Las demás establecidas en la presente Ley, su Reglamento y demás normas aplicables.*

El INCOP, está dirigido por un Directorio, el mismo que lo integran: El Ministro de Industrias y Productividad, quien tiene voto dirimente, la máxima autoridad del Organismo Nacional de Planificación; el Ministro de Finanzas; el Alcalde designado por la Asamblea General de la Asociación de Municipalidades del Ecuador; y, el Prefecto designado por el Consorcio de Consejos Provinciales del Ecuador, CONCOPE.

Las principales funciones del Directorio son: Planificar, priorizar, proponer y dictar la política nacional en materia de contratación pública; Dictar las normas o políticas sectoriales de contratación pública que deben aplicar las entidades competentes; y, Dictar la normativa para la organización y funcionamiento del Instituto Nacional de Contratación Pública.

Por último, es importante referir que el INCOP se financia con los recursos que se le asignen en el Presupuesto General del Estado; los derechos de inscripción en el Registro Único de Proveedores RUP; los que obtenga por efectos de donaciones y asistencias de instituciones y organismos nacionales o internacionales; y, los que provengan de convenios por uso de las herramientas del Sistema que se realicen con personas naturales o jurídicas de carácter público o privado.

Las adquisiciones del sector público por mecanismos electrónicos, se basan en el uso de las tecnologías de información por parte de los gobiernos, para conducir sus relaciones con los proveedores y contratistas en la adquisición de bienes, servicios y obras requeridas por las entidades del Estado.

Con ayuda de los procedimientos electrónicos, todas las actividades de adquisición (planificación, convocatorias, invitaciones, adjudicaciones, ejecución de contratos), están a la vista de todos en el mismo momento en que ocurren.

En otras palabras, los procesos, las decisiones y los resultados de las operaciones de adquisición del sector público pueden ser vistas en línea mientras suceden, ya sea por los proveedores, el público en general y el propio ente estatal.

El gobierno electrónico simplifica, estandariza e integra procesos. Se orienta a reducir los costos administrativos y los plazos de los procesos de contratación.

Simultáneamente, al incrementarse la competencia y bajar los costos para los oferentes, genera reducciones importantes en los precios de bienes y servicios.

La participación precontractual de las empresas existentes en el mercado se ve estimulada generando con ello competitividad y productividad, disminuyendo el impacto monopólico y facilitando el desarrollo de las pequeñas y medianas empresas.

Para ello, la ley y su reglamento han establecido una serie de procedimientos, que deben ser llevados a cabo en el proceso precontractual, que dará lugar a que la institución del Estado adjudique al oferente que cumpla con los parámetros previamente definidos.

Es importante resaltar, que de acuerdo a lo previsto en el artículo 1 de la LOSNCP, también forman parte del ámbito de aplicación de esta ley, los Gobiernos Autónomos Descentralizados, definidos como *“las entidades que integran el Régimen Seccional Autónomo”*, en el citado artículo.

I.3. Los procesos precontractuales en la contratación pública ecuatoriana

El Sistema Nacional de Contratación Pública, según el Instituto Nacional de Compras Públicas (INCOP), *“Es el entorno que reúne a todas las "partes interesadas" de la contratación pública del país, es decir a los contratantes o compradores, a los oferentes o contratistas, al organismo de control, a los organismos de planificación, de presupuesto, y de control, los que son articulados a través de los principios, normativa, procedimientos y demás relaciones establecidas por la LOSNCP.”*

I.4. Importancia del tema

La importancia del tema planteado y su necesidad de ser conceptualizado, consiste en plasmarlo en un documento de ágil y didáctica lectura, dada la ausencia de literatura de consulta al respecto.

La nueva y vigente legislación sobre la materia es poco conocida y difundida, inclusive entre quienes son participantes activos en el tema, esto es contratistas, abogados, etc.

Profesionalmente, realizo mi trabajo en este ámbito, y es mi interés destacar las experiencias recogidas en esta trayectoria, para estar en posibilidades de plantear las reformas y correctivos que son necesarios acometer en procura del beneficio nacional.

Capítulo II. Los Pliegos o Documentos Precontractuales

II.1. Los Pliegos

Son los documentos precontractuales elaborados y aprobados para cada procedimiento, que se sujetarán a los modelos establecidos por el Instituto Nacional de Contratación Pública (INCOP), según lo contempla el artículo 6 numeral 24 de la LOSNCP.

II.2. Modelos

El INCOP debe elaborar los modelos y formatos de documentos precontractuales y la documentación mínima requerida para la realización de un procedimiento precontractual y contractual, los mismos que serán obligatorios. En este proceso de elaboración, podrá contar con la asesoría de la Procuraduría General del Estado y de la Contraloría General del Estado.

Serán expedidos por el Director Ejecutivo del INCOP, mediante resolución y serán publicados en el portal de compras públicas www.compraspublicas.gob.ec.

Cada entidad contratante deberá completarlos y bajo su responsabilidad, podrá modificar y ajustarlos a las necesidades particulares de cada proceso de contratación, siempre que se cumpla con la Ley y su reglamento general.

II.3. Contenidos

Los pliegos deben contener la información técnica, como: planos, estudios, especificaciones técnicas, la información económica, legal, las condiciones contractuales, así como toda la información que se requiera para participar en un proceso de adquisición de bienes, ejecución de obras o prestación de un servicio, incluidos los de consultoría.

Los pliegos son públicos y cualquier persona puede acceder gratuitamente a ellos a través de la opción por Internet.

Esta es una de las diferencias con la Ley de Contratación Pública derogada, que establecía como requisito para acceder a los documentos precontractuales el pago del derecho de inscripción. Indudablemente, esto ha permitido facilitar a los usuarios del sistema el acceso a la información.

II.4. Elaboración

La entidad contratante elaborará los pliegos para cada contratación, para lo cual deberá observar los modelos elaborados por el INCOP, que sean aplicables.

II.5. Aprobación

Los pliegos serán aprobados por la máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado.

II.6. Contenido

Los pliegos establecerán las condiciones que permitan alcanzar 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.

En la determinación de las condiciones de los pliegos, la entidad contratante deberá propender a la eficacia, eficiencia, calidad de la obra, bienes y servicios que se pretende contratar y ahorro en sus contrataciones.

Los pliegos no podrán afectar el trato igualitario que las entidades deben dar a todos los oferentes, ni establecer diferencias arbitrarias entre éstos, ni exigir especificaciones, condicionamientos o requerimientos técnicos, que no pueda cumplir la industria nacional, salvo justificación funcional. Esto, y lo anterior, en estricto apego a los principios en que se basa la contratación pública, esto es, legalidad, trato justo, igualdad, transparencia y participación nacional, entre otros, tal como lo determina el artículo 4 de la LOSNCP.

Capítulo III. Las Ofertas

Oferta es la propuesta para contratar, ceñida a los pliegos, presentada por el oferente a través de la cual se obliga, en caso de ser adjudicada, a suscribir el contrato y a la ejecución del proyecto de que se trate.

III.1. Presentación

De acuerdo al artículo 26 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, pueden presentar ofertas las personas naturales o jurídicas, de forma individual o asociadas o con compromiso de asociación o consorcio, deberán previamente estar inscritas en el Registro Único de Proveedores (RUP).

De acuerdo al artículo 67 de la misma Ley, en cualquier proceso precontractual, pueden participar consorcios o asociaciones de personas naturales y/o jurídicas, constituidos o por constituirse. En este último caso, presentando el compromiso de asociación o consorcio correspondiente, debidamente elevado a escritura pública ante un Notario del cantón.

III.2. Vigencia

Los pliegos precontractuales deben establecer el tiempo de vigencia de las ofertas, de no hacerlo, se entenderá que está vigente hasta la fecha de celebración del contrato, pudiendo prorrogarse el plazo por disposición de la entidad contratante.

III.3. Errores en su presentación

Si existe algún tipo de error de forma en la presentación de la oferta, esto es aquellos errores que no implican modificación alguna al contenido sustancial de la oferta, tales como errores tipográficos, de foliado, sumilla o certificación de documentos, esta podrá corregirse a través de un proceso de convalidación de errores en la forma prevista en el artículo 23 del reglamento de la LOSNCP.

Una vez presentada la oferta no podrá modificarse.

Cabe señalar que a contrario sensu, la ley de contratación pública derogada, no preveía la subsanación de las ofertas, puesto que el incumplimiento de cualquiera de los requisitos establecidos en los documentos precontractuales aunque fueran de forma, conllevaba la descalificación o rechazo de la oferta.

III.4. La Comisión Técnica

La comisión técnica se conforma para cada proceso de contratación de consultoría por lista corta o concurso público; subasta inversa electrónica, 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.

Está integrada por un profesional designado por la máxima autoridad, quien la presidirá; el titular del área requirente o su delegado; y, 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.

La comisión técnica, designará al secretario de la misma de fuera de su seno; 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.

Sus miembros no podrán tener conflictos de intereses con los oferentes, de haberlos, será causa de excusa.

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

De requerirlo en el proceso, la respectiva comisión técnica, integrará subcomisiones de análisis de las ofertas técnicas presentadas.

Éstas incluirán las recomendaciones que se consideren necesarias, los informes de la subcomisión, los que serán utilizados por la comisión técnica, como ayudas en el proceso de calificación y selección; por ningún concepto serán asumidos como decisorios.

La comisión técnica obligatoriamente deberá analizar los informes de las subcomisiones y avalar o rectificar la totalidad de los mismos, asumiendo de esta manera la responsabilidad por los resultados de esta etapa de calificación; sin perjuicio de las responsabilidades que asuman los miembros de las subcomisiones sobre el trabajo realizado.

Capítulo IV. Adjudicación

La adjudicación, viene del latín *adiudicatio*, es la acción y efecto de adjudicar, esto es; apropiarse de algo, obtener, conquistar, declarar que una cosa corresponde a una persona u organización; es el acto judicial, que consiste en la atribución de una cosa, ya sea mueble o inmueble, a una persona a través de una subasta, licitación o partición hereditaria. El ganador del proceso, por lo tanto, se adjudica el bien y pasa a ser su propietario o responsable.

Para la Administración Pública, la adjudicación es un acto administrativo con diversas formalidades de procedimiento, que consiste en la asignación de un contrato para la prestación de servicios o adquisición de bienes.

Para el Derecho Internacional, la adjudicación es la adquisición de la soberanía sobre un determinado territorio a partir de la decisión de un tribunal u otro organismo competente.

Según lo señalado en el artículo 6 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Adjudicación es el acto administrativo por el cual la máxima autoridad o el órgano competente otorga derechos y obligaciones de manera directa al oferente seleccionado, surtiendo efecto a partir de su notificación. Sólo será impugnabile a través de los procedimientos establecidos en la LOSNCP.

IV.1. Procedimiento de la adjudicación

De conformidad con la Resolución INCOP No. 039 de 27 de febrero de 2010, en su artículo 6 dispone que la máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado sobre la base del

expediente, adjudicará la oferta mediante resolución motivada que será notificada al adjudicatario y al resto de los oferentes a través del Portal www.compraspublicas.gob.ec.

Es importante destacar, que según la normativa existente, la máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado no podrá adjudicar la cotización a una oferta que no cumpla con las condiciones y requisitos establecidos en los Pliegos, ni a quienes se encuentren incurso en inhabilidades para contratar.

De acuerdo al artículo 52 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 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.

Esto en perfecta concordancia con lo que la Constitución vigente, establece respecto a cual debe ser la política comercial del Estado ecuatoriano señalada en el art. 304.-, que, entre otros, tiene como objetivo:

3. Fortalecer el aparato productivo y la producción nacionales.

6. Evitar las prácticas monopólicas y oligopólicas, particularmente en el sector privado, y otras que afecten el funcionamiento de los mercados.

El criterio fundamental que se aplica en la adjudicación es la conveniencia de la oferta. Esto significa que el contrato es adjudicado a la oferta que cumpliendo con lo previsto en los documentos precontractuales, ofrezca las mejores condiciones para el interés público e institucional.

Es erróneo considerar más conveniente la oferta de menor precio. La conveniencia que la oferta involucra varios aspectos que siempre deben considerarse, estos son: capacidad y solvencia del oferente; precio justo; calidad de lo ofrecido; plazo ofertado para el cumplimiento; organización y equipo de los oferentes; cumplimiento de compromisos anteriores; y experiencia.

En la adjudicación debe aplicarse el principio de protección al trabajo e industria nacional, y evaluar las ofertas en igualdad de condiciones.

IV.2. Efectos legales de la adjudicación

Con la adjudicación y notificación de la misma al oferente ganador, finaliza el procedimiento licitatorio o etapa precontractual.

El procedimiento precontractual se halla integrado por una diversidad de actos administrativos, hechos administrativos, simples actos de la administración; por lo tanto, del procedimiento precontractual ha de surgir un vínculo jurídico al finalizar dicho procedimiento, con la resolución administrativa de adjudicación al oferente que mejores condiciones haya ofrecido para los intereses del Estado.

Por ello, todo procedimiento licitatorio, gesta una decisión del Estado, emitida a través de un órgano en ejercicio de la función administrativa y la adjudicación es, el acto por el cual el licitante determina, reconoce, declara, y acepta la propuesta más conveniente, poniendo de esa manera fin al procedimiento licitatorio o etapa precontractual.

Es el acto determinante del otro sujeto de la relación contractual, que completa el ciclo generador del acuerdo de voluntades.

Con los elementos de juicio necesarios, el órgano administrativo competente decide cual es la oferta más ventajosa a los intereses del Estado.

Aceptada una oferta y notificada al oferente con la adjudicación de la misma, queda perfeccionada la voluntad administrativa del Estado.

En el caso de una adjudicación que no es definitiva sino provisional, se la denomina pre adjudicación, la voluntad administrativa se forma con la ratificación o conformidad del acto de pre adjudicación por parte de otra institución.

La pre adjudicación constituye un simple acto de la administración que no crea derecho alguno a favor del adjudicatario y la administración puede desistir antes de la perfección del contrato.

Ni la pre adjudicación, ni la conformidad o ratificación de una adjudicación, son requisitos comunes en el procedimiento precontractual, sino que se lo emplea en el caso que el objeto por contratarse esté financiado por préstamos internacionales.

La resolución de adjudicar el contrato una vez ejecutoriada, con la notificación, es irrevocable y vinculante, da lugar a que se cree una situación individual de derechos y obligaciones, tanto para la entidad contratante, como para el adjudicatario.

Por lo tanto, realizada la adjudicación, debe ser notificado al adjudicatario, a fin de que la fase de adjudicación se perfeccione y surta los efectos jurídicos.

IV.3. Adjudicación Fallida

De acuerdo al artículo 114 del Reglamento de la LSNCP, en caso de que 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.

Es importante señalar que la LOSNCP no contempla la posibilidad de que un adjudicatario renuncie a ser beneficiario de la misma, lo que complica el determinar que norma aplicar.

En efecto, si un adjudicatario renuncia, lo que se viene decidiendo en las entidades contratantes es decláralo adjudicatario fallido, en aplicación de la norma que señala que si por causas atribuibles al adjudicatario no se formaliza un contrato, este debe ser declarado fallido, con la sanción prevista en la ley, esto es no poder contratar con el Estado por tres años.

Evidentemente, esto es desproporcionado e injusto por varios razones, en primer lugar la norma constitucional establece la libertad de contratación y empresa, por lo que debe consagrarse en la ley el derecho a renunciar a la adjudicación y por otro lado, no es lo mismo no formalizar un contrato por esta razón, que por incumplir con una exigencia que previamente debe cumplirse al acto de voluntad de no querer hacerlo por causas justificadas.

Capítulo V. Terminación del Procedimiento Precontractual

De conformidad con la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, existen dos formas de terminar los procedimientos precontractuales:

1. Por declaratoria de procedimiento desierto.
2. Por cancelación del procedimiento.

V.1. Declaratoria de Procedimiento Desierto

Según el artículo 33 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, indica que 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:

1. Por no haberse presentado oferta alguna;
2. Por haber sido inhabilitadas las ofertas presentadas por incumplimiento de las condiciones o requerimientos establecidos en los Pliegos;
3. Por no celebrarse el contrato por causas imputables al adjudicatario, siempre que no sea posible adjudicar el contrato a otro oferente; y,

4. 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.

Cabrá la declaratoria de procedimiento de desierto parcial, cuando se hubiere convocado a un proceso de contratación con la posibilidad de adjudicaciones parciales o por ítems.

Una vez adjudicado un contrato, el procedimiento será declarado desierto si el contrato no puede celebrarse por causas imputables al adjudicatario, siempre que no sea posible adjudicar el contrato al oferente que se encuentra en segundo lugar en el orden de prelación.

V.2. Cancelación de Procedimiento

La cancelación del procedimiento se puede dar en cualquier momento entre la convocatoria y 24 horas antes de la fecha de presentación de las ofertas, la máxima autoridad de entidad podrá declarar cancelado el procedimiento, sin que dé lugar a ningún tipo de reparación o indemnización, mediante acto administrativo motivado, en los siguientes casos:

1. De no persistir la necesidad, en cuyo caso se archivará el expediente;
2. Cuando sea necesario introducir una reforma sustancial que cambie el objeto de la contratación; en cuyo caso se deberá convocar a un nuevo procedimiento; y,
3. Por violación sustancial de un procedimiento precontractual.

En relación con la cancelación de procedimiento, la Ley de Contratación Pública anterior y derogada por la actual, contemplaba exclusivamente la declaratoria de desierto a la licitación y concurso público de ofertas, entre cuyas causales se encontraban los numerales 2 y 3 del artículo 34 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Cabe señalar que respecto a los actos motivados, el artículo 31 de la Ley de Modernización del Estado refiere: *“Todos los actos emanados de los órganos del Estado, deberán ser motivados. La motivación debe indicar los presupuestos de hecho y las razones jurídicas que han determinado la decisión del órgano, en relación con los resultados del procedimiento previo. La indicación de los presupuestos de hecho no será necesaria para la expedición de actos reglamentarios”*;

Capítulo VI. Procedimientos de Contratación

1. CUADRO MONTOS POR TIPO CONTRATACION

Objeto contratación	Procedimientos	Montos 2013 (PIE: 26.109'270.275,91)
Bienes y Servicios Normalizados	Catálogo Electrónico	Sin límites
	Ínfima Cuantía <small>(Si el producto no se encuentra en Catálogo)</small>	Menor o igual a \$ 5.221,85
	Subasta Inversa Electrónica	Mayor a \$ 5.221,85
	Menor Cuantía <small>(Si no es posible aplicar procedimientos dinámicos)</small>	Menor o igual a \$ 52.218,54
	Cotización <small>(Si no es posible aplicar procedimientos dinámicos)</small>	Entre \$ 52.218,54 y \$ 391.639,05
Bienes y Servicios No Normalizados	Licitación <small>(Si no es posible aplicar procedimientos dinámicos)</small>	Mayor o igual a \$ 391.639,05
	Menor Cuantía	Menor o igual a \$ 52.218,54
	Cotización	Entre \$ 52.218,54 y \$ 391.639,05
Obras	Licitación	Mayor o igual a \$ 391.639,05
	Menor Cuantía	Menor o igual a \$ 182.764,89
	Cotización	Entre \$ 182.764,89 y \$ 783.278,11
	Licitación	Mayor o igual a \$ 783.278,11
Consultoría	Contratación Integral por Precio Fijo	Mayor a \$ 26'109.270,28
	Contratación Directa	Menor o igual a \$ 52.218,54
	Lista Corta	Entre \$ 52.218,54 y \$ 391.639,05
	Concurso Público	Mayor o igual a \$ 391.639,05

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su reglamento general, establecen los siguientes procedimientos para la contratación de ejecución de obras, adquisición y arrendamiento de bienes y prestación de servicios, incluidos los de consultoría, así como también para la adquisición y arrendamiento de bienes inmuebles.

Los diferentes procesos de la contratación pública ecuatoriana se dividen en:

a) Régimen común

1. Procesos dinámicos:

- ✓ Compras por catálogos y
- ✓ Subasta Inversa
 - Subasta Inversa Electrónica
 - Subasta Inversa Corporativa de medicamentos
 - Subasta Inversa Institucional
 - Subasta Inversa Presencial

2. Procedimientos comunes

- ✓ Licitación
- ✓ Cotización
 - Cotización de bienes y servicios
 - Cotización de obras
- ✓ Menor Cuantía
 - Menor Cuantía de Bienes y Servicios
 - Menor Cuantía de Obras
- ✓ Ínfima cuantía

3. Procedimientos especiales

- ✓ Contratación integral por precio fijo
- ✓ Contrataciones en situaciones de emergencia
- ✓ De la adquisición de bienes inmuebles
- ✓ Del arrendamiento de bienes inmuebles
- ✓ Ferias inclusivas

4. Consultoría

- ✓ Contratación directa
- ✓ Lista corta
- ✓ Concurso Público

b) Régimen especial

- ✓ Adquisición Fármacos
 - ✓ Seguridad interna y externa
 - ✓ Comunicación social
 - ✓ Asesoría y patrocinio jurídico
 - ✓ Obra o actividad artística, científica o literaria
 - ✓ Repuestos o accesorios
 - ✓ Bienes o servicios únicos en el mercado o proveedor único
 - ✓ Transporte de correo interno e internacional
 - ✓ Contratos entre entidades públicas y subsidiarias
 - ✓ Contrataciones de Instituciones financieras y de seguros del Estado
 - ✓ Empresas mercantiles del estado y subsidiarias
 - ✓ Sectores estratégicos
- c) Verificación de producción nacional

a) Régimen común:

1) Procesos dinámicos

Compras por catálogos.- Es la herramienta con la cual se podrán adquirir bienes y servicios normalizados, por parte de las entidades contratantes, sobre la base de parámetros objetivos establecidos en la normativa dictada por el INCOP.

Subasta Inversa.- Para la adquisición de bienes y servicios normalizados que no estén en el catálogo electrónico, las entidades contratantes deberán realizar subastas inversas en las cuales los proveedores de bienes y servicios equivalentes, pujan hacia la baja el precio ofertado, en acto público o por medios electrónicos a través del portal de compras públicas.

Subasta Inversa Electrónica.- La Subasta Inversa Electrónica es un procedimiento dinámico de contratación que se utiliza para adquirir bienes y servicios normalizados, donde los proveedores pujan hacia la baja del precio ofertado.

Subasta Inversa Corporativa de medicamentos.- Está destinado a la compra de medicamentos de cada año, requieren las cuatro más importantes instituciones públicas que conforman el sistema nacional de salud, Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS), Instituto de Seguridad Social de la Policía Nacional (ISSPOL), Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas (ISSFA) y Ministerio de Salud.

Subasta Inversa Institucional.- 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, se contrataran con un procedimiento especial de subasta inversa institucional.

Subasta Inversa Presencial.- De acuerdo con la disposición transitoria quinta del reglamento general a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, si por causas técnicas debidamente justificadas y acreditadas por el INCOP, no fuera posible realizar la adquisición de bienes y servicios normalizados a través del catálogo electrónico o de la subasta inversa electrónica, se realizará un proceso de adquisición a través de una oferta pública presencial y directa, sin utilizar el portal de compras públicas.

2) Procedimientos comunes

Licitación.- Es un procedimiento de contratación que se utilizará en los siguientes casos:

1. Si fuera imposible aplicar los procedimientos dinámicos o en el caso que una vez aplicados dichos procedimientos, éstos hubiesen sido declarados desiertos, siempre que el presupuesto referencial sobrepase el valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,000015 por el monto del presupuesto inicial del Estado.
2. Para contratar la adquisición de bienes o servicios no normalizados, exceptuando los de consultoría, cuyo presupuesto referencial sobrepase el valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,000015 por el monto del presupuesto inicial del Estado.

3. Para contratar la ejecución de obras, cuando el presupuesto referencial sobrepase el valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,00003 por el monto del presupuesto inicial del Estado.

Cotización.- Este procedimiento, se utilizará en cualquiera de los siguientes casos:

1. Si fuera imposible aplicar los procedimientos dinámicos o en el caso que una vez aplicados dichos procedimientos, éstos hubiesen sido declarados desiertos, siempre que el presupuesto referencial oscile entre 0,000002 y 0,000015 del Presupuesto inicial del Estado.
2. La contratación para la ejecución de obras, cuyo presupuesto referencial oscile entre 0,000007 y 0,00003 del presupuesto inicial del Estado.
3. La contratación para la adquisición de bienes y servicios no normalizados, exceptuando los de consultoría, cuyo presupuesto referencial oscile entre 0,000002 y 0,000015 del presupuesto inicial del Estado.

Cotización de bienes y servicios.- Si fuera imposible aplicar los procedimientos dinámicos o en el caso que una vez aplicados dichos procedimientos, éstos hubiesen sido

declarados desiertos, siempre que el presupuesto referencial oscile entre 0,000002 y 0,000015 del Presupuesto inicial del Estado.

Cotización de obras.- La contratación para la ejecución de obras, cuyo presupuesto referencial oscile entre 0,000007 y 0,00003 del presupuesto inicial del Estado.

Menor cuantía.-Es un procedimiento que permite contratar bienes y servicios no normalizados y obras, siempre ajustándose a lo que dice la LOSNCP.

Menor cuantía de bienes y servicios.- Las contrataciones de bienes y servicios no normalizados, exceptuando los de consultoría, cuyo presupuesto referencial sea inferior al 0,000002 del presupuesto inicial del Estado.

Menor cuantía de obras.- Las contrataciones de obras, cuyo presupuesto referencial sea inferior al 0,000007 del presupuesto inicial del Estado.

Ínfima cuantía.- 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.

3) Procedimientos especiales:

Contratación integral por precio fijo.- Comúnmente conocida como el “Sistema llave en mano” donde no está previsto el sistema de costos unitarios por lo que no cabe el reajuste de precios.

De acuerdo con el artículo 53 de la LOSNCP esta contratación procede para celebrar contratos de obra, los mismos que deben contemplar los requisitos previstos por la ley.

Contrataciones en situaciones de emergencia.- De acuerdo al artículo 6 numeral 31 de la LOSNCP, las situaciones de emergencia son aquellas generadas por acontecimientos graves tales como accidentes, terremotos, inundaciones, sequías, grave conmoción interna, inminente agresión interna, guerra internacional, catástrofes naturales y otras que provengan de fuerza mayor o caso fortuito a nivel nacional, sectorial o institucional.

Una situación de emergencia es concreta, inmediata, imprevista, probada y objetiva.

De la adquisición de bienes inmuebles.- De acuerdo con el artículo 58 de la LOSNCP, cuando la máxima autoridad de la institución pública haya resuelto adquirir un determinado bien inmueble, necesario para la satisfacción de las necesidades públicas, procederá a la declaratoria de utilidad pública o de interés social de acuerdo con la ley antes mencionada.

Perfeccionada la declaratoria de utilidad pública o de interés social, se buscara un acuerdo directo entre las partes, por el lapso máximo de 90 días.

Del arrendamiento de bienes inmuebles.- De acuerdo de la LOSNCP, los contratos de arrendamiento tanto para el caso en que el estado o una institución pública tengan la calidad de arrendadora como arrendataria se sujetara a las normas previstas en el reglamento de la ley antes mencionada.

Ferias inclusivas.- De acuerdo con el artículo 6 numeral 13 de la LOSNCP, es el evento realizado al que acuden las entidades contratantes a presentar sus demandas de bienes y servicios, que generan oportunidades a través de la participación incluyente, de artesanos, micro y pequeños productores en procedimientos ágiles y transparente, para la adquisición de bienes y servicios, de conformidad con el reglamento de la ley antes mencionada.

- 4) **Consultoría.-** Son aquellos servicios auxiliares que no implican dictamen o juicio profesional especializado, tales como los de contabilidad, topografía, cartografía, aerofotogrametrías, la realización de ensayos y perforaciones geotécnicas sin interpretación, la computación, el procesamientos de datos y el uso auxiliar de equipos especiales.

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 correspondiente ejercicio económico.

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 del correspondiente ejercicio económico y sea inferior al valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,000015 por el monto del presupuesto inicial del Estado.

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.

b) **Régimen especial.-** De forma similar a lo establecido en la ley de contratación pública derogada, esta ley establece ciertos tipos de contrataciones que por su naturaleza, no se sujetan a los procedimientos establecidos en la LOSNCP. De acuerdo con el artículo 2 de la misma, estas contrataciones deben someterse a la normativa dictada por el Presidente de la República en el reglamento a la ley.

Adquisición de fármacos.- Se entiende por fármacos a las preparaciones o formas farmacéuticas contempladas en las definiciones de medicamentos del artículo 259 de la Ley Orgánica de Salud; está contemplado en el artículo 72 del Reglamento de la LOSNCP.

Seguridad interna y externa.- 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, deberán llevarse a cabo siguiendo el procedimiento previsto en el artículo 86 del reglamento de la LOSNCP.

Comunicación social.- De acuerdo al artículo 88 del reglamento de la LOSNCP, la contratación de estudios para la determinación de estrategias comunicacionales e información orientada a generar criterios de comunicación, información, imagen y publicidad comunicacional y la contratación de productos comunicacionales, servicios y actividades comunicacionales y de los medios para la difusión de los mismos, destinadas a la información de las acciones del Gobierno Nacional o de las entidades contratantes, se efectuará de conformidad con los procedimientos previstos en la sección IV del reglamento de la LOSNCP.

Asesoría y patrocinio jurídico.- De acuerdo con el artículo 92 del reglamento de la LOSNCP, estas contrataciones requeridas por las entidades consideradas en el ámbito de la Ley, se realizarán conforme al procedimiento previsto en el reglamento antes mencionado.

Obra o actividad artística, científica o literaria.- De conformidad con el artículo 93 del reglamento de la LOSNCP, estas contrataciones requeridas por las entidades consideradas en el ámbito de la ley, se realizarán conforme al procedimiento establecido en dicha norma.

Repuestos o accesorios.- Según el artículo 94 del reglamento de la LOSNCP, las contrataciones de repuestos o accesorios requeridos por las entidades consideradas en el ámbito de la ley, para el mantenimiento, reparación y-o re potenciamiento de equipos y maquinarias de su propiedad, entendiéndose como tales a dispositivos, aparatos, naves, mecanismos, máquinas, componentes, unidades, conjuntos, módulos, sistemas, entre otros, que puede incluir el servicio de instalación, soporte técnico y mantenimiento post venta, siempre que los mismos no se encuentren incluidos en el catálogo electrónico del portal de compras públicas, se realizarán conforme el procedimiento establecido en la norma antes mencionada.

Bienes o servicios únicos en el mercado o proveedor único.- De conformidad con el artículo 95 del reglamento de la LSNCP, para estos procedimientos que tienen un solo proveedor, o que implican la contratación del desarrollo o mejora de tecnologías ya existentes en la entidad contratante, o la utilización de patentes o marcas exclusivas o tecnologías que no admitan otras alternativas técnicas, se debe observar el procedimiento previsto en la sección VII de la norma antes mencionada.

Transporte de correo interno e internacional.- Los contratos de correo internacional y los de transporte interno de correo que celebre la empresa Correos del Ecuador, se regirán 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, artículo 96 del reglamento de la LOSNCP.

Según el artículo 97 del reglamento en mención, estas contrataciones, requeridas por las entidades consideradas en el ámbito de la ley, con empresas de Correos Rápidos o Courier, distintos a la empresa Correos del Ecuador, deberán llevarse a cabo conforme el procedimiento establecido en dicho artículo.

Contratos entre entidades públicas y subsidiarias.- Se sujetaran al procedimiento establecido en la sección X del reglamento de la LOSNCP, el Estado con entidades del sector público; el Estado o las entidades del sector privado; entre sí, las personas jurídicas, las empresas o las subsidiarias de estas, creadas o constituidas bajo cualquier forma jurídica, cuyo capital, rentas o recursos asignados pertenezcan al Estado en una proporción superior al cincuenta por ciento.

Contrataciones de Instituciones financieras y de seguros del Estado.- 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 su reglamento en su artículo 101.

Empresas mercantiles del estado y subsidiarias.- De acuerdo con el artículo 103 del reglamento de la LOSNCP, se sujetarán a las disposiciones contenidas en el artículo antes

mencionado, las contrataciones relacionadas con el giro específico de sus negocios, que celebren:

1. 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
2. Las subsidiarias definidas como tales en el numeral 11 del artículo 6 de la LOSNCP y conforme lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 2 de la ley antes mencionada.

Sectores estratégicos.- Según el artículo 106 del reglamento de la LOSNCP, las contrataciones de bienes, obras y servicios incluidos los de consultoría, requeridas para las actividades dentro de los sectores estratégicos, podrán llevarse a cabo siguiendo el procedimiento previsto en el reglamento en mención.

- c) **Verificación de producción nacional.-** Según la Resolución INCOP No. 016-09, las entidades contratantes, en todos los procedimientos de contratación pública, aplicarán los márgenes de preferencia a la producción nacional previstos en el Art. 25 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, LOSNCP.

Además, cabe indicar lo siguiente:

Los artículos 74, 75 y 76 de la LOSNCP establecen cuáles son las Garantías que deben presentarse en los procesos de contratación pública.

El artículo 74 se refiere a la Garantía de Fiel Cumplimiento, la misma que es exigible a los contratistas *“para seguridad del cumplimiento del contrato y para responder por las obligaciones que contrajeran a favor de terceros, relacionadas con el contrato”*.

Esta garantía será por un valor equivalente al 5% por el monto del contrato, precisando que en los contratos de ejecución de obra y en los integrales por precio fijo, también es *“para asegurar la debida ejecución de la obra y la buena calidad de los materiales, asegurando con ello las reparaciones o cambios de aquellas partes de la obra en la que se descubran defectos de construcción, mala calidad o incumplimiento de las especificaciones, imputables al proveedor”*.

Añade que, *“en los contratos de obra o en la contratación de servicios no normalizados, si la oferta económica corregida fuese inferior al presupuesto referencial en un porcentaje igual o superior al diez (10%) por ciento de éste, la garantía de fiel cumplimiento deberá incrementarse en un monto equivalente al veinte (20%) por ciento de la diferencia entre el presupuesto referencial y la cuantía del contrato”*.

Esta garantía, solo podrá presentarse a través de Garantía incondicional, irrevocable y de cobro inmediato, otorgada por un banco o institución financiera establecidos en el país o por intermedio de ellos; Fianza instrumentada en una póliza de seguros, incondicional e irrevocable, de cobro inmediato, emitida por una compañía de seguros establecida en el país; y, Certificados de depósito a plazo, emitidos por una institución financiera establecida en el país, endosados por valor en garantía a la orden de la Entidad Contratante y cuyo plazo de vigencia sea mayor al estimado para la ejecución del contrato, exceptuándose la posibilidad de presentar garantías tales como hipotecas de bienes raíces o Bonos del Estado, aplicable para la Garantía por Anticipo.

Esta garantía no es exigible cuando se trate de contratos de compraventa de bienes inmuebles y de adquisición de bienes muebles que se entreguen al momento de efectuarse el pago, tampoco en los contratos cuya cuantía sea menor a multiplicar el coeficiente 0.000003 por el Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico (para el 2.013 = USD\$78.327,81).

Por último, establece que con cargo a la garantía de fiel cumplimiento se podrá efectivizar las multas que le fueren impuestas al contratista.

El artículo 75 norma la Garantía por Anticipo, exigible en el caso que 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 igual valor del anticipo, que se reducirán en la proporción que se vaya amortizando aquél o se reciban provisionalmente las obras, bienes o servicios. Las cartas de crédito no se considerarán anticipo si su pago está condicionado a la entrega -recepción de los bienes u obras materia del contrato”.

Por último, el artículo 76 establece la exigibilidad de la Garantía Técnica, *“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 no presentarse esta garantía, el contratista entregará una de las previstas en esta Ley por igual valor del bien a suministrarse, de conformidad con lo establecido en los pliegos y en el contrato. Cualquiera de estas garantías entrará en vigencia a partir de la entrega recepción del bien”.

Cabe agregar finalmente, lo que el Reglamento General de la Ley establece en sus artículos 118 y 119: *“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.

La garantía técnica observará las condiciones en las que se emite.

Si en un contrato que por disposición del artículo 74 inciso quinto de la Ley no se contempló inicialmente la entrega de la garantía de fiel cumplimiento, pero cuyo valor se incrementare por la celebración de contratos complementarios, órdenes de trabajo o similares, deberá previo a la celebración del contrato complementario o de la orden de trabajo, obtener la garantía de fiel cumplimiento del contrato, considerando el monto total del contrato desde su celebración”.

Capítulo VIII. Breve análisis de legislación comparada

El procedimiento de Contratación Pública en Colombia, es una sucesión de etapas. La doctrina tiene distintas tendencias, pero todas coinciden en que la contratación tiene actividades previas y posteriores, por lo que comúnmente estas se agrupan en:

*Actividades precontractuales

*Actividades contractuales

*Actividades post-contractuales

La planeación es el proceso de diseño y selección de objetivos, metas y acciones acordes a la visión para el logro de resultados. Su producto es un PLAN que contiene políticas, programas, cronogramas, presupuestos.

La definición de Contratación Estatal, según la Ley 80 de 1993 de Colombia, establece que los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines. Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal implica obligaciones.

Las entidades que se sujetan a esta Ley son: la Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.

El Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos.

Los pasos para el proceso de Contratación Pública son los siguientes:

- Estudios previos
- Registro Único de Precios de Referencia, RUPR
- Establecer los ítems
- Determinar los permisos, licencias y autorizaciones requeridos

- Determinar el impacto social ambiental
- Consulta sobre impuestos
- Análisis del mercado
- Elaboración del presupuesto
- Determinación del Sistema de Precios
- Selección de la forma de pago
- Estimación de los costos por ajustes e imprevistos
- Determinación y procedimiento de selección del contratista
- Verificación de la apropiación presupuestal
- Programación de la contratación
- Programación del desarrollo del contrato

Nótese, que Colombia cuenta con una información importante y valiosa, el Registro Único de Precios de Referencia, RUPR, que no existe en el Ecuador, lo que les permite contar con precios que sirven de guía para las entidades contratantes, asegurando que no se den sobrepuestos. El éxito de este registro consiste en mantener los precios actualizados para que su referencia sea fidedigna y apegada a una realidad cambiante como la que supone un mercado competitivo como es el caso de países como el nuestro.

La contratación Pública en el Perú; se encuentra regulada por el CONSUCODE, que ha ido promoviendo la incorporación de un régimen contractual administrativo, de soluciones normativas exitosas y prácticas que ya se aplican en otros países, así como la adaptación de mecanismos a su propia realidad y la creación de soluciones propias. El resultado de este

esfuerzo ha sido la incorporación y desarrollo de la Contratación Electrónica, las Compras Corporativas, la Subasta Inversa y el Convenio Marco; medios éstos que se adicionan al Sistema Clásico de contratación, pero que tienden a sustituirlo en casi todo el ámbito de los contratos sobre bienes, servicios y obras.

El sostenimiento y protección del Sistema de Contratación Pública es una tarea que corresponde conjuntamente al Estado, el Sector Privado y a los agentes de la Sociedad Civil, debiendo compartir liderazgo y responsabilidades. El Perú busca consolidar una actitud general de construir los asuntos públicos sobre la base de una perspectiva integradora.

La normativa peruana de contratación pública sobre bienes, servicios y obras, desde la década de los años sesenta, ha tenido ciclos de evolución. El primer período lo inicia la emisión del Reglamento Único de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas (RULCOP) a fines de los sesenta y lo integran, además, la aprobación de Reglamento Único de Adquisiciones (RUA) en 1985 y la Ley de Consultoría en 1986; todo lo cual solucionó la dispersión normativa preexistente a dichos cuerpos normativos e incorporó en nuestro ordenamiento legal normas especiales de contratación estatal sobre bienes, servicios y obras que marcaron pautas en cuanto a los principios y procedimientos de formación y ejecución de los contratos públicos sobre tales objetos contractuales.

Este ciclo normativo se produjo dentro de un contexto dentro del cual el rol asignado al Estado era de intervención moderada, pues, el Perú aún mantenía atribuciones amplias para tener presencia directa en las actividades económicas, sea como regulador o como agente directo.

Además, las economías en el mundo aún no se acercaban con la celeridad y globalización con que lo hacen hoy y las tecnologías de la información no estaban desarrolladas con la amplitud de ahora. Es por ello que las estructuras de los procedimientos establecidos en el RULCOP, el RUA y la Ley de Consultoría, básicamente manuales, de documentos físicos y de procesos que exigen la presencia física de los actores que participan de la contratación, eran lo más razonable. En ese momento, los tres cuerpos normativos revolucionaron el régimen contractual del Estado, pues, le imprimieron orden a una situación previa caracterizada por la dispersión de criterios y de normas de contratación estatal. Con el transcurso del tiempo, lo establecido por dicho conjunto normativo se fue convirtiendo en la base y antecedente de lo que hoy denominamos el Régimen Clásico de Contratación.

Desde la misma década de los ochenta y durante casi toda la década de los noventa, ante la necesidad de atender casos especiales, surgieron diversos regímenes contractuales paralelos o de excepción a las normas señaladas – tales fueron las normas especiales para empresas no financieras del Estado, normas especiales para empresas financieras del Estado, normas especiales para programas sociales específicos del Estado, el Sistema de Evaluación Internacional de Procesos, así como la coexistencia de todo ello con las diversas normas de las entidades de cooperación internacional o de préstamos internacionales – que, no obstante la buena intención o pertinencia de algunas de ellas durante un tiempo determinado, generaron una dispersión normativa que tornó muy laboriosa la contratación estatal y se incrementó la vulnerabilidad del régimen normativo a actos de corrupción. Todo ello constituyó un segundo ciclo normativo.

El tercer ciclo normativo se inicia cuanto la dispersión señalada fue abordada sobre la base de un criterio integrador por la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (Ley 26850) y su reglamento a fines de los noventa (la Ley fue emitida en 1997 y entró en vigencia a partir de setiembre de 1998)), que fusionaron los regímenes de contratación sobre bienes, servicios y obras en un solo cuerpo normativo. Sin embargo y no obstante que la nueva legislación introdujo novedades trascendentes como el arbitraje y conciliación como medio de solución de controversias, el aprovechamiento de tecnologías de la información para determinados aspectos de la contratación, así como nuevos mecanismos de protección de derechos, en realidad se mantuvo la estructura básica de los procedimientos y su carácter esencialmente manual, de documentos físicos y de exigencia de presencia física de los sujetos participantes en la contratación. Es decir, no varió la lógica sustantiva del régimen clásico de contratación, sino que, más bien, lo consolidó, aunque mejorándolo.

El Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado – CONSUCODE, impulsa dicha transformación desde el 2001 y la voluntad política de los Gobiernos que se vienen sucediendo desde entonces es uniforme a favor de la misma.

En efecto, se han producido diversas modificaciones al régimen contractual sobre bienes, servicios y obras, cuyo propósito ha sido, por un lado, mejorar las condiciones de contratación dentro del sistema contractual clásico y, por otro, revolucionar el régimen contractual, incorporando modalidades de contratación novedosas para el país como son la Subasta Inversa,

el Convenio Marco, las Compras Corporativas y la Contratación Electrónica; a lo cual se agregan normas encaminadas a proteger el Sistema Contractual y a sus actores.

En tal sentido, el Régimen presenta dos grandes bloques: el primero, denominado Sistema Clásico y uno segundo de las Nuevas Modalidades y el SEACE.

Capítulo VIII. Análisis de experiencias reales

Resulta fundamental, el conocer el criterio de funcionarios de entidades del Estado que tienen una experiencia práctica y cotidiana en el manejo de las herramientas actuales de contratación pública y de la ley y su reglamento.

Los funcionarios escogidos son tres del Municipio de Guayaquil, veamos sus respuestas:

Funcionario No. 1

1.- ¿Usted considera que el Portal de Compras Públicas es de sencillo manejo?

Efectivamente, considero que el portal de compras públicas requiere del usuario ciertos conocimientos para el manejo de sus herramientas de publicación, pero los mismos no se conciben como complicados, su diseño permite que tanto la entidad contratante como el proveedor puedan acceder fácilmente a la información sobre las diferentes contrataciones.

2.- ¿Cuáles inconvenientes o dificultades usted encuentra en el manejo del Portal?

En primera instancia, uno de los inconvenientes que se presentan continuamente se refiere al tamaño de los archivos que pueden ser publicados, y las diferentes características que necesariamente deben cumplir.

La Resolución del INCOP No. 053-2011, en sus diferentes disposiciones detalla la documentación que se considera como relevante en cada tipo de contratación y que obligatoriamente debe ser publicada en el portal, atendiendo a lo indicado, y en virtud de que existen muchos procesos precontractuales que por su magnitud generan una gran cantidad de documentación, esta exigencia implica que la entidad contratante aumente su personal para que se encargue de dicha función, en razón del tiempo que representaría digitalizar esa cantidad de documentos.

3.- ¿Usted considera que el Portal es una herramienta que le da agilidad al proceso de compras de su institución?

Si, puesto que permite una interacción casi directa con los oferentes participantes dentro sus diferentes etapas precontractuales, facilitando el acceso y ampliando la participación de proveedores a nivel nacional.

4.- ¿Cuáles serían las ventajas que usted encuentra en el uso del Portal?

Exigencia de publicación de la documentación precontractual apenas es generada.

Los mecanismos de aviso que dispone, según la etapa en la que se encuentra el proceso.

Fácil herramienta de publicación de nuevos procesos de contratación.

Existe una segmentación directa de los proveedores en razón de los márgenes de preferencia fijados por la ley y su reglamento.

Cruce de información directa con otras entidades estatales, que ayudan a la actualización inmediata del estado de los proveedores.

5.- ¿Cuáles serían las desventajas?

Dinamizar el proceso de subir archivos al portal, permitiendo mayor capacidad.

No existe una herramienta de verificación del agregado nacional declarado por los proveedores participantes.

En la etapa de convalidaciones, debería permitirse notificar a todos los proveedores participantes, para que de esta manera los proveedores que no deben convalidar o no puedan convalidar, por tener errores no convalidables, conozcan previamente los motivos de su posible descalificación.

6.- ¿Qué disposiciones de la LOSNCP considera que no contribuyen al proceso de compras de su institución?

En realidad la LOSNCP introdujo una serie de reformas en la contratación pública ecuatoriana que aportaron en su momento a que se logre un sistema dinámico de compras estatales, donde se busco de sobremanera priorizar la participación de micro y pequeños empresarios a nivel local.

En razón de los cambios que se implementaron por esta Ley, en el transcurso de la aplicación de la misma, se ha evidenciado que es necesario fortalecer ciertos conceptos, que ha llevado que el INCOP dentro de este tiempo siga creando diferentes herramientas que buscan concretar las disposiciones contenidas en la LOSNCP.

De este modo, se podría decir que en realidad la LOSNCP, Reglamento y Resoluciones INCOP, ha contribuido a una estandarización de los procesos contractuales a nivel nacional.

7.- ¿Qué reformas usted introduciría en la LOSNCP?

Deben implementarse reformas respecto a la ejecución contractual, tratar de normarse de una manera mucho más explícita, los procesos cuando se presentan terminaciones de mutuo acuerdo o declaratoria de contratistas incumplidos, así como, en el proceso de liquidación del contrato.

En razón de la especialidad de lo que comprende la tarea fiscalizadora de una obra, debería tratarse la fiscalización como un tipo especial de consultoría, crearse un capítulo que exponga su naturaleza, alcance y demás aspectos.

Así mismo, debería ahondarse el concepto de convalidación de errores, estableciendo parámetros que guíen a la entidad contratante, a determinar de una manera concisa cuáles son los errores convalidables en una oferta, en razón de que el artículo 23 del RLOSNCOP, presta a confusiones por lo que indica en su inciso final.

Funcionario No. 2

1.- ¿Usted considera que el Portal de Compras Públicas es de sencillo manejo?

Si, el portal de compras públicas, es sencillo de manejar.

2.- ¿Cuáles inconvenientes o dificultades usted encuentra en el manejo del Portal?

El enlace y las pocas claves de acceso.

3.- ¿Usted considera que el Portal es una herramienta que le da agilidad al proceso de compras de su institución?

Si le da un gran apoyo tecnológico, porque con estos se registra todo el proceso precontractual.

4.- ¿Cuáles serían las ventajas que usted encuentra en el uso del Portal?

Información pública, al alcance de todos Registros de los procesos, Control de gastos asignados Desarrollo de procesos planificados, Tecnología aplicada, Apertura para los proveedores a participar en los procesos.

5.- ¿Cuáles serían las desventajas?

Demora en la respuesta a consultas realizadas en el INCOP

6.- ¿Qué disposiciones de la LOSNCP considera que no contribuyen al proceso de compras de su institución?

Ninguna

7.- ¿Qué reformas usted introduciría en la LOSNCP?

Tener interacción a consultas, donde las respuestas sean oportunas y se pueda tomar decisiones adecuadas.

Funcionario No. 3

1.- ¿Usted considera que el Portal de Compras Públicas es de sencillo manejo?

Si.

2.- ¿Cuáles inconvenientes o dificultades usted encuentra en el manejo del Portal?

En la etapa de convalidación o publicación de procesos es posible que haya error en el sistema y cruce de información con la de otro proceso que se encuentra en la misma etapa, es necesario cerrar la cesión.

3.- ¿Usted considera que el Portal es una herramienta que le da agilidad al proceso de compras de su institución?

Si.

4.- ¿Cuáles serían las ventajas que usted encuentra en el uso del Portal?

La transparencia.

5.- ¿Cuáles serían las desventajas?

Que no se actualiza rápidamente con respecto a las resoluciones emitidas por el órgano regulador.

Que no hay una herramienta que permita que al momento de adjudicar un consorcio se pueda ingresar la información de las 2 compañías. Esto serviría por ejemplo para el caso de las

menores cuantías de obra que si superan el límite establecido en el reglamento no pueden seguir siendo adjudicadas, pero sólo se "perjudicaría" al miembro del consorcio que ingresó la información al portal.

En las menores cuantías de obra, se permite la adjudicación aunque no se encuentre habilitado en el RUP. Debería automáticamente deshabilitar a los oferentes o simplemente no permitir la adjudicación.

No hay una opción especialmente adaptada para cuando se debe ingresar la información para finalizar un proceso en el caso de adjudicatario fallido, únicamente cuando es contratista incumplido.

6.- ¿Qué disposiciones de la LOSNCP considera que no contribuyen al proceso de compras de su institución?

Hay ocasiones que a pretexto de beneficiar o privilegiar a la pequeña empresa, en el caso de las subastas inversas, termina siendo adjudicado o sugiriéndose la adjudicación a otro oferente cuyo presupuesto es menos beneficioso de otro oferente que participa en la subasta, pudiendo en ocasiones ser mucho más elevado que el otro participante. Debería la fórmula ser más equitativa con respecto al precio.

Debemos agregar ciertas consideraciones que nos parece relevantes comentar:

Toda ley, y la de Contratación Pública no puede ser la excepción, debe garantizar que los legítimos derechos de los particulares sean observados, respetados y garantizados.

En ese sentido, existe el tema sensible del pago oportuno que los contratistas privados deben recibir cuando hayan cumplido de manera satisfactoria, oportuna y total con el objeto de su contrato. Para ello, la LOSNCP dispone en su artículo 101, que el funcionario o empleado al que incumba el pago de planillas u otras obligaciones de una Entidad Contratante, que retenga o retarde indebidamente el pago de los valores correspondientes, en relación al

procedimiento de pago establecido en los contratos respectivos, será destituido de su cargo por la autoridad nominadora y sancionado con una multa no menor de 10 salarios básicos unificados, que podrá llegar al diez (10%) por ciento del valor indebidamente retenido, sin perjuicio de las acciones civiles y penales a que hubiere lugar. Añade, que la multa será impuesta observando el procedimiento previsto en la Disposición General Primera de la LOSNCP y que el INCOP deberá vigilar el cumplimiento de esta disposición.

En efecto, la Disposición General Primera señala que *“toda infracción a la presente Ley cometida por autoridades, funcionarios, empleados públicos o privados o cualquier persona que actúe o haya intervenido en el procedimiento de contratación a nombre de las Entidades Contratantes será sancionada por la Contraloría General del Estado y en el plazo de treinta (30) días”*.

Es decir, previamente a la eventual destitución del cargo o a la imposición de la multa que el artículo 101 establece, deberá contarse con la decisión sancionatoria de la Contraloría General del Estado, quien en uso de sus atribuciones conocerá, de oficio o a petición de parte, de la infracción cometida por el empleado o funcionario responsable del pago oportuno.

Capítulo IX. Conclusiones y Recomendaciones

La puesta en vigencia de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en el Ecuador, marco un hito en nuestro país.

En ese sentido, consideramos necesario destacar lo siguiente:

- La creación del Instituto Nacional de Contratación Pública (INCOP) permite contar con un organismo regulador y controlador del proceso de contratación pública, aun con limitaciones de orden normativo en su campo sancionador, pues de determinar

posibles incumplimientos en los procesos, debe remitirlos al conocimiento de la Contraloría General del Estado.

- La nueva ley dio lugar a la existencia de un portal electrónico, que en términos generales, se lo considera de fácil manejo y que ha permitido contar con información amplia sobre los procesos de contratación pública en el país, dándole transparencia al tema.
- Sin embargo, la existencia del portal y la obligatoriedad de que todos los procesos y sus trámites, se manejen a través del mismo, en ocasiones vuelve al tema complejo y repetitivo, demandando de las entidades del Estado, el destinar una cantidad de personal, que puede llegar a ser excesiva.
- La existencia de una herramienta tecnológica, si bien acorde con el avance moderno, supone la necesidad que todos los involucrados en el tema la conozcan, por lo que amerita una capacitación constante y fluida.
- La ley debe ser reformada en algunos aspectos, dada la experiencia obtenida luego de algún tiempo de aplicación, por ejemplo debe normarse, en apego a lo que la Constitución establece, a que un adjudicatario pueda renunciar a su condición de tal, sin que eso le suponga ser declarado fallido.
- Debe revisarse la exigencia de que los contratos por montos superiores sean necesariamente protocolizados ante un Notario, hecho que no supone un valor agregado y significa demora en el proceso y costos adicionales al contratista.
- Deben incorporarse en la ley, una serie de disposiciones que se encuentran en el Reglamento y que constituyen verdaderas disposiciones legales, como es el caso de las adquisiciones a proveedor único.

- Es necesario, revisar la normativa respecto a los procesos bajo la figura de Régimen Especial, que constituye una excepción a procesos bajo concurso, dando una excesiva discrecionalidad a la entidad contratante, como es el caso de obras artísticas, publicidad, etc.
- Debe normarse de manera precisa y especificando casos de plena justificación, las contrataciones bajo la circunstancia de estado de emergencia, pues puede dar lugar a abuso de las entidades contratantes, al no estar claramente determinado en que circunstancias opera.
- La LOSNCP adolece de una falencia importante, es la relativa a la dirimencia de los reclamos o impugnaciones que presenta el contratista privado, cuando estos se sienten afectados por decisiones de la entidad contratante.

Efectivamente, el artículo 102 de la ley establece que *“los oferentes que se consideren afectados por actos administrativos emitidos por las entidades contratantes, 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 Ley. La reclamación o recurso presentado no suspende la ejecución del acto impugnado. De la resolución que tome la entidad se podrá presentar demanda contencioso administrativa”*.

Se evidencia, que el reclamo será presentado ante la misma entidad contratante sobre la cual el contratista privado, manifiesta determinada disconformidad.

El artículo 103 establece el tiempo para presentarla, cinco días término luego de la notificación de la adjudicación. En el término de cinco días, la entidad contratante calificará el recurso como procedente o lo mandará a ampliar, debiendo emitir su resolución en un término no mayor a quince días contados a partir de la calificación de la providencia de calificación del recurso presentado.

Inclusive, en este punto hay un vacío legal, puesto que el tiempo que el artículo 103 establece, se refiere a un reclamo sobre la resolución de adjudicación y no se establece que tiempo debe transcurrir si lo que se impugna es *“por asuntos relacionados con su oferta o respecto al trámite precontractual”*.

En este punto, el INCOP no interviene, pues en el alcance de sus atribuciones que la ley le da, no consta que pueda receptor reclamos o impugnaciones.

Solo cabría esperar que suceda lo que el artículo 15 establece: *“Corresponde a los organismos de control del Estado, dentro del marco de sus atribuciones, realizar los controles posteriores a los procedimientos de contratación efectuados por las Entidades Contratantes.*

Es obligación del Instituto Nacional de Contratación Pública informar a la Contraloría General del Estado y a la Procuraduría General del Estado cada vez que conozca el cometimiento de infracciones a lo dispuesto en esta Ley”. **El subrayado es nuestro.**

- Es importante destacar también, que en muchas ocasiones las entidades contratantes establecen en los Términos de Referencia una serie de exigencias y requisitos no previstos en la LOSNCP.

La LOSNCP señala en varias disposiciones cuales son los requisitos que las entidades contratantes deben contemplar en sus Pliegos, por lo que es de desear, que para la seguridad jurídica que el tema exige, las entidades contratantes se limiten a incorporar no más allá de lo que la ley exige y no incluir disposiciones exageradas que sobrepasan el ámbito legal.

En ese sentido, el INCOP debe actuar de manera más decidida a efectos de precautelar esta situación.

En general, tanto la ley como el manejo de las transacciones con las entidades del Estado a través de una instancia electrónica, resulta positivo, por lo que es importante sea mejorado, apuntalado y reformado en los casos que hemos indicado.

El salto cuantitativo, en términos de más proveedores participando, y los ahorros que se han reportado en las transacciones realizadas, es evidencia de lo señalado.

Nuestro trabajo, entonces, ha buscado describir de una manera sencilla y didáctica, los procesos contractuales motivo de este trabajo, estableciendo lo que corresponde reforzar, mejorar o reformar, en la búsqueda de procesos transparentes, donde prima la veracidad, honradez y pulcritud en el manejo de los fondos del Estado, que son en suma los del pueblo ecuatoriano, que somos todos.

Capítulo X. Bibliografía

- Interrogantes y Respuestas sobre la nueva Ley de Contratación Pública, Dr. Nelson López y Dra. Livia Rivas, Editorial López y Asociados, 2009
- Doctrina sobre los principios de la contratación pública, Cámara de Comercio de Quito, 23 de enero del 2012.
- Los nuevos procedimientos para la Contratación Pública, Abg. Juan Carlos Aguirre Márquez, www.derechoecuador.com., julio del 2008.
- El Procedimiento Administrativo, Concepto y Clases, Fases del procedimiento, Dr. Jorge Zavala Egas, 2010
- La Contratación Pública Electrónica en Colombia, Roberto Laguado Giraldo, Pontificia Universidad Javeriana, 2004.
- El Sistema de Contratación Publica en Perú, Ricardo Salazar, III Conferencia de las Américas en Compras Gubernamentales, 2006.