



cep

**CORPORACIÓN
DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES**

MANUAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

Antonio José Pérez-Daniel López Suárez-José Luis Aguilar

BASE LEGAL PARA DIGITALIZACIÓN DE LIBROS CON DERECHOS DE AUTOR

El Sistema Integrado de Bibliotecas de la Universidad Central del Ecuador, digitalizará su acervo bibliográfico siempre y cuando sea para fines educativos y de investigación. No se permite la reproducción y distribución para la comercialización directa e indirecta de este.

La digitalización del material bibliográfico se lo realiza de acuerdo al Código Orgánico De La Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación **Art. 212 numeral 9, Literal ii** “(...) Una biblioteca o archivo podrá, además, realizar los siguientes actos (...) La reproducción electrónica y comunicación pública de obras de su colección para ser consultadas gratuita y simultáneamente hasta por un número razonable de usuarios, sólo en terminales de redes de la respectiva institución o para usuarios de esa institución bajo su control, en condiciones que garanticen que no se puedan hacer copias electrónicas de esas reproducciones” y **literal vii** “La reproducción, adaptación, traducción, transformación, arreglo, distribución y comunicación de una obra protegida por derechos de autor o una prestación protegida por derechos conexos, en uno o más formatos accesibles para el uso exclusivo de personas con discapacidad”.

Este material se considera un producto intelectual a favor de su autor; por tanto, la titularidad de sus derechos se encuentra protegida por el Código Orgánico De La Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación. La violación a dichos derechos constituye un delito que será responsabilidad del usuario.

Este libro está disponible físicamente en

Biblioteca:

Biblioteca Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales

Piso:

01

Estante:

09

Bandeja:

20

Convenio interinstitucional:

Enlace al catálogo:



Ab. Antonio José Pérez

e-mail: aperez@izurietaamorabowen.com



Ab. Daniel López Suárez

e-mail: dlopez@lawfirm.com.ec



Dr. José Luis Aguilar Hernández

e-mail: aguilarh_joseluis@hotmail.com





P L

E 09

B 90

INVENTARIO

Compra Donde
 Proveedor **CEP**
 Factura **73243** Fe. **27-09-2012** **27.00**
 73812
 N° Int. Recp
 N° Alta **5136562**
 Biblioteca **GENERAL**

ESTE LIBRO ES PROPIEDAD DE LA BIBLIOTECA
 SU VENTA ES PENALIZADA POR LA LEY

352
PY38m

JD: 1089

ANTONIO JOSÉ PÉREZ
DANIEL LÓPEZ
JOSÉ LUIS AGUILAR

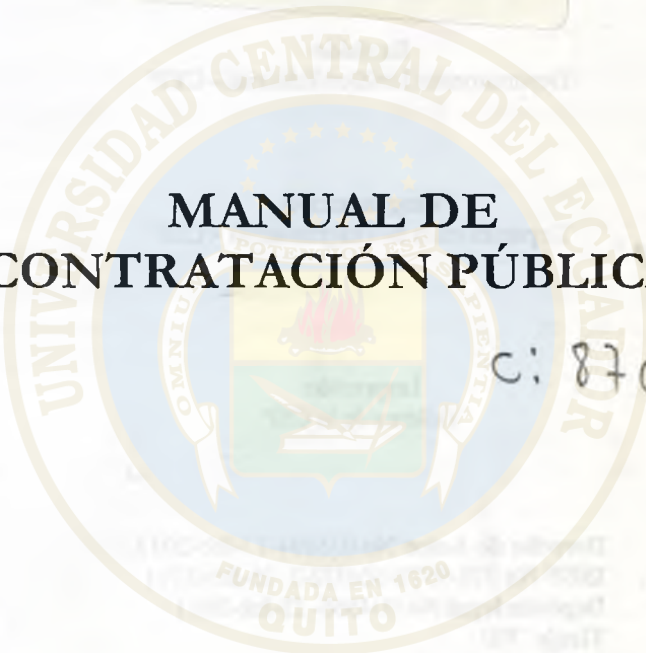
UNIVERSIDAD CENTRAL
CONTROL DE BIENES



5136562

MANUAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

c: 87074



Quito, 2011

JD: 1089

CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES (CEP)

MANUAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

ANTONIO JOSÉ PÉREZ

DANIEL LÓPEZ

JOSÉ LUIS AGUILAR

Revisión

Departamento Jurídico Editorial - CEP

Diagramación

Departamento de Diagramación - CEP

Impresión

Talleres de la CEP

Derecho de Autor No 035194-21-feb-2011

ISBN No 978-9978-86-972-7 16-feb-2011

Depósito legal No 004568- 21-feb-2011

Tiraje 700

Edición Primera

Quito - Ecuador

Todos los derechos sobre el contenido de esta obra pertenecen a la Corporación de Estudios y Publicaciones. Prohibida su reproducción total o parcial así como su incorporación a sistemas informáticos, su traducción, comunicación pública, adaptación, arreglo u otra transformación, sin autorización expresa y por escrito de la Corporación.

PRÓLOGO

La Universidad del Ecuador Nacional de Ciencias y Letras es una institución de carácter público que se dedica a la enseñanza superior, a la investigación científica y a la formación de profesionales. Su misión es promover el desarrollo intelectual y cultural de la sociedad ecuatoriana, a través de la enseñanza, la investigación y la extensión universitaria.

La Universidad del Ecuador Nacional de Ciencias y Letras es una institución de carácter público que se dedica a la enseñanza superior, a la investigación científica y a la formación de profesionales. Su misión es promover el desarrollo intelectual y cultural de la sociedad ecuatoriana, a través de la enseñanza, la investigación y la extensión universitaria.

La Universidad del Ecuador Nacional de Ciencias y Letras es una institución de carácter público que se dedica a la enseñanza superior, a la investigación científica y a la formación de profesionales. Su misión es promover el desarrollo intelectual y cultural de la sociedad ecuatoriana, a través de la enseñanza, la investigación y la extensión universitaria.

La Universidad del Ecuador Nacional de Ciencias y Letras es una institución de carácter público que se dedica a la enseñanza superior, a la investigación científica y a la formación de profesionales. Su misión es promover el desarrollo intelectual y cultural de la sociedad ecuatoriana, a través de la enseñanza, la investigación y la extensión universitaria.

La Universidad del Ecuador Nacional de Ciencias y Letras es una institución de carácter público que se dedica a la enseñanza superior, a la investigación científica y a la formación de profesionales. Su misión es promover el desarrollo intelectual y cultural de la sociedad ecuatoriana, a través de la enseñanza, la investigación y la extensión universitaria.



A nuestros Padres

PRÓLOGO

La nueva Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública ha introducido importantes modificaciones al ordenamiento jurídico que regula los contratos de las instituciones del Estado, no solo porque introduce la utilización de nuevas tecnologías en los procedimientos de contratación sino, sobre todo, porque modifica radicalmente el esquema lógico que durante décadas estuvo vigente en esta materia.

En efecto, desde las viejas leyes de licitaciones de los años sesenta, los procedimientos de contratación dependían únicamente del monto de los contratos sin que se estableciera, salvo en situaciones excepcionales, tratamientos diferenciados en consideración al objeto del contrato. Esto generó no pocas dificultades, derivadas sobre todo del hecho de que la legislación contractual se construyó alrededor del contrato de obra pública y partía de supuestos que no funcionaban adecuadamente cuando se trataba de adquirir bienes o contratar la prestación de servicios.

Uno de los méritos de la nueva ley es que toma en cuenta, no solo el monto de los contratos, sino también el objeto contractual y permite, con ello, prescindir de requisitos necesarios en unos casos pero inútiles en otros y generar procedimientos más ágiles a partir de las particularidades de aquello que se contrata.

Los beneficios que ello genera tienen como contrapartida un incremento en la complejidad de una materia ya de suyo compleja, pues se multiplican las situaciones, se incrementan los procedimientos y es necesario atender a un espectro más amplio de temas que aquéllos que surgían de una simple diferenciación basada en el monto contractual.

Contar con guías claras que permitan moverse adecuadamente en medio de estas nuevas realidades es, por eso, imprescindible, y

doblemente beneficioso si esas guías constan en textos claros y ordenados, a los que se pueda acudir para encontrar respuesta a muchas de las interrogantes que se presentan en el día a día de la contratación administrativa.

Me alegra por eso, gracias a una gentil deferencia de los autores, poder presentar este “Manual de Contratación Pública” que cumple a cabalidad con la función guía doctrinaria y legislativa para todos aquellos que, ya como funcionarios públicos o profesionales del Derecho, ya como contratistas, deben entender y manejar adecuadamente el nuevo ordenamiento jurídico para los contratos de las instituciones del Estado.

Antonio Pérez, quien hace no mucho nos entregó ya un “Manual de Contratos del Estado”, Daniel López y José Luis Aguilar, han juntado sus esfuerzos para explicarnos las nuevas instituciones de la contratación administrativa y el resultado es, sin duda, satisfactorio.

Esto, sobre todo, porque el texto no se limita a ser una simple guía legislativa que pone en orden los textos normativos sobre la materia, sino que incluye importantes aspectos doctrinales que van más allá, incluso, de la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública, tema central del trabajo.

El análisis inicial que hacen los autores sobre los antecedentes legales y doctrinarios de la contratación pública ecuatoriana, permite ubicar adecuadamente las nuevas instituciones y entender la amplitud de la materia. Esto último porque es común entender la contratación administrativa como aquella regulada por las leyes de licitaciones o de contratación pública, dejando de lado lo que en este Manual se presenta con absoluta claridad: la existencia de múltiples cuerpos normativos que regulan la actividad contractual de la administración, y de una gran variedad de contratos aparte

de los comunes de ejecución de obras, adquisición de bienes y prestación de servicios.

El texto hace un repaso detallado de todos los aspectos vinculados con la contratación administrativa, fundamentalmente los procedimientos precontractuales, pero también temas como la nueva organización administrativa encabezada por el Instituto Nacional de Contratación Pública o los problemas derivados de la ejecución contractual, entre los que merece especial atención la resolución de controversia y la forma en que se puede ejercer el derecho a reclamar por actuaciones administrativas que se consideren incorrectas.

El análisis que se hace de los diversos procedimientos precontractuales permite entender a cabalidad las particularidades de la nueva legislación y tener una visión clara de las nuevas instituciones introducidas por ella. Merece destacarse, en este punto, la explicación sobre los bienes y servicios normalizados, que es sin duda una de las novedades que más dificultades ha generado, sobre todo porque no ha sido entendida adecuadamente por los encargados de la aplicación de las normas, que en muchos casos han extendido una institución sin duda útil e innovadora, a campos en los que no debería tener ninguna aplicación.

No se contentan los autores con tratar los temas centrales de la contratación, sino que abordan otros que se relacionan íntimamente con ellos y que han sido fuente de no pocas dificultades para las entidades públicas y para los contratistas. Me refiero a los problemas impositivos, que no son pocos en materia contractual, al nuevo esquema de iniciativa para la ejecución de proyectos públicos y a los denominados convenios de pago, que hasta la fecha solo habían sido estudiados por Efraín Pérez Camacho en su completo texto de Derecho Administrativo.

Si la bibliografía jurídica ecuatoriana es escasa, lo es aún más la relacionada con el Derecho Administrativo, materia cuya importancia ha sido reconocida recién en los últimos tiempos y que cuenta con una serie de campos inexplorados, en los que se hace indispensable contar con estudios profundos que permitan desentrañar los múltiples problemas que presenta la práctica administrativa.

Es invaluable, por eso, el esfuerzo de los profesionales del Derecho que, a más de profundizar en el estudio de los temas jurídicos, organizan los resultados de su trabajo y los publican para conocimiento y uso de todos quienes lo requieran.

Es de esperar que trabajos como el de Antonio Pérez, Daniel López y José Luis Aguilar abran el camino, no solo a nuevos estudios sobre la contratación administrativa, sino sobre todo, al tan necesitado trabajo de investigación sobre temas hasta hoy inexplorados de nuestro Derecho Administrativo.

Por lo pronto, esta obra se convierte ya en un instrumento imprescindible para todos quienes, sean o no profesionales del Derecho, se relacionan de una u otra forma con los problemas propios de la contratación administrativa.

Juan Pablo Aguilar Andrade
Quito, 4 de enero de 2011

INTRODUCCIÓN

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública - LOSNCP- marcó, sin lugar a dudas, un cambio sustancial en las compras públicas del Ecuador, al modernizar el sistema aplicable, introducir herramientas tecnológicas a los procedimientos precontractuales, establecer nuevas figuras y definiciones jurídicas, aspectos que entre otros, han permitido democratizar la contratación pública en el país, al permitir una mayor participación de proveedores en dichos procesos; y, adicionalmente, han logrado transparentar en gran medida los procedimientos precontractuales, generando una mayor confianza de la ciudadanía en la gestión de sus autoridades.

La expedición de la LOSNCP ha permitido que se reconozca la importancia de la contratación pública, dándole gran relevancia en el campo del derecho administrativo de nuestro país. No podía ser para menos, pues se ha reconocido mundialmente que las compras públicas son quizás el motor más fuerte de la economía de un país, dado que el mayor comprador es el Estado, quien busca satisfacer por este medio las necesidades públicas. Las actuales legislaciones en materia de contratación pública, reconocen esta realidad y los gobiernos han decidido implementar, a través de las mismas, políticas públicas y sociales, como de hecho sucede en nuestra Ley, mediante los márgenes de preferencia a los micro y pequeños proveedores locales.

Las innovaciones fundamentales que introdujo la LOSNCP fueron: La unificación de la legislación de contratación pública en un solo cuerpo normativo, evitando la dispersión normativa que imperó en la última década; la creación de un registro único de proveedores para participar en los procedimientos precontractuales, eliminando registros que manejaban independientemente los organismos y entidades públicas; la normalización de bienes y

servicios, como parámetro que permite definir procedimientos precontractuales a seguirse, fundamentados en el objeto de la contratación y no solo en el presupuesto referencial; y, el uso del portal de compras públicas como herramienta de contratación, sin limitarse a una simple publicación de procedimientos precontractuales y contratos celebrados.

Para aquellos que nos apasiona la contratación pública y que hemos tenido la suerte de formarnos en dicha materia, constituyó un reto importante, quizás imposible de no asumirlo, el realizar un estudio y análisis pormenorizado del nuevo marco legal existente, de sus implicaciones, cuerpos normativos conexos, de los procedimientos precontractuales, los requisitos exigidos a los proveedores y demás particulares que permitan a las entidades y organismos contratantes, a los funcionarios y responsables de los procedimientos de contratación, así como a los proveedores, entender de mejor forma la Ley y sus alcances, para poder tramitar de una mejor forma las contrataciones y participar en ellas.

El presente manual justamente busca ese objetivo, facilitar la aplicación de la LOSNCP y su Reglamento General; es por ello que, a lo largo de los capítulos de la obra, se ha realizado un análisis profundo y práctico de las disposiciones legales y reglamentarias que regulan los procedimientos precontractuales, así como las normas emitidas por el Instituto Nacional de Contratación Pública, pero adicionalmente se ha incluido un análisis doctrinario del tema, así como ejemplos prácticos de casos específicos. Han sido también fuente del presente trabajo, pronunciamientos emitidos por el Instituto Nacional de Contratación Pública que hemos considerado relevantes para nuestra labor, así como los de la Procuraduría General del Estado, sobre la misma materia. No podemos olvidar tampoco, nuestro análisis y criterios profesionales, que responden a nuestras convicciones en los temas que se analizan, que hemos plasmado en el contenido del manual y que son fruto de las experiencias profesionales que hemos afrontado

al asesorar a entidades contratantes y organismos públicos, proveedores del estado, e incluso como instructores y conferencistas de la materia.

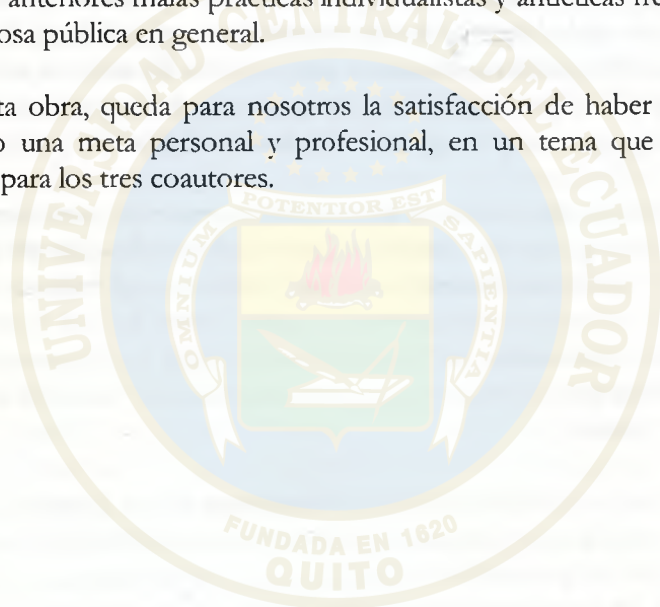
Recordemos que la LOSNCP es una norma relativamente nueva, respecto de la cual ha sido necesario que el INCOP emita normativa secundaria que permita la aplicación de los procedimientos precontractuales. En tal razón, la doctrina en la materia está recién generándose, con la creciente aplicación de la Ley por las entidades contratantes y los proveedores. En esta constante evolución de la Ley, que le permite adecuarse a la realidad de la contratación pública, esperamos que nuestro Manual sea un aporte importante para que quienes sean actores de las compras públicas lo hagan en estricto apego a la normativa aplicable.

Debemos mencionar la importancia que revistió para nosotros el analizar temas tan complejos como la normalización de los bienes y servicios, los márgenes de preferencia, el reajuste de precios, contratos complementarios, entre otros, los que hemos buscado clarificarlos, debiendo reconocer que encontrarán en los análisis que se realizan, una gran influencia de nuestros criterios personales.

Como toda obra intelectual, consideramos que la misma deberá ser actualizada y mejorada, pues existen temas muy importantes, dentro de la contratación pública, que aún no han sido tratados y que en otros países son de relevancia, como es el caso de las compras públicas sustentables, así como temas que aún necesitan ser mejorados y pulidos en la legislación ecuatoriana, para permitir una correcta aplicación de los procedimientos precontractuales, en estricta aplicación de los principios de la LOSNCP. En todo caso, insistimos en que este Manual busca ser una herramienta de aporte y consulta para quienes intervienen en las distintas instancias de las compras públicas.

No podemos dejar de recordar a todos los actores del sistema nacional de contratación pública en el país, que de nada sirven las leyes y cuerpos normativos por sí solos, ya que su verdadera eficacia y aporte está en su aplicación correcta y honesta, en la actitud de cada uno de nosotros, que luchamos para alcanzar, a partir de este tipo de herramientas, un desarrollo y futuro de éxito, transparencia y justicia para el país. De nada sirve la actualización y modernización de la legislación, así como la publicación de este tipo de obras de aporte, si el actuar del ciudadano se queda estancado en anteriores malas prácticas individualistas y antiéticas frente a la cosa pública en general.

Con esta obra, queda para nosotros la satisfacción de haber alcanzado una meta personal y profesional, en un tema que es común para los tres coautores.



ÍNDICE

DEDICATORIA PRÓLOGO INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO PRIMERO: ANTECEDENTES LEGALES Y DOCTRINALES DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

1.1.	Antecedentes de la legislación sobre Contratos del Estado en Ecuador	1
1.2.	Concepto y características del Contrato	2
1.3.	Elementos del Contrato	2
1.3.1.	Sujetos	2
1.3.2.	Capacidad, competencia e inhabilidades	3
1.3.3.	Voluntad y consentimiento	3
1.3.4.	Objeto	4
1.3.5.	Causa	5
1.3.6.	Forma	5
1.4.	Principales Leyes y Reglamentos relacionados con la Contratación Pública en el Ecuador	5
1.4.1.	Constitución de la República	5
1.4.2.	Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública	8
1.4.3.	Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública	9
1.4.4.	Ley de Modernización y su Reglamento	10
1.4.5.	Ley de Hidrocarburos y sus Reglamentos de aplicación	11
1.4.6.	Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas	11
1.4.7.	Ley del Mercado de Valores	15
1.4.7.1.	Fideicomiso Mercantil	17
1.4.8.	Ley Orgánica de Servicio Público (y disposiciones de la derogada Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y su Reglamento)	18
1.4.9.	Ley de Régimen del Sector Eléctrico y Reglamento de Concesiones, Permisos y Licencias para la prestación del servicio de Energía Eléctrica	23
1.4.10.	Ley Especial de Telecomunicaciones y el Reglamento para otorgar concesiones de los servicios de Telecomunicaciones	24
1.4.11.	Ley Orgánica de Empresas Públicas	26

1.4.11.1.	Giro Específico del Negocio	30
1.4.12.	Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD)	31
1.4.13.	Ley Forestal y de Conservación de Áreas Naturales y Vida Silvestre	33
1.4.14.	Ley de Compañías	35
1.4.14.1.	Apoderado y domiciliación de compañías extranjeras	38
1.4.15.	Código Civil y Código de Procedimiento Civil	42
1.4.16.	Ley Orgánica de Régimen Monetario y Banco del Estado	43
1.4.17	Ley de Aviación Civil y el Reglamento de Concesiones y Permisos de Operación para la explotación de Servicios Aéreos en general	43
1.4.18	Ley de Minería y su Reglamento General	45
1.4.19.	Reglamento de Concesiones del Sector Vial	48
1.4.20.	Ley de Aguas	48
1.4.21.	Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos	49
1.4.22.	Ley de Comercio electrónico, Firmas electrónicas y mensajes de datos y su Reglamento	50
1.4.23.	Ley de Seguridad Pública y del Estado	50
1.4.23.1.	Estado de Excepción	51
1.4.24.	Reglamento General Sustitutivo para el Manejo y Administración de Bienes del Sector Público.	53
1.4.25.	Reglamento de Determinación de Etapas del Proceso de Ejecución de Obras y Prestación de Servicios Públicos	56

CAPÍTULO SEGUNDO: OBJETO, ÁMBITO Y PRINCIPIOS DE LA LEY DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

2.1.	Objeto y Ámbito de la Ley	59
2.2.	El Sistema Nacional de Contratación Pública: INCOP y el portal de compras públicas	61
2.3.	Principios de la Contratación Pública	64
2.3.1.	Legalidad	64
2.3.2.	Trato justo e Igualdad	65
2.3.3.	Calidad	66

2.3.4.	Vigencia tecnológica	67
2.3.5.	Oportunidad	68
2.3.6.	Concurrencia	68
2.3.7.	Transparencia	70
2.3.8.	Publicidad	70
2.3.9	Participación Nacional	71
2.4.	Definiciones	72
2.5.	Nuevos procedimientos y contratos introducidos por la LOSNCP	76

CAPÍTULO TERCERO: REQUERIMIENTOS PREVIOS A TODO PROCEDIMIENTO PRECONTRACTUAL

3.1.	Plan Anual de Contrataciones (PAC)	81
3.2.	Estudios y especificaciones técnicas	84
3.3.	Presupuesto referencial y certificación presupuestaria	87
3.4.	Los pliegos del proceso	90
3.5.	El Registro Único de Proveedores (RUP)	93
3.5.1.	Causales de Suspensión del RUP	94

CAPÍTULO CUARTO: NORMALIZACIÓN DE BIENES Y SERVICIOS

4.1.	Normalización de Bienes y Servicios	97
------	-------------------------------------	----

CAPÍTULO QUINTO: INTERVINIENTES EN EL PROCESO PRECONTRACTUAL Y CONTRACTUAL

5.1.	Entidades contratantes	101
5.2.	El Instituto Nacional de Contratación Pública (IN-COP)	101
5.3.	Oferentes y Proveedores	104
5.4.	Personas naturales o jurídicas extranjeras	107
5.5.	Consortios o asociaciones de empresas	108
5.6.	Entidades y Empresas Públicas extranjeras	108
5.7.	Organismos de control	116
5.8.	Inhabilidades generales y especiales	117

CAPÍTULO SEXTO: PROCEDIMIENTOS PRECONTRACTUALES Y TIPOS DE CONTRATO

6.1.	Procedimientos Dinámicos	119
6.2.	Convenios Marco	120
6.3.	El Catálogo Electrónico	121

6.4.	La Subasta Inversa	124
6.5.	Licitación	133
6.6.	Cotización	138
6.7	Cotización en caso de terminación unilateral de contratos	143
6.8.	Menor cuantía	144
6.9.	Ínfima cuantía	147
6.10.	Contratos de Consultoría y de Apoyo a la Consultoría	152
6.10.1.	Procedimientos de contratación de Consultoría	162
6.10.1.1	Contratación Directa de Consultoría	163
6.10.1.2	Contratación de Consultoría mediante Lista Corta	166
6.10.1.3.	Contratación de Consultoría mediante Concurso Público	172
6.10.2.	Precalificación	179
6.10.3.	Responsabilidad de los consultores	180
6.10.4.	Criterios de selección en consultoría	182
6.10.5.	Servicios de Apoyo a la consultoría	190
6.10.6.	Costos en consultoría	191
6.10.7.	Subcontratación y contratos complementarios en consultoría	192
6.11.	Procedimientos de Régimen Especial	193
6.11.1.	Las de adquisición de fármacos que celebren las entidades que presten servicios de salud, incluido el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social	195
6.11.2.	Las calificadas 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	196
6.11.3.	Aquellas cuyo objeto sea la ejecución de actividades de comunicación social destinadas a la información de las acciones del Gobierno Nacional o de las entidades contratantes	199
6.11.4.	Las que tengan por objeto la prestación de servicios de asesoría y patrocinio en materia jurídica requeridas por el Gobierno Nacional o las entidades contratantes	202
6.11.5.	Aquellas cuyo objeto sea la ejecución de una obra artística literaria o científica	205

6.11.6.	Las de adquisición de repuestos o accesorios que se requieran para el mantenimiento de equipos y maquinarias a cargo de las entidades contratantes, siempre que los mismos no se encuentren incluidos en el Catálogo Electrónico del Portal	208
6.11.7.	Los de transporte de correo internacional y los de transporte interno de correo, que se registrarán por los convenios internacionales, o las disposiciones legales y reglamentarias dictadas para el efecto, según corresponda	210
6.11.8.	Contratos entre entidades del sector público	211
6.11.9.	Los que celebran las instituciones del sistema financiero y de seguros en las que el Estado o sus instituciones son accionistas únicos o mayoritarios	213
6.11.10.	Los de adquisición de bienes y servicios únicos en el mercado o proveedor único	214
6.11.11.	Giro del Negocio	215
6.11.12.	Consultas jurídicas puntuales y específicas	217
6.12.	Compras corporativas	218
6.13.	Contratos financiados con préstamos y cooperación internacional	219
6.14.	Contratos de Emergencia	220
6.15.	Contrato de Adquisición de bienes inmuebles: Declaratoria de Utilidad Pública y Expropiación	227
6.16.	Contratación Integral por Precio Fijo	229
6.17.	Contrato de arrendamiento	235
6.17.1.	Arrendamiento de Bienes Inmuebles	235
6.17.2.	Arrendamiento de Bienes Muebles	238
6.17.3.	Arrendamiento por parte de Gobiernos Autónomos Descentralizados	239
6.18.	Contrato para la ejecución de obra	239
6.19.	Contratos de Prestación de Servicios	241
6.20.	Contratos de Adquisición de Bienes	243
6.21.	Contratos de Comodato	245
6.22.	Contratos de Permuta	248
6.23.	Contratos de Donación	249
6.24.	Pasajes aéreos	250

6.25.	SWISS CHALLENGE: Un sistema de contratación en uso en el Ecuador, no contemplado por la LOSNCP	251
6.26.	Ferias Inclusivas	254

CAPÍTULO SÉPTIMO: INICIO DEL PROCESO 255

7.1.	Resolución de inicio del procedimiento precontractual	255
7.2.	La Invitación o Convocatoria	255
7.3.	Autoinvitación	256
7.4.	La Comisión Técnica y la Subcomisión de Apoyo	258
7.5.	Aclaraciones y Modificaciones de los Pliegos	261
7.6.	Ampliación de plazo para entrega de ofertas	263

CAPÍTULO OCTAVO: PRESENTACIÓN Y APERTURA DE LOS SOBRES 265

8.1.	La presentación de la oferta	265
8.2.	La apertura de los sobres	266

CAPÍTULO NOVENO: LA OFERTA Y SU EVALUACIÓN 269

9.1.	Contenido de la oferta	269
9.2.	Corrección aritmética de errores	269
9.3.	Convalidación de errores de forma	271
9.3.1.	¿Qué debe entenderse por errores de forma?	273
9.4.	Evaluación de las ofertas	275
9.5.	Participación Nacional/Márgenes de Preferencia: Micro, pequeña y mediana industria	275

CAPÍTULO DÉCIMO: LA ADJUDICACIÓN 281

10.1.	El acto administrativo de Adjudicación	281
10.2.	Concepto y Naturaleza Jurídica	282
10.3.	Criterios de adjudicación	286
10.4.	Autoridad u Órgano emisor del acto	293
10.5.	Delegación Administrativa	294
10.6.	Efectos jurídicos de la Adjudicación	298
10.7.	La adjudicación como facultad discrecional o reglada de la administración	301
10.8.	Notificación	303

10.9.	Invalidez del acto administrativo de adjudicación	304
10.10.	Dar de baja una resolución de Adjudicación	304
10.11.	Actos Administrativos emitidos por empresas públicas	309

CAPÍTULO UNDÉCIMO: DECLARATORIA DE DESIERTO Y CANCELACIÓN DEL PROCESO

11.1.	Declaratoria de Desierto del proceso	313
11.2.	Motivación suficiente	314
11.3.	Declaratoria total o parcial	316
11.4.	Indemnizaciones	316
11.5.	Reapertura de procedimientos	319
11.6.	Cancelación del Proceso	320

CAPÍTULO DUODÉCIMO: SUSCRIPCIÓN DEL CONTRATO

12.1	Protocolización	321
12.2.	Plazo para la suscripción del contrato	322
12.3.	Contratos no suscritos por causas imputables a las partes	323
12.4.	Cláusulas obligatorias del contrato	324

CAPÍTULO DÉCIMO TERCERO: EJECUCIÓN CONTRACTUAL

13.1.	Cesión y Subcontratación	327
13.2.	Garantías	329
13.2.1.	Garantía de Fiel Cumplimiento del contrato	332
13.2.2.	Garantía del buen uso del anticipo	334
13.2.3	Garantía Técnica para ciertos bienes	334
13.2.4.	Garantía Adicional	335
13.2.5.	Ejecución de las garantías	335
13.2.6.	Devolución de las garantías	336
13.3.	Pago de Anticipo	338
13.4.	Fuerza Mayor o Caso Fortuito	346
13.5.	Modificación de contratos	347
13.6.	Contratos complementarios	347
13.7	Diferencia en Cantidades de Obra	350
13.8.	Orden de trabajo	351

13.9.	Contratos Modificatorios para Enmendar Casos de Errores	351
13.10.	Reajuste de Precios	352
13.11.	Plazo de ejecución contractual	365
13.12.	Multas	365
13.13.	Adjudicatarios Fallidos y Contratistas Incumplidos	367
13.14.	Nulidades Contractuales	369
13.15.	Administración y Fiscalización del contrato	375

CAPÍTULO DÉCIMO CUARTO: RECEPCIÓN Y LIQUIDACIÓN

14.1.	Actas de Entrega - Recepción	385
14.2.	Recepción provisional, parcial y definitiva	386
14.3.	Comisión de Recepción	389
14.4.	Liquidación del contrato	390

CAPÍTULO DÉCIMO QUINTO: CONTROVERSIAS

15.1.	Generalidades	391
15.2.	Arbitraje	391
15.3.	Mediación	400
15.4.	Arbitraje y Mediación Internacional	402

CAPÍTULO DÉCIMO SEXTO: TERMINACIÓN DEL CONTRATO

16.1.	Causas para la terminación del contrato	405
16.1.1.	Por cumplimiento de las obligaciones contractuales	405
16.1.2.	Por mutuo acuerdo de las partes	406
16.1.3.	Por sentencia o laudo ejecutoriados que declaren la nulidad del contrato o la resolución del mismo a pedido del contratista	408
16.1.4.	Por declaración unilateral del contratante, en caso de incumplimiento del contratista	409
16.1.5.	Por muerte del contratista o por disolución de la persona jurídica contratista	411
16.2.	Trámite	412
16.3.	Sanciones	414
16.4.	Consideraciones especiales	416

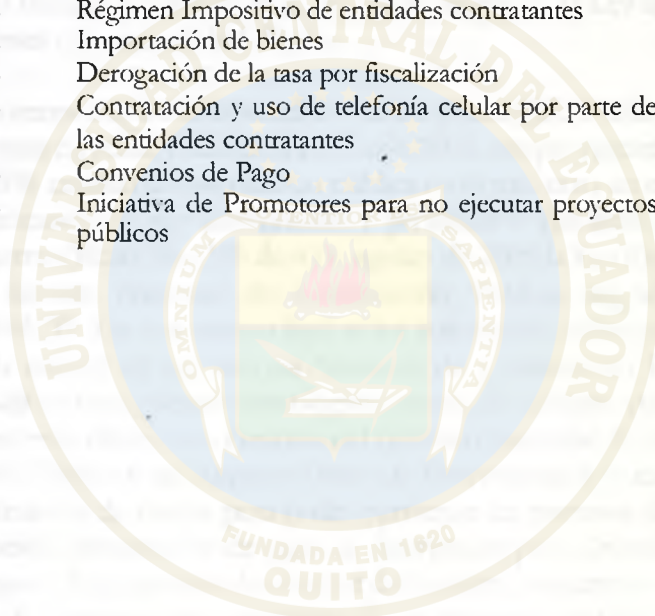
CAPÍTULO DÉCIMO SÉPTIMO: IMPUGNACIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS Y ACTOS DE SIMPLE ADMINISTRACIÓN

17.1.	Impugnación de Actos Administrativos	419
-------	--------------------------------------	-----

17.2.	Reclamo Administrativo	419
17.3.	Recurso de Reposición	423
17.4.	Silencio Administrativo Positivo	426
17.5.	Efecto Suspensivo de la acción	433
17.6.	Impugnación de actos de simple administración	434
17.7.	Aplicación de Recursos del ERJAFE sobre actuaciones administrativas de Empresas Públicas	436
17.8.	Recurso en Sede Contencioso Administrativa	441
17.9.	Caducidad y Prescripción	451

CAPÍTULO DÉCIMO OCTAVO: ASPECTOS VARIOS 453

18.1.	Régimen Impositivo de entidades contratantes	453
18.2.	Importación de bienes	457
18.3.	Derogación de la tasa por fiscalización	458
18.4.	Contratación y uso de telefonía celular por parte de las entidades contratantes	459
18.5.	Convenios de Pago	459
18.6.	Iniciativa de Promotores para no ejecutar proyectos públicos	462



CAPÍTULO PRIMERO

ANTECEDENTES LEGALES Y DOCTRINALES DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

1.1. Antecedentes de la legislación sobre Contratos del Estado en Ecuador

Las más antiguas disposiciones legales sobre contratación pública del Ecuador se remontan a la Ley de Hacienda en el siglo XIX, hasta mediados del siglo XX, en que se promulga la Ley de Licitaciones y Concurso de Ofertas.

La anterior Ley de Contratación Pública publicada a comienzo de los años noventa, codificada en el año 2001, estuvo vigente hasta el 2008, cuando la contratación pública en el país tuvo un cambio significativo en sus instituciones y procesos al publicarse en el Registro Oficial No. 395 de 4 de agosto de 2008 la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (en adelante LOSNCP). En este cuerpo legal se ha introducido, principalmente, la noción de un Sistema Nacional de Contratación Pública basada en herramientas tecnológicas (portal de compras públicas) y procesos dinámicos, creación del Instituto Nacional de Contratación Pública y del Registro Único de Proveedores a su cargo, la eliminación de costos para poder participar en procesos de contratación (eliminación de pago de inscripción para obtención de pliegos y de la garantía de seriedad de la oferta), reclamos y recursos de impugnación especiales de contratación pública, entre otros; cambios que sin lugar a duda son sustanciales dentro del proceso de creación del nuevo Sistema Nacional de Contratación Pública. Cabe también mencionar la inclusión en esta nueva Ley del régimen de contratación por parte de entidades privadas que utilicen fondos públicos, lo cual significó un gran avance en relación al anterior régimen de contratos vigente en el país, al tratar de unificar y amparar también en una sola ley, a todos los organismos públicos y privados que antes de su expedición tenían

regímenes de contratación individuales, propios, particulares, dictados por ellos mismos, como es el caso de las empresas públicas petroleras, eléctricas, telefónicas, entre otros.

1.2. Concepto y características del Contrato

El artículo 1454 del Código Civil, norma supletoria de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, define a los contratos de forma muy clara y precisa: *“Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas”*.

Todo contrato, para su validez, debe contar con los requisitos señalados en el artículo 1461 del Código Civil, que son:

1. Que las partes sean legalmente capaces;
2. Que las partes consientan en dicho acto o declaración, y su consentimiento no adolezca de vicio;
3. Que recaiga sobre un objeto lícito; y,
4. Que tenga causa lícita.

Para que las partes sean legalmente capaces en orden a contraer obligaciones legales, deben poder obligarse por sí mismas, sin el ministerio o autorización de otra. Sobre el tema de la capacidad, véanse los artículos 1462 en adelante del Código Civil.

1.3. Elementos del Contrato

1.3.1. Sujetos

En los contratos administrativos una de las partes o sujetos se denomina “contratante” (institución pública, Administración Pública, o Estado en general, que incluye gobiernos autónomos descentralizados, empresas públicas o privadas que manejen fondos públicos en una proporción mayor a 50%) y por otro lado, el

“contratista” (el oferente adjudicado que suscribe el contrato), también denominado el “co-contratante”.

1.3.2. Capacidad, competencia e inhabilidades

La capacidad es la aptitud legal para ejercer derechos y contraer obligaciones. La capacidad está contemplada en el Código Civil como inherente a la calidad de persona. Este Código enumera taxativamente las causales de incapacidad (Art. 1463).

Sin embargo, al hablar de entidades contratantes, éstas deben ostentar competencia para contratar. *“La competencia delimita el obrar de los órganos en forma legalmente válida en determinado territorio y en determinada materia”*. Este es un requisito indispensable para la celebración de un contrato administrativo, y proviene exclusivamente de la norma jurídica, sea ésta Constitucional o legal y, en algunos casos, a través de acuerdos y resoluciones administrativas, que contienen delegaciones de competencias para la ejecución de ciertos actos.

Las inhabilidades, por su parte, son incapacidades particulares o especiales que se imponen legalmente a ciertas personas para impedirles contratar o ejecutar ciertos actos por su calidad o situación. Por ejemplo, son inhábiles para celebrar contratos con el Estado, el Presidente de la República y sus parientes, entre otros. (Arts. 62 y 63 LOSNCP).

1.3.3. Voluntad y consentimiento

Se evidencia la formación de la voluntad de la Administración (entidades contratantes) al momento de verificarse una serie de actos previos, tales como: Plan Anual de Contrataciones, estudios

¹ PÉREZ, FRAÍN, *Derecho Administrativo*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2006, p. 500.

económicos, legales y técnicos para la factibilidad de la contratación, y los demás pasos previos necesarios a ésta.

En la contratación, el consentimiento “*consta de dos etapas: la oferta que hace una persona a otra para celebrar un contrato, y la aceptación de la otra parte*”².

El consentimiento debe estar exento de vicios. Son vicios del consentimiento el error, la fuerza y el dolo. “*El justo error, en materia de hecho, no se opone a la buena fe. Pero el error, en materia de derecho, constituye una presunción de mala fe, que no admite prueba en contrario*” (Art. 721 CC). Todo lo anterior, sin perjuicio del poder de imperium o prerrogativas especiales que ostentan las entidades en la contratación administrativa, las que verdaderamente “imponen” condiciones y términos contractuales a los interesados en participar, quienes deciden o conscientemente aceptar o no, “adhiriéndose” o no, a dichas condiciones requeridas e impuestas por las entidades contratantes.

1.3.4. Objeto

El objeto es la razón o la finalidad para celebrar el contrato y satisfacer las intenciones de las partes. “*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*”³.

La LOSNCP prevé una serie de procedimientos, principios y normas que deben aplicarse en función principalmente de la naturaleza del objeto de la contratación. Conforme a la naturaleza del objeto, deben aplicarse los procedimientos dinámicos o los demás procesos establecidos en la Ley.

² ABELIUK MANASEVICH, RENE, *Las obligaciones*, Santiago de Chile, 2005, t. I, p. 54.

³ DROMI, ROBERTO, *Licitación Pública*, op. cit., p. 27.

1.3.5. Causa

La causa del contrato es el motivo que induce a la celebración del mismo. Actualmente se conserva la importancia de la causa en relación con la licitud del objeto en la contratación pública. Cabe recordar que previo a todo proceso de contratación pública, la entidad contratante debe definir la necesidad (causa) de contratación a través del área requirente, la cual debe estar previamente establecida en el Plan Anual de Contrataciones y en la Resolución de Inicio.

1.3.6. Forma

La contratación pública debe someterse a los procedimientos establecidos por la Ley; es decir, se trata de un régimen reglado. En tal virtud, la “forma” se refiere a los requisitos que conlleva concretar una contratación bajo el principio de legalidad (estricto cumplimiento de los requisitos establecidos por la legislación, y por otro lado determinados por la entidad contratante en los pliegos de cada proceso). Por lo tanto, los contratos administrativos requieren del cumplimiento de solemnidades o formalidades sustanciales, sin las cuales no se perfecciona ni se entiende válida la contratación.

1.4. Principales Leyes y Reglamentos relacionados con la Contratación Pública en el Ecuador

Es importante hacer un breve recuento sobre las principales leyes y reglamentos que regulan aspectos relacionados con contratos del Estado en nuestro país, sin que la lista que consta a continuación pueda considerarse exhaustiva:

1.4.1. Constitución de la República

Conforme el numeral 9 del artículo 11 de la Constitución de la República, el Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda per-

sona que actúe en ejercicio de una potestad pública, están obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos. Esto reviste singular importancia en relación a la contratación pública, ya que se fija la responsabilidad sobre la prestación de servicios públicos, los cuales son cumplidos, entre otros, a través de la contratación pública, no solo en el Estado y sus servidores y funcionarios, sino también en sus delegatarios y concesionarios, así como de toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública.

Adicionalmente, este mismo numeral crea la base jurídica para el ejercicio del derecho de repetición, que aún no ha sido desarrollado en una Ley pese a su imperiosa necesidad, el cual se ejerce en contra de las personas responsables del daño producido, que bien podría tratarse de contratistas y especialmente concesionarios. No obstante de la inexistencia de una Ley, el principio de repetición es de obligatoria aplicación por la autoridad judicial, esto en virtud de la aplicación directa de la Constitución.

Existe en el artículo 152 de la Constitución de la República una prohibición para contratar que no consta en la LOSNCP, especial para el caso de ministros de Estado; conforme dicho artículo, no podrán ser ministras o ministros de Estado: *“Las personas naturales, propietarias, miembros del directorio, representantes o apoderadas de personas jurídicas privadas, nacionales o extranjeras, que mantengan contrato con el Estado para la ejecución de obras públicas, prestación de servicios públicos o explotación de recursos naturales, mediante concesión, asociación o cualquier otra modalidad contractual.”*, lo cual deja en evidencia la incompatibilidad de ambas figuras en una misma persona natural.

El artículo 66, numeral 16, establece como uno de los derechos reconocidos y garantizados por el Estado a las personas, la libertad de contratación.

En el artículo 190 se hace una mención especial al arbitraje en la contratación pública como método alternativo de soluciones de conflictos y controversias, el cual debe resolverse en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley. Sobre este tema se realizará un análisis en detalle en el Capítulo Décimo Sexto de este Manual.

En el Capítulo Cuarto del Título V de la Constitución se regula el régimen de competencias, en cuyos artículos se contemplan las competencias exclusivas del Estado central, así como de los gobiernos regionales, provinciales, municipales y parroquiales rurales, enumeración de actividades de vital importancia para las figuras de la delegación y concesión.

El artículo 280 de la Constitución prevé al Plan Nacional de Desarrollo como el instrumento al que se sujetarán las políticas, programas y proyectos públicos; la programación y ejecución del presupuesto del Estado; y la inversión y la asignación de los recursos públicos; actividades entre las cuales lógicamente se encuentra la contratación pública. La observancia de este Plan será de carácter obligatorio para el sector público e indicativo para los demás sectores.

Seguramente los dos artículos constitucionales más importantes en relación a la contratación pública, son el 287 y 288, que señalan:

“Art. 287.- Toda norma que cree una obligación financiada con recursos públicos establecerá la fuente de financiamiento correspondiente. Solamente las instituciones de derecho público podrán

financiarse con tasas y contribuciones especiales establecidas por ley.

Art. 288.- Las compras públicas cumplirán con criterios de eficiencia, transparencia, calidad, responsabilidad ambiental y social. Se priorizarán los productos y servicios nacionales, en particular los provenientes de la economía popular y solidaria, y de las micro, pequeñas y medianas unidades productivas.”

Por otro lado, el artículo 289 y siguientes trata sobre la contratación de endeudamiento público, obligando a regirse por las directrices de la respectiva planificación y presupuesto, en todos los niveles del Estado.

Especial consideración debemos realizar sobre el artículo 307, en el que, dentro de la sección de Política Comercial, se prevé que los contratos celebrados por el Estado con personas naturales o jurídicas extranjeras, llevarán implícita la renuncia de éstas a toda reclamación diplomática, salvo contrataciones que correspondan al servicio diplomático.

El Capítulo V del Título VI de la Constitución de la República prevé la enunciación de los sectores estratégicos, servicios y empresas públicas en el país, cuyo artículo 316 presenta especial importancia para nuestro tema de estudio.

En relación a la explotación de recursos naturales, el artículo 408 determina que la participación del Estado en los beneficios del aprovechamiento de estos recursos, deberá siempre ser en un monto que no será inferior a los de la empresa que los explota.

1.4.2. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública

La “Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública”, en adelante LOSNCP o, simplemente, la Ley, fue publicada

en el Suplemento del Registro Oficial 395, del 4 de agosto de 2008.

Esta Ley, tal como lo señala su artículo 1, establece el Sistema Nacional de Contratación Pública y determina los principios y normas para regular los procedimientos de contratación para la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultoría. Se aplica a todas las instituciones de Derecho Público y también a las de Derecho Privado con capitales o participación pública, lo cual significó un gran avance en relación al anterior régimen de contratos vigente en el país, al unificar y amparar también en una sola ley, a todos los organismos públicos y privados que antes de su expedición tenían regímenes de contratación individuales, propios, particulares, dictados por ellos mismos, como es el caso de las empresas públicas petroleras, eléctricas, telefónicas, entre otros. Es por esto, que la Derogatoria No. 9 contenida en la LOSNCP dispone la derogación de todas las normas especiales de contratación pública que contengan otras leyes, exceptuando las contrataciones en actividades de exploración y explotación de los recursos hidrocarburíferos y las contrataciones de bienes de carácter estratégico necesarias para la defensa nacional, que no se refieran al ámbito de la presente Ley.

Todos estos temas, así como los no mencionados aún en este acápite, serán desarrollados a profundidad en capítulos posteriores de esta obra.

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

El Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en adelante RLOSNCP, emitido mediante Decreto Ejecutivo 1700 y publicado en el Suplemento del Registro Oficial 588 del 12 de mayo de 2009, reemplazó al Re-

glamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública que había sido emitido mediante Decreto Ejecutivo 1248 y publicado en el Suplemento del Registro Oficial 399, del 8 de agosto de 2009.

Este Reglamento contiene el desarrollo de las normas de la LOSNCP, principalmente de sus procedimientos precontractuales, para efectos de su aplicación.

Cabe mencionar la importante inclusión, dentro de la LOSNCP y especialmente desarrollados en su Reglamento General, de los Reclamo y Recurso por parte del contratista en materia de Contratación Pública, para los cuales no es necesario el abono o consignación de ningún valor para su presentación, garantizándose de tal forma el principio constitucional de libre acceso a la justicia.

Estos y otros temas incluidos dentro del RLOSNCP se tratarán al detalle en la presente obra.

1.4.4. Ley de Modernización y su Reglamento

Uno de los temas regulados dentro de esta ley y su reglamento es la delegación a la iniciativa privada de la prestación de servicios públicos, las actividades económicas y la exploración y explotación de los recursos naturales no renovables de propiedad del Estado, a través de concesiones de servicios y obras públicas mediante contratos entre entidades del sector público y privados. Para tales casos, el Reglamento a la Ley de Modernización, en sus Capítulos del II al VIII, establece los procedimientos precontractuales y régimen a aplicarse.

Es importante mencionar que, desde la entrada en vigencia de la nueva Constitución de la República, la delegación a la iniciativa privada del ejercicio de las actividades en sectores estratégicos y

servicios públicos, se podrá realizar únicamente en forma excepcional, tal como lo dispone su artículo 316, segundo inciso.

1.4.5. Ley de Hidrocarburos y sus Reglamentos de aplicación

La LOSNCP exceptuó expresamente de la derogatoria de todas las normas especiales de contratación pública que contengan otras leyes, a las actividades de exploración y explotación de los recursos hidrocarburíferos (Numeral 9 de las Derogatorias de la LOSNCP).

Por tanto, la celebración de contratos de asociación, participación, prestación de servicios o contratos marginales para exploración y explotación de hidrocarburos, o mediante otras formas contractuales de delegación vigentes en la legislación ecuatoriana, se regulan a través de la Ley de Hidrocarburos y sus Reglamentos de aplicación, especialmente el Reglamento de Operaciones Hidrocarburíferas, Reglamento para aplicación de la Ley Reformatoria a la Ley Hidrocarburos, Reglamento a la Ley que reforma la Ley de Hidrocarburos, Reglamento a la Ley 2007-85 Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos y al Código Penal, Reglamento Sustitutivo al Reglamento de aplicación de la Ley Nro. 42-2006 Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos. Así mismo, debe aplicarse la normativa prevista en el Reglamento de Contrataciones de PETROECUADOR y sus Empresas Filiales, Reglamento Especial de Licitación Petrolera, sin perjuicio de la reciente disolución de la anterior empresa estatal PETROECUADOR, cuya ley de creación fue derogada, y creación de la nueva Empresa Pública de Hidrocarburos del Ecuador EP PETROECUADOR.

1.4.6. Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas

Mediante Registro Oficial No. de 22 de octubre de 2010, se promulgó el Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas,



que tiene por objeto organizar, normar y vincular el Sistema Nacional Descentralizado de Planificación Participativa con el Sistema Nacional de Finanzas Públicas, y regular su funcionamiento en los diferentes niveles del sector público, en el marco del régimen de desarrollo, del régimen del buen vivir, de las garantías y los derechos constitucionales, de conformidad con su primer artículo. Este Código derogó, en particular, las siguientes leyes: Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, Ley Orgánica de Responsabilidad, Estabilización y Transparencia Fiscal, Ley Orgánica para la Recuperación del Uso de los Recursos Petroleros del Estado y Racionalización Administrativa de los Procesos de Endeudamiento, Ley de Presupuestos del Sector Público y el Capítulo I de la Ley de Regulación Económica y Control del Gasto Público.

Entre las disposiciones que merecen una mención especial por su estrecha relación con la contratación pública, constan las siguientes:

Art. 76.- Recursos Públicos.- Se entienden por recursos públicos los definidos en el Art. 3 de la ley de la Contraloría General del Estado.

Los anticipos correspondientes a la contratación pública no pierden su calidad de recursos públicos, hasta el momento de ser devengados; la normativa aplicable a la gestión de dichos recursos será la que corresponde a las personas jurídicas de derecho privado, con excepción de lo dispuesto en el tercer inciso del artículo 299 de la Constitución de la República.

Art. 115.- Certificación Presupuestaria.- Ninguna entidad u organismo público podrán contraer compromisos, celebrar contratos, ni autorizar o contraer obligaciones, sin la emisión de la respectiva certificación presupuestaria.

Art. 116.- Establecimiento de Compromisos.- Los créditos presupuestarios quedarán comprometidos en el momento en que la autoridad competente, mediante acto administrativo expreso, decida la realización de los gastos, con o sin contraprestación cumplida o por cumplir y siempre que exista la respectiva certificación presupuestaria. En ningún caso se adquirirán compromisos para una finalidad distinta a la prevista en el respectivo presupuesto.

El compromiso subsistirá hasta que las obras se realicen, los bienes se entreguen o los servicios se presten. En tanto no sea exigible la obligación para adquisiciones nacionales e internacionales, se podrá anular total o parcialmente el compromiso.

Art. 117.- Obligaciones.- La obligación se genera y produce afectación presupuestaria definitiva en los siguientes casos:

1. Cuando ineludiblemente por excepción deban realizarse pagos sin contraprestación, de acuerdo con lo que dispongan las normas técnicas de presupuesto que dicte el ente rector de las finanzas públicas; y,

2. Cuando se reciban de terceros obras, bienes o servicios adquiridos por autoridad competente, mediante acto administrativo válido, haya habido o no compromiso previo.

El registro de obligaciones deberá ser justificado para el numeral 1 y además comprobado para el numeral 2 con los documentos auténticos respectivos. Para estos efectos, se entenderá por documentos justificativos, los que determinan un compromiso presupuestario y, por documentos comprobatorios, los que demuestren la entrega de las obras, los bienes o servicios contratados.

Art. 130.- Grabación global de rentas.- Ningún contrato u operación de endeudamiento público comprometerá rentas, acti-

vos o bienes, de carácter específico del sector público. Exceptuase de esta prohibición, los proyectos que tienen capacidad financiera de pago, mismos que podrán comprometer los flujos y activos futuros que generen dichos proyectos.

Art. 134.- Participación de empresas del país prestamista.- En los contratos de financiamiento podrán establecerse estipulaciones inherentes a la participación de las empresas del país del prestamista en la ejecución de los proyectos, en tanto el financiamiento se confiera en términos rentables, ventajosos o concesionales para el prestatario.

En tal caso, para la selección, calificación y adjudicación se observará el procedimiento que establezca la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, las demás leyes y sus reglamentos.

Art. 137.- Contratos que contribuyan a concretar operaciones de endeudamiento público interno o externo.- En el caso de que para la negociación, instrumentación, perfeccionamiento de operaciones de endeudamiento público, colocación o recompra de títulos emitidos por el Estado, o la novación de deuda, se requiriera en forma previa o concurrente de la celebración de contratos que sin ser de deuda pública, fueren indispensables para coadyunar a los señalados propósitos, tales contrataciones, estarán exceptuados del trámite previsto por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; no obstante el ente rector de las finanzas públicas, deberá expedir para el efecto, los procedimientos que normen aquellas contrataciones, entre ellos, la selección, calificación y adjudicación.

Art. 178.- Sanciones por comprometer recursos públicos sin certificación presupuestaria.- Ninguna entidad u organismo público podrán contraer compromisos, celebrar contratos ni autorizar o contraer obligaciones, sin que conste la respectiva certificación

presupuestaria. Los funcionarios responsables que hubieren contraído compromisos, celebrado contratos o autorizado o contraído obligaciones sin que conste la respectiva certificación presupuestaria serán destituidos del puesto y serán responsables personal y pecuniariamente.

Disposición General QUINTA.- Autorización Previa.- Previa autorización por el Procurador General del Estado, podrá aceptarse otra jurisdicción y legislación para la solución de divergencias o controversias relativas a contratos, celebrados por el Estado y las entidades y organismos del sector público con gobiernos, entidades públicas o privadas extranjeras.

Disposición Transitoria y Reformatoria DECIMA SEGUNDA.- Agregase, luego del punto final actual, un párrafo final al último inciso de la Disposición Transitoria Primera de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, publicada en el Registro Oficial Suplemento Nro. 48, de 16 de octubre de 2009, que dirá: Mientras no se haya procedido a la venta o hasta que se conviertan en empresa públicas las sociedades o empresas incautadas por la extinta AGD no se someterán a los procesos determinados en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y tampoco lo harán el ente jurídico que mantenga la propiedad fiduciaria y representación legal de las mismas.

1.4.7. Ley del Mercado de Valores

La participación del sector público en el mercado de valores, se regula conforme esta Ley a través del Reglamento para la Participación del Sector Público en el Mercado de Valores, especialmente para que dichas entidades accedan a la compra y emisión de valores en el Ecuador, así como para la inscripción de sus valores (art. 21) y los procesos de fiducia en general. El Título VIII de la Ley trata sobre las inversiones del sector público en el

Mercado de Valores, en cuyo artículo 41, segundo inciso, consta una expresa exclusión en esta materia a la derogada Ley de Contratación Pública, por lo que mismo trato debe mantenerse para la LOSNCP vigente.

El Título XIV de la Ley de Mercado de Valores contiene la regulación para el caso de inversionistas institucionales, entre los cuales constan las entidades financieras del sector público.

Sin embargo, mediante pronunciamiento del Procurador General del Estado, contenido en el oficio No. 12915 de 15-03-2010, se aclaró que: *“Conforme el pronunciamiento de esta Procuraduría, constante en oficio No. 008503 de 18 de febrero del 2008. emitido con motivo de una consulta formulada por la Corporación Financiera Nacional, cuya copia adjunto, el Decreto Ejecutivo No. 890, reformado por el Decreto Ejecutivo No. 1665, que contiene el Reglamento para la Contratación de Negocios Fiduciarios por las Instituciones del Estado, prevalece sobre la Resolución de Participación del Sector Público en el Mercado de Valores, por lo que en cuanto al procedimiento de contratación de la fiducia se deben considerar las normas del indicado decreto.”*

Es decir, que si bien para la estructuración de un fideicomiso, en el que participe una entidad del sector público, debe estarse a lo dispuesto en la Ley de Mercado de Valores, para la contratación de negocios fiduciarios por las Instituciones del estado deben observarse las normas contenidas en el Reglamento especial del mismo nombre, emitido mediante Decreto Ejecutivo No. 890, reformado por el Decreto Ejecutivo No. 1665, que básicamente prevé un procedimiento precontractual a través de una convocatoria pública en la prensa, conformación de un Comité Especial para dicho efecto, y la aplicación de criterios de selección previamente establecidos para la selección del fiduciario, los que necesariamente deberán comprender la Capacidad legal para prestar los servicios; Capacidad técnica, económica y operativa; Expe-

riencia en negocios fiduciarios; Capacidad técnica y profesional de recurso humano a ser designado; y, cumplir las Condiciones de la oferta técnica y económica.

En caso de tratarse de instituciones del Estado que tengan la capacidad legal para prestar los servicios requeridos, se las podrá contratar directamente como fiduciarias.

Finalmente, cabe aclarar que, una vez constituido el fideicomiso por parte de entidades del sector público o cualquier tipo de sociedad que maneje fondos públicos, si el patrimonio autónomo del mismo fue constituido con fondos públicos, pues el fiduciario deberá realizar todas las contrataciones instruidas al amparo de la LOSNCP; es más, esta disposición debería ser parte de las instrucciones al fiduciario de parte de los constituyentes.

1.4.7.1. Fideicomiso Mercantil

Conforme el numeral 5 del artículo 6 de la LOSNCP, se incluyen también dentro de la contratación de bienes a los de arrendamiento mercantil con opción de compra. Esta figura estaba regulada en el Código de Comercio. Pese a que en el año 1998 fue derogada la figura del Fideicomiso Mercantil contenida en el Código de Comercio, la Ley de Mercado de Valores contiene esta vital figura para muchos de los contratos que el Estado esté interesado en firmar para la ejecución de proyectos de interés nacional.

Cabe destacar que para cualquier transacción o actividad de valores, las entidades del sector público no se sujetan a las disposiciones de la LOSNCP, debiendo aplicarse enteramente las disposiciones contenidas en la Ley de Mercado de Valores; sin embargo, el Procurador y Contralor General del Estado deberán ser informados, por parte del Superintendente de Compañías, de todas las operaciones de valores que sean de su conocimiento relacionadas

con entidades del sector público. El régimen legal aplicable a las inversiones de las entidades del sector público en el mercado de valores, consta en el Título VIII de esta Ley.

Por otro lado, conforme lo dispuesto en esta Ley, el Consejo Nacional de Valores debía expedir el reglamento para que las entidades integrantes del sector público no financiero, puedan intervenir en todos los procesos previstos en la Ley de Mercado de Valores, así como las normas de carácter general para los procesos de fiducia que lleven a cabo las entidades y organismos del sector público, en los que se observarán las disposiciones previstas en dicha Ley. Sobre esto, fue expedida la Resolución No. 8 del Consejo Nacional de Valores, el 8 de marzo de 2007, que contiene estas materias.

1.4.8. Ley Orgánica de Servicio Público (y disposiciones de la derogada Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y su Reglamento)

i. Anteriores disposiciones de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y su Reglamento (derogados)

Pese a que la LOSNCP regula la contratación de servicios, incluidos los de consultoría, por parte de las entidades del sector público y de toda persona jurídica privada que maneje fondos públicos, las contrataciones de personal que realizaban las entidades del sector público se regulaba a través de la Codificación de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, quienes pasan a formar parte del servicio civil ecuatoriano, sea a través de contratos de servicios ocasionales, o mediante la emisión de un acto administrativo de nombramiento, provisional y definitivo.

Sin embargo, también existía en esta Ley, y especialmente en su Reglamento, la figura del contrato civil de servicios profesionales

con personas naturales y jurídicas (arts. 23 y 24 del Reglamento a la LOSSCA; para los servicios profesionales jurídicos especializados también son aplicables: LOSNCP, Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, Ley de la Federación de Abogados del Ecuador y el Código Civil). Conforme estos artículos del Reglamento a la LOSSCA, para contratar servicios profesionales con personas naturales, sin relación de dependencia, se necesitaba un informe de la UARH (Unidad Administrativa de Recursos Humanos) que justifique la ausencia de personal de la propia entidad capacitado para realizar las actividades requeridas, así como un informe de la Unidad Financiera que certifique la existencia y disponibilidad de los fondos necesarios para la contratación; y, que la misma no implique aumento en la masa salarial aprobada. Cabe mencionar que, en virtud de este tipo de contratos, no podía pagarse por concepto de honorarios, una mensualidad mayor a la remuneración para los puestos de nivel profesional de la Escala Nacional de Remuneraciones Mensuales Unificadas, es decir, para el año 2010, no pueden exceder de USD 1.570, el profesional P7.

Por otro lado, para el contrato civil de servicios profesionales con personas jurídicas, el Reglamento a la Ley únicamente contemplaba la necesidad de un informe de parte de la UARH, que justifique la necesidad de contratación y se constate al constitución conforme a derecho de la persona jurídica y la certificación de fondos; es decir, en estricto apego al tenor literal de la norma, para este caso no era necesario justificar la ausencia de personal capacitado de la propia entidad para realizar las actividades requeridas, pese a que la lógica mandaba a aplicar dicho requisito también para este tipo de contrataciones.

Lo que si diferenciaba claramente a la contratación civil de servicios profesionales con personas jurídicas, de la misma contratación pero con personas naturales, es la obligatoria aplicación para la primera, “de las normas de contratación pública”, para lo cual,

entendiéndose que este tipo de servicios, al ser profesionales, debían en su gran mayoría ser catalogados como “normalizados” conforme a la LOSNCP, dependiendo de su cuantía, debían adoptarse los procesos de ínfima o menor cuantía, cotización o licitación.

Finalmente, el artículo 25 del RLOSSCA preveía los contratos de tercerización o intermediación de servicios; sin embargo, estas figuras fueron eliminadas y están prohibidas desde la expedición del Mandato No. 8 de la Asamblea Constituyente. Este mandato, dentro de sus Disposiciones Generales Primera y Segunda, dispone para el caso de las empresas del sector estratégico público, los servicios técnicos especializados que requieran dichas empresas podrán ser contratados civilmente; así mismo, prevé que pueden contratarse civilmente servicios técnicos especializados ajenos a las actividades propias y habituales de la usuaria, tales como los de contabilidad, publicidad, consultoría, auditoría, jurídicos y de sistemas, entre otros, que serán prestados por personas naturales, o jurídicas con su propio personal y que contarán con la adecuada infraestructura física y estructura organizacional, administrativa y financiera.

ii. Disposiciones vigentes de la nueva Ley Orgánica de Servicio Público

Mediante la expedición de la Ley de Servicio Público, promulgada en el Registro Oficial No. 294 de 6 de octubre de 2010, se derogó la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público.

En esta nueva normativa, varias figuras relacionadas con nuestro tema se mantienen, como la contratación de servicios ocasionales y las inhabilidades para contratar con el Estado. A continuación un breve resumen sobre las nuevas figuras:

El último inciso del artículo 5 de la nueva Ley de Servicio Público prevé la posibilidad del ingreso al servicio público de personas extranjeras; en caso de requerirse su contratación, la autoridad nominadora, previo informe motivado de la unidad de administración del talento humano solicitará la respectiva autorización del Ministerio de Relaciones Laborales. Para ocupar puestos de carrera, deberán tener una residencia en el país de al menos 5 años y haber cumplido el respectivo concurso de méritos y oposición. Esta es una importante reforma al anterior régimen del servicio civil ecuatoriano, para el cual era obligatorio ser ecuatoriano para poder ingresar en el mismo.

Una de las nuevas inhabilidades para ingresar al servicio público actual, conforme los artículos 5, literal f) y 9 de la ley, es la Inhabilidad especial por mora, en virtud de la cual no podrán ingresar al sector público ni se registrarán los nombramientos expedidos o contratos celebrados a favor de las personas que se encontraren en mora con el Gobierno Nacional, Gobiernos Autónomos Descentralizados, Servicio de Rentas Internas, Banco Central del Ecuador, instituciones financieras abiertas o cerradas pertenecientes al Estado, entidades de derecho privado financiadas con el cincuenta por ciento o más con recursos públicos, empresas públicas o, en general, con cualquier entidad u organismo del Estado; o, que sean deudores del Estado por contribución o servicio que tenga un año de ser exigible; o, que se encuentren en estado de incapacidad civil judicialmente declarada.

Se exceptúan los nombramientos expedidos o contratos celebrados a favor de personas que se encuentran en mora si, previo a la obtención del nombramiento o contrato, se hace constar en la declaración patrimonial juramentada el detalle de la deuda con el convenio de pago suscrito que se ejecuta o se ejecutará una vez que se ingrese al Sector Público. En caso de incumplimiento del convenio de pago, se procederá a la separación de la servidora o



servidor y a la terminación inmediata del contrato o nombramiento sin derecho a indemnización alguna.

Así mismo, constituyen prohibiciones a las servidoras y los servidores públicos, mantener relaciones comerciales, societarias o financieras, directa o indirectamente, con contribuyentes o contratistas de cualquier institución del Estado, en los casos en que el servidor público, en razón de sus funciones, deba atender personalmente dichos asuntos; y, resolver asuntos, intervenir, emitir informes, gestionar, tramitar o suscribir convenios o contratos con el Estado, por sí o por interpuesta persona u obtener cualquier beneficio que implique privilegios para el servidor o servidora, su cónyuge o conviviente en unión de hecho legalmente reconocida, sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad. Esta prohibición se aplicará también para empresas, sociedades o personas jurídicas en las que el servidor o servidora, su cónyuge o conviviente en unión de hecho legalmente reconocida, sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad tengan interés (literales h y j del artículo 24 de la Ley de Servicio Público)

Se mantiene la figura del contrato de servicios ocasionales (art. 58 de la ley).

En relación a los contratos civiles profesionales, pese a no constar expresamente en esta nueva ley, se hace una mención sobre éstos en el artículo 6 relacionado al nepotismo, y en las causales de destitución contenidas en el artículo 48, letra k), que dispone: *“Suscribir y otorgar contratos civiles de servicios profesionales contraviniendo disposiciones expresas de esta Ley y su reglamento”*; con esto, debe asumirse que sigue siendo posible que las entidades públicas contraten civilmente servicios de profesionales.

Cabe finalmente destacar lo previsto en la Disposición General VIGÉSIMA de la Ley, que permite la contratación de abogados

externos en caso de que, ante el inicio de una indagación previa o de una acción judicial o constitucional que tenga como causa el ejercicio de funciones de servidores públicos, cuando la acción haya sido iniciada por la propia institución o por delito flagrante. Sin embargo, dicho patrocinio deberá cesar cuando se dicte prisión preventiva o auto de llamamiento a juicio en contra del servidor público.

Es importante mencionar que, para el caso de servicios de consultoría, deben aplicarse directamente en todo caso los procedimientos precontractuales de contratación directa, lista corta o concurso público establecidos en la LOSNCP, dependiendo de su cuantía.

1.4.9. Ley de Régimen del Sector Eléctrico y Reglamento de Concesiones, Permisos y Licencias para la prestación del servicio de Energía Eléctrica

Esta ley regula las concesiones, licencias y permisos que se otorguen a otros sectores de la economía para la generación, transmisión, distribución y comercialización de la energía eléctrica. Conforme a esta normativa, las actividades y servicios relacionados con el sector eléctrico pueden ser delegados al sector privado; sin embargo, debemos recordar que desde la expedición de la nueva Constitución de la República, toda concesión o delegación al sector privado, de las actividades relacionadas con los sectores estratégicos del país, entre los cuales está el eléctrico, se realizará por excepción, los cuales por consiguiente deberán tener la suficiente motivación y pasar por procesos de selección para su adjudicación.

También se regulan en esta ley los contratos de compraventa de potencia y energía eléctrica, así como los de suministro.

El Reglamento de Concesiones, Permisos y Licencias para la prestación del servicio de Energía Eléctrica, promulgado aproxi-

servidor y a la terminación inmediata del contrato o nombramiento sin derecho a indemnización alguna.

Así mismo, constituyen prohibiciones a las servidoras y los servidores públicos, mantener relaciones comerciales, societarias o financieras, directa o indirectamente, con contribuyentes o contratistas de cualquier institución del Estado, en los casos en que el servidor público, en razón de sus funciones, deba atender personalmente dichos asuntos; y, resolver asuntos, intervenir, emitir informes, gestionar, tramitar o suscribir convenios o contratos con el Estado, por si o por interpuesta persona u obtener cualquier beneficio que implique privilegios para el servidor o servidora, su cónyuge o conviviente en unión de hecho legalmente reconocida, sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad. Esta prohibición se aplicará también para empresas, sociedades o personas jurídicas en las que el servidor o servidora, su cónyuge o conviviente en unión de hecho legalmente reconocida, sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad tengan interés (literales h y j del artículo 24 de la Ley de Servicio Público)

Se mantiene la figura del contrato de servicios ocasionales (art. 58 de la ley).

En relación a los contratos civiles profesionales, pese a no constar expresamente en esta nueva ley, se hace una mención sobre éstos en el artículo 6 relacionado al nepotismo, y en las causales de destitución contenidas en el artículo 48, letra k), que dispone: *“Suscribir y otorgar contratos civiles de servicios profesionales contraviendo disposiciones expresas de esta Ley y su reglamento”*; con esto, debe asumirse que sigue siendo posible que las entidades públicas contraten civilmente servicios de profesionales.

Cabe finalmente destacar lo previsto en la Disposición General VIGÉSIMA de la Ley, que permite la contratación de abogados

externos en caso de que, ante el inicio de una indagación previa o de una acción judicial o constitucional que tenga como causa el ejercicio de funciones de servidores públicos, cuando la acción haya sido iniciada por la propia institución o por delito flagrante. Sin embargo, dicho patrocinio deberá cesar cuando se dicte prisión preventiva o auto de llamamiento a juicio en contra del servidor público.

Es importante mencionar que, para el caso de servicios de consultoría, deben aplicarse directamente en todo caso los procedimientos precontractuales de contratación directa, lista corta o concurso público establecidos en la LOSNCP, dependiendo de su cuantía.

1.4.9. Ley de Régimen del Sector Eléctrico y Reglamento de Concesiones, Permisos y Licencias para la prestación del servicio de Energía Eléctrica

Esta ley regula las concesiones, licencias y permisos que se otorguen a otros sectores de la economía para la generación, transmisión, distribución y comercialización de la energía eléctrica. Conforme a esta normativa, las actividades y servicios relacionados con el sector eléctrico pueden ser delegados al sector privado; sin embargo, debemos recordar que desde la expedición de la nueva Constitución de la República, toda concesión o delegación al sector privado, de las actividades relacionadas con los sectores estratégicos del país, entre los cuales está el eléctrico, se realizará por excepción, los cuales por consiguiente deberán tener la suficiente motivación y pasar por procesos de selección para su adjudicación.

También se regulan en esta ley los contratos de compraventa de potencia y energía eléctrica, así como los de suministro.

El Reglamento de Concesiones, Permisos y Licencias para la prestación del servicio de Energía Eléctrica, promulgado aproxi-

madamente dos años después de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico, tiene por objeto establecer las reglas y procedimientos generales bajo los cuales el Estado podrá delegar en favor de otros sectores de la economía las actividades de generación, transmisión, distribución y comercialización de energía eléctrica, así como regular la importación y exportación de energía eléctrica.

Es importante mencionar que la disposición General Quinta del Reglamento a la LOSNCP, señala: *“Los contratos que se rijan por leyes especiales o que respondan a formatos regulados, tales como pólizas de seguros, servicios básicos, servicios de telecomunicaciones y otros, no observarán los formatos de los modelos de pliegos obligatorios, ni cumplirán con las cláusulas obligatorias del Sistema Nacional de Contratación Pública.”*, caso en el cual están los contratos regidos por la Ley del Régimen del Sector Eléctrico al ser un servicio básico.

1.4.10. Ley Especial de Telecomunicaciones y el Reglamento para otorgar concesiones de los servicios de Telecomunicaciones

Para las actividades de telecomunicaciones, debe entenderse al espectro radioeléctrico como un recurso natural de propiedad exclusiva del Estado y como tal constituye un bien de dominio público, inalienable e imprescriptible, cuya gestión, administración y control corresponde al Estado. El uso de frecuencias radioeléctricas para los servicios de radiodifusión y televisión requieren de una concesión previa otorgada por el Estado; y, la prestación de cualquier servicio de telecomunicaciones se realizará a través de contratos de concesión, que, una vez más debemos acotar, desde la vigencia de la actual Constitución de la República, deben entenderse como excepcionales.

Una vez emitida la LOSNCP, fueron derogadas todas las normas especiales de contratación pública que contenían otras leyes, y se

incluyeron en el ámbito de la misma a todos los organismos de control y regulación, por lo que entidades como la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones y de la Superintendencia de Telecomunicaciones indiscutiblemente se sujetan a las disposiciones de la LOSNCP. Obviamente esto se refiere en forma exclusiva a las adquisiciones de bienes, obras y servicios, incluida la consultoría, sin afectar las concesiones y menos aun los permisos y autorizaciones para el uso de frecuencias radioeléctricas.

Es preciso señalar que a los contratos relacionados con esta actividad les son aplicables también lo constante en la Disposición General Quinta del Reglamento LOSNCP, en cuanto a la no obligatoriedad de acatar los modelos de pliegos ni de las cláusulas obligatorias señaladas por el INCOP.

La diferencia entre “concesión y autorización de frecuencias” y “concesión para la explotación de servicios de telecomunicaciones”, consta con suficiente claridad en la Ley Especial del Decreto Ejecutivo 3301, “Reglamento General Telecomunicaciones y a la Ley Reformatoria a la Ley Especial de Telecomunicaciones”, publicado en el Suplemento del Registro Oficial 832 del 29 de noviembre de 1995, lo que se encuentra en concordancia con el artículo 37 (reformado), de la Ley Especial de Telecomunicaciones.

Finalmente, el Reglamento para otorgar concesiones de los servicios de Telecomunicaciones tiene como objetivo establecer los procedimientos, términos y plazos a través de los cuales el Estado podrá delegar, mediante concesión, a otros sectores de la economía la prestación de los servicios finales y portadores de telecomunicaciones en régimen de libre competencia y la concesión del espectro radioeléctrico correspondiente.

1.4.11. Ley Orgánica de Empresas Públicas

El Título V de esta Ley prevé el Sistema de Contratación de las empresas públicas, dentro del cual se destaca el mandato de que todo proceso de contratación de obras, bienes y servicios, incluidos los de consultoría, así como las contrataciones en actividades de prospección, exploración, explotación, refinación, comercialización, industrialización de los recursos hidrocarburíferos, las contrataciones de bienes de carácter estratégico necesarias para la defensa nacional, que realicen las empresas públicas, estarán sujetos al Plan Nacional de Desarrollo. Deberán así mismo contar con un Plan Estratégico de Contratación, además del obligatorio Plan Anual de Contratación para todas las entidades sujetas a la LOSNCP.

De tal forma, esta ley entiende como régimen común al sometimiento de toda empresa pública a las normas y principios constantes en la LOSNCP, haciendo una especial mención a la preferencia que debe darse a la contratación de bienes de producción nacional.

Por otro lado, contempla como Régimen Especial de contratación a los casos en que las empresas públicas hubieren suscrito contratos o convenios tales como: alianzas estratégicas, asociación, consorcios u otros de naturaleza similar. En tales casos, será el convenio asociativo o contrato el que establezca los procedimientos de contratación y su normativa aplicable. Esta “excepción” para las empresas públicas al suscribir contratos o convenios con entes públicos o privados, permite a las partes de dichos contratos o convenios regular libremente los procedimientos y normas para la contratación en la que, en su calidad de empresas públicas, manejan recursos de esta misma naturaleza. No obstante, en el artículo 1 de la LOSNCP, numeral 5, incluye a 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 dentro de su ámbito; es decir, que las contrataciones de estos organismos y entidades, entre los cuales claramente se enmarcan las empresas públicas, están sujetas las normas, procedimientos y principios de dicha ley. Consideramos importante que el INCOP, en su calidad de máxima entidad rectora de la contratación pública en el país, emita regulaciones para estos casos, y así los mismos no queden a la libre voluntad y disposición de autoridades y contrapartes privadas.

En el caso de empresas públicas constituidas con empresas de la comunidad internacional, las contrataciones de bienes, obras y servicios se sujetarán al régimen especial que se contemple en el documento de asociación o acuerdo celebrado para tal efecto. En lo no previsto en el respectivo convenio o contrato, se estará a las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Debe mencionarse que el artículo 100 del Reglamento a la LOSNCP define claramente que empresas se entienden como “de la comunidad internacional”.

Por otro lado, se otorga a la empresas públicas amplia capacidad para invertir sus recursos económicos y excedentes en la ejecución de proyectos a desarrollarse en las mismas empresas, subsidiarias, filiales, agencias o unidades de negocio en los términos que apruebe el Directorio. No se define claramente en qué consiste esta amplia capacidad, por lo que debe entenderse que la ejecución de los fondos públicos debe someterse a la normativa común de responsabilidad y manejo.

Uno de los temas más controversiales y a la vez innovadores que contempla esta ley en relación a la contratación pública, es la disposición relacionada con las llamadas Garantías Soberanas, sobre las cuales se señala que las empresas públicas, sus subsidiarias y filiales, que tengan capacidad financiera de pago, podrán beneficiarse del otorgamiento de garantías soberanas concedidas

por el Estado para el financiamiento de proyectos de inversión. Para el otorgamiento de la garantía por parte del Estado, se debe contar con la aprobación del Directorio de la Empresa, el estudio de la capacidad de pago elaborado por el Ministerio de Finanzas y se deberá seguir el procedimiento establecido en las leyes y normativa que regulan el endeudamiento público (Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas). El otorgamiento de estas Garantías soberanas puede entrar en conflicto con el artículo 130 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, que claramente señala que. “Ningún contrato u operación de endeudamiento público comprometerá rentas, activos o bienes, de carácter específico del sector público.” Sin embargo, es importante considerar que la excepción a esta prohibición es el caso de proyectos que tienen capacidad financiera de pago, mismos que podrán comprometer los flujos y activos futuros que generen dichos proyectos.

La Ley Orgánica de Empresas Públicas contempla un sistema de desconcentración empresarial para efecto de competencias administrativas para la contratación de bienes, obras y servicios, incluidos los de consultoría, así como la posible aplicación del sistema de contratación llamado compras corporativas previsto en la LOSNCP.

Así mismo, conforme el artículo 35 de esta ley, se otorga capacidad asociativa, en función de la cual las empresas públicas, para el cumplimiento de sus fines y objetivos empresariales, pueden constituir cualquier tipo de asociación, alianzas estratégicas, sociedades de economía mixta con sectores públicos o privados en el ámbito nacional o internacional o del sector de la economía popular y solidaria, en el marco de las disposiciones del Artículo 316 de la Constitución de la República, que trata sobre la delegación de sectores estratégicos y servicios públicos a empresas mixtas en las cuales el estado tenga mayoría, así como a la iniciativa privada, de forma excepcional. Es importante destacar que la

selección de la participación privada en este tipo de asociaciones, debe realizarse a través de concurso público, a excepción de asociaciones con empresas públicas de la comunidad internacional o sus subsidiarias; sin embargo, la norma no señala los lineamientos para dicho proceso, y bajo ningún concepto puede entenderse a éste como el determinado en la LOSNCP para procesos de consultoría.

Por otro lado, como se había mencionado anteriormente, la capacidad de asociación servirá a las empresas públicas en la celebración de contratos para cumplir sus fines y objetivos y para realizar los emprendimientos que se definan, pudiendo someterse para los procesos de contratación a los acuerdos y convenios celebrados para dicho efecto, y solamente supletoriamente a la LOSNCP. De tal forma, se configura y legaliza la huida del derecho administrativo en estos casos.

En relación a los actos administrativos que la empresa pública emitirá, naturaleza que es definida en la Disposición General Primera de esta ley exclusivamente para la construcción de obra pública e infraestructura exclusivamente, queda sin determinación la naturaleza del resto de actos que estas empresas emitan. A nuestro entender, siendo empresas públicas cuyo capital es enteramente público y los miembros de su Directorio provienen de entidades del sector público y cuyo gerente general debe ser designado por éstos, todos los actos que en función de sus actividades emitan, deberían considerarse como de naturaleza administrativa.

Debemos recordar que según la LOSNCP, corresponde a la máxima autoridad de cada entidad la adjudicación de contratos, por lo que conforme el artículo 11, literal a) de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, el Gerente General de una empresa pública en su calidad de representante legal, judicial y extrajudicial de la empresa y en consecuencia el responsable de la gestión empresa-

rial, administrativa, económica, financiera, comercial, técnica y operativa de la misma, es quien debe emitir los actos administrativos de inicio de un proceso precontractual y de adjudicación de contratos, entre otros.

Es importante señalar que dentro de la Ley Orgánica de Empresas Públicas se establece un régimen legal diferenciado para la contratación de personal: servidores y funcionarios, bajo nombramiento o contratos, los cuales se someten a las disposiciones constantes en la propia norma antes citada y en la normativa interna de cada entidad; mientras que para obreros rigen las normas del Código del Trabajo.

1.4.11.1. Giro Específico del Negocio

Es importante mencionar que, de conformidad con los artículos del 103 y 104 del RLOSNC, las contrataciones a cargo de las empresas públicas se someterán a normativas específicas del giro del negocio, que serán emitidas por la máxima autoridad de dichas empresas, previo la calificación de las contrataciones de giro de negocio por parte del INCOP. En el Capítulo Sexto de este manual se tratará con detalle este asunto.

Finalmente, sobre las empresas que fueron incautadas por la extinta AGD, la Disposición Transitoria y Reformatoria Décima Segunda del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, prevé:

Disposición Transitoria y Reformatoria DÉCIMA SEGUNDA.- Agregase, luego del punto final actual, un párrafo final al último inciso de la Disposición Transitoria Primera de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, publicada en el Registro Oficial Suplemento Nro. 48, de 16 de octubre de 2009, que dirá: Mientras no se haya procedido a la venta o hasta que se conviertan en empresa públicas las sociedades o empresas incau-

tadas por la extinta AGD no se someterán a los procesos de terminados en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y tampoco lo harán el ente jurídico que mantenga la propiedad fiduciaria y representación legal de las mismas.

1.4.12. Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD)

En el Registro Oficial No. 303 de 19 de octubre de 2010 se promulgó el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, con el cual el legislador estableció la organización político-administrativa del Estado ecuatoriano en el territorio, el régimen de los diferentes niveles de gobiernos autónomos descentralizados y los regímenes especiales, con el fin de garantizar su autonomía política, administrativa y financiera. Este extenso código derogó, entre otros, a los siguientes cuerpos normativos: La Ley Orgánica de Régimen Municipal, Ley Orgánica de Régimen Provincial, Ley Orgánica de Juntas Parroquiales Rurales, Ley de Descentralización del Estado y Participación Social y la Ley de Distribución del 15% del Presupuesto del Gobierno Central para los gobiernos seccionales.

Entre las disposiciones más relevantes de este Código, relacionadas a la contratación pública, consta el artículo 275, que contiene las modalidades de gestión de los gobiernos autónomos descentralizados regional, provincial distrital o cantonal, conforme lo cual éstos podrán prestar los servicios y ejecutar las obras que son de su competencia en forma directa, por contrato, gestión compartida por delegación a otro nivel de gobierno o cogestión con la comunidad y empresas de economía mixta. Los gobiernos autónomos descentralizados parroquiales rurales prestarán sus servicios en forma directa, por contrato o gestión compartida mediante la suscripción de convenios con los gobiernos provinciales, municipales y con las respectivas comunidades beneficiarias.

Por otro lado, el artículo 278 trata específicamente sobre la antes mencionada gestión por contrato, conforme el cual en la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultoría, los gobiernos autónomos descentralizados observarán las disposiciones, principios, herramientas e instrumentos previstos en la Ley que regule la contratación pública, es decir la LOSNCP.

De igual forma, el artículo 364 de este Código prevé la potestad de los ejecutivos de los gobiernos autónomos descentralizados para dictar o ejecutar, para el cumplimiento de sus fines, actos administrativos, actos de simple administración, contratos administrativos y hechos administrativos, entre los cuales se define a los contratos administrativos como aquellas declaraciones bilaterales de voluntad alcanzadas entre un ente estatal o no estatal en ejercicio de una función administrativa y un particular u otro ente público.

Por otro lado, cabe mencionarse la importancia de la Sección Séptima del Código, que establece, en su único párrafo, las normas de procedimiento para las expropiaciones.

Finalmente, debemos mencionar las disposiciones contenidas en la Sección Octava del Código, que tratan sobre las solemnidades comunes al Capítulo relacionado con los contratos que tengan por objeto la venta, permuta, comodato, hipoteca o arrendamiento de bienes raíces de los gobiernos autónomos descentralizados, que se harán por escritura pública; y los de venta, trueque o prenda de bienes muebles, que podrán hacerse por contrato privado al igual que las prórrogas de los plazos en los arrendamientos. Respecto de los de prenda, se cumplirán las exigencias de la Ley de la materia.

1.4.13. Ley Forestal y de Conservación de Áreas Naturales y Vida Silvestre

Para la forestación y reforestación en tierras del Estado, el Ministerio del Ambiente podrá celebrar contratos con personas naturales o jurídicas forestadoras, con experiencia en esta clase de trabajo; o celebrar convenios con inversionistas que deseen aportar capitales y tecnología, entre otras posibilidades contempladas en el artículo 15 de esta Ley.

Por otro lado, el artículo 22 de esta ley establece los contratos de aprovechamiento forestal, cuyo proceso de contratación depende de la forma de aprovechamiento que se utilice: puede ser por administración directa o delegación a organismos o empresas públicas; por empresas de economía mixta, mediante contratos de aprovechamiento que el Ministerio del Ambiente celebre con personas naturales o jurídicas nacionales, previo concurso de ofertas; y, por contratación directa de conformidad con esta misma Ley.

Precisamente para la determinación de la forma de contratación del aprovechamiento forestal, el artículo 31 de esta dispone que los contratos que comprendan superficies mayores a mil hectáreas, requerirán del concurso de ofertas. Si fueren superiores a diez mil hectáreas, se requerirá además, de la autorización del Presidente de la República. Los contratos de hasta mil hectáreas los otorgará directamente el Ministerio del Ambiente. Cabe mencionar que a una misma persona natural o jurídica no podrá otorgársele más de un contrato de esta clase, y se le concederá un nuevo contrato siempre que haya cumplido satisfactoriamente el contrato anterior.

Así mismo, el Ministerio del Ambiente podrá adjudicar, en subasta pública, en favor de empresas industriales madereras nacionales, debidamente calificadas, áreas cubiertas de bosques naturales,

cuyas maderas puedan ser aprovechadas como materia prima para su industria, previa obligación de reforestarlas.

Los procesos de concurso de ofertas y de subasta pública enunciados en la ley, no tienen una regulación determinada, y con la nueva LOSNCP vigente ya no pueden remitirse a los procesos que la anterior Ley de Contratación Pública tenía, por lo que debe corregirse este asunto a la brevedad posible.

Todos los contratos de aprovechamiento forestal deben tener una duración mínima de 3 años y máxima de 10, pero podrá renovarse conforme a la ley.

Es importante mencionar que esta ley también contempla la adjudicación, por parte del Ministerio del Ambiente, de áreas del Patrimonio Forestal del Estado en favor de cooperativas u otras organizaciones de agricultores directos, que cuenten con los medios necesarios y se obliguen al aprovechamiento asociativo de los recursos forestales, a su reposición o reforestación y conservación, con la condición de que los adjudicatarios no podrán enajenar las tierras recibidas.

Finalmente, debemos destacar que la nueva Constitución de la República establece como de competencia exclusiva del Estado central a los recursos forestales, por lo que cualquier forma de delegación al privado debe hacérsela como excepción. Además, conforme el artículo 407 de la Carta Magna, se prohíbe la actividad extractiva de recursos no renovables en las áreas protegidas y en zonas declaradas como intangibles, incluida la explotación forestal. Excepcionalmente dichos recursos se podrán explotar a petición fundamentada de la Presidencia de la República y previa declaratoria de interés nacional por parte de la Asamblea Nacional, que, de estimarlo conveniente, podrá convocar a consulta popular.

1.4.14. Ley de Compañías

En la Sección VIII de esta Ley se prevé el régimen para las compañías llamadas de economía mixta, cuya denominación proviene de su naturaleza y conformación: parte del capital accionario es de propiedad pública y la otra parte es privada. El Estado, las municipalidades, los consejos provinciales y las entidades u organismos del sector público, podrán participar, conjuntamente con el sector privado, en el capital y en la gestión social de esta compañía. Tanto accionistas públicos como privados deben tener representación en el directorio de esta empresa; y, si el capital público excede el 50% del total, un representante de dicho sector deberá necesariamente ocupar el cargo de presidente del directorio.

Queremos destacar dos puntos elementales dentro de este tipo de sociedades, conforme a la Ley de Compañías (lo cual habría sido tácitamente derogado en forma parcial por la nueva Constitución y Ley Orgánica de Empresas Públicas):

1. Pueden constituirse como empresas de economía mixta únicamente las empresas dedicadas al desarrollo y fomento de la agricultura y de las industrias convenientes a la economía nacional y a la satisfacción de necesidades de orden colectivo; a la prestación de nuevos servicios públicos o al mejoramiento de los ya establecidos.
2. Estas sociedades se rigen por las reglas establecidas para las sociedades privadas, específicamente de las sociedades anónimas, independientemente del porcentaje del capital público que contengan.

Este último era uno de los puntos más preocupantes anteriormente, ya que, tal como constaba y sigue constando en la LOSNCP, la contratación pública con toda sociedad que tenga

un porcentaje igual o mayor al 50% de aportes públicos, estaba exonerada de los procedimientos precontractuales normales o comunes, lo cual representaba no solo una gran ventaja y beneficios en relación a otras empresas privadas de la competencia, y sin embargo los socios o “capital privado” que integraban dichas compañías de economía mixta no eran seleccionados o escogidos en base a concursos o procesos de selección transparentes, públicos e igualitarios, sino directamente. Con la emisión de la nueva Ley Orgánica de Empresas Públicas, se reguló de mejor forma este tema, exigiéndose como se analizó anteriormente un concurso público para la selección del capital privado que conformará dichas empresas.

Sin embargo, resulta de vital importancia considerar que, según la nueva Constitución de la república, *“La ley definirá la participación de las empresas públicas en empresas mixtas en las que el Estado siempre tendrá la mayoría accionaria, para la participación en la gestión de los sectores estratégicos y la prestación de los servicios públicos.”* (art 315 último inciso). Así mismo, el artículo 316 de la carta magna confirma lo antes señalado: *“El Estado podrá delegar la participación en los sectores estratégicos y servicios públicos a empresas mixtas, en las cuales tenga mayoría accionaria.”*

Justamente para definir esta participación del Estado en empresas de economía mixta, la nueva Ley Orgánica de Empresas Públicas contempla la posibilidad de que las empresas públicas conformen empresas de economía mixta, y también se crea la figura de las empresas subsidiarias de las públicas, a las que define como *“sociedades mercantiles de economía mixta creadas por la empresa pública, en las que el Estado o sus instituciones tengan la mayoría accionaria.”*, las que, así como las empresas públicas, son entendidas como parte del sector público y obviamente su régimen legal será el de aquellas y particularmente el que consta en la Ley antes mencionada.

Por tanto, con la nueva Constitución y Ley emitidas, **el régimen legal aplicable a estas compañías de economía mixta ya no es el privado al amparo de la Ley de Compañías, sino el público al amparo de la Ley Orgánica de Empresas Públicas y demás leyes aplicables al sector público, considerando:**

Que la Ley de Compañías determina que sólo pueden constituirse empresas de economía mixta para el desarrollo y fomento de la agricultura y de las industrias convenientes a la economía nacional y a la satisfacción de necesidades de orden colectivo; a la prestación de nuevos servicios públicos o al mejoramiento de los ya establecidos;

Que la Ley Orgánica de Empresas Públicas señala que para la participación en sectores estratégicos y servicios públicos, las únicas entidades del sector público con capacidad para conformar empresas de economía mixta son las empresas públicas; y,

Que la Constitución de la República, en su artículo 313, dispone: *"Los sectores estratégicos, de decisión y control exclusivo del Estado, son aquellos que por su trascendencia y magnitud tienen decisiva influencia económica, social, política o ambiental, y deberán orientarse al pleno desarrollo de los derechos y al interés social. Se consideran sectores estratégicos la energía en todas sus formas, las telecomunicaciones, los recursos naturales no renovables, el transporte y la refinación de hidrocarburos, la biodiversidad y el patrimonio genético, el espectro radioeléctrico, el agua, y los demás que determine la ley."*

Podemos concluir que:

1. Únicamente las empresas públicas pueden constituir sociedades de economía mixta para el desarrollo de sectores estratégicos o servicios públicos;
2. Para toda actividad que no se considere estratégica para el país, y que no constituya un servicio público, pueden

constituirse empresas de economía mixta con participación de entidades del sector público que no sean empresas públicas.

Siguiendo el efecto de esta conclusión, la Ley Orgánica de Empresas Públicas contiene en sus Disposiciones Transitorias, un régimen de transición que debían seguir empresas con participación pública, entre las cuales obviamente constan las empresas de economía mixta, régimen que básicamente pretendió incluir a todo tipo de sociedades, estatales y privadas, en las que el estado tenía participación accionaria, dentro del régimen legal aplicable al sector público, entre las cuales principalmente se incluyó a las empresas que conformaban el llamado Fondo de Solidaridad, corrigiendo así la huida del derecho administrativo tantas veces mencionada en esta obra.

1.4.14.1. Apoderado y domiciliación de compañías extranjeras

Otro tema regulado en la Ley de Compañías, que tiene gran importancia en la contratación pública, es el relacionado con las exigencias para compañías extranjeras que pretenden participar en procedimientos precontractuales y celebrar contratos con entidades definidas en el artículo 1 de la LOSNCP. Sobre esto, la LOSNCP hace una remisión expresa a lo previsto en la Ley de Compañías, específicamente en su artículo 39 para la domiciliación de compañías extranjeras que vayan a prestar servicios de consultoría en el país. Independientemente de esta remisión, debe entenderse que toda compañía extranjera, que pretenda participar en procedimientos precontractuales, o celebrar contratos con el Estado, debe observar lo previsto en la Ley de Compañías principalmente, así como el contenido de las Resoluciones Nos. 046-09 y 026-2010 emitidas por el INCOP (procedimiento administrativo del registro único de proveedores y su actualización).

Tanto el artículo 6 como la Sección XIII de la Ley de Compañías, contienen el régimen societario para compañías extranjeras, en virtud del cual básicamente se prevén las siguientes disposiciones:

- Es obligación de toda compañía extranjera que negociar o contrajere obligaciones en el Ecuador, el designar un apoderado o representante que pueda contestar las demandas y cumplir las obligaciones respectivas en nuestro país.
 - Si las actividades que una compañía extranjera va a ejercer en el Ecuador implicaren la ejecución de obras públicas, la prestación de servicios públicos o la explotación de recursos naturales del país, estará obligada a establecerse en él con arreglo a lo dispuesto en la Sección XIII de dicha Ley.
 - Para que una compañía constituida en el extranjero pueda ejercer habitualmente sus actividades en el Ecuador deberá:
3. Comprobar que está legalmente constituida de acuerdo con la Ley del país en el que se hubiere organizado;
 4. Comprobar que, conforme a dicha ley y a sus estatutos, puede acordar la creación de sucursales y tiene facultad para negociar en el exterior, y que ha sido válidamente adoptada la decisión pertinente.
 5. Tener permanentemente en el Ecuador, cuando menos, un representante con amplias facultades para realizar todos los actos y negocios jurídicos que hayan de celebrarse y surtir efectos en territorio nacional, y especialmente para que pueda contestar las demandas y cumplir las obligaciones contraídas. Si el representante fuere un ciudadano extranjero, deberá tener en el Ecuador la calidad de residente. Igual obligación tendrán las empresas extranjeras

que, no siendo compañías, ejerzan actividades lucrativas en el Ecuador; y,

6. Constituir en el Ecuador un capital destinado a la actividad que se vaya a desarrollar. Su reducción sólo podrá hacerse observando las normas de esta Ley para la reducción del capital.

Para justificar estos requisitos, se deberá presentar a la Superintendencia de Compañías los documentos constitutivos y los estatutos de la compañía, un certificado expedido por el Cónsul del Ecuador que acredite estar constituida y autorizada en el país de su domicilio y que tiene facultad para negociar en el exterior. Deberá también presentar el poder otorgado al representante y una certificación en la que consten la resolución de la compañía de operar en el Ecuador y el capital asignado para el efecto, capital que no podrá ser menor al fijado por el Superintendente de Compañías, sin perjuicio de las normas especiales que rijan en materia de inversión extranjera.

Por tanto, podemos sacar las siguientes conclusiones:

- Para efectos de la presentación de una oferta dentro de un procedimiento de contratación pública, o realizar cualquier tipo de acto precontractual en el país, las compañías o sociedades extranjeras deben designar un apoderado en el Ecuador para que las represente, no es necesaria su domiciliación;
- Para que una compañía o sociedad constituida en el exterior celebre un contrato con una entidad de las enmarcadas en el ámbito del artículo 2 de la LOSNCP, deberá previamente domiciliarse en el país, para lo cual deberá seguir el procedimiento establecido en la Ley de Compañías; el incumplimiento de esta obligación, determinará la nulidad del contrato respectivo.

En relación a la primera conclusión antes mencionada, debe considerarse que la Resolución No. 046-2010 establece un procedimiento abreviado para la obtención de RUP para las personas jurídicas no domiciliadas en el país, en el que no se incluye la necesidad de designar un apoderado en el país para la fase pre-contractual.

Finalmente, cabe una precisión: La obligación de domiciliación de una compañía extranjera cabe única y exclusivamente en caso de que el objeto del contrato que pretenda celebrar, incluya la ejecución de obras públicas, la prestación de servicios públicos o la explotación de recursos naturales del país. Por otro lado, toda compañía extranjera debe cumplir el trámite establecido en el artículo 415 de la Ley de Compañías para poder ejercer habitualmente sus actividades en el país; de lo cual se desprende que para la celebración de cualquier tipo de contrato con el Estado y sus entidades, que no tenga por objeto ninguna de las actividades enunciadas en el artículo 6 de la mencionada ley, y cuya ejecución no implique el desarrollo habitual de la actividad de la contratista extranjera en el país, no es exigible ni necesaria la domiciliación, bastando únicamente la presencia de un apoderado especial de la misma.

Resulta por tanto, de vital importancia, que se defina el término “habitualmente” en el contexto del artículo 6 de la Ley de Compañías. A falta de una interpretación legal, debemos atender al tenor literal del término, el cual según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, significa: *“habitual: que se hace, padece o posee con continuación o por hábito”*. Por tanto, para que una compañía extranjera en el país realice cualquier actividad con continuación o por hábito, debe seguir el trámite de domiciliación.

1.4.15. Código Civil y Código de Procedimiento Civil

La LOSNCP hace una remisión expresa a lo establecido en el Código Civil y de Procedimiento Civil en algunos temas puntuales; entre esos, a la determinación de las incapacidades para contratar como una inhabilidad general.

Otra de las remisiones expresas al Código Civil es la que encontramos en la Disposición General Tercera de la LOSNCP, relacionada con los contratos de permuta, para cuya aplicación debe observarse lo previsto en el mencionado Código, así como las disposiciones del Reglamento General Sustitutivo para el Manejo y Administración de Bienes del Sector Público.

Por otro lado, el RLOSNCP se remite al Código Civil y a la Ley de Inquilinato, en forma supletoria, a todo lo relacionado con el arrendamiento de bienes inmuebles, así como para el caso del arrendamiento de bienes muebles, éste último junto con la Ley sobre arrendamiento mercantil y demás pertinentes, observando el procedimiento que para el efecto determine, mediante resolución motivada, la máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado, siempre que no exista normativa emitida para el efecto por el INCOP. Sin embargo, el INCOP emitió la Resolución No. 041-2010 sobre arrendamiento de bienes muebles.

Es importante la calidad de norma supletoria que le da el artículo 112 del RLOSNCP al Código civil, en relación especial a la regulación de los contratos, en lo que sean aplicables.

En relación a la adquisición de bienes inmuebles por parte de una entidad del sector público, la Sección III de la LOSNCP remite expresamente el procedimiento y juicio de expropiación a lo establecido en el Código de Procedimiento Civil, en el supuesto de que no sea posible un acuerdo directo. Cabe recordar que el procedimiento de expropiación de parte de entidades públicas que

conforman el régimen seccional autónomo está regulado en el COOTAD (Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización).

Finalmente, conforme la Disposición General Segunda del RLOSNC, para la determinación de lo que se entiende como participación local, en tratándose de las personas jurídicas, se considerará el domicilio principal de éstas; y en el caso de las personas naturales el domicilio considerará la definición prevista en el artículo 45 del Código Civil, el cual señala: *“El domicilio consiste en la residencia, acompañada, real o presuntivamente, del ánimo de permanecer en ella. Divídese en político y civil.”*

1.4.16. Ley Orgánica de Régimen Monetario y Banco del Estado

En relación a esta ley, especial énfasis debemos realizar en la figura de las Garantías de operaciones del sector público. Así mismo, debemos mencionar que todo contrato de endeudamiento que celebren el Estado y las demás entidades y empresas del sector público, estará respaldado por el fideicomiso de la totalidad de ingresos de la entidad deudora en el Banco Central del Ecuador.

1.4.17. Ley de Aviación Civil y el Reglamento de Concesiones y Permisos de Operación para la explotación de Servicios Aéreos en general

En esta ley se regulan las concesiones y permisos de operación para la explotación de los servicios de transporte aéreo público, interno e internacional, señalándose que dichas concesiones y permisos sólo podrán ser otorgados a empresas que se hubieren constituido específicamente para dedicarse a esta actividad, con un capital no inferior a veinte veces el monto señalado por la Ley de Compañías para las sociedades anónimas.

Resulta de suma importancia para nuestro análisis el contenido del artículo 1 de esta Ley, en el que se dispone que se podrá delegar a la iniciativa privada, a través de cualquier modalidad reconocida por la ley, los aeródromos y aeropuertos existentes en el país a empresas nacionales o extranjeras que, mediante una licitación, presenten las condiciones más favorables al desarrollo, mantenimiento y mejoras de los actuales, sin excluir la posibilidad de la construcción y operación de nuevos aeródromos o aeropuertos.

Sobre lo anterior, cabe similar reflexión que la realizada para otras leyes y reglamentos que hablan sobre concesiones al sector privado: Desde la entrada en vigencia de la nueva Constitución de la República, la delegación a la iniciativa privada del ejercicio de las actividades en sectores estratégicos y servicios públicos, se podrá realizar únicamente en forma excepcional, tal como lo dispone su artículo 316, segundo inciso. Debe recordarse que el transporte es uno de los sectores definidos como estratégicos por la Constitución de la República (Art. 313).

Por otro lado, al determinarse a la licitación como el procedimiento precontractual en base al cual debe resolverse a quien otorgarse la concesión, esta norma puede referirse al proceso de licitación contemplado en la anterior Ley de Contratación Pública, actualmente derogada. Consideramos que para efectos de la aplicación del artículo 1 de la Ley de Aviación Civil, debe considerarse al proceso de licitación contemplado en la LOSNCP, sin perjuicio de poder aplicarse las normas propias de la figura de la concesión, previstas en la Ley de Modernización del Estado y su Reglamento.

Así mismo, en el artículo 1 de esta ley, consta la facultad para municipios de construir, administrar y mantener aeropuertos, previa autorización del Presidente de la República emitida mediante decreto ejecutivo. Para el efecto, pueden ejercer estas fa-

cultades directamente o delegarlas a empresas mixtas o privadas mediante concesión, asociación, capitalización o cualquier otra forma contractual de acuerdo a la ley. Sin embargo, en el numeral 10 del artículo 261 de la nueva Constitución, se contempla como de potestad exclusiva del Estado Central, el manejo de aeropuertos.

Todas las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, que tengan el interés de contar con una concesión o permiso de operación para la prestación de un servicio de transporte aéreo público, doméstico o internacional, deben someterse a las disposiciones contenidas en el Reglamento de Concesiones y Permisos de Operación para la explotación de Servicios Aéreos en general. De conformidad con el mismo, los interesados en brindar un servicio de transporte aéreo público, cualquiera que sea su naturaleza, deberán obtener en trámites administrativos independientes la autorización comercial que será otorgada por el Consejo Nacional de Aviación Civil, mediante la correspondiente concesión o permiso de operación; y la autorización técnica, que será otorgada por la Dirección General de Aviación Civil, con sujeción a las regulaciones técnicas de la Aviación Civil (R-DAC).

1.4.18. Ley de Minería y su Reglamento General

En concordancia con lo dispuesto en el artículo 313 de la Constitución de la República, el artículo 1 de la Ley de Minería plantea como uno de sus objetivos el regular la gestión del sector minero, calificándolo como estratégico; y, en el segundo párrafo del mismo artículo se dispone que el Estado podrá delegar su participación en el sector minero, a empresas mixtas mineras en las cuales tenga mayoría accionaria, o a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria, para la prospección, exploración y explotación, o el beneficio, fundición y refinación, si fuere el caso, además de la comercialización interna o externa de sustancias minerales.



Debe recordarse que, la delegación al sector privado de la participación en los sectores estratégicos y servicios públicos, debe entenderse como excepcional, por mandato constitucional. Así mismo, conforme la misma Constitución y la Ley Orgánica de Empresas Públicas, las empresas de economía mixta que tendrán a su cargo actividades de sectores calificados como estratégicos, como lo es el de la energía, deben necesariamente constituirse mediante la participación mayoritaria de empresas públicas, y seleccionar mediante concursos públicos a los participantes que integrarán la iniciativa privada.

Más aún, en su artículo 12 la Ley de Minería determina la creación de la Empresa Nacional Minera, determinando su sujeción a la regulación y el control específico establecidos en la Ley de Empresas Públicas; y, facultándole para el cumplimiento de su fin, a asociarse, constituir compañías de economía mixta, celebrar asociaciones, uniones transitorias, alianzas estratégicas y en general todo acto o contrato permitido por las leyes nacionales, con personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, públicas o privadas.

La exploración y explotación de los recursos mineros del país puede desarrollarse por personas naturales o jurídicas, empresas públicas, mixtas o privadas, nacionales o extranjeras, otorgándoles derechos mineros; esta gestión puede ser desarrollada directamente, o a través de un procedimiento de subastas para el otorgamiento de concesiones o derechos mineros, los cuales son definidos por el artículo 17 de esta Ley como: *“... aquellos que emanan tanto de los títulos de concesiones mineras, contratos de explotación minera, licencias y permisos, como de las autorizaciones para instalar y operar plantas de beneficio, fundición y refinación, y de las licencias de comercialización.”*

El procedimiento para la concesión de derechos mineros consta en el Capítulo II de la Ley de Minería, en el que se detalla el pro-

ceso de subasta antes mencionado que deberá ser convocado por el Ministerio Sectorial para concesiones metálicas, así como los remate públicos para el otorgamiento de concesiones mineras sobre áreas de concesiones caducadas o que hayan sido devueltas o revertidas al Estado, en el que participarán los peticionarios y presentarán sus respectivas ofertas de conformidad con el procedimiento que establece el Reglamento General de esta ley. Para el otorgamiento de concesiones mineras no metálicas y de materiales de construcción, no se aplicarán los procedimientos de remate y subasta pública referidos en esta Ley, por lo que el Reglamento General a la misma establece el procedimiento para tal efecto. El Capítulo IV del Reglamento General a la Ley de Minería contiene la regulación sobre subasta y remates públicos para el otorgamiento de concesiones mineras, procedimientos que comprenden básicamente etapas de convocatoria, calificación y habilitación de oferentes, puja y adjudicación, todo esto en forma posterior al cumplimiento de los actos administrativos previos al lanzamiento de uno de estos procesos.

Es importante mencionar que el artículo 44 del Reglamento General a la Ley de Minería otorga competencia a los gobiernos municipales para autorizar, regular y controlar la explotación de materiales áridos y pétreos que se encuentren en los lechos de los ríos, lagos, lagunas, playas de mar y canteras, en concordancia con los procedimientos, requisitos y limitaciones que para el efecto se establezca en el reglamento especial dictado por el Ejecutivo. Esta competencia también debe someterse al cumplimiento de los actos administrativos previos.

Por otro lado, en el Capítulo III de la Ley de Minería se contemplan las diferentes modalidades de contratación para el desarrollo de este sector, constando básicamente las figuras del contrato de prestación de servicios y el contrato de explotación minera, sin perjuicio del pago de regalías regulado en el Capítulo IV

de esta misma ley y de la regulación de los contratos mineros contenida en el Título VII.

1.4.19. Reglamento de Concesiones del Sector Vial

Las disposiciones de este reglamento se expidieron para complementar el Reglamento Sustitutivo del Reglamento General de la Ley de Modernización del Estado, no priman sobre sus disposiciones generales.

1.4.20. Ley de Aguas

Esta ley prevé que las aguas de ríos, lagos, lagunas, manantiales que nacen y mueren en una misma heredad, nevados, caídas naturales y otras fuentes, y las subterráneas, afloradas o no, son bienes nacionales de uso público, están fuera del comercio y su dominio es inalienable e imprescriptible; no son susceptibles de posesión, accesión o cualquier otro modo de apropiación.

Sin embargo, conforme el artículo 5 de esta misma ley, pueden otorgarse derechos de aprovechamiento, mediante la figura de la concesión, los cuales deben entenderse como la autorización administrativa, intransferible, para el uso de las aguas con los requisitos prescritos en dicha Ley. La concesión de derechos de aprovechamiento es ejercida por la Secretaría Nacional del Agua (SENAGUA) y solo mediante esta concesión pueden utilizarse las aguas, salvo las que se requieran para servicio doméstico.

Las concesiones de un derecho de aprovechamiento de aguas son:

- a) “Ocasionales”, sobre recursos sobrantes;
- b) “De plazo determinado”, para riego, industrias y demás labores productivas; y,
- c) “De plazo indeterminado”, para uso doméstico.

Por otro lado, las concesiones del derecho de aprovechamiento de agua se efectuarán de acuerdo al siguiente orden de preferencia:

- a) Para el abastecimiento de poblaciones, para necesidades domésticas y abrevadero de animales;
- b) Para agricultura y ganadería;
- c) Para usos energéticos, industriales y mineros; y,
- d) Para otros usos.

El artículo 49 de esta ley prevé que las aguas minerales, termales y medicinales se explotarán preferentemente por el Estado, Municipalidades o mediante concesiones del derecho de aprovechamiento a particulares, y también celebrando contratos de asociación, para destinarlas a centros de recuperación, balnearios, plantas de envase, etc.

Es importante mencionar que, hasta tanto se dicte la ley que regule los recursos hídricos, prevista en la primera disposición transitoria de la Constitución de la República, la Secretaría Nacional del Agua dictó el Instructivo para una aplicación más ágil del procedimiento previsto en la Codificación de la Ley de Aguas y su reglamento general de aplicación para el otorgamiento de concesiones de derechos de uso y aprovechamiento de las aguas.

1.4.21. Ley del Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos

Esta ley crea y regula el sistema de registro de datos públicos y su acceso, en entidades públicas o privadas que administren dichas bases o registros, dentro de lo cual naturalmente se incluirá la información relacionada a contratos administrativos.

En virtud de esta ley se crea el Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, con el cual el Instituto Nacional de Contratación

Pública deberá compartir la información sobre proveedores del estado, así como bases de datos sobre contratistas habilitados e incumplidos, así como adjudicatarios fallidos.

1.4.22. Ley de Comercio electrónico, Firmas electrónicas y mensajes de datos y su Reglamento

Considerando el importante impulso y aplicación que la LOSNCP le ha dado a la contratación a través de herramientas informáticas y digitales, la Ley de Comercio electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos y su Reglamento cobran especial relevancia para el estudio y práctica de esta materia. Especialmente, deben aplicarse los preceptos de la mencionada ley para los procedimientos dinámicos, sin perjuicio de que para todos los procedimientos contemplados en la LOSNCP se prevé en mayor o menor grado la utilización de soluciones tecnológicas informáticas.

El Capítulo II del Título III de esta Ley trata sobre la contratación electrónica y telemática; cabe destacar que en virtud de lo previsto en esta ley, no se negará validez o fuerza obligatoria a un contrato por la sola razón de haberse utilizado en su formación uno o más mensajes de datos; así como que se reconoce como instrumento público con validez jurídica plena a los mensajes de datos otorgados, conferidos, autorizados o expedidos por y ante autoridad competente y firmados electrónicamente.

1.4.23. Ley de Seguridad Pública y del Estado

Los puntos más relevantes relacionados con la contratación pública, que constan en la Ley de Seguridad Pública y del Estado, conciernen a los gastos especiales, información reservada y declaratoria de estado de excepción.

El artículo 18 de dicha ley determina que la Secretaría Nacional de Inteligencia dispondrá de un fondo permanente de gastos

especiales asignados a actividades de inteligencia y contrainteligencia para la protección interna, el mantenimiento del orden público y de la defensa nacional, cuyo uso no se someterá a las normas previstas en la LOSNCP. El fondo permanente de gastos reservados constará en el Presupuesto General del Estado, monto que será de acceso público, no las asignaciones de los gastos que será información clasificada.

Por su parte el artículo 19 dispone que la Secretaría Nacional de Inteligencia y los organismos de seguridad podrán clasificar la información resultante de las investigaciones o actividades que realicen, mediante resolución motivada de la máxima autoridad de la entidad respectiva; es decir, podrá clasificar como reservada, secreta y secretísima la información relacionada, entre otros aspectos, con las contrataciones que realice, la cual, no obstante, pasará a ser de libre acceso luego de transcurridos cinco, diez y quince años, respectivamente.

La rendición de cuentas sobre el uso de los gastos especiales que efectúe la Secretaría Nacional de Inteligencia se realizará ante el Contralor General del Estado, conforme el procedimiento que este funcionario emitirá para el efecto, en el que necesariamente se establecerá que los gastos efectuados deberán tener respaldo instrumental, incluido obviamente el detalle sobre las contrataciones realizadas, conforme el artículo 26 de la Ley. De dichos documentos únicamente se conservarán los que permitan conocer el destino de los gastos especiales, mas no sus beneficiarios, a fin de que puedan desclasificarse dentro del plazo de quince (15) años previsto en esta ley. Los demás serán incinerados por el Contralor.

1.4.23.1. Estado de Excepción

Finalmente, el artículo 28 y siguientes de la Ley de Seguridad Pública prevén lo relacionado a la definición y declaratoria de los

estados de excepción, como respuesta a graves amenazas de origen natural o antrópico que afectan a la seguridad pública y del Estado. Se desarrolla el concepto de estado de excepción enunciado en la Constitución de la República.

Recordemos que esta figura ha sido una de las más controvertidas en relación a la contratación pública desde siempre, por lo que lo más importante a entender sobre la vigente ley, es precisamente que dispone claramente: *“El estado de excepción es un régimen de legalidad y por lo tanto no se podrán cometer arbitrariedades a pretexto de su declaración.”*

Así mismo, se dispone que el Decreto Ejecutivo motivado declarando el estado de excepción, debe cumplir con los principios de necesidad, proporcionalidad, legalidad, temporalidad, territorialidad y razonabilidad establecidos en la Constitución, en el cual se podrá restringir derechos con los límites señalados en el Art. 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y según lo señalado en el Art. 165 de la Constitución de la República el cual señala que únicamente se podrán suspender o limitar el ejercicio del derecho a la inviolabilidad de domicilio, inviolabilidad de correspondencia, libertad de tránsito, libertad de asociación y reunión, y libertad de información, en los términos señalados en la misma Constitución. El Decreto será dictado en caso de estricta necesidad, es decir, si el orden institucional no es capaz de responder a las amenazas de seguridad de las personas y del Estado. El Decreto expresará la causa, motivación, ámbito territorial, duración, medidas y derechos que se restringirán, de ser el caso. Deberá contener en forma clara y precisa las funciones y actividades que realizarán las instituciones públicas y privadas involucradas. La declaración del estado de excepción no interrumpirá el normal funcionamiento de las funciones del Estado. Todo esto con miras a evitar el abuso y discrecionalidad de esta figura al momento de realizar contrataciones con fondos públicos. Es decir, en el Decreto que se expida para su declaración,

debe contener una motivación coherente y suficiente, todas las acciones a adoptarse en virtud del mismo y todos los derechos que se afectarán durante su vigencia; por tanto, lo que no conste en el Decreto no puede aplicarse ni adoptarse, no puede entenderse que algo está implícitamente considerado.

La duración del estado de excepción debe ser limitada a las exigencias de la situación que se quiera afrontar, para evitar de esta manera su prolongación indebida del cual podría darse abuso de esta figura y tendrá vigencia hasta un plazo máximo de sesenta (60) días, pudiendo renovarse hasta por treinta (30) días adicionales como máximo.

1.4.24. Reglamento General Sustitutivo para el Manejo y Administración de Bienes del Sector Público.

El Reglamento General Sustitutivo para el Manejo y Administración de Bienes del Sector Público, emitido mediante Acuerdo de la Contraloría General del Estado No. 25, sigue actualmente vigente, pese a que varias de sus disposiciones perdieron vigencia y fueron derogadas tácitamente por la LOSNCP emitida en el año 2008.

Sin embargo, la mayoría de normas de este Reglamento están vigentes y se aplican para la gestión de los bienes de propiedad de los organismos y entidades del sector público comprendidos en el Art. 118 de la Constitución Política de la República, de las entidades de derecho privado que disponen de recursos públicos en los términos previstos en el artículo 211 de la Constitución Política y para los bienes de terceros que por cualquier causa estén en el sector público bajo custodia o manejo, de conformidad con el primer artículo del Reglamento. Cabe mencionar que la referencia a las disposiciones constitucionales realizadas en este artículo, corresponden a la anterior Constitución del Ecuador. Actualmen-

te dichos artículos corresponden a los números 225 y 211 de la actual Constitución de la República, respectivamente.

De tal forma, este reglamento se aplica no solo para las entidades del sector público, sino también para las entidades de derecho privado que disponen de recursos públicos, en la cuantía o porcentaje que sea, así como para bienes de cualquier naturaleza o propietario que están bajo custodia o manejo del sector público. Por tanto, deben aplicar las disposiciones de este reglamento los servidores y funcionarios públicos de cualquier tipo, empleados o trabajadores contratados por autoridad competente, que presten sus servicios en el sector público y para las personas naturales o personas jurídicas de derecho privado que correspondan.

Siendo aplicables las normas de este reglamento a las mencionadas personas, en general es responsabilidad de la máxima autoridad los bienes que estén bajo poder de la entidad que represente, para lo cual deberá nombrar un Custodio o Guardalmacén de bienes, que será responsable de su recepción, registro y custodia.

Los principales aspectos que este Reglamento regula, siempre sobre los bienes en poder de las entidades antes mencionadas, son:

- De las adquisiciones (art. 6);
- De la forma de los contratos (art. 7);
- Obligatoriedad de inventarios (art. 12);
- Procedencia del remate (art. 14), que se aplica si los bienes son inservibles u obsoletos o se hubieren dejado de usar;
- De las formas de remate (art. 17), que son: al martillo (art. 23) y mediante concurso de ofertas en sobre cerrado (art. 30); y, remates de inmuebles (art. 32). En cualquier de estas formas pueden intervenir los las personas

capaces para contratar, personalmente o en representación de otras, salvo los servidores públicos de la institución u organismo público que efectuare el remate, ni su cónyuge o conviviente en unión libre, ni parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

- Venta directa de bienes muebles (art. 45), cuando se hubiere llamado por dos veces a remate y no hubiere postores o las posturas presentadas no fueren admitidas por contravenir las disposiciones de este reglamento o los bienes fueren de tan poco valor que el remate no satisfaga los gastos del mismo;
- De la Permuta (art. 51), para la que se estará a lo dispuesto en la Codificación de la Ley de Contratación Pública (actual LOSNCP), en la Codificación del Código Civil y en las resoluciones de las entidades u organismos competentes de que se trate.
- De las transferencias gratuitas o donaciones (art. 53), que procede cuando no fuere posible o conveniente la venta de los bienes muebles, siempre a favor de una entidad u organismo del sector público o una institución de educación, asistencia social o de beneficencia;
- De los traspasos de bienes muebles e inmuebles entre entidades del sector público (art. 57), que se conoce como cambio de asignación y constituye una verdadera donación como forma de transferir el dominio;
- Del comodato o préstamo de uso (art. 62) entre entidades públicas o entre una pública y una privada que preste servicios públicos, siempre que dicho contrato se relacione con una mejor prestación de un servicio público, favorezca el interés social, se establezcan las correspondientes garantías y esté debidamente autorizado por la máxima autoridad de la entidad u organismo, de acuerdo



- con la ley y este reglamento. Estos contratos pueden renovarse;
- De las bajas (art. 79), si los bienes fueren inservibles, esto es, que no sean susceptibles de utilización, y en el caso de que no hubiere interesados en la venta ni fuere conveniente la entrega de estos en forma gratuita, se procederá a su destrucción respetando las normas ambientales vigentes; y,
 - Sobre bienes inmuebles en el exterior (art. 85)

Finalmente, es importante destacar que, de conformidad con el artículo 104 del Reglamento, la máxima autoridad de cada entidad u organismo podrá delegar a sus subalternos, por escrito, el ejercicio de las funciones que le corresponden según este reglamento. Esta facultad de delegación resulta absolutamente práctica y conveniente.

1.4.25. Reglamento de Determinación de Etapas del Proceso de Ejecución de Obras y Prestación de Servicios Públicos

Este Reglamento contiene tres Capítulos que tratan sobre los Proyectos de Obras Públicas, sus Etapas y la Prestación de Servicios Públicos.

Conforme el artículo 1 de este Reglamento, por obra pública se entenderá los trabajos de construcción, restauración, conservación, readecuación, ampliación o modificación, que realicen, en forma directa o indirecta, las entidades del sector público. Para la ejecución de los proyectos de obras públicas, las instituciones del sector público, deberán observar obligatoriamente un proceso de etapas sucesivas, que permita la planificación, ejecución, control y mantenimiento idóneos de las obras.

Para ordenar la iniciación de un proyecto de obra pública, la máxima autoridad de la institución debe identificarlo explícitamente indicando el nombre del proyecto, sus objetivos, alcance y el responsable o los responsables del diseño y constitución.

El artículo 5 del Reglamento determina las etapas en que los proyectos de obras públicas deben desarrollarse; sin embargo, al incluirse las palabras “en general”, se deja la puerta abierta para flexibilizar su determinación según cada caso. Dichas etapas son las siguientes:

- a) Prefactibilidad (Art. 6);
- b) Factibilidad y evaluación (Art. 7);
- c) Financiación (Art. 8);
- d) Diseño (Art. 9);
- e) Modalidad de ejecución (Art. 10);
- f) Construcción (Art 11); y,
- g) Mantenimiento (Art 12).

Cabe mencionar que dependiendo de la magnitud y complejidad del proyecto, para la etapa de construcción la entidad contratante, deberá establecer la supervisión obligatoria y permanente con el objeto de asegurar el cumplimiento del diseño y especificaciones tanto en las obras contratadas como en las que ejecuten por administración directa.

Los objetivos más importantes de la labor fiscalizadora, son los siguientes:

- a) Vigilar y responsabilizarse por el fiel y estricto cumplimiento de las cláusulas del contrato de construcción, a fin de que el proyecto se ejecute de acuerdo a sus diseños definitivos, especificaciones técnicas, programas de trabajo, recomendaciones de los diseñadores y normas técnicas aplicables.

- b) Detectar oportunamente errores y/u omisiones de los diseñadores así como imprevisiones técnicas que requieran de acciones correctivas inmediatas que conjuren la situación.
- c) Garantizar la buena calidad de los trabajos ejecutados.
- d) Conseguir de manera oportuna se den soluciones técnicas a problemas surgidos durante la ejecución del contrato.
- e) Obtener que el equipo y personal técnico de las construcciones sea idóneo y suficiente para la obra.
- f) Obtener información estadística sobre personal materiales, equipos, condiciones climáticas, tiempo trabajado, etc. del proyecto.
- g) Conseguir que los ejecutivos de la entidad contratante se mantengan oportunamente informados del avance de obra y problemas surgidos en la ejecución del proyecto.

Para que los objetivos puedan cumplirse dentro de los plazos acordados y con los costos programados, a la fiscalización debe asignársele, entre otras, las funciones descritas en el artículo 12 del Reglamento, dependiendo del tipo de obra, magnitud y complejidad del proyecto.

Sin perjuicio del necesario Libro de Obra (Art. 13), compilación de documentos (Art. 14) y del Registro de costos (Art. 15), las instituciones están obligadas a ejecutar, en forma eficiente, efectiva, económica y oportuna, el mantenimiento de las obras públicas que son de su responsabilidad, bajo una adecuada programación (Art. 16). El mantenimiento de las obras públicas se iniciará tan pronto como se termine la construcción.

El tercer capítulo del Reglamento, que trata sobre los contratos de prestación de servicios, no incluye los servicios especializados de consultoría, para los cuales deberá estarse a la LOSNCP, su Reglamento y las resoluciones relacionadas emitidas por el INCOP.

CAPÍTULO SEGUNDO

OBJETO, ÁMBITO Y PRINCIPIOS DE LA LEY DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

2.1. Objeto y Ámbito de la Ley

El artículo 1 de la LOSNCP establece su objeto y ámbito de aplicación y crea el Sistema Nacional de Contratación Pública. Esta ley regula los tres grandes grupos de la contratación pública, a saber:

Adquisición y/o arrendamiento de Bienes;
Ejecución de Obras; y,
Prestación de Servicios, incluidos los de consultoría.

Para la contratación de lo antes mencionado, deberán aplicar las normas, principios y procedimientos establecidos en la Ley, las siguientes entidades:

1. Los Organismos y dependencias de las Funciones del Estado.
2. Los Organismos Electorales.
3. Los Organismos de Control y Regulación.
4. Las entidades que integran el Régimen Seccional Autónomo.
5. 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.
6. Las personas jurídicas creadas por acto legislativo seccional para la prestación de servicios públicos.
7. Las corporaciones, fundaciones o sociedades civiles en cualquiera de los siguientes casos: a) estén integradas o se conformen mayoritariamente con cualquiera de los

- organismos y entidades señaladas en los números 1 al 6 de este artículo o, en general por instituciones del Estado; o, b) que posean o administren bienes, fondos, títulos, acciones, participaciones, activos, rentas, utilidades, excedentes, subvenciones y todos los derechos que pertenecen al Estado y a sus instituciones, sea cual fuere la fuente de la que procedan, inclusive los provenientes de préstamos, donaciones y entregas que, a cualquier otro título se realicen a favor del Estado o de sus instituciones; siempre que su capital o los recursos que se le asignen, esté integrado en el cincuenta (50%) por ciento o más con participación estatal; y en general toda contratación en que se utilice, en cada caso, recursos públicos en más del cincuenta (50%) por ciento del costo del respectivo contrato.
8. Las compañías mercantiles cualquiera hubiere sido o fuere su origen, creación o constitución que posean o administren bienes, fondos, títulos, acciones, participaciones, activos, rentas, utilidades, excedentes, subvenciones y todos los derechos que pertenecen al Estado y a sus instituciones, sea cual fuere la fuente de la que procedan, inclusive los provenientes de préstamos, donaciones y entregas que, a cualquier otro título se realicen a favor del Estado o de sus instituciones; 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; y en general toda contratación en que se utilice, en cada caso, recursos públicos en más del cincuenta (50%) por ciento del costo del respectivo contrato. Se exceptúan las personas jurídicas a las que se refiere el numeral 8 del artículo 2 de esta Ley, que se someterán al régimen establecido en esa norma.

Un análisis pormenorización sobre cada una de las entidades antes enumeradas, se realizará en el Capítulo Quinto de este manual. Solamente cabe mencionar la inclusión en esta nueva Ley del régimen de contratación por parte de entidades privadas que utilicen fondos públicos, unificando y amparando en una sola ley, el régimen de contratación de todos los organismos públicos y privados que antes de su expedición tenían regímenes de contratación individuales, propios, particulares, dictados por ellos mismos, como es el caso de las empresas públicas petroleras, eléctricas, telefónicas, entre otros.

2.2. El Sistema Nacional de Contratación Pública: INCOP y el portal de compras públicas

Tal como se mencionó anteriormente, el artículo 1 de la LOSNCP crea el Sistema Nacional de Contratación Pública; y, su artículo 7 lo define como:

Art. 7.- Sistema Nacional de Contratación Pública SNCP.-
El Sistema Nacional de Contratación Pública (SNCP) es el conjunto de principios, normas, procedimientos, mecanismos y relaciones organizadas orientadas al planeamiento, programación, presupuestos, control, administración y ejecución de las contrataciones realizadas por las Entidades Contratantes. Forman parte del SNCP las entidades sujetas al ámbito de esta Ley.

Los objetivos de este sistema constan en el artículo 9 de la LOSNCP. Por otro lado, entre los órganos que forman parte del Sistema Nacional de Contratación Pública, están no solo las entidades sujetas al ámbito de la Ley, sino también el Instituto Nacional de Contratación Pública (INCOP), así como las demás instituciones y organismos públicos que ejerzan funciones en materia de presupuestos, planificación, control y contratación pública, en el ámbito de sus competencias.

En el artículo 10 de la LOSNCP se crea el Instituto Nacional de Contratación Pública (INCOP), cuya máximo personero y representante legal es designado por el Presidente de la República. Entre sus principales funciones consta el desarrollo y manejo del PORTAL COMPRASPUBLICAS, que es el instrumento informático a través del cual obligatoriamente se desarrolla la contratación pública en el Ecuador. El INCOP está encargado también de la emisión de modelos de pliegos de obligatorio cumplimiento por parte de las entidades contratantes, administrar el Registro Único de Proveedores (RUP), asegurar y exigir el cumplimiento de los objetivos prioritarios del Sistema Nacional de Contratación Pública y el establecimiento y manejo del novísimo Catálogo Electrónico de bienes y servicios normalizados, entre otros.

La LOSNCP, en su artículo 14, dispone que el alcance del control del Sistema Nacional de Contratación Pública será intensivo, interrelacionado y completamente articulado entre los diferentes entes con competencia para ello. Incluirá la fase precontractual, la de ejecución del contrato y la de evaluación del mismo.

Sin embargo, hubiera sido deseable que se especifique claramente la modalidad efectiva del control determinado en esta norma y especialmente la forma de ejercer el mismo, que involucra la fase precontractual, ejecución, liquidación y la evaluación post contractual, sin perjuicio del control de todos los contratos que corresponde a la Procuraduría General del Estado conforme el artículo 15 de esta Ley. Esto considerando que legalmente el INCOP no tiene facultad sancionadora sobre actos, omisiones o actores e intervinientes del sistema; no obstante, actualmente el INCOP está suspendiendo procesos de contratación amparándose en un oficio de la Secretaría Nacional de la Administración Pública, mediante el cual *“... por disposición del señor Presidente Constitucional de la República, le comunico que se le instruye la posibilidad de sugerir la suspensión de un proceso de contratación pública a*

la entidad contratante que corresponda, en razón de una observación que advierta una posible distorsión al Sistema. Su sugerencia deberá ser comunicada adicionalmente a la Secretaría Nacional de la Administración Pública. Por disposición del señor Presidente Constitucional de la República, su sugerencia de suspensión del procedimiento, debe ser acatada inmediatamente, por los servidores de la Función Ejecutiva que integran la Administración Pública Central e Institucional, para introducir los correctivos necesarios para cesar la eventual distorsión del Sistema, si fuere el caso, o convocar a un nuevo procedimiento.”⁴

Se introduce en el Sistema Nacional de Contratación Pública, la noción de los “procedimientos dinámicos”, entre los cuales constan los procedimientos de “compras por catálogo electrónico” y de “subasta inversa”, que puede ser electrónica o “presencial”, todos estos aplicables a bienes y servicios “normalizados”. Así mismo, introduce la noción de “compras corporativas”, “compras de inclusión”; y, en relación a los parámetros de evaluación de las ofertas, establece a la “participación nacional”, “local” y “desagregación tecnológica”, con el fin de impulsar la participación de micro, pequeñas y medianas empresas, así como en general la producción, aprovechamiento y estímulo de la capacidad nacional en el mercado de las ofertas.

Es importante tener claro que, mediante la LOSNCP, se ha configurado un verdadero sistema gradual en la contratación pública ecuatoriana, al establecerse como obligatoria la utilización de los procedimientos dinámicos antes enunciados. Solamente en caso de no ser posible la aplicación de los mismos, se permite, en calidad supletoria o accesoria, la utilización de los demás procedimientos precontractuales establecidos en la ley, como lo son la Licitación, Cotización, Menor cuantía y consultoría, aplicables en función de la cuantía de la contratación.

⁴ Oficio No. SNA-0-10-600 de 9 de febrero de 2010, dirigido al Director Ejecutivo del IN-COP.

2.3. Principios de la Contratación Pública

Son varios los principios que regulan la contratación pública en general. A continuación un análisis sobre los principios que rigen para el Sistema Nacional de Contratación Pública ecuatoriano.

El artículo 4 de la LOSNCP determina como principios de aplicación de la Ley y de los contratos que de ella se deriven, los siguientes:

2.3.1. Legalidad

Las actuaciones en derecho público se encuentran sujetas irrestrictamente a las disposiciones legales, de ahí que el principio constitucional consagrado en el artículo 226 de la Constitución de la República, dispone lo siguiente:

“Art. 226.- Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley”.

Este principio, también conocido como de *habilitación legal previa*, establece que en derecho público solo puede hacerse aquello que está expresamente previsto en la Ley. En tal virtud, por el principio de legalidad, que encuentra su fundamento en la norma constitucional transcrita, debemos entender que todas las actuaciones en los procedimientos precontractuales y contractuales deben estar estrictamente sujetas a las disposiciones legales de la materia.

Ahora bien, la base legal para la actuación en los procedimientos precontractuales y contractuales es la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, pero no es la norma exclusiva

que rige en materia de contratación pública, pues adicionalmente debemos mencionar que la LOSNCP determina que la mayoría de procedimientos sean regulados en el Reglamento General de aplicación de dicha Ley y en las Resoluciones que emite el Instituto Nacional de Contratación Pública, INCOP. De ahí que es fundamental el análisis de dichas resoluciones cuando se analizan los procedimientos precontractuales, pues mediante esta normativa secundaria se han regulado los requisitos y trámite de los procedimientos precontractuales, así como muchos otros temas de interés, como por ejemplo el relacionado a los consorcios o asociaciones y las limitantes a la participación de personas jurídicas domiciliadas en paraísos fiscales, entre otros.

Adicionalmente, debe considerarse que existe otro cuerpo normativo fundamental para cada procedimiento precontractual, siendo éste el *pliego* del proceso. Sobre los pliegos del proceso, véase el Capítulo Tercero de este manual.

2.3.2. Trato justo e Igualdad

De gran relevancia en materia de contratación pública son los principios de trato justo e igualdad, los cuales exigen que debe darse el mismo trato a todos los oferentes de un procedimiento precontractual. Es decir, que no puede existir un trato preferente a un determinado proveedor, o en su defecto, que se de un trato discriminatorio a otro. Vale decir, que estos principios implican que las mismas reglas de juego se apliquen a todos los oferentes.

El Reglamento General de la LOSNCP, al referirse a estos principios, determina en el inciso cuarto del artículo 20, que *“Los Pliegos no podrán afectar el trato igualitario que las entidades deben dar a todos los oferentes ni establecer diferencias arbitrarias entre éstos”*.

Si se analizan con detenimiento varias normas de la LOSNCP y su Reglamento General de aplicación, podemos encontrar mu-

chos casos en los cuales se reconocen estos principios, como por ejemplo la posibilidad de la *convalidación de errores de forma*, en que obligatoriamente esta circunstancia debe ser notificada a todos los oferentes que participan en el proceso. Finalmente, recordemos que la LOSNCP no permite el uso de *información privilegiada*, pues ello atentaría notablemente a los principios de igualdad y trato justo. Tal es así que el artículo 63 de la LOSNCP, al referirse a las inhabilidades especiales para participar en un procedimiento precontractual y celebrar contratos con una entidad contratante, establece en sus numerales 2, 3, 4 y 5, prohibiciones para todas aquellas personas que hayan estado vinculadas con la elaboración, revisión o aprobación de los pliegos relacionados con el contrato a celebrarse, como es el caso, de los contratistas de los estudios, diseños y/o proyectos de ingeniería o arquitectura del objeto de la contratación; los miembros de las Comisiones Técnicas que evaluarán las ofertas; y, los funcionarios, servidores o empleados que hayan intervenido en la etapa precontractual o contractual y que con su acción pudieren resultar favorecidos o favorecieren a un proveedor en particular.

2.3.3. Calidad

El artículo 288 de la Constitución de la República establece:

“Art. 288.- Las compras públicas cumplirán con criterios de eficiencia, transparencia, calidad, responsabilidad ambiental y social ...”.

Este principio, reconocido también en la norma constitucional transcrita, exige que la contratación pública cumpla con criterios de eficiencia y calidad, entre otros. Es decir, que las obras, bienes o servicios que se contraten, deben ser de calidad, pues los procedimientos precontractuales en última instancia buscan satisfacer, directa o indirectamente, una necesidad pública. De ahí que los procedimientos establecidos en la LOSNCP buscan que las entidades contratantes seleccionen aquellas obras, bienes o servi-

cios, que ofrezcan las mejores condiciones técnicas y económicas para la entidad, por ende, las más convenientes. Vale la pena mencionar que en los procedimientos para bienes normalizados (catálogo electrónico y subasta inversa electrónica), aunque el precio sea un parámetro preponderante en la evaluación de las ofertas, este parámetro se aplica exclusivamente luego de que las ofertas sean analizadas y se determine cuáles cumplen con los requerimientos y especificaciones determinadas por la propia entidad contratante, con lo cual se garantiza el principio de calidad.

Por su parte, el artículo 20 del Reglamento General de la LOSNCP, al referirse al tema establece en su inciso tercero:

“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”.

2.3.4. Vigencia tecnológica

El principio de vigencia tecnológica impone la obligación de que la LOSNCP establezca procedimientos precontractuales acordes con los avances tecnológicos de la humanidad. Sin embargo, esto no debe ser entendido como una obligación de parte de las entidades contratantes de requerir en sus pliegos, bienes, obras y servicios que incluyan o impliquen la más desarrollada tecnología de punta a nivel mundial, ya que debe considerarse siempre el mercado nacional y su disponibilidad para efectos de establecer requerimientos y aspectos técnicos de la contratación requerida.

Así mismo, debe aplicarse este principio a los procesos de contratación. De ahí que los procedimientos precontractuales actuales se tramitan virtualmente, es decir, a través del denominado *portal de compras públicas* (www.compraspublicas.gov.ec), que ha permi-

tido agilizar y modernizar la contratación pública en nuestro país, así como democratizarla y transparentarla.

2.3.5. Oportunidad

Los procedimientos precontractuales deben ser oportunos, ágiles y rápidos, pues como ya mencionamos, en última instancia, la entidad contratante, al contratar obras, bienes o servicios, busca directa o indirectamente satisfacer una necesidad pública.

Acorde con el principio de vigencia tecnológica, los actuales procedimientos precontractuales, en razón del uso del portal de compras públicas, se han vuelto mucho más rápidos y si se los compara con los que se encontraban regulados por la derogada *Codificación de la Ley de Contratación Pública*, podemos concluir que son tramitados en tiempos considerablemente menores que los antiguos procedimientos de dicha Ley. Esto se debe fundamentalmente, entre otras circunstancias, a que existen nuevos procedimientos en razón de la definición de *bienes y servicios normalizados*, como es el caso de la adquisición mediante *catálogo electrónico*, que podría tramitarse inclusive en un día; los términos para la presentación y evaluación de ofertas son menores en los actuales procedimientos precontractuales; y, se ha eliminado la necesidad de contar con los informes previos de los organismos de control para la celebración de los contratos.

2.3.6. Concurrencia

La concurrencia reviste gran importancia en el sistema de contratación pública ecuatoriano: En un procedimiento precontractual debe contarse con el mayor número de oferentes posibles. Mientras más proveedores participen en un procedimiento precontractual, es mayor la posibilidad de encontrar ofertas convenientes para la entidad contratante; mientras que al reducirse el número de oferentes participantes, se limita la posibilidad de beneficios

para la entidad contratante. Como ejemplo, podemos referirnos a la prohibición de establecer marcas o especificaciones técnicas de una determinada marca, en un procedimiento precontractual, pues ello ocasionaría que la contratación esté dirigida y que se afecte la posibilidad de participar de otros oferentes, por lo que en el caso de hacerlo, existiría un proveedor al cual está dirigida la contratación⁵.

Para el tratadista Roberto Dromi: “El principio jurídico de la libre concurrencia afianza la posibilidad de oposición entre los interesados en la futura contratación, con mayor competencia entre los oferentes, e implica la prohibición para la Administración de imponer condiciones restrictivas para el acceso al concurso.”⁶

De ahí que los procedimientos precontractuales establecidos por la LOSNCP son públicos, es decir, que sus convocatorias son abiertas, realizadas a través del portal de compras públicas, para garantizar que todos los oferentes que se encuentren calificados en la categoría correspondiente puedan participar en el proceso. Inclusive aquellos que no hubieren recibido la invitación, pueden autoinvitarse, si se califican en la categoría del proceso. Evidentemente esta es la regla general, pero existen ciertas excepciones, que se justifican en razón de la naturaleza de la contratación o del monto bajo del presupuesto referencial, en que el procedimiento no es público, sino que se realiza mediante invitaciones directas, como es el caso de la *menor cuantía*; asesoría legal o patrocinio jurídico; y, cuando existe un único proveedor, entre otros.

⁵ No podría determinarse en los pliegos, por ejemplo, la obligatoriedad de ofertar equipos exclusivamente de marca CATERPILLAR; o, establecer como especificaciones técnicas mínimas, las propias y exclusivas de dicha marca. Esto atentaría directamente al principio de igualdad.

⁶ DROMI, ROBERTO: *Derecho Administrativo*, Décima Edición. Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires 2004, pág. 502.

2.3.7. Transparencia

Como ya mencionamos, el artículo 288 de la Constitución de la República establece que la contratación debe cumplir, entre otros criterios, con el de transparencia. La transparencia permite a la ciudadanía conocer de los procedimientos de contratación que llevan adelante las entidades contratantes, garantizando el debido control social en este aspecto fundamental de la actividad pública. A través de la información pública contenida en el portal manejado por el INCOP, de libre acceso, se ha avanzado considerablemente en relación a la transparencia.

2.3.8. Publicidad

Como sabemos, todas las acciones que se desarrollen en un procedimiento precontractual, así como las de la ejecución contractual, deben ser publicadas en el portal de compras públicas, con lo cual se garantiza a su vez el principio de transparencia mencionado en el numeral anterior.

Los procedimientos precontractuales que se tramitan a través del portal, con presentación de ofertas (al menos la económica) deben ser convocados mediante publicación en dicho portal. Adicionalmente, aquellos que por su naturaleza no se tramitan a través del portal (los procedimientos de régimen especial por ejemplo) deben ser publicados con posterioridad aplicando la herramienta informática denominada “*publicación especial*”. Inclusive los procedimientos de ínfima cuantía, que son directos, deben cumplir con este principio, pues la resolución del INCOP No. 43 de 22 de abril de 2010, dispone en su artículo 6 que todas aquellas contrataciones de ínfima cuantía que se tramiten deben ser publicadas de forma consolidada, cada mes, mediante la herramienta *publicación especial*.

El artículo 13 del Reglamento General de la LOSNCP determina lo que se entenderá como información relevante a ser publicada en el portal de compras públicas, para garantizar la publicidad de los procedimientos de contratación.

2.3.9. Participación Nacional

La LOSNCP es una ley que garantiza o promueve la participación nacional, privilegiando a los proveedores ecuatorianos por sobre los extranjeros. Adicionalmente, la LOSNCP beneficia la participación de proveedores locales sobre los nacionales en los procedimientos precontractuales y fomenta la participación de las micro y pequeñas empresas en dichos procedimientos, pues se ha reconocido mundialmente que la contratación pública es quizás el motor más fuerte de la economía de los países. De ahí la posibilidad de introducir, mediante la contratación pública, políticas públicas y de desarrollo en la economía de un determinado país.

Por otro lado, este principio se ve respaldado por el artículo 20 del Reglamento General de la LOSNCP, que al referirse al tema, dispone en su inciso cuarto, que en los pliegos no se exigirán *“especificaciones, condicionamientos o requerimientos técnicos que no pueda cumplir la industria nacional, salvo justificación funcional”*.

Adicionalmente, debe considerarse que en cada procedimiento precontractual regulado por la LOSNCP se han determinado márgenes de preferencia para los proveedores nacionales y locales, más aún si son micro y pequeñas empresas (MYPES), las que han sido desarrolladas a profundidad por el INCOP en sus resoluciones. Estos márgenes de preferencia, que benefician la participación nacional y local se analizarán más adelante en cada uno de los procedimientos precontractuales, así como en el Capítulo Décimo Octavo de este Manual.



2.4. Definiciones

El legislador ha incluido en el artículo 6 de la LOSNCP lo que a nuestro criterio no solo consiste una necesaria definición de la mayoría de términos utilizados en la misma, sino precisamente la imperiosa determinación del significado, alcance y más aspectos fundamentales de las figuras más importantes del nuevo Sistema Nacional de Contratación Pública que se crea, con el fin de entenderlo y aplicarlo correctamente.

Resulta verdaderamente útil y práctico el artículo 6 de la LOSNCP dedicado exclusivamente a las Definiciones, entre las cuales se aclara el alcance de ciertos términos y figuras desconocidas hasta ese momento en el Ecuador, y sin cuyo análisis en éste y otros artículos de la ley no sería posible la aplicación de la misma. Entre estos términos y figuras definidas en el artículo antes mencionado, vale subrayar como claves y relevantes a la determinación de los bienes y servicios “normalizados”, “compra de inclusión”, “consultoría”, “feria inclusiva”, “mejor costo” y “situaciones de emergencia”.

Sin el afán de transcribir en esta obra el contenido de dicho artículo, a continuación una breve enunciación y acotación sobre los más importantes términos contenidos en el mencionado artículo, así como de algunos que en nuestra consideración el legislador debió incluir:

– **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, surte efecto a partir de su notificación y solo será impugnable a través de los procedimientos establecidos en esta Ley.”*

Con esta definición, el legislador generó la duda de si un “órgano competente” puede ser entendido como un órgano colegiado, un

directorio, una junta de accionistas, y otros grupos de personas, y si puede entenderse como poder adjudicador, lo cual se iría en contra del numeral 16 de este mismo artículo y del artículo 32, que determina que la adjudicación corresponderá exclusivamente a la máxima autoridad de la entidad contratante, o su delegado. Sobre esto, el Procurador General del Estado se ha pronunciado aclarando que, en ningún caso, la adjudicación de un contrato administrativo puede ser emitida por persona o grupo de personas diferentes a la máxima autoridad o su delegado.

Por otro lado, debemos precisar que la adjudicación puede no solo realizarse a favor del “oferente seleccionado”, sino también de varios oferentes seleccionados, en caso de que en el procedimiento precontractual se haya establecido la posibilidad de adjudicar por ítems el proceso, a más de un oferente.

Finalmente, cuando en esta definición se señala “... sólo será impugnabile a través de los procedimientos establecidos en esta Ley”, sumando a eso lo dispuesto en el artículo 102 de dicha ley: “Lo oferentes que se consideren afectados (...) tendrán el derecho de presentar las reclamaciones y los recursos administrativos de los que se crean asistidos, de conformidad con la ley”, es importante no olvidar que existen procedimientos de impugnación de actos administrativos que no están establecidos en la LOSNCP y que son diferentes a los recursos en sede administrativa, como los recursos contencioso administrativos; y, la acción constitucional de protección, que si bien esta última no analiza una supuesta ilegalidad sino únicamente inconstitucionalidades, de todas formas es plenamente aplicable por parte de quienes se consideren afectados en temas relacionados a un proceso de contratación pública.

- **Bienes y Servicios Normalizados:** “Objeto de contratación cuyas características o especificaciones técnicas se hallen homologados y catalogados.”

Sobre esta definición, solamente cabe aclarar para efectos prácticos y evitar confusiones que, para que un bien o servicio pueda y deba ser definido como normalizado, no es necesario que el mismo esté “catalogado”, ya que como veremos en esta obra, la ley establece el procedimiento dinámico de la subasta inversa precisamente para aplicarlo en caso de requerirse la contratación de bienes y servicios normalizados que no están catalogados, es decir no están incluidos en el catálogo electrónico manejado por el INCOP. Si el legislador no se refería a este catálogo, pues debió aclarar este particular en su definición; sin embargo, define precisamente al catálogo electrónico de esa forma en el numeral 3 del artículo 6 de la ley.

De todas formas, el desarrollo sobre lo que debe entenderse por bienes o servicios “normalizados” consta también en el artículo 42 del RLOSNCP, y cuyo análisis a fondo consta en esta obra.

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

La segunda parte de esta definición tiene especial importancia para la aplicación de muchos de los procedimientos y normas contenidos en la LOSNCP. Al determinarse que cuando el contrato implique fabricación, manufactura o producción de bienes muebles el procedimiento será de adquisición de bienes, se evitará muchas confusiones y errores que venían ocurriendo desde la vigencia de la anterior Ley de Contratación Pública. Ahora queda absolutamente claro que, para la contratación por ejemplo de: fabricación de muebles de oficina a la medida, realización de tarjetas personalizadas, posters y banners

publicitarios con información específica, y en general la producción de bienes muebles bajo pedido con condiciones particulares, que implica no solo la entrega de los mismos sino precisamente su fabricación, debe seguirse el procedimiento de adquisición de bienes y no confundirlos con las figuras de prestación de servicios o de ejecución de obras.

- Máxima Autoridad: *“Quien ejerce administrativamente la representación legal de la Entidad Contratante. Para efectos de esta Ley, en las municipalidades y consejos provinciales, la máxima autoridad será el Alcalde o Prefecto, respectivamente.”*

Esta definición cobra relevancia considerando que conforme el artículo 32 de la ley, corresponde a la máxima autoridad el acto más importante dentro de un procedimiento precontractual, la adjudicación. Pese a que, como habíamos alertado, el numeral 1 del artículo 6 de la LOSNCP puede llevar a confusión sobre quien está facultado para adjudicar los contratos, es pertinente resaltar la determinación que el legislador ha contemplado para identificar a la máxima autoridad de una entidad, exista o no cuerpo colegiado, directorio, u otros en la misma: siempre debe considerarse a la máxima autoridad de una entidad, para efectos de aplicación de la LOSNCP, como su representante legal.

- Mejor Costo en Bienes o Servicios Normalizados, no normalizados y en consultoría:

La correcta distinción que el legislador realizó sobre los criterios para la adjudicación de contratos, según su objeto y naturaleza, ha terminado con esa grave y constante confusión y duda que se manejaba alrededor de este tema en la Ley de Contratación Pública anterior, justamente provocados por su indeterminación. Ahora, los criterios son claros, y dejan muy poco a la subjetividad. Sobre éstos, se profundizará más adelante en esta obra.

-Situaciones de Emergencia: "Son aquellas generadas por acontecimientos graves tales como accidentes, terremotos, inundaciones, sequías, grave conmoción interna, inminente agresión externa, 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."

El detalle sobre el análisis de esta figura consta en el Capítulo Sexto de esta obra.

2.5. Nuevos procedimientos y contratos introducidos por la LOSNCP

En el Ecuador la legislación de contratación pública ha contemplado como procedimientos precontractuales tradicionalmente los de licitación, concursos público y privado de ofertas, así como la contratación de menor cuantía. Por otro lado, ha clasificado comúnmente a los contratos administrativos por su naturaleza y objeto, en: adquisición de bienes, prestación de servicios y la ejecución de obras, diferenciándolos de los contratos de concesión, permuta, consultoría y otros amparados en distintos cuerpos normativos.

La nueva LOSNCP prevé novedades tanto para procedimientos precontractuales como para tipos de contratación. Sobre los primeros, se contempla una estructura completamente nueva mediante la creación del Sistema Nacional de Contratación Pública, en la cual se incluyen los siguientes tipos de procedimientos precontractuales cuya aplicación dependerá de la naturaleza del objeto a contratarse y el presupuesto referencial de los bienes, obras y servicios requeridos, y cuyo orden de aplicación también ha sido determinado en la LOSNCP y su Reglamento:

- Procedimientos dinámicos (compras por catálogo, subasta inversa electrónica y presencial);
- Licitación;
- Cotización;
- Menor cuantía;
- Ínfima cuantía (contemplada únicamente en el reglamento);
- Concurso público de servicios de consultoría;
- Lista corta de servicios de consultoría;
- Contratación directa de servicios de consultoría;
- Régimen especial;
- Procedimiento para contratos Financiados con Préstamos y Cooperación Internacional;
- Compras de inclusión;
- Feria inclusiva;
- Compras corporativas;
- Procedimiento para la contratación integral por precio fijo;
- Procedimiento para la contratación en situaciones de emergencia;
- Procedimiento para la contratación de bienes o servicios en el extranjero;
- Procedimiento para contratación de consultoría extranjera;
- Procedimiento para adquisición de bienes inmuebles;
- Procedimiento para arrendamiento de bienes inmuebles;
- Procedimiento para contratación del giro específico del negocio que celebren las Instituciones Financieras y de Seguros;
- Procedimiento para contratación del giro específico del negocio que celebren las empresas públicas (mercantiles);

- Procedimiento para contratación de consultas jurídicas puntuales y específicas;
- Procedimiento para contratación de bienes, obras y servicios, incluidos los de consultoría, provenientes de sectores estratégicos;
- Procedimiento para contratación de seguros;
- Procedimiento para contratación de arrendamiento de bienes muebles;
- Procedimiento para contratos complementarios.

En relación a los tipos de contratos amparados en esta ley, en principio se define en su artículo 60: *“Los contratos a los que se refiere esta Ley celebrados por las Entidades Contratantes, son contratos administrativos”*, por lo que tal será la denominación y trato que debe dárseles, sin perjuicio de poder catalogar a otros, que están fuera de ésta, de la misma forma, como por ejemplo los contratos de concesión, de prestación de servicios petroleros de exploración o extracción, entre otros, los que son celebrados por la Administración al amparo de cuerpos normativos distintos a la LOSNCP y su Reglamento.

Adicionalmente a los tradicionales tipos de contratación pública, el legislador introdujo con la LOSNCP distintas y novedosas figuras contractuales; las figuras contractuales a los que se refiere esta ley y su reglamento son las siguientes:

- Contrato para adquisición de bienes;
- Contrato para prestación de servicios;
- Contrato de ejecución de obras;
- Contrato para prestación de servicios especializados de consultoría;
- Contratos complementarios;
- Contrato de arrendamiento de bienes;

- Contrato de permuta;
- Contrato de seguros;
- Orden de compra por catálogo electrónico;
- Convenio marco;
- Contratación integral por precio fijo;
- Contratación contra factura;
- Contrato de correo;
- Contrataciones relacionadas con el giro específico de negocios que celebren las Instituciones Financieras y de Seguros;
- Contrataciones relacionadas con el giro específico de negocios que celebren las empresas públicas (mercantiles);
- Contratación de consultas jurídicas puntuales y específicas.

En la presente obra analizaremos cada uno de estos procedimientos precontractuales y tipos de contratación.

CAPÍTULO TERCERO

REQUERIMIENTOS PREVIOS A TODO PROCEDIMIENTO PRECONTRACTUAL

La LOSNCP establece como requisitos previos a todo procedimiento precontractual los siguientes:

- Que la contratación se encuentre prevista en el Plan Anual de Contrataciones (PAC);
- Contar con estudios y especificaciones técnicas;
- Que se cuente con el presupuesto necesario para cumplir con las obligaciones económicas que deriven de la ejecución del contrato;
- Elaboración de pliegos;
- Verificación del Registro Único de Proveedores (RUP).

Estos requisitos son comunes a cualquier contratación, debiendo cumplirse antes de que se inicie el procedimiento precontractual, inclusive para aquellos que la LOSNCP ha considerado como de régimen especial. A continuación analizaremos cada uno de estos requisitos:

3.1. Plan Anual de Contrataciones (PAC)

El Plan Anual de Contrataciones, PAC, se constituyó con el fin de dotar a las entidades contratantes de una herramienta que permita planificar las contrataciones a lo largo del período fiscal, considerando que esta planificación permite a la entidad establecer un orden cronológico para poder contratar las obras, bienes y servicios, incluidos los de consultoría, que necesita para el desempeño de su gestión. Además, este Plan Anual de Contrataciones se elabora en base a los requerimientos de cada área de la entidad y debe estar relacionado con el Plan Operativo Anual y con el Presupuesto de la entidad, con lo cual se puede determinar

con claridad cuál será el valor que se necesitará para cumplir con dichas contrataciones.

El artículo 22 de la LOSNCP, en concordancia con el artículo 25 de su Reglamento General de aplicación, determina que el Plan Anual de Contrataciones debe ser aprobado por la máxima autoridad de la entidad hasta el 15 de enero de cada año, para lo cual se considerarán todas las obras, bienes y servicios, incluidos los de consultoría, que contratará en el año siguiente la entidad, en función de las metas institucionales, incluso las plurianuales. Una vez aprobado el PAC, este será publicado en la página web de la entidad en el portal de compras públicas.

El PAC puede ser reformulado, para lo cual se seguirá el mismo procedimiento que se siguió para su aprobación, es decir, que la máxima autoridad emitirá la resolución de reformulación y el PAC reformulado será publicado en el portal de compras públicas y en la página web de la entidad.

Las únicas contrataciones que no constan en el PAC son las de Ínfima cuantía y las contrataciones de emergencia, justamente por la imprevisibilidad que ellas implican. Uno de los fundamentos para considerar una contratación como de emergencia es que sea imprevista, por lo cual no podría considerársela al elaborar el PAC para el año que viene.

En razón de ser un requisito previo a todo procedimiento precontractual, la entidad debe verificar que la contratación se encuentre prevista en el PAC, caso contrario el procedimiento no puede iniciar. La mayoría de entidades contratantes ha optado por certificar que la contratación se encuentre prevista en el PAC, lo cual lo realiza el responsable del área administrativa de la entidad, de forma similar a la certificación presupuestaria que se emite por el área financiera de la entidad. Si la contratación no se encuentra prevista en el PAC, será necesario reformularlo me-

diante Resolución administrativa e incluir dicha contratación, si ello fuere procedente.

Respecto al contenido del PAC, debemos mencionar que el artículo 26 del Reglamento General de la LOSNCP, determina que el mismo estará vinculado con los objetivos del Plan Nacional de Desarrollo o de los planes regionales, provinciales, locales o institucionales y su contenido es el siguiente:

“Los procesos de contratación que se realizarán en el año fiscal;

Una descripción del objeto de las contrataciones contenidas en el Plan, suficiente para que los proveedores puedan identificar las obras, bienes, servicios o consultoría a contratarse;

El presupuesto estimativo de los bienes, servicios u obras a adquirir o contratar; y,

El cronograma de implementación del Plan”.

Para la elaboración del PAC, debe considerarse que el INCOP emitió el *Instructivo para llenar el formato del Plan Anual de Contratación*, en el cual se determinan las instrucciones para la aplicación de la herramienta que para el efecto se ha elaborado en el portal de compras públicas.

Finalmente, cabe mencionar que el artículo 2 y 3 de la Resolución No. 027-09 emitida por el INCOP, determinan que las contrataciones de régimen especial deberán estar identificadas en el PAC, salvo aquellas que por actividades empresariales o de carácter estratégico requieran de un tratamiento confidencial. Así mismo, de conformidad con la Norma de Control 406-02 “Planificación” de las normas de control interno emitidas por la Contraloría General del Estado, en el PAC constarán las adquisiciones a realizar-

se tanto por el régimen general, como por el régimen especial establecidos en la ley.

3.2. Estudios y especificaciones técnicas

Los estudios son la determinación clara del objeto de la contratación, vale decir, que los mismos nos permiten determinar con claridad y precisión qué desea contratar la entidad. Para poder iniciar un procedimiento precontractual, la entidad debe cumplir con este requisito previo, para lo cual, de conformidad con el artículo 23 de la LOSNCP, la entidad debe contar con los estudios y diseños completos, definitivos y actualizados, planos y cálculos, así como las especificaciones técnicas, debidamente aprobados por las instancias correspondientes.

Dependiendo de la complejidad de la contratación, en ciertos casos los estudios se reducirán a especificaciones técnicas realizadas por el área requirente de la entidad, pero en otros casos serán necesarios estudios más profundos, que pueden incluir diseños y planos (diseños de obra, planos arquitectónicos, estudios de resistencia, impacto ambiental, etc.), que son elaborados por un especialista en el tema, que es contratado para el efecto mediante un procedimiento de consultoría.

Los estudios permiten a la entidad, como mencionamos, tener claridad respecto al objeto de la contratación, pues en ellos se determinan las especificaciones generales y técnicas de dicho objeto contractual, en base a lo cual podrá obtenerse el presupuesto referencial, requisito indispensable para obtener la certificación presupuestaria y poder determinar el procedimiento precontractual que corresponda.

Una vez que la entidad cuenta con los estudios, puede realizar los términos de referencia; y, a su vez, con estos términos, elaborar los pliegos que permitirán iniciar el procedimiento precontractual.

Cuando los estudios no puedan ser formulados por los funcionarios, servidores o empleados de la entidad, se procederá a contratarlos con consultores especializados en la materia. Debe considerarse que los consultores tienen responsabilidad por sus estudios de hasta cinco años después de la recepción definitiva de los mismos (Art. 100 LOSNCP). Esta responsabilidad, sin embargo, puede ocasionar que se inicien acciones legales en contra de los consultores para establecer responsabilidades cuando los estudios o diseños estuvieren mal hechos e impidieren que se ejecute la contratación (Art. 96, numeral tercero, LOSNCP). Incluso, debe considerarse que de conformidad con el inciso tercero del artículo 23 de la LOSNCP, la responsabilidad se amplía a la máxima autoridad de la entidad contratante y a los funcionarios que hubieren participado en la elaboración de los estudios.

i. Desagregación tecnológica y compra de inclusión.- El inciso segundo del artículo 23 de la LOSNCP establece que los estudios y diseños incluirán obligatoriamente el análisis de *compra de inclusión* o de *desagregación tecnológica*, según corresponda, los que determinarán la proporción mínima de participación nacional o local de acuerdo a la metodología y parámetros determinados por el INCOP.

Al referirnos a la compra de inclusión debemos entender que dicho estudio comprende el beneficio o valoración preferente que se realiza a aquellos proveedores locales, así como para las micro y pequeñas empresas. Todos los procedimientos precontractuales comunes, establecidos en la LOSNCP, cuentan con parámetros que fomentan la participación de proveedores locales, beneficiando a las micro y pequeñas empresas sobre sus competidores.

El artículo 52 de la LOSNCP determina que “*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 micro 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”.

Los parámetros de valoración preferente constan en el Reglamento General de la LOSNCP y adicionalmente han sido desarrollados en las Resoluciones del INCOP (especialmente No. 039-2010) que regulan los procedimientos precontractuales y en los modelos de documentos precontractuales o pliegos elaborados por el mismo instituto. Se hará un análisis más pormenorizado de los mismos en cada uno de los procedimientos precontractuales que se analizan más adelante, así como en el Capítulo Noveno de este manual. Sin embargo, vale la pena mencionar que la participación nacional y los márgenes de preferencia han sido definidos entre el INCOP y el Ministerio de Industrias y Competitividad, conforme al oficio No. MIC:E-F-201-2008-SCI de 6 de noviembre de 2008, lo cual se ha reproducido en los pliegos de cotización y menor cuantía especialmente. Adicionalmente, el artículo 16 del Reglamento General de la LOSNCP determina la categorización de las micro, pequeñas y medianas empresas, para poder aplicar los márgenes de preferencia a los que nos hemos referido y que se considerarán en la valoración de los oferentes en los procedimientos precontractuales.

A su vez, la desagregación tecnológica es un estudio que permite determinar cuáles componentes de un proyecto (obra, bien o servicio) pueden ser abastecidos por proveedores locales, así como identificar a estos proveedores, para que el contratista pueda contar con los mismos para la ejecución del objeto contractual.

El Instituto Nacional de Contratación Pública emitió la *Metodología de la Desagregación Tecnológica y Compra de Inclusión*, para que las entidades contratantes puedan realizar o contratar los estudios respectivos. Esta metodología fue emitida mediante Resolución del INCOP No. 031-09 de 31 de agosto de 2009; y, en el artículo 2 se determina que la metodología de desagregación tecnológica se aplicará exclusivamente en los procedimientos de licitación de obras, lo cual fue ampliado mediante el artículo 3 de la Resolución del INCOP No. 035-09 de 28 de octubre de 2009, en la que se determina que *“Si, a consideración de la entidad contratante, se convoca a participar únicamente a proveedores de origen nacional, no será necesario realizar el estudio de desagregación tecnológica”*, con lo cual este estudio queda limitado exclusivamente para aquellas licitaciones de obra en las que se prevea la participación de proveedores locales y extranjeros, quienes competirán entre sí.

3.3. Presupuesto referencial y certificación presupuestaria

El artículo 24 de la LOSNCP determina que: “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”. En concordancia con esta norma, los artículos 115 y 116 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas dispone:

Art. 115.- Certificación Presupuestaria.- Ninguna entidad u organismo público podrán contraer compromisos, celebrar contratos, ni autorizar o contraer obligaciones, sin la emisión de la respectiva certificación presupuestaria.

Art. 116.- Establecimiento de Compromisos.- Los créditos presupuestarios quedarán comprometidos en el momento en que la autoridad competente, mediante acto administrativo expreso, decida la realización de los gastos, con o sin contraprestación cumplida o por cumplir y siempre que exista la respectiva certifica-

ción presupuestaria. En ningún caso se adquirirán compromisos para una finalidad distinta a la prevista en el respectivo presupuesto.

El compromiso subsistirá hasta que las obras se realicen, los bienes se entreguen o los servicios se presten. En tanto no sea exigible la obligación para adquisiciones nacionales e internacionales, se podrá anular total o parcialmente el compromiso.

Por otro lado, el artículo 178 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas prevé las sanciones por comprometer recursos públicos sin certificación presupuestaria:

Art. 178.- Sanciones por comprometer recursos públicos sin certificación presupuestaria. Ninguna entidad u organismo público podrán contraer compromisos, celebrar contratos ni autorizar o contraer obligaciones, sin que conste la respectiva certificación presupuestaria. Los funcionarios responsables que hubieren contraído compromisos, celebrado contratos o autorizado o contraído obligaciones sin que conste la respectiva certificación presupuestaria serán destituidos del puesto y serán responsables personal y pecuniariamente.

La certificación presupuestaria la otorga el Director Financiero o quien haga sus veces en la entidad contratante y debe hacerse consta expresamente la partida presupuestaria que se aplicará para la contratación.

De conformidad con la norma de control interno 408-11 emitida por la Contraloría General del Estado, para el caso de la determinación del Presupuesto de una obra: "...el presupuesto detallado de la obra es un cálculo de su costo, a partir de los componentes del precio de cada uno de los rubros o de las unidades de obra que conforman el proceso de construcción. El precio de cada unidad de obra está compuesto por: costos directos, costos indirectos, utilidad e imprevistos. El pre-

supuesto de la obra permite la cantidad y características de los materiales, mano de obra, maquinaria y herramientas por utilizar, así como su precio de mercado, de manera que, en forma bastante aproximada, se pueden prever los fondos necesarios para llevar a cabo la obra.”

Este requisito se encuentra tratado también en el artículo 27 del Reglamento General de la LOSNCP. En este artículo se establece también la posibilidad de que se certifique la existencia presente o futura de fondos. La existencia futura de fondos puede referirse por ejemplo a contratos de ejecución plurianual, es decir aquellos en los que la ejecución contractual supera un año, con lo cual se certificará que se hará constar en los siguientes presupuestos anuales de la entidad la partida presupuestaria y los fondos necesarios para cubrir las obligaciones económicas que vayan estableciéndose, conforme continúa la ejecución contractual. Así mismo, se podría certificar la existencia futura de fondos cuando los mismos provienen por ejemplo de una asignación de un convenio de financiamiento de un organismo de crédito, nacional o internacional, en que se haya establecido desembolsos periódicos de fondos, con lo cual se certificará la existencia futura de fondos con cargo a dicho convenio de financiamiento o de crédito. En todo caso, esta posibilidad debe aplicarse siempre para circunstancias que permitan tener certeza **de que se contará con los recursos necesarios para la ejecución contractual, sin que** pueda emitirse este tipo de certificaciones solo sobre meras expectativas de la entidad contratante.

Resulta de gran importancia la inclusión en este artículo reglamentario de la posibilidad de que se presenten propuestas de financiamiento otorgado por los propios oferentes, o por inversionistas, organizaciones estatales, u organismos e instituciones financieras o crediticias, para cubrir la totalidad del proyecto o para complementar una parte del mismo, situación que deberá constar de forma expresa en los pliegos. En dicho caso, el financiamiento ofrecido será uno de los aspectos a evaluar y calificar

dentro de la determinación del mejor costo previsto en la Ley, de acuerdo a los parámetros que se señalen en los pliegos.

En cualquiera caso, se deberá emitir la certificación sobre la disponibilidad presupuestaria y la existencia presente o futura de los recursos suficientes para cubrir las obligaciones derivadas de las contrataciones.

3.4. Los pliegos del proceso

Los pliegos desarrollan el trámite que debe seguirse para cada procedimiento precontractual, y contienen los requisitos específicos que los oferentes deben considerar para presentar sus propuestas.

El artículo 6, numeral 24, de la LOSNCP, define a los pliegos como los “Documentos precontractuales elaborados y aprobados para cada procedimiento, que se sujetarán a los modelos establecidos por el Instituto Nacional de Contratación Pública”.

Los pliegos, como se mencionó, deben ser elaborados y aprobados para cada procedimiento, correspondiendo dicha labor a la entidad contratante, pero considerando para el efecto los modelos que tienen el carácter de obligatorios y que han sido elaborados por el INCOP. Es evidente que para cada procedimiento la entidad contratante, bajo su responsabilidad, puede incorporar los aspectos que considere fundamentales para el procedimiento específico que se lleve adelante, por lo que podrá variar los pliegos, pero exclusivamente en lo que fuere necesario, sin cambiar las condiciones específicas de los mismos, ni incorporar aspectos que no cuenten con sustento legal, ni tampoco eliminando requerimientos exigidos por la LOSNCP, su Reglamento General de aplicación o las Resoluciones del INCOP. Para el caso de régimen especial, las entidades deberán ajustarse a los modelos de pliegos emitidos por el INCOP, en lo que fuere aplicable.

El artículo 20 del Reglamento General de la LOSNCP, concordante con lo expuesto, dispone:

“Art. 20.- Pliegos.- La entidad contratante elaborará los pliegos para cada contratación, para lo cual deberá observar los modelos elaborados por el INCOP que sean aplicables. Los pliegos serán aprobados por la máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado”.

Debe considerarse que los pliegos son de cumplimiento obligatorio tanto para los oferentes, como para la propia entidad contratante que los emite, por lo que no podría luego eximirse a un oferente de algún requisito que se haya determinado como obligatorio en los pliegos. Así mismo, la entidad contratante no puede obviar las reglas que ha establecido en los pliegos. De ahí que doctrinariamente se ha considerado a los pliegos como la *ley del contrato*. El tratadista argentino Roberto Dromi, refiriéndose al tema menciona:

“Las cláusulas del pliego de bases y condiciones constituyen normas de interés general y, por lo tanto, son obligatorias para todos, incluso para la propia Administración; las propuestas deben coincidir con el pliego por ser éste la principal fuente de donde se derivan los derechos y obligaciones de las partes, al que debe acudir para resolver los problemas que se planteen.”

Concluyendo, debemos siempre recordar que las actuaciones en materia de contratación pública deben guardar un sometimiento irrestricto y obligatorio a las disposiciones de la LOSNCP, su Reglamento General de aplicación, las Resoluciones del INCOP y los pliegos del proceso. Aquellos procedimientos que se aparten de estas disposiciones incurrirían en causal de nulidad, de con-

⁷ DROMI, ROBERTO: *Deberes Administrativos*, Décima Edición. Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires 2004, pág. 512.

formidad con lo establecido en el artículo 65 de la LOSNCP que determina que son nulos los contratos regidos por dicha Ley, entre otras causales, por haberse prescindido de los procedimientos y las solemnidades legalmente establecidas; y, adicionalmente, podría considerarse también que se encuentran en causal de terminación unilateral, de conformidad con el artículo 94, numeral 5, de la LOSNCP, que determina como causal para que la entidad contratante puede declarar terminada unilateral y anticipadamente la relación contractual por haberse celebrado el contrato contra expresa prohibición de la Ley.

i. Modelos de pliegos obligatorios

Dentro de las funciones del INCOP está la de emitir modelos de pliegos de obligatorio cumplimiento para cada proceso precontractual establecido en la ley (Art. 28 LOSNCP). Actualmente se han emitido modelos de pliegos para casi todos los procesos precontractuales.

Existen excepciones para aplicar los modelos de pliegos obligatorios, conforme lo señala la disposición General Quinta de la R LOSNCP: *“Los contratos que se rijan por leyes especiales o que respondan a formatos regulados, tales como pólizas de seguros, servicios básicos, servicios de telecomunicaciones y otros, no observarán los formatos de los modelos de pliegos obligatorios, ni cumplirán con las cláusulas obligatorias del Sistema Nacional de Contratación Pública.”*

Los pliegos, pueden ser modificados por iniciativa de la máxima autoridad, su delegado o por la comisión técnica, de oficio o a petición de los participantes del proceso a través de sus preguntas o su solicitud de aclaraciones dentro de las etapas previstas, siempre y cuando no alteren el objeto del contrato y el presupuesto referencial (Art. 22 R LOSNCP). Estas modificaciones deberán además, ser publicadas en el Portal www.compraspublicas.gov.ec.

Los pliegos contractuales regularán a todo el proceso desde el inicio. Por ejemplo, entre otras modalidades, los pliegos pueden permitir la contratación por ítems, el cual consiste en la identificación de un bien o de bienes de la misma clase y características para ser adjudicados de forma independiente por distintos oferentes. De esta manera, en el mismo proceso se pueden efectuar contratos por cada ítem adjudicado, pero esta modalidad debe estar prevista en dichos pliegos. Debe agregarse que en esta modalidad de contratación, también un mismo oferente podrá presentar su oferta por el total de ítems o por algunos, facultándose su adjudicación por el total y para ello se realizará un contrato por cada adjudicatario, siempre y cuando estas opciones se hayan contempladas en los pliegos precontractuales.

ii. Expediente del proceso, información relevante

Todo proceso de contratación debe tener su correspondiente expediente. El artículo 13 del RLOSNCPP determina qué documentación debe entenderse como información relevante, la cual deberá publicarse en el portal de compras públicas obligatoriamente.

3.5. El Registro Único de Proveedores (RUP)

El Registro Único de Proveedores (RUP), es un sistema público de información y habilitación de las personas naturales y jurídicas, nacionales y extranjeras, con capacidad para contratar, cuya administración corresponde al Instituto Nacional de Contratación Pública. Para participar individualmente o en asociación en las contrataciones reguladas por la LOSNCPP, se deberá constar en el RUP como proveedor habilitado y solo por excepción, los oferentes que intervengan en procesos de menor cuantía podrán no estar inscritos en el RUP. Sin embargo, deberán inscribirse en el RUP previa a la suscripción de sus respectivos contratos. (Art. 18 LOSNCPP).

La creación del RUP, en atención a lo dispuesto en el Art. 4 de la LOSNCP, tuvo como finalidad el brindar mayor transparencia a los procesos, así como dar mayor agilidad al sistema y principalmente reunir en un solo registro, a todos los proveedores del Estado y sus entidades. Es por esto que las Entidades Contratantes no podrán llevar registros adicionales ni exigir a sus oferentes o proveedores la presentación de los documentos ya solicitados para la obtención del RUP.

Toda la información contenida en el RUP es pública y debe estar disponible en el Portal (www.compraspublica.gov.ec). Está establecido de acuerdo a categorías de productos y servicios dispuestas por el Instituto Nacional de Contratación Pública.

Cuenta además, con un sistema de actualización automática y permanentemente por medios de interoperación con las bases de datos de las instituciones públicas y privadas que cuenten con la información requerida, quienes deberán proporcionarla de manera obligatoria y gratuita y en tiempo real, entendiéndose que esta información ingresa y se desarrolla dentro de las bases de datos de las otras instituciones. (Art. 16 LOSNCP).

Es decir, la creación de este Registro centralizado permite certificar quienes están habilitados para contratar con el Estado y sus instituciones. Para la emisión de dicha certificación se requiere de documentación y requisitos; en el pasado lo exigía cada institución para cada proceso, por lo que este adelanto resulta beneficioso para entidades contratantes y proveedores en general.

3.5.1. Causales de Suspensión del RUP

Las causales de suspensión temporal para contratar con el Estado son las siguientes, de conformidad con el Art. 19 de la LOSNCP:

a. Ser declarado contratista incumplido o adjudicatario fallido, durante el tiempo de cinco (5) años y tres (3) años, respectivamente, contados a partir de la notificación de la resolución de terminación unilateral del contrato o de la resolución con la que se declare adjudicatario fallido.

En estos casos los contratistas incumplidos serán aquellos cuyo contrato ha sido terminado unilateralmente en forma anticipada por causal de incumplimiento (Arts. 55; 92 Núm. 4; y, 94 Núm. 1 LOSNCP). También se puede considerar como incumplido el contratista que habiendo realizado la entrega definitiva, no ha llegado a satisfacer los requerimientos de rectificaciones, reparaciones o correcciones solicitados justificadamente por la entidad contratante.

Los contratistas incumplidos constarán en el portal de compras públicas (Arts. 21 y 95 LOSNCP) en función de la nómina enviada al INCOP por la entidad contratante, acompañada de los documentos probatorios correspondientes (Art. 98 LOSNCP). No obstante, de esto último, el INCOP no tiene facultad alguna para objetar la decisión de las entidades públicas para la declaratoria de contratistas incumplidos, por lo que como señala el Art. 19, bastará la resolución de terminación unilateral o la resolución de adjudicatario fallido.

La inhabilitación de la oferta “por incumplimiento de las condiciones o requerimientos establecidos en los Pliegos” (Art. 33 Núm. 2) no es causal de declaratoria de “contratista incumplido”, aunque sea por la razón de que al haberse declarado desierto el procedimiento respectivo, nunca fue firmado un contrato, lo cual si conlleva la sanción de adjudicatario fallido en caso de que la falta de firma de dicho contrato se deba a causas imputables al adjudicatario. Tampoco las multas por incumplimiento que no hayan ocasionado la terminación unilateral y anticipada del contrato determinan la declaratoria de “incumplido” del contratista.

La terminación unilateral y anticipada del contrato por *“circunstancias técnicas o económicas imprevistas o de caso fortuito o fuerza mayor, debidamente comprobadas”*, cuando *“el contratista no hubiere accedido a terminar de mutuo acuerdo el contrato”*, tampoco es causal de inclusión de este contratista en el Registro de contratista incumplido (Art. 94 Núm. 6 LOSNCP).

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

c. Haber sido inhabilitado de conformidad a lo previsto en los incisos segundo y tercero del artículo 100 de esta Ley.

Una vez superadas las causas o los tiempos de sanción previstos en los numerales anteriores, el INCOP rehabilitará al proveedor de forma automática y sin más trámite, para quede habilitado para contratar con el Estado y sus Instituciones. (Art. 19 LOSNCP).

Además del transcurso del tiempo determinado por la ley (3 y 5 años), los contratistas podrán salir del registro de incumplidos por disposición de sentencia o laudo ejecutoriados, o en su defecto por revocación del acto administrativo que contenía ya sea la resolución de terminación unilateral del contrato o la resolución que declara incumplido al contratista o fallido al adjudicatario.

También es causa de suspensión definitiva de un proveedor en el RUP haber entregado para su registro información adulterada, siempre que dicha situación haya sido declarada en sentencia ejecutoriada de última instancia.

Finalmente, en relación al registro y demás aspectos relacionados al RUP, deberá estarse a lo dispuesto en la Resolución No. 046-2010 emitida por el INCOP.

CAPÍTULO CUARTO

NORMALIZACIÓN DE BIENES Y SERVICIOS

4.1. Normalización de Bienes y Servicios

Un aspecto fundamental de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública es la incorporación de la definición de los *bienes y servicios normalizados*, ya que una vez que la entidad define si un bien o servicio es normalizado o no, se determinará el procedimiento precontractual a seguir. Así, existen los procedimientos de catálogo electrónico y subasta inversa electrónica, para los bienes y servicios normalizados, en que prima el precio como factor preponderante para la adjudicación; mientras que existen los procedimientos de menor cuantía, cotización y licitación, para la contratación de bienes y servicios no normalizados, en los cuales el precio no es un factor preponderante para decidir la adjudicación.

El artículo 6, numeral 2, de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, define a los bienes y servicios normalizados así:

“Bienes y Servicios Normalizados: Objeto de contratación cuyas características o especificaciones técnicas se hallen homologados y catalogados”.

Al expedirse la LOSNCP se contaba únicamente con la definición transcrita y la misma no permitía tener un concepto claro de lo que debía entenderse por *bienes y servicios normalizados*, pues la homologación de especificaciones técnicas se entendía únicamente como determinación de especificaciones generales y técnicas de una contratación, lo cual es requisito fundamental para todo tipo de contratación, independientemente de si nos referimos o no a bienes y servicios normalizados. Por su parte, la catalogación sembraba dudas, pues el catálogo electrónico en la actualidad

cuenta únicamente con cuatro categorías de bienes y servicios normalizados que ofrece para adquisiciones directas (suministros de oficina, suministros de limpieza, computadores y vehículos), con lo cual se entendería equivocadamente que solo aquellos son normalizados y ninguno más. Finalmente, muchas personas confundieron la catalogación con aquellos bienes y servicios que constan en el *Clasificador Central de Productos* del Portal de Compras Públicas, el cual permite que las entidades contratantes puedan determinar la categoría de la obra, bien o servicio a contratarse, a efectos de que se realicen las invitaciones a participar en los procesos, a través del portal, a los proveedores calificados en dichas categorías. Bajo este último supuesto todos los bienes y servicios serían normalizados, lo cual tampoco es cierto.

Para aclarar este tema fue necesario que se incorpore una norma específica en el Reglamento General de la LOSNCP expedido el 30 de abril de 2009, mediante Decreto Ejecutivo No. 1700, en sustitución del Reglamento que originalmente estuvo en vigencia desde el 8 de agosto de 2008. El artículo 42 del Reglamento vigente dispone:

“Artículo 42.- Bienes y Servicios normalizados.- 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.

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, pa-

ra referirse a aquellos bienes o servicios, sobre los cuales el INCOP celebró los correspondientes convenios marco.

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.

Los bienes y servicios normalizados se adquieren, en su orden, por procedimientos de Catálogo Electrónico y de Subasta Inversa; y solo en el caso de que no se puedan aplicar dichos procedimientos o que éstos hayan sido declarados desiertos se optarán por los demás procedimientos de contratación previstos en la Ley y en este Reglamento General.”

Con la norma transcrita el tema es aclarado y se determina que los bienes y servicios normalizados son aquellos que han sido estandarizados por la propia entidad contratante, es decir, que se definen especificaciones técnicas generales en base a las cuales los proveedores podrán ofrecer sus bienes y servicios cumpliendo dichas especificaciones, por lo que el valor exclusivo en base al cual se escogerá al adjudicatario será el precio ofertado.

Ahora bien, adicionalmente a que las especificaciones técnicas de los bienes y servicios hayan sido estandarizadas por la entidad contratante, es necesario que los proveedores puedan competir en igualdad de condiciones, lo cual significa que para poder escoger el bien o servicio el único factor a aplicarse sería el precio. En definitiva, lo que quieren decir estas normas es que cuando es necesario analizar parámetros distintos al precio, pues los bienes o servicios no son comparables en igualdad de condiciones, la entidad puede determinar que el bien o servicio es no normalizado y por tanto definirá también los parámetros de selección a aplicar.

El Instituto Nacional de Contratación Pública se ha pronunciado en este sentido ante varias de las consultas formuladas por las entidades contratantes. Por ejemplo, mediante oficio INCOP No. DE-0757-2010, de 17 de febrero de 2010, en que se absuelve una consulta formulada por el Superintendente de Compañías, el pronunciamiento es el siguiente, en su parte pertinente:

“Por lo expuesto, si su Entidad requiere evaluar aspectos de las ofertas presentadas, tales como: capacidad técnica, experiencia en trabajos anteriores y similares, mejores condiciones para la Entidad, entre otros, el bien o servicio sería no normalizado, consecuentemente se deberán aplicar los procedimientos previstos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, para bienes y servicios no normalizados, estos son: Licitación, Cotización o Menor Cuantía, dependiendo del presupuesto referencial de la contratación”.

Evidentemente, los parámetros de evaluación a aplicarse deben constar previamente definidos en los pliegos del proceso respectivo.

Es nuestro criterio que por regla general todos los bienes y servicios son normalizables, sin embargo, en ciertas circunstancias no es posible esta estandarización y por tanto, cuando se justifica que es necesario valorar aspectos como calidad, plazo, experiencia y otros que sean definidos por la entidad, se puede considerar a los bienes y servicios como no normalizados. Esto porque claramente se determina que la responsabilidad de la normalización o estandarización de los bienes y servicios es de responsabilidad de la propia entidad.

CAPÍTULO QUINTO

INTERVINIENTES EN EL PROCESO PRECONTRACTUAL Y CONTRACTUAL

5.1. Entidades contratantes

De acuerdo con el Art. 1 de la LOSCNP, son entidades contratantes:

“1. Los Organismos y dependencias de las Funciones del Estado”.

Comprenden todas las entidades públicas que pertenecen a las cinco funciones del Estado en el Ecuador (ministerios, secretarías, órganos adscritos, unidades de ejecución, etc...). Las dependencias son las diferentes unidades administrativas que no tienen personalidad jurídica.

Es importante mencionar que desde la expedición de la nueva Constitución de la República, en el Ecuador existen cinco funciones del Estado, a saber: Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social. Todos los organismos y dependencias, es decir entidades en general, que dependan de estas cinco funciones del estado, deben aplicar las normas y procedimientos de la LOSNCP.

“2. Los Organismos Electorales”.

Comprenden el Consejo Nacional Electoral, las Delegaciones Provinciales Electorales y el Tribunal Contencioso Electoral, que según la Ley Orgánica de Elecciones, se regían por sus propias normas de contratación de bienes, obras y servicios en época electoral (Art. 188 LOE). Ahora, deben aplicar la LOSNCP y su Reglamento, gracias a la derogatoria de todas las normas que

establecían regímenes especiales de contratación⁸. Se entiende que no regirá más el régimen especial establecido por este artículo 188 de la Ley Orgánica de Elecciones.

“3. Los Organismos de Control y Regulación”.

La Constitución de la República contempla, dentro de la Función de Transparencia y Control Social, al Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, la Contraloría General del Estado, las Superintendencias y Defensoría del Pueblo.

Sin embargo, el numeral 3 del artículo 1 de la LOSNCP no menciona solamente a las entidades pertenecientes a esta función, sino que generaliza su descripción al hablar en general de organismos de control y regulación, dentro de los cuales podría entenderse incluidas también a la Procuraduría General del Estado, el INEC, el propio INCOP y todo organismos que ejerza algún tipo de control o regulación en el país.

“4. Las entidades que integran los gobiernos autónomos descentralizados.”

Estas entidades son las municipalidades y consejos provinciales, incluyendo las juntas parroquiales.

“5. 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”.

Estas entidades abarcan todas las personas jurídicas de Derecho Público no comprendidas en los números anteriores, como por

⁸ Derogatoria: “Deróguese (sic) todas las disposiciones generales y especiales que se opongan a esta Ley y de manera particular las siguientes: (...) (...) 9. Las normas especiales de contratación pública que contengan otras leyes”.

ejemplo el Instituto Ecuatoriano de Desarrollo Agraria (INDA), incluyendo todas las entidades denominadas “autónomas”, como el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social o el Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual (IEPI).

“6. Las personas jurídicas creadas por acto legislativo seccional para la prestación de servicios públicos”.

Se refiere principalmente a las empresas municipales, especialmente de agua potable y alcantarillado, y en general a otras entidades creadas con personalidad jurídica de Derecho Público por acto legislativo municipal o provincial para el cumplimiento de los fines institucionales.

“7. Las corporaciones, fundaciones o sociedades civiles en cualquiera de los siguientes casos:

a) estén integradas o se conformen mayoritariamente con cualquiera de los organismos y entidades señaladas en los números 1 al 6 de este artículo o, en general por instituciones del Estado; o,”

Por tratarse de personas jurídicas sin fines de lucro, regidas por la normativa del Código Civil, no tienen un “capital” sino un fondo. No cabe entonces referirse a la mayoría de “capital”, por lo que se asume que la conformación mayoritaria de instituciones públicas a que se refiere la Ley estará relacionada con una mayoría en la integración de la Sala o la Asamblea, o de su Directorio.

“b) que posean o administren bienes, fondos, títulos, acciones, participaciones, activos, rentas, utilidades, excedentes, subvenciones y todos los derechos que pertenecen al Estado y a sus instituciones, sea cual fuere la fuente de la que procedan, inclusive los provenientes de préstamos, donaciones y entregas que, a cualquier otro título se realicen a favor del Estado o de sus institu-

ciones; siempre que su capital o los recursos que se le asignen, esté integrado en el cincuenta (50%) por ciento o más con participación estatal; y en general toda contratación en que se utilice, en cada caso, recursos públicos en más del cincuenta (50%) por ciento del costo del respectivo contrato”.

Como se vio anteriormente resulta inapropiada la denominación de “capital” que se hace de los fondos corporativos o fundacionales, aunque la descripción es suficientemente clara.

“8. Las compañías mercantiles cualquiera hubiere sido o fuere su origen, creación o constitución que posean o administren bienes, fondos, títulos, acciones, participaciones, activos, rentas, utilidades, excedentes, subvenciones y todos los derechos que pertenecen al Estado y a sus instituciones, sea cual fuere la fuente de la que procedan, inclusive los provenientes de préstamos, donaciones y entregas que, a cualquier otro título se realicen a favor del Estado o de sus instituciones; 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; y en general toda contratación en que se utilice, en cada caso, recursos públicos en más del cincuenta (50%) por ciento del costo del respectivo contrato. Se exceptúan las personas jurídicas a las que se refiere el numeral 8 del artículo 2 de esta Ley, que se someterán al régimen establecido en esa norma”.

Bajo este numeral se encuentran todas las compañías mercantiles que manejen fondos públicos de cualquier tipo, en una proporción mayor al 50% de su capital o del costo de cada contratación.

5.2. El Instituto Nacional de Contratación Pública (INCO-P)

En particular, una de las más notorias novedades de la LOSNCP es la creación del Instituto Nacional de Contratación Pública

(INCOP), como persona jurídica de Derecho Público, con potestades para diseñar y administrar las “herramientas” del nuevo esquema contractual de la LOSNCP, así como de controlar su cumplimiento.

De conformidad con el Art. 14 de la LOSNCP, el Instituto Nacional de Contratación Pública tiene a su cargo el cumplimiento de las atribuciones previstas en dicha Ley, incluyendo en consecuencia, la verificación de:

El uso obligatorio de las herramientas del Sistema, para rendir cuentas, informar, promocionar, publicitar y realizar todo el ciclo transaccional de la contratación pública;

El uso obligatorio de los modelos precontractuales, contractuales oficializados por el Instituto Nacional de Contratación Pública;

El cumplimiento de las políticas emitidas por el Directorio del INCOP y los planes y presupuestos institucionales en materia de contratación pública;

La contratación con proveedores inscritos en el RUP, salvo las excepciones puntualizadas en esta Ley;

Que los proveedores seleccionados no presenten inhabilidad o incapacidad alguna hasta el momento de la contratación; y,

Que la información que conste en las herramientas del Sistema se encuentre actualizada.

La Ley dispone que para ejercer el control del Sistema, el Instituto Nacional de Contratación Pública podrá solicitar información a entidades públicas o privadas que crea conveniente, las que deberán proporcionarla en forma obligatoria y gratuita en un término máximo de 10 días de producida la solicitud.

A más de las establecidas en la Ley, serán atribuciones del INCOP constantes en el artículo 6 de la RLOSNCP:

Ejercer el monitoreo constante de los procedimientos efectuados en el marco del Sistema Nacional de Contratación Pública;
Emitir de oficio o a petición de parte, observaciones de orden técnico y legal en la fase precontractual, las que serán de cumplimiento obligatorio para las entidades contratantes;
Supervisar de oficio o pedido de parte, conductas elusivas de los principios y objetivos del Sistema Nacional de Contratación Pública, tales como: plazos insuficientes, especificaciones técnicas subjetivas o direccionadas, presupuestos fuera de la realidad del mercado, parámetros de evaluación discrecionales, entre otros;
Realizar evaluaciones y reportes periódicos sobre la gestión que en materia de contratación pública efectúen las entidades contratantes; y de ser el caso, generar alertas o recomendaciones de cumplimiento obligatorio, sin perjuicio de que sean puestas en conocimiento de los organismos de control pertinentes.

Cabe mencionar en este punto una de las más graves falencias del sistema, que es a nuestro criterio la falta de potestad sancionadora directa de parte del INCOP para temas relacionados con contratación pública. Se buscó subsanar esta falencia mediante un oficio circular emitido desde la Secretaría Nacional de la Administración Pública de la Presidencia, en el que se facultó al Director Ejecutivo del INCOP a “sugerir la suspensión” de procedimientos de contratación en los que se advierta “una posible distorsión del Sistema”; sin embargo, una facultad de este tipo debe tener una base legal o reglamentaria que la sustente, y no basta jurídicamente un oficio para que ostente legitimidad y validez. Debe considerarse que el INCOP deberá informar a las entidades de control sobre irregularidades que logre identificar en los procesos o contratos.

La información proveniente de otras instituciones públicas que maneja el INCOP deberá estar siempre actualizada, por la conexión en línea, a través del Internet, de los archivos públicos. No debería ser necesario “actualizar” la información de archivos públicos de cumplimiento de obligaciones en: Superintendencia

de Compañías, Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, Servicio de Rentas Internas y en general, instituciones públicas. Por otra parte, siempre será necesario actualizar información del oferente, que provenga de instituciones privadas, como los certificados bancarios, los informes de auditores externos, etc. El certificado que era necesario exhibir de la Contraloría General del Estado, de no constar como contratista incumplido o adjudicatario fallido, es innecesario en el futuro, puesto que esta información ahora corresponde al INCOP. Sin embargo, se podría entender que, sin perjuicio de la actualización que corresponda a los proveedores, el INCOP podría solicitar la información de otras instituciones públicas o privadas.

5.3. Oferentes y Proveedores

El requisito para participar en un proceso contractual en cualquiera de las modalidades contempladas en la LOSNCP, es tener capacidad para contratar en general y encontrarse inscrito y habilitado en el RUP, aunque existen excepciones a lo último (ínfima cuantía, arrendamiento de bienes, menor cuantía para ofertar, para lo cual el adjudicatario debe estar habilitado antes de suscribir el contrato).

El oferente cuya oferta haya sido adjudicada, y por consiguiente haya suscrito el contrato respectivo, se convierte en “contratista”, definido en la Ley como: *“la persona natural o jurídica, nacional o extranjera, o asociación de éstas, contratada por las Entidades Contratantes para proveer bienes, ejecutar obras y prestar servicios, incluidos los de consultoría”* (Art. 6 Núm. 6 LOSNCP). Específicamente, la persona natural o jurídica habilitada para la consultoría se denomina “consultor”, que es la “persona natural o jurídica, nacional o extranjera, facultada para proveer servicios de consultoría, de conformidad con esta Ley (Art. 6 Núm. LOSNCP).

Para esto, es de responsabilidad de cada entidad contratante el verificar si los oferentes se encuentran habilitados en el RUP.

5.4. Personas naturales o jurídicas extranjeras

Las personas naturales o jurídicas extranjeras pueden participar y celebrar contratos con las entidades contratantes, cumpliendo con lo dispuesto en la LOSNCP. Sobre los requerimientos para la inscripción de extranjeros en el RUP, véase la Resolución No. 046-2010 emitida por el INCOP.

Sobre los documentos emitidos en el extranjero, en la actualidad el Ecuador es miembro adherente de la Convención de La Haya sobre la “apostilla”, conforme a la cual no se requiere más que el sello de la “apostilla” en el documento respectivo, para que tenga validez en otro Estado miembro, sin más requerimientos. Por lo que, toda la documentación proveniente del extranjero podrá tener plena validez en el Ecuador con la apostilla. En caso de no tenerlo, dicho documento deberá contener la autenticación otorgada por el cuerpo diplomático o consular del país donde haya sido emitido.

5.5. Consorcios o asociaciones de empresas

En cualquier proceso precontractual previsto en la Ley, 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. Sin embargo, para la celebración de los contratos con una asociación o consorcio, será requisito previo la presentación de la escritura pública mediante la cual se haya celebrado el contrato de asociación o consorcio, escritura en la que debe constar la designación de un apoderado. Esta modalidad toma el nombre en inglés de Joint Venture.

De conformidad con el Capítulo IV de la Resolución No. 046-2010 emitida por el INCOP, cada uno de los integrantes de un consorcio deben contar con RUP; y, éstos no pierden su personalidad jurídica ni constituyen una persona jurídica diferente, siendo por tanto responsables solidariamente y en forma indivisible frente a una obligación contractual.

Cabe mencionar que para contratos de consultoría, solamente pueden conformarse consorcios integrados por personas de la misma naturaleza (sólo personas naturales, sólo firmas consultoras o sólo universidades, fundaciones, corporaciones, etc.).

Para consorcios que participen en procesos donde se valoren los márgenes de preferencia, los integrantes de dichos consorcios que sean sujetos beneficiarios de dichos consorcios deben tener una participación en el consorcio de mínimo 50%.

Las escrituras de constitución y disolución de la asociación o consorcio deberán contener los requisitos establecidos en el Reglamento de la Ley. (Art. 67 LOSNCP), así como en los artículos 17 y 18 de la Resolución No. 046-2010 emitida por el INCOP.

Como regla general los adjudicatarios de los contratos deben suscribir los contratos dentro del término previsto en los pliegos o en la Ley, el cual no podrá exceder de quince (15) días término siguientes a la fecha de adjudicación. Sin embargo, como excepción para el caso de que el adjudicatario sea un consorcio o asociación, en estos casos se tendrán quince días adicionales para la suscripción de los contratos, en razón de la necesaria formalización de dicha asociación en caso que no lo estuviere (Art. 113 R LOSNCP).

Una asociación o “sociedad de hecho”, al no ser persona jurídica no puede ser representada como tal, pero las personas que la

integran, a través de la figura del mandato, regulado por los artículos 2047 al 2103 del Código Civil, pueden designar a un apoderado o mandatario a fin de que las representen. En el caso de intervención de personas jurídicas en consorcios o asociaciones, éstas podrán adoptar un nombre social que puede constituir una denominación. De esta forma se ha pronunciado el Procurador General del Estado:

“Primera Consulta. Los consorcios o asociaciones son sociedades de hecho que se forman para participar en actos y contratos específicos, intervienen a través de un representante convencional, conforme a las normas previstas en los artículos 2047 al 210 del Código Civil no constituyen sociedades con personería jurídica. Quienes conforman estas asociaciones o consorcios se obligan solidaria e indivisiblemente.

Bajo este contexto, el Cuerpo de Ingenieros del Ejército, puede asociarse con personas jurídicas nacionales o extranjeras para ofertar servicios y contratar las obras para las que está facultado, como son las de infraestructura, vialidad, ductos, etc.

Sin embargo, existe la Resolución 050-DIR-97, mediante la cual, el Directorio de PETROECUADOR, autoriza al Presidente Ejecutivo la adjudicación del proyecto al Cuerpo de Ingenieros. Esta decisión, le obliga al Cuerpo de Ingenieros a ofertar por sí mismo, pues si lo hace como parte de un consorcio o asociación, para los fines de adjudicación y del contrato, habrá perdido su identidad”⁹.

A continuación jurisprudencia, respecto a consorcios y asociaciones:

“QUINTO: En la demanda (fojas 744 a 746), el actor comparece en la calidad de representante legal del Consorcio Urbanizaciones y Cons-

⁹ Of. PGE 11174 del 10 de junio de 1998. Respuesta al Of. 980103-CEE-AJ del 6 de abril de 1998, del Comandante del Cuerpo de Ingenieros de la Fuerza Terrestre.

trucciones CCV Cía. Ltda. y Asociados y agrega la copia certificada del nombramiento otorgado a su favor (foja 743). Entre los documentos agregados a la demanda consta también la escritura pública de constitución del consorcio, celebrada ante el Notario Tercero del cantón Cuenca, que se incluye como documento habilitante en los contratos celebrados entre las partes. En la escritura de constitución del consorcio, cláusula sexta, se establecen las atribuciones del Presidente, la primera de las cuales es ser el representante legal del consorcio, tanto en lo judicial como en lo extrajudicial, en su calidad de apoderado general. La primera cuestión que debe clarificarse entonces es si el consorcio tiene la condición de persona jurídica que debe comparecer en juicio por medio de su representante legal, conforme lo establece el artículo 34 del Código de Procedimiento Civil. Para el recurrente la respuesta está dada en el artículo 1984 del Código Civil, que dice: 'Sociedad o compañía es un contrato en que dos o más personas estipulan poner algo en común, con el fin de dividir entre sí los beneficios que de ello provengan.- La sociedad forma una persona jurídica, distinta de los socios individualmente considerados'. Sin embargo, el Tribunal de instancia no comparte este criterio, pues estima que 'si analizamos en conjunto el contrato escriturario de constitución del Consorcio, es incuestionable que no se ha constituido una persona jurídica sino un consorcio o asociación, con una duración determinada precisamente por su objeto, es decir que se ha constituido una sociedad de hecho, que por su propia naturaleza no puede ser representada judicialmente en los términos del artículo 583 del Código Civil, en relación con los artículos 28 y 580 *ibidem*'. La argumentación del Tribunal se basa en el texto del contrato de constitución del consorcio y parte del mismo nombre de consorcio escogido por los constituyentes. En este punto habrá que sostener una vez más que la denominación que las partes de a un contrato no altera su verdadera naturaleza, la cual deberá apreciarse del contenido mismo del contrato, pues debe estarse a la intención de los contratantes, más que a lo literal de las palabras, según nos enseña el propio Código Civil (Art. 1603); tanto más que la palabra 'consorcio' viene utilizándose en la práctica jurídica y mercantil en nuestro país como un sinónimo de sociedad. Ahora bien, la esencia de la sociedad, según lo define el ya citado artí-

culo 1984, radica no en la denominación sino en el hecho de que dos o más personas pongan algo en común para dividirse los beneficios que provengan de la actividad societaria. Estos elementos, que, se reitera, son de la esencia del contrato de sociedad, se cumplen claramente en este caso, en que los contratantes, que son dos personas jurídicas y una persona natural, comparecen para la constitución del consorcio y en la cláusula tercera del contrato, acuerdan que: 'Las partes que conforman el consorcio que se constituye por el presente instrumento, se obligan a aportar, suministrar o proveer todos los capitales, tecnología, herramientas y mano de obra que se requiera para la ejecución de la obra, de tal manera que en ningún caso falte la atención necesaria para el fiel cumplimiento de la obra objeto del contrato. Los beneficios y/o pérdidas, en caso de haberlos, serán distribuidos en partes iguales'. En cuanto a la duración del consorcio, en la escritura se ha señalado como plazo precisamente la que prevé el segundo inciso del artículo 1996 del Código Civil: '(...) si el objeto de la sociedad es un negocio de duración limitada, se entenderá contraída por todo el tiempo que durare el negocio'. Cabe preguntarse también si para la constitución de la sociedad prevista en el artículo 1984 del Código Civil, se requiere de alguna solemnidad especial, o si basta la manifestación del consentimiento de los contratantes expresado en un documento escrito. La libertad de contratación permite que un contrato se perfeccione por el solo consentimiento, excepto cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, sin las cuales no surte ningún efecto civil; o cuando se perfecciona con la entrega de la cosa. Así lo establece el artículo 1486 del Código Civil al señalar la diferencia entre los contratos consensuales, que son los que se perfeccionan por el solo consentimiento, los solemnes y los reales. Por otro lado debe tomarse en cuenta que las solemnidades solo son exigibles cuando la ley lo determina de manera expresa, sin perjuicio de que las partes voluntariamente puedan someterse a la práctica de alguna solemnidad. El artículo 1984 del mismo código no prevé ninguna solemnidad especial para la validez del contrato de sociedad civil, pero el artículo 1995, en absoluta concordancia con el 143 de la Ley de Compañías, determina que las sociedades civiles anónimas están sujetas a las mismas reglas que las sociedades comercia-

les anónimas, incluyendo por tanto las solemnidades exigidas para la validez del contrato de constitución. La única formalidad, de naturaleza probatoria, que sería aplicable a este contrato es que conste por escrito, en virtud de la regla del artículo 1753, siempre del Código Civil, que determina que deben constar por escrito los actos o contratos que contienen la entrega o promesa de una cosa que valga más de dos mil sucres. Además debe recordarse que en virtud de la libertad constitucional de asociación, las personas naturales o jurídicas pueden asociarse para cumplir finalidades lícitas, constituyendo de esta manera una persona jurídica distinta de las personas que la integran. Y asimismo, en principio y salvo disposición contraria de la ley, basta que se cumplan las exigencias establecidas por la propia ley para que, como señala Juan Larrea Holguín, 'automáticamente una persona jurídica esté encuadrada en el orden jurídico y pueda gozar y usar de sus derechos' (Derecho Civil del Ecuador, Tomo I, quinta edición, Quito, 1991, página 446). Este mismo tratadista, en el Tomo XIII, de la misma obra, en que aborda el estudio del contrato de sociedad, agrega: 'En cuanto a la forma, históricamente la sociedad ha sido un contrato consensual, que no exige forma específica y que puede pactarse incluso verbalmente (...). Nuestra jurisprudencia ha reconocido que se contrae verdadera sociedad con el mero consentimiento, sin especiales formalidades' y cita la sentencia de 27 de marzo de 1944, publicada en la Gaceta Judicial Serie VI, número 13, en la que un voto salvado se aparta de la mayoría sólo porque considera que se requiere principio de prueba por escrito (pp. 269-270). Finalmente hay que señalar que el caso de la sociedad civil, regulada por el Título XXVI del Libro Cuarto del Código Civil, es diferente al de las corporaciones y fundaciones, cuyo régimen lo prevé el Título XXIX del Libro Primero del mismo código, que requieren la aprobación del Presidente de la República (Art. 584); y diferente también al de las sociedades mercantiles, cuyo proceso de aprobación está previsto en la Ley de Compañías, por cuanto a través de las solemnidades se procura asegurar frente a terceros la identidad y estabilidad de la entidad con la que se negocia. Así, pues la sociedad civil es persona jurídica desde el momento mismo de su constitución, si ésta se ha realizado de acuerdo a las normas del

Título XXVI del Libro Cuarto del Código Civil. La expresión 'sociedad de hecho', que emplea el Tribunal ad quem en su sentencia, encuadrando dentro de ella a los consorcios y asociaciones, sólo es pertinente si se aplica a aquellos casos en que, al margen de disposiciones legales, se ha constituido una sociedad, que, como señala el artículo 1988 del Código Civil, bajo ciertos presupuestos ni siquiera podría subsistir legalmente ni como sociedad, ni como donación ni como contrato alguno; pero de ninguna manera se puede dar este calificativo a una sociedad que se ha constituido conforme a disposiciones expresas de la ley, como ya se ha establecido. Por otra parte, debe señalarse que si bien, a la celebración del contrato de obra entre la Municipalidad de Cuenca y el consorcio (fojas 27 y siguientes), comparecieron los integrantes de éste, en la celebración de los varios contratos complementarios, solo intervino su Presidente, a nombre y en representación del consorcio, sin que la institución contratante objetara su comparecencia o impugnara la validez de tales contratos, por lo que resulta inapropiado que en el presente juicio planteara la excepción de ilegitimidad de personería del actor, que es el propio consorcio, por medio de su representante legal. Cabe agregar en este punto que en el juicio contencioso administrativo seguido por el mismo consorcio en contra del Municipio de Cuenca por la devolución de valores descontados y retenidos en relación al mismo contrato que es materia de la presente causa, la Sala de lo Contencioso Administrativo de esta Corte Suprema se pronunció sobre la misma excepción de la institución demandada, criterio que abona lo que se sostiene en este considerando: 'La sentencia dictada por el Tribunal inferior destaca que se encuentra justificada la calidad de Presidente y Representante legal del Consorcio (...) representación legal que no aparece que haya sido objetada por el Municipio de Cuenca mientras realizaba y ejecutaba el contrato materia de la presente acción contencioso administrativa, razón por la que no existe la anunciada ilegitimidad de personería que ahora el Municipio aduce' (Resolución 409-02, Registro Oficial 116 del 2 de junio de 2003). SEXTO: Establecido que el consorcio es una persona jurídica, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 1984 del Código Civil, se vuelve impertinente la referencia que hace el Tribunal de instancia a los artículos

40 y 44 del Código de Procedimiento Civil, que establecen, el primero: 'Son procuradores judiciales los mandatarios que tienen poder para comparecer en juicio por otro'; y el segundo: 'Sólo los abogados en el ejercicio de su profesión podrán comparecer en juicio como procuradores judiciales y asistir a las juntas, audiencias y otras diligencias, en representación de las partes, cuando éstas no puedan concurrir personalmente.- La procuración judicial a favor de un abogado se otorgará por escritura pública o por escrito reconocido ante el juez de la causa y se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1063, inciso final, de este Código.- Se exceptúan de lo dispuesto en este artículo la procuración judicial o comparecencia a juntas, audiencias y otras diligencias ante jueces, funcionarios o autoridades residentes en cantones o lugares en que no hubiere por lo menos cinco abogados establecidos, así como los casos de procuración proveniente del exterior'. Según el recurrente, estas disposiciones han sido interpretadas erróneamente en la sentencia impugnada, pues considera que, tratándose de una persona jurídica, ésta debe comparecer a juicio por medio de su representante legal, según lo previsto en el numeral segundo del artículo 34 del propio código procesal; sin que sea necesario que el representante legal sea abogado para que su comparecencia sea legítima. Debe una vez más reiterarse la indudable distinción que, en el ámbito procesal, debe hacerse entre los conceptos de representación legal y de procuración judicial. La representación legal para comparecer en juicio procede, de acuerdo al artículo 34 del Código de Procedimiento Civil, primero, cuando una persona natural, por ser menor de edad o hallarse bajo tutela o curaduría, no puede comparecer a juicio como actor ni como demandado; y, segundo, en el caso de las personas jurídicas. En tanto que la procuración judicial consiste en un mandato especialísimo conferido para comparecer a juicio por parte de quienes pueden comparecer por sí mismos a tal juicio; y solamente para este caso, el de la procuración judicial, la ley exige que se debe otorgar a favor de un abogado, con las excepciones previstas en el artículo 44 del mismo código procesal¹⁰.

¹⁰ Resolución 40-2004, Corte Suprema de Justicia, publicada en el Registro Oficial 414, del 6 de septiembre de 2004.

5.6. Entidades y Empresas Públicas extranjeras

La LOSNCP y su reglamento establecen ciertos beneficios y exoneraciones para contrataciones directamente con empresas públicas extranjeras y de la Comunidad Internacional. Es así, como su artículo 2, numeral 8, así como su artículo 3, establecen regímenes especiales para contratación relacionada con estas entidades.

Por otro lado, el artículo 100 del RLOSNCP, segundo inciso, determina lo que debe entenderse por empresa pública de los Estados de la Comunidad Internacional:

“Para el propósito de este artículo, como empresas públicas de los Estados de la Comunidad Internacional se entienden 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.”

5.7. Organismos de control

La Ley formaliza un sistema de publicidad obligatoria para las instituciones públicas (Art. 17 LOSNCP), cuyo control corresponde al Instituto Nacional de Contratación Pública a través de la página web “compraspublicas.gov.ec”, definido como el “Sistema Informático Oficial de Contratación Pública del Estado ecuatoriano” (Art. 6 Núm. 25 LOSNCP).

El control de todos los contratos corresponde a la Contraloría y Procuraduría General del Estado, conforme el artículo 15 de la LOSNCP.

Por su parte, 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 la LOSNCP.

5.8. Inhabilidades generales y especiales

Conforme el artículo 42 de la LOSNCP, la primera de las inhabilidades para celebrar un contrato con entidades contratantes es la incapacidad. Sobre la capacidad, véase el Capítulo Primero de este manual.

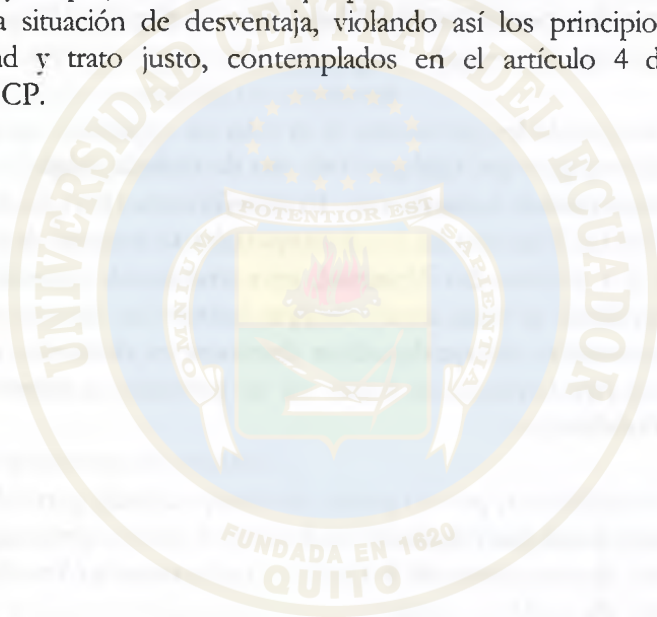
Las incapacidades provienen de la falta de capacidad legal, conforme las reglas del Código Civil; son de variada índole, como la minoría de edad, la insolvencia, las interdicciones (Art. 62 Núm. 1 LOSNCP). También las condenas penales son causas de inhabilidad. En el Derecho Mercantil, así como en el Societario, son incapacidades la falta, insuficiencia e ilegitimidad de personería y la liquidación o la quiebra. Son absolutas en el sentido que se derivan directamente del estado de las personas, a diferencia de las inhabilidades.

Las inhabilidades, por su parte, son incapacidades particulares o especiales que se imponen legalmente a ciertas personas para ejecutar ciertos actos por su calidad o circunstancia (Arts. 62 y 63 LOSNCP).

Una persona puede ser generalmente capaz para contratar, pero encontrarse inhabilitada para la celebración de un contrato administrativo en particular, sea por el cargo o posición que ocupa (funcionarios públicos, autoridades, consultores que elaboraron los estudios o los diseños), por su relación con éstos (parentesco de consanguinidad o afinidad), o para todos los contratos administrativos, como los contratistas incumplidos o adjudicatarios fallidos (Art. 35 LOSNCP), deudores morosos del Estado (Art.

62 Núm. 6 LOSNCP) o consultores que hayan causado perjuicio por estudios errados (Art. 100 LOSNCP).

El sentido de las inhabilidades es el de no permitir la contratación con el Estado, a ciertas personas que puedan ejercer directa o indirectamente influencia con las entidades contratantes, o que puedan beneficiarse por su participación o posición circunstancial, inclinando el proceso de selección en su favor o de sus allegados, y en perjuicio de otras que por este hecho se encuentran en una situación de desventaja, violando así los principios de igualdad y trato justo, contemplados en el artículo 4 de la LOSNCP.



CAPÍTULO SEXTO

PROCEDIMIENTOS PRECONTRACTUALES Y TIPOS DE CONTRATO

6.1. Procedimientos Dinámicos

Una de las más importantes innovaciones en materia de contratación pública en nuestro país fue la inclusión de los denominados “procedimientos dinámicos” dentro de la LOSNCP, dándoles la más alta prioridad en su aplicación por parte de los contratantes. Se trata de procesos de contratación desarrollados casi en su integridad a través de la principal herramienta a la que el legislador apostó con la entrada en vigencia del nuevo sistema de compras públicas: el Internet.

La característica más relevante de este tipo de procesos es la necesaria normalización de bienes y servicios a ser adquiridos a través de los mismos (sobre los bienes y servicios normalizados, véase el Capítulo Cuarto de esta obra).

Como regla general, todos los bienes y servicios normalizados se adquieren a través de los procedimientos dinámicos; solo en el caso de que no se puedan aplicar dichos procedimientos o que éstos hayan sido declarados desiertos, se optará por los demás procedimientos de contratación previstos en la Ley y su Reglamento General.

Con su aplicación, se busca reducir los tiempos y fases de contratación, de bienes y servicios de mayor demanda en el mercado, disminuir los costos que significan la realización de procesos precontractuales, así como los plazos de entrega de dichos bienes y servicios normalizados, mejorar sus precios y disponibilidad en beneficio de los intereses nacionales y de cada entidad requirente.

Los procedimientos dinámicos son las Compras por Catálogo y la Subasta Inversa, contemplados en el Capítulo II de la LOSNCP y en el Capítulo III de su Reglamento General, y deben ser aplicados en ese orden.

6.2. Convenios Marco

La ley define al Convenio Marco como la modalidad con la cual el Instituto Nacional de Contratación Pública selecciona los proveedores cuyos bienes y servicios serán ofertados en el catálogo electrónico a fin de ser adquiridos o contratados de manera directa por las Entidades Contratantes en la forma, plazo y demás condiciones establecidas en dicho Convenio (art. 6 numeral 9 LOSNCP).

Para la celebración de los convenios marco que viabilizarán y posibilitarán las compras por catálogo, el Instituto Nacional de Contratación Pública debe efectuar periódicamente procesos públicos de selección de proveedores, sobre la base de parámetros objetivos establecidos en la normativa que para el efecto dicte, así como en los pliegos que deben emitirse para dichos procesos. Una vez seleccionado el proveedor o proveedores, el INCOP suscribirá los convenios marco, uno con cada proveedor, e incluirá los bienes o servicios del mismo en el catálogo electrónico publicado en el portal de compras, desde el cual las Entidades Contratantes podrán, a partir de ese momento, realizar sus adquisiciones en forma directa.

Debe entenderse que el procedimiento de selección que el INCOP realice previo a la suscripción de los convenios marco, consistirá en la evaluación legal y técnica sobre el proveedor y su producto o servicio, para de tal forma certificar que las entidades contratantes adquieran directamente bienes y servicios de calidad, con especificaciones técnicas que cumplan las necesidades generales de los requirentes de dichos bienes y servicios, con

plazos de entrega y garantía previamente acordados en los convenios marco. De tal forma, la entidad contratante que consulte el catálogo electrónico, solo deberá preocuparse por escoger el bien o servicio requerido y el precio más conveniente, sin necesidad de verificar todo el resto de características previamente acreditadas por los proveedores ante el INCOP.

Es importante considerar que la celebración de los convenios marco obligan a sus suscriptores a proveer y comprar, respectivamente, los bienes y servicios incluidos en los mismos, de conformidad con las condiciones de plazo, precio, calidad, lugar de entrega y garantía establecidas en los convenios durante su plazo de vigencia, sin perjuicio de que se puedan mejorar dichas condiciones, para lo cual deberá seguirse el procedimiento previsto en el mismo Convenio Marco.

6.3. El Catálogo Electrónico

La LOSNCP define al catálogo electrónico como el Registro de bienes y servicios normalizados publicados en el portal www.compraspublicas.gov.ec para su contratación directa como resultante de la aplicación de convenios marco (art. 6 numeral 3 LOSNCP). Es decir, para la aplicación de este procedimiento, deben concurrir los siguientes elementos:

1. Existencia de una necesidad de adquirir bienes o servicios normalizados por parte de una entidad contratante;
2. Previamente dichos bienes o servicios deben constar en un registro llamado catálogo electrónico y estar publicados en el portal www.compraspublicas.gov.ec, producto de la celebración de convenios marco.

De tal forma, para realizar cualquier contratación de bienes o servicios normalizados, debe aplicarse en principio la compra por catálogo, en virtud de la cual las entidades contratantes deben

verificar si los bienes y servicios normalizados que requieren constan en dicho catálogo electrónico que es publicado en el portal de compras estatal. Para que esto suceda, corresponde previamente al Instituto Nacional de Contratación Pública INCOP celebrar convenios marco con los proveedores de los bienes y servicios normalizados interesados.

Puede ocurrir en la práctica y con la constante fluctuación del mercado, que las entidades contratantes obligadas a adquirir directamente bienes y servicios normalizados a través del catálogo electrónico, obtengan de otros proveedores no incluidos en dicho catálogo, mejores precios, hecho que deberá ser informado al INCOP para que éste, de comprobarlo, celebre convenios marco con dichos proveedores y así se beneficie a todas las entidades contratantes.

Debe entenderse que el procedimiento de selección que el INCOP realice previo a la suscripción de los convenios marco, consistirá en la evaluación legal y técnica sobre el proveedor y su producto o servicio, para de tal forma certificar que las entidades contratantes adquieran directamente bienes y servicios de calidad, con especificaciones técnicas que cumplan las necesidades generales de los requirentes de dichos bienes y servicios, con plazos de entrega y garantía previamente acordados en los convenios marco. De tal forma, la entidad contratante que consulte el catálogo electrónico, solo deberá preocuparse por escoger el bien o servicio requerido y el precio más conveniente, sin necesidad de verificar todo el resto de características previamente acreditadas por los proveedores ante el INCOP.

i. Procedimiento: Previo a la verificación de que la contratación requerida esté incluida en el Plan Anual de Contrataciones (PAC), figura sobre la cual se trata en el Capítulo Tercero de esta obra, y una vez determinado por parte de la máxima autoridad de la entidad contratante que los bienes o servicios que se requieren son

normalizados, el área administrativa de la entidad contratante debe realizar un análisis para verificar si dichos bienes o servicios requeridos se encuentran incluidos en el catálogo electrónico (Art. 55 LOSNCP), para lo cual se deberán considerar no solo las especificaciones técnicas de los bienes o servicios que se ofertan en el catálogo, sino aquellas particularidades que constan en el convenio marco (como son la forma de pago, plazo de entrega, etc.), pues solo así se podrá determinar si el bien o servicio ofertado cumple con todos los requerimientos y especificaciones determinados en las bases de la contratación.

Una vez consultado el catálogo electrónico y escogido el bien o servicio normalizado a ser adquirido, se generará una orden de compra directa, que formaliza la contratación y pasa a ser el documento generador de derechos y obligaciones para las partes. Esta orden de compra, junto con las actas de entrega recepción respectivas y los antecedentes de la contratación, deberán constar en el expediente manejado por la entidad contratante, información que deberá ser publicada en el Portal www.compraspublicas.gov.ec.

Solamente en el caso de que los bienes y servicios que una entidad contratante requiera, no consten en el catálogo electrónico por no haberse celebrado aún convenios marco previamente con sus proveedores, se podrá realizar el procedimiento de subasta inversa.

Hasta noviembre de 2010, el INCOP ha emitido únicamente una resolución relacionada con las compras por catálogo, específicamente la No. 009-008 de 24 de noviembre de 2008, que modificó la resolución INCOP 002-08 de 18 de agosto de 2008, mediante la cual se reguló la adquisición de vehículos. En virtud de dicha resolución, las entidades que requieran vehículos de distintas características a los constantes en el catálogo, podrán solicitar por escrito y fundamentadamente al INCOP la adquisición o

importación de otros. Consideramos que esta excepción al procedimiento normal es justificable en muy pocos casos y bajo consideraciones estrictas de seguridad y utilización especial de bienes, por lo que tanto entidades contratantes como el INCOP deben actuar con responsabilidad y sentido prudente para que esto no constituya una puerta abierta para la desnaturalización de la conveniente figura de la compra directa por catálogo de vehículos, que protege y fomenta en gran medida la industria y participación nacional en esta actividad.

Hasta la fecha de elaboración del presente manual, el INCOP ha celebrado convenios marco con proveedores de los siguientes bienes: impresoras, suministros de oficina, suministros de limpieza, computadoras y vehículos. Por tanto, todas las entidades contratantes deben adquirir directamente estos bienes a través de compras por catálogo. No se han celebrado convenios marco para incluir servicios en el catálogo electrónico.

6.4. La Subasta Inversa

Figura contemplada en la Sección II del Capítulo II de la LOSNCP, y desarrollada en en la Sección II del RLOSNCP, la Subasta Inversa es un procedimiento precontractual dinámico que debe aplicarse para la adquisición de bienes y servicios normalizados que no consten en el catálogo electrónico, cuando su cuantía supere el monto equivalente al 0,0000002 del Presupuesto Inicial del Estado. Cuando la mencionada cuantía no sea superada, la contratación se realizará a través del procedimiento de ínfima cuantía (sobre proceso de ínfima cuantía, véase Capítulo Sexto numeral 6.9 de este manual).

El procedimiento de subasta inversa puede dividirse en dos fases:

1. Evaluación técnica y legal sobre aspectos relacionados a la capacidad de los proveedores de bienes y servicios

normalizados para contratar con el estado y cumplimiento de los requerimientos de la entidad contratante;

2. Puja hacia la baja de precios, en acto público o por medios electrónicos a través del Portal de COMPRAS PÚBLICAS.

Es importante tener claro que para participar en cualquier procedimiento precontractual como el de subasta inversa, a través del portal compraspúblicas, los proveedores deben estar inscritos en el Registro Único de Proveedores (RUP), tema que es analizado a profundidad en el Capítulo Tercero de este manual).

i. Procedimiento: Dentro de la primera fase, la entidad contratante debe seguir los siguientes pasos para iniciar el proceso de contratación de subasta inversa:

1. Verificar que la contratación requerida esté incluida en el Plan Anual de Contrataciones (PAC), figura sobre la cual se trata en el Capítulo Tercero de esta obra;
2. Elaboración de los pliegos precontractuales, para lo cual debe utilizarse en forma obligatoria los modelos emitidos por el INCOP (sobre los pliegos y su contenido véase el Capítulo Tercero de esta obra);
3. Emisión de una resolución de inicio motivada, por parte de la máxima autoridad de la entidad contrante o su delegado, sobre la necesidad de la contratación, aprobación de los pliegos, disponer la publicación de la convocatoria en el portal compraspúblicas; y, de ser el caso, conformar la comisión técnica (sobre la comisión técnica y los casos de necesidad de su conformación,

véase Capítulo Séptimo de este manual), cabe mencionar que particularmente para el proceso de subasta inversa, se deberá conformar una comisión técnica si el presupuesto referencial es superior al valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0.000002 por el monto del Presupuesto Inicial del Estado; de no ser este el caso, la máxima autoridad o su delegado llevará el proceso y evaluará las ofertas directamente);

4. Contar con la certificación de fondos emitida por el Director Financiero de la entidad contratante, o quien corresponda;
5. La convocatoria que debe publicarse en el portal junto con los pliegos del proceso, debe contener:
 - Cronograma de preguntas y aclaraciones a los pliegos;
 - El presupuesto referencial;
 - La fecha y hora máximas para subir las ofertas técnicas al portal, término que no podrá ser menor a 7 días, contado desde la publicación de la convocatoria;
 - La fecha y hora máximas para subir las ofertas económicas iniciales al portal;
 - La fecha y hora para el inicio de la puja, así como su tiempo de duración, que no puede ser menor a 15 minutos ni mayor a 60 minutos;
 - La fecha de adjudicación.

Es importante mencionar que la máxima autoridad o su delegado pueden modificar el cronograma únicamente en lo relacionado a las fases de preguntas y aclaraciones y de evaluación de ofertas técnicas, mediante resolución motivada y hasta la fecha máxima de dichas fases.

6. Una vez publicada la convocatoria, el portal la enviará automáticamente a todos los proveedores inscritos en el RUP para las categorías correspondientes a los bienes y servicios normalizados de que se trate la contratación, los cuales tendrán acceso al detalle de la misma que debe constar en los pliegos remitidos;
7. Los proveedores interesados podrán realizar preguntas y solicitar aclaraciones relacionados al contenido de los pliegos, dentro del término establecido en la convocatoria, que no podrá ser menor a 1 día ni mayor a 3, contados desde la publicación de la convocatoria;
8. La entidad contratante, a través de la Comisión Técnica que se haya conformado, de ser el caso, deberá responder y aclarar las preguntas y dudas planteadas por los proveedores interesados a través del portal de compraspublicas, dentro del término establecido en la convocatoria, que no podrá ser menor a 1 día ni mayor a 3, contados desde la fecha máxima para realizar preguntas; las aclaraciones y respuestas podrán alterar los pliegos salvo en los temas relacionados al objeto del contrato o al presupuesto referencial;
9. Una vez presentadas las ofertas técnicas a través del portal, la comisión técnica, de haberse conformado, o la máxima autoridad o su delegado en caso contrario, procederá con la evaluación de las ofertas utilizando la metodología contemplada en los pliegos, para lo cual podrá conformar a su vez subcomisiones de apoyo;
10. Concluida la evaluación, la comisión técnica presentará un Acta con un informe a la máxima autoridad de la entidad sobre la evaluación y el detalle sobre los oferentes que cumplan los requerimientos técnicos y

legales y resulten por tanto calificados y habilitados para pasar a la segunda fase del proceso, la puja. Los oferentes cuyas propuestas no resulten habilitadas, no podrán ser calificados para pasar a la fase de puja. En caso de no haberse conformado la Comisión Técnica, la evaluación, desarrollo del proceso, elaboración de informe, etc lo realizará la máxima autoridad o su delegado;

A continuación inicia la segunda fase del proceso, en la cual únicamente los oferentes habilitados en la primera fase podrán participar, para lo cual con la autorización de la máxima autoridad de la entidad contratante, se les notificará a través del portal para que presenten sus ofertas económicas iniciales, las que no podrán superar el presupuesto referencial fijado, hasta el día y hora establecidos en el cronograma del proceso;

11. Iniciada la puja, en el día y hora fijados en el cronograma, todos los oferentes que hayan calificado en la fase de evaluación técnica, y hayan subido sus ofertas económicas iniciales, podrán presentar el número de ofertas de precio a la baja que quieran, debiendo respetar el mínimo rango de variación de las mismas contemplado en los pliegos. Los oferentes que hayan subido sus ofertas económicas iniciales quedarán obligados a cumplir con los aspectos técnicos y económicos de su oferta, así no participen en la puja; en caso de incumplimiento, serán sancionados como adjudicatarios fallidos o contratistas incumplidos, conforme el artículo 19, numeral 1 de la LOSNCP.
12. Una vez finalizada la puja, se dejará constancia de la misma en un informe de resultados elaborado por la Comisión Técnica, en caso de haberla, que deberá ser publicado en el portal, en base al cual la máxima

autoridad de la entidad contratante adjudicará el contrato, mediante Resolución motivada, la cual se notificará a través del portal a todos los participantes.

13. **Adjudicación:** Es importante aclarar que, conforme el numeral 17 del artículo 6 de la LOSNCP, que contiene los criterios de adjudicación para bienes o servicios normalizados, debe entenderse por mejor costo en dichos bienes o servicios a la oferta que, cumpliendo con todas las especificaciones y requerimientos técnicos, financieros y legales exigidos en los documentos precontractuales, oferte el precio más bajo. Sin embargo, en la práctica hemos podido constatar que no siempre la oferta que tiene el precio más bajo resulta adjudicada; los criterios de adjudicación, que deben estar contemplados desde el principio en los pliegos del proceso, deben comprender la aplicación de los llamados “márgenes de preferencia” (sobre márgenes de preferencia, véase Capítulo Noveno de esta obra), en base a los cuales se aplicará puntaje a las ofertas que, entre otros, sean presentadas por micro, pequeños y medianos empresarios, así como a las que incluyan la utilización de participación nacional (sobre participación nacional, véase Capítulo Décimo Octavo de esta obra) o tengan determinado domicilio, factores que influyen en la adjudicación del contrato. Por tanto, ofertas que no alcanzan el menor precio durante la puja, pueden resultar adjudicadas en un proceso de subasta inversa, gracias a la calificación de sus oferentes como micro, pequeño y medianos empresarios, así como a su ubicación geográfica o utilización de mano de obra e insumos de origen nacional.

14. Sin embargo, el mecanismo para combinar el criterio de mejor costo con los criterios de participación nacional y otros en un proceso, deben estar fijados en los pliegos del mismo, a la luz de las regulaciones emitidas por el INCOP (Resolución INCOP No. 039-2010 de 27 de febrero de 2010).
15. El contrato se celebrará con el oferente adjudicatario, previa la emisión de la actualización de la nueva certificación de fondos correspondientes, de ser necesario (sobre la certificación de fondos, véase el Capítulo Tercero de este manual), así como de la entrega de las garantías correspondientes, de ser el caso (sobre el tema garantías, véase el Capítulo Décimo Tercero de esta obra).

La máxima autoridad de la entidad contratante, o su delegado, también podrá declarar desierto el proceso, en cualquiera de los casos establecidos en el artículo 33 de la LOSNCP (sobre declaratoria de procedimiento desierto, véase Capítulo Undécimo de esta manual).

ii. Negociación única: Para el caso específico del proceso de subasta inversa, si se califica y habilita una sola oferta técnica, o si luego de la calificación técnica un solo proveedor habilitado presenta la oferta económica inicial en el portal, no sería lógico ni práctico que se realice una puja con un solo participante. Para solucionar esto, el artículo 47 del Reglamento a la LOSNCP creó la figura de la negociación única, en virtud de la cual no se realiza puja y en su lugar se realiza una sesión única de negociación entre la entidad contratante y el único oferente habilitado, para lo cual deberá señalarse día y hora dentro de un término no mayor a 3 días contado desde la fecha establecida para la puja.

En la sesión de negociación, la entidad contratante deberá conseguir una rebaja de por lo menos el 5% del presupuesto referencial fijado para el proceso, para lo cual deberá disponer de información respecto de las condiciones de mercado del bien o servicio a adquirir, cuya verificación será de absoluta responsabilidad de la entidad contratante. Deberá tomar en cuenta los precios de adjudicación de bienes o servicios similares realizados a través del portal www.compraspublicas.gov.ec, proformas de otros proveedores del bien o servicio a contratar e información sobre el precio del bien o servicio que se pueda obtener de otras fuentes como cámaras o bolsas de productos, internet, entre otras.

Una vez finalizada la negociación, se levantará una acta con el detalle de la misma, que se publicará en el portal, y se remitirá a la máxima autoridad de la entidad contratante; sin embargo, la negociación no constituye ni implica necesariamente una adjudicación.

Los resultados de los procesos de adjudicación por subasta inversa serán publicados en el Portal COMPRASPUBLICAS para que se realicen las auditorías correspondientes.

La regulación y procedimiento para la subasta inversa electrónica fue desarrollado por el INCOP en sus Resolución No. 038-09 de 9 de diciembre de 2009, con la que se oficializó el nuevo modelo de pliegos para subasta inversa electrónica; y, Resolución No. 020-09 de 12 de mayo de 2009, con la que se expidieron disposiciones para el procedimiento de subasta inversa electrónica.

iii. Subasta Inversa Presencial: La Disposición transitoria Quinta de la LOSNCP contiene otro procedimiento precontractual que debe aplicarse en caso de que no fuera posible realizar la adquisición de bienes o servicios normalizados a través

del catálogo o subasta inversa electrónica, por causas técnicas debidamente justificadas y acreditadas por el INCOP, que es la denominada subasta inversa presencial.

Aplicando en lo que sea posible la regulación sobre la subasta inversa electrónica, este proceso debe realizarse observando lo constante en la disposición antes enunciada:

1. Se realiza a través de una oferta pública presencial y directa, sin utilizar el portal www.compraspublicas.gov.ec;
2. Los oferentes calificados presentarán su propuesta económica inicial por escrito en el lugar establecido en la convocatoria, en un sobre debidamente cerrado, y hasta las 15h00 del día fijado en la convocatoria. El término entre la convocatoria y la presentación de la oferta económica inicial no será menor a cinco días. Una hora más tarde de la fijada para la presentación de la propuesta económica inicial, se realizará de forma pública la subasta inversa presencial.
3. En la puja podrán intervenir exclusivamente los oferentes previamente acreditados, mediante la cédula de identidad, en caso de ser persona natural, o de copia de cédula de identidad y nombramiento vigente debidamente inscrito en el Registro Mercantil del cantón correspondiente, en caso de ser representante legal de persona jurídica. Para el caso de apoderados, aparte de los documentos antes señalados deberán presentar copia del poder. No se admitirá la intervención en la puja de oferentes no acreditados.
4. El período durante el cual se efectúe la puja tiene las mismas regulaciones que el de la subasta inversa electrónica: será de mínimo de quince (15) minutos y máximo de sesenta (60) minutos contados a partir de la hora establecida en la convocatoria; todos los oferentes acreditados pueden realizar las

ofertas sucesivas a la baja que consideren necesarias, en este caso presentándolas por escrito en las hojas entregadas por la entidad contratante para el efecto, las mismas que serán leídas en alta voz por la máxima autoridad de la Entidad, o su delegado, al momento de recibirlas.

Finalmente, cabe diferenciar a las subastas inversas electrónica o presencial antes analizadas, de la subasta inversa para adquirir fármacos conforme el procedimiento de régimen especial.

6.5. Licitación

El proceso precontractual de licitación es sin duda el más complejo y largo de los contemplados en la LOSNCP, en razón de la naturaleza y cuantía de sus contrataciones. Considerando que se trata de un proceso al que se aplican las contrataciones de bienes y servicios no normalizados, o que siendo normalizados su proceso dinámico no tuvo éxito, y a la ejecución de obras, correspondiéndole las más altas cuantías de la contratación pública, es de especial importancia que en su proceso de contratación se proteja los derechos de las entidades contratantes y se garantice el cumplimiento de los principios y normas generales contemplados en la Ley.

Este importante proceso de contratación está contemplado en los artículos 48 y 49 de la LOSNCP, y su procedimiento está desarrollado en el Capítulo IV del RLOSNCP y en la Resolución No. 022-09 emitida por el INCOP.

Conforme el artículo 48 de la ley, este proceso se aplica:

1. Si fuera imposible aplicar los procedimientos dinámicos previstos en el Capítulo II de este Título 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 del correspondiente ejercicio económico;

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 del correspondiente ejercicio económico; y,

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

En razón de la cuantía mínima manejada para este proceso, siempre será necesaria la conformación de una Comisión Técnica y la publicación de una convocatoria pública a participar, entre otros requisitos.

i. Procedimiento: La entidad contratante debe seguir los siguientes pasos para iniciar el proceso de contratación de Licitación:

1. Verificar que la contratación requerida esté incluida en el Plan Anual de Contrataciones (PAC), figura sobre la cual se trata en el Capítulo Tercero de esta obra;
2. Elaboración de los pliegos precontractuales, para lo cual debe utilizarse en forma obligatoria los modelos emitidos por el INCOP, y deben incluirse todos los aspectos mencionados en la Resolución no. 022-09 emitida por el INCOP (sobre los pliegos y su contenido véase el Capítulo Tercero de este manual);

3. Emisión de una resolución de inicio motivada, por parte de la máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado, sobre la necesidad de la contratación, aprobación de los pliegos, disponer la publicación de la convocatoria en el portal compraspublicas; y, conformar la comisión técnica;
4. Contar con la certificación de fondos emitida por el Director Financiero de la entidad contratante, o quien corresponda;
5. La convocatoria que debe publicarse en el portal junto con los pliegos del proceso, debe contener:
 - a. Cronograma de preguntas y aclaraciones a los pliegos;
 - b. El presupuesto referencial;
 - c. La fecha y hora máximas para presentar las ofertas técnicas en físico, junto con la constancia de la subida al portal de la oferta económica, término que no podrá ser menor a 10 días ni mayor a 30, contado desde la publicación de la convocatoria, salvo el caso de ejecución de obras, para el que se puede dar un término de hasta 45 días;
 - d. Fecha y hora estimadas para la apertura de la oferta;
 - e. La fecha de adjudicación.

Cabe mencionar que la máxima autoridad o su delegado, podrán modificar el cronograma una vez publicado, exclusivamente en lo relacionado a preguntas, respuestas y aclaraciones, de forma motivada. Para esto, deberá emitir y publicar la resolución de modificación en el portal, en forma previa a la fase antes mencionada.

Una vez publicada la convocatoria, el portal la enviará automáticamente a todos los proveedores inscritos en el RUP para las categorías correspondientes a los bienes y servicios no normalizados, u obras de ser el caso, de que se trate la contratación, los cuales tendrán acceso al detalle de la misma que debe constar en los pliegos remitidos;

6. Los proveedores interesados podrán realizar preguntas y solicitar aclaraciones relacionados al contenido de los pliegos, dentro del término establecido en la convocatoria, que no deberá ser mayor a la mitad del término otorgado para la presentación de las ofertas, y no podrá ser menor a 4 días, contados desde la publicación de la convocatoria;
7. La entidad contratante, a través de la Comisión Técnica que se haya conformado, deberá responder y aclarar las preguntas y dudas planteadas por los proveedores interesados a través del portal de comprapublicas, dentro del término establecido en la convocatoria, que no podrá ser mayor a 6 días, contados desde la fecha máxima para realizar preguntas; las aclaraciones y respuestas podrán alterar los pliegos salvo en los temas relacionados al objeto del contrato o al presupuesto referencial. Si la entidad resolviere ampliar el plazo para entregar ofertas, deberá publicarlo en el portal con su debida motivación;
8. Una vez presentadas las ofertas técnicas a través del portal o en forma física, dependiendo de lo que se haya previsto en los pliegos, éstas se abrirán y se publicará en el Portal www.compraspublicas.gov.ec al menos la siguiente información:

1. Identificación del Oferente;

2. Descripción básica de la obra, bien o servicio ofertado; y,
 3. Precio unitario de ser el caso y valor total de la oferta.
9. Posteriormente, la Comisión Técnica procederá con la evaluación de las ofertas utilizando la metodología contemplada en los pliegos, para lo cual podrá conformar a su vez subcomisiones de apoyo (sobre las subcomisiones de apoyo, véase el Capítulo Séptimo de este manual). Se evaluarán los aspectos técnicos y económicos;
10. Concluida la evaluación, la comisión técnica presentará un Acta con un informe a la máxima autoridad de la entidad sobre la evaluación y el detalle sobre los oferentes que cumplan los requerimientos de los pliegos. La comisión técnica tendrá un término máximo de 10 días para presentar su informe, contado desde la fecha de apertura de las ofertas, salvo que por necesidad justificada se amplíe dicho termino en 5 días más;
11. **Adjudicación:** Es importante aclarar que, conforme el numeral 18 del artículo 6 de la LOSNCP, que contiene los criterios de adjudicación para bienes o servicios no normalizados, así como para ejecución de obras, debe entenderse por mejor costo en dichos bienes, servicios u obras a la oferta que ofrezca a la entidad las mejores condiciones presentes y futuras en los aspectos técnicos, financieros y legales, sin que el precio más bajo sea el único parámetro de selección. En todo caso, los parámetros de evaluación deberán constar obligatoriamente en los Pliegos.

12. El contrato se celebrará con el oferente adjudicatario, previa la emisión de la actualización de la nueva certificación de fondos correspondientes, de ser necesario (sobre la certificación de fondos, véase el Capítulo Tercero de este manual), así como de la entrega de las garantías correspondientes, de ser el caso (sobre el tema garantías, véase el Capítulo Décimo Tercero de esta obra). Previo a la celeración de un contrato que haya resultado de un proceso de licitación, siempre será necesaria la presentación de una garantía de fiel cumplimiento de contrato.

La máxima autoridad de la entidad contratante, o su delegado, también podrá declarar desierto el proceso, en cualquiera de los casos establecidos en el artículo 33 de la LOSNCP (sobre declaratoria de procedimiento desierto, véase Capítulo Undécimo de este manual).

6.6. Cotización

El proceso precontractual de Cotización muy similar al de licitación, salvo algunas diferencias que a continuación se harán constar. Se trata de un proceso al que se aplican las contrataciones de bienes y servicios no normalizados, o que siendo normalizados su proceso dinámico no tuvo éxito, y a la ejecución de obras.

Este proceso de contratación está contemplado en el artículo 50 de la LOSNCP, y su procedimiento está desarrollado en el Capítulo V Sección I del RLOSNCP y en la Resolución No. 039-2010 emitida por el INCOP.

Conforme el artículo 50 de la ley, este proceso se aplica:

1. Si fuera imposible aplicar los procedimientos dinámicos previstos en el Capítulo II de este Título 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 del correspondiente ejercicio económico;

2. La contratación para la ejecución de obras, cuyo presupuesto referencial oscile entre 0,000007 y 0,00003 del Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente Ejercicio Económico; y,

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 del correspondiente Ejercicio Económico.

Al igual que para el proceso de licitación, en razón de la cuantía mínima manejada para el proceso de cotización, siempre será necesaria la conformación de una Comisión Técnica, entre otros requisitos. A diferencia del proceso de licitación, en cotización no debe realizarse una convocatoria pública, cabe una invitación a presentar ofertas a por lo menos 5 oferentes, conforme el siguiente procedimiento:

i. Procedimiento

1. Verificar que la contratación requerida esté incluida en el Plan Anual de Contrataciones (PAC), figura sobre la cual se trata en el Capítulo Tercero de esta obra;
2. Elaboración de los pliegos precontractuales, para lo cual debe utilizarse en forma obligatoria los modelos emitidos por el INCOP, y deben incluirse todos los aspectos mencionados en la Resolución no. 039-2010 emitida por el INCOP (sobre los pliegos y su contenido véase el Capítulo Tercero de este manual);
3. Emisión de una resolución de inicio motivada, por parte de la máxima autoridad de la entidad contrante o

su delegado, sobre la necesidad de la contratación, aprobación de los pliegos, disponer el envío de la invitación en el portal compraspublicas; y, conformar la comisión técnica;

4. Contar con la certificación de fondos emitida por el Director Financiero de la entidad contratante, o quien corresponda;
5. La convocatoria que debe subirse al portal junto con los pliegos del proceso, debe contener:

5.1 Cronograma de preguntas y aclaraciones a los pliegos;

el presupuesto referencial;

5.2 La fecha y hora máximas para presentar las ofertas técnicas en físico, junto con la constancia de la subida al portal de la oferta económica, término que no podrá ser menor a 7 días ni mayor a 20, contado desde la publicación de la convocatoria;

5.3 Fecha y hora estimadas para la apertura de la oferta;

5.4 La fecha de adjudicación.

Cabe mencionar que la máxima autoridad o su delegado, podrán modificar el cronograma una vez publicado, exclusivamente en lo relacionado a preguntas, respuestas y aclaraciones, de forma motivada. Para esto, deberá emitir y publicar la resolución de modificación en el portal, en forma previa a la fase antes mencionada.

6. El portal realizará un sorteo público y en forma aleatoria enviará la invitación a cinco proveedores registrados en el RUP. Sin perjuicio de los cinco posibles oferentes favorecidos en el sorteo, podrá participar en el procedimiento toda persona natural o jurídica registrada en el RUP, que tenga interés. De no

existir dicho número mínimo, se podrá invitar a presentar ofertas al número de proveedores que consten registrados en el RUP, situación que deberá ser justificada por la Entidad Contratante y comunicada al INCOP, para la correspondiente verificación, de ser el caso. Es importante mencionar que, el sorteo público realizado por el portal favorecerá exclusivamente a los proveedores que cumplan los parámetros de contratación preferente e inclusión (tipo de proveedor y localidad), de acuerdo a lo que establecen los Arts. 50 y 52 de la Ley.

En los pliegos se determinará un sistema de calificación en virtud del cual aquellos proveedores invitados por sorteo obtengan una puntuación adicional de 2 puntos, 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. Es decir, los proveedores que no salieron favorecidos en el sorteo, podrán aspirar a tener una puntuación máxima de 98 sobre 100.

7. Los proveedores interesados podrán realizar preguntas y solicitar aclaraciones relacionadas al contenido de los pliegos, dentro del término establecido en la invitación, que no deberá ser menor a 2 ni mayor a 5 días, contados desde la publicación;
8. La entidad contratante, a través de la Comisión Técnica que se haya conformado, deberá responder y aclarar las preguntas y dudas planteadas por los proveedores interesados a través del portal de compraspublicas, dentro del término establecido en la convocatoria, que no podrá ser menor a 2 ni mayor a 5 días, contados desde la fecha máxima para realizar preguntas; las aclaraciones y respuestas podrán alterar

- los pliegos salvo en los temas relacionados al objeto del contrato o al presupuesto referencial. Si la entidad resolviere ampliar el plazo para entregar ofertas, deberá publicarlo en el portal con su debida motivación;
9. Una vez presentadas las ofertas, la Comisión Técnica procederá con la evaluación de las ofertas utilizando la metodología contemplada en los pliegos, para lo cual podrá conformar a su vez subcomisiones de apoyo (sobre las subcomisiones de apoyo, véase el Capítulo Séptimo de este manual). Se evaluarán los aspectos técnicos y económicos;
 10. Concluida la evaluación, la comisión técnica presentará un Acta con un informe a la máxima autoridad de la entidad sobre la evaluación y el detalle sobre los oferentes que cumplan los requerimientos de los pliegos;
 11. Adjudicación: Es importante aclarar que, conforme el numeral 18 del artículo 6 de la LOSNCP, que contiene los criterios de adjudicación para bienes o servicios no normalizados, así como para ejecución de obras, debe entenderse por mejor costo en dichos bienes, servicios u obras a la oferta que ofrezca a la entidad las mejores condiciones presentes y futuras en los aspectos técnicos, financieros y legales, sin que el precio más bajo sea el único parámetro de selección. En todo caso, los parámetros de evaluación deberán constar obligatoriamente en los Pliegos.
 12. El contrato se celebrará con el oferente adjudicatario, previa la emisión de la actualización de la nueva certificación de fondos correspondientes, de ser necesario (sobre la certificación de fondos, véase el

Capítulo Tercero de este manual), así como de la entrega de las garantías correspondientes, de ser el caso (sobre el tema garantías, véase el Capítulo Décimo Tercero de esta obra). Previo a la celeración de un contrato que haya resultado de un proceso de licitación, siempre será necesaria la presentación de una garantía de fiel cumplimiento de contrato.

La máxima autoridad de la entidad contratante, o su delegado, también podrá declarar desierto el proceso, en cualquiera de los casos establecidos en el artículo 33 de la LOSNCP (sobre declaratoria de procedimiento desierto, véase Capítulo Undécimo de este manual).

6.7. Cotización en caso de terminación unilateral de contratos

Para los casos en que se haya terminado unilateral y anticipadamente un contrato, el artículo 95 de la LOSNCP prevé la posibilidad de volver a contratar inmediatamente el objeto del contrato que fue terminado, para lo cual debe observarse el procedimiento de cotización previsto en la ley.

Para regular su procedimiento, el INCOP emitió la Resolución No. 033-09, en la cual básicamente se incluyen las siguientes variaciones y aspectos especiales en relación al proceso de cotización normal:

- La fijación del presupuesto referencial que se incluirá obligatoriamente en la invitación a participar, debe ser reajustado en función del presupuesto total reconocido por la entidad como ejecutado por el contratista a quien se dio por terminado el contrato.
- En la invitación deberá incluir el código del proceso anterior.



- En los pliegos de este proceso deberán preverse obligatoriamente los mismos márgenes de preferencia que se aplicaron en el proceso cuyo contrato se terminó unilateralmente.

6.8. Menor cuantía

En el artículo 51 de la LOSNCP se establece el procedimiento denominado de Menor Cuantía, mismo que se aplica en los siguientes casos:

1. 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 del correspondiente ejercicio económico;
2. Las contrataciones de obras, cuyo presupuesto referencial sea inferior al 0,000007 del Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico;
3. Si fuera imposible aplicar los procedimientos dinámicos previstos en el Capítulo II de este Título o, en el caso que una vez aplicados dichos procedimientos, éstos hubiesen sido declarados desiertos; siempre que el presupuesto referencial sea inferior al 0,000002 del Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico.

El artículo 51 de la LOSNCP determina también que en los casos de los números 1 y 3 se podrá contratar directamente, mientras que en el caso previsto en el número 2 se adjudicará el contrato a un proveedor registrado en el RUP escogido por sorteo público de entre los interesados previamente en participar en dicha contratación. Es decir, que el procedimiento se ha dividido en dos, lo cual depende de si son bienes y servicios o si nos

encontramos frente a una contratación de obras. Analizaremos a continuación cada uno de los casos:

i. Bienes y servicios

Para la contratación de bienes y servicios, mediante el procedimiento de menor cuantía, es fundamental que el presupuesto referencial de la contratación sea menor al valor que resulta de aplicar el coeficiente 0,000002 por el Presupuesto Inicial del Estado¹¹.

Adicionalmente, debe considerarse que se deberá cumplir obligatoriamente con la disposición del artículo 52 del Reglamento General de la LOSNCP, que establece la Contratación Preferente y la forma en que será aplicada en este procedimiento, para lo cual se privilegiará la contratación con micros y pequeñas empresas¹², 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. En tal virtud, se deberá invitar en éste procedimiento a proveedores que acrediten esta calidad, lo cual está desarrollado en el artículo 15 de la Resolución del INCOP No. 039-2010 de 27 de febrero de 2010. Este artículo dispone de no existir proveedores que cumplan los requisitos señalados, se seleccionará a un proveedor que cumpla esas mismas condiciones en la provincia; y, si no existen proveedores en esa categoría, se ampliará el ámbito de selección a micro y pequeños proveedores a nivel nacional. Se establece también que solo en el caso de que no existieren profesionales micro y pequeños proveedores locales, se permitirá la participación de los demás proveedores provinciales o nacionales. Se añade también que si el bien o servicio no pudiere ser provisto

¹¹ En el año 2010: US\$ 42.564,12. En el año 2011: US\$ 47.900,50

¹² De conformidad con la definición de Microempresas, Pequeñas empresas y Medianas empresas que consta en el artículo 16 del Reglamento General de la LOSNCP.

por micro o pequeños proveedores, se podrá contratar con otros que sean medianos o grandes. Esta disposición ha permitido realizar contrataciones con proveedores que no ostentan la categoría de micro o pequeño proveedores, que sin embargo no existe nadie más que pueda brindar el servicio o proveer el bien que se requiere, como por ejemplo el caso de contratación de salones de eventos, que son provistos muchas veces por hoteles que no son ni micro ni pequeñas empresas.

Para este tipo de contrataciones la entidad motivadamente escogerá al proveedor a ser invitado, lo cual se realizará a través del portal de compras públicas. El término para presentar ofertas ha sido reducido sustancialmente desde la expedición de la Resolución del INCOP No.039-2010, pues al considerarse que el procedimiento es directo, con invitación a un solo proveedor escogido por la entidad contratante, el término para formular preguntas se ha determinado como máximo 72 horas y para responderlas y emitir aclaraciones igualmente como máximo 72 horas. Lo mínimo que permite el portal de compras públicas es que las preguntas se formulen en el término de una hora desde la publicación de la convocatoria y serán respondidas en el mismo término, como mínimo. Esto de conformidad con los artículos 11 y 12 de la resolución en cuestión, lo cual permite que este procedimiento sea muy ágil y se lo podría tramitar en pocos días.

En el procedimiento de contratación de menor cuantía para bienes y servicios no es obligatorio contar con pliegos, pero si de hecho se decide contar con los mismos, éstos serán aprobados por la máxima autoridad o el funcionario competente de la Entidad Contratante y se adecuarán a los modelos obligatorios emitidos por el Instituto Nacional de Contratación Pública. Así mismo, de conformidad con el artículo 69, inciso tercero, de la LOSNCP, para formalizar la contratación no es obligatorio que se elabore un contrato, pudiendo instrumentarse con la factura correspondiente exclusivamente.

ii. Obras

Para la contratación de obras por menor cuantía, es necesario que el presupuesto referencial no supere el valor que resulta de aplicar el coeficiente 0,000007 por el Presupuesto Inicial del Estado¹³.

El procedimiento a seguirse se somete a las mismas reglas del procedimiento de menor cuantía de bienes y servicios, esto es, que se deberá cumplir obligatoriamente con la disposición del artículo 52 del Reglamento General de la LOSNCP, que establece la Contratación Preferente para estos procedimientos. El término para formular preguntas es máximo 72 horas y para responderlas y emitir aclaraciones igualmente como máximo 72 horas.

Lo particular de este procedimiento es que los proveedores, dentro del término de cinco (5) días desde la fecha de invitación deben manifestar su interés presentando sus ofertas técnicas y una carta de aceptación del presupuesto referencial, vale decir, de adhesión a dicho presupuesto referencial. Una vez determinadas que ofertas cumplen con los requisitos técnicos se procederá a realizar sorteo mediante el portal de compras públicas, mismo que determinará, entre los habilitados, cuál es el adjudicatario del proceso.

6.9. Ínfima cuantía

El artículo 60 del Reglamento General de la LOSNCP establece un procedimiento adicional a los determinados en dicha Ley: El de Ínfima cuantía, mismo que por su monto de contratación relativamente bajo¹⁴ se lo tramita de una forma más ágil y flexible.

¹³ En el año 2010: US\$ 148.974,43. En el año 2011: US\$ 167.651,75

¹⁴ Menor a aplicar el coeficiente 0,0000002 por el Presupuesto Inicial del Estado. En el año 2010 este valor es igual a US\$ 4.256,41. En el año 2011: US\$ 4.790,50.

En términos generales, el artículo en mención dispone que estos procedimientos se realizarán de forma directa, con un proveedor seleccionado por la entidad contratante, sin que sea necesario que conste inscrito en el RUP. Sin embargo, se determina que estas contrataciones 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 contratar con el Estado, vale decir, con las entidades contratantes conforme las define la LOSNCP. Para determinar que no existan estas inhabilidades o prohibiciones, en primer término se debe verificar que el proveedor no conste inscrito en el Registro de Contratista Incumplidos y Adjudicatarios Fallidos; y, adicionalmente, varias entidades, cuando quieren una mayor seguridad en el tema han optado por requerir al proveedor, cuando fuere posible, una declaración juramentada en la que se manifiesta que no se encuentra incurso en las inhabilidades generales y especiales, para contratar con el Estado, previstas en los artículos 62 y 63 de la LOSNCP. Evidentemente el valor de dicha declaración juramentada, otorgada ante Notario Público, recae en las consecuencias penales que pueden derivarse del falso testimonio o perjurio en que se incurriría si no se declara la realidad.

Adicionalmente, dichas contrataciones se formalizarán con la entrega de la correspondiente factura, es decir que no necesitan de contrato suscrito por las partes.

Es de entenderse que el procedimiento se puede aplicar para obras, bienes y servicios, independientemente de si son normalizados o no, pero deben considerarse las reglas emitidas por el INCOP, mediante la resolución No. 043-2010 de 22 de abril de 2010, en la que consta la “Casuística de uso del procedimiento de ínfima cuantía”.

Esta Resolución del INCOP aclara los casos en los que se puede aplicar el procedimiento de ínfima cuantía; y, en su artículo 1, determina que se deben verificar las siguientes circunstancias, que no son concurrentes:

- a) Que los bienes y servicios no consten en el Catálogo Electrónico vigente, para el caso de bienes y servicios normalizados;
- b) Que su adquisición no haya sido planificada, y en tal caso que no conste en Plan Anual de Contrataciones PAC, lo cual es concordante con el artículo 25, inciso segundo del Reglamento General de la LOSNCP.
- c) Que, aunque consten en el PAC, no constituyan un requerimiento constante y recurrente durante el ejercicio fiscal, que pueda ser consolidado para constituir una sola contratación que supere el coeficiente 0,0000002 del Presupuesto Inicial del Estado. Lo expuesto implica que las contrataciones de ínfima cuantía no pueden ser periódicas, sino eventuales o que no se pueda determinar cuando deben ser realizadas. Esto para evitar lo dispuesto en el artículo 60, inciso segundo del Reglamento General de la LOSNCP, que prohíbe que estas contrataciones se empleen como medio de elusión de procedimientos, lo cual es concordante con la prohibición de subdividir contratos, constante en la Disposición General Segunda de la LOSNCP.

Sobre este último particular cabe referirnos al pronunciamiento emitido por el INCOP, en oficio DE-1002-2010 de 23 de febrero de 2010, en que se absuelve una consulta sobre el procedimiento de ínfima cuantía a un proveedor; y, en la parte pertinente se recalca el hecho de que se deben acumular o consolidar todas las contrataciones anuales de un determinado objeto, para

determinar si debe aplicarse o no el procedimiento de ínfima cuantía y así evitar elusión de procedimientos precontractuales. En su parte pertinente, se señala:

“Con los antecedentes expuestos, para la contratación de ejecución de obras, adquisición de bienes o prestación de servicios que requiera su entidad, que no superen el valor de \$4.256,41 anual, mencionado con anterioridad, podrá aplicarse la Contratación de Ínfima Cuantía, caso contrario deberán optar por otros procedimientos previstos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública -LOSNCP-, los mismos que deberán ser seleccionados por la entidad contratante de acuerdo con sus necesidades y el monto a contratar.

Es importante tomar en cuenta que, el artículo anteriormente citado claramente establece que “Estas contrataciones no podrán emplearse como medio de elusión de los procedimientos.”¹⁸, por lo tanto, será responsabilidad de la máxima autoridad de la entidad contratante el verificar que al emplear la Ínfima Cuantía no se está eludiendo el uso de otros procedimientos contemplados por la LOSNCP.”

Por su parte, el artículo 2 de la Resolución del INCOP No. 043-2010, determina casos especiales, en los que independientemente de las circunstancias previstas en el artículo 1 ibídem, se puede aplicar el procedimiento de ínfima cuantía:

- a) Los alimentos y bebidas destinados a la alimentación humana y animal, especialmente de unidades civiles, policiales o militares, ubicadas en circunscripciones rurales o fronterizas.

¹⁸ Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Publicada en el Registro Oficial No. 588 del 12 de Mayo de 2008. Art. 20.

- b) La adquisición de combustibles y lubricantes. Esto es de gran utilidad para las compras de gasolina o diesel para vehículos institucionales. La ínfima cuantía se aplicará para cada adquisición que se realice.
- c) La adquisición de repuestos o accesorios, siempre que por razones de oportunidad no sea posible aplicar el procedimiento de régimen especial previsto en el artículo 94 del Reglamento General de la LOSNCP.
- d) El arrendamiento de bienes muebles e inmuebles, si su presupuesto anual de arrendamiento no supera el límite de aplicación de este procedimiento.

Así mismo, el artículo 3 de la Resolución de la referencia, determina que cabe la aplicación de la ínfima cuantía para la contratación de seguros, en cualquiera de sus ramas, siempre y cuando el valor de la prima sea igual o menor al valor que resulta de aplicar el coeficiente 0,0000002 por el Presupuesto Inicial del Estado.

Para el caso de obras, el artículo 4 de la Resolución dispone que se aplicará exclusivamente el procedimiento de ínfima cuantía para reparaciones, refacciones, remodelaciones, adecuaciones o mejoras de construcciones o infraestructuras existentes, por lo que no cabría para obras nuevas.

En consultoría no cabe la aplicación de este procedimiento, conforme lo prevé el artículo 5 de la resolución que se analiza.

Por su parte, el artículo 6 de la Resolución determina que las contrataciones de ínfima cuantía deben ser publicadas cada mes, de forma consolidada, en el cuadro que para el efecto elaboró el INCOP, en la herramienta “Publicación Especial”, del portal de compras públicas.

Finalmente, se determina en el artículo 7 de la Resolución 043-2010, que se recomienda a las entidades contratantes que siempre que fuere posible, se cuente con al menos tres proformas previas a definir el proveedor con quien se realizará la contratación directa por ínfima cuantía.

6.10. Contratos de Consultoría y de Apoyo a la Consultoría

i. Antecedentes

La contratación de consultoría estaba anteriormente regida por su ley especial, la Ley de Consultoría, y su Reglamento. Con la promulgación de la nueva LOSNCP, fueron derogados ambos cuerpos normativos especiales, y se recogió dentro de ésta y su reglamento general, el régimen de contratación de este tipo de servicios denominados profesionales especializados.

ii. Definición y alcance

Debe diferenciarse a estos contratos con los de prestación de servicios en general. Para esto, García de Enterría y Fernández señalan que éstos tienen como objeto la realización de servicios diversos de carácter no solo profesional, sino también técnico, económico, industrial, comercial o cualquier otro de naturaleza análoga. Es decir, estos contratos están enfocados a un servicio de cualquier índole, a diferencia de los contratos de consultoría los cuales tienen por finalidad la realización de estudios, informes o proyectos profesionales en donde existan criterios, implican dictamen o juicio profesional especializado.

Consultoría: *“Se refiere a la prestación de servicios profesionales especializados no normalizados, que tengan por objeto identificar, auditar, planificar, elaborar o evaluar estudios y proyectos de desarrollo, en sus niveles de pre factibilidad, factibilidad, diseño u operación. Comprende, además, la supervisión,*

fiscalización, auditoría y evaluación de proyectos ex ante y ex post, el desarrollo de software o programas informáticos así como los servicios de asesoría y asistencia técnica, consultoría legal que no constituya parte del régimen especial indicado en el número 4 del artículo 2, elaboración de estudios económicos, financieros, de organización, administración, auditoría e investigación.”

Sobre esta diferencia, cabe citar un pronunciamiento del INCOP:

“2. Si el objeto materia del referido concurso esto es: la contratación para contar en el Ministerio de Deporte con un censo nacional de infraestructura deportiva, entrenadores y deportistas, es una Consultoría como servicio profesional especializado; o, puede ser calificada como una contratación de servicios generales al conllevar recopilación, procesamiento y análisis de datos?”

En concordancia con el numeral 8 del artículo 6 de la LOSNCP, Consultoría “Se refiere a la prestación de servicios profesionales especializados no normalizados, que tengan por objeto identificar, auditar, planificar, elaborar o evaluar estudios y proyectos de desarrollo, en sus niveles de pre factibilidad, factibilidad, diseño y operación. Comprende, además, la supervisión, fiscalización, auditoría y evaluación de proyectos ex ante y ex post, el desarrollo de software o programas informáticos así como los servicios de asesoría y asistencia técnica, consultoría legal que no constituya parte del régimen especial indicado en el número 4 del artículo 2, elaboración de estudios económicos, financieros, de organización, administración, auditoría e investigación.”

En tal sentido, al requerir los servicios de recopilación de datos, procesamiento y análisis de los mismos, se está contratando un servicio no normalizado de consultoría, razón por la cual de

manera obligatoria deberá observar lo establecido por la normativa vigente para tales contrataciones.¹⁶

La definición que la nueva LOSNCP contempla para los servicios de consultoría es casi exacta a la prevista en la anterior Ley de Consultoría, que fue derogada por esta; sin embargo, agrega los siguientes servicios: auditoría, elaboración de estudios de desarrollo, auditoría de proyectos, desarrollo de software o programas informáticos, consultoría legal (diferenciándola de la prevista en el numeral 4 del artículo 2 de la ley); y, aclara que los servicios de supervisión, fiscalización, auditoría y evaluación de proyectos pueden ser ex ante y ex post.

En calidad de precisión, debemos aclarar que la inclusión en la definición de la calidad de “no normalizados” que se agrega para definir a los servicios de consultoría, resulta innecesaria, considerando que no existen servicios profesionales especializados normalizados, sería una incongruencia, ya que si un servicio es especializado, dejaría de ser homologado, catalogado o normalizado por su calidad o naturaleza misma de especializado.

La gran mayoría de contratos de consultoría que las entidades públicas requieren, se relaciona con la obligatoriedad de contar con los estudios y diseños completos, definitivos y actualizados, planos y cálculos y especificaciones técnicas de toda ejecución de obra que se prevea contratar, de conformidad con el artículo 23 de la LOSNCP, así como los de fiscalización de las obras.

¹⁶ OFICIO INCOP No. DE-2068-2010, 18 de Marzo de 2010.

iii. Consultores

El análisis del régimen de contratación de consultoría debe partir de la determinación de los contratistas: son considerados por la LOSNCP como consultores, todas las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, facultadas para proveer servicios de consultoría, de conformidad con dicha Ley. Es decir, que la ley faculta a las entidades enumeradas en su artículo 2, a contratar servicios de consultoría con personas extranjeras también; sin embargo, veremos más adelante la limitación que existe para este tipo de contrataciones, las cuales pudieran llegar a constituirse en incumplimientos de varios convenios internacionales celebrados por el Ecuador, especialmente de los principios de nación más favorecida y de igualdad de trato dentro de tratados internacionales de comercio.

Sin perjuicio de lo anterior, es importante determinar los requisitos y formalidades que deben cumplir, tanto personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, para poder participar en la contratación pública nacional (Arts. 37, 38 y 39 LOSNCP):

a. Nacionales

Para personas naturales:

- a) Tener título profesional de tercer nivel inscrito en el CONESUP (actual Secretaría Nacional de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación) conferido por una institución de Educación Superior del Ecuador, o del extranjero, en cuyo caso deberá estar reconocido en el país conforme a la Ley;
- b) Estar inscrito y habilitado en el Registro Único de Proveedores manejado por el Instituto Nacional de Contratación Pública;

Para personas jurídicas:

- a) Estar constituida de conformidad con la Ley de Compañías y tener en su objeto social incluida esta actividad;
- b) Contratar y demostrar que cuentan con consultores individuales, quienes deberán cumplir los requisitos previstos en la Ley (En todos los casos se privilegiará la contratación de profesionales ecuatorianos lo que será exigido por la institución contratante y por el INCOP en los porcentajes definidos en el Reglamento a la Ley).

Sobra mencionar que, al igual que para todo tipo de contratación pública, a excepción de la contratación por ínfima cuantía, todo consultor, sea persona natural o jurídica, debe estar inscrito y habilitado en el RUP para poder participar en los procedimientos precontractuales y celebrar contratos administrativos. Así mismo, debemos recordar que para iniciar cualquier proceso de contratación de consultoría, necesariamente debe identificarse uno de los grupos que la LOSNCP y su Reglamento clasifican como consultores: Personas naturales, personas jurídicas y corporaciones, fundaciones o universidades e institutos. Sobre esto, el INCOP se ha pronunciado de la siguiente forma:

“3. ¿Cuál sería el procedimiento a adoptar por parte del Ministerio del Deporte, en relación al Concurso Público referido?”

En este caso, su entidad debió realizar una distinción en cuanto a la naturaleza de los consultores, razón por la cual no podrá proceder con la calificación de los mismos, ya que no se encuentran en igualdad de condiciones, así mismo, por su naturaleza se encuentran en condiciones diferentes que podrían afectar el principio al trato justo, recuerde que uno de los elementos del derecho a la igualdad es precisamente el “trato igual entre iguales”, en este caso dada la diferencia existente entre las partes se estaría violando este principio constitucional y legal.

Por lo tanto, su entidad puede proceder a Cancelar el Procedimiento, observando lo establecido en el artículo 34 de la LOSNCP, el mismo que establece lo siguiente:

“En cualquier momento 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 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.”*

De no ser oportuna la aplicación del artículo anteriormente citado, podrá Declarar Desierto el procedimiento, siguiendo lo establecido por el artículo 33 de la LOSNCP:

“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.”

Sin embargo lo expuesto, es importante que usted recuerde que en concordancia con el inciso segundo del artículo 99 de la LOSNCP, “La máxima autoridad de la entidad, así como los funcionarios o servidores de la misma 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 esta Ley, sin perjuicio, de ser el caso, de la responsabilidad penal a que hubiere lugar.”¹⁷

b. Extranjeros

Para la participación de consultoría extranjera, ésta debe limitarse a los campos, actividades o áreas en cuyos componentes parciales o totales no exista capacidad técnica o experiencia de la consultoría nacional. Esta determinación le corresponde al INCOP mediante la emisión de una certificación, que debe ser solicitada por la entidad interesada en contratar al consultor o firma consultora extranjera, la cual será responsable de la determinación inicial de falta de capacidad técnica o experiencia de la consultoría nacional, y deberá enviar los pliegos al INCOP con su solicitud. (art 35 RILOSNCP)

En forma previa al otorgamiento de la certificación, el INCOP deberá solicitar, mediante aviso público, la presentación de expresiones de interés de proveedores de bienes y servicios nacionales, quienes tendrán un plazo de treinta (30) días para presentar sus expresiones de interés. En caso de no existir

¹⁷ OFICIO INCOP No. DE-2068-2010, 18 de Marzo de 2010.

interesados nacionales, o los que manifiesten su interés no cumplen con la capacidad técnica o experiencia solicitada, el INCOP emitirá la certificación de autorización a la entidad, en forma electrónica, para que ésta realice un concurso de prestadores de servicios de consultoría extranjeros. Es importante destacar que en la certificación de participación extranjera, el INCOP podrá recomendar porcentajes mínimos de participación nacional que deberán contemplar obligatoriamente los pliegos.

Sin perjuicio de la autorización emitida, una persona natural o jurídica nacional puede participar en el proceso de concurso convocado, una vez iniciado el mismo (art. 26 LOSNCP-; art 37 RLOSNCP).

Una vez realizado el concurso, y para efecto de la habilitación y selección de los consultores o firmas consultoras extranjeras, deberán considerarse los siguientes requisitos mínimos que éstos deberán cumplir:

Para personas naturales:

- a) Tener título profesional de tercer nivel inscrito en el CONESUP (actual Secretaría Nacional de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación) conferido por una institución de Educación Superior del Ecuador, o del extranjero, en cuyo caso deberá estar reconocido en el país conforme a la Ley;
- b) Estar inscrito y habilitado en el Registro Unico de Proveedores manejado por el Instituto Nacional de Contratación Pública;

Para personas jurídicas:

- a) Estar facultadas legalmente en el país de su constitución para ejercer y prestar servicios de consultoría;
- b) Para la ejecución de los contratos, deberán estar domiciliadas en el Ecuador de conformidad con lo previsto en la Ley de Compañías, y de acuerdo al análisis correspondiente realizado en el Capítulo Primero de este manual.
- c) Contratar y demostrar que cuentan con consultores individuales, quienes deberán cumplir los requisitos previstos en la Ley (En todos los casos se privilegiará la contratación de profesionales ecuatorianos, lo que será exigido por la institución contratante y por el INCOP en los porcentajes definidos en el Reglamento de la Ley).

Las compañías extranjeras que se hubieren 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. Recordemos que para toda contratación con el Estado ecuatoriano, salvo en procesos de ínfima cuantía u otras especiales, todo contratista, sea persona natural o jurídica, nacional o extranjero, debe estar inscrito en el RUP.

Cabe mencionar que, tanto consultores individuales nacionales como extranjeros, pueden celebrar contratos de consultoría con un plazo máximo de hasta seis meses sin necesidad del registro de su título en el Ecuador, presentando únicamente su título profesional conferido por una entidad de educación superior del extranjero.

Así mismo, la Resolución del INCOP No. 46 de 17 de agosto de 2010, establece en sus artículos 5 y 7, un procedimiento abreviado para personas naturales no residentes en el país y personas jurídicas no domiciliadas en el país, respectivamente, en

razón del cual, la entidad contratante puede justificar que la firma consultora o consultor individual no pueden cumplir los requisitos determinados para obtener el RUP, siempre y cuando la consultoría no supere los seis (6) meses, con lo cual el INCOP habilitará en el RUP al extranjero no residente o la persona jurídica no domiciliada en el país, siempre y cuando se cumplan dichos presupuestos.

Finalmente, es importante destacar que las universidades y escuelas politécnicas, así como las fundaciones y corporaciones, también pueden ejercer la consultoría, siempre y cuando dicha actividad específica conste en las disposiciones legales o estatutarias que normen su existencia legal. Las actividades en las que participen deberán tener relación con temas de investigación o asesorías especializadas puntuales; y, deberán demostrar su capacidad para la prestación del servicio.

En relación a este tema, el INCOP se ha pronunciado de la siguiente forma:

“1. Si pueden participar en el referido Concurso Público tanto Universidades, Escuelas Politécnicas, Corporaciones y Fundaciones, o debió haberse circunscrito exclusivamente a un segmento particular de entidades, a pesar de que dichos centros de estudios se encuentran habilitados en el RUP para participar en concurso públicos de consultoría?”

En concordancia con el inciso primero del artículo 41 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública -LOSNC-, “Los procesos de selección se efectuarán entre consultores de la misma naturaleza; así entre consultores individuales, entre firmas consultoras, o entre organismos que puedan atender y estén en capacidad jurídica de prestar servicios de consultoría.”

En tal virtud debería diferenciarse de manera clara la naturaleza de los consultores, en aras de proteger los principios del Sistema Nacional

de Contratación Pública, garantizando de esta manera principio de igualdad y trato justo que se debe dar a las partes.

*De la misma manera, es importante que usted conozca que las actividades de consultoría que pueden realizar las Universidades y Escuelas Politécnicas, así como las corporaciones y fundaciones, están limitadas a "(...)temas de investigación o asesorías especializadas puntuales en las que demuestren su capacidad.(...)"*¹⁸

6.10.1. Procedimientos de contratación de consultoría

La LOSNCP y su reglamento prevén una clasificación gradual para los procedimientos de contratación de servicios de consultoría, cuya aplicación depende exclusivamente del presupuesto referencial fijado para la contratación.

Es así como el artículo 40 de la LOSNCP clasifica a los procedimientos en:

- **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. (**desde USD 0,01 hasta USD 42.564,12** en el año 2010. En el año 2011 hasta USD 47.900,50).
- **Contratación mediante lista corta:** Cuando el presupuesto referencial del contrato supere el fijado en el número anterior y sea inferior al valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,000015 por el monto del presupuesto inicial del Estado correspondiente al ejercicio económico (**desde USD 42.564,12 hasta USD 319.230,93** en el año 2010. En el año 2011 desde USD 47.900,50 hasta USD 359.253,75); y,

¹⁸ OFICIO INCOP No. DE-2068-2010, 18 de Marzo de 2010.

- **Contratación mediante 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 (**desde USD 319.230,93 en adelante** en el año 2010. En el año 2011 desde USD 359.253,75).

Para la selección, calificación, negociación y adjudicación en todos los procedimientos de contratación de consultoría antes enunciados, la Entidad Contratante debe regirse a lo dispuesto en el Capítulo II del RLOSNC. El detalle sobre estos procedimientos los veremos más adelante.

Cabe destacar que para toda contratación de consultoría, inclusive aquellas cuyo presupuesto referencial vaya desde USD 0,01, debe someterse su procedimiento de contratación a lo previsto en el artículo 40 de la LOSNC, así como al Capítulo II del RLOSNC. Es decir, para la contratación de este tipo de servicios profesionales especializados, no es aplicable en ningún caso el procedimiento de ínfima cuantía previsto en el RLOSNC, sobre el cual trataremos más adelante.

Para iniciar todo procedimiento de contratación de consultoría, la entidad contratante deberá determinar la naturaleza de los participantes que se convocará, sean éstos personas naturales o jurídicas, ya que en un proceso sólo pueden participar consultores de igual naturaleza; es decir, puede invitarse o convocarse sólo a consultores individuales, sólo a firmas consultoras, o sólo a los denominados organismos que están facultados para ofrecer consultoría (Art. 32 RLOSNC).

6.10.1.1 Contratación Directa de Consultoría

Quando 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. **(Desde USD 0,01 hasta USD 42.564,12 en el año 2010. En el año 2011 hasta 47.900,50).**

Para la contratación directa de consultoría, deben seguirse los siguientes pasos:

1. El área requirente solicitará por escrito a la máxima autoridad de la entidad la contratación de una consultoría, detallando la necesidad específica y sugiriendo la invitación a determinado consultor o firma consultora, por estar inscrito y habilitado en el RUP y cumplir con los requisitos mínimos necesarios.
2. Deberá verificarse que la contratación solicitada se encuentre prevista en el Plan Anual de Contratación de la entidad y elaborarse los pliegos para el proceso.
3. La máxima autoridad de la entidad deberá conocer dicha solicitud; y, en caso de aprobarla, se solicitará la certificación presupuestaria correspondiente.
4. Contando con la certificación presupuestaria, la máxima autoridad de la entidad o su delegado emitirá una Resolución en la que dispondrá el inicio del proceso, aprobará el presupuesto referencial y los pliegos en los que deberá constar la información básica necesaria que permita la confirmación de las calificaciones requeridas para cumplir con el objeto del contrato, seleccionará y dispondrá se envíe una invitación directa junto con los pliegos a un consultor o firma consultora para que presente su oferta.
5. En caso de que la máxima autoridad o su delegado lo consideren necesario, se abrirá una etapa de preguntas

y aclaraciones que se podrán realizar mediante comunicaciones directas con el consultor invitado o a través del portal www.compraspublicas.gov.ec.

6. En la invitación a presentar la oferta deberá constar el día, hora y lugar hasta el cual puede ser entregada la propuesta técnico-económica, término que no podrá ser superior a 6 días contado a partir de la fecha en que se recibió la invitación.
7. Una vez presentada la oferta, la máxima autoridad, o su delegado, realizarán la evaluación, negociación y adjudicación, sobre la base de los parámetros, metodología y calificación mínima previstos en los pliegos, en un término no mayor a 3 días.
8. En caso de que el oferente no aceptare la invitación, no presentare su oferta o la misma no resulte habilitada, la máxima autoridad o su delegado declarará terminado (desierto) 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 podrá optar por otro procedimiento de contratación.
9. En caso de que el oferente aceptare la invitación, presentare su oferta y la misma resulte habilitada, se realizará una audiencia de negociación, en la que se podrá modificar el precio del contrato o determinados aspectos sobre los servicios a prestarse, siempre y cuando éstas modificaciones no alteren el objeto esencial de la consultoría.
10. En el caso de que se llegue a un acuerdo con el consultor invitado, la máxima autoridad de la entidad o

su delegado, emitirá la resolución de adjudicación del contrato, y dispondrá la elaboración del contrato. En todo caso, la resolución deberá ser motivada.

Este procedimiento está contenido principalmente en el artículo 36 del RLOSNCP, así como en varias disposiciones de la LOSNCP, su Reglamento y el Capítulo I de la Resolución No. 021-09 emitida por el INCOP el 12 de mayo de 2009. Cabe acotar que es potestad de la entidad pública el eventualmente realizar un proceso de selección entre más de un consultor o firmas consultoras para la contratación de consultoría, pese a que el presupuesto referencial le obliguen únicamente a realizar una contratación directa.

6.10.1.2 Contratación de Consultoría mediante Lista Corta

Cuando el presupuesto referencial del contrato supere el fijado en el número anterior y sea inferior al valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,000015 por el monto del presupuesto inicial del Estado correspondiente al ejercicio económico (**Desde USD 42.564,12 hasta USD 319.230,93** en el año 2010. En el año 2011 desde USD 47.900,50 hasta USD 359.253,75).

Para la contratación de consultoría mediante lista corta, deben seguirse los siguientes pasos:

1. El área pertinente solicitará por escrito a la máxima autoridad de la entidad la contratación de una consultoría, detallando la necesidad específica y sugiriendo la invitación a mínimo tres (3) y máximo seis (6) consultores o firmas consultoras, por estar inscritos y habilitados en el RUP y cumplir con los requisitos mínimos necesarios.

2. Deberá verificarse que la contratación solicitada se encuentre prevista en el Plan Anual de Contratación de la entidad y elaborarse los pliegos para el proceso.
3. La máxima autoridad de la entidad deberá conocer dicha solicitud y, en caso de aprobarla, se solicitará la certificación presupuestaria correspondiente y la elaboración de los pliegos, los cuales deberán contener, entre otros aspectos, los parámetros y metodología de evaluación de ofertas, en atención a lo dispuesto en el artículo 41 de la LOSNCP, que señala que los servicios de consultoría serán seleccionados sobre la base de criterios de calidad y costo. Así mismo, deberá atenderse a los siguientes requisitos, procedimientos y criterios:
 - a. Capacidad técnica y administrativa disponible;
 - b. Antecedentes y experiencia demostrables en la realización de trabajos anteriores;
 - c. Antecedentes y experiencia demostrables del personal que será asignado a la ejecución del contrato;
 - d. Plan de trabajo, metodología propuesta y conocimiento probado de las condiciones generales, locales y particulares del proyecto materia de la consultoría;
 - e. Disponibilidad de los recursos, instrumentos y equipos necesarios para la realización de la consultoría; y,
 - f. Cuando intervengan empresas nacionales en asocio con empresas extranjeras, se tomarán en consideración, adicionalmente, los procedimientos y metodologías que ofrezca la consultoría extranjera para hacer efectiva una adecuada transferencia de tecnología, así como la mayor y mejor utilización de la capacidad técnica de profesionales ecuatorianos.

Vale la pena mencionar que para efectos de la participación de consorcios o asociaciones, deben analizarse las disposiciones contenidas en la Resolución del INCOP No. 046-2010 de 17 de agosto de 2010, particularmente el Capítulo IV titulado “Compromiso de Asociación o Consorcio”.

Cada uno de los criterios de evaluación deberán tener una asignación de puntaje conforme su incidencia en el objeto del contrato.

4. Contando con la certificación presupuestaria, la máxima autoridad de la entidad o su delegado emitirá una Resolución en la que dispondrá el inicio del proceso, aprobará el presupuesto referencial y los pliegos, designará a los miembros de la Comisión Técnica, conforme lo previsto en el artículo 18 del RLOSNC, que se encargará de llevar adelante el proceso, evaluar las ofertas y participar en la negociación; y, dispondrá se envíe, a través del portal www.compraspublicas.gov.ec, una invitación directa junto con los pliegos a mínimo tres (3) y máximo seis (6) consultores o firmas consultoras, para que presenten sus ofertas. De ser necesario se podrá conformar una o más subcomisiones de apoyo a la Comisión Técnica.

ATENCION: Entre los parámetros y metodología para la evaluación de las ofertas, debe considerarse que en ningún caso el costo tenga un porcentaje de incidencia superior al veinte (20%) por ciento, con relación al total de la calificación de la oferta.

5. El INCOP 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

siguiente: *“Mejor Costo en Consultoría: Criterio de “Calidad y Costo” con el que se adjudicarán los contratos de consultoría, en razón de la ponderación que para el efecto se determine en los Pliegos correspondientes, y sin que en ningún caso el costo tenga un porcentaje de incidencia superior al veinte (20%) por ciento.”* (art. 6 número 19 LOSNCP)

6. En la invitación a presentar ofertas, deberá constar el día, hora y lugar hasta el cual pueden ser entregadas las propuestas técnico-económicas, término que no podrá ser superior a 20 días ni menor a 10 días, contado a partir de la fecha en que se recibió la invitación. Así mismo, deberá establecerse un término de mínimo tres (3) y máximo seis (6) días, contado desde la fecha de invitación, para que los invitados realicen preguntas o soliciten aclaraciones sobre los pliegos. A su vez la Comisión Técnica deberá emitir las respuestas y aclaraciones a través del portal www.compraspublicas.gov.ec, sin que estas modificaciones puedan alterar el objeto del contrato o el presupuesto referencial, para lo cual tendrán un término mínimo de tres (3) y máximo seis (6) días, contado desde la fecha límite para recibir preguntas.
7. Las ofertas técnica y económica deberán ser entregadas simultáneamente, en dos sobres separados, en el sobre 1: la oferta técnica y en el sobre 2: la oferta económica, a través del Portal www.compraspublicas.gov.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. Es importante mencionar que en los pliegos del proceso se puede disponer que las ofertas sean entregadas también físicamente en un lugar determinado.

ATENCIÓN: 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.

8. Una vez presentada la o las ofertas y realizada la apertura de los sobres una hora después del día y hora señalados en la invitación, los miembros de la Comisión Técnica designada realizarán la evaluación sobre la base de los parámetros, metodología y calificación mínima previstos en los pliegos, para lo cual la evaluación se dividirá en dos etapas diferenciadas y consecutivas: Primero la evaluación técnica; y, segundo la evaluación económica; a ésta última solo accederán las ofertas que en la evaluación técnica alcanzaron un puntaje mínimo de 70 puntos, las demás serán descalificadas y su sobre No. 2 será devuelto sin abrirse. La Comisión Técnica tendrá un término no mayor a diez (10) días desde la apertura del sobre No. 1 para evaluar y notificar a través del portal www.compraspublicas.gov.ec los resultados finales de la evaluación del sobre No. 1, con su debida sustentación.
9. Una vez calificadas las ofertas técnicas, debe procederse a la apertura de las ofertas económicas, las cuales serán asimismo objeto de revisión y calificación conforme los pliegos y la fórmula contenida en el artículo 8 de la Resolución No. 021-09 emitida por el

INCOP. Las entidades no tendrán acceso a las propuestas económicas sino hasta la finalización de la evaluación técnica; y, solamente de las ofertas que hayan resultado habilitadas. Con el proponente que obtenga el mayor puntaje ponderado de la oferta técnica y económica; y, se ubique en primer lugar en el orden de prelación, se procederá a la negociación de los términos técnicos y contractuales y a los ajustes económicos que se deriven de tal negociación.

10. En caso de que ninguno de los invitados presentare su oferta, o las presentadas no resulten habilitadas, la máxima autoridad o su delegado declarará terminado (desierto) el procedimiento; y de así estimarlo pertinente, resolverá el inicio de un nuevo proceso de contratación mediante lista corta con una nueva lista de consultores o firmas consultoras, o en su defecto, podrá optar por el procedimiento de concurso público.
11. En caso de que uno o más invitados presenten sus ofertas y la o las mismas resulten habilitadas, 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. Si no se llegare a un acuerdo con ninguno de los oferentes habilitados, la Comisión Técnica

deberá informar de tal forma a la máxima autoridad de la entidad o su delegado, recomendando la declaratoria de desierto del proceso.

12. Suscrita el acta de negociación, los miembros de la Comisión Técnica remitirán a la máxima autoridad o su delegado, un informe con el detalle sobre la evaluación y negociación realizadas, recomendando la adjudicación del contrato; o, de ser el caso, la declaratoria de desierto del proceso.
13. Finalmente, la máxima autoridad de la entidad o su delegado, emitirá una resolución con la adjudicación del contrato, pudiendo acoger o no la recomendación de la Comisión Técnica, y dispondrá la elaboración del contrato; o, declarar desierto el proceso. En todo caso, la resolución deberá ser motivada, y deberá emitirse en base a lo previsto en el artículo 19 de la LOSNCP.

Este procedimiento está contenido principalmente en los artículos 37, 38, 39 y 40 del RLOSNCP, así como en varias disposiciones de la LOSNCP, su Reglamento y los Capítulos II y III de la Resolución No. 021-09 emitida por el INCOP el 12 de mayo de 2009.

6.10.1.3. Contratación de Consultoría mediante 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 (**desde USD 319.230,93 en adelante** en el año 2010. En el año 2011 desde USD 359.253,75).

Para la contratación de consultoría mediante Concurso Público, deben seguirse los siguientes pasos:

1. El área pertinente solicitará por escrito a la máxima autoridad de la entidad la contratación de una consultoría, detallando la necesidad específica y sugiriendo la convocatoria a todos los consultores o firmas consultoras inscritos en el RUP para la categoría de los servicios requeridos respectiva.
2. Deberá verificarse que la contratación solicitada se encuentre prevista en el Plan Anual de Contratación de la entidad y elaborarse los pliegos para el proceso.
3. La máxima autoridad de la entidad deberá conocer dicha solicitud y, en caso de aprobarla, se solicitará la certificación presupuestaria correspondiente y la elaboración de los pliegos, los cuales deberán contener, entre otros aspectos, los parámetros y metodología de evaluación de ofertas, en atención a lo dispuesto en el artículo 41 de la LOSNCP, que señala que los servicios de consultoría serán seleccionados sobre la base de criterios de calidad y costo. Así mismo, deberá atenderse a los siguientes requisitos, procedimientos y criterios:
 - a. Capacidad técnica y administrativa disponible;
 - b. Antecedentes y experiencia demostrables en la realización de trabajos anteriores;
 - c. Antecedentes y experiencia demostrables del personal que será asignado a la ejecución del contrato;
 - d. Plan de trabajo, metodología propuesta y conocimiento probado de las condiciones generales, locales y particulares del proyecto materia de la consultoría;

- e. Disponibilidad de los recursos, instrumentos y equipos necesarios para la realización de la consultoría; y,
- f. Cuando intervengan empresas nacionales en asocio con empresas extranjeras, se tomarán en consideración, adicionalmente, los procedimientos y metodologías que ofrezca la consultoría extranjera para hacer efectiva una adecuada transferencia de tecnología, así como la mayor y mejor utilización de la capacidad técnica de profesionales ecuatorianos.

Cada uno de los criterios de evaluación deberán tener una asignación de puntaje conforme su incidencia en el objeto del contrato.

4. Contando con la certificación presupuestaria, la máxima autoridad de la entidad o su delegado emitirá una Resolución en la que dispondrá el inicio del proceso, aprobará el presupuesto referencial y los pliegos, designará a los miembros de la Comisión Técnica, conforme lo previsto en el artículo 18 del RI.OSNCP, que se encargará de llevar adelante el proceso, evaluar las ofertas y participar en la negociación; y, dispondrá se envíe, a través del portal www.compraspublicas.gov.ec, una convocatoria a todos los consultores o firmas consultoras, para que presenten sus ofertas. De ser necesario se podrá conformar una o más subcomisiones de apoyo a la Comisión Técnica.

ATENCIÓN: Entre los parámetros y metodología para la evaluación de las ofertas, debe considerarse que en ningún caso el costo tenga un porcentaje de incidencia superior al veinte (20%) por ciento, con relación al total de la calificación de la oferta.

Para el caso específico del procedimiento de concurso público, la entidad contratante podrá realizar una invitación internacional, previo la autorización del INCOP. En este caso, se podrá realizar invitaciones mediante publicaciones por la prensa internacional especializada, por una sola vez en cada medio escrito. Para este caso, deberá considerarse los límites y condiciones especiales antes analizados, relacionados con la contratación de consultoría extranjera.

5. El INCOP 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 siguiente: *“Mejor Costo en Consultoría: Criterio de “Calidad y Costo” con el que se adjudicarán los contratos de consultoría, en razón de la ponderación que para el efecto se determine en los Pliegos correspondientes, y sin que en ningún caso el costo tenga un porcentaje de incidencia superior al veinte (20%) por ciento.”* (art. 6 número 19 LOSNCP)
6. En la invitación a presentar ofertas, deberá constar el día, hora y lugar hasta el cual pueden ser entregadas las propuestas técnico-económicas, término que no podrá ser superior a 30 días ni menor a 15 días, contado a partir de la fecha en que se publicó la convocatoria. Así mismo, deberá determinarse si pueden participar consultores individuales o empresas consultoras, y establecerse un término de mínimo tres (3) y máximo seis (6) días, contado desde la fecha de invitación, para que los invitados realicen preguntas o soliciten aclaraciones sobre los pliegos. A su vez la Comisión Técnica deberá emitir las respuestas y aclaraciones a través del portal www.compraspublicas.gov.ec, sin que estas modificaciones puedan alterar el objeto del contrato o el presupuesto referencial, para lo cual

tendrán un término mínimo de tres (3) y máximo seis (6) días, contado desde la fecha límite para recibir preguntas.

7. Las ofertas técnica y económica deberán ser entregadas simultáneamente, en dos sobres separados, en el sobre 1: la oferta técnica y en el sobre 2: la oferta económica, a través del Portal www.compraspublicas.gov.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 los pliegos del proceso se puede disponer que las ofertas sean entregadas también físicamente en un lugar determinado. Vale la pena mencionar que hasta la fecha de edición de este manual, el portal de compras públicas no cuenta con la capacidad técnica que permita la presentación de las ofertas técnicas a través del mismo, por lo que en la práctica únicamente la oferta económica es subida a dicho portal.

ATENCIÓN: 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.

8. Una vez presentada la o las ofertas y realizada la apertura de los sobres una hora después del día y hora señalados en la publicación, los miembros de la Comisión Técnica designada realizarán la evaluación

sobre la base de los parámetros, metodología y calificación mínima previstos en los pliegos, para lo cual la evaluación se dividirá en dos etapas diferenciadas y consecutivas: Primero la evaluación técnica; y, segundo la evaluación económica; a ésta última solo accederán las ofertas que en la evaluación técnica alcanzaron un puntaje mínimo de 70 puntos, las demás serán descalificadas y su sobre No. 2 será devuelto sin abrirse. La Comisión Técnica tendrá un término no mayor a diez (10) días desde la apertura del sobre No. 1 para evaluar y notificar a través del portal www.compraspublicas.gov.ec los resultados finales de la evaluación del sobre No. 1, con su debida sustentación.

9. Una vez calificadas las ofertas técnicas, debe procederse a la apertura de las ofertas económicas, las cuales serán asimismo objeto de revisión y calificación conforme los pliegos y la fórmula contenida en el artículo 8 de la Resolución No. 021-09 emitida por el INCOP. Las entidades no tendrán acceso a las propuestas económicas sino hasta la finalización de la evaluación técnica; y, solamente de las ofertas que hayan resultado habilitadas. Con el proponente que obtenga el mayor puntaje ponderado de la oferta técnica y económica; y, se ubique en primer lugar en el orden de prelación, se procederá a la negociación de los términos técnicos y contractuales y a los ajustes económicos que se deriven de tal negociación.
10. En caso de que nadie presentare su oferta, o las presentadas no resulten habilitadas, la máxima autoridad o su delegado declarará desierto el procedimiento; y de así estimarlo pertinente, resolverá

el inicio de un nuevo proceso de contratación mediante concurso público.

11. En caso de que uno o más oferentes presentaren sus propuestas y la o las mismas resulten habilitadas, 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. Si no se llegare a un acuerdo con ninguno de los oferentes habilitados, la Comisión Técnica deberá informar de tal forma a la máxima autoridad de la entidad o su delegado, recomendando la declaratoria de desierto del proceso.
12. Suscrita el acta de negociación, los miembros de la Comisión Técnica remitirán a la máxima autoridad o su delegado, un informe con el detalle sobre la evaluación y negociación realizadas, recomendando la adjudicación del contrato; o, de ser el caso, la declaratoria de desierto del proceso.
13. Finalmente, la máxima autoridad de la entidad o su delegado, emitirá una resolución con la adjudicación del contrato, pudiendo acoger o no la recomendación de la Comisión Técnica, y dispondrá la elaboración del contrato; o, declarará desierto el proceso. En todo

caso, la resolución deberá ser motivada, y deberá emitirse en base a lo previsto en el artículo 19 de la LOSNCP.

Este procedimiento está contenido principalmente en los artículos 38, 39 y 40 del RLOSNCP, así como en varias disposiciones de la LOSNCP, su Reglamento y los Capítulos II y III de la Resolución No. 021-09 emitida por el INCOP el 12 de mayo de 2009.

6.10.2. Precalificación

Sin perjuicio de la aplicación de los procedimientos de lista corta y concurso público antes descritos, la legislación le otorga a la entidad contratante una herramienta que puede llegar a ser muy útil y efectiva en determinados casos de contratación de consultorias complejas: la llamada Precalificación (Art. 41 RI.OSNCP). En virtud de esta figura, la Comisión Técnica puede realizar un proceso de precalificación de oferentes, que tiene por objeto solicitar la presentación de información y antecedentes sobre la experiencia de los consultores relacionada con los trabajos de consultoría requeridos por la entidad contratante, con la finalidad de establecer una nómina de consultores a los cuales se invitará a presentar sus propuestas técnicas y económicas para la fase de calificación. Para esto, se emitirá una convocatoria previa al procedimiento a seguirse, que 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.

Sin embargo, este procedimiento debe ser declarado desierto si por dos ocasiones la convocatoria no tiene acogida o se presentare solamente un consultor interesado. En cambio, si más de un consultor entregó la información requerida, el procedimiento debe continuar y la Comisión Técnica deberá abrir los sobres en el mismo orden en que fueron entregados, levantará un acta de aquello y tendrá un término de 3 días para iniciar la evaluación y ponderación respectiva.

El procedimiento de precalificación concluye con el establecimiento de la nómina de consultores a ser invitados a presentar sus propuestas, lo cual será comunicado por escrito a todos los consultores participantes, por parte del Presidente de la Comisión Técnica, en un término de tres días; esta nómina será de un mínimo de dos y un máximo de seis consultores. Si como resultado de la evaluación no resultaren precalificados o resultare un solo consultor precalificado, deberá declararse desierto el proceso.

6.10.3. Responsabilidad de los consultores

Específicamente sobre la responsabilidad de los consultores, el artículo 100 de la LOSNCP prevé lo siguiente:

Art. 100.- Responsabilidad de los Consultores.- Los consultores nacionales y extranjeros son legal y económicamente responsables de la validez científica y técnica de los servicios contratados y su aplicabilidad, dentro de los términos contractuales, las condiciones de información básica disponible y el conocimiento científico y tecnológico existente a la época de su elaboración. Esta responsabilidad prescribe en el plazo de cinco años, contados a partir de la recepción definitiva de los estudios.

Si por causa de los estudios elaborados por los consultores, ocurrieren perjuicios técnicos o económicos en la ejecución de los contratos, estable-

cidos por la vía judicial o arbitral, la máxima autoridad de la Entidad Contratante dispondrá que el consultor sea suspendido del RUP por el plazo de cinco (5) años, sin perjuicio de las demás sanciones aplicables.

En el caso de ejecución de obra, asimismo serán suspendidos del RUP por el plazo de cinco (5) años, sin perjuicio de su responsabilidad civil, los consultores que elaboraron los estudios definitivos y actualizados si es que el precio de implementación de los mismos sufre una variación sustancial a la prevista, por causas imputables a los estudios, siempre y cuando dicho perjuicio haya sido establecido por la vía judicial o arbitral. Para la comparación se considerará el presupuesto referencial y los rubros a ejecutar según el estudio, frente al precio final de la obra sin reajuste de precio.

De conformidad con este artículo, los consultores nacionales y extranjeros no solamente son legal y económicamente responsables de la validez científica y técnica de los servicios contratados, sino también de su aplicabilidad dentro de los términos contractuales. Para esto, deben tomarse en cuenta las condiciones de información básica disponible y el conocimiento científico y tecnológico existente a la época de su elaboración. Esta responsabilidad prescribe en el plazo de cinco años, contado a partir de la recepción definitiva de los estudios.

Sin embargo, en el caso de estudios relacionados con la posterior ejecución de obras, para la determinación exacta de los perjuicios ocasionados por el consultor, en caso de haberlos, y la fijación de su consecuente responsabilidad civil, la obra debe estar terminada para obtener el precio final de la misma, sin reajuste de precio, el cual debe compararse con los precios establecidos en sus estudios y de tal forma evaluar con datos exactos el monto al que ascendería el perjuicio ocasionado.

En todo caso, cuando se finalice la obra y se tenga el precio final de la misma, no corresponde a la entidad contratante el establecimiento o determinación de los perjuicios que le hubieren causado los estudios realizados por el consultor, ya que conforme a la ley, estos perjuicios deben ser determinados por vía judicial o arbitral. De tal forma, cuando se tenga el precio final de la obra, la entidad debería instaurar una demanda judicial o arbitral, para que sea un juez, árbitro o tribunal arbitral quien conozca el caso; y, de ser el caso, establezca el perjuicio causado a la entidad y la responsabilidad civil del consultor contratado para elaborar los estudios que causaron el perjuicio establecido. Una vez establecido este perjuicio y responsabilidad civil, le corresponde a la entidad contratante disponer que el consultor sea suspendido del RUP por el plazo de cinco años.

Cabe así mismo aclarar que, de conformidad con el último inciso del artículo 23 de la LOSNCP, 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.

6.10.4. Criterios de selección en Consultoría

El elemento principal que todo consultor o firma consultora requieren para la ejecución de un proyecto de consultoría es justamente un capital humano calificado, sea una sola persona natural profesional o un grupo de personas que conformen un equipo de trabajo. Sin embargo, la LOSNCP y su reglamento han establecido criterios de valoración de obligatoria aplicación para todo proceso precontractual para consultoría a ejecutarse a favor del estado y/o las entidades incluidas en el artículo 1 de la ley, que incluyen otros elementos a considerarse para la determinación del

“Mejor costo en consultoría” dentro de un procedimiento precontractual para este tipo de contrataciones.

El artículo 6, numeral 19 de la LOSNCP dispone que para obtener el Mejor Costo en Consultoría, debe aplicarse un Criterio de “Calidad y Costo”, en razón de la ponderación que para el efecto se determine en los Pliegos correspondientes, y sin que en ningún caso el costo tenga un porcentaje de incidencia superior al veinte (20%) por ciento; debe considerarse que la determinación de los criterios o factores que deben estar previstos en los pliegos de cada proceso no quedan a la libre fijación de la entidad contratante, sino que es el propio reglamento a la ley el que taxativamente los enumera para su obligatoria adopción.

Es así, como el artículo 41 del RLOSNCP establece los siguientes criterios y elementos de selección de obligatoria aplicación en todo proceso de consultoría:

1. *Capacidad técnica y administrativa disponible;*
2. *Antecedentes y experiencia demostrables en la realización de trabajos anteriores;*
3. *Antecedentes y experiencia demostrables del personal que será asignado a la ejecución del contrato;*
4. *Plan de trabajo, metodología propuesta y conocimiento probado de las condiciones generales, locales y particulares del proyecto materia de la consultoría;*
5. *Disponibilidad de los recursos, instrumentos y equipos necesarios para la realización de la consultoría; y,*
6. *Cuando intervengan empresas nacionales en asocio con empresas extranjeras, se tomarán en consideración, adicionalmente, los procedimientos y metodologías que ofrezca la consultoría extranjera para hacer efectiva una adecuada transferencia de tecnología, así como la mayor y mejor utilización de la capacidad técnica de profesionales ecuatorianos.*

Analicemos uno por uno estos criterios:

1. *Capacidad Técnica y Administrativa disponible:* Este criterio exige que los interesados cuenten con un aparato técnico y administrativo suficiente y disponible, tanto de personal profesional especializado en la materia, como personas de apoyo con labores administrativas que no necesariamente deban ser profesionales ni especializados en la materia. Así mismo, consideramos que este criterio incluye la disponibilidad de una organización o estructura administrativa que permita, apoye y de sustento al trabajo por realizarse.
2. *Antecedentes y experiencia demostrables en la realización de trabajos anteriores:* Es de gran importancia que el consultor o equipo de consultores a contratarse tengan y demuestren formación académica de por lo menos tercer nivel y hayan ejecutado previamente otros proyectos de consultoría; y, si bien este criterio no exige que dicha experiencia haya sido en trabajos idénticos o similares al requerido, si es necesario que dicha experiencia sea demostrable, lo cual para efectos prácticos se cumple con la presentación de certificados emitidos por las personas, naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales o extranjeras, que hayan sido beneficiarias del servicio. En caso de que estos certificados fueren emitidos en el extranjero, estos documentos deberán contener la apostilla o autenticación del cónsul o embajada ecuatoriana en dicho país.
3. *Antecedentes y experiencia demostrables del personal que será asignado a la ejecución del contrato:* En forma independiente a la evaluación de la experiencia de la

firma consultora, debe también verificarse y evaluarse la experiencia de cada una de las personas naturales profesionales que integren el equipo técnico propuesto para la ejecución del proyecto. Para esto, no solo debe demostrarse la participación de dichos profesionales en trabajos anteriores, sino que también debe presentarse y demostrarse la formación académica de dichos profesionales. Al igual que para el caso de los certificados emitidos en el extranjero, los títulos y certificados académicos que fueren emitidos en el extranjero también deben cumplir con la formalidad del sello de apostilla o autenticación consular para que éstos tengan validez en nuestro país.

4. *Plan de trabajo, metodología propuesta y conocimiento probado de las condiciones generales, locales y particulares del proyecto materia de la consultoría:* El plan de trabajo debe contener todas las actividades por etapas a realizarse en el proyecto, contemplados en un cronograma por fecha de cumplimiento y porcentaje de avance del servicio. La metodología consiste en la forma en que el consultor o equipo consultor propone ejecutar la consultoría, estableciendo el procedimiento y técnica para concretarlo en la forma más eficiente y eficaz posible. El conocimiento de las condiciones de la consultoría por ejecutarse debe ser demostrado si bien a través del contenido del plan de trabajo y metodología propuesta, o mediante un documento independiente en que se pruebe este conocimiento.
5. *Disponibilidad de los recursos, instrumentos y equipos necesarios para la realización de la consultoría:* Este criterio de selección está íntimamente ligado al primero, que hacen relación a la capacidad operativa del profesional consultor o equipo consultor. Existen consultorías,

como el desarrollo de software, para cuya ejecución es necesario contar con determinados equipos e instrumentos y en general recursos varios; en dicho caso, la disponibilidad de dichos recursos no solo debe ser obligatoria para quienes pretendan ejecutarla, sino que esto será ponderable al momento de evaluar las ofertas.

6. *Cuando intervengan empresas nacionales en asocio con empresas extranjeras, se tomarán en consideración, adicionalmente, los procedimientos y metodologías que ofrezca la consultoría extranjera para hacer efectiva una adecuada transferencia de tecnología, así como la mayor y mejor utilización de la capacidad técnica de profesionales ecuatorianos:* Considerando que la LOSNCP prevé como principio general de obligatorio cumplimiento en el sistema de compras públicas ecuatoriano, la prioridad de contratación de consultoría nacional, y en caso de no existir capacidad técnica ecuatoriana, una necesaria transferencia de tecnología a favor de la consultoría nacional, este último criterio de valoración consolida este principio y garantiza su cumplimiento en cada proceso de contratación de consultoría.

Debe aclararse que la aplicación de estos criterios no impide que cada entidad pueda agregar otros para la valoración de las ofertas, siempre y cuando mediante éstos se cumpla con el criterio para la obtención del mejor costo en contratos de consultoría: mínimo 80% para la calidad y máximo 20% para el precio.

Estos porcentajes atienden a una ponderación de cada uno de los criterios de valoración antes analizados, cuya puntuación si es de libre determinación por parte de cada entidad contratante, y que a la final deberá ser consolidada con el puntaje de la oferta económica aplicando la fórmula establecida en la Resolución

INCOP No. 021-09 de 12 de mayo de 2009, emitida por el INCOP. A continuación un ejemplo de aplicación de los criterios analizados y la mencionada fórmula:

Capacidad técnica y administrativa:	10 puntos
Experiencia de la firma consultora:	30 puntos
Experiencia del personal técnico:	30 puntos
Plan de Trabajo, Metodología y conocimiento del proyecto:	20 puntos
Recursos, equipos e instrumentos (de ser Necesario):	10 puntos
Total:	100 puntos

El puntaje que se asigna a cada uno de los criterios de valoración debe ser asignado libremente por cada entidad contratante. Las ofertas que superen un mínimo de 70 puntos califican, las demás deben ser rechazadas.

Si una oferta es habilitada en la fase de evaluación técnica, ese puntaje debe ser consolidado con el puntaje de la evaluación económica a realizarse posteriormente. Para obtener este puntaje, debe aplicarse la siguiente fórmula:

$$Pei = 100 \times \frac{M}{M+d}$$

En la que:

Pei= Puntaje por Evaluación Económica del oferente

M= Media aritmética de las ofertas económicas de los ofertantes.

d = Diferencia en valor absoluto entre el precio propuesto por cada ofertante y la media aritmética M.



Para la calificación de las ofertas económicas se procederá a obtener la media aritmética resultante de la sumatoria de los valores ofertados dividida para el total de ofertas. Se le otorgará el 100% de la calificación a aquella o aquellas ofertas que más se acerquen a la media. Las demás ofertas recibirán un puntaje proporcional a la media.

Como podemos observar, tanto la evaluación técnica como la evaluación económica se califican sobre (100) puntos.

El puntaje total de la propuesta será el promedio ponderado de ambas evaluaciones, obtenido de la aplicación de la siguiente fórmula:

$PTO_i = (c1 * Pti) + (c2 * Pei)$ Donde:

PTO_i = Puntaje Total del Oferente i

Pti = Puntaje por Evaluación Técnica del oferente i

Pei = Puntaje por Evaluación Económica del oferente i

$c1$ = Coeficiente de ponderación para la evaluación técnica

$c2$ = Coeficiente de ponderación para la evaluación económica

La suma de ambos coeficientes deberá ser igual a la unidad (1.00). Los valores que se aplicarán en cada caso deberán estar comprendidos dentro de los márgenes siguientes:

$c1$: no menor a 0,80 ni mayor a 0,90

$c2$: no menor a 0,10 ni mayor a 0,20

Cabe mencionar que la determinación de que los coeficientes para la oferta técnica no puede ser mayor a 0,90 (90%), y para la oferta económica no puede ser menor a 0,10 (10%), no consta ni en la LOSNCP ni en su reglamento; constituye una disposición administrativa emitida por el INCOP en su Resolución 021-09.

El puntaje final obtenido, una vez consolidados los puntajes de la evaluación técnica y económica, dictará un orden de prelación que deberá respetarse para iniciar la fase de negociación.

En caso de empate, para obtener el orden de prelación se priorizará al que haya obtenido el mayor puntaje en la oferta técnica. Si en estas condiciones aún subsiste el empate, se asignará por sorteo realizado a través del portal www.compraspublicas.gov.ec.

Finalmente, debemos recordar que para el desarrollo de cualquier proceso precontractual de consultoría, solo pueden participar oferentes de similar naturaleza jurídica; es decir, solo personas naturales o solo personas jurídicas. Por consiguiente, no puede invitarse o convocarse tanto a personas naturales profesionales como a personas jurídicas consultoras, a participar en un mismo procedimiento precontractual de consultoría.

Sin perjuicio de la debida determinación y aplicación de estos criterios y elementos, es importante aclarar que es la propia LOSNCP la que prevé en su definición del mejor costo en consultoría el principio y criterio fundamental para la valoración de las ofertas que se presenten en este tipo de procesos: la calidad del servicio prevalece sobre su precio; es decir, que debe tener mucho mayor peso e importancia el factor CALIDAD de las ofertas frente al factor PRECIO de las mismas. La calidad del servicio debe influir en un porcentaje no menor al 80% en la valoración de un oferta, lo cual consideramos correcto, ya que cuando una entidad requiere la ejecución de un proyecto para cuya ejecución se necesite los servicios de un profesional o equipo de profesionales y técnicos especializados en la materia, es precisamente la calidad de dicho servicio, entendida como los conocimientos y formación académica del personal técnico, su experiencia y una metodología y plan de trabajo adecuadas, los factores más importantes a considerar para la correcta ejecución

de ese servicio de consultoría, más no su precio. De esta forma, el legislador ha pretendido que cuando se contrate la ejecución de una consultoría, se cuente con un profesional o equipo de calidad en la prestación del servicio, y no necesariamente con quienes presenten una oferta económica más baja.

6.10.5. Servicios de Apoyo a la Consultoría

“Son aquellos servicios auxiliares que no implican dictamen o juicio profesional especializado, tales como los de contabilidad, topografía, cartografía, aerofotogrametría, la realización de ensayos y perforaciones geotécnicas sin interpretación, la computación, el procesamiento de datos y el uso auxiliar de equipos especiales.” (Art. 35 RLOSNC)

La identificación y distinción de los llamados servicios de apoyo a la consultoría es idéntica a la contemplada en la derogada Ley de Consultoría, sin perjuicio de lo cual consideramos importante hacer la siguiente reflexión: El artículo 35 del RLOSNC dispone que en los contratos de consultoría que prevean la ejecución de servicios de apoyo, que no puedan ser provistos de manera directa por el consultor, podrán ser subcontratados en los porcentajes previstos en la negociación, sin que haya límite para ello. Esta diferenciación, así como la regulación para su subcontratación, pueden llevar al abuso de la figura, ya que en la práctica podría darse que los contratos de consultoría se subdividan, dejando intencionalmente por fuera los servicios de apoyo a la misma para así no sobrepasar el umbral establecido en la ley para los procedimientos de contratación de consultoría, y posteriormente subcontratar éstos, cuya necesidad se conocía desde el principio, sin ningún límite, para lo cual seguramente se celebrarían contratos complementarios y se aumentaría el precio del contrato principal. Más aún, mayor sería el perjuicio y la desnaturalización de la figura en caso de que no se los subcontrate posteriormente a la celebración del contrato

principal, sino que se los contrate en forma separada y directa por parte de la entidad, sin afectar los costos asignados al consultor principal.

A este potencial problema, debe sumarse el actual y ocurrido inconveniente de no haberse establecido un procedimiento para la contratación de los mismos en caso de que no exista un contrato previo de consultoría para subcontratarlos; por lo que, para solucionar esta falencia, debe entenderse a los mismos como servicios no normalizados, y de tal forma seguir su procedimiento de contratación correspondiente acorde a su cuantía.

6.10.6. Costos en Consultoría

Los costos de consultoría deben determinarse tomando en cuenta costos directos e indirectos, conforme lo establecido en el artículo 34 del RLSONCP:

1. *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;*
2. *Costos indirectos o gastos generales: 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. El costo indirecto contemplará únicamente los honorarios o utilidad empresarial reconocidos a las personas jurídicas consultoras, por el esfuerzo empresarial, así como por el*

riesgo y responsabilidad que asumen en la prestación del servicio de consultoría que se contrata.

De tal forma, son directos todos los costos fijos para cada proyecto en particular que posibiliten su concreción; mientras que son indirectos los costos generales de un consultor que se traducen en un margen razonable de honorarios profesionales o utilidad por la prestación de sus servicios y el riesgo incurrido.

6.10.7. Subcontratación y contratos complementarios en Consultoría

El artículo 79 de la LOSNCP contiene una referencia especial a la subcontratación de consultoría, señalando que ésta sólo podrá realizarse para las actividades que expresamente se establezcan en los pliegos y que conste en la oferta adjudicada. Las subcontrataciones no se las podrá realizar con personas inhabilitadas para contratar de acuerdo con esta Ley, ni podrán superar el treinta (30%) por ciento del monto del contrato reajustado.

Adicionalmente, el artículo 35 del RLOSNCP prevé que los contratos de consultoría que contemplen la ejecución de servicios de apoyo de consultoría que no puedan ser provistos de manera directa por el consultor, podrán ser subcontratados en los porcentajes previstos en la negociación, sin que haya límite para ello. Todo esto, con el inconveniente que habíamos analizado anteriormente en esta obra, en el acápite de servicios auxiliares de consultoría.

Por otro lado, el artículo 87 de la LOSNCP dispone un elemento especial exclusivo para la celebración de contratos complementarios de consultoría: éstos no podrán exceder el setenta (70%) por ciento del valor actualizado o reajustado del contrato principal. Evidentemente, la contratación de los

contratos complementarios de consultoría se la realizará cuando se justifique motivadamente la necesidad de dicha situación, relacionada con el cabal cumplimiento del objeto contractual.

Otros aspectos relacionados a los contratos de consultoría, específicamente a las recepciones de estos servicios, así como sobre los reajustes de precios en estos contratos, están contenidos en los artículos 123, 142 y 143 del RLOSNC.

6.11. Procedimientos de Régimen Especial

La LOSNC determina en su artículo 2 aquellas contrataciones que serán consideradas como de régimen especial, mismas que por su naturaleza no aplicarán los procedimientos precontractuales comunes, sino que se someten a los procedimientos específicos que se establecen en el Reglamento General de la Ley. La LOSNC, siguiendo la tradición de la derogada Codificación de la Ley de Contratación Pública, ha considerado que ciertas contrataciones, por su naturaleza, no pueden seguir los mismos procedimientos que se aplican para cualquier tipo de obra, bien o servicio, incluidos los de consultoría. En estos casos la motivación puede ser la necesidad de un procedimiento más ágil, la confidencialidad del mismo o incluso la imposibilidad de realizar un procedimiento con convocatoria pública, pues un solo proveedor puede cumplir con el objeto de la contratación.

Antes de iniciar el tratamiento de cada uno de estos procedimientos de régimen especial, debemos señalar que el hecho de existir procedimientos específicos a seguirse para estos casos implica exclusivamente que el proceso de selección del adjudicatario o contratista no se sujeta a los procedimientos comunes, pero todas las demás disposiciones de la LOSNC, referentes a requisitos previos para iniciar todo procedimiento,

los requisitos de idoneidad de los oferentes, así como la ejecución contractual, son plenamente aplicables a estas contrataciones.

Así, vale la pena mencionar los siguientes particulares, que son de cumplimiento obligatorio para todos estos procedimientos de régimen especial:

1. Los oferentes deben contar con el Registro Único de Proveedores, RUP, pues no existe disposición legal o reglamentaria que establezca que se encuentran exonerados del mismo, para este tipo de procedimientos.
2. De manera previa a iniciar cualquiera de los procedimientos de régimen especial, debe contarse con los requisitos previos a cualquier procedimiento precontractual: certificación presupuestaria; que la contratación conste prevista en el Plan Anual de Contrataciones, PAC; y, que se cuente con los estudios completos, especificaciones técnicas y presupuestos actualizados, incluyendo los documentos técnicos que justifiquen la contratación (Art. 69 Reg. LOSNCP).
3. Las contrataciones de régimen especial deben ser tramitadas a través del portal de compras públicas. En aquellos casos que no existiere la herramienta necesaria en el portal, o que no se hubiera llevado adelante el procedimiento a través del mismo, se publicará la información relevante del mismo, de manera posterior, mediante la herramienta publicación especial (Art. 70 Reg. LOSNCP).
4. Las contrataciones de régimen especial, cuando el caso lo amerite, también pueden ser declaradas de

emergencia, conforme lo prevé el artículo 71 del Reglamento General de la LOSNCP.

Con estas consideraciones previas, pasemos a analizar los procedimientos de régimen especial:

6.11.1. Las de adquisición de fármacos que celebren las entidades que presten servicios de salud, incluido el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social

En este tipo de contrataciones debe considerarse dos requisitos esenciales para su aplicación:

1. El procedimiento se aplica exclusivamente para la adquisición de fármacos, limitando el campo de aplicación, pues no se incluye material quirúrgico ni insumos médicos.
2. La definición del numeral 2 del artículo 2 de la LOSNCP determina que este procedimiento lo aplicarán exclusivamente “las entidades que presten servicios de salud”. Qué sucede con aquellas entidades contratantes que necesiten adquirir fármacos pero no prestan servicios de salud? Ante esta consulta, el Instituto Nacional de Contratación Pública, se pronunció determinando que aquellas entidades que no brindan servicios de salud, para adquirir fármacos no aplican el presente procedimiento de régimen especial, siendo lo procedente aplicar los procedimientos precontractuales comunes, para lo cual deben determinar si dichos bienes son normalizados o no y en razón de ello tramitar el procedimiento respectivo.

Respecto a estas contrataciones debemos mencionar que el espíritu del RLOSNCIP es crear un catálogo electrónico de fármacos, para que se pueda realizar la compra directa por parte de las entidades contratantes, el cual es denominado como "Repertorio de Medicamentos". Para que los proveedores, vale decir las casas farmacéuticas, puedan incluir sus medicamentos en dicho Repertorio, es necesario seguir el procedimiento denominado "Subasta Inversa Corporativa", misma que hasta la fecha de edición del presente manual, se encontraba desarrollándose entre el Ministerio de Salud y el INCOP, quienes se encuentran elaborando pliegos específicos para llevar adelante dichas subastas. Estos pliegos tienen sus características y requerimientos especiales en razón del tipo de contratación.

Así mismo, realizando un símil con lo que sucede con los bienes y servicios normalizados, en los que, cuando no es posible adquirir a través de catálogo electrónico, debe aplicarse el procedimiento de subasta inversa electrónica, para el caso de fármacos el RLOSNCIP prevé que si el fármaco no se encuentra contemplado en el repertorio de medicamentos, éste debe ser adquirido a través de la denominada "Subasta Inversa Institucional", mediante la cual una entidad contratante determinada puede adquirir uno o varios fármacos específicos.

Los procedimientos de Subasta Inversa Corporativa y Subasta Inversa Institucional se encuentran previstos en la Sección II del Capítulo VII del RLOSNCIP.

6.11.2. Las calificadas 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

Este procedimiento se ha previsto como de régimen especial en razón de la importancia que el tema reviste para la seguridad

interna y externa del estado este tipo de contrataciones, lo cual obliga a llevar adelante este tema de manera urgente y hasta reservada muchas veces. El procedimiento está restringido a que la ejecución esté a cargo de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, por lo que no cabría extenderlo a otras entidades, aunque las contrataciones fueren consideradas necesarias para la seguridad interna y externa del Estado.

El procedimiento está limitado también a aquellas contrataciones que son calificadas como necesarias para la seguridad interna y externa del Estado, por lo que ni las Fuerzas Armadas ni la Policía Nacional podrían considerar que se aplique este procedimiento para otro tipo de contrataciones a cargo de dichas entidades. Expresamente la Disposición General Tercera del Reglamento General de la LOSNCP determina esta limitante:

“TERCERA.- Los bienes de carácter estratégico necesarios para la defensa nacional, excluyen aquellos relacionados con la gestión y operación habitual de los organismos responsables.”

Lo expuesto implica que salvo aquellas contrataciones que se consideren de carácter estratégico para la defensa nacional, las demás a cargo de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional deben someterse a los procedimientos precontractuales comunes, a menos que fueren calificadas por el Presidente de la República como necesarias para la seguridad interna y externa, con lo cual se puede aplicar el procedimiento de régimen especial que nos encontramos analizando.

Debe considerarse además que la Derogatoria Novena de la LOSNCP dispone que se deroguen las normas especiales de contratación pública que contengan otras leyes, pero se exceptúan expresamente las contrataciones de bienes de carácter estratégico necesarios para la defensa nacional.

El procedimiento se encuentra detallado en el artículo 86 del Reglamento General de la LOSNCP y es el siguiente:

1. La máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado emitirá una resolución fundamentada, demostrando la existencia de la necesidad específica que le faculta acogerse al régimen especial y aprueba los pliegos a aplicarse, en los cuales se establece libremente el procedimiento de contratación a aplicarse, pudiendo establecerse un procedimiento previo de selección o invitación directa a un solo proveedor, dependiendo del caso.
2. La máxima autoridad debe solicitar la calificación del Presidente de la República para someterse al régimen especial, adjuntando un resumen ejecutivo de los justificativos para la contratación.
3. Una vez que se cuente con la calificación del Presidente de la República se puede iniciar el procedimiento de régimen especial que se someterá a los pliegos que aprobó la máxima autoridad.

El artículo 87 del Reglamento General de la LOSNCP determina que este procedimiento de régimen especial debe ser tramitado con confidencialidad, por lo que incluso no debe ser publicado en el portal de compras públicas. En razón de esta confidencialidad inclusive la calificación del Presidente de la República se suele realizar en Decretos Ejecutivos reservados, los que inclusive se publican en Registros Oficiales que también comparten esta categoría de reservados.

6.11.3. Aquellas cuyo objeto sea la ejecución de actividades de comunicación social destinadas a la información de las acciones del Gobierno Nacional o de las entidades contratantes

El artículo 2, numeral 3, de la LOSNCP determina que se aplicará el procedimiento de régimen especial para las contrataciones que tengan por objeto la ejecución de actividades de comunicación social destinadas a la información de las acciones del Gobierno Nacional o de las entidades contratantes. Sin embargo, los artículos 88 y 89 del Reglamento General de la LOSNCP realizan una determinación extensiva de las contrataciones que pueden aplicarse por esta modalidad, incluyendo por ejemplo estrategias comunicacionales, estudios y sondeos de opinión (que podrían contratarse mediante procesos de consultoría), o productos comunicacionales (propagandas, volantes, etc.) y medios y espacios comunicacionales a través de los cuales se procederá a la difusión de la publicidad comunicacional (pautaje, publicación escrita o televisiva, etc.).

El procedimiento de contratación a seguirse podrá ser de contratación directa o de selección, de conformidad con lo prescrito en los artículos 89 y 90 del Reglamento General de la LOSNCP.

Para contratación directa se seguirá el procedimiento siguiente:

1. 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 y dispondrá el inicio del procedimiento especial.

2. La invitación se efectuará al proveedor seleccionado, de manera directa, con toda la información que se considere pertinente.
3. Recibida la oferta, la máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado, mediante resolución motivada, adjudicará el contrato a la oferta presentada o declarará desierto el proceso, sin lugar a reclamo por parte del oferente invitado.
4. En caso de que se declare desierto el procedimiento, la máxima autoridad podrá iniciar un nuevo proceso de contratación directa con otro oferente, siguiendo el procedimiento establecido en este artículo.

En procedimiento de selección está determinado en el artículo 90 del Reglamento General de la LOSNCP y es el siguiente:

1. 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 para el proceso.
2. Una vez publicada la resolución, la entidad contratante procederá a invitar directamente al menos a 3 proveedores y máximo 5 inscritos en el Registro Único de Proveedores, adjuntando la documentación pertinente.
3. Las ofertas se presentarán en el lugar que se determine en los pliegos y hasta el día y hora previstos en los mismos, el cual no podrá exceder de 3 días contados a partir del de la publicación de la resolución.

4. Recibidas las ofertas, la máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado, aplicando los criterios de valoración previstos en los pliegos, seleccionará a la oferta que más convenga a los intereses institucionales, pudiendo al efecto apoyarse en una comisión técnica.
5. La adjudicación se efectuará al oferente que cumpla con todos los requisitos previstos en los pliegos, de conformidad con los parámetros de evaluación y tomando en cuenta el mejor costo, sin que el precio más bajo sea el único parámetro de selección, de conformidad con el numeral 18 del artículo 6 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.
6. La adjudicación podrá efectuarse por la totalidad de los productos o servicios requeridos o parte de ellos, de así convenir a los intereses institucionales.
7. La máxima autoridad o su delegado, mediante resolución motivada, adjudicará la oferta, aún cuando recibiere una sola, si ésta es conveniente a los intereses institucionales, o, declarará desierto el procedimiento, sin lugar a reclamo por parte de los oferentes.
8. En caso de que se declare desierto el procedimiento, la máxima autoridad podrá iniciar un nuevo proceso de contratación directa con otro oferente, siguiendo el procedimiento establecido en el artículo 89.

Para efectos del pago en estas contrataciones, debe considerarse que el artículo 91 del Reglamento General de la LOSNCP dispone que en el caso de los procesos de contratación directa, el pago podrá efectuarse una vez difundidos los productos

comunicacionales o ejecutadas las actividades o servicios comunicacionales, de conformidad con las normas aplicables al caso, es decir, pago contra entrega de la prestación del servicio contratado.

6.11.4. Las que tengan por objeto la prestación de servicios de asesoría y patrocinio en materia jurídica requeridas por el Gobierno Nacional o las entidades contratantes

Un avance importante de la LOSNCP fue incluir como de régimen especial las contrataciones de servicios de asesoría y patrocinio jurídicos, por la importancia que las mismas revisten y porque nunca se tuvo claro, bajo el anterior régimen legal, el procedimiento de contratación que debía aplicarse para estas contrataciones que permiten satisfacer un sinnúmero de necesidades de las entidades del sector público, como por ejemplo cobro coactivo, asesorías en materias jurídicas especializadas y patrocinio en temas jurídicos que revisten conocimientos específicos.

La Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado establece también esta posibilidad de contratación, al disponer lo siguiente:

“Cuarta.- El Procurador General del Estado o los representantes legales de las dependencias, entidades u organismos del sector público, podrán contratar abogados en libre ejercicio profesional para que asuman la defensa administrativa o judicial de los derechos e intereses de sus representadas, así como de modo excepcional para prestar asesoría sobre asuntos de interés institucional, que requieran de experiencia o conocimiento especializados.”

Es evidente que este procedimiento sirve para contratar asesoría y patrocinio jurídico cuando la entidad no cuenta con abogados que permitan asumir la prestación de dichos servicios por su

grado de especialización o conocimientos específicos necesarios. El procedimiento puede aplicarse tanto para abogados individualmente considerados, como para firmas o consorcio jurídicos.

El artículo 92 del Reglamento General de la LOSCNP establece el procedimiento a seguirse en este tipo de contrataciones:

1. La máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado emitirá una resolución fundamentada, demostrando la existencia de la circunstancia material y/o necesidad concreta que le faculta acogerse al Régimen Especial para la contratación de Asesoría Jurídica y/o Patrocinio Jurídico, aprobará los pliegos, el cronograma del proceso y dispondrá el inicio del procedimiento especial. Esta norma prevé expresamente que este tipo de contrataciones debe proceder para circunstancias concretas y no para todo tipo de contrataciones de abogados.
2. En los pliegos se deberá describir detalladamente las características del perfil profesional requerido, formación, competencias y capacidades generales y específicas, así como la formación o experiencia en las materias o áreas del derecho sobre las cuales versará la materia del contrato. Como se aprecia, es fundamental determinar un perfil profesional que incluya conocimientos específicos para poder justificar la contratación del abogado o firma jurídica mediante este procedimiento de régimen especial.
3. La máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado enviará la invitación al proveedor previamente seleccionado, explicando en términos generales el objeto de la invitación y señalando el día y

la hora en que deberá concurrir para celebrar una audiencia en la que se le proporcionará toda la información que sea pertinente, se absolverán las consultas y se realizarán las aclaraciones requeridas, previa la suscripción de un convenio de estricta confidencialidad, de todo lo que cual se dejará constancia en un acta. Como analizaremos más adelante, la audiencia de preguntas y aclaraciones es una etapa de casi todos los procedimientos de régimen especial y en la misma se pueden realizar de manera directa las consultas que tengan los oferentes sobre el proceso, correspondiendo a la entidad realizar también de manera directa las aclaraciones que fueren del caso, con lo cual se gana mucho tiempo en el proceso, evitando las consultas a través del portal. Adicionalmente, para este tipo de contratación, la audiencia permite que se pueda proporcionar al abogado invitado toda la información con la que cuente la entidad para que conozca el objeto de la contratación, lo cual evidentemente reviste un grado de confidencialidad, en razón de la información que puede llegar a conocer. De ahí la importancia de que el abogado, de manera previa a la realización de la audiencia, deba suscribir el acta de confidencialidad, para garantizar absoluta reserva sobre la información que llegare a conocer, independiente de si resulta adjudicatario o no en el procedimiento precontractual.

4. En la fecha y hora señaladas para el efecto, se procederá a la recepción de la oferta del proveedor invitado, la que deberá cumplir con los requerimientos que se hayan determinado en los pliegos. Al no existir en el portal de compras públicas una herramienta que permita la recepción de las ofertas a través del mismo,

se presentará la oferta físicamente en el lugar que se haya determinado en los pliegos e invitación.

5. Recibida la oferta, en la fecha prevista en la invitación, la máxima autoridad, mediante resolución motivada adjudicará la oferta o declarará desierto el proceso, sin lugar a reclamo por parte del oferente invitado. El artículo 92 del Reglamento General de la LOSNCP no establece que la oferta deba ser evaluada, pero consideramos indispensable que una vez recibida, se debe verificar si la misma se ajusta a los requerimientos establecidos en los pliegos del proceso, por lo que podría realizarse dicha evaluación por el área jurídica de la entidad contratante o inclusive la propia máxima autoridad, puede realizar la evaluación, con lo cual se puede tomar la decisión de adjudicar o declarar desierto el proceso.

Vale la pena mencionar que el procedimiento que se ha analizado prevé exclusivamente la invitación directa a un solo abogado o estudio jurídico, en especial porque se realiza la audiencia de preguntas y aclaraciones en la que se hace conocer información confidencial al invitado. De ahí que no se prevé un proceso previo de selección, aunque es necesario fundamentar el motivo por el cual se invita al abogado o estudio jurídico específico, considerando su experiencia, conocimientos, estudios, etc. Sin perjuicio de lo expuesto, la entidad podría realizar un proceso de preselección, tras el cual se escogería al proveedor a ser invitado directamente y cumpliendo el procedimiento que se analizó.

6.11.5. Aquellas cuyo objeto sea la ejecución de una obra artística literaria o científica

La derogada Codificación de la Ley de Contratación Pública preveía también este tipo de contrataciones como de régimen

especial, es decir, no sujeta a los procedimientos precontractuales comunes. Esto en razón de que no cabría la posibilidad de realizar un proceso público de selección, pues el estilo propio de cada artista, literato o científico lo impondrá en la obra que ejecute. No cabe entonces encargar la ejecución de este tipo de obras a un proveedor que no es el titular de ese estilo específico con el que desea contar la entidad contratante para la ejecución del objeto contractual. Inclusive se deben considerar las limitantes de la propiedad intelectual para este tipo de contrataciones. Sin embargo, podría darse el caso de que la entidad realice un proceso previo de preselección, quizás para definir con claridad cual estilo se impondrá en la ejecución de la obra, tras lo cual se escogería al proveedor a ser invitado directamente para cumplir el procedimiento establecido en el artículo 93 del Reglamento General de la LOSNCP y que se detalla a continuación:

1. “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;
2. Se publicará en el Portal www.compraspublicas.gov.ec, la resolución de la máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado, adjuntando la documentación descrita en el número anterior y la identificación del proveedor invitado, señalando día y hora en que fenece el período para la recepción de la oferta;
3. Una vez publicada la resolución, la entidad contratante enviará invitación directa al proveedor seleccionado

con toda la información publicada en el Portal www.compraspublicas.gov.ec.

4. En el día y hora señalados para el efecto en la invitación, 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 www.compraspublicas.gov.ec.
5. En la fecha y hora señaladas para el efecto, se recibirá la oferta del proveedor invitado.
6. 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.gov.ec".

El procedimiento, como se aprecia, es muy sencillo y rápido, elaborado en razón de la consideración de que se invita directamente a un solo proveedor, mismo que como mencionamos es seleccionado por la entidad contratante en razón de su estilo o conocimientos que se imprimirán en la obra que realice. Quizás lo que cabría aportar al procedimiento, que se encuentra bien detallado, es que una vez recibida la oferta, la misma debería ser evaluada, tras lo cual se determinaría si procede o no la adjudicación o si cabe la declaratoria de desierto del procedimiento.

Debe tomarse en cuenta, que mediante Decreto Ejecutivo No. 1869 de 3 de agosto de 2009, se reformó el Reglamento General de la LOSNCP, incorporándose luego del artículo 93 una disposición, en la que se determina que para estas contrataciones las garantías podrán ser otorgadas de forma personal, mediante

pagarés o letras de cambio, endosados por valor en garantía o fianzas personales del contratista. Esta disposición cabe exclusivamente para este tipo de contrataciones, en razón a la naturaleza especial de los proveedores, que muchas veces no pueden acceder a una póliza de seguros o garantías bancarias.

6.11.6. Las de adquisición de repuestos o accesorios que se requieran para el mantenimiento de equipos y maquinarias a cargo de las entidades contratantes, siempre que los mismos no se encuentren incluidos en el Catálogo Electrónico del Portal

El artículo 2, numeral 6, de la LOSNCP determina como de régimen especial las contrataciones de adquisición de repuestos o accesorios que se requieran para el mantenimiento de equipos y maquinarias a cargo de las entidades contratantes, siempre que los mismos no se encuentren incluidos en el Catálogo Electrónico del portal de compras públicas. El artículo 94 del Reglamento General de la LOSNCP establece el procedimiento a seguirse para este tipo de contrataciones, pero adicionalmente amplía el ámbito de aplicación de esta contratación de régimen especial, pues menciona que se considerará para el mantenimiento, reparación y/o re potenciamiento de equipos y maquinarias de su propiedad, entendiendo 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 www.compraspublicas.gov.ec.

En todo caso, el procedimiento de contratación determinado es el siguiente:

1. La máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado emitirá la resolución en la que se justifique la necesidad de adquirir los repuestos y accesorios directamente por razones de funcionalidad o necesidad tecnológica u otra justificación que le faculta acogerse al Régimen Especial, aprobará los pliegos, el cronograma del proceso y dispondrá el inicio del procedimiento especial;
2. La máxima autoridad propenderá a que esta adquisición de repuestos y accesorios se la realice con el fabricante o distribuidores autorizados, evitando que existan intermediarios;
3. Se publicará en el Portal www.compraspublicas.gov.ec, la resolución de la máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado, adjuntando la documentación señalada en el numeral 1 anterior y la identificación del fabricante o proveedor autorizado, señalando el día y la hora en que fenece el período para recepción de las ofertas;
4. Una vez publicada la resolución, la entidad contratante enviará invitación directa al fabricante o proveedor autorizado seleccionado con toda la información que se publicó en el Portal www.compraspublicas.gov.ec;
5. En el día y hora señalados para el efecto en la invitación, 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 www.compraspublicas.gov.ec;

6. En la fecha y hora señaladas para el efecto, se procederá a la recepción de la oferta del proveedor invitado a través del Portal www.compraspublicas.gov.ec;
7. 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.

6.11.7. Los de transporte de correo internacional y los de transporte interno de correo, que se regirán por los convenios internacionales, o las disposiciones legales y reglamentarias dictadas para el efecto, según corresponda

Este procedimiento previsto en los artículos 96 y 97 del Reglamento General de la LOSNCP se aplica para la contratación de los denominados correos rápidos o courier, cuando no se contratara con Correos del Ecuador, pues en ese caso se aplicaría el procedimiento denominado “entre entidades públicas o sus subsidiarias” previsto en el artículo 98 del Reglamento en mención.

El procedimiento a seguirse es básicamente el mismo que se aplica para los otros procedimientos de régimen especial, que incluye una invitación directa a mínimo dos y máximo cinco proveedores, con la celebración de una audiencia de preguntas y aclaraciones y presentación física de la oferta, la que es evaluada y tras lo cual se adjudica la contratación o se declara desierto el procedimiento.

Cabe mencionar que el artículo 96 del Reglamento General de la LOSNCP determina que 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.

6.11.8. Contratos entre entidades del sector público

En esta categoría se incluyen los que celebren el Estado con entidades del sector público, éstas entre sí, o aquellas con empresas públicas o empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en el cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público o sus subsidiarias; y las empresas entre sí. También los contratos que celebren las entidades del sector público o empresas públicas o empresas cuyo capital suscrito pertenezca por lo menos en cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público, o sus subsidiarias, con empresas en las que los Estados de la Comunidad Internacional participen en por lo menos el cincuenta (50%) por ciento, o sus subsidiarias. El régimen especial previsto en este numeral para las empresas públicas o empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público o sus subsidiarias se aplicará únicamente para el giro específico del negocio; en cuanto al giro común se aplicará el régimen común previsto en esta Ley. La determinación de giro específico y común le corresponderá al Director Ejecutivo del Instituto Nacional de Contratación Pública.

Estas contrataciones, que suelen denominarse como interadministrativas, en razón de la naturaleza pública de contratante y contratista, se encuentran definidas y reglamentadas en los artículos 98 y 99 del Reglamento General de la LOSNCP. Se aplica este procedimiento, de conformidad con el artículo 98 ibídem, en las siguientes contrataciones:

1. “El Estado con entidades del sector público, o éstas entre sí;

2. El Estado o las entidades del sector público con:

2.1 Las empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público;

2.2 Las empresas subsidiarias de aquellas señaladas en el numeral 2.1. o las subsidiarias de éstas; y,

2.3 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;

3. Entre sí, 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.”

En esta clasificación se entiende también a todas las contrataciones que pueden realizarse con las empresas incautadas por la AGD, en las que el único accionista en la actualidad es el Estado ecuatoriano (Ej.: EICA, GAMA TV, TC Televisión).

El procedimiento de contratación es básicamente el mismo que se aplica en otro tipo de contrataciones de régimen especial, que incluye invitación directa, audiencia de preguntas y aclaraciones, presentación de oferta física y publicación posterior en el portal de compras públicas.

En los contratos que se deriven de este procedimiento de régimen especial se deben cumplir con los mismos requisitos y solemnidades de la LOSNCP exige, salvo el caso de las garantías, que por expresa disposición del artículo 73 de la Ley, no se exige para estos contratos.

Las entidades contratantes que presenten ofertas para otras entidades contratantes, de conformidad con el procedimiento de régimen especial que se analiza, deben inclusive contar con su Registro Único de Proveedores, RUP, conforme lo establece el artículo 10 del Reglamento General de la LOSNCP que dispone:

“Art. 10.- Entidad contratante como proveedor.- Si una entidad contratante, a su vez, es proveedor de obras, bienes o servicios, se registrará en el RUP, cumpliendo todos los requisitos previstos para las personas jurídicas”.

Consecuencia de lo anterior es que las entidades contratantes, cuando participan como proveedor o contratista, en razón de incumplimiento de contrato podrían ser consideradas contratistas incumplidas y por tanto perder su habilitación en el RUP, con la consecuente sanción que les impediría por cinco años participar en nuevos procedimientos precontractuales.

Vale la pena mencionar que el artículo 100 del Reglamento en mención incluye como de régimen especial a las contrataciones que celebren el Estado o las entidades y empresas consideradas en el numeral 8 del artículo 2 de la Ley, con empresas públicas de los Estados de la Comunidad Internacional, las que se realizarán de conformidad con los términos y condiciones constantes en los tratados, convenios, protocolos y demás instrumentos internacionales, salvo que no se hubiere previsto un procedimiento de contratación específico, en cuyo caso se seguirá el procedimiento antes transcrito.

6.11.9. Los que celebran las instituciones del sistema financiero y de seguros en las que el Estado o sus instituciones son accionistas únicos o mayoritarios

Para este tipo de contratos el artículo 101 del Reglamento de la LOSNCP determina que no le serán aplicables las disposiciones

de la LOSNCP y su reglamento, siempre y cuando estén relacionadas con el giro específico de su negocio; y, a su vez, de conformidad con el artículo 102 del Reglamento ibídem, las contrataciones diferentes al giro específico de su negocio, tampoco se someten a la LOSNCP, pues se establece que se sujetarán a la normativa propia y específica que emitan para el efecto las instituciones contratantes.

6.11.10. Los de adquisición de bienes y servicios únicos en el mercado o proveedor único

El artículo 95 del Reglamento General de la LOSNCP, dispone que se observará el mismo procedimiento previsto para adquisición de repuestos o accesorios, cuando se trate de adquirir bienes o servicios únicos en el mercado, que tengan un solo proveedor, o que impliquen la contratación del desarrollo o mejora de tecnologías ya existentes en la entidad contratante, lo cual podría considerarse incluso como la estandarización de marcas. Así mismo, se aplicará este procedimiento cuando la contratación implique la utilización de patentes o marcas exclusivas o tecnológicas que no admitan otras alternativas técnicas. En estos casos, tratándose de contrataciones en las cuales se invitará a un solo proveedor, no se justifica un procedimiento previo de selección y es por ello que se aplica este procedimiento de régimen especial con invitación única y directa. Para garantizar que no se abuse de este procedimiento, es indispensable motivar debidamente la resolución de inicio de proceso, en que se justifica la aplicación del procedimiento de régimen especial, para lo cual se deberá contar con los documentos escritos que garanticen que el proveedor a ser invitado cumple con la característica de ser único proveedor.

6.11.11. Giro del Negocio

El Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, al respecto, determina en su artículo 104 que las empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en el cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público, pueden emitir normativa propia para regular aquellas contrataciones que sean calificadas como del “Giro específico del negocio”, entendiéndose por dicho giro específico las actividades relacionadas con el objeto mismo de la empresa, conforme a su estatuto.

Concordante con las normas mencionadas, el artículo 4 de la Resolución del INCOP No. 027-09 de 16 de junio de 2009, dispone que “Los procedimientos de contratación bajo régimen especial que lleven adelante las empresas señaladas en los artículos 1 numeral 8 parte final, 2 numerales 8 y 9 y, 6 numeral 11 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, serán aquellos que estén directamente relacionados con el giro de sus negocios, de acuerdo con el objeto social de la entidad contratante que conste en la ley de creación, instrumento constitutivo, normativa sectorial o regulatoria o estatuto social, según sea el caso.”.

En consecuencia, las contrataciones que sean catalogadas dentro de este Giro específico del negocio no estarán sujetas a las normas contenidas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, sino a la normativa que para el efecto dicte la propia empresa.

Para aprobar la normativa propia, de conformidad con el artículo 104 del Reglamento de la LOSNCP, es necesario lo siguiente:

1. La máxima autoridad de la empresa determinará taxativamente las contrataciones que se entienden

como de giro del negocio, es decir, de forma clara y precisa, todas aquellas contrataciones que se entenderán en esta calidad.

2. La calificación debe ser aprobada por el Instituto Nacional de Contratación Pública, INCOP.
3. Se emitirá una resolución motivada en la que se determine el régimen legal aplicable, para las contrataciones de giro del negocio que hayan sido calificadas por el INCOP.
4. Esta resolución será publicada en el Portal www.compraspublicas.gov.ec.

La posibilidad de emitir normativa propia de contratación, de giro del negocio, se justifica en la necesidad de dotar a las empresas públicas de una normativa más ágil, en razón de las actividades netamente empresariales que desarrollarán las empresas públicas, las que implican competir contra el sector privado en los campos en que cumplen sus actividades.

Ahora bien, el INCOP al analizar la categorización de las contrataciones que se consideran de giro del negocio, suele formular observaciones, determinando eventualmente que algunas de las contrataciones, que se establecieron por la entidad como de giro del negocio, no corresponden en la realidad a dicha categoría, por lo que no son aceptadas. Suele suceder también, que se niega la categorización de giro del negocio para contrataciones en las cuales ya existe un procedimiento de régimen especial, previsto en la LOSNCP o su Reglamento General de aplicación, como es el caso de repuestos o accesorios. Adicionalmente, se formulan observaciones que se refieren a ciertos aspectos que incidirán en la normativa propia que se emitirá para las contrataciones de giro del negocio. Por ejemplo,

el INCOP determina que las contrataciones serán publicadas en el portal de compras públicas.

La disposición del artículo 104 del Reglamento General de la LOSNCP es clara, al determinar que las contrataciones de giro específico de negocio, no estarán sujetas a las normas contenidas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento General de aplicación. Sin embargo, el INCOP formula observaciones respecto a la forma en la cual se deben tramitar dichos procedimientos, lo cual, a nuestro entender, debería limitarse a la calificación de las actividades o contrataciones de giro del negocio, pues la Ley no le faculta para normar el procedimiento de contratación, lo cual es de competencia exclusiva de la empresa pública.

Finalmente, respecto a la publicación de las contrataciones de giro del negocio en el portal de compras públicas, debemos mencionar el artículo 3 de la Resolución del INCOP No. 027-09 de 16 de junio de 2009, establece que por su naturaleza, requieren un tratamiento especial, por lo que debe informarse de las mismas al INCOP para darles el régimen de reserva y confidencialidad que corresponda. Las demás contrataciones deben identificarse en el PAC y su información relevante se publicará en el portal de compras públicas.

6.11.12. Consultas jurídicas puntuales y específicas

Adicionalmente al procedimiento que hemos analizado, en el numeral 6.11.4, para la contratación de servicios de asesoría y patrocinio jurídico, el Reglamento General de la LOSNCP prevé en su artículo 92, la posibilidad de contratar la asesoría jurídica mediante la prestación del servicio de absolución de consultas puntuales y específicas, siempre y cuando el monto anual por el servicio no supere el valor que resulta de aplicar el coeficiente 0,0000005 por el Presupuesto Inicial del Estado.

El procedimiento de contratación no se encuentra claramente determinado, pero consideramos que debería suscribirse un contrato en el que se determine la forma en la que se valorarán las consultas que se realicen. La contratación se ejecutará mediante la formulación de la consulta respectiva, la que una vez absuelta será pagada por la entidad contratante, previa la presentación de la factura correspondiente y un informe en el que se detalle el número de horas atendidas, el valor total facturado, así como un detalle sucinto del servicio brindado, el que será aprobado por la máxima autoridad, quien dispondrá el pago.

6.12. Compras corporativas

Esta novedosa figura contemplada por primera vez en nuestra legislación pretende conseguir mejores condiciones de contratación y aprovechar economías de escala. Para dicho efecto, el artículo 29 de la LOSNCP prevé que 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. Los términos en que se resuelva celebrar los convenios antes referidos deben atender a los modelos de uso obligatorio desarrollados por el INCOP.

Para aplicar un procedimiento de compra corporativa deben observarse los procedimientos establecidos en la Ley, correspondientes de acuerdo al monto y naturaleza de la contratación.

A pesar de tratarse de un solo procedo de contratación, las entidades podrán firmar contratos independientes con cada adjudicatario, en caso de que la contratación fuere divisible.

6.13. Contratos financiados con préstamos y cooperación internacional

En un país como el Ecuador resulta muy común el caso de obras y bienes adquiridos por entidades públicas, pero que no son financiados con fondos públicos ecuatorianos sino con préstamos y cooperación internacional, principalmente de organismos multilaterales de crédito como el BID, la CAF y el Banco Mundial, o directamente de fondos reembolsables o no reembolsables provenientes de financiamiento de gobierno a gobierno.

Para dichos casos especiales, en los que como se dijo no existe egreso de fondos públicos ecuatorianos, el legislador ha previsto un régimen distinto para su contratación. El artículo 3 de la LOSNCP exonera de la aplicación de las normas y principios contemplados en la Ley, a las contrataciones que se financien, previo convenio, con fondos provenientes de organismos multilaterales de crédito de los cuales el Ecuador sea miembro, o, en las contrataciones que se financien con fondos reembolsables o no reembolsables provenientes de financiamiento de gobierno a gobierno; u organismos internacionales de cooperación. En dichos casos, se observará lo acordado en los respectivos convenios.

Solamente para lo no previsto en dichos convenios, se aplicarán las disposiciones de la LOSNCP.

Sin embargo, el artículo 2 del RLOSNCP prevé que en este tipo de contratos, se procurará medidas para la participación directa o asociada de proveedores nacionales.

Lo más importante de este artículo, y que ha causado más de un error en la administración pública, es lo aclarado por este artículo reglamentario, al señalar que este régimen especial se observará independientemente que el financiamiento internacional sea total

o parcial, siempre que se observen las condiciones previstas en el Convenio. Es decir, no importa que el préstamo o financiamiento tenga, por ejemplo, un porcentaje del 10%, 20% 50% o 100% para la contratación, puede estar financiado en un 1% por fondos extranjeros, que de todas formas para su contratación deben observarse las estipulaciones del convenio y no la LOSNCP.

Es nuestro criterio que resulta urgente se analice esta disposición, considerando que es conveniente que se aplique este régimen especial únicamente si el financiamiento extranjero es igual o mayor a por lo menos el 50% del monto total de la contratación. El mantener la norma reglamentaria tal como está, puede llevar a abusos y un alejamiento injusto de las normas y procedimientos de contratación ecuatorianos, siendo el régimen especial una excepción que debería aplicarse solamente en casos de verdadero peso o importancia en la concesión de préstamos o ayuda internacional.

6.14. Contratos de Emergencia

Existen casos en los que es imposible someterse a los procedimientos precontractuales comunes, en razón de que sobrevienen circunstancias imprevistas y graves, que necesitan una solución urgente, para evitar los daños que se están produciendo, o los que se podrían generar. Estos casos son conocidos como de emergencia. Ante estas circunstancias, la entidad contratante no puede esperar el tiempo que normalmente se demoraría el trámite de un procedimiento precontractual común, o incluso de régimen especial, por lo que debe aplicarse un procedimiento rápido que permita superar la situación de emergencia.

El artículo 6, numeral 31, de la LOSNCP define a las situaciones de emergencia como “aquellas generadas por acontecimientos graves tales como accidentes, terremotos, inundaciones, sequías, grave conmoción interna, inminente agresión externa, 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 definición transcrita, se determina claramente que las situaciones de emergencia provienen tanto de *acontecimientos graves* (por lo que debemos entender que el origen de la emergencia es un hecho que genera una situación de apremio para una entidad pública y que le obliga a tomar decisiones ágiles para solucionar los efectos que está produciendo dicho acontecimiento grave o los que puede generar), como de otras situaciones que provengan de fuerza mayor o caso fortuito.

El Código Civil en su artículo 30 define a la fuerza mayor y al caso fortuito como “el imprevisto al que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”

Doctrinariamente se ha distinguido a la fuerza mayor del caso fortuito. Es así que Guillermo Cabanellas, en su Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, define a la *Fuerza Mayor* como:

“Todo acontecimiento que no ha podido preverse o que, previsto, no ha podido resistirse; y que impide hacer lo que se debía o era posible y lícito. Aparece como obstáculo, ajeno a las fuerzas naturales, que se opone al ejercicio de un derecho o al espontáneo cumplimiento de una obligación. La fuerza mayor se presenta como aspecto particular del caso fortuito (v.), reservado para éste los accidentes naturales y hablando de aquella cuando se trata de acto de un tercero (...) 1. Principios. La fuerza mayor se equipara a la necesidad, porque exime del cumplimiento de la

ley o excusa plenamente del incumplimiento inevitable en que se haya podido incurrir"¹⁹. Los resaltados nos pertenecen.

Respecto al **Caso Fortuito**, Guillermo Cabanellas se remite al tratadista Manresa, quien *"entiende que el caso fortuito se produce con independencia de la voluntad del hombre o influye sobre la prestación y la cosa; en cambio, la fuerza mayor consiste en la violencia ejercida sobre la persona, ya provenga de un suceso inevitable o de la acción legal o ilegal de persona distinta del obligado."*²⁰

En todo caso, las dos causales, es decir la fuerza mayor y el caso fortuito, producen una situación que debe entenderse como un acontecimiento grave conforme a la definición de caso fortuito o fuerza mayor.

Concordante con la definición doctrinaria, el Procurador General del Estado ha emitido pronunciamientos en los que analiza la fuerza mayor como una situación que proviene de hechos del hombre y no de la naturaleza. Así, en el pronunciamiento emitido en el oficio 003607, de 15 de agosto de 2007, frente a la consulta formulada por el Consejo Provincial de Pichincha, el Procurador General del Estado se pronuncia considerando las mismas diferencias para el caso fortuito de la fuerza mayor y acoge la categorización realizada por el tratadista Guillermo Cabanellas.

De la misma forma, la jurisprudencia ecuatoriana, reconoce la diferencia entre los conceptos de fuerza mayor y caso fortuito. Entre otros fallos de casación, vale la pena mencionar:

Gaceta Judicial. Año CIII. Serie XVII. No. 8. Página 2273

¹⁹ CABANELLAS, GUILLERMO, "Diccionario enciclopédico de derecho usual. Tomo IV". Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires – Argentina. Págs 143 y 144.

²⁰ CABANELLAS, GUILLERMO, "Diccionario enciclopédico de derecho usual. Tomo II. Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires – Argentina. Págs 108 y 109.

Corte Suprema de Justicia. Primera Sala de lo Civil y Mercantil. Quito, 13 de diciembre de 2001:

“Los casos fortuitos que se enumeran en el Art. 30 del Código Civil no son más que ejemplos, como lo indica claramente la expresión de la ley, y sobre todo la partícula, etc. La definición de la fuerza mayor que se halla en el artículo 221 del Código de Comercio es más práctica, más cercana a la realidad de la vida, y por lo mismo más exacta que la del Código Civil que es abstracta. Se destaca en el Código de Comercio el aspecto relativo de la fuerza mayor; ésta consiste en lo imprevisto e irresistible; pero esas cualidades dependen de los hombres y muchas veces de su profesión:...”. Los resaltados me pertenecen.

Gaceta Judicial. Año CIV. Serie XVII. NO. 11. Página 3395.
Corte Suprema de Justicia. Primera Sala de lo Civil y Mercantil. Quito, 12 de noviembre de 2002:

“...En la terminología del Derecho Romano, los vocablos “caso fortuito”, deben reservarse a los hechos de la naturaleza, en tanto que los vocablos “fuerza mayor” designan los hechos realizados por el hombre...”. Los resaltados me pertenecen.

Gaceta Judicial. Año CVIII. Serie XVIII, No. 4. Página 1434.

Corte Suprema de Justicia. Tercera Sala de lo Civil y Mercantil. Quito, 22 de febrero de 2007:

“...los vocablos caso fortuito, deben reservarse a los hechos de la naturaleza, en tanto que los vocablos fuerza mayor designan hechos realizados por el hombre. Hay tratadistas que sostienen que la expresión fuerza mayor indican una fuerza irresistible, mientras que el caso fortuito señala un acontecimiento imprevisible.”. Los resaltados me pertenecen.

En tal virtud, considerando el análisis doctrinario efectuado, los pronunciamientos de la Procuraduría General del Estado (con carácter de vinculante) y los fallos de la Corte Suprema de Justicia, actual Corte Nacional de Justicia (también vinculantes), podemos concluir que el caso fortuito se refiere a acontecimientos graves que provienen de la naturaleza, como los ejemplos definidos por los artículos 6, numeral 31, de la LOSNCP y 30 del Código Civil: accidentes, terremotos, inundaciones, sequías, etc.; mientras que la fuerza mayor debe entenderse como aquellos hechos imprevistos, e imposibles de resistir, pero que no provienen de la naturaleza sino del hombre y su accionar, por ejemplo: el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.

Recordemos que las dos definiciones contienen exclusivamente ejemplos, por lo que no se los puede considerar como casos taxativos; en tal virtud, corresponderá a la entidad contratante, en cada caso, analizar a profundidad los fundamentos para determinar si la situación que se analiza es o no de emergencia y si proviene de un caso fortuito o de fuerza mayor. La definición de emergencia del artículo 6, numeral 31, de la LOSNCP, es ejemplificativa, pues claramente consta “*y otras que provengan de fuerza mayor o caso fortuito*”.

Finalmente, debe considerarse que el artículo 6, numeral 31, de la LOSNCP establece los presupuestos jurídicos que deben cumplirse para considerar que existe una situación de emergencia siendo estos: que sea *concreta*, es decir, que se refiera a un hecho en particular, que se adecúe a una situación grave que provenga de caso fortuito o fuerza mayor, conforme el análisis previo que realizamos; *inmediata*, es decir que ocasiona daños en este momento o puede producir daños mayores en tiempos cercanos; *imprevista*, pues no se la pudo prever, por lo que salió de la voluntad y planificación de la entidad contratante y de sus funcionarios, siendo imposible resistirla (de ahí que este tipo de contrataciones

no constan en el PAC de las entidades contratantes); *probada* porque deben existir pruebas de los hechos de fuerza mayor o caso fortuito que ocasionan la situación de emergencia, así como de los daños que se están ocasionando o se pueden ocasionar; y, *objetiva*, es decir, que sea un hecho que existe realmente y que no sea el fruto de juicios o consideraciones personales (subjetivas).

i. Procedimiento

El artículo 57 de la LOSNCP establece el procedimiento a aplicarse para este tipo de contrataciones y en su primer inciso dispone:

“Art. 57.- Procedimiento.- Para atender las situaciones de emergencia definidas en el número 31 del artículo 6 de esta Ley, previamente a iniciarse el procedimiento, el Ministro de Estado o en general la máxima autoridad de la entidad deberá emitir resolución motivada que declare la emergencia, para justificar la contratación. Dicha resolución se publicará en el Portal COMPRASPUBLICAS.”

Por su parte, el Instituto Nacional de Contratación Pública INCOP, con fecha 9 de julio de 2010, emitió la Resolución No. 045-2010, en la cual se expiden las Disposiciones para las Contrataciones en Situaciones de Emergencia, disponiéndose en el artículo 1 que corresponde a la máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado declarar la emergencia; y, en el artículo 2 que *“Se consideran situaciones de emergencia, exclusivamente las señaladas en el numeral 31 del artículo 6 de la LOSNCP, cuando se refieran a situaciones que provengan de fuerza mayor o caso fortuito, se detallará el motivo, que tendrá relación con la definición que consta en el artículo 30 de la Codificación del Código Civil. Se deberá considerar que los elementos que definen una situación como emergente, y que deben resaltarse en la motivación de la correspondiente resolución, son la inmediatez e imprevisibilidad, debiendo ser concreta, objetiva y probada.”*;

Del análisis de las normas transcritas se desprende que el requisito esencial, para el inicio de un procedimiento de contratación de emergencia, es la resolución de la máxima autoridad de la entidad contratante (representante legal) en la que se declare la emergencia, para lo cual se deberá fundamentar y motivar dicha resolución considerando el análisis que realizamos previamente, es decir, considerando los presupuestos jurídicos relacionados al caso fortuito y fuerza mayor que provocan una situación grave, así como la inmediatez y imprevisibilidad de la situación de emergencia, que además debe ser concreta, probada y objetiva.

Respecto al procedimiento que se seguirá para escoger al contratista no existe una definición en la LOSNCP, en su Reglamento, o en la Resolución No. 045-2009 del INCOP, en que se determine dicho procedimiento. En tal virtud, debe entenderse que el procedimiento de selección se definirá por parte de la máxima autoridad, el que debería constar en la resolución. Es nuestro criterio que siempre que fuere posible es recomendable realizar un procedimiento mínimo de selección, salvo en los casos en los que no fuere posible hacerlo. En todo caso, el artículo 57 de la LOSNCP permite que la entidad contrate de manera directa, es decir, que se escoja directamente al contratista, pudiendo inclusive contratar con empresas extranjeras, sin cumplir previamente la domiciliación o presentación de garantías, lo que se cumplirá una vez suscrito el contrato respectivo. Todo esto en razón de la inmediatez con que se debe actuar para superar la situación de emergencia.

Una vez superada la situación de emergencia, el tercer inciso del artículo 57 de la LOSNCP, dispone que se debe publicar en el portal de compras públicas un informe que detalle las contrataciones realizadas y el presupuesto empleado, con la indicación de los resultados obtenidos.

El artículo 2 de la Resolución del INCOP No. 045-2010, a su vez, establece que todas las entidades deben publicar la resolución de declaratoria de emergencia en el portal de compras públicas, utilizando la herramienta denominada “*Publicaciones de Emergencia*”. Por su parte, los artículos 3, 4 y 5 de dicha Resolución establecen la obligatoriedad de publicar adicionalmente los contratos que se suscriban en razón de las declaratorias de emergencia, así como un informe que debe contener los particulares detallados en el artículo 5 *ibídem*.

Finalmente, debemos mencionar que los contratos de emergencia se encuentran exonerados exclusivamente de los procedimientos precontractuales comunes, pero la contratación como tal se sujeta a la LOSNCP y su Reglamento General, es decir, que son aplicables todas las disposiciones relativas a la ejecución contractual, como son la celebración del contrato, la presentación de garantías, las recepciones, terminaciones, etc.

6.15. Contrato de Adquisición de bienes inmuebles: Declaratoria de Utilidad Pública y Expropiación

Para que las entidades contratantes, conforme a la definición del artículo 1 de la LOSNCP, puedan adquirir bienes inmuebles, se establece el procedimiento de declaratoria pública o de interés social, con lo cual la entidad contratante puede adquirir directamente un inmueble que satisfaga sus necesidades, aplicando un procedimiento que no es de mutuo acuerdo de las partes, sino que exclusivamente la potestad de determinación del bien, e incluso del valor a pagarse, depende de la entidad contratante, sin que el dueño del inmueble (el particular) pueda negarse a la venta, salvo en el tema del precio a pagarse.

La base constitucional de este procedimiento se encuentra prevista en el artículo 323 de la Constitución de la República que dispone:

“Art. 323.- Con el objeto de ejecutar planes de desarrollo social, manejo sustentable del ambiente y de bienestar colectivo, las instituciones del Estado, por razones de utilidad pública o interés social y nacional, podrán declarar la expropiación de viene, previa justa valoración, indemnización y pago de conformidad con la ley. Se prohíbe toda forma de confiscación”.

El artículo 58 de la LOSNCP establece el procedimiento a seguirse para la adquisición de inmuebles por declaratoria de utilidad pública, en concordancia con los artículos 62 y 63 del Reglamento General de la LOSNCP, disponiendo que la declaratoria de utilidad pública o de interés social, será resuelta por 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. De ahí que es necesario que previamente existan informes técnicos, en los que se determine que el bien que se va a adquirir va a satisfacer las necesidades institucionales. Estos informes, más las correspondientes certificaciones presupuestarias y de PAC, así como el certificado del registrador de la propiedad, en que consten la identificación, linderos e historia de dominio del inmueble, permitirán motivar la resolución de declaratoria de utilidad pública.

La declaratoria de utilidad pública debe ser inscrita inmediatamente en el Registro de la propiedad del cantón en el cual se adquirirá el inmueble. Al momento de inscribirse la declaratoria el inmueble queda “inmovilizado”, por lo que el propietario no podrá venderlo ni gravar sobre el mismo ninguna limitación al dominio.

Una vez inscrita y notificada la declaratoria de utilidad pública, la entidad contratante solicitará a la Dirección de Avalúos y Catastros del Municipio en el que se encuentre ubicado el

inmueble, el avalúo del mismo, tras lo cual, se buscará un acuerdo directo entre las partes, por el lapso máximo de noventa (90) días, pudiendo acordarse exclusivamente un valor que no supere el diez (10%) por ciento sobre dicho avalúo.

El artículo 63 del Reglamento de la LOSNCP determina que 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.

Para el caso de que el vendedor y la entidad no llegaren a acuerdo, se procederá al juicio de expropiación conforme al trámite previsto en el Código de Procedimiento Civil, sin perjuicio de recibir a cuenta del precio final que se disponga pagar el valor que preliminarmente ha propuesto la institución pública respectiva. El Juez en su resolución no está obligado a sujetarse al avalúo establecido por la Dirección de Avalúos y Catastros de la Municipalidad.

Para el caso de las municipalidades el procedimiento expropiatorio se regulará por las disposiciones de su propia Ley, es decir por el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización.

6.16. Contratación Integral por Precio Fijo

i. Antecedentes y Procedencia

Una de las nuevas figuras contempladas en la LOSNCP es la contratación integral por precio fijo, contenida en la Sección I del

Capítulo V de la LOSNCP, correspondiente a los llamados Procedimientos Especiales, que no son los mismos que los procedimientos de Régimen Especial contemplados en el artículo 2 de la LOSNCP, pese a la similitud del nombre. Cabe mencionar que muchos de los actores del sistema nacional de contratación pública asimilan o identifican esta figura con la anteriormente conocida contratación de *"LLAVE EN MANO"*, por sus características y particularidades.²¹

La modalidad de *"precio fijo"* es la menos conocida y discutida por la doctrina sudamericana, aunque ampliamente conocida y utilizada en la construcción y edificación a nivel internacional, así como en el Ecuador principalmente por compañías petroleras en la Amazonía para la contratación privada de construcción y edificación de plantas con trabajos eléctricos y metal mecánicos, en el procedimiento conocido como EPC (ingeniería, adquisición y construcción-engineering, procurement, construction), donde el contratista oferta el diseño de detalle de la ingeniería del proyecto, adquiere los componentes y edifica la planta por un precio único e invariable, con excepciones determinadas. En este género de contratos también pueden existir opciones de operación de la planta por un cierto tiempo, esquema denominado BOT (construcción, operación y transferencia).

Estos lineamientos contractuales tiene equivalencias con el procedimiento denominado, tal vez impropriamente, Turnkey (llave en mano), que encarga al contratista la totalidad de la obra por un precio fijo, que debe entregarla en funcionamiento, conforme los requerimientos acordados. Este tipo de contratos procede en la construcción de grandes y complejas obras, principalmente diseño, construcción y edificación de plantas con obras de ingeniería y trabajos eléctricos y metal mecánicos como

²¹ Todo este rubro sobre "contrato de precio fijo" se toma del libro "Contratos del Estado" de Antonio José Pérez y Efraín Pérez.

por ejemplo, refinerías, grandes represas para generación eléctrica, etc.

Con todos sus inconvenientes, se considera que el contrato de *“diseño y construcción”*, resulta inevitable en los casos de inexistencia en el mercado de una capacidad adecuada de diseño para obras de complejidad, como es el caso de muchos contratos de ingeniería electro mecánica de plantas industriales. El problema de estos esquemas es el conflicto de intereses entre el contratante y el contratista relativo al *“diseño”* o *“ingeniería”* que es elemento fundamental de estos esquemas, en los cuales se acentúa el requerimiento de proteger al contratante. En estos contratos es imposible una adecuada comparación de costos entre diferentes propuestas de *“diseño”* y los problemas para las evaluaciones económicas son prácticamente irresolubles. A pesar de su necesidad, no se ha encontrado hasta la fecha un formato satisfactorio de contrato para estas situaciones. En todo caso, la jurisprudencia internacional mide este tipo de contratos en función de la adecuación de los trabajos para el propósito requerido.

La frase *“llave en mano”* sugiere que su principal característica es la entrega de las obras como un proyecto completo y listo para su utilización, lo que en realidad es un elemento universal de los contratos de construcción tradicionales. Lo que esencialmente caracteriza el contrato de *“diseño y construcción”*, es que el contratista asume la responsabilidad del diseño del proyecto, la adquisición e instalación de sus componentes, ejecución y el compromiso de su adecuado funcionamiento para el cumplimiento de sus finalidades a mediano y largo plazo.

Los modelos internacionales más conocidos de estos contratos son los siguientes:

- El modelo de la ENAA para contratos internacionales (1992);
- Modelo FIDIC para obras de edificación de instalaciones y trabajos de ingeniería diseñadas por el contratista, en las que el Contratante podría haber ejecutado algún tipo de diseño (1999-llamado el “libro amarillo”, por el color de la portada);
- Modelo FIDIC para la edificación y trabajos de ingeniería diseñados por el Contratante o por un Ingeniero representante (1999, “libro rojo”);
- Modelo FIDIC de proyectos EPC (engineering, procurement and construction) y Turnkey. Conforme la práctica industrial, en este libro –“silver book”, libro plateado- el contratista asume un nivel de riesgo más elevado y, por lo tanto, ofrece mayor certeza sobre plazos y costos de las obras.

ii. Requisitos para su aplicación

Entrando en materia de la legislación nacional vigente, este procedimiento especial procede únicamente para celebrar contratos de obra cuando se cumplan todos los requisitos establecidos en el artículo 53 de la LOSNCP. Básicamente estos requisitos tienen relación con la conveniencia de contratar una importante obra de infraestructura, cuyo presupuesto referencial sea mayor al coeficiente 0,1% por el monto del Presupuesto Inicial del Estado (para el año 2010 aproximadamente USD 23'950.249,95) sin la aplicación de precios unitarios, consolidando en un solo contratista todos los servicios necesarios para realizarla, desde su construcción, provisión de equipos, mantenimiento de éstos hasta su operación, y es esta última posibilidad la que seguramente representará el beneficio o conveniencia de aplicar este tipo de contratación, a diferencia del contrato de ejecución de obras ordinario que si bien puede incluir

la provisión de ciertos equipos, jamás podría implicar la operación en sí de la obra. Sin embargo, y a diferencia de la antigua contratación de llave en mano, en la contratación integral por precio fijo NO es posible incluir la necesaria elaboración de los estudios y diseños para la obra, por lo que la entidad deberá contar con éstos de manera previa al inicio de este tipo de procesos.

La naturaleza de este tipo de contratación impide que a la misma se le apliquen algunas de las figuras que normalmente pueden aplicarse a los contratos administrativos; por ejemplo, se prohíbe para éstos la celebración de contratos complementarios, la inclusión de fórmulas de reajuste o cualquier otro mecanismo de variación de precios. Estimamos que el legislador estableció estas prohibiciones, considerando que se está contratando bajo esta figura con un solo contratista todo lo relacionado a la obra de infraestructura, porque es más conveniente incluir todo en un solo contrato y por ende el contratista debe considerar en su oferta todas las variaciones posibles y asumir todos los riesgos y responsabilidades para cumplir con el objeto del contrato; de ahí la importancia de que los estudios y diseños estén correctamente elaborados y que los términos de la oferta y posterior contrato estén completos, actualizados y calculen todas las posibles variaciones en el proyecto.

Sin embargo, estas prohibiciones pueden llegar a dificultar y obstaculizar gravemente la terminación de las obras que se emprendan bajo esta figura de contratación, considerando que la práctica en la construcción ecuatoriana nos ha dejado de lección que los precios tienen variaciones importantes durante la ejecución de grandes obras que seguramente se ejecutarán en más de un ejercicio fiscal, ante lo cual las figuras del reajuste de precios y contratos complementarios como solución para conseguir el equilibrio económico del contrato ha sido de vital importancia.

Así mismo, la prohibición de celebrar contratos complementarios agrava el panorama de este tipo de contratación, considerando que lamentablemente el Ecuador ha visto casi como regla general que los estudios y diseños para la ejecución de obras son incompletos, equivocados, desactualizados y hasta a veces ni siquiera son aplicables a la obra en sí. Más aún, sin presumir errores en los estudios y diseños, la realidad en la construcción de una obra difiere de lo contemplado en los estudios en la mayoría de casos, por efecto de alteraciones en el clima o la innovación de la tecnología, lo cual obliga a la variación, aumento o modificación de las obras, pero que bajo esta figura no está permitido. Adicionalmente, debe considerarse que al no ser el contratista quien elabora los estudios y diseños previos, seguramente éste tratará de “liberarse” de responsabilidad frente a incumplimientos, desfases o imposibilidad de aplicarlos en la ejecución de la obra. Diferente sería el caso si fuera el mismo contratista quien tendría que elaborar los estudios previos.

El plazo de ejecución tampoco está sujeto a modificación; sin embargo para éste el legislador acertadamente ha previsto una causal para ampliarlo: las situaciones de fuerza mayor o caso fortuito, que lógicamente deben ser debidamente demostrados y oportunamente notificados.

La invariabilidad de este tipo de contratos llega al extremo de no poder terminarlos por mutuo acuerdo por circunstancias imprevistas, técnicas o económicas; solo por causas de fuerza mayor o caso fortuito debidamente demostradas y aceptadas por la entidad, así como por incumplimiento del contratista, pueden darse por terminados los contratos integrales por precio fijo.

Es importante mencionar que para este tipo de contratos, al igual que para los de ejecución de obra ordinarios, también se aplica la necesidad de presentación de una garantía de fiel cumplimiento

del mismo; y, existirán dos recepciones, una provisional y otra definitiva.

Entendemos que el legislador quiso ser absolutamente cauteloso y restrictivo en la creación de esta figura, considerando que la misma implicará la ejecución y aplicación, con un solo contratista, de grandes obras de infraestructura en el país; y, por ende trató de evitarse el caer en prácticas comunes relacionadas con contrataos complementarios casi ilimitados, prórrogas de plazo totalmente exagerados y reajustes de precios injustos que más que beneficios significaban perjuicios para los intereses nacionales e institucionales. Sin embargo, consideramos que en la práctica estas estrictas prohibiciones traerán más inconvenientes que soluciones a quienes decidan utilizar la figura de la contratación integral por precio fijo.

iii. Procedimiento de Selección

Conforme lo previsto en el artículo 34 de la LOSNCP, la selección del contratista para este tipo de contratos se realizará por el procedimiento de Licitación. Está expresamente prohibido que se apliquen procedimientos especiales o de excepción para este tipo de contratos; es decir, los de régimen especial contemplados en el artículo 2 de la ley.

Al tratarse de un contrato que incluirá también la operación y puesta en marcha de la obra por construirse, debe señalarse en las ofertas que se presenten necesariamente el cronograma completo de la ejecución de la obra, incluida esta actividad.

6.17. Contrato de arrendamiento

6.17.1. Arrendamiento de Bienes Inmuebles

La LOSNCP también tiene como objeto, de conformidad con su artículo 1, regular los procedimientos de arrendamiento de

bienes, muebles e inmuebles, de parte de las entidades contratantes incluidas en dicho artículo, sea en calidad de arrendadoras o arrendatarias. (Art. 59 LOSNCP)

Los procedimientos se encuentran reglados en la Sección II del RLOSNCP y en la Resolución No. 013-09 emitida por el INCOP.

i. Las entidades contratantes como arrendatarias

Al igual que todo proceso de contratación incluido en el Sistema Nacional de Contratación Pública, las entidades deben elaborar y publicar en el portal los pliegos, así como en la prensa nacional o local, según sea el caso, por una sola vez, en los que constarán tres aspectos elementales y obligatorios:

1. Las condiciones mínimas del inmueble requerido;
2. La referencia al sector y lugar de ubicación del mismo.
3. El adjudicatario no requiere estar inscrito y habilitado en el RUP, ni para la suscripción del contrato ni para la presentación de su oferta.

Sin perjuicio de la publicación de los pliegos en el portal y por la prensa, se podrán realizar invitaciones directas.

Una vez recibidas las ofertas, para la adjudicación se tomarán en cuenta el cumplimiento de las condiciones previstas en los pliegos y el valor del canon de arrendamiento, el que deberá ser determinado sobre la base de los valores de mercado vigentes en el lugar en el que se encuentre el inmueble.

El contrato de arrendamiento se celebrará por el plazo necesario, de acuerdo al uso y destinación que se le dará, vencido el cual podrá, de persistir la necesidad, ser renovado.

ii. Las entidades contratantes como arrendadoras

Para que las entidades contratantes den en arrendamiento bienes inmuebles de su propiedad, deben también elaborar y publicar en el portal los pliegos, así como en la prensa nacional o local, según sea el caso, por una sola vez, en los que se establecerá:

1. Las condiciones en las que se dará el arrendamiento;
2. La indicación de la ubicación y características del bien.
3. La posibilidad de que el interesado realice un reconocimiento previo del bien ofrecido en arrendamiento.
4. El adjudicatario no requiere estar inscrito y habilitado en el RUP, ni para la suscripción del contrato ni para la presentación de su oferta.

Sin perjuicio de la publicación de los pliegos en el portal y por la prensa, se podrán realizar invitaciones directas.

Una vez recibidas las ofertas, para la adjudicación se tomarán en cuenta el cumplimiento de las condiciones previstas en los pliegos y el mayor precio, así como al menos dos años de vigencia del contrato.

iii. Casos especiales

El artículo 8 de la Resolución No. 013-09 del INCOP dispone que los contratos de arrendamiento de locales de uso especial, como mercados, camales, casetas, cabinas, entre otros, siempre que no respondan a una modalidad administrativa de autorización, licencia o concesión de uso público, se arrendarán preferentemente a arrendatarios locales, para lo cual no será necesario publicar la convocatoria en el portal, sino que se podrán cursar invitaciones individuales.

Los contratos que correspondan a hoteles, salones para recepciones o eventos, restaurantes, entre otros, de propiedad de las entidades contratantes, cuyas características de uso no sean de largo plazo, tampoco se regirán por las normas y procedimientos antes descritos, sino por los usos y costumbres de la actividad.

Cabe mencionar, que de conformidad con el artículo 66 del RLOSNCP, en relación a este tema son normas supletorias la Ley de Inquilinato y del Código Civil, especialmente los artículos 15, 16 y 30 de la primera, y el Título XXV del segundo.

6.17.2. Arrendamiento de Bienes Muebles

Conforme el Capítulo VIII del RLOSNCP, para el arrendamiento de bienes muebles que requieran las entidades contratantes, se observarán las normas contenidas en el Código Civil, Ley sobre arrendamiento mercantil y demás pertinentes, observando el procedimiento que para el efecto determine, mediante resolución motivada, la máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado, siempre que no exista normativa emitida para el efecto por el INCOP.

La Resolución No. 041-2010 emitida por el INCOP trata sobre el arrendamiento de bienes muebles, considerándolo como un servicio normalizado, en virtud de lo cual las entidades contratantes están obligadas a utilizar el procedimiento de Subasta Inversa Electrónica. La normalización del servicio de arrendamiento de bienes muebles corresponde a cada entidad contratante, de conformidad con el artículo 2 de la Resolución antes referida, debiendo definirse en los pliegos de su proceso de contratación las especificaciones y características técnicas, condiciones y duración del servicio.

Cabe mencionar que el artículo 3 de dicha Resolución permite realizar otro proceso de contratación para arrendamiento de bienes muebles diferente al de subasta inversa, en caso de que

por circunstancias técnicas justificadas, no fuere procedente dicho procedimiento, lo cual deberá ser debidamente motivado.

6.17.3. Arrendamiento por parte de Gobiernos Autónomos Descentralizados

Finalmente, es importante mencionar que el COOTAD, código que derogó a la Ley de Régimen Municipal, entre otras, señala como aspecto adicional al tema del arrendamiento por parte de gobiernos autónomos descentralizados, que éstos observarán las disposiciones, principios, herramientas e instrumentos previstos en la Ley que regule la contratación pública, es decir la LOSNCP. Como solemnidades especiales, prevé la obligatoriedad de escritura pública para contratos de arrendamiento, entre otros.

6.18. Contrato para la ejecución de obra

La contratación administrativa se denomina de “*riesgo y ventura*”, porque el contratista asume bajo su responsabilidad la entrega íntegra del objeto del contrato, según las especificaciones técnicas, cuya única excepción es el caso fortuito o la fuerza mayor, que se revisará más adelante. Es decir, el contratista somete a riesgo la obtención de una ganancia producto de su contrato con la Administración Pública, la que no reconocerá ningún beneficio o contraprestación adicional que no esté prevista en el contrato.

La finalidad de estos contratos es la construcción, remodelación, reparación, demolición modificación o mejoramiento de obras. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, respecto a esta modalidad de contratación, señalan:

“La contratación de obras públicas se denomina de “riesgo y ventura”, ya que el adjudicatario ejecuta el proyecto según los estudios realizados y entregados por la administración, quien lo

fiscalizará por etapas y en la entrega recepción tanto provisional como definitiva.

El Contrato de Obras es, sin duda, la figura contractual más definida en el ámbito administrativo. Es aquel que tiene por objeto la construcción, reforma, reparación conservación o demolición de un bien inmueble o la realización de trabajos que modifiquen la forma sustancial del suelo o del subsuelo por cuenta de la Administración (Art. 120 LCAP de España) a cambio de un precio²².

El objeto considerado por las partes no es el trabajo o la actividad del contratista, sino su resultado, por ejemplo la construcción de un puente o la remodelación del mismo, a diferencia del contrato de servicios en general, en el que se contrata una actividad, por ejemplo, la seguridad o limpieza de un inmueble.

Por otro lado, existen obras ejecutadas por la propia administración (gestión propia y directa), para lo cual la misma entidad pública emplea personal técnico y adquiere maquinaria y equipos en general, por ejemplo en casos de derrumbes leves.

La Administración es el órgano encargado de satisfacer las necesidades de la ciudadanía, que se refleja en obras de diferente índole (vial, infraestructura, alcantarillado, etc...). Con esta finalidad, la Administración debe determinar si dichas necesidades pueden ser cubiertas a través de su propia gestión directa, o si éstas deben ser ejecutadas por terceros especializados que cuenten con la experiencia, personal y equipo necesario para el efecto.

Para esto, las entidades deben estar claras sobre el régimen de contratación aplicable, así como las distintas figuras contractuales que el derecho ecuatoriano prevé.

²² GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN, *Curso de Derecho Administrativo I*, Editorial Civitas, Madrid, 2000, p. 715.

En la ejecución de obra, el adjudicatario deberá visualizar previamente cual es su capacidad de ejecución del contrato, por sí solo, debiendo anticipar previamente al contratante, qué porcentaje de la obra delegará a un tercero, siempre y cuando lo permitan las bases del proceso. Esta posibilidad de que el contratista pueda solicitar autorización a la entidad contratante para que un tercero ejecute determinados rubros o componentes de la obra se denomina *subcontratación*. En la LOSNCP se señala que la subcontratación por el contratista adjudicado no podrá superar el treinta (30%) por ciento del monto del contrato reajustado (Art. 79 LOSNCP); este porcentaje se aplica no solo para contratación de ejecución de obra, sino también para los de adquisición de bienes y/o prestación de servicios, menos los de consultoría, salvo que los pliegos permitan esta posibilidad.

6.19. Contratos de Prestación de Servicios

GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, respecto a los contratos de prestación de servicios, señalan que éstos tienen como objeto la realización de servicios diversos de carácter profesional, técnico, económico, industrial, comercial o cualquier otro de naturaleza análoga²³. Dentro de estos casos de naturaleza análoga, pueden entenderse todos aquellos contratos de servicios previstos en diversas normas públicas, como es el caso de lo señalado en la Disposición General Cuarta de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado: *"El Procurador General del Estado o los representantes legales de las dependencias, entidades u organismos del sector público, podrán contratar abogados en libre ejercicio profesional para que asuman la defensa administrativa o judicial de los derechos e intereses de sus representadas, así como de modo excepcional para prestar asesoría sobre asuntos de interés institucional, que requieran de experiencia o conocimiento especializados"*. Conforme la disposición citada, el Procurador General del Estado, al igual que los

²³ Ibidem.

demás órganos públicos competentes, pueden contratar la prestación servicios jurídicos con la finalidad de satisfacer una necesidad surgida en la entidad, sometiéndose a lo establecido en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, según lo dispone su artículo 1.

Lo mismo se puede decir de los servicios de mantenimiento de maquinarias y equipos, o, por ejemplo, de ascensores en un edificio ocupado por unidades administrativas del Estado o de su propiedad.

Por otro lado, la diferencia entre contratos de prestación de servicios, frente a los contratos de consultoría, recae sobre la calidad de profesionales y especializados de los segundos, sin perjuicio de estar enunciados textualmente en el numeral 18 del artículo 6 de la LOSNCP. Sobre esta diferencia, cabe citar un pronunciamiento del INCOP:

“2. Si el objeto materia del referido concurso esto es: la contratación para contar en el Ministerio de Deporte con un censo nacional de infraestructura deportiva, entrenadores y deportistas, es una Consultoría como servicio profesional especializado; o, puede ser calificada como una contratación de servicios generales al conllevar recopilación, procesamiento y análisis de datos?”

En concordancia con el numeral 8 del artículo 6 de la LOSNCP, Consultoría “Se refiere a la prestación de servicios profesionales especializados no normalizados, que tengan por objeto identificar, auditar, planificar, elaborar o evaluar estudios y proyectos de desarrollo, en sus niveles de pre factibilidad, factibilidad, diseño u operación. Comprende, además, la supervisión, fiscalización, auditoría y evaluación de proyectos ex ante y ex post, el desarrollo de software o programas informáticos así como los servicios de asesoría y asistencia técnica, consultoría legal que no constituya parte del régimen especial indicado en el número 4

del artículo 2, elaboración de estudios económicos, financieros, de organización, administración, auditoría e investigación.”

En tal sentido, al requerir los servicios de recopilación de datos, procesamiento y análisis de los mismos, se está contratando un servicio no normalizado de consultoría, razón por la cual de manera obligatoria deberá observar lo establecido por la normativa vigente para tales contrataciones.²⁴

6.20. Contratos de Adquisición de Bienes

En algunas legislaciones se denomina a este tipo de contrataciones como “contrato de suministro”. García de Enterría y Fernández²⁵ en referencia a la Ley de Contratos de la Administración Pública (España) considera a este tipo de contratos como “un haz de contratos instrumentales, cuyo objeto sería proveer a la Administración de los productos, utensilios e incluso servicios relativos a dichos bienes que necesita para el cumplimiento de sus funciones. El artículo 171 lo define como aquel que tiene por objeto la compra, el arrendamiento o la adquisición de productos o bienes muebles, que no sean propiedades incorpóreas o valores negociables, precisando el artículo 172 que se considerarán incluidos en tal definición aquellos en los que el empresario se obligue a entregar una pluralidad de bienes, de forma sucesiva y por precio unitario, sin que la cuantía total se defina con exactitud al tiempo de celebrar el negocio por estar subordinadas a las entregas a las necesidades de la Administración (es a esto, exclusivamente, a lo que en el tráfico privado se llama contrato de suministro); la adquisición y el arrendamiento de equipos y sistemas para el tratamiento de la información, sus dispositivos y programas y la cesión del derecho de uso de estos dos últimos (salvo la adquisición de programas de ordenador a medida, que se considerara contrato de servicios)”. Los mismos autores agregan que el contrato de adquisición de bienes

²⁴ OFICIO INCOP No. DE-2068-2010, 18 de Marzo de 2010.

²⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO. FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Ed. Thomson, duodécima edición, Madrid, 2004, p. 738

(en la legislación española denominado contrato de suministro) es una figura compleja, no identificable, la cual puede adoptar varias modalidades: compraventa, suministro en sentido civil, arrendamiento de servicios, incluso obras, etc. En todo caso, siempre referida a bienes muebles.

La LOSNCP aclara que se entenderá también como “*contrato de adquisición de bienes*” aquellas contrataciones que impliquen fabricación, manufactura o producción de bienes muebles; y, adicionalmente, incluye también como contratación de bienes al arrendamiento mercantil con opción de compra (Art. 6, num. 5 LOSNCP).

La LOSNCP establece un régimen de contratación diferente, para las contrataciones de bienes normalizados y para las de bienes no normalizados.

La diferencia entre estas dos categorías es importante para la aplicación de estos tipos de contratación, dependiendo de su naturaleza. Por consiguiente, para los casos de la contratación de bienes normalizados se aplicarán los procedimientos denominados dinámicos: Catálogo electrónico; y, Subasta inversa electrónica, en el caso en que el bien no conste en dicho catálogo; mientras que para la contratación de bienes no normalizados se aplicarán los procedimientos denominados comunes: Licitación, Cotización y Menor Cuantía.

Las entidades contratantes están en la obligación de consultar el catálogo electrónico de manera previa a iniciar la contratación de bienes y de servicios normalizados; solo una vez realizada la consulta, en el evento en que el bien o servicio no se encuentre catalogado, se podrá iniciar el proceso de contratación de subasta inversa electrónica. (Art. 46 LOSNCP).

6.21. Contratos de Comodato

La figura del comodato no está contemplada en la LOSNCP ni su Reglamento, por lo que debe analizarse a la luz de normativa supletoria en contratación pública. Conforme el artículo 2077 del Código Civil, comodato o préstamo de uso es un contrato en que una de las partes entrega a la otra gratuitamente una especie, mueble o raíz, para que haga uso de ella, con cargo de restituir la misma especie después de terminado el uso. Este contrato no se perfecciona sino por la tradición de la cosa.

Debemos recordar que el comodatario no puede emplear la cosa sino en el uso convenido, o a falta de convención, en el uso ordinario de las de su clase. En el caso de contravención, podrá el comodante exigir la indemnización de todo perjuicio y la restitución inmediata, aunque para la restitución se haya estipulado plazo. (Art. 2080 C.C.)

El comodatario está obligado a emplear el mayor cuidado en la conservación de la cosa, y responde hasta de la culpa levisima. Es, por tanto, responsable de todo deterioro que no provenga de la naturaleza o del uso legítimo de la cosa; y si este deterioro es tal que la cosa no sea ya susceptible de emplearse en su uso ordinario, podrá el comodante exigir el precio anterior de la cosa, abandonando su propiedad al comodatario. (Art. 2081 C.C.)

El comodatario está obligado a restituir la cosa prestada, en el tiempo convenido; o a falta de convención, después del uso para que ha sido prestada. Pero podrá exigirse la restitución aún antes del tiempo estipulado, en tres casos:

1. Si muere el comodatario, a menos que la cosa haya sido prestada para un servicio particular que no pueda diferirse o suspenderse;

2. Si sobreviene al comodante una necesidad imprevista y urgente de la cosa; y,
3. Si ha terminado o no tiene lugar el servicio para el cual se ha prestado la cosa.

Como habíamos mencionado anteriormente en esta obra, el Reglamento General Sustitutivo para el Manejo y Administración de Bienes del Sector Público (Acuerdo 25 de la CGE, publicado en el R.O. 378 de 17 de octubre de 2006), contempla la figura del comodato, señalando en su Capítulo VI:

Art. 62.- Contrato entre entidades públicas.- Cuando dos personas jurídicas distintas pertenecientes al sector público, quisieren que una de ellas entregue a la otra, especies, bienes muebles o inmuebles, podrán celebrar un contrato de comodato o préstamo de uso, sujetándose a las normas especiales propias de esta clase de contrato.

Art. 63.- Contrato con entidades privadas.- También se podrá celebrar contrato de comodato entre entidades y organismos del sector público y personas jurídicas del sector privado que por delegación o concesión realizada de acuerdo con la ley, presten servicios públicos, siempre que dicho contrato se relacione con una mejor prestación de un servicio público, favorezca el interés social, se establezcan las correspondientes garantías y esté debidamente autorizado por la máxima autoridad de la entidad u organismo, de acuerdo con la ley y este reglamento.

Los contratos de comodato con entidades privadas podrán renovarse siempre y cuando se cumplan las condiciones señaladas en el inciso anterior y no se afecte de manera alguna el servicio público.

Al fin de cada año, la institución comodante evaluará el cumplimiento del contrato, y, de no encontrarlo satisfactorio, pedirá la restitución de la cosa prestada sin perjuicio de ejecutar las garantías otorgadas. La entidad comodante está obligada a incluir estipulaciones expresas que establezcan las condiciones determinadas en el inciso precedente.

Para una mayor comprensión de esta figura que puede ser utilizada en la contratación pública, a continuación algunos pronunciamientos del Procurador General del Estado al respecto:

“Estimo lo pertinente es más bien la entrega de inmuebles en comodato o préstamo de uso, en los términos y condiciones claramente establecidos en el artículo 54 del Reglamento General Sustitutivo para el Manejo y Administración de Bienes del Sector Público, reformado por el Contralor General del Estado mediante Acuerdo 0481 del 17 de julio de 1990”²⁶.

“Al responder la consulta, se concluye que el contrato de Comodato o Préstamo de Uso se lo ha de celebrar al amparo de lo dispuesto por los artículos 53 y 54 del Reglamento General Sustitutivo para el Manejo y Administración de Bienes del Sector Público, debiéndose incorporar las cláusulas correspondientes con sujeción a lo preceptuado por el Título XXVIII, del Libro IV del Código Civil”²⁷.

“Del análisis de las disposiciones legales y reglamentarias se concluye que las municipalidades, bajo el marco de su propia ley, para las que rige el Reglamento de la referencia, por ser instituciones del sector público, pueden celebrar contrato de comodato, respecto de sus bienes, con otras entidades y organismos del sec-

²⁶ Of. PGE 25101 del 22 de agosto de 1995. Respuesta al Of. DAJ-95-0308 del 27 de julio de 1995 del Ministerio de Agricultura y Ganadería.

²⁷ Of. PGE 28338 del 14 de diciembre de 1995. Respuesta al Of. DAJ-23 del 22 de noviembre de 1995 del Ministerio de Gobierno y Policía.

tor público, y con entidades privadas, en las que se hallan comprendidas, entre otras, las 'fundaciones'".

"Por esta forma contractual se entrega gratuitamente a la otra parte una especie, mueble o raíz, para que haga uso de ella, hallándose comprendidos en el bien raíz, porque no se las excluye expresamente, los bienes del dominio privado y los bienes del uso público, destinados al uso general de las personas, pero desde luego siempre que tenga por objetivo una mejor prestación de un servicio público, favorezca al interés social, se establezcan las correspondientes garantías y se haya pronunciado favorablemente su máxima autoridad, en este caso, el Concejo.

El segundo inciso del artículo 2107 en armonía con el 2110 del Código Civil, permite la estipulación del plazo de duración del contrato, sin limitación alguna²⁸.

De tal forma, debe entenderse que la figura del comodato no solo es aplicable entre entidades del sector público, sino también a favor de entidades privadas, cumpliendo con lo previsto en la normativa antes citada.

6.22. Contratos de Permuta

Otra de las remisiones expresas al Código Civil contempladas en la LOSNCP es la que encontramos en su Disposición General Tercera, relacionada con los contratos de permuta, para cuya aplicación debe observarse lo previsto en el mencionado Código, así como las disposiciones del Reglamento General Sustitutivo para el Manejo y Administración de Bienes del Sector Público.

²⁸ Of. PGF 8582 del 27 de enero de 1998. Respuesta al Of. 412-CAQ-97 del 19 de agosto de 1997 del Presidente del Colegio de Abogados de Pichincha.

El Título XXIII del Código Civil contiene las normas que tratan sobre este tipo de contratos, los cuales consisten en un cambio en que las partes se obligan mutuamente a dar una especie o cuerpo cierto por otro.

Especial consideración debe hacerse a la obligatoriedad de escritura pública para los casos de permuta sobre bienes raíces o inmuebles, lo cual también está contemplado en el COOTAD para Gobiernos Autónomos Descentralizados.

Por su parte, el Reglamento General Sustitutivo para el Manejo y Administración de Bienes del Sector Público prevé en su artículo 51, que se estará a lo dispuesto en la Codificación de la Ley de Contratación Pública (actual LOSNCP), en la Codificación del Código Civil y en las resoluciones de las entidades u organismos competentes de que se trate, para lo relacionado a contratos de permuta.

6.23. Contratos de Donación

El Reglamento General Sustitutivo para el manejo y administración de bienes del sector público (Acuerdo de la Contraloría General del Estado 25), publicado en el Registro Oficial No. 378, de 17 de octubre de 2006, señala en el Art. 57 que cuando intervengan dos entidades públicas distintas en el traspaso de bienes muebles o inmuebles no habrá traspaso sino donación y, en este evento, existirá transferencia de dominio que se sujetará a las normas especiales de la donación. En estos casos, el traspaso es el cambio de asignación de un bien mueble o inmueble que se hubiere vuelto innecesario o inútil para una entidad u organismo en favor de otro, dependiente de la misma persona jurídica, que lo requiera para el cumplimiento de sus fines, como en el caso de los ministerios de Estado o sus dependencias.

Siguiendo el mismo reglamento mencionado, en el Art. 81 señala que en el caso de bienes inservibles para la institución, estos serán dados en donación a entidades del sector privado que realicen labor social u obras de beneficencia, y que no tengan fines de lucro; siempre y cuando se evidencie que tales bienes no son de interés de la institución pública propietaria de los mismos.

La LOSNCP en el Art. 58 LOSNCP, señala que para la transferencia de dominio de bienes inmuebles entre entidades del sector público, incluyendo donaciones, se la podrá realizar siempre y cuando llegaren a un acuerdo sobre aquella, sin que requiera de declaratoria de utilidad pública o interés social ni de insinuación judicial.

6.24. Pasajes aéreos

La contratación de pasajes aéreos es una actividad recurrente de las entidades contratantes, aunque en muchos de los casos no puede ser prevista en su totalidad, lo que imposibilita planificar la contratación anual. El transporte aéreo es un servicio normalizado cuyos montos de contratación individualmente considerados son ínfimos; no obstante, por su recurrencia, no son una compra excepcional, característica necesaria para que opere la ínfima cuantía.

Por tanto, mediante Resolución No. 017-09 de 23 de marzo de 2009, el INCOP determinó que las entidades contratantes podrán adquirir pasajes aéreos nacionales o internacionales de manera directa con las compañías de aviación, cuando su monto referencial no sobrepase la menor cuantía. Esto, hasta que el INCOP no incorpore al catálogo electrónico dichos servicios normalizados.

De igual forma, se faculta a las entidades contratantes a mantener o celebrar convenios con agencias de viajes autorizadas, realizando un proceso de selección en función del menor costo, solici-

tando mínimo cinco agencias de viaje habilitadas en el RUP. Para esto, las entidades contratantes tendrán la obligación de publicar mensualmente en el portal de compras públicas el detalle de los pasajes adquiridos en cada mes.

6.25. SWISS CHALLENGE: Un sistema de contratación en uso en el Ecuador, no contemplado por la LOSNCP

i. Antecedentes en el Ecuador

El sistema de contratación denominado “Swiss Challenge” es una modalidad de contratación que no es demasiado conocida ni utilizada a nivel internacional y ha sido cuestionada en el Ecuador. No estaba contemplada en la derogada Ley de Contratación Pública y tampoco lo está en la vigente LOSNCP.

El sistema “Swiss Challenge” fue utilizado en una primera etapa en el Ecuador, para el desarrollo del proyecto hidroeléctrico Toachi-Pilátón. Para ello, el Consejo Provincial de Pichincha resolvió la reactivación del proceso de ejecución del Proyecto y la viabilización del establecimiento y financiación de la Corporación Toachi-Pilátón, que permita demandar el trámite jurídico para impulsar legalmente el proyecto. Es así como se constituyó la compañía HIDROTOAPI S.A., constituida por el mismo Consejo Provincial, para llevar a cabo el proceso para la ejecución del proyecto. Cabe señalar que, al ser por naturaleza una persona jurídica de Derecho Privado y no Público, no debía sujetarse necesariamente a la derogada Ley de Contratación Pública, sino más bien al Reglamento que se expida. Por ello se logró seguir el procedimiento Swiss Challenge. Sin embargo, actualmente dicha sociedad civil pasó a ser una empresa pública, por lo que está obligada a sujetar sus procedimientos de contratación, a la LOSNCP.

A pesar de su aparente novedad, se encuentra que una de las primeras disposiciones ecuatorianas para la construcción de obras, en una ley de 1837, se disponía que las propuestas reci-

das para “la construcción, reparo y mejora de caminos” se deberían publicar en la imprenta “con el objeto de solicitar mejoradores”.²⁹

ii. Proceso

El procedimiento consiste en recibir una propuesta formal de un primer proponente, para posteriormente, en una segunda etapa, efectuar una invitación o convocatoria a otros interesados que, en ese momento podrán presentar sus ofertas, las que, en todo caso, deberán enfocarse en mejorar los términos y condiciones presentados por el primer proponente. De ser el caso, se concede plazo adicional para que el primero pueda mejorar los términos y condiciones presentados por terceros, de acuerdo con los Criterios de Evaluación aprobados. Este procedimiento puede variar según cada proyecto en particular.

Sobre el caso en particular antes comentado (Proyecto Toachi-Pilatón), y con la finalidad de llegar a un mayor entendimiento de la figura del Swiss Challenge, cabe citar la siguiente consulta realizada al Procurador General del Estado:

“¿La Facultad asignada al Presidente de la República por la letra d) (sic) del artículo 43 de la Ley Modernización del Estado debe entenderse que corresponde a la persona jurídica de Derecho Privado que haya obtenido la delegación del ente público? En consecuencia, ¿correspondería a dicha persona jurídica de Derecho Privado, determinar la modalidad contractual que permita la consecución de la prestación del servicio público?

¿Dentro de la modalidad ‘Swiss Challenge’, es factible que los oferentes puedan solicitar aportes de recursos públicos, en tanto dicha posibilidad haya sido incorporada en las bases de la contratación?

²⁹ Citado por Efraín Pérez, en *Derecho Administrativo*, 2009, vol. I, p. 43.

Pronunciamiento:

Cuando una persona jurídica de Derecho Privado hubiere recibido del Estado la delegación para la prestación de un servicio público, dicha persona bien puede determinar la modalidad contractual para el efecto, cuidando por una parte que tal modalidad no vulnere la normativa vigente en la República, y que la vía a través de la cual se exprese tal modalidad, se encuentre determinada en el estatuto social de dicha persona jurídica. Por lo demás, es legalmente factible que la modalidad contractual denominada 'Swiss Challenge', incorpore la posibilidad de que existan aportes de recursos públicos, en tanto ello se hubiera incorporado en las bases de la contratación, y siempre que la persona a cargo de la cual corrió la elaboración de las bases, haya tenido la facultad para comprometer tales recursos públicos o se hubieren condicionado los aportes a la correspondiente autorización de la entidad u organismo propietario de esos recursos públicos”.

Con la nueva Constitución de la República, publicada en el Registro Oficial 449 del 20 de octubre de 2008, respecto a la gestión en sectores estratégicos, señala en el artículo 315: “El Estado constituirá empresas públicas para la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y el desarrollo de otras actividades económicas”.

En el artículo siguiente:

“El Estado podrá delegar la participación en los sectores estratégicos y servicios públicos a empresas mixtas en las cuales tenga mayoría accionaria. La delegación se sujetará al interés nacional y respetará los plazos y límites fijados en la ley para cada sector estratégico.

El Estado podrá, de forma excepcional, delegar a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria, el ejercicio de estas actividades, en los casos que establezca la ley”.

Por lo expuesto, actualmente ni los gobiernos autónomos descentralizados ni las otras entidades del Estado, pueden ejecutar por medio de personas jurídicas de derecho privado este tipo de proyectos, salvo excepción legal.

6.26. Ferias Inclusivas

El Art. 6, numeral 13 de la LOSNCP, define a las ferias inclusivas como 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 transparentes, para adquisición de bienes y servicios. El RLOSNCP, en su artículo 67, agrega que en estos procedimientos que desarrollarán las entidades contratantes, no se tomará en cuenta los montos de contratación, siendo la única finalidad la de fomentar la participación de artesanos, micro y pequeños productores prestadores de servicios. Estas invitaciones para las ferias inclusivas, a más de publicarse en el portal www.compraspublicas.gov.ec, se publicarán por un medio impreso, radial o televisivo del lugar donde se realizará la feria. En estos procedimientos de contratación se deberá observar las disposiciones que para el efecto dicte el INCOP. Estas ferias, en el Ecuador hasta la fecha no se han practicado mayormente.

CAPÍTULO SÉPTIMO

INICIO DEL PROCESO

7.1. Resolución de inicio del procedimiento precontractual

Para el inicio de los procedimientos precontractuales, la máxima autoridad o su delegado debe emitir una resolución motivada de inicio del proceso. Como se ha insistido a lo largo del presente trabajo, la Constitución de la República, en la letra l), señala: *“Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.”* De acuerdo a la norma constitucional citada, es necesario que estas resoluciones de inicio de los procesos precontractuales, estén conformadas de dos partes:

1. La parte considerativa: La cual se exponen las necesidades o requerimientos de la entidad contratante, así como los antecedentes y la base constitucional o legal.
2. La parte resolutive: La máxima autoridad o su delegado, aprobará al menos: a) Los pliegos y la disposición del inicio del proceso; b) Conformación de la Comisión Técnica, en caso de ser necesario; y, c) La publicación de los pliegos en el portal y de la invitación y/o convocatorias.

7.2. La Invitación o Convocatoria

Como analizaremos a lo largo de ese trabajo, los procedimientos precontractuales determinados en la LOSNCP establecen invitación o convocatoria para participar en los mismos. La determina-

ción de proceder mediante invitación o convocatoria dependerá del procedimiento precontractual que se siga.

Por regla general, los procedimientos son públicos, para garantizar el principio de concurrencia, con lo cual la convocatoria a participar se publica a través del portal de compras públicas, tras lo cual presentarán sus propuestas todos aquellos proveedores que consideren que pueden cumplir con el objeto de la contratación. Así, los procedimientos de subasta inversa electrónica, concurso público de consultoría, licitación, cotización y menor cuantía de obras se convocan a través del portal.

Sin embargo, por la naturaleza de ciertos procedimientos, en los cuales no es posible realizar un proceso de selección, se realizarán invitaciones directas a participar. Nuestra legislación establece casos en los cuales se realiza directa a un único proveedor, en razón de su especialización o circunstancias específicas, como por ejemplo el caso de régimen especial de proveedor único. Adicionalmente, se prevé también la posibilidad de realizar invitaciones directas a un número mínimo de proveedores, para de ellos escoger al adjudicatario. Esto por ejemplo en el caso de contratación de lista corta de consultoría, en que se invitará mínimo a tres y máximo a seis consultores, escogidos por la entidad, para que presenten sus ofertas, de entre los cuales se seleccionará al adjudicatario.

Evidentemente, para los casos de invitación directa será importante siempre justificar el motivo por el cual se determina el o los proveedores a ser invitados directamente. Como mencionamos, al analizar cada procedimiento precontractual se determinará si procede convocatoria o invitación.

7.3. Autoinvitación

De conformidad con el artículo 50 de la LOSNCP y 56 de su Reglamento, en el proceso de cotización, sin perjuicio de los cin-

co posibles oferentes favorecidos en el sorteo, podrá participar toda persona natural o jurídica registrada en el RUP, que tenga interés. Es decir, 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. La única diferencia que las entidades contratantes deben hacer entre participantes sorteados y por ende invitados a este proceso de cotización, frente a los que se autoinvitan y participan, es que los primeros obtendrán automáticamente 2 puntos sobre 100, por el hecho de haber sido favorecidos con el sorteo.

En el proceso de subasta inversa puede participar y autoinvitarse quien tenga interés, a pesar de no haber sido invitado a través del portal. El artículo 47 de la LOSNCP prevé que para participar de cualquier mecanismo electrónico en el portal, se tiene que estar registrado en el RUP.

En ningún proceso de consultoría cabe la autoinvitación, ya que, para la contratación directa y para la lista corta, pueden participar únicamente los proveedores que hayan sido invitados directamente, en razón de su perfil, experiencia y características particulares. En el proceso de contratación de consultoría convocada públicamente, puede participar cualquier persona sin necesidad de invitación alguna.

Para el proceso de ínfima y menor cuantía, tampoco procede la autoinvitación, ya que los proveedores de estos procesos son contratados directamente, sin proceso de selección alguno, con proveedores invitados por la entidad correspondiente. En el proceso de contratación vía licitación, puede participar cualquier persona sin necesidad de invitación alguna.

7.4. La Comisión Técnica y la Subcomisión de Apoyo

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública determina una responsabilidad unipersonal respecto a la adjudicación de la contratación, misma que está radicada en la máxima autoridad de la entidad contratante, es decir su representante legal. La facultad de adjudicación puede ser delegada pero igualmente de forma unipersonal. Esto a diferencia de la derogada Codificación de la Ley de Contratación Pública que establecía que la responsabilidad del trámite del proceso precontractual, así como la adjudicación, correspondía a Comités de Contrataciones. Sin perjuicio de lo expuesto, la actual LOSNCP determina que el trámite precontractual, en los casos expresamente determinados por dicha Ley, estarán a cargo de una Comisión Técnica, cuya labor arranca al emitirse la Resolución de inicio de proceso que emite la máxima autoridad y culmina con la recomendación de adjudicación o de declaratoria de desierto del proceso, que se formula tras la evaluación de las ofertas presentadas.

Las atribuciones de la Comisión Técnica son básicamente las siguientes:

1. Evaluar las ofertas que se presenten en el procedimiento precontractual.
2. Absolver las preguntas que formulen los proveedores en el período de preguntas y aclaraciones.
3. Exclusivamente para el procedimiento de Licitación, el artículo 49 de la LOSNCP, en su inciso primero, determina que la Comisión Técnica³⁰ estará encargada también de la elaboración de los pliegos.

³⁰ Art. 49 LOSNCP.- De las Fases Preparatoria y Precontractual.- La fase preparatoria de todo procedimiento licitatorio comprende la conformación de la Comisión Técnica requerida para la tramitación de la licitación así como la elaboración de los pliegos.

El artículo 18 del Reglamento General de la LOSNCP establece la obligatoriedad de designar Comisión Técnica para el trámite de los siguientes procedimientos precontractuales:

1. Consultoría por lista corta o por concurso público;
2. 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;
3. Licitación; y
4. Cotización.

En aquellos procesos que no alcancen los coeficientes determinados la conformación de Comisión Técnica no es obligatoria, aunque en la práctica la mayoría de entidades contratantes suelen hacerlo para garantizar una labor óptima de evaluación de ofertas sobre todo.

i. Conformación.- El artículo 18 del Reglamento General de la LOSNCP, dispone que la Comisión Técnica estará conformada por:

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.

Para cada contratación debe designarse una Comisión Técnica, pues dependerá del objeto de la contratación. Adicionalmente, cuando se conforma la Comisión Técnica se designa el Secretario de la misma, de fuera de su seno. En la Comisión Técnica de Licitación interviene con voz pero sin voto, el Director Financiero y el Director Jurídico, o quienes hagan sus veces, o sus respectivos delegados.

El artículo en cuestión también determina que 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 especializada³¹. Cabría también la posibilidad de involucrar servidores públicos de otra entidad, solicitados en comisión de servicios.

El quórum para las sesiones de la Comisión Técnica es de dos de sus miembros, uno de los cuales será obligatoriamente el Presidente, quien tiene voto dirimente. Adopta decisiones válidas por mayoría simple y al tratarse de sesiones de dicha Comisión, éstas deben quedar registradas en actas, sin perjuicio de que se graben en medios magnetofónicos.

Los miembros de la Comisión Técnica no podrán tener conflictos de intereses con los oferentes; y, de haberlos, será causa de excusa del miembro respectivo. En caso de no hacerlo es evidente que la oferta presentada, que incurra en dicho conflicto de interés, será descalificada.

³¹ Idéntica disposición consta en el Acuerdo de la Contraloría General del Estado 039-CG-2009, mediante el cual se emiten las Normas de Control Interno para las entidades, organismos del sector público y de las personas jurídicas de derecho privado que dispongan de recursos públicos, en cuya Norma 405-03 se dispone:

“c) Comisión técnica

La máxima autoridad de la entidad, cuando le corresponda efectuar procedimientos de lista corta, concurso público, subasta inversa, licitación o cotización de conformidad con lo dispuesto por la ley, conformará y nombrará para cada procedimiento la pertinente comisión técnica que estará integrada de la siguiente manera:

1. Un profesional designado por la máxima autoridad, quien lo presidirá.
2. El titular del área que lo requiere o su delegado.
3. Un profesional afín al objeto de la contratación designado por la máxima autoridad o su delegado.

Los miembros de la comisión técnica serán servidoras o servidores de la entidad contratante y no podrán tener conflictos de intereses con los oferente; de haberlos, será causa de excusa.”

El artículo 19 del Reglamento General de la LOSNCP, determina la posibilidad de nombrar Subcomisiones de apoyo, conformadas por la Comisión Técnica, a efectos de que realicen el análisis de las ofertas técnicas presentadas.

El segundo inciso del artículo 19 del Reglamento General de la LOSNCP dispone:

“Los informes de la subcomisión, que incluirán las recomendaciones que se consideren necesarias, serán utilizados por la Comisión Técnica como ayudas en el proceso de calificación y selección y por ningún concepto serán asumidos como decisorios. La Comisión Técnica obligatoriamente deberá analizar dichos informes 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”.

Respecto a la integración de la Subcomisión Técnica, ni la LOSNCP ni su Reglamento General tienen disposiciones al respecto, por lo que la Comisión Técnica tendrá libertad para su conformación. En todo caso, la conformación debe responder a la necesidad de contar con profesionales capacitados que permitan realizar una eficiente evaluación técnica, legal y económica de las propuestas presentadas.

7.5. Aclaraciones y Modificaciones de los Pliegos

Una vez convocado un procedimiento precontractual, se establece la posibilidad de que los proveedores puedan formular preguntas respecto al contenido de los pliegos, tanto en materia técnica, legal o económica, para lo cual se determinará en el procedimiento un término legal en el cual se podrá cumplir con esta fase. Así mismo, la entidad debe contar con un término legal para emitir

las respuestas a las preguntas que formulan los proveedores, o también, emitir por su propia iniciativa aclaraciones a los pliegos.

Las preguntas que formulen los oferentes, así como las aclaraciones y modificaciones a los pliegos, deben realizarse a través del portal de compras públicas, con lo cual se garantiza la publicidad del proceso. Esto en razón de que todos los oferentes deben conocer las preguntas que formulan los otros proveedores, así como las respuestas que realiza la entidad contratante, pues mediante las aclaraciones se modifican los pliegos del proceso, o se los aclara. Solo conociendo todas las respuestas o aclaraciones, los proveedores pueden presentar sus propuestas cumpliendo con todos los requisitos de los pliegos.

Debe considerarse que con las aclaraciones de los pliegos no pueden modificar el objeto contractual ni el presupuesto referencial de la contratación.

El artículo 21 del Reglamento General de la LOSNCP, al referirse al tema dispone que *“Los proveedores una vez recibida la invitación o efectuada la publicación de la convocatoria en el Portal www.compraspublicas.gov.ec,³² podrán formular preguntas sobre el contenido de los pliegos; y la máxima autoridad de la Entidad Contratante su delegado o la Comisión Técnica según el caso, responderán las preguntas en el término que para el efecto se establezca en los pliegos”*.

Como se aprecia, la responsabilidad de emitir las aclaraciones corresponde a la máxima autoridad de la entidad, su delegado o de la Comisión Técnica, dependiendo del procedimiento precontractual que se trate. Así mismo, los términos para formular las preguntas y para contestarlas, dependen del procedimiento precontractual que se sigue, conforme a las regulaciones que para el efecto ha emitido el INCOP mediante sus Resoluciones.

³² Actualmente: www.compraspublicas.gob.ec/

7.6. Ampliación de plazo para entrega de ofertas

Pese a no existir una norma clara y expresa sobre la facultad de ampliar el plazo para la entrega de ofertas, cabe implícitamente esta ampliación considerando la facultad que se otorga a la máxima autoridad de las entidades contratantes, su delegado o a la comisión técnica, quien corresponda según el caso, por propia iniciativa o a pedido de los participantes, de modificar los pliegos, en donde precisamente debe constar el plazo máximo para entrega de ofertas. La única condición que el artículo 22 del RLOSNCP, que es el que prevé esta facultad, contempla, es que estas modificaciones no alteren el OBJETO del contrato y el PRESUPUESTO REFERENCIAL; es decir, el plazo si puede ser modificado.

Sin embargo, es importante considerar que la LOSNCP y su reglamento otorgan, para determinados procedimientos de selección, plazos máximos, que consideramos no pueden excederse con o sin ampliación.



CAPÍTULO OCTAVO

PRESENTACIÓN Y APERTURA DE LOS SOBRES

8.1. La presentación de la oferta

La oferta debe ser presentada hasta la fecha y hora establecidas en los pliegos del proceso. Sobre el contenido de la oferta, véase el Capítulo Noveno de este Manual.

En principio debe diferenciarse si se trata de un procedimiento precontractual que implica la presentación de un solo sobre que contenga la oferta (procesos de baja cuantía), o si deben presentarse dos sobres diferentes (uno con la oferta técnica y otro con la oferta económica).

Los procesos de régimen especial, los de menor cuantía, licitación, cotización, consultoría directa, así como los procedimientos especiales, implican la presentación de un solo sobre de oferta. En estos casos, se trata de apertura de ofertas físicas necesariamente, ya que para ninguno de estos procesos existe la herramienta tecnológica en el portal para que esta etapa del procedimiento se realice a través del mismo, a excepción de los procesos de menor cuantía y licitación donde la oferta económica se sube al portal de compras públicas.

Por otro lado, en los procesos de subasta inversa y los de lista corta y concurso público de consultoría, necesariamente cada oferente presentará dos sobres que contengan su propuesta, uno para la oferta técnica y otra para la económica.

Es importante mencionar que las ofertas deben presentarse en sobres debidamente sellados, con una identificación del proceso al que corresponden. Sus fojas deben estar sumilladas y numeradas.

8.2. La apertura de los sobres

La fecha de apertura de las ofertas debe siempre constar en los pliegos del proceso. El proceso para apertura de los sobres que contienen las ofertas dependerá del tipo de procedimiento precontractual de que se trate; sin embargo, existen ciertas formalidades que deben respetarse en todos los casos.

El proceso para apertura de ofertas varía mucho en relación a si se trata de una apertura física de sobres presentados, o si se trata de una operación informática realizada automáticamente por el portal de compras públicas. Evidentemente para el segundo caso, la entidad estará a lo realizado por el sistema automático del portal.

Para el caso de apertura de sobres físicos, si bien la ley no determina un período determinado para la apertura de sobres desde el plazo máximo para su presentación o la prórroga que se haya concedido, de ser el caso, se ha acostumbrado en práctica común que una hora después de este plazo máximo se realice la audiencia para la apertura de las ofertas. Es más, los modelos de pliegos emitidos por el INCOP prevén este plazo. En dicha audiencia, que es pública y a la cual se invita a los representantes o delegados de quienes hayan presentado sus ofertas, así como a representantes de veedurías ciudadanas en caso de que se hayan conformado tales para el proceso que corresponda, los miembros de la Comisión Técnica o quienes estén a cargo del desarrollo del proceso proceden a abrir los sobres uno por uno, preferiblemente en el orden en que éstos fueron presentados, y deberán consignar en un acta los siguientes datos de cada una:

1. Nombre o identificación del oferente;
2. Descripción del objeto ofertado;
3. Precio de la oferta (en caso de tratarse de un solo sobre);

4. Número total de páginas o fojas de la oferta.
5. Plazo máximo para la ejecución del contrato.

Pueden registrarse otros elementos dependiendo de las características de cada contratación; sin embargo, siempre será necesario que un miembro de la Comisión Técnica y su secretario, o el delegado de la máxima autoridad, según sea el caso, sumillen todas las fojas de las ofertas presentadas. Esta información deberá ser publicada en el portal de compras públicas, a excepción de los procesos de régimen especial y procedimientos especiales, para los cuales esta información se publicará al final de cada proceso.

Acto seguido, se procederá con la evaluación de las ofertas sin la presencia de los representantes o delegados de los oferentes. Es importante mencionar que no se tomarán en cuenta las ofertas entregadas en otro lugar o después del día y hora fijados para su entrega-recepción, las cuales deben ser devueltas sin abrir.

CAPÍTULO NOVENO

LA OFERTA Y SU EVALUACIÓN

9.1. Contenido de la oferta

La oferta, entendiéndose como tal la propuesta de los interesados en el trámite pre contractual, debe cumplir estrictamente con los requerimientos señalados en los documentos precontractuales, es decir, las especificaciones y requerimientos técnicos, financieros y legales, para que se considere su adjudicación de convenir a los intereses institucionales. Es así que el Art. 6, numeral 20 de la LOSNCP, señala que: *“La oferta que cumpla con todos los requisitos exigidos en los Pliegos Pre contractuales.”*, para lo cual deberán adjuntarse todos los documentos solicitados (Art. 51 LOSNCP).

La oferta debe ser presentada utilizando los formularios contenidos en los pliegos del proceso, así como toda la documentación de respaldo requerida.

9.2. Corrección aritmética de errores

La LOSCNP estableció una etapa de convalidación de errores de forma en las ofertas dentro de los procedimientos precontractuales, para tratar de salvar propuestas que si bien pueden resultar en su fondo o contenido sustancial las más convenientes para los intereses institucionales y nacionales, pueden contener errores de forma que anteriormente las descalificaban. Antes de entrar al análisis de esta acertada y novedosa figura, es preciso realizar la diferenciación de ésta con la corrección aritmética de errores que la entidad debe realizar al momento de evaluar las ofertas económicas que se presenten en un proceso.

Pese a no haber constado en la derogada Codificación de la Ley de Contratación Pública, ni estar establecida ni mencionada en la vigente LOSNCP ni su Reglamento, mediante esta tradicional

operación la entidad contratante corregía y corrige de oficio, los valores e inconsistencias que existieren en los precios unitarios propuestos por los oferentes en sus propuestas económicas, frente al precio total de las mismas, considerando que en una oferta, en caso de encontrarse las mencionadas inconsistencias, siempre debe considerarse al precio total como el válido.

A pesar de esta falta de base normativa, es importante mencionar que el modelo de pliegos obligatorios emitido por el INCOP para los procesos precontractuales de consultoría, incluye como una de las causales de rechazo de las ofertas la siguiente:

“Cuando las Ofertas contengan errores sustanciales y/o evidentes, que no puedan ser convalidados por no ser considerados errores de forma o mediante corrección aritmética y que afecten notoriamente el monto total de la oferta” (subrayado y negrillas fuera de texto)

Como se puede observar, se ha previsto en estos pliegos una corrección de errores distinta a la convalidación de errores de forma, que es precisamente la corrección aritmética de los precios de las ofertas, siempre y cuando éstos no afecten notoriamente el monto total de la oferta. Resulta curioso constatar que el INCOP no ha previsto este mecanismo de corrección en su modelo de pliegos para contratación de ejecución de obra, que es justamente la figura contractual donde se utilizan los precios unitarios y donde sería muy útil la herramienta de una corrección aritmética de errores; sin embargo, para procesos precontractuales de consultoría si la ha previsto.

De todas formas, consideramos que este tipo de corrección debe incluirse en todo procedimiento en donde resulte útil y necesario, por efectos prácticos de la aplicación del sistema de precios unitarios, para que la entidad de oficio realice una corrección aritmética de errores y de tal forma perfeccione las ofertas económicas

de los oferentes; claro que mediante esta herramienta no pueden subsanarse errores aritméticos que ocasionen notorias o graves afectaciones al monto total de las ofertas, ni tampoco se puede alterar o modificar dicho monto. La inclusión de ésta y otras variantes en los modelos de pliegos obligatorios emitidos por el INCOP está permitido por el RLOSNCPE en su artículo 28, segundo inciso, así como en los mismos pliegos.

9.3. Convalidación de errores de forma

La nueva figura de la convalidación de errores en los procedimientos precontractuales, ha sido un gran acierto y avance en la contratación pública ecuatoriana. A diferencia de la corrección aritmética de errores que se aplica una vez presentadas las ofertas económicas, la convalidación de errores de forma tiene lugar una vez presentadas las ofertas técnicas, y su principal objeto es permitir a los oferentes que, ante errores de forma en sus ofertas, éstos puedan ser subsanados o convalidados con la finalidad de que sus ofertas no incurran en causales de rechazo y deban ser descalificadas por dichos errores de forma. Entendemos que el legislador incluyó en la nueva LOSNCPE esta “herramienta” o verdadera obligación para él o los evaluadores de ofertas en una entidad convocante, precisamente para impedir que ofertas, que en el fondo constituyen las más convenientes para los intereses nacionales e institucionales, deban ser rechazadas o eliminadas de los procesos simplemente por errores de forma o aspectos completamente subsanables que no afectan verdaderamente su contenido principal.

Para esto, el último inciso del artículo 31 de la LOSNCPE obliga a todas las entidades convocantes a incluir obligatoriamente un plazo de convalidación de errores de forma de las ofertas. Por tanto, más que una posibilidad o facultad, es una verdadera imposición la que el legislador ha dispuesto para la aplicación de esta figura. Esta obligación también la consideramos positiva, consi-

derando que en todos los procesos precontractuales debe darse esta posibilidad de corregir errores, y a todos los oferentes debe concedérseles por igual este tipo de derechos. Sin embargo, es importante aclarar que la convalidación de errores no significa modificación sustancial de las mismas.

i. Procedimiento

Como habíamos señalado, una vez presentadas las ofertas, él o los evaluadores (servidor designado por la máxima autoridad para procesos que no requieren de la conformación de una Comisión Técnica, o los miembros de la Comisión Técnica cuando corresponda) deben analizarlas e identificar si existen errores de forma en las mismas. De ser este el caso, y de conformidad con el artículo 23 del RLOSNCP, la entidad debe solicitar por escrito y notificar a todos los oferentes a través del portal de compras públicas, la identificación y necesaria convalidación o subsanación respectiva de parte de los oferentes, en un término no menor a 2 días ni mayor a 5 días, desde la fecha de notificación de la mencionada solicitud. El término que se otorgue a los oferentes para convalidar sus errores, deberá haberse fijado a discreción de la entidad convocante en los pliegos del proceso y será el mismo para todos los oferentes.

En caso de que los oferentes convaliden los errores de forma en los que hayan incurrido, dentro del término otorgado y con la presentación por escrito de lo requerido, sus ofertas serán habilitadas y continuarán con el proceso de evaluación correspondiente; caso contrario, las ofertas serán rechazadas.

De tal forma, podemos concluir que la figura de la convalidación de errores, beneficia tanto a oferentes participantes como a entidades convocantes, ya que los primeros pueden corregir, subsanar y hasta complementar su oferta con miras a que ésta cumpla en la forma con lo requerido por la entidad convocante; y, a su

vez éstas puedan adjudicar contratos a ofertas, que si bien en principio contenían errores de forma y por consiguiente incurrían en causales de rechazo, podían ser convalidadas por quienes las presentaron y así puedan ser habilitadas y tomadas en cuenta. Con esto, se evita lo que anteriormente era muy común en la contratación pública ecuatoriana, esto es, que las mejores y más convenientes ofertas que se presentan sean rechazadas por incurrir en errores de forma o no sustanciales.

Resulta sin embargo absolutamente importante, que para que esta novedosa y positiva figura tenga una verdadera eficacia y logre su objetivo en la práctica, las entidades convocantes deben actuar con responsabilidad al momento de analizar prolijamente las ofertas, en orden a identificar los llamados errores de forma, solicitar oportunamente a todos los oferentes la convalidación de los mismos, así como a calificar rigurosa pero justamente si dichos oferentes han logrado subsanar los errores y no han modificado sustancialmente la oferta y su objeto.

9.3.1. ¿Qué debe entenderse por errores de forma?

El segundo inciso del artículo 23 del RLOSNC, señala que:

Se entenderán por errores de forma aquellos que no implican modificación alguna al contenido sustancial de la oferta, tales como errores tipográficos, de foliado, sumilla o certificación de documentos.

Así mismo, dentro del periodo de convalidación los oferentes podrán integrar a su oferta documentos adicionales que no impliquen modificación del objeto de la oferta, por lo tanto podrán subsanar las omisiones sobre su capacidad legal, técnica o económica.

Analicemos lo anterior: En principio, el artículo nos aclara y confirma que en virtud de una corrección o convalidación de errores, no puede bajo ningún concepto modificarse el contenido *sustancial* de las ofertas. Sin embargo, surge inmediatamente la duda: ¿Qué debe entenderse por una modificación sustancial? Para responder esto, el artículo analizado continúa citando ejemplos puntuales de errores que deben ser considerados como de forma o subsanables: errores tipográficos, de foliado, sumilla o certificación de documentos. Esto indica que, si bien el reglamento de la Ley permite modificaciones en las ofertas en esta etapa de convalidaciones y correcciones, éstas deben limitarse a aspectos de forma y no de fondo. Por tanto, debe entenderse como una modificación sustancial de las ofertas, aquella que altera o cambia el fondo de éstas, como el objeto, el plazo, las especificaciones técnicas, la forma de pago y otros aspectos cuya modificación influiría directamente en la sustancia medular o contenido principal de éstas.

Ahora, en virtud de lo previsto en el último inciso del artículo 23 antes citado, se confirma que durante la etapa de convalidación de errores los oferentes pueden integrar a sus ofertas documentos adicionales que no hayan sido presentados inicialmente, y con esto subsanar omisiones sobre su capacidad legal, técnica o económica; sin embargo, también se ratifica que éstos no pueden modificar el objeto de la oferta.

Por consiguiente, a nuestro criterio, debe entenderse por errores convalidables, a los relacionados con aspectos formales de la oferta que no afectan su contenido sustancial, consecuencia de lo cual no solo cabe su corrección, sino también la presentación de documentos adicionales a sus ofertas que tengan relación con dichos aspectos meramente formales. En caso de tratarse de aspectos que no consisten en meras formalidades y que afectan directamente el fondo de las ofertas, sus errores no pueden ser

convalidados y lógicamente tampoco pueden presentarse documentos adicionales relacionados a éstos.

9.4. Evaluación de las ofertas

La evaluación de ofertas está a cargo de una persona designada por la máxima autoridad, para los casos de procesos que no requieran de la conformación de una Comisión Técnica o la máxima autoridad no haya resuelto conformarla, o será realizada por la Comisión Técnica designada para el efecto, para el resto de casos.

La evaluación deberá centrarse en la comprobación del cumplimiento de los requisitos previstos en los pliegos y de los parámetros de evaluación previamente establecidos. El resultado de esta evaluación, que puede tener dos fases (evaluación técnica y posteriormente evaluación económica) o una sola, lo cual dependerá del proceso que se trate, se plasmará en un informe que deberá presentarse a la máxima autoridad o su delegado, en forma previa y para efecto de la adjudicación del contrato, o la declaratoria de desierto del proceso. Debe aclararse que el informe de la Comisión Técnica no es de obligatorio cumplimiento por quien deba decidir la adjudicación. Sin embargo, de no acoger dicho informe, deberá motivar suficientemente tal decisión.

Finalmente, para analizar a mayor profundidad lo relacionado a la evaluación de ofertas, deberá observarse lo dispuesto en esta obra para cada tipo de procedimiento precontractual que se trate.

9.5. Participación Nacional/Márgenes de Preferencia: Micro, pequeña y mediana industria

Dentro de las definiciones contempladas en el Art. 6 de la LOSNCP, su numeral 23, respecto a Participación Nacional,

señala: *“Aquel o aquellos participantes inscritos en el Registro Único de Proveedores cuya oferta se considere de origen nacional.”*

La misma Ley incluye, dentro de los principios que deben regir la contratación pública en el Ecuador, el principio de “Participación Nacional”. Este importante e influyente principio de la contratación pública ecuatoriana, se aplica en casi todos los procesos de contratación previstos en la mencionada Ley. Principalmente el legislador busca proteger a la producción e industria nacional frente a lo extranjero; no obstante, también se privilegia internamente a lo local y provincial frente a lo nacional, y los artesanos, micro, pequeñas y medianas empresas frente a las grandes empresas.

Este principio de protección se ve reflejado en la aplicación de márgenes de preferencia dentro de los procesos precontractuales establecidos en la Ley; sus porcentajes y forma de aplicación están previstos y reglados en la LOSNCP, su Reglamento y las Resoluciones del INCOP, sin perjuicio de que será cada entidad contratante la que los aplique en cada proceso.

Un claro ejemplo de la aplicación del principio de protección nacional previsto en la Ley, se ve reflejado en el procedimiento de contratación de consultoría extranjera, ya que ésta cabe única y exclusivamente ante la falta de capacidad técnica o experiencia de la consultoría nacional, siendo responsabilidad de la entidad contratante la elaboración de los pliegos y del INCOP la emisión de una certificación sobre los mismos en forma previa al proceso, después de haber superado una etapa de convocatoria a manifestaciones de interés por parte de nacionales. El INCOP, dependiendo de la contratación, podrá recomendar porcentajes mínimos de participación nacional, contemplados en los pliegos con anterioridad. (Art. 33 RLOSNC) Sobre el detalle del procedimiento de este tipo de contratación, véase el Capítulo Sexto de este manual.

De conformidad con el artículo 7 de la Resolución del INCOP No. 039-2010, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 169, de 12 de abril de 2010, se define a la Participación local como: *“Serán considerados como proveedores locales para efectos de la aplicación de los márgenes de preferencia, las personas naturales que, de conformidad con los artículos 47 y 48 del Código Civil, tengan su domicilio en el cantón donde se ejecutará la obra o se destinen los bienes y servicios objeto de la contratación. En el caso de las personas jurídicas, serán consideradas locales aquellas cuya oficina principal o matriz estén domiciliadas en el cantón donde se ejecutará la obra o se destinen los bienes y servicios objeto de la contratación. Para efectos de esta resolución, el domicilio se acreditará única y exclusivamente con la habilitación de la oficina principal o matriz en el Registro Unico de Proveedores, lo que deberá ser concordante con el Registro Unico de Contribuyentes.”*

La idea de este articulado refleja políticas inclusivas que propenden justamente a fomentar la participación de artesanos, micro y pequeños proveedores, dándoles un puntaje adicional en su calificación, u otorgándoles un porcentaje de preferencia. La Resolución del INCOP No. 039-2010 señala que se entenderá por márgenes de preferencia como:

Origen nacional de un bien: *“Un bien calificaría como nacional cuando el valor FOB de las mercancías importadas incorporadas en él, no sea superior al 60% al precio final (precio ofertado) del bien en cuestión”.*

Origen nacional de un servicio u obra: *“Un servicio o una obra, calificaría como nacional, si el oferente, es una persona natural o jurídica domiciliada en el territorio nacional, y que tiene actividades empresariales sustanciales en el país. En el caso de oferentes que se constituyan expresamente para participar en un concurso o una licitación pública, para acreditar origen nacional debería demostrarse que el*

60% o más del valor de su oferta representa el costo de mano de obra, materias primas e insumos nacionales”.

El artículo 10 de la misma Resolución exige que los márgenes de preferencia deberán ser establecidos en los pliegos de acuerdo a lo contemplado en los siguientes parámetros obligatorios de calificación:

PARÁMETRO	CALIFICACIÓN
Empresas que cumplan con los parámetros de origen nacional establecidos en el artículo 9 de esta resolución.	10 puntos
Micro y pequeñas empresas de origen nacional, en los términos del Art. 16 del Reglamento General de la LOSNCP.	10 puntos
Micro y pequeñas empresas de origen local.	5 puntos

Adicionalmente, se dispone que, como parte integrante de la oferta técnica, los oferentes deberán incluir el formulario denominado Participación Nacional, en el cual se indicará 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.

Por otro lado, la categorización referente al tamaño de la empresa para la aplicación de los márgenes de preferencia, con relación a micro, pequeños y medianas empresas, debe ser tomada de la información que consta en el Registro Único de Proveedores RUP, de acuerdo a lo previsto en el artículo 16 del Reglamento General de la LOSNCP. Por esto, es responsabilidad de cada oferente al inscribirse en el RUP o actualizarlo, el comprobar ante el INCOP su verdadera calidad.

i. **Para el caso de bienes**, si la subasta se realiza entre proveedores de bienes de origen nacional, se establecerán los márgenes de preferencia con relación al tamaño del proveedor, de acuerdo con el siguiente cuadro:

TIPO DE PROVEEDOR	MARGEN DE PREFERENCIA	
Mediano	(Grande)	5%
Mype	(Mediano)	10%
	(Grande)	5%

Estos márgenes de preferencia no son aplicables en el caso de que participen únicamente ofertas que no se consideren de origen nacional.

ii. **Para el caso de contratos de servicios**, sean éstos normalizados o no normalizados, se aplicarán los márgenes de preferencia considerando el origen de dicho servicio y el tamaño del proveedor. A continuación su aplicación en caso de servicios normalizados contratados a través de una subasta inversa:

ORIGEN DEL SERVICIO	TIPO DE PROVEEDOR	MÁRGENES DE PREFERENCIA, RESPECTO A OFERTA:	
		EXTRANJERA	NACIONAL
EXTRANJERO		--	--
NACIONAL	GRANDE	10 %	--
NACIONAL	MEDIANO	15 %	(GRANDE) 5 %
NACIONAL	MYPE	20 %	(MEDIANO) 5 % (GRANDE) 10 %

Estos márgenes de preferencia, se aplicarán a cada una de las ofertas durante la puja, para establecer los precios comparativos.

i. Definición de Micro, Pequeña y Mediana Empresa

Con la finalidad de incentivar la mayor participación de proveedores de los sectores de micro, pequeñas y medianas empresas, el

artículo 16 del RLOSNCP señala que se entenderán por tales, aquellas que al menos cumplan dos de los tres parámetros establecidos en cada una de las categorías detalladas a continuación:

1. Microempresa: aquella organización de producción que tenga entre 1 a 9 trabajadores, un valor de ventas o ingresos brutos anuales inferiores a cien mil dólares de los Estados Unidos de América o un volumen de activos de hasta cien mil dólares;
2. Pequeña empresa: la organización de producción que tenga entre 10 a 49 trabajadores, un valor de ventas o ingresos brutos anuales entre cien mil y un millón de dólares de los Estados Unidos de América o un volumen de activos entre cien mil uno y setecientos cincuenta mil dólares; y,
3. Mediana empresa: la organización de producción que tenga entre 50 a 159 trabajadores, un valor de ventas o ingresos brutos anuales entre un millón uno y cinco millones de dólares de los Estados Unidos de América o un volumen de activos entre setecientos cincuenta mil uno y cuatro millones de dólares.

CAPÍTULO DÉCIMO

LA ADJUDICACIÓN

10.1. El acto administrativo de Adjudicación

La adjudicación es el acto administrativo en virtud del cual la entidad contratante resuelve designar al proveedor con el que considera es más conveniente firmar un contrato. En su calidad de acto administrativo, consiste en una declaración unilateral mediante la cual la entidad exterioriza su voluntad, la cual tiene efectos jurídicos directos y particulares. Para su formalización es necesaria la emisión de una resolución administrativa, y con ésta se pone fin a la etapa precontractual.

Para muchos autores, así como para quienes están involucrados en el sistema de contratación pública, la adjudicación es el evento más importante dentro de un procedimiento precontractual, considerando las implicaciones que tiene para el proceso, así como los derechos y obligaciones que genera para la entidad contratante y el oferente. El éxito y finalidad de un procedimiento precontractual recae en una adjudicación conveniente, legal y justa.

Sin embargo, muchas veces no es tan sencillo conseguir una declaración unilateral de voluntad conveniente, legal y justa al mismo tiempo, precisamente por la serie de dificultades, elementos y consideraciones a tomar en cuenta; más aún, si no se cuenta con una definición clara sobre este acto.

i. Adjudicación en la anterior Ley de Contratación Pública

La anterior Ley de Contratación Pública contenía la siguiente disposición: “... *adjudicar la contratación a la oferta más conveniente a los intereses nacionales e institucionales.*” Tal como puede apreciarse, el legislador dejó una alta carga de subjetividad y discrecionalidad para el momento de decisión sobre la oferta más conve-

niente; el único parámetro a considerarse para esta importante definición era atender a los llamados intereses nacionales e institucionales, de ahí la dificultad y subjetividad que revestía para las entidades contratantes la adjudicación de los contratos. Esta definición podía enmarcarse en lo que la doctrina define como conceptos jurídicos indeterminados.

Por otro lado, las entidades de control que antes emitían los informes previos a la celebración de los contratos, mantenían el criterio de que esta definición implicaba que la adjudicación debía recaer en la oferta que, habiendo cumplido con todos los requerimientos exigidos por la entidad, ofrecía el precio más bajo. Sin embargo, al no estar escrito de esta forma en la ley, cada entidad o Comité de Contrataciones podía aplicar (y de hecho lo hacía) esta definición libremente y adjudicar los contratos según sus propias consideraciones.

ii. Adjudicación en la nueva LOSNCP

Con la expedición de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, es justo señalar que este problema e indeterminación se ha resuelto en gran parte, ya que se han incorporado elementos e instrucciones claras y sustanciales para la adjudicación. Entre éstos, el elemento fundamental contemplado en la LOSNCP es la incorporación de los criterios de adjudicación determinados en el artículo 6, numerales 17, 18 y 19 de la LOSNCP, criterios que permiten al responsable de la adjudicación sustentarse en fundamentos objetivos para resolver sobre la contratación.

10.2. Concepto y Naturaleza Jurídica

Doctrinariamente existen tantas definiciones de Acto Administrativo como autores de Derecho Administrativo en general, sin embargo las definiciones de adjudicación tienen algunos elemen-

tos comunes: su calidad de acto administrativo; que es emitido por la administración pública, a través de la entidad u organismo público³³; y, que otorga derechos de manera directa al oferente que presentó la oferta más conveniente. A continuación algunas definiciones doctrinales en las que podemos apreciar dichos elementos:

Roberto Dromi, en su obra “Licitación Pública”, define a la adjudicación así:

“Constituye el acto administrativo, emitido por el licitante, por el que se declara la oferta más conveniente y simultáneamente se la acepta, individualizando la persona del contratista. Importa una declaración unilateral de voluntad emitida por el licitante, por medio de sus órganos competentes, y dirigida a la celebración del contrato. Con ella se distingue la mejor oferta y se elige al licitador más idóneo, atribuyéndole la ejecución de la obra, servicio o suministro objeto de la contratación”³⁴.

Marco Idrobo Arciniega, cita la definición del tratadista argentino Miguel Marienhoff sobre la adjudicación: *“... es el acto de la administración pública, mediante el cual, previo el estudio de las ofertas formuladas, decide la que es más conveniente y la acepta, quedando determinado para cada caso particular y entrelazadas las voluntades coincidentes de los contratantes”³⁵.*

Para Enrique Solano Sierra la adjudicación *“... se constituye en manifestación de voluntad de entidad pública al decidir (por conducto*

³³ Debe considerarse que la LOSNCP prevé en su ámbito de aplicación a entidades que no son de derecho público, como las sociedades anónimas cuyo capital es en un cincuenta por ciento (50%) o más público, o las corporaciones o fundaciones de derecho privado con finalidad social o pública, en las que no se emitirá como tal un acto administrativo para adjudicar una contratación; sin embargo, en el presente trabajo no se aborda este tema, sobre el que aún no existe una definición clara)

³⁴ DROMI, ROBERTO, *Licitación Pública*, Segunda Edición. Fundación Centro de Estudios Políticos y Administrativos. Buenos Aires – Argentina, 1999. Pág. 419.

³⁵ IDROBO ARCINIEGA, MARCO: *La Contratación Administrativa en el Ecuador*. Editorial Epoca. Quito – Ecuador, 1984. Pág. 152.

*del jefe o representante legal o su delegatario) cuál propuesta es la más conveniente o favorable de acuerdo con los criterios de selección y fines de la contratación y la declara aceptada. La selección de la propuesta implica, en principio, la aceptación, y consiguientemente, el acto de adjudicación*³⁶.

Cada definición tiene sus particularidades y rasgos propios, sin embargo la mayoría coincide en atribuirle los mismos elementos y estructura, salvo la corriente, minoritaria por cierto, que presenta a esta figura del derecho administrativo en forma más general e incluyente. Para corroborar este aserto, a continuación analizaremos algunas definiciones:

Agustín Gordillo lo define como: *“toda declaración unilateral de voluntad realizada en el ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma inmediata”*.

Para el profesor español Eduardo García de Enterría, consiste en un *“Acto jurídico de voluntad, de juicio, de conocimiento o deseo dictado por la Administración Pública en el ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria”*.

Juan Carlos Cassagne señala:

En definitiva, la noción de acto administrativo comprende toda declaración proveniente de un órgano estatal, emitida en ejercicio de la función materialmente administrativa y caracterizada por un régimen exorbitante, que genera efectos jurídicos individuales directos con relación a los administrados destinatarios del acto.

Jorge Zavala se refiere al acto administrativo como *“la resolución unilateral, con eficacia vinculante, de una caso concreto dictado por un sujeto cuando gestiona actividades y servicios administrativos públicos.”*

³⁶ SOLANO SIERRA, ENRIQUE, *Contratación Administrativa*, Tercera Edición. Editorial Librería del Profesor. Santa Fe de Bogotá – Colombia, 1999. Pág. 183.

El también ecuatoriano Efraín Pérez se abstiene de conceptualizar al acto administrativo, e indica que:

En el Derecho Público contemporáneo, la figura del acto administrativo es la medida de la corrección del desempeño de los órganos públicos juzgada conforme los cánones de los derechos humanos en el Derecho Internacional y al interior de los Estados de las normas constitucionales, legales e incluso éticas, centrados desde el punto de vista de los derechos de los ciudadanos en el Estado Social de Derecho.

De tal forma, podemos afirmar con propiedad que la mayor parte de la doctrina actual define al acto administrativo como toda declaración unilateral de voluntad realizada en el ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma inmediata.

En nuestra legislación, estos elementos comunes constan además en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que en su artículo 6, numeral 1, define a la adjudicación de la siguiente forma:

“1. 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, surte efecto a partir de su notificación y solo será impugnabile a través de los procedimientos establecidos en esta Ley”.

Respecto a esta definición, deberá observarse el análisis contemplado en el Capítulo II de esta obra.

El Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, define en su artículo 65 al acto administrativo como: *“Toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma directa”,*

la cual es idéntica al concepto incluido en el segundo inciso del artículo 364 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización.

Como se aprecia, la adjudicación cumple con los requisitos esenciales de un acto administrativo y por tanto goza de las características propias de éste, como son la presunción de legitimidad y su ejecutoriedad, así como la posibilidad de que sea impugnado.

Sin embargo, diferente sería el caso en que la adjudicación sea efectuada por una entidad contratante que no sea propiamente una entidad pública (Como por ejemplo una sociedad anónima cuyo accionista mayoritario sea el sector público, o una corporación de derecho privado o finalidad social o pública que esté integradas mayoritariamente por entidades públicas); en tal caso, no puede hablarse de un acto administrativo, sino de un acto de decisión de autoridad competente.

10.3 Criterios de adjudicación

Como se había señalado anteriormente, la anterior Ley de Contratación Pública no contenía un criterio claro sobre cuál debía considerarse la oferta que merecía ser adjudicada; y, entre la doctrina y los diversos actores involucrados en la contratación pública nacional, no se mantuvo un criterio uniforme respecto a cuál era el parámetro fundamental para adjudicar. El artículo 26 de la anterior Ley de Contratación Pública disponía:

“Art. 26.- ADJUDICACIÓN.- El comité resolverá sobre la licitación o el concurso público de ofertas dentro del término de diez días contado desde la fecha del vencimiento del señalado en el inciso final del artículo anterior.

En todos los casos, el comité adjudicará el contrato al proponente que hubiere presentado la oferta más conveniente a los intereses nacionales e institucionales."

A esta indeterminación se sumaba el hecho de que la adjudicación debía ser resuelta, por mayoría de votos, por parte de un Comité de Contrataciones, lo cual dificultaba aún más llegar a un decisión sobre un tema tan subjetivo. Es así, como algunos miembros del Comité de Contrataciones consideraban como más conveniente a aquella oferta que representaba el valor económico más bajo, mientras que otros miembros consideraban como más conveniente a aquella oferta que, pese a no ser la más económica, representaba mayores ventajas para la entidad contratante, es decir, que tenía valores agregados, como los de mejor tecnología, plazo menor, marca con nombre más reconocido en el mercado, mejor servicio técnico, etc.

Evidentemente, la mejor conveniencia, al no encontrarse definida en norma alguna, podía ser interpretada subjetivamente por cada miembro de los Comités de Contrataciones. Los Organismos de Control, para superar el problema que se generaba al interpretar la Ley en este tema, buscaron determinar, mediante sus pronunciamientos y en los informes que emitían, lo que se debía entender por la mejor conveniencia, considerando que entre aquellas ofertas que cumplían con todos los requisitos determinados en los documentos precontractuales, la oferta más conveniente era aquella que ofertaba el valor económico menor.

Afortunadamente, con la expedición de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, se incorporaron criterios o parámetros objetivos de adjudicación, específicos para cada contratación, dependiendo de su naturaleza, mismos que constan determinados en el artículo 6, numerales 17, 18 y 19, cuyo texto consta a continuación:

i. Criterios de adjudicación para bienes o servicios normalizados

“17. Mejor Costo en Bienes o Servicios Normalizados: Oferta que cumpliendo con todas las especificaciones y requerimientos técnicos, financieros y legales exigidos en los documentos precontractuales, oferte el precio más bajo.”

Recordando que bienes o servicios normalizados deben entenderse como aquellos *“cuyas características o especificaciones técnicas han sido estandarizadas”*³⁷, de lo citado se deduce, que en un proceso precontractual dinámico, los proponentes que los oferten pueden competir en igualdad de condiciones y el factor determinante para establecer cuál oferta es más conveniente sería el precio, dado que en los demás aspectos los bienes o servicios ofertados cumplen con todos los requerimientos solicitados por la entidad contratante en los pliegos.

Así, por ejemplo, si una entidad contratante necesita adquirir computadoras portátiles, al definirse y estandarizarse las características y especificaciones técnicas de las mismas, se determina que los bienes a adquirirse son normalizados y se seguirá el procedimiento precontractual correspondiente. Los proveedores deben cumplir obligatoriamente con los requerimientos determinados por la entidad contratante (Memoria, velocidad del procesador, conectividad, etc.); y, de cumplir con dichos requisitos, el único factor en el que podrían competir entre ellos, para ganar en el procedimiento, sería el precio ofertado.

En virtud de lo expuesto en los párrafos anteriores, para el caso de bienes y servicios normalizados, es obligatorio adjudicar la contratación a aquella oferta que cumpliendo con todas las espe-

³⁷ Pronunciamiento del Instituto Nacional de Contratación Pública, emitido en oficio INCOP No. DE-114-009, de 19 de enero del 2009, ante consulta formulada por la Corporación Nacional de Telecomunicaciones, mediante oficio No. 20090029 de 12 de enero del 2009.

cificaciones y requerimientos técnicos, financieros y legales exigidos en los pliegos, oferte el precio más bajo. No cabría entonces la adjudicación, en razón de precio, a aquellas ofertas que no cumplan con todos los requerimientos y especificaciones solicitadas en los documentos precontractuales; ni tampoco a las que cumpliéndolos, no sean la oferta más baja, salvo la aplicación de márgenes de preferencia que se analizará en el Capítulo Décimo Octavo de esta manual.

ii. Criterios de Adjudicación para obras y bienes o servicios no normalizados

Para el caso de obras, así como bienes y servicios no normalizados debe realizarse un análisis de las condiciones que las ofertas representen para la entidad. El numeral 18 del artículo 6 de la LOSNCP dispone:

“18. Mejor Costo en Obras, o en Bienes o Servicios No Normalizados: Oferta que ofrezca a la entidad las mejores condiciones presentes y futuras en los aspectos técnicos, financieros y legales, sin que el precio más bajo sea el único parámetro de selección. En todo caso, los parámetros de evaluación deberán constar obligatoriamente en los Pliegos.”

En casos en que no sea posible estandarizar u homologar los bienes o servicios, al igual que las obras, no se puede competir únicamente por precios, al no existir igualdad de condiciones técnicas y de calidad. Es oportuno lo que Roberto Dromi, en su obra “Licitación Pública”, manifiesta:

“La oferta más conveniente no es necesariamente la de menor precio. El menor precio es sólo uno de los criterios de selección y no la regla constante de adjudicación, pues influyen otros factores tales como la mayor capacidad técnica, el tipo y calidad de los materiales ofrecidos, la incorporación de nuevas tecnologías, pla-

*zos de entrega, etc. De ahí que toda competencia tenga una cuota de incertidumbre, pues no sólo se gana la licitación por el mejor precio, sino por las mejores condiciones técnicas, aunque no siempre resulten las menos costosas*³⁸.

Para este tipo de contrataciones, la Ley establece que se utilizará el mecanismo de evaluación por puntaje, en base a los parámetros de evaluación que se hayan determinado previamente en los pliegos o documentos precontractuales. Con este procedimiento será la entidad la que determine, para cada caso, los parámetros a aplicar para la evaluación y calificación de la oferta, en razón de sus requerimientos, lo cual le permitirá encontrar la oferta que sea más conveniente para sus intereses y proceder a adjudicar la contratación.

En todo caso, para garantizar la aplicación de los criterios objetivos, vale la pena recalcar que los parámetros de adjudicación deben constar obligatoriamente en los pliegos de la contratación, a efectos de que los oferentes puedan conocer previamente en base a qué condiciones se calificarán sus ofertas, es decir, qué aspectos serán valorados con mayor preponderancia en la calificación de las ofertas. Solo así los oferentes pueden saber cómo formular su oferta, a efectos de que sea competitiva. Si no se definieran previamente éstos parámetros, los oferentes no participarían con reglas claras de juego en los procedimientos precontractuales, con lo cual la entidad podría actuar indiscriminadamente aplicando los criterios que arbitrariamente le parecieran para adjudicar la contratación, lo cual evidentemente afectaría a los principios de legalidad, trato justo e igualdad, que deben regir todo procedimiento de contratación.

³⁸ DROMI, ROBERTO, *Licitación Pública*, Segunda Edición. Fundación Centro de Estudios Políticos y Administrativos. Buenos Aires, 1999. pág. 425

iii. Criterios de adjudicación para consultoría

Artículo 6 LOSNCP: *“19. Mejor Costo en Consultoría: Criterio de “Calidad y Costo” con el que se adjudicarán los contratos de consultoría, en razón de la ponderación que para el efecto se determine en los Pliegos correspondientes, y sin que en ningún caso el costo tenga un porcentaje de incidencia superior al veinte (20%) por ciento.”*

Para el caso de consultoría, el criterio que debe primar es el de la calidad, pues aunque la ley establece un criterio de selección mixto, combinando calidad y costo, a la calidad le da un valor preponderante, pues el costo podría representar máximo el veinte por ciento (20 %) del valor total de la calificación que se obtenga dentro de un procedimiento precontractual de consultoría.

Este mecanismo de calificación es justificable, pues en el campo de la consultoría, lo que prima es siempre la calidad del consultor o consultores que van a prestar sus servicios de consultoría, frente al valor que pueden cobrar por dichos servicios. En la calidad se analizan la experiencia, títulos, conocimientos, etc., del consultor, a efectos de determinar su capacidad para poder ejecutar el contrato. Solo cuando se ha verificado dicha capacidad se procede con el análisis del costo de la propuesta, es decir, el valor económico propuesto por el oferente.

Es importante finalizar este análisis señalando que, pese a lo positivo de la nueva regulación de criterios objetivos para adjudicar contratos, contemplados en la LOSNCP, se mantiene entre los diversos actores del sistema de contratación pública el criterio de que no debería aplicarse exclusivamente el parámetro precio en los procedimientos de bienes y servicios normalizados, pues ello desalienta a los oferentes a presentar propuestas con valores agregados para las entidades contratantes, pues basta con cumplir los requerimientos mínimos establecidos en los pliegos. Así mismo, se considera que en estos procedimientos las entidades se

pueden ver avocadas a adjudicar las contrataciones a ofertas de ciertas marcas, que pese a cumplir con todos los requerimientos y especificaciones de las bases, no garantizan una buena calidad de los bienes o servicios a contratarse. Al respecto vale la pena mencionar que para evitar estos problemas, es importante que las entidades contratantes elaboren correctamente los requerimientos de los bienes o servicios que desean contratar, determinando especificaciones o requerimientos técnicos que garanticen la adquisición o contratación de bienes o servicios de calidad. También es importante que en los pliegos, para la presentación de las ofertas técnicas, se soliciten documentos de respaldo como certificaciones de experiencia o provisiones satisfactorias de los bienes o servicios en los últimos años, certificados que acrediten talleres de mantenimiento, stock de repuestos, etc., con lo cual se garantiza igualmente la calidad de los bienes o servicios a contratarse. Es de responsabilidad de la entidad contratante definir correctamente los requerimientos y especificaciones técnicas.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que, pese a que se obtenga una oferta económicamente menor en un procedimiento dinámico, esto no implica que la adjudicación deba efectuarse obligatoriamente a su favor, pues de conformidad con el artículo 33, numeral 4, de la LOSNCP, la máxima autoridad de la entidad contratante tiene la posibilidad de declarar desierto un procedimiento precontractual, al ser considerada inconveniente 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; es decir, debe tener una motivación suficiente relacionada necesariamente con uno de estos tres aspectos.

10.4. Autoridad u Órgano emisor del acto

Toda adjudicación debe ser emitida por la autoridad competente. Debe considerarse que la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública está enfocada hacia una responsabilidad unipersonal al momento de resolver sobre la adjudicación. Es así, que el artículo 32 de la LOSNCP dispone:

“La máxima autoridad de la Institución de acuerdo al proceso a seguir en base al tipo de contratación, adjudicará el contrato, al oferente cuya propuesta represente el mejor costo, de acuerdo a lo definido en los números 17, 18 y 19 del artículo 6 de esta Ley; y, a los parámetros objetivos de evaluación previstos en cada procedimiento”.

A diferencia de la anterior Ley de Contratación Pública, conforme a la cual correspondía a un cuerpo colegiado llamado comité de contrataciones la adjudicación de los contratos que superaban el monto correspondiente al procedimiento precontractual de Concurso Público de Ofertas, en la nueva LOSNCP la decisión de adjudicar la contratación recae siempre en una sola persona, siendo ésta la máxima autoridad, quien ejerce la representación legal de la entidad, o su delegado.

Como se expuso al principio de esta obra, en la definición de adjudicación se establece que ésta le corresponde a la máxima autoridad o al órgano competente, lo cual podría llevar a error porque se podría considerar como un órgano o cuerpo colegiado. Lo correcto es entender como órgano competente responsable de efectuar la adjudicación en representación de la entidad contratante, a la máxima autoridad o persona delegada por ésta.

10.5. Delegación Administrativa

A efectos de que se pueda agilizar y volver más eficiente la gestión administrativa, conforme a la LOSNCP cabe la posibilidad de que se pueda delegar la facultad de adjudicar. Esta es una herramienta práctica que el legislador ha otorgado a las máximas autoridades de las entidades contratantes, para evitar que las mismas deban atender y resolver sobre todos los procesos de contratación que la entidad realice, lo cual evidentemente sería absurdo.

Para efectos de la delegación deben considerarse las reglas comunes del derecho administrativo, en tal virtud, será necesario de un acto administrativo en el cual se resuelva tal delegación. Esta actuación es conveniente generalmente cuando se trata de contrataciones o procesos de contratación cuya cuantía o presupuesto referencial, respectivamente, sea menor, o cuando se quiere desconcentrar atribuciones; es decir, dependerá de la entidad que se trate y del tipo o cuantía de la contratación correspondiente; sin embargo, el acto de delegación no tiene restricción o límites en su aplicación.³⁹

Por otro lado, la delegación no implica pérdida de responsabilidad del delegante, respecto a la decisión que se tome en ejercicio de dicha facultad, sino que la comparte con el delegatario.

³⁹ Téngase como ejemplo el Acuerdo del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos No. 111, de 26 de febrero del 2002, en el que el Ministro de Justicia y Derechos Humanos resolvió: “Art. 3.- Delegar a la Viceministra de Justicia y Derechos Humanos, Karina Peralta Velásquez, la dirección, trámite, adjudicación y celebración de los procedimientos de contratación para la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultoría, cuyo presupuesto referencial sea menor al valor que resultare de multiplicar el coeficiente 0,000007 por el monto del presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico. Art. 4.- Delegar a la Viceministra de Justicia y Derechos Humanos, Karina Peralta Velásquez, el ejercicio de toda atribución que corresponde a la máxima autoridad del Ministerio en el ámbito de aplicación de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento de Aplicación, conforme al coeficiente mencionado en el artículo anterior”.

De conformidad con el artículo 65, numeral 3, de la LOSNCP, los contratos regidos por dicha Ley serán nulos, entre otros casos, por haber sido adjudicados o celebrados por un órgano manifiestamente incompetente. En tal virtud, es elemento esencial de la adjudicación que sea emitido por el órgano competente, por lo que, al no cumplirse con este elemento esencial, toda la contratación se encuentra en causal de nulidad y cabe que sea demandada dicha nulidad ante los órganos judiciales competentes.

En términos generales, el derecho ecuatoriano permite la delegación o mandato en virtud de lo cual una persona ejecute determinadas instrucciones o potestades a nombre de otra. Para representarla, debe estar facultada por ella o por la ley; y, lo que ejecute en calidad de representante, delegado o mandatario surte respecto del representado, delegante o mandante, iguales efectos que si hubiese contratado él mismo. (Art. 1464 Código Civil)

Por su parte en Derecho Administrativo, son delegables TODAS las facultades previstas para la máxima autoridad de una entidad, aún cuando en la normativa respectiva o especial no conste la facultad de delegación expresa, con excepción de las facultades constitucionales del Presidente de la República, que son indelegables. Este principio está contenido en el artículo 4 del RLOSNCP.

Es así, como el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, que se aplica no solo a las entidades que forman parte de la Administración Pública Central, sino también a las de la Administración Pública Institucional, prevé en su artículo 55 lo siguiente:

Art. 55.- LA DELEGACIÓN DE ATRIBUCIONES.- Las atribuciones propias de las diversas entidades y autoridades de la Administración Pública Central e Institucional, serán delegables en las autoridades u órganos de inferior jerarquía, ex-

cepto las que se encuentren prohibidas por Ley o por Decreto. La delegación será publicada en el Registro Oficial.

Los delegados de las autoridades y funcionarios de la Administración Pública Central e Institucional en los diferentes órganos y dependencias administrativas, no requieren tener calidad de funcionarios públicos.

De tal forma, se autoriza la delegación administrativa tanto en funcionarios públicos como en personas que no lo sean, lo cual no debe entenderse como la posibilidad de delegar funciones a quien no tenga por lo menos la calidad de servidor público.

Por otro lado, no podrán delegarse las competencias que a su vez se ejerzan por delegación, es decir un delegado del delegado, salvo autorización expresa del delegatario principal, es decir quién ostente por la ley la competencia respectiva. (Art. 56 ERJAFE). Otros principios y normas contenidas en el ERJAFE sobre la delegación administrativa, constan a continuación:

- La delegación podrá ser revocada en cualquier momento por el órgano que la haya conferido y se extinguirá, en el caso de asuntos únicos, cuando se haya cumplido el acto cuya expedición o ejecución se delega. (Art. 57 ERJAFE)
- En ninguna circunstancia serán delegables las competencias constitucionales del Presidente y Vicepresidente de la República. (Art. 58 ERJAFE)
- Cuando las resoluciones administrativas se adopten por delegación, se hará constar expresamente esta circunstancia y se considerarán dictados por la autoridad delegante, siendo la responsabilidad del delegado que actúa. (Art. 59 ERJAFE)

Específicamente para la Contratación Pública, el artículo 61 de la LOSNCP prevé la posibilidad de que la máxima autoridad de las entidades contratantes delegue la suscripción de contratos a funcionarios o empleados de la entidad, para lo cual es necesaria la emisión de una Resolución Administrativa en ese sentido, la cual únicamente deberá darse a conocer a través del portal de compras públicas (no necesario publicar en Registro Oficial) y deberá contener el alcance y contenido de la delegación (Art. 4 RLOSNCP). Es importante considerar que la delegación no excluye las responsabilidades del delegante.

Esta delegación también puede emitirse a favor de funcionarios o empleados de organismos adscritos a la entidad contratante (desconcentración) o de otras entidades del Estado. Sin embargo, esta facultad legal no debe confundirse con una intermediación o especie de tercerización de la contratación pública, es decir que las entidades contraten a través de terceros, intermediarios, delegados o agentes de compra, lo cual está expresamente prohibido conforme la Disposición General Segunda de la LOSNCP.

Para el caso de entidades contratantes que sean personas jurídicas de derecho privado, sus máximas autoridades otorgarán poderes o emitirán delegaciones conforme la normativa de derecho privado que les sea aplicable (Art. 4 RLOSNCP).

En contratación pública, las facultades que pueden delegarse no solo son las de la máxima autoridad, sino también las de servidores a quienes se les atribuye determinadas funciones, como los miembros que conforman las Comisiones Técnicas o quienes actúen con voz pero sin voto (Comisión Técnica para Licitación), a excepción del profesional designado por la máxima autoridad para presidir la Comisión, cargo cuyas funciones no podrán ser delegadas.

Finalmente, cabe mencionar que de conformidad con el artículo 54 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, todo funcionario o servidor público que tenga a su cargo la dirección de los estudios y procesos previos a la celebración de contratos públicos, tales como de delegaciones, será responsable por su legal y correcta celebración.

10.6. Efectos jurídicos de la Adjudicación

El principal efecto de un acto administrativo en la legislación nacional es el llamado efecto vinculante, según el cual el acto ocasiona una modificación en los derechos o deberes de determinados sujetos de derecho. Estos efectos tienen la particularidad de ser directos o inmediatos.

Cabe señalar que en el concepto de acto administrativo contenido en el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE) y en el novísimo COOTAD, se acogió el criterio de Dromi, otorgándole efectos “directos” y no “inmediatos” al acto administrativo. La definición contempla que los actos administrativos sean inmediatamente ejecutivos, con excepciones.

En lo que atañe a otros efectos jurídicos que la doctrina le atribuye al acto administrativo, podemos mencionar los siguientes:

- Presunción de legitimidad (o ejecutividad);
- Ejecutoriedad (o ejecución de oficio por la Administración); y,
- Exigibilidad.

Sobre estos efectos, el ERJAFE señala lo siguiente:

*Artículo 68.- LEGITIMIDAD Y EJECUTORIEDAD.-
Los actos administrativos se presumen legítimos y deben cum-*

plirse desde que se dicten y de ser el caso, se notifiquen, salvo los casos de suspensión previstos en este estatuto.

Artículo 161.- Ejecutoriedad.- Los actos de la Administración Pública serán inmediatamente ejecutivos salvo los casos de suspensión y en aquellos casos en que una disposición establezca lo contrario o necesiten aprobación o autorización superior.

Artículo 162.- Ejecución forzosa.- La Administración Pública, a través de sus órganos competentes en cada caso, podrán proceder, previo apercibimiento, a la ejecución forzosa de los actos administrativos, salvo en los supuestos en que se suspenda la ejecución de acuerdo con la ley, o cuando la Constitución o la ley exijan la intervención de los tribunales para efectos de dicha ejecución.

Otros autores, como es el caso de Gordillo, añaden a estos efectos o “caracteres” del acto administrativo, el de estabilidad e impugnabilidad, como fundamentales para el Estado de Derecho. Sobre éstos, pese a que el Estatuto no los señala en forma explícita, obviamente en este cuerpo legal y en el resto de legislación ecuatoriana, se los incluye y aplica, por lo que tienen plena vigencia en la práctica.

Tal como cualquier acto administrativo, la adjudicación produce efectos de manera directa, concretamente hacia el adjudicatario. La definición de la adjudicación determina que la misma otorga derechos, evidentemente para el adjudicatario, pero debe considerarse que dichos derechos también conllevan obligaciones para éste:

- Derechos:
- El adjudicatario adquiere el derecho de que el contrato sea suscrito con él;
 - A que se firme el contrato en las condiciones y plazos que se previeron en los documentos pre-

contractuales, incluso conforme al modelo de proyecto de contrato que se incorpora en dichos pliegos.

- Obligaciones:
- Firmar el contrato en el plazo previsto en los pliegos;
 - Presentación de garantías (de fiel cumplimiento del contrato y de buen uso de anticipo), de ser el caso.

El no firmar el contrato acarrea la imposición de una sanción (adjudicatario fallido), que conlleva la inscripción en el Registro de contratistas incumplidos y adjudicatarios fallidos, impidiendo que el sancionado celebre contratos por tres años con el sector público.

La celebración del contrato en los términos establecidos en los pliegos de la contratación, garantiza al oferente que se respeten las condiciones en las cuales participó en el procedimiento pre-contractual.

El tratadista Miguel Marienhoff, al referirse a este tema considera que una vez adjudicada la contratación se producen efectos inmediatos, siendo el primero generar la relación contractual, pues con la adjudicación se entendería aprobado el contrato por las partes; y, en segundo lugar, obliga al adjudicatario a presentar la garantía de cumplimiento del contrato, en recemplazo de la garantía de oferta⁴⁰. A esto cabe acotar que actualmente la llamada “garantía de oferta” por este tratadista, anteriormente conocida como “garantía de seriedad de la oferta” en el Ecuador, fue eliminada en la actual LOSNCP.

⁴⁰ Véase: MARIENHOFF, MIGUEL S, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III-A: Contratos Administrativos. De los contratos en particular. Cuarta edición actualizada. ABELEDO – PERROT S.A.e.L. Buenos Aires – Argentina, 1998. Págs. 246 y 247.

Sobre este tema, consideramos importante manifestar también que los derechos y obligaciones se generan no solo para el adjudicatario, sino para la propia entidad contratante también, pues es evidente que la entidad tiene también el derecho a exigir la firma del contrato y la presentación de garantías, según corresponda.

10.7. La adjudicación como facultad discrecional o reglada de la administración

Debe, en primer lugar, determinarse la diferencia entre facultad discrecional y facultad reglada de la Administración Pública.

El tratadista argentino Guillermo Cabanellas define a estas facultades como:

*Facultad reglada: "En Derecho Administrativo, la de una autoridad cuando debe ajustarse a determinados límites en el ejercicio de sus atribuciones"*⁴¹.

*Facultad discrecional: "Facultad de proceder libre pero fundadamente una autoridad, dentro de sus atribuciones y jurisdicción, y no según reglas taxativas o leyes estrictas"*⁴².

En tal virtud, se entendería que la facultad reglada es aquella en la que la administración tiene determinado claramente el camino a seguir, así como los requisitos que debe cumplir para emitir su resolución, la que incluso debe emitirse en un sentido determinado; mientras que, en el caso de la facultad discrecional existe un campo más amplio en el que puede decidir la administración de una u otra forma.

Conforme al análisis previamente realizado, podemos concluir que, con la incorporación de los criterios de adjudicación, la máxima autoridad o representante legal de una entidad contratan-

⁴¹ CABANELLAS, GUILLERMO, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, 20ª Edición. Editorial Heliasta S.R.L. Tomo IV: Pág. 7; Tomo I: Pág. 147.

⁴² CABANELLAS, GUILLERMO *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. 20ª Edición. Editorial Heliasta S.R.L. Tomo IV: Pág. 7; Tomo VI: Pág. 285.

te puede fundamentar su decisión de adjudicar la contratación en parámetros eminentemente objetivos, que se aplican dependiendo de la naturaleza de la contratación que se lleva adelante. Es decir, que en el presente caso, la facultad de la administración dejaría de ser discrecional y se vuelve reglada, dado que la máxima autoridad tiene reglas claras que le determinan a qué oferta debe adjudicar la contratación.

Ahora bien, para determinar qué oferta obtiene el mejor costo, conforme a los criterios de adjudicación, en algunos procedimientos se vuelve necesario el informe de una Comisión Técnica que evalúe las ofertas y presente su informe a la máxima autoridad, para que ésta última resuelva sobre la adjudicación. Este informe de análisis de ofertas determina un orden de prelación entre las mismas. Sin embargo, debe considerarse que el informe de la Comisión Técnica es meramente referencial, pese a que incluye una recomendación de adjudicación. La máxima autoridad será quien acoja o no el informe y la recomendación y decida sobre la adjudicación. En esta instancia del procedimiento precontractual, la máxima autoridad resolvería entonces en el ejercicio de una facultad reglada. Cuando la máxima autoridad decide si adjudica la contratación, o si la declara desierta, conforme a las causales previstas en el artículo 33 de la LOSNCP, puede tomar su decisión considerando la conveniencia de las ofertas, las que incluso podrían haber cumplido con los requerimientos y especificaciones técnicas determinadas por la entidad contratante, pero que, por razones de orden legal, técnico o económico, pueden ser consideradas como no convenientes para la entidad y por tanto se tomaría la decisión de declarar desierto el procedimiento precontractual en salvaguarda de los intereses institucionales, utilizando una vez más una facultad reglada, una posibilidad y camino previstos en la ley.

10.8. Notificación

Para que la adjudicación se perfeccione y surta los efectos jurídicos antes descritos, es necesario que la misma sea notificada, de conformidad con lo que prescribe la Ley. Esta notificación debe realizarse a todos quienes hayan participado en el procedimiento precontractual.

Por ende, una adjudicación que no se ha notificado debidamente no produce los efectos jurídicos pretendidos. A nuestro criterio existiría un vacío legal en este punto, considerando que si el acto administrativo de adjudicación no ha sido notificado, no produce derechos y obligaciones sobre el adjudicatario, y por ende éste no tendría derecho de impugnación del mismo; y, por otro lado, la LOSNCP no prevé una declaratoria de desierto del proceso una vez adjudicado el contrato, salvo si la persona adjudicataria no se acercare a firmar el contrato. Es decir, se puede dar el caso de que un acto administrativo de adjudicación no notificado, que contiene una decisión de autoridad competente, ésta no surta efectos, y por ende ni puede ser impugnado el acto, ni podría el proceso ser declarado desierto por no existir causa legal que lo permita.

Sobre este tema cabe, finalmente, mencionar que conforme a los nuevos procedimientos precontractuales establecidos por la LOSNCP, la notificación puede efectuarse mediante el portal de compras públicas, e incluso en el procedimiento de compras por catálogo electrónico, la notificación se efectuaría mediante la emisión de la orden de adquisición al proveedor cuya oferta fue adjudicada⁴³.

⁴³ En otros procedimientos se ha previsto igualmente la notificación de la adjudicación a través del portal www.compraspublicas.gov.ec. Véanse las normas referentes a la notificación en los procedimientos de Subasta Inversa Electrónica: Art. 67 y Licitación: Art. 91.

10.9. Invalidez del acto administrativo de adjudicación

En relación con la invalidez de los actos administrativos, pueden distinguirse dos especies de afectación de la validez: la nulidad y la anulabilidad.

La nulidad en materia de actos administrativos recae en actos con defectos en sus elementos esenciales, más precisamente en vicios manifiestos de estos elementos. Estos actos, a los que se suele llamar irregulares, no son susceptibles de confirmarse por la administración. Cuando la nulidad de un acto se pone de manifiesto, no se está constituyendo en ese momento, sino que desde el momento en ser dictado ha sido nulo (*ex tunc*), no debiendo haber desplegado sus efectos.

Por otro lado, los actos en los que encontremos un vicio no manifiesto o en los que se requiera algún tipo de indagación más profunda, serán anulables; la Administración podrá convalidar el acto si hace enmienda de los vicios que lo afectan. A diferencia de la nulidad, la anulabilidad se constituye cuando es declarada por el órgano que la dictó (*ex nunc*).

10.10. Dar de baja una resolución de Adjudicación

Muchas entidades cometen graves errores en el afán de subsanar o enmendar errores cometidos durante el procedimiento precontractual o en el acto mismo de adjudicación, o para simplemente dejar sin efectos las adjudicaciones realizadas. Los errores más comunes son la declaratoria de desierto de un procedimiento una vez adjudicado, por razones “de interés público”, cuando la única posibilidad de declarar desierto un proceso, una vez que ésta ha sido adjudicado, es cuando no se logra suscribir el contrato por culpa del adjudicatario.

Así mismo, se han dado casos en que entidades han “extinguido” actos de adjudicación sin mayor motivación o argumentación, y lo que es más grave aún, sin observar ni cumplir con los requisitos legalmente establecidos para poder hacerlo. Básicamente se ignora que la extinción de un acto administrativo tiene lugar automáticamente ante el cumplimiento de una modalidad accidental a ellos, tales como plazo o condición (art. 89 segundo inciso ERJAFE); o, en forma previa a estos supuestos y mediante otro acto administrativo de parte de la autoridad correspondiente, SOLAMENTE por razones de oportunidad o legitimidad. Precisamente, el artículo 90 del ERJAFE señala:

Art. 90.- RAZONES.- Los actos administrativos podrán extinguirse o reformarse en sede administrativa por razones de legitimidad o de oportunidad.

Debe entenderse por oportunidad cuando existen razones de orden público que justifican declarar extinguido dicho acto administrativo. En dicho caso, el acto administrativo que declara extinguido otro acto administrativo por razones de oportunidad no tendrá efectos retroactivos, es decir, que el acto extinguido tuvo plena validez y causó efectos jurídicos y afectó derechos subjetivos (Art. 91 ERJAFE); y, por tanto, la autoridad que decida extinguir o reformar un acto administrativo por razones de oportunidad, que afecte total o parcialmente un derecho subjetivo, deberá previamente pagar la debida indemnización por el daño que se cause al administrado. (Art. 92 ERJAFE).

Por otro lado, un acto administrativo no solo puede sino que debe extinguirse por razones de legitimidad, cuando se encuentre que dicho acto contiene vicios que no pueden ser convalidados o subsanados; el acto administrativo que declara extinguido un acto administrativo por razones de legitimidad tiene efectos retroactivos, es decir que el acto extinguido no existió legalmente y por ende no causó efectos ni afectó derechos, por lo que no se debe

indemnización alguna a nadie (Art. 93 ERJAFE). Para poder determinar si un acto administrativo puede ser extinguido de oficio en sede administrativa, por razones de legitimidad, debe considerarse que el mismo debe contener vicios que impidan su convalidación, y por ende se lo considera nulo de pleno derecho. El artículo 94 del ERJAFE contiene los casos puntuales y exclusivos cuando eso ocurre, que son:

- a) Aquellos actos dictados por un órgano incompetente por razones de materia, territorio o tiempo;
- b) Aquellos actos cuyo objeto sea imposible o constituya un delito; y,
- c) Aquellos actos cuyos presupuestos fácticos no se adecuen manifiestamente al previsto en la norma legal que se cita como sustento.

Tampoco son susceptibles de convalidación aquellos actos cuyo contenido tenga por objeto satisfacer ilegítimamente un interés particular en contradicción con los fines declarados por el mismo acto, así como los actos que no se encuentren debidamente motivados. Solamente bajo estos supuestos puede extinguirse un acto administrativo por razones de legitimidad.

En caso de no existir causales de nulidad del acto administrativo de adjudicación, debemos aclarar que existen dos formas correctas de atacarlo legalmente: Una, es la interposición de parte de cualquier particular o autoridad (que lógicamente no sea quien emitió el acto de adjudicación) que se sienta afectada y tenga un legítimo interés, de uno de los reclamos o recursos contemplados en el ordenamiento jurídico nacional, siendo las más comunes el reclamo y recurso de reposición previstos en la LOSNCP; los recursos previstos en el ERJAFE y en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; y la acción de protección prevista en la Constitución de la República.

La otra forma correcta y legal de pretender la derogación o nulidad de un acto administrativo, esta vez de oficio por parte de la entidad que emitió dicho acto, es seguir una acción de lesividad, de conformidad con el ERJAFE (art. 97). Es importante aclarar que para esto, la demanda de lesividad debe ser presentada por la entidad que emitió el acto que pretende posteriormente derogar o anular, ante el Tribunal Contencioso Administrativo. En este sentido se ha pronunciado el Procurador General del Estado, en su oficio N° 13221 de 30 de marzo de 2010, al señalar:

Con respecto de los acuerdos ministeriales declarativos de derechos de terceros, la autoridad consultante deberá tomar en cuenta lo dispuesto en el artículo 97 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, reformado por Decreto Ejecutivo No. 2772, publicado en Registro Oficial 616 de 11 de julio del 2002, que dispone que los actos declarativos de derechos no pueden ser anulados por la propia Administración sin la declaratoria previa de lesividad para el interés público y su impugnación ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo competente. (subrayado y negrillas me pertenecen)

De conformidad con el artículo 97 del ERJAFE, la anulación por parte de la propia Administración de los actos declarativos de derechos y no anulables, requerirá la declaratoria previa de lesividad para el interés público y su impugnación ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo competente. Por tanto, en caso de que dichos casos si sean anulables, se podría declarar su extinción conforme los artículos y análisis antes enunciado.

De esta forma se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia (actual Corte Nacional de Justicia) sobre la materia:

Según la doctrina y la legislación comparada, el acto administrativo regular es aquel merecedor de la protección jurídica que se desprende de la presunción de legitimidad por no contener vicios

inconvalidables, que ordinariamente se han de presentar de manera manifiesta. Es decir que respecto de los actos administrativos regulares no se puede sostener una causa de nulidad prevista en la ley. En este sentido, no son regulares, por ejemplo, los actos administrativos presuntos derivados del silencio administrativo que son expedidos por autoridad incompetente o cuyo contenido se encuentra expresamente prohibido en la ley. La revisión de este requisito material se justifica por la aplicación del régimen jurídico de la extinción de los actos administrativos en razón de su legitimidad: sin perjuicio de la intervención de los tribunales distritales en la materia, la administración, en ejercicio de su potestad de autotutela, es competente para dejar sin efecto cualquier acto administrativo, nulo de pleno derecho (actos irregulares), explícito o presunto, aun cuando de éste se puede sostener que se han generado derechos para el administrado, pues está en la lógica jurídica que los actos nulos de pleno derecho no se pueden consentir porque afectan el orden público, algo que trasciende al mero interés del destinatario del acto administrativo. Así, en lo que respecta a los actos administrativos presuntos derivados del silencio administrativo con efectos positivos, no se puede sostener razonablemente que la omisión de la administración puede transformar lo que originalmente es ilícito en lícito. Por el contrario, si un acto administrativo regular, explícito o presunto, contiene un vicio que no entraña su nulidad de pleno derecho, no puede ser extinguido en la misma sede administrativa y, para ello, el ordenamiento jurídico ha dispuesto el mecanismo de la declaratoria y acción de lesividad. por último, este análisis de la regularidad del acto administrativo presunto se realiza en función de las razones de orden jurídico, pues las razones, fácticas deben ser

*revisadas en sede administrativa;*⁴⁴ (subrayado y negrillas fuera de texto)

La lesividad deberá ser declarada mediante Decreto Ejecutivo cuando el acto haya sido expedido ya sea por Decreto Ejecutivo o Acuerdo Ministerial; en los otros casos, la lesividad será declarada mediante Resolución del Ministro competente, o de la máxima autoridad de la entidad contratante, si se tratará de una entidad a la que se le apliquen las normas del ERJAFE.

La acción contenciosa de lesividad podrá interponerse ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo en el plazo de tres meses a partir de la declaratoria de lesividad.

10.11. Actos Administrativos emitidos por empresas públicas

En relación a este tema, cabe analizar la exclusión contenida en la Disposición General Primera de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, publicada en el Registro Oficial Suplemento 48 del 16 de octubre de 2009:

PRIMERA: NATURALEZA DE LOS ACTOS, HECHOS Y CONTRATOS DE LAS EMPRESAS PÚBLICAS. Los actos, hechos y contratos que expidan, ejecuten o celebren las empresas públicas para la construcción de obra pública e infraestructura exclusivamente, son de naturaleza administrativa.

De conformidad con esta disposición, exclusivamente los actos relacionados con la construcción de obras e infraestructura emitidos por una empresa pública, son considerados administrativos;

⁴⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Quito, 10 de abril del 2008.

es decir, se excluye de esta naturaleza a los actos emitidos por las empresas públicas relacionados con la adquisición de bienes y la prestación de servicios, incluidos los de consultoría.

Consideramos que esta “exclusión” no tiene sustento ni razón de ser, no se entiende por qué se estableció una diferenciación sobre la naturaleza de actos, hechos o contratos en los que participe una empresa pública, que por esencia y hasta por nombre es precisamente de naturaleza pública y a la cual debería aplicársele totalmente el régimen jurídico de derecho administrativo, sin exclusiones. Así mismo, la diferenciación que se realiza entre lo relacionado con la construcción o ejecución de obra, frente a la adquisición de bienes y prestación de servicios en general, no tiene fundamento alguno y se va en contra de lo dispuesto en la Constitución de la República y el ERJAFE sobre la necesaria manifestación de la Administración Pública a través de actos administrativos.

Las consecuencias de esta exclusión son realmente graves en la práctica, ya que al no considerarse como de naturaleza administrativa a ninguno de los actos, hechos y contratos emitidos por las empresas públicas para la adquisición de bienes y la prestación de todo tipo de servicios, queda poco claro el derecho de los administrados o usuarios de los servicios que dichas empresas públicas presten al país, a impugnar dichos hechos, actos y contratos. En este caso, se estaría restringiendo el derecho constitucional de impugnación y se provocaría la indefensión de los particulares frente a ciertas decisiones y actuaciones de las empresas públicas. En todo caso, hay que tomar en cuenta que la reforma del artículo 38 de la Ley de Modernización, determina que todos los “actos, contratos y hechos administrativos” son impugnables en la jurisdicción contencioso administrativa.

Si se afirma que las actuaciones contractuales de las empresas públicas no son actos administrativos, a menos que se trate de

contratos de obra, lo cual es bastante forzado, de todas maneras es indiscutible que tales actuaciones serán “hechos administrativos”, puesto que provienen de un órgano de la Administración Pública, en ejercicio de funciones administrativas, por lo tanto susceptibles de impugnación en sede administrativa y judicial.



CAPÍTULO UNDÉCIMO DECLARATORIA DE DESIERTO Y CANCELACIÓN DEL PROCESO

11.1. Declaratoria de Desierto del proceso

i. Facultad Reglada

De conformidad con el artículo 33 de la LOSNCP, todo procedimiento de contratación, sea de selección de oferentes por convocatoria pública, por invitaciones a través del portal o hasta un procedimiento de contratación directa de régimen especial, puede finalizar con una declaratoria de desierto, solamente si concurre alguna de las situaciones establecidas en dicho artículo. Es decir, que nos encontramos ante una facultad *reglada* de las máximas autoridades de las entidades contratantes, o sus delegados, para poner fin a un procedimiento de contratación en el que no se ha podido llegar a cumplir el objeto mismo del proceso, que es la adjudicación, por causas ajenas a la entidad contratante.

El artículo en mención prevé a los siguientes como los únicos casos en que puede declararse desierto un proceso:

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.*

Tal como podemos observar, todas las causas para poder declarar desierto un proceso consisten en razones o justificaciones ajenas a la mera voluntad o decisión de la entidad contratante; es decir, no es discrecional de la autoridad el declarar un procedimiento desierto, ya que debe apegarse reglada y necesariamente a una de las causales establecidas en el artículo 33 de la ley.

Es de gran importancia en la práctica la aplicación de la figura, ya que muchas autoridades y entidades confunden o aplican equivocadamente la facultad de declarar desierto un proceso, por no mencionar los abusos que han existido sobre esta figura.

11.2. Motivación suficiente

La declaratoria de desierto de un proceso, en su calidad de acto administrativo o de autoridad, debe contener una debida motivación, para lo cual véase el tratamiento extenso del tema contenido en el análisis del acto administrativo de este manual.

Especialmente, en la última causal del artículo, que contiene al parecer la única razón de carácter subjetivo para declarar desierto un proceso, pero que sin embargo, con un análisis más profundo y detallado, podemos concluir que de subjetivo tiene muy poco. La consideración de inconveniencia para los intereses institucionales o nacionales de una o todas las ofertas presentadas en un proceso, no es una facultad discrecional de la autoridad, ya que puede y debe adoptarse únicamente cuando ocurre el presupuesto jurídico previsto en la norma, es decir debe existir una debida y suficiente motivación, necesaria en todo acto administrativo y más aún en uno en el que no se logra llegar al fin último y principal de un proceso precontractual, que es la adjudicación. Esta causal de inconveniencia debe ser adoptada seria y motivadamente por parte de las máximas autoridades de las entidades contratantes, o sus delegados, y debe contener obligatoriamente un sustento en razones económicas, técnicas o jurídicas para poder

ser emitida. Común error es el que se comete en procesos en los que la autoridad decide no adjudicar el contrato a determinado oferente, pese a que éste cumplió con todos los requerimientos de los pliegos, declara desierto el proceso sin sustento o razón alguna, o la misma no es suficientemente motivada o justificada. La responsabilidad de la autoridad o funcionario que incurre en esta práctica o error, puede ser administrativa, civil y hasta penal, en caso de haber existido dolo en su actuación. Lógicamente, todos conocemos que un acto administrativo emitido por autoridad, que no tiene una debida motivación, se considera nulo y como no escrito, por lo que no surte efectos jurídicos.

i. Autoridad emisora de la declaración de desierto

Por otro lado, la declaratoria de desierto de un proceso solamente debe ser emitida por la máxima autoridad de la entidad contratante correspondiente, o su delegado; y, conforme el artículo 33 de la LOSNCP, siempre debe producirse antes de resolver la adjudicación. Aquí podemos encontrar un error en el artículo: Conforme el numeral 3 del mismo, puede declararse desierto un proceso: *“Por no celebrarse el contrato por causas imputables al adjudicatario, siempre que no sea posible adjudicar el contrato a otro oferente”*, esto significa que, para que se de esta situación, ya debió existir una resolución de adjudicación previa, ya existía un adjudicatario pero por razones imputables a éste no pudo celebrarse el contrato, ni tampoco pudo volver a adjudicarse a otro oferente. El error es evidente al observar que el inicio del artículo habla de una declaratoria de desierto *“siempre antes de resolver la adjudicación”*; más aun, si tomamos estrictamente el tenor literal del presupuesto del artículo 33 de la LOSNCP, su causal número tres (3) jamás podría aplicarse, ya que dicha situación no es anterior sino necesariamente posterior a la adjudicación.

Se pretendió corregir este error mediante el artículo 30 del RLOSNCP, que lleva el título de *“Declaratoria de desierto por oferta*

fallida”, ya que en éste se desarrolla el tercer numeral del artículo 33 de la ley; sin embargo, éste menciona básicamente lo mismo, que 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. Es decir, vuelve a cometerse el error conceptual al pretender que se declare desierto un proceso, antes de su adjudicación, cuando éste ya ha sido adjudicado.

11.3. Declaratoria total o parcial

La declaratoria de desierto puede ser total o parcial, considerando que existen procesos precontractuales en que la adjudicación puede ser total o parcial, en función de ítems independientes incluidos en el proceso. De tal forma, bien puede suceder que un procedimiento precontractual que contiene ítems plenamente identificados e independientes, pueda terminar con la adjudicación de varios de dichos ítems a uno o varios oferentes; y, con la declaratoria de desierto de otro u otros ítems por ocurrir alguno de los casos establecidos en el artículo 33 de la LOSNCP. Sobre la declaratoria de desierto en forma parcial, trata el artículo 29 del R.LOSNCP.

11.4. Indemnizaciones

Algo importante de analizar es el último inciso del artículo 33 de la LOSNCP, que señala que la declaratoria de desierto o cancelación de un proceso no dará lugar a ningún tipo de reparación o indemnización a los oferentes. Sin perjuicio de las marcadas diferencias que existen entre la declaratoria de desierto y la cancelación de un proceso, al constituir dos figuras absolutamente distintas, independientes y excluyentes, lo cual se demostrará con el análisis de la cancelación del proceso que consta en el análisis siguiente a este título, cabe mencionar que ninguna de estas dos

figuras dará lugar a reparaciones o indemnizaciones a los oferentes, siempre y cuando las mismas sean adoptadas correcta y legalmente, aplicando debidamente sus causales taxativamente enumeradas y sustentando debidamente la decisión. Caso contrario, al tratarse de un acto ilegal, irregular o no motivado, lógicamente cabrán todas las reparaciones e indemnizaciones que el juez considere pertinente en virtud de la afectación injusta e ilegal de los derechos de los oferentes.

Sobre este tema, cabe la cita de una importante jurisprudencia ecuatoriana:

- d) *Se ha insistido que la responsabilidad extracontractual del Estado tiene origen en la injusticia o ilicitud de la afectación en las personas, bienes o el ambiente originado en la actividad pública por ello es necesario clarificar el sentido que se adopta al referirnos a la injusticia o ilicitud de la afectación, es decir, delimitar lo que ha de entenderse por daño indemnizable. En el principio, el daño indemnizable ha de ser cierto, actual o futuro, material, o moral, como ha quedado expuesto por la teoría general de la responsabilidad. La calificación de un hecho como "afectación injusta" es una materia sujeta al criterio judicial, según las reglas de la sana crítica, que puede ser objeto de control en base a la razonabilidad de dicho criterio, esto es, su motivación. Sin embargo parece conveniente señalar que la injusticia en la afectación se desprende ordinariamente de la vulneración del referido principio de la igualdad material en la distribución material de las cargas públicas. Se trata, entonces de una afectación anormal, esto es, un efecto dañoso que excede manifiestamente las consecuencias generales que objetivamente se puedan esperar de la actividad pública en relación con el conjunto de los administrados. En lo que se refiere a una "afectación ilícita" el criterio de calificación está ligado a los deberes constitucionales de los administradores, en el sentido de que nadie puede ser obligado a asumir un sacrificio indi-*

vidual si no media un deber constitucional que se lo haya impuesto. En este caso, el deber jurídico de soportar la carga pública no podría provenir únicamente de normas de rango inferior pues de otro modo, se haría impracticable la responsabilidad del Estado, que ejerce potestades normativas. Así, por ejemplo, es evidente que no se puede esperar que el administrado deba soportar la expropiación de sus bienes sin el pago del justo precio, aunque legal o reglamentaria se hubiese admitido esta posibilidad. En este caso ejemplificativo, la expropiación practicada de la manera que se ha regulado, supone una afectación ilícita en el patrimonio del administrado que debe ser reparada en razón de la responsabilidad extracontractual del Estado como legislador, e) Definido el carácter de la responsabilidad extracontractual del Estado, como una responsabilidad por la injusticia o ilicitud de los efectos de la actividad pública en las personas, bienes o el ambiente, es evidente que, demostrado el daño indemnizable, resta únicamente determinar la vinculación, en una relación de causa-efecto de la actividad pública de la que se trate con el referido daño. Se trata, pues, de atribuir los efectos dañosos a la realización de una actividad pública específica. En este sentido, las Instituciones del Estado únicamente podrán oponerse a las pretensiones resarcitorias del administrado que hubiese sufrido un daño demostrado e indemnizable si prueban que los efectos dañosos se derivan de fuerza mayor o caso fortuito, por el hecho de un tercero o por culpa de la víctima. Se hace notar, sin embargo la responsabilidad extracontractual del Estado no se enerva si la afectación a las personas, sus bienes o al ambiente, no son atribuibles de manera exclusiva a las circunstancias eximentes de responsabilidad enunciadas.- De otra parte, la falta de conclusión de un procedimiento administrativo de expropiación de un bien privado, por falta de justa valoración pago e indemnización, según el mandato del artículo 33 de la Constitución Política, atendiendo las circunstancias de cada caso, puede ser

*asimilado a la confiscación; y, lógicamente el perjuicio ocasionado al particular por esta conducta es ilícito.*⁴⁵

11.5. Reapertura de procedimientos

Una vez declarado desierto un procedimiento, la máxima autoridad podrá disponer su archivo o su reapertura, pero si la declaratoria es definitiva, necesariamente se deberá cancelar el proceso de contratación y por consiguiente se archivará el expediente.

Pese a que ni la ley ni el reglamento contienen la regulación sobre este importante aspecto de la contratación pública, la reapertura de un proceso implica que éste se lanzará nuevamente, por lo que deberían mantenerse los mismos términos principales en los que fue desarrollado por primera vez. Se debe considerar que la justificación de la reapertura de un proceso es precisamente que la necesidad de contratación permanece; por tanto, persiste el objeto y demás aspectos principales. Sin embargo, sí pueden modificarse los demás aspectos que constarán en los pliegos del proceso de reapertura; es más, precisamente por aspectos que necesiten una corrección, ampliación, exclusión o cualquier tipo de modificación; y, que por concepto de dicha necesidad de modificación resulte inconveniente celebrar un contrato, bajo dichas condiciones, se puede declarar desierto un proceso al amparo del numeral 4 del artículo 33 de la LOSNCP, por lo que, una vez realizadas las modificaciones pertinentes, se reabrirá el mismo.

Es importante mencionar que solamente los procesos que hayan sido declarados desiertos pueden ser reaperturados; por tanto, no puede disponerse la reapertura de un procedimiento cancelado. En dicho caso y de persistir la necesidad de contratación, deberá iniciarse un nuevo procedimiento.

⁴⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Quito, a 10 de abril del 2008.

11.6. Cancelación del Proceso

El artículo 34 de la LOSNCP determina los casos en los cuales procede la Cancelación del Procedimiento. Se dispone que en cualquier momento, 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 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. Si la necesidad para la cual se iba a contratar el objeto contractual no persiste, ya no será necesario continuar con el procedimiento precontractual;
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; como por ejemplo en el caso de que fuere necesario reformular el presupuesto referencial de la contratación.
3. Por violación sustancial de un procedimiento precontractual, es decir, violaciones de procedimiento que no puedan ser convalidadas.

Las causas analizadas justifican que el procedimiento precontractual pueda ser cancelado antes de la presentación de las ofertas. Los proveedores no pueden iniciar ningún tipo de reclamación en razón de la declaratoria de cancelación del procedimiento, pues la Ley reconoce esta facultad exorbitante de la administración; y, los proveedores conocen de esta posibilidad desde el inicio del procedimiento, pues consta detallada en los pliegos de los procedimientos precontractuales.

CAPÍTULO DUODÉCIMO SUSCRIPCIÓN DEL CONTRATO

12.1 Protocolización

Si bien ciertos actos anteriores a la suscripción de los contratos, así como la presentación de la oferta, las preguntas y respuestas, entre otros, comprometen a las partes en ciertos aspectos, la suscripción misma del contrato es la formalización del vínculo contractual.

El artículo 69 de la LOSNCP determina las formas en que deben celebrarse los contratos sujetos a dicha Ley. Así, los contratos que por su naturaleza o expreso mandato de la Ley lo requieran se formalizarán en escritura pública dentro del término de quince (15) días desde la notificación de la adjudicación. Ejemplo de este caso es la adquisición de bienes inmuebles, la que obligatoriamente debe realizarse por escritura pública, celebrada ante Notario Público.

Los contratos cuya cuantía sea igual o superior a la base prevista para la licitación se protocolizarán ante Notario Público y los gastos derivados del otorgamiento del contrato son de cuenta del contratista. Recordemos que la protocolización difiere de la escritura pública en que en el primer caso el contrato celebrado es llevado al Notario, una vez suscrito; mientras que la celebración por escritura pública implica que el contrato sea suscrito por las partes ante el Notario.

Las contrataciones que se realicen por el sistema de catálogo se formalizarán con la orden de compra y el acta de entrega, es decir que no requieren de contrato escrito.

Así mismo, las contrataciones de menor cuantía se instrumentarán con la factura correspondiente, sin perjuicio de

que se puedan elaborar documentos que contengan las obligaciones particulares que asuman las partes.

Los demás contratos se otorgarán por documento suscrito entre las partes sin necesidad de escritura pública.

Vale la pena mencionar que el Reglamento General de la LOSNCP, en su artículo 113, otorga un término adicional de quince días para la formalización del contrato, en los casos en que el adjudicatario sea un consorcio o asociación, adicionalmente al término de quince días previsto en el artículo 69 de la LOSNCP.

Cuando el contratista no acude a suscribir el contrato, dentro del término que la Ley establece para el efecto, la entidad debe declararlo adjudicatario fallido y disponer su suspensión en el RUP. De conformidad con los artículos 69, inciso sexto de la LOSNCP y 117 del Reglamento General de la LOSNCP, se podrá adjudicar el contrato al oferente que ocupó el segundo lugar en el orden de prelación de las ofertas evaluadas; y, de no poder suscribirse el contrato con este oferente, se declarará desierto el proceso.

12.2. Plazo para la suscripción del contrato

De conformidad con el artículo 69 de la LOSNCP, los contratos que por su naturaleza o expreso mandato de la Ley lo requieran se formalizarán en escritura pública dentro del término de quince (15) días desde la notificación de la adjudicación.

Por su parte, el artículo 113 del RLOSNCP prevé que, adjudicado el contrato, el adjudicatario o su representante debidamente autorizado, deberá suscribir el contrato dentro del término previsto en los pliegos o en la Ley, para lo cual la entidad contratante le notificará señalando la fecha para hacerlo, que no podrá exceder de quince (15) días término siguientes a la fecha de

adjudicación, excepción hecha para el caso de que el adjudicatario sea un consorcio o asociación, en cuyo caso tendrá quince días adicionales para la formalización de dicha asociación.

Es decir, cada entidad contratante deberá definir previamente en sus pliegos, el término máximo contado desde la fecha de notificación de la adjudicación para suscribir el contrato, el que no podrá ser mayor a 15 días, salvo el caso de consorcios o asociaciones adjudicadas, a las que se concederán 15 días hábiles más para formalizar la asociación y suscribir el contrato. En caso de no cumplirse dichos términos, la entidad podrá declarar adjudicatario (s) fallido (s).

12.3. Contratos no suscritos por causas imputables a las partes

Si el contrato no se celebrare por causas imputables al o los adjudicatarios, la máxima autoridad de la entidad lo o los declarará adjudicatarios fallidos y deberá notificar dicha condición al INCOP. Sobre los adjudicatarios fallidos, véase el Capítulo Décimo Tercero de este manual.

Por otro lado, si el contrato no se celebrare por causas imputables a la Entidad Contratante, el adjudicatario podrá demandar la correspondiente indemnización de los daños y perjuicios o reclamar administrativamente los gastos en que ha incurrido, siempre que se encuentren debida y legalmente comprobados. La entidad a su vez deberá repetir contra el o los funcionarios o empleados responsables. Esto de conformidad con el artículo 11, de la Constitución de la República que determina como uno de los principios de ejercicios de los derechos, en el numeral 9, tercer inciso que *“El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas”*.

El artículo 69 de la LOSNCP dispone que en ningún caso se podrá iniciar la ejecución del contrato sin la previa celebración o formalización de los instrumentos expuestos en este artículo.

Debe siempre tomarse en cuenta que en la suscripción de los contratos, incluyendo en los contratos complementarios, deberá contarse previamente con la verificación presupuestaria correspondiente, conforme lo señala el artículo 87 de la LOSNCP.

La LOSNCP, en su artículo 61 faculta que la máxima autoridad de la Entidad Contratante pueda delegar la suscripción de los contratos a funcionarios o empleados de la entidad u organismos adscritos a ella o bien a funcionarios o empleados de otras entidades del Estado, debiendo emitir para el efecto la resolución respectiva sin que sea necesario publicarla en el Registro Oficial, debiendo darse a conocer en el Portal COMPRASPUBLICAS. La Ley aclara que esta delegación no excluye las responsabilidades del delegante. Además, esta suscripción del contrato adjudicado siempre requerirá de autorización previa. La delegación, en todo caso, se someterá a las reglas que rigen este tema, constantes en el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, ERJAFE.

12.4. Cláusulas obligatorias del contrato

Si bien, todas las entidades contratantes están obligadas a acoger los modelos de contratos elaborados por el INCOP, constantes en los modelos de pliegos obligatorios, la LOSNCP señala que para la suscripción de los contratos se estipulará obligatoriamente cláusulas de multas, así como una relacionada con el plazo en que la entidad deberá proceder al pago del anticipo, en caso de haberlo, el que no podrá exceder del término de 30 días desde la suscripción del contrato, conforme lo determina el artículo 71 de la LOSNCP. Lo que se entiende de esta disposición es que al me-

nos para estas dos cláusulas, cada entidad deberá definir y contemplarlo con anterioridad en los mismos pliegos, de acuerdo a su necesidad y criterio. Por ejemplo, los proponentes, de forma previa a la presentación de sus ofertas, deberán tener pleno conocimiento de las multas que se les impondrán en caso de incumplimientos, retrasos, etc., para que estos, dentro de sus consideraciones, acepten o no tales condiciones. Definir estas cláusulas es indispensable, en virtud de que no sería ni legal ni procedente, que el adjudicatario al momento de la suscripción del contrato encuentre multas o plazos no previstos en los pliegos, los que no consideró al momento de elaborar su oferta.

Debemos mencionar que aquellas contrataciones que se rigen por leyes especiales o los que respondan a formatos especiales tales como pólizas de seguros, servicios básicos, servicios de telecomunicaciones, entre otros, de conformidad con la Disposición General Quinta de la LOSNCP, no se sujetarán a los formatos y cláusulas obligatorias de la LOSNCP.

CAPÍTULO DÉCIMO TERCERO

EJECUCIÓN CONTRACTUAL

13.1. Cesión y Subcontratación

i. Cesión

El artículo 78 de la LOSNCP dispone que es prohibido al contratista la cesión de los derechos y obligaciones emanados del contrato. En consecuencia, bajo ningún concepto se podría ceder el contrato administrativo para que sea ejecutado por un tercero. Así mismo, no cabría que por la muerte de un contratista, el contrato se entienda transferido a sus herederos, aunque estos tuvieren capacidad técnica y legal para ejecutarlo. Finalmente, vale la pena mencionar que no cabe que se cedan los derechos que emanan del contrato, como por ejemplo los pagos que deberán realizarse al contratista.

ii. Subcontratación

En la ejecución contractual, el adjudicatario deberá visualizar previamente, cual es la capacidad de ejecución del contrato por sí solo, debiendo anticipar previamente al contratante, qué porcentaje de la obra subcontratará con un tercero, bajo su propio riesgo y responsabilidad, siempre y cuando lo autorice la entidad contratante, dentro de los límites establecidos en la LOSNCP y cumpliendo las formalidades establecidas para el efecto.

No debe confundirse la figura de la cesión con la subcontratación, ya que no se trata de una sustitución de responsabilidades, obligaciones o de derechos emanados del contrato, lo cual está categóricamente prohibido, como ya mencionamos.

La base legal para la subcontratación está prevista en el artículo 79 de la LOSNCP, cuyo inciso primero dispone: “El contratista

podrá subcontratar la ejecución parcial del contrato con personas naturales o jurídicas registradas en el RUP, bajo su riesgo y responsabilidad.”

El subcontratista y sus empleados no responden ante la entidad contratante ni solidaria o subsidiariamente, siendo el contratista el único responsable en el cumplimiento del contrato; sin embargo, para designar o sustituir subcontratistas, el contratista debe notificar a la entidad contratante y obtener la autorización respectiva, de conformidad con el artículo 120 del RI-LOSNC.

La LOSNC determina adicionalmente que nada de lo expresado en los subcontratos podrá crear relaciones contractuales entre los subcontratistas y la entidad contratante, ni aún las autorizaciones de los subcontratos, pues la única relación contractual que mantiene la entidad contratante es con el contratista.

Los subcontratistas podrán ser personas naturales o jurídicas, las cuales deberán estar registradas y habilitadas en el RUP. La Ley aclara que no puede considerarse una subcontratación el trabajo de obreros en los contratos de obra, ya que el contratista no podrá evadir por este o por cualquier otro medio, sus responsabilidades ante la legislación laboral, tributaria, etc.

Por otro lado, tratándose de subcontratación de consultoría, ésta sólo podrá realizarse para las actividades que expresamente se establezcan en los pliegos y que consten en la oferta adjudicada.

La ley limita hasta el treinta (30%) por ciento del monto del contrato reajustado, el porcentaje que podrá ser subcontratado.

Adicionalmente, en el Reglamento General de la LOSNC dispone que la subcontratación se efectuará de preferencia con pequeñas y micro empresas; y, en caso de tratarse de contratistas

extranjeros, éstos deben comprometerse a brindar capacitación y transferencia tecnológica a sus subcontratistas nacionales.

13.2. Garantías

i. Garantías para la suscripción del contrato

La ley exige que al momento de la suscripción de los contratos públicos, los contratistas otorguen las garantías que correspondan, incluyendo garantía técnica de ciertos bienes (Art. 76 LOSNCP), garantía de fiel cumplimiento (Art. 74 LOSNCP) y garantía del anticipo (Art. 75 LOSNCP), según el caso.

HERRERA, define a las garantías de la siguiente manera: “(...) *son una relación extracontractual entre el Estado y una compañía de seguros que, dentro de su actividad, contrata con un tomador que se llama contratista, la adopción de un riesgo, siendo el Estado beneficiario*”⁴⁶.

Este tipo de garantías, por su naturaleza, corresponden a cauciones.

ii. Modalidad de garantías

La ley faculta a los contratistas del Estado, a rendir cualquiera de las siguientes garantías, de conformidad con el Art. 73 de la LOSNCP:

1. Garantía incondicional, irrevocable y de cobro inmediato, otorgada por un banco o institución financiera establecidos en el país o por intermedio de ellos;
2. Fianza instrumentada en una póliza de seguros, incondicional e irrevocable, de cobro inmediato, emitida por una compañía de seguros establecida en el país;

⁴⁶ HERRERA, BENJAMÍN, *Contratos Públicos*, Editorial Gustavo Ibáñez, Bogotá, p. 327.

3. Primera hipoteca de bienes raíces, siempre que el monto de la garantía no exceda del sesenta (60%) por ciento del valor del inmueble hipotecado, según el correspondiente avalúo catastral correspondiente;

4. Depósitos de bonos del Estado, de las municipalidades y de otras instituciones del Estado, certificaciones de la Tesorería General de la Nación, cédulas hipotecarias, bonos de prenda, Notas de crédito otorgadas por el Servicio de Rentas Internas, o valores fiduciarios que hayan sido calificados por el Directorio del Banco Central del Ecuador. Su valor se computará de acuerdo con su cotización en las bolsas de valores del país, al momento de constituir la garantía. Los intereses que produzcan pertenecerán al proveedor; y,

5. 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.

Pese a esta facultad legal, el artículo 117 del RI.OSNCP atribuye a la entidad contratante la decisión sobre la forma de garantía que exigirá en cada caso y para cada contrato, lo cual deberá estar determinado en los pliegos.

No se exigirán garantías para los contratos que celebren el Estado con entidades del sector público, éstas entre sí, o aquellos con empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público o sus subsidiarias; así como también los contratos que se celebren entre las entidades del sector público o empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público y con empresas públicas de los Estados de la Comunidad Internacional. (Art. 2, num 8 LOSNCP). Lo anterior se justifica por tratarse de contratos con

el mismo Estado, ante lo cual no es necesario asegurar ni el cumplimiento del contrato, ni el buen uso del anticipo en caso de entregarse, por medio de la extensión de garantías, ya que el riesgo debe asegurarse frente a terceros, debiendo entenderse al Estado y sus instituciones como uno solo.

iii. Características de las garantías otorgadas a favor del sector público

Las características de las garantías a favor del Estado es que deban ser: incondicionales, irrevocables y de cobro inmediato.

Para hacer efectivas estas garantías, la Entidad Contratante tendrá preferencia sobre cualquier otro acreedor, sea cual fuere la naturaleza del mismo y el título en que se funde su pretensión.

Las garantías otorgadas por bancos o instituciones financieras y las pólizas de seguros establecidas en los numerales 1 y 2 de la Ley, deben tener expresamente la calidad de incondicional, irrevocable y de cobro inmediato, otorgada por un banco o institución financiera; y, la fianza instrumentada en una póliza de seguros, adicionalmente debe determinar que no admitirá cláusula alguna que establezca trámite administrativo previo, por lo que para su ejecución, bastará únicamente el requerimiento por escrito de la entidad beneficiaria de la garantía. Cualquier cláusula en contrario, se entenderá como no escrita. (Art. 73 LOSNCP).

Por otro lado, de conformidad con el Capítulo III del Título IV del RLOSNCP, las garantías enunciadas en el artículo 73 de la ley pueden constituirse mediante combinación de ellas. Eso significa, en la práctica, que bien podría un adjudicatario o contratista, cumplir el porcentaje obligatorio para determinada garantía (fiel cumplimiento o anticipo), entregando más de una forma de garantía de las estipuladas en el artículo 73 de la Ley, siempre y

cuando el valor asegurado por éstas, en total, cubra el monto exigido.

Como se señaló con anterioridad, son tres las garantías previstas por la LOSNCP:

- 1) La Garantía de Fiel Cumplimiento.
- 2) La Garantía de buen uso del anticipo; y,
- 3) La Garantía técnica para ciertos bienes.

Cabe mencionar que con la nueva LOSNCP se eliminó la figura de la garantía de seriedad de oferta, obligatoria para todo proceso de concurso público y licitación de la anterior Codificación de la Ley de Contratación Pública. Consideramos positiva la eliminación de dicha garantía, que en la práctica ocasionaba dificultades y demoras para los interesados en participar en procesos precontractuales, y coartaba los principios de concurrencia y democratización de la contratación pública.

13.2.1. Garantía de Fiel Cumplimiento del contrato

La garantía de fiel cumplimiento tiene la finalidad de asegurar el cumplimiento oportuno y eficaz de las relaciones contractuales a favor de la entidad pública y de terceros. Este tipo de garantía no se podrá exigir en caso de contratos de adquisición de bienes, en los que se haya señalado que los bienes serán entregados a la suscripción del contrato (contra entrega); es decir, que las obligaciones mutuas deban cumplirse en unidad de acto, resultando improcedente e ineficaz solicitar una garantía para ese evento, específicamente en los contratos de compraventa de bienes inmuebles y de adquisición de bienes muebles que se entreguen al momento de efectuarse el pago.

El adjudicatario, antes o al momento de la firma del contrato, debe rendir garantías por un monto equivalente al cinco (5%) por

ciento del valor del mismo. En los contratos de obra, así como en los contratos integrales por precio fijo, esta garantía se constituirá no solo para garantizar el cumplimiento del contrato y las obligaciones contraídas a favor de terceros, sin principalmente 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.

La ley exige que para aquellos 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. Para dicho efecto, es importante señalar que la Ley hace una exclusión sobre la forma permitida para entregar la garantía; en el tercer inciso del artículo 74 dispone: *“Tales cauciones podrán constituirse mediante la entrega de las garantías contempladas en los números: 1, 2; y, 5 del artículo 73 de esta Ley”*; es decir, excluye las formas de garantía contempladas en los numerales 3 y 4 del mencionado artículo.

No deberá exigirse esta garantía en los contratos cuya cuantía sea menor a multiplicar el coeficiente 0.000003 por el Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico⁴⁷.

Con cargo a la garantía de fiel cumplimiento se podrán efectivizar las multas que le fueren impuestas al contratista. (Art. 74 LOSNCP).

⁴⁷ En el año 2010: US\$ 63.846,18

13.2.2. Garantía del buen uso del anticipo

Esta garantía se constituye y debe ser otorgada por el contratista en caso de que por la naturaleza de la contratación o forma de pago, la entidad entregue un anticipo para el cumplimiento del contrato, con la finalidad de asegurar el 100% de los fondos entregados por el Estado o sus entidades. Es decir, si por ejemplo, en los pliegos precontractuales, estuvo previsto que a la suscripción del contrato se debía entregar el 50% del valor del contrato en calidad de anticipo, el valor de la garantía del buen uso del anticipo deberá cubrir el valor total de dicho anticipo, en este caso por el 50% del valor del contrato.

Cabe mencionar que, conforme el oficio circular No. T.1056 SGJ-09-1552 de 18 de junio de 2009, emitido por la Subsecretaría General Jurídica de la Presidencia de la República, se fijaron límites para los porcentajes de anticipos que las entidades contratantes pueden otorgar, según el objeto del contrato. Estos límites son: cincuenta por ciento (50%) para el caso de obra; mientras que para bienes y servicios, incluido consultoría, es el setenta por ciento (70%).

13.2.3. 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 de materiales, esta contemplada la obligación de exigir garantías técnicas, con la finalidad de asegurar la calidad y buen funcionamiento de los bienes. Esta garantía debe exigirse al momento de la suscripción del contrato y como parte integrante de los documentos del contrato, y debe ser emitida por el fabricante, representante, distribuidor o vendedor autorizado, la que deberá mantenerse vigente de acuerdo con las estipulaciones establecidas en el contrato y en sus pliegos de acuerdo a la necesidad. Estas garantías se caracterizan por ser

independientes, es decir subsistirán luego de cumplida la obligación principal; y, en caso de imposibilidad para presentar esta garantía, el contratista está en la obligación de entregar 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.

Las garantías técnicas, en todos los casos, entrarán en vigencia a partir de la entrega recepción del o de los bienes.

13.2.4. Garantía Adicional

El artículo 119 del RLOSNCPP prevé la figura de la garantía adicional, para casos de contratos en que no se haya exigido la garantía de fiel cumplimiento en razón de que su monto no superó el límite obligatorio legal, pero que dicho valor se incrementare a futuro por necesidad de contratos complementarios, órdenes de trabajo o similares, deberá el contratista, previo a la celebración de dichos actos o contratos complementarios, rendir una garantía de fiel cumplimiento, considerando el monto total del contrato y no solo por el valor que se aumente.

13.2.5. Ejecución de las garantías

Como señala el artículo 73 de la LOSNCPP, las garantías previstas en dicha Ley se caracterizan por ser incondicionales, irrevocables y de cobro inmediato, señala además que *“no admitirán cláusula alguna que establezca trámite administrativo previo, para las cuales basta para su ejecución, el requerimiento por escrito de la entidad beneficiaria de la garantía. Cualquier cláusula en contrario, se entenderá como no escrita”*. La intención de esta disposición es que para hacer efectiva las garantías, ante las instituciones que las rinden, la entidad pública solo deberá solicitarlo y la institución garante estará en la obligación de proceder al pago inmediatamente y sin

la necesidad de trámites o autorizaciones adicionales. Es decir, los bancos o instituciones financieras y aseguradoras que hubieren otorgado las garantías, no intervienen en las circunstancias que motivan a la institución pública para ejecutarla, es por ello que la norma señala que para su ejecución basta el requerimiento escrito. No obstante, el artículo 146 del Reglamento a la Ley, determina que en los casos de terminación unilateral del contrato, deberá emitirse una resolución motivada por parte de la máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado, la que se comunicará por escrito entre otros al banco o institución financiera o aseguradora que otorgó la garantía; aunque no se lo plantea como requisito para la ejecución de la garantía, es parte del procedimiento.

Debe tomarse en cuenta además, que independientemente de establecerse que la entidad deba simplemente requerir al banco o institución financieras o aseguradoras la ejecución de la garantía, el procedimiento interno debe estar concluido respecto a la terminación contractual, lo cual le corresponde a la entidad contratante. Este procedimiento interno incluye la notificación previa, derecho a la defensa, descargo de pruebas, etc., en otras palabras, debe cumplirse un debido proceso y solo una vez concluido éste y terminado el contrato, procede la solicitud de ejecución de las garantías.

13.2.6. Devolución de las garantías

Dependiendo del tipo de garantía y del objeto contractual, la ley prevé un régimen particular en relación a la devolución de garantías. De conformidad con el artículo 77 de la LOSNCP, para los contratos de ejecución de obras, la garantía de fiel cumplimiento se devolverá al momento de la entrega recepción definitiva, real o presunta. En los demás contratos, las garantías se devolverán a la firma del acta recepción única o a lo estipulado en el contrato.

Por su parte, el artículo 75 de la LOSNCP señala, exclusivamente para la garantía de buen uso del anticipo, que el monto que ésta haya asegurado deberá reducirse en la proporción que se vaya amortizando dicho anticipo o se reciban provisionalmente las obras, bienes o servicios contratados. Es decir, pese a lo previsto en el artículo 77, el legislador dejó mediante esta disposición la puerta abierta para que las entidades contratantes puedan devolver las garantías por buen uso de anticipo en forma previa a la firma del acta recepción única, siempre y cuando el valor entregado en calidad e anticipo se haya amortizado y devengado totalmente.

De igual forma, el artículo 118 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública ratifica esto, determinando que:

“Art. 118.- Devolución de Garantías.- Las garantías serán devueltas cuando se han cumplido todas las obligaciones que avalan. (...)”

La garantía de buen uso del anticipo se devolverá cuando éste haya sido devengado en su totalidad.”⁴⁸

Estas disposiciones normativas que constan en nuestra legislación, tienen su origen en los principios universales de derecho, así como en la doctrina preponderante sobre la materia. Es así, que el tratadista argentino Roberto DROMI, referencia principal de derecho administrativo en Latinoamérica, se pronuncia de la siguiente forma:

“Procede la devolución de las garantías en los casos y por el modo que se indican: (...)”

⁴⁸ DROMI, ROBERTO, *Derecho Administrativo*, Décima Edición. Editorial Ciudad Argentina. Buenos Aires, 2004. Pág. 521.

2) *A petición del interesado: la parcial de las garantías de adjudicación, en forma proporcional a la parte cumplida del contrato...*"

Sin embargo, para que esto pueda aplicarse, los términos contractuales deberán estar estipulados en tal sentido.

Por otro lado, el artículo 118 del RLOSNC, antes citado, señala en forma general para todas las garantías, que éstas serán devueltas cuando se hayan cumplido todas las obligaciones que avalan, señalando particularmente que la garantía de fiel cumplimiento del contrato se devolverá cuando se haya suscrito el acta de entrega recepción definitiva o única; y, la garantía técnica observará las condiciones en las que se emite.

13.3. Pago de Anticipo

El anticipo es *"la suma de dinero que se entrega al contratista para ser destinada al cubrimiento de los costos en que éste debe incurrir para iniciar la ejecución del objeto contractual, en otras palabras, es la financiación por parte de la entidad estatal de los bienes y servicios correspondientes a la prestación a ejecutar, bajo estas condiciones se exige que el mismo sea amparado con una garantía consistente en una póliza de seguro correspondiente al 100% de su valor, como también que se amortice durante la ejecución del contrato"*⁴⁹.

Como se aprecia, el anticipo es un valor inicial destinado a que el contratista pueda asumir los gastos fuertes que demanda el inicio de la ejecución contractual. Estos valores deben ser destinados exclusivamente para el fin para el cual fueron otorgados, por lo

⁴⁹ CONFEDERACIÓN COLOMBIANA DE CÁMARAS DE COMERCIO: CONCEPTOS, DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA. No. 1058. Bogotá DC Colombia. Link: <http://www.camarapereira.org.co/es/dominios/ccp/upload/contents/File/el%20anticipo%20en%20contratos%20estatales.pdf>

que la entidad incluso exige a los contratistas a los que otorga anticipo que lleven una contabilidad independiente para el anticipo entregado, la que se deberá reportar a la fiscalización o administración del contrato, garantizando el correcto uso del anticipo.

Como ya mencionamos, conforme el oficio circular No. T.1056 SGJ-09-1552 de 18 de junio de 2009, emitido por la Subsecretaría General Jurídica de la Presidencia de la República, se fijaron límites para los porcentajes de anticipos que las entidades contratantes pueden otorgar, según el objeto del contrato. Estos límites son: cincuenta por ciento (50%) para el caso de obra; mientras que para bienes y servicios, incluido consultoría, es el setenta por ciento (70%). Esta disposición consta inserta en los modelos de pliegos obligatorios emitidos por el INCOP. Esto pese a que el artículo 75, inciso segundo de la LOSNCP dispone que “El monto del anticipo lo regulará la Entidad Contratante en consideración de la naturaleza de la contratación”.

En los documentos precontractuales y en el proyecto de contrato, se suele estipular que el plazo de la entrega de la obra comenzará a correr a partir de la fecha de entrega del anticipo, lo que puede resultar conveniente para el contratista ya que, en caso contrario, si el plazo se cuenta a partir de la suscripción del contrato, éste seguirá transcurriendo a pesar de que los trámites pueden llegar a tardar mucho y en consecuencia el pago del anticipo puede postergarse.

Por otro lado, el pago de la diferencia, se lo realiza conforme los avances en la obra, mediante planillas aprobadas por el fiscalizador de la obra, en los casos de ejecución de obra pública, en periodos mensuales, bimensuales, como se hayan acordado para el efecto, hasta su total ejecución. Por otra parte, en las adquisiciones de bienes, el saldo se paga generalmente a la entrega de los mismos en pleno funcionamiento, restando en ocasiones un

pequeño porcentaje por un corto plazo, hasta la entrega recepción definitiva.

Conforme el artículo 71 de la LOSNCP, se determina un plazo máximo de 30 días para la cancelación al contratista del valor por concepto de anticipo:

“Artículo 71.- Cláusulas Obligatorias.- En los contratos sometidos a esta Ley se estipulará obligatoriamente cláusulas de multas, así como una relacionada con el plazo en que la entidad deberá proceder al pago del anticipo, en caso de haberlo; el que no podrá exceder del término de treinta (30) días”.

En general, se considera que los plazos contractuales comienzan a correr a partir de la entrega del anticipo, puesto que si bien el artículo citado dispone que este pago no podrá demorar más allá de los treinta días, esta opción queda abierta en el Reglamento que dispone que el plazo se computa desde la suscripción del contrato “o desde el día siguiente de cumplirse las condiciones establecidas en los pliegos, en el presente Reglamento o en el propio contrato” (Art. 116 R LOSNCP).

La Ley enumera entre las posibles formas de anticipos “dinero, giros a la vista u otra forma de pago”. Sobre las “cartas de crédito” aclara que “no se considerarán anticipo si su pago está condicionado a la entrega-recepción de los bienes u obras materia del contrato”, conforme lo determina el artículo 75, al final del inciso primero, concordante con lo dispuesto en la Norma de Control Interno de la Contraloría General del Estado No. 405-08 b) “Anticipo a contratistas de obras de infraestructura”.

En relación al pago del anticipo y su liquidación o devolución, se presentan cuestiones prácticas que han sido dilucidadas en pronunciamientos de la Procuraduría General del Estado, que se reproducen a continuación en lo pertinente.

“De conformidad con la normativa legal invocada, el anticipo debe descontarse hasta su amortización; amortizado el mismo, ya no cabría que se siga descontándolo en planillas posteriores”⁵⁰.

“Con fundamento en lo anteriormente expuesto, considerando que el FISE no ha cumplido con la obligación de pago de forma oportuna, es pertinente que esa Entidad reconozca el correspondiente reajuste de precios a los ejecutores de proyectos por anticipos y planillas pendientes de pago, en los términos previstos en la norma reglamentaria transcrita, al igual que el rubro del anticipo hasta que éste se pague en la cantidad estipulada”⁵¹.

“Con estos antecedentes, esta Procuraduría estima que el porcentaje a considerarse en el término anticipo en la reliquidación del reajuste de precios, debe ser el porcentaje dado por concepto de anticipo, esto es, el 20%, hasta la planilla en que se amortizó la totalidad del anticipo; en las planillas subsiguientes, consecuentemente, habría que suprimir el término A, equivalente al anticipo, en la fórmula de reajuste de precios”⁵².

“Según esta cláusula, el 50% del valor del contrato se paga dentro de los quince días subsiguientes a la firma del contrato, el 40% después de seis meses y el 10% restante a la terminación del contrato. Consiguientemente, los dos primeros constituyen anticipo, puesto que durante el año de plazo que dura el contrato, el contratista debe suministrar los equipos y repuestos necesarios para el funcionamiento normal del equipo hospitalario. Solo se ha previsto la entrega de una garantía para el primer pago, no para el segundo, por lo que debe estipularse que previamente

⁵⁰ Of. 28517 del 22 de diciembre de 1995. Respuesta al Of. 5092 del 7 de diciembre de 1995 del Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones.

⁵¹ Of. PGE 24034 del 12 de julio de 1995. Respuesta al Of. FISE-DAI-083-95 del 27 de junio de 1995 de la Dirección de Auditoría Interna del FISE.

⁵² Of. PGE 28309 del 14 de diciembre de 1995. Respuesta al Of. 4929 del 22 de noviembre de 1995 del Ministerio de Obras Públicas.

*a recibir el segundo pago, del 40%, MEDICORTEC entregará la garantía de anticipo correspondiente (...) redáctese el numeral (...) en consideración a que el anticipo se entrega en dos partidas, primero el 50 y después el 40%*⁸³.

"Del texto de la consulta no aparece que el contratista se haya obligado al pago de intereses en caso de que el anticipo no se haya devengado en obra; y al respecto, el artículo 2138 del Código Civil dispone: "Si se han pagado intereses no estipulados podrán repetirse o imputarse al capital", lo que equivale a decir que, no se deben intereses que no se hubieran pactado, y en caso de haberlos pagado, éstos podrán repetirse o imputarse al capital.

*Consecuentemente, de no haberse pactado el contrato el pago de intereses sobre anticipos no devengados en obra, no procede el cobro de los mismos; a menos que se constituya legalmente al deudor en mora, en cuyo caso y de conformidad con el artículo 1602 del Código Civil, éste tendría que pagar los intereses según las reglas establecidas en dicha disposición legal, las mismas que se aplican únicamente a las obligaciones de pagar dinero*⁸⁴.

*"¿Debe el Contratista devolver el anticipo reajustado o no, o bien de acuerdo con el tiempo de pago, causará interés?
(...)*

Del texto del contrato y de la documentación enviada no aparece que el contratista se haya obligado al pago de interés en caso de que el anticipo no se haya devengado en obra; al respecto, el artículo 2138 del Código Civil dispone: 'Si se han pagado intereses no estipulados, podrán repetirse o imputarse al capital', lo que

⁸³ Of. PGE 33920 del 17 de junio de 1996. Respuesta al Of. SAJ-10-96 del 29 de mayo de 1996 del Ministerio de Salud.

⁸⁴ Of. PGE 33822 del 12 de junio de 1996. Respuesta al Of. FISE-DAF-362-96 del 10 de junio de 1996 del Fondo de Inversión Social de Emergencia.

equivale a decir: no se deben intereses que no se hubieren pactado y, en caso de haberlos pagado, éstos podrán repetirse o imputarse al capital.

Consecuentemente, de no haberse pactado en el contrato el pago de intereses sobre anticipos no devengados en obra, no procede el cobro de los mismos; a menos que se constituya legalmente al deudor en mora, en cuyo caso y de conformidad con el artículo 1602 del Código Civil, éste tendría que pagar los intereses según las reglas establecidas en esta disposición legal, las mismas que se aplican únicamente a las obligaciones de pagar en dinero.
(...)

En el caso que se analiza, el plazo actúa para la administración y para el contratista, origina obligaciones para ambos. La Municipalidad de Guayaquil tiene la obligación contractual previa de definir el sitio de implantación del mercado, nunca lo hizo, por lo que el contratista tampoco puede cumplir con su obligación de construirlo, mora de la Municipalidad que, a su vez, purga la mora del contratista.
(...)

La Asesoría Jurídica de la Municipalidad dice que el anticipo a ser devuelto por el contratista, debe ser reajustado conforme lo dispone el artículo 90 de la Ley de Contratación Pública, vigente desde el 16 de agosto de 1990.
(...)

El reajuste, (...) es un sistema que permite a las partes mantener el equilibrio económico-financiero en la ejecución de un contrato, por lo que, a criterio de esta Procuraduría, la expresión 'aplicando los reajustes correspondientes', prevista en el artículo 126 del Reglamento a la Ley de Contratación Pública, dice relación a la determinación de valores de lo ejecutado aplicando los reajustes correspondientes. Lo anotado, además, porque el con-

tratista lo que recibe es el precio o valor en dinero como contraprestación del cumplimiento de su obligación.

Recibido el precio por el contratista, no cabría que dicho precio, en caso de que tenga que devolver, sea reajustado. Sobre qué parámetros se reajustaría dicho precio, entendido que el sistema de reajuste de precios, como antes se indica, opera en la ejecución de una obra, adquisición de bienes o prestación de servicios.

Es más, el artículo 110, penúltimo inciso, de la Ley de Contratación Pública dispone que, en caso de terminación unilateral del contrato por incumplimiento del contratista, la entidad contratante tendrá derecho, entre otros, a ejecutar, en la parte que corresponda, la garantía por los anticipos entregados más los intereses fijados por la Junta Monetaria.

Esta norma se refiere exclusivamente a los anticipos entregados, no se refiere a que los anticipos deban devolverse reajustados; y, los intereses, en razón del incumplimiento del contratista que ha causado la terminación unilateral del contrato.

En el caso de la consulta, no se trata de una terminación unilateral del contrato por incumplimiento del contratista, sino de una terminación por mutuo acuerdo por causas inherentes a la Municipalidad y ajenas al contratista.

Por lo expuesto, a criterio de esta Procuraduría, por no estar en mora el contratista en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales no ha lugar al cobro de los intereses por el anticipo no devengado en obra; tampoco cabe que el anticipo para su devolución sea reajustado, en razón de que el anticipo es un término no reajutable de la fórmula, según lo previsto en el artículo 1 de la Ley de Reajuste de Precios aplicable al caso de la consulta, en

*virtud de la Segunda Disposición Transitoria de la Ley de Contratación Pública*⁵⁵.

*"(...) conforme a la Ley, todo pago anticipado del precio debe realizarse una vez que el contratista entregue la garantía por el ciento por ciento del anticipo. La presentación de documentos de embarque no exime de la obligación de rendir esta garantía"*⁵⁶.

*"(...), se establece la posibilidad de pagos anticipados de planillas, lo cual constituye un anticipo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 74 de la Ley de Contratación Pública. Por consiguiente, (...), se estipulará la entrega previa de la correspondiente garantía que se rendirá por igual valor al del adelanto que se dé a la contratista por tal concepto"*⁵⁷.

*"Se determina el pago del ochenta por ciento del precio CIF de los bienes importados mediante carta de crédito irrevocable y confirmada, contra presentación de DOCUMENTOS DE EMBARQUE, lo cual constituye un anticipo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 74 de la Ley de Contratación Pública. La entidad entregaría el 90% de pago anticipado, sin garantías por el anticipo del 801,0, y en violación a la forma de pago establecida en los documentos precontractuales."*⁵⁸.

"(...) el caso de consulta, la diferencia surgida entre las cantidades de obra determinadas, en la tabla de cantidades y las ejecutadas efectivamente por el contratista, establece al final de los trabajos la existencia de un saldo de anticipo no devengado el

⁵⁵ Of. PGE 2310 del 16 de junio de 1997. Respuesta del Of. AG-08915 del 9 de mayo de 1997 del Alcalde de Guayaquil.

⁵⁶ Of. PGE 0424 del 9 de septiembre de 1996. Respuesta al Of. 0181 del 2 de septiembre de 1996 del Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones.

⁵⁷ Of. PGE 2452 del 2 de diciembre de 1996. Respuesta al Of. 6232 del 21 de noviembre de 1996 del INECEL.

⁵⁸ Of. PGE 7446 del 21 de noviembre de 1997. Respuesta al Of. 776-AM-97 del 6 de noviembre de 1997 del Alcalde de Babahoyo.

*que, por lo dicho anteriormente, debería devolverse sin ningún reajuste*⁵⁹.

*"(...), estipular que el contratista rendirá una garantía, en la misma moneda de pago, por el valor de la carta de crédito, puesto que, su pago se verificará contra la presentación de documentos de embarque"*⁶⁰.

13.4. Fuerza Mayor o Caso Fortuito

Nuestro Código Civil, en el Art. 30 define a la fuerza mayor o caso fortuito de la siguiente forma:

"Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc."

Durante la ejecución del contrato pueden producirse hechos de fuerza mayor o caso fortuito, en los que se vean interrumpidos o afectados el plazo y/o el cumplimiento de las cláusulas contractuales. Ante estos eventos, es obligación del contratista comunicarlo inmediatamente de forma motivada al contratante; y, este último debe aceptarlo para dar paso a la prórroga del plazo correspondiente, siempre y cuando se justifique el acaecimiento de dichos hechos.

Las circunstancias que puede atravesar el contratista ante los eventos de fuerza mayor o caso fortuito debidamente notificados y aceptados por la entidad contratante durante la ejecución del

⁵⁹ Of. PGE 7458 del 9 de diciembre de 1997. Respuesta al Of. CCQ-170-DJ-188 (1908)-97 del 29 de agosto de 1997 del Presidente de la Cámara de Construcción de Quito.

⁶⁰ Of. PGE 3992 del 7 de febrero de 1997. Respuesta al Of. 0107 del 9 de enero de 1997 de la EMAAP-Quito.

contrato, devienen en la no aplicabilidad de las sanciones preestablecidas en el mismo, es decir, las multas.

La ley afirma que las situaciones de emergencia son aquellas generadas por acontecimientos graves tales como accidentes, terremotos, inundaciones, sequías, grave conmoción interna, inminente agresión externa, 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.

Mayor análisis de la fuerza mayor y caso fortuito consta en el análisis de las contrataciones de emergencia que consta en el Capítulo Sexto de este manual.

13.5. Modificación de contratos

De conformidad con la LOSNCP, existen varias causas y justificaciones para modificar los términos de un contrato; a continuación un análisis sobre las figuras para realizarlo:

13.6. Contratos complementarios

Los contratos complementarios se aplican cuando fuere necesario ampliar, modificar o complementar una obra o servicio debido a causas imprevistas o técnicas presentadas en la ejecución, los que no podrán exceder del 35% del valor actualizado o reajustado del contrato principal, y para el caso de los contratos complementarios de consultoría este valor no podrá exceder del setenta (70%) del valor reajustado del contrato principal. Los contratos complementarios pueden efectuarse para los contratos de obras y servicios, más no para los contratos de adquisición de bienes, debido a su naturaleza, en el que para satisfacer la obligación solo se requiere la entrega del bien especificado.

Debe considerarse que las causas que motivan la celebración de un contrato complementario, están claramente definidas como imprevistas o técnicas, por lo que las mismas deben ser justificadas para proceder en tal sentido. El fundamento de todo contrato complementario es eminentemente técnico, por lo que corresponderá que el mismo sea justificado por la parte que lo ha considerado necesario, tras lo cual se procederá a aprobar por la fiscalización y administración del contrato.

Los contratos complementarios podrán celebrarse con el mismo contratista, sin licitación o concurso, puesto que las circunstancias que lo motivan son justamente para asegurar la ejecución del contrato principal celebrado con el contratista.

Es obligación fundamental para celebrar contratos complementarios, contar con la partida presupuestaria y los fondos suficientes que respalden esta nueva erogación de recursos que efectúen el Estado y sus instituciones, lo cual se aplica también para el caso obras adicionales u órdenes de trabajo este requisito es fundamental. (Art. 90 LOSNCP).

Podrá contemplarse además el pago de anticipos en cada contrato complementario, con su respectiva garantía y demás garantías que correspondan. (Art. 87 LOSNCP).

i. Análisis sobre el porcentaje máximo a modificar en un contrato

Desde la expedición de la LOSNCP, existieron dudas sobre la aplicación de los artículos relacionados con el porcentaje máximo permitido legalmente para modificación en un contrato. Existían dos formas de entender el alcance del porcentaje máximo de 35%, pues algunas entidades aplicaban en forma combinada y sumada (35% máximo incluidos contratos complementarios, órdenes de trabajo y cambios por diferencias en cantidades de

obra), mientras que otras entidades lo aplicaban como figuras independientes que no debían sumarse (35% no incluye modificaciones por órdenes de trabajo o diferencias en cantidades de obra), implicando esto último que podía llegar a modificarse hasta un 70% del valor de un contrato, considerando que se celebren contratos complementarios por hasta 35%, diferencias en cantidades de obras por hasta 25% y órdenes de trabajo hasta un 10%.

Sobre esto, cabe el siguiente análisis:

Conforme la segunda corriente, estas tres figuras (contratos complementarios, órdenes de trabajo y cambios por diferencias en cantidades de obra) son independientes entre sí, por la diferencia que existe en su naturaleza, y por ello el monto máximo que la ley permite para incrementar cantidades y/o rubros en una obra es de hasta el 70% del valor del contrato. Al respecto, debemos manifestar que, en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, dentro del Capítulo VIII denominado “DE LOS CONTRATOS COMPLEMENTARIOS”, se incluyen a las figuras de los contratos complementarios, las diferencias en cantidades de obra y las órdenes de trabajo, figuras mediante las cuales la ley permite crear, ampliar, modificar o complementar una obra o servicio determinado. Sin embargo, se trata de “*mecanismos alternativos*” para la inclusión de rubros nuevos y el aumento de cantidades en los rubros contratados de determinada obra, así como “*excluyentes*”, ya que la aplicación de uno excluye al otro u otros; es decir, puede utilizarse uno de ellos para determinada necesidad debidamente justificada y en ningún caso los dos o peor tres al mismo tiempo y para una sola necesidad, considerando que la ley permite su aplicación en función del porcentaje que se requiera aumentar o modificar, existiendo la posibilidad de “*escoger*” o “*aplicar*” sola y exclusivamente una de estas tres opciones para un caso o necesidad determinado. Es así como, en los casos en los cuales se requiera crear rubros nuevos por un porcentaje no superior al 10% permitido por la norma, se

podrán emitir órdenes de trabajo, sin que para ello sea necesario la suscripción de un contrato complementario; por otro lado si la necesidad de crear dichos rubros nuevos supera el 10% permitido por el artículo 89 de la LOSNCP, deberá aplicarse el artículo 86 de la misma ley, para lo cual si será necesaria la suscripción de un contrato complementario, tomando en cuenta el porcentaje máximo permitido por la Ley que es del 35%. De igual forma, si se establecieren diferencias entre las cantidades de obra de un contrato, la entidad puede ordenar y pagar directamente sin necesidad de contrato complementario, hasta el 25%, pero si la necesidad supera este porcentaje, si será necesaria la suscripción de un contrato complementario.

En tal virtud, queda claro que el valor de un contrato complementario de obras o servicios, sin incluir los de consultoría, no puede exceder del 35% permitido por la ley; y, la aplicación de las figuras de “diferencia en cantidades de obra” y la de “orden de trabajo” es alternativa y/ excluyente de ésta última, dependiendo del porcentaje de aumento o modificación que se requiera.

13.7. Diferencia en Cantidades de Obra

Una modalidad que permite también realizar obras adicionales en una ejecución contractual es la establecida en el artículo 88 de la LOSNCP, que denomina a la “*Diferencia en cantidades de obra*”, que determina que esta modalidad procede cuando se establecieren diferencias entre las cantidades reales y las que constan en el cuadro de cantidades estimadas en el contrato, para lo cual la entidad podrá ordenar y pagar directamente sin necesidad de contrato complementario, hasta el veinticinco (25%) por ciento del valor reajustado del contrato, entendiéndose que el objeto del contrato no podrá ser modificado bajo ningún concepto. Sin embargo, si las diferencias entre las cantidades reales y las que constan en el cuadro de cantidades del contrato suscrito, superan dicho porcentaje, deberá realizarse un contrato complementario.

Esta posibilidad se admite exclusivamente cuando es necesario ampliar la cantidad de los rubros contractuales, pues su cantidad debe variar conforme a la ejecución contractual. En tal virtud, no puede ser aplicada para la creación de rubros nuevos, puesto que para dicha circunstancia, de conformidad con el artículo 86 de la LOSNCP, lo procedente es la celebración de contratos complementarios, dentro de los porcentajes previstos en el artículo 87 de la LOSNCP. Para el pago de dichos rubros estos deberán estar de acuerdo a los precios referenciales actualizados de la entidad contratante, en caso que los tenga; y, de no tenerlos, se los determinará de mutuo acuerdo entre las partes, para lo cual muchas veces se aplican rubros determinados por la Cámara de la Construcción, o se puede también tener como referencia los precios de los rubros de contratos anteriores suscritos por la entidad contratante.

13.8. Orden de trabajo

De conformidad con el artículo 89 de la LOSNCP, la Entidad Contratante tiene la facultad de 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*", en el cual se emplea la modalidad de "*costo más porcentaje*". Dichas órdenes de trabajo deben constar en documento escrito suscrito por las partes y la fiscalización. En esta modalidad se admite la creación de rubros nuevos, es decir, aquellos que no se previeron originalmente en el contrato, por lo que para determinar el precio de los rubros se deberá realizar de mutuo acuerdo entre las partes.

13.9. Contratos Modificatorios para Enmendar Casos de Errores

Suele suceder, que posteriormente a la suscripción, pueden detectarse errores en la redacción del contrato, los que son manifiestos

de hecho, como por ejemplo en la transcripción de fórmulas, errores de cálculo, ortográficos o de redacción, que puedan dar confusión a la interpretación del mismo. Para solventar estos casos, es factible la suscripción de un contrato modificatorio que enmiende este tipo de errores, de conformidad con el Art. 72 de la LOSNCP.

13.10. Reajuste de Precios

i. Casos de Aplicación

De conformidad con el artículo 82 de la LOSNCP, todo contrato de ejecución de obras, adquisición de bienes o de prestación de servicios, cuya forma de pago corresponda al sistema de precios unitarios, debe contener obligatoriamente fórmulas de reajuste de precios, incluidos los de consultoría.

Sin perjuicio de lo previsto en el Capítulo VII del RLOSNCP, que contiene el desarrollo del sistema de reajuste de precios que debe observarse en los diferentes tipos de contratos que contengan precios unitarios, para la aplicación de las fórmulas, los precios e índices de precios, éstos serán proporcionados por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INEC), conforme lo señala el artículo 83 de la LOSNCP. Es responsabilidad de las entidades contratantes la determinación de la o las fórmulas de reajuste de precios en los contratos, para lo cual deben seguir la metodología, cálculo y componentes establecidos en el Reglamento a la ley.

Respecto al reajuste de precios en contratos de prestación de servicios que no sean de consultoría y en la de adquisición de bienes sujetos a la Ley, bajo el sistema de precios unitarios, se estipularán la fórmula o fórmulas de reajuste de precios sobre la base de los componentes del servicio o bien respectivamente, las mismas que serán elaboradas por la propia entidad, siguiendo

igual procedimiento que para el contrato de ejecución de obra (Arts. 140 y 141 R LOSNCP).

Los contratos de adquisición de bienes con entrega y pagos inmediatos no se sujetarán a reajustes de precios (Art. 141 R LOSNCP)

Es importante mencionar que, en los contratos complementarios, conforme el artículo 87 de la LOSNCP, también debe incluirse la correspondiente fórmula o fórmulas de reajuste de precios, de ser el caso. Por otro lado, conforme los artículos 53 y 84 de la LOSNCP, se prohíbe la inclusión de fórmulas de reajuste de precio para la contratación integral por precio fijo.

A ningún contrato que no tenga precios unitarios puede aplicársele reajuste de precios alguno.

ii. Fundamentación constitucional, legal, doctrinal y jurisprudencial del reajuste de precios en contratos administrativos⁶¹:

La restitución del equilibrio económico de un contrato suscrito con un ente público constituye un principio irrefutable de la contratación administrativa, constante tanto en la anterior Ley de Contratación Pública como en la actual Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Este principio ha sido y es identificado en la doctrina internacional con distintos nombres como: sistema de reajuste de precios, en atención a su función; equidad contractual, en atención a su espíritu; o equilibrio económico de los contratos administrativos, cuando la doctrina busca que su nombre refleje su especificidad.

⁶¹ Análisis basado en el ensayo inédito del Ab. Esteban Donoso Crespo, 2009, Quito-Ecuador.

La “Fórmula de Reajuste de Precios” es el mecanismo de la contratación pública que se sustenta en reconocer, de manera reglada como todo en derecho público, la variación de precios incluidos en el contrato en determinados períodos de tiempo, aumentando o disminuyendo consecuente y proporcionalmente el precio a pagarse por las obras o servicios cuya prestación se ha extendido en el tiempo. Es un derecho evidente desde la perspectiva de los derechos fundamentales (equidad y justicia), constante de manera expresa en la legislación, recogido por la más calificada doctrina y reconocido por nuestra jurisprudencia.

Procedencia del Reajuste de Precios desde la perspectiva constitucional actual:

En la vigente Constitución de la República del Ecuador, su Sección quinta, “Intercambios económicos y comercio justo”, del Capítulo sexto, “Trabajo y producción”, del TÍTULO VI “RÉGIMEN DE DESARROLLO”, se manifiesta que “*el Estado regulará, controlará e intervendrá, cuando sea necesario, en los intercambios y transacciones económicas; y sancionará la explotación, usura, acaparamiento, simulación, intermediación especulativa de los bienes y servicios, así como toda forma de perjuicio a los derechos económicos y a los bienes públicos y colectivos*” (Art. 335); que “*el Estado impulsará y velará por el comercio justo*” (Art. 336); y que “*el Estado generará las condiciones para la protección integral de sus habitantes a lo largo de sus vidas, que aseguren los derechos y principios reconocidos en la Constitución*” (Art. 341).

iii. Procedencia del Reajuste de Precios desde la perspectiva legal vigente

Desde el punto de vista de los principios fundamentales del derecho, la procedencia del justo reconocimiento del alza de precios por el paso del tiempo en contratos administrativos que continúen vigentes, es inequívoca, lo cual además está reconocido en

la Ley que regula la materia. El fundamento de esta figura, desde parámetros de justicia, es tan lógica que su reconocimiento fue necesario por expreso en las leyes de contratación pública ecuatorianas hace más de veinte años (la primera Ley de contratación pública ecuatoriana, nació de la llamada “Ley de Reajuste de Precios”), y obviamente presente en la recientemente derogada Ley de Contratación Pública (derogada en 2008), así como en la nueva Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación y en su Reglamento General de aplicación.

En caso de ausencia de la fórmula de reajuste de precios en un contrato administrativo que incluya precios unitarios, debe considerarse lo siguiente: Conforme a la actual LOSNCP, es obligación de las entidades contratantes incluir en los contratos que suscriban fórmula o fórmulas de reajuste de precios. Por tanto, el que las fórmulas no consten en el contrato, es un error imputable a la entidad, no obstante los efectos de dicha ausencia pueden ser subsanables por un juzgador competente. Siguiendo a Dromi, en el caso de actos administrativos o contratos con errores o vicios, *“se procede a su modificación para suprimir o corregir el vicio que lo afecta, por medio del saneamiento y de la ratificación. La modificación puede realizarse de oficio, por petición o impugnación del interesado. Tiene efectos retroactivos, considerándose que el acto modificado ha carecido de vicios.”*⁶²

Tomando en cuenta lo anterior, en estos casos los juzgadores deben determinar en sus fallos la incorporación de una forma polinómica para el reajuste de precios correspondiente.

Es así que, tomando en cuenta las disposiciones legales y reglamentarias vigentes al momento de celebración del contrato, que determinan los componentes y los coeficientes aplicables, se podrá establecer la Fórmula Polinómica para el reajuste de pre-

⁶²DROMI, op. cit., pág. 408.

cios en un contrato, subsanado el error en el mismo. Con la fórmula establecida, se deberá recurrir a las estadísticas que el INEC mensualmente publicadas, y realizar el correspondiente cálculo.

iv. Procedencia del Reajuste de Precios desde la perspectiva de la doctrina

Reajuste de Precios es la denominación legal que escogió la legislación ecuatoriana (reglada fuertemente en los reglamentos de aplicación a la actual y a la anterior ley de contratación administrativa o pública), correspondiente a un derecho habitual reconocido en el mundo entero desde que en Francia se desarrollara la materia de contratación pública (al menos de los países que se pertenecen a la cultura jurídica continental, como el Ecuador). A continuación se desarrolla el sustento doctrinario de esta figura, aplicable a estos contratos, que se sustenta en lo que la doctrina ha llamado “equilibrio económico de los contratos”, que aplica básicamente a los contratos de servicios públicos, donde se reconoce el derecho del Contratante público de introducir modificaciones, a veces importantes en el contrato, lo que en el Ecuador solamente es posible en los casos expresamente determinados, que se mencionan líneas arriba.

El equilibrio económico del contrato o el sistema de reajuste de precios es un mecanismo que procura compensar las variaciones de precios producidas en la economía, consagrando a este mecanismo como un derecho del contratista que pretende equilibrar la diferencia o desigualdad en la que se desenvuelve la relación contractual administrativa. La revisión o reajuste de precios procede en todos los casos de contratación pública cuando se han previsto precios unitarios, independientemente de la denominación que se haya dado a un contrato específico.

Como lo sustenta Rengel Espinosa: “(...) el reajuste de precios constituye el mecanismo mediante el cual se persigue mantener el equilibrio económico-contractual, que podría verse afectado a consecuencia del fenómeno inflacionario”.

El reajuste de precios está concebido como un derecho más no como un beneficio.

Refiriéndose a este problema, que se manifiesta específicamente en el contrato de servicios públicos, no contemplados en la LOSNCP, Rodrigo A. Escobar Gil manifiesta:

Incumplimiento de la administración derivada del mantenimiento de la ruptura del equilibrio económico del contrato. Al estudiar el principio general de la buena fe y el de la reciprocidad de prestaciones, constatamos que cuando se presentan alteraciones en el equilibrio económico del contrato administrativo, bien por hechos imputables a la administración o ya por circunstancias excepcionales – salvo cuando se trate del alea normal que siempre incumbe al contratista-, aquella está obligada, conforme a las diversas formas que arbitra el ordenamiento jurídico a auxiliar el contrato a fin de lograr el mayor equilibrio económico de la relación jurídico-administrativa.

El sinalgama funcional del contrato administrativo implica que la alteración de uno de los extremos de la relación jurídica ocasiona la variación del otro. Si la posición económica del contratista es modificada por la imposición de nuevas obligaciones o cargas, la ley prevé como contraprestación la alteración de las obligaciones o cargas de la administración, para que esta se avenga a restaurar el equilibrio económico del contrato y así conciliar los intereses de ambas partes, que no se encuentran en un estado de conflicto sino de la colaboración para la realización del interés público, que es el fin del contrato”. El mismo tratadista manifiesta luego: “El cumplimiento por parte de la administra-

ción de su obligación de restablecer el equilibrio económico no es un resarcimiento de daños y perjuicios producidos por el incumplimiento de una obligación preexistente, sino la satisfacción del crédito del contratista por cuanto los hechos y circunstancias que determinan la ruptura de la equivalencia económica (uso legal de la necesidad de la potestas variandi, el factum principis y, la doctrina de la imprevisión) no constituyen supuestos de incumplimiento del contrato”.⁶³

Sobre estos valiosos criterios relativos a la modificación unilateral del contrato, conforme la potestad del ius variandi, se reitera que no aplican a los contratos regulados por la LOSNCP, puesto que en estos contratos, el Contratante público NO puede establecer modificaciones o nuevas obligaciones que aquellas expresamente consideradas en las cláusulas contractuales, salvo lo expresado líneas arriba sobre los reajustes de precios unitarios y en la cantidad de obra. En todos los casos, inclusive en los contratos complementarios, es indispensable la voluntad mutua de las partes.

Dromi⁶⁴, al referirse a la necesidad de un resarcimiento a favor del cocontratante de la Administración Pública en los contratos de servicios públicos, expresa: *“La presencia del interés público, representado por la Administración para consecución del objeto del contrato administrativo, faculta en el derecho público a plantear la teoría de la imprevisión. Esa se aplica con el propósito de lograr un equilibrio entre las obligaciones y ventajas que asumió el contratista y por razones de bien común, de interés general, que animan al accionar de la Administración”*.

Las razones jurídicas sustantivas que justifican su procedencia parten de la buena fe, de la equidad, de la “equivalencia de las prestaciones”. Sin embargo, *“con la aplicación de la teoría de impre-*

⁶³ Responsabilidad Contractual de la Administración Pública, pp. 151 y 152.

⁶⁴ Ob. cit., 1995, pp. 596 y 597

visión no se trata de reestablecer — de haber sido afectado — el equilibrio perfecto y matemático querido por las partes en su origen, sino sólo de reconocer la medida necesaria para quitar a la onerosidad lo que vino a tener de excesiva o grosera”.

Su fundamento reside en la Constitución, en los principios que fueron invocados. Estos principios son operativos per se, aún en ausencia de cualquier ley.

Sobre la teoría de la imprevisión, Dromi comenta:

“Siendo la teoría de la imprevisión-receptada por el Art. 1198 del Cód. Civil (el precepto equivalente del Código Civil ecuatoriano es el 1457)— una constitución basada en la justicia, incita en la entraña misma del derecho, nada obsta a que su aplicación se extienda el derecho administrativo, con las discriminaciones impuestas por la naturaleza propia por lo que constituye la substancia de esta última disciplina” (CSJN, 29/6/82, “Vialco SA c/ Agua y Energía Eléctrica, ED, 101-546). “La teoría de la imprevisión se encuentra incorporada al derecho administrativo, pero, a diferencia de lo que ocurre en el derecho privado — esto es que en un principio el afectado debe pedir la rescisión, siendo faculta del contratante evitarla, ofreciendo una mejora equitativa (Art. 1198, Código Civil) la quiebra de la ecuación económica financiera contractual no es causal de rescisión: ello impide al perjudicado dejar de cumplir las obligaciones contraídas, debiendo limitarse a gestionar una compensación que le permita continuar haciéndolo. Esta diferencia de tratamiento se justifica por que el interés público exige que la Administración pueda disponer sin demora de los bienes y servicios que se hubieren contratado, objetivo que resultaría frustrado si se atribuyera la contratista la facultad de rescindir. “(SC Buenos Aires, 14/12/84, ED, 114-415)”

Siguiendo a Dromi, para el caso del Ecuador la norma contenida en el Art. 1457 del Código Civil hace de la teoría de la imprevisión un principio general válido para todo contrato de servicio público, aunque no proceda para los contratos previstos en la LOSNCP, y de suyo aplicable en el derecho público.

En lo relacionado con el fundamento de estos principios, Bercaitz expresa:

*“Cuando las modificaciones que introduce al Contrato de Administración, rompen su equilibrio económico financiero, afectando el interés patrimonial del cocontratante, nace para este un derecho a ser indemnizado. El problema que debemos analizar aquí, encierra grandes dificultades cuando se lo enfrenta con los principios clásicos que rigen el instituto de la responsabilidad. El tema ya lo hemos tratado antes, pero volvemos sobre él en este lugar por su notoria importancia”*⁶⁵

Y se remite luego a criterios de valiosos tratadistas del Derecho Administrativo, manifestando:

“a) Forsthoff sostiene que todo aquel a quien la comunidad se ve obligada a imponerle un sacrificio debe ser proporcionalmente indemnizado. El fundamento de la teoría de la indemnización de derecho público se encontraría en el particular sacrificio o pérdida experimentada por un individuo a grupo de individuos y no por toda la colectividad, en beneficio de esta, que es lo consagrado en el Art. 75 del Código Civil prusiano, el Estado está obligado a indemnizar a aquellos cuyos derechos particulares se ha visto precisado a sacrificar la comunidad.

b) García de Enterría, en su estudio publicado en 1956 y luego en otro el año 1964, desarrollo la teoría de la responsabilidad

⁶⁵ BERCAITZ, MIGUEL ÁNGEL, *Teoría General de los Contratos Administrativos*, Depalma 2ª edición, pp. 405, 406 y 407.

de la Administración, comprensiva de “toda lesión que los particulares sufran”, incluidos los “daños causados por comportamiento legítimo”. Se desplaza así el fundamento de la responsabilidad “desde la perspectiva de la acción del sujeto responsable (que es la tradicional según la tesis de la culpa o del acto ilícito) a la del patrimonio de la persona lesionada”. La responsabilidad del patrimonio no es una sanción personal por comportamiento inadecuado, sino un mecanismo objetivo de reparación... en la medida en que se haya producido una lesión patrimonial”. Quien la “sufre”, no tiene el deber jurídico de soportarlo y ello, aunque el agente que lo ocasione puede eventualmente actuar con toda licitud”.

c) Garrido Falla distingue “responsabilidad” e “indemnización”. La primera “surge como consecuencia de la actividad lícita”. Define la “indemnización” como una “reparación debida al titular de ciertos derechos que ceden ante el ejercicio legítimo de una potestad administrativa”. La teoría de la indemnización postula un fundamento propio que se encuentra desde luego en una indiscutible idea jurídica: la igualdad de todos los ciudadanos ante las cargas públicas que hace odioso el sacrificio especial sin indemnización”.

d) Pequignot afirma que la indemnización tiene por objeto mantener el equilibrio financiero del sistema contractual, a pesar de las modificaciones impuestas al contrato por la Administración. “La teoría de la ecuación financiera es una teoría de equidad” que “salvaguarda los derechos y los intereses del particular cocontratante”. Expresa mientras que en el contrato de derecho privado el equilibrio de las prestaciones es estático ($a=b$), en los contratos administrativos es dinámico; si la administración cambia por una obligación (a') la obligación (a) del contratante, la remuneración (b) de este, debe ser reemplazada por (b'), de donde $a/b = a'/b'$. Esta fórmula no puede ser aceptada, ni pretende serlo, como una ecuación matemática rigurosa pues, como

agrega el mismo Pequignot, contestando una observación hecha por de Laubadere, se trata solo de una imagen, según la cual la ecuación matemática que de la “equivalencia honesta”, según la expresión de León Blum en el fallo de la Compañía Francesa de Tranvías”.

e) Fiorini, siguiendo la doctrina de hemos señalado de Fosthoff, de García de Enterria y de Garrido Falla, se aparta del principio “damnum atque iniuria”.- El derecho a ser resarcido se funda en el equilibrio del patrimonio dañado. No interesa saber si existe una culpa, o una falta, sino la existencia de un daño producido por las actividades legítimas o ilegítimas del Estado. La causa del resarcimiento se fundamenta en la existencia de un daño producido por órganos de este”.

v. Procedencia del Reajuste de Precios desde la perspectiva jurisprudencial ecuatoriana

En cuanto a la jurisprudencia, hay que remitirse a la resolución de casación de la Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo, emitida el 23 de noviembre de 2004, dentro del procedimiento 152/2003, interpuesto por SIMAR contra PRE-DESUR, que desarrolla el concepto de enriquecimiento injusto proveniente de los contratos administrativos. En su fallo determina un pago de parte de la entidad a favor del contratista, en un contrato que fue establecido como de suma alzada. La Corte Suprema de Justicia, no sólo en esta ocasión, en aplicación de la Teoría del Equilibrio Económico del Contrato, por ser de justicia, ha determinado la cabida de sistemas de equilibrio contractual, en contratos de suma alzada, inclusive. Esta jurisprudencia se desarrolla seguidamente, conjuntamente con otras que coadyuvan a entender la procedencia del reajuste de precios como principio.

De 9 de Junio de 1983 en el Juicio segundo por A. Granda en contra de Industrias Guapan S.A., en el sentido de que, “No se

puede pensar que una persona se comprometa a realizar una obra, como contratista mediante convenio bilateral conmutativo, sin proteger razonablemente su utilidad”, y de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo, en la resolución dictada con fecha 23 de Noviembre de 2004, dentro del juicio seguido por el Ingeniero Pablo Avendaño Herrera, como representante legal de la compañía Simar Constructores, en contra de PREDESUR, que en su considerando Quinto, manifiesta en su parte pertinente: “... es obvio que tales obras deben ser canceladas por el beneficiario de las mismas en este caso PREDESUR, negarse a dicho pago constituiría un caso de enriquecimiento injusto esto es “logrado de manera ilícita o abusando de circunstancias personales o de otra especie en tratos o convenios” como lo define Guillermo Cabanellas (Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, iii tomo, 12 Edición, Editorial Heliasta SRL, Buenos Aires, pag. 121), figura a la que se refiere el mismo tratadista, manifestando que “...el enriquecimiento injusto, que al decir de otros tiempos se llamaba enriquecimiento torticero; y así está citado en la Part.VI, tit. IV, ley 17, donde se decía “Y aun dijeron (los sabios antiguos) que ninguno debe enriquecerse torticeramente con daño de otros”.- Negar el pago, que sin duda beneficia a PREDESUR con detrimento y perjuicio del patrimonio de SIMAR, vendría a construir una violación al derecho consagrado en el numeral 17 del artículo 23 de la Constitución que, entre otros derechos civiles que el Estado está obligado a garantizar es el de que “Ninguna persona podrá ser obligada a realizar un trabajo gratuito...”. Por tanto, siendo PREDESUR una institución del Estado, esta, con mayor razón, en la obligación de pagar la obra en exceso ejecutada...”

vi. Renuncia al reajuste de precios

El artículo 131 del Reglamento a la LOSNCP, prevé en su último inciso que: “Como el derecho a percibir el reajuste es de aquellos que se pueden renunciar, tal situación podrá establecerse en los documentos correspondientes.” Consideramos que por “documentos correspondientes” debe entenderse el contrato a celebrarse una vez

desarrollado y finalizado el proceso precontractual, siempre y cuando tal renuncia haya constado en el proyecto de contrato incluido en los pliegos precontractuales y no podría proponerse la renuncia al reajuste con posterioridad a la adjudicación, ya que es precisamente el oferente adjudicado quien debe consentir en esto y suscribir en esos términos el contrato.

El plazo en la ejecución del contrato o en el cumplimiento de su objeto, deberá conocerse por los oferentes, determinado previamente en los pliegos y que deberá constar obligatoriamente en el contrato que se celebre con el adjudicatario. En los pliegos se determina el plazo máximo de ejecución, respecto del cual los oferentes están facultados a proponer una fecha menor, pues incluso el plazo es un parámetro de calificación de las ofertas, pues muchas veces las entidades contratantes tienen mayor urgencia en la ejecución de los contratos, con lo cual se vuelve competitivo entre los oferentes la determinación de dicho plazo.

De conformidad con el Art. 80 de la LOSNCP, el responsable (supervisor o el fiscalizador) de la administración del contrato, será quien realice el seguimiento del estricto cumplimiento del contrato, debiendo realizar la verificación del cumplimiento de los plazos. Las cláusulas contractuales deben determinar que el no cumplimiento de los plazos estipulados, conlleva a la imposición de “multas”, las cuales también conforman parte de las cláusulas obligatorias del contrato. Vale la pena mencionar que en el acta de recepción provisional, parcial o total, deberá constar la liquidación de los plazos.

Dentro de las atribuciones del INCOP, también se encuentran las de supervisar de oficio o a pedido de parte, conductas elusivas de los principios y objetivos del Sistema Nacional de Contratación Pública, entre otros: plazos insuficientes.

13.11. Plazo de ejecución contractual

Para el cómputo del plazo en la duración de los contratos, estos se cuentan todos los días, desde el día siguiente de su suscripción o desde el día siguiente de cumplirse la condición, por ejemplo: desde el día del desembolso del anticipo, de acuerdo a los pliegos y al contrato. (Art. 116 RLOSNCP).

El plazo es otro de los elementos que pueden verse afectados o modificados ante la alegación de fuerza mayor o caso fortuito, ya que dicha alegación por el contratista puede demostrar que por circunstancias externas imprevistas e irresistibles no se pudo cumplir con el plazo estipulado en las cláusulas contractuales. Así mismo, conforme el artículo 1601, inciso segundo, de la Codificación del Código Civil: *"La mora causada por fuerza mayor o caso fortuito no da lugar a indemnización de perjuicios"*. Sin embargo, el contratista está obligado a comunicar inmediatamente al contratante los acontecimientos para que este una vez realizado el respectivo análisis acepte o no los hechos y fundamentos. Así mismo, una vez superados los hechos de fuerza mayor o caso fortuito es obligación del contratista reiniciar inmediatamente los trabajos, sin necesidad de notificación de la entidad contratante.

13.12. Multas

La obligación de las entidades contratantes contemplar entre las cláusulas del contrato la posibilidad de imponer multas al contratista, en caso de incumplimiento contractual. Aunque el contrato es un acuerdo de voluntades, no cabrá que se estipulen multas en contra de la entidad, por incumplimiento de obligaciones, por tratarse de una de las prerrogativas que tiene el Estado, como parte de su poder de imperium, figura propia del derecho administrativo.

El contratista está sujeto a multas por retrasos en la ejecución contractual, sea en construcción de obra, prestación de servicios

o adquisición de bienes, en el plazo final de entrega o en los plazos sucesivos de los avances de la obra (según sea el caso), conforme el cronograma previamente dispuesto en el contrato y en los pliegos precontractuales.

Las sanciones por retrasos en las entregas parciales o en la entrega final, van desde multas cuyo monto está determinado previamente en el contrato, hasta la terminación del mismo, cuando las multas sobrepasan el límite previsto en el mismo contrato, que por lo general se traduce al monto de la garantía de fiel cumplimiento, es decir, el 5% del valor del contrato; no obstante, la fijación del valor del porcentaje de multa, por cada día de retraso en la ejecución contractual, es optativo de la entidad contratante. La no aplicación de las sanciones puede justificarse por situaciones de fuerza mayor o caso fortuito, debidamente comprobados por el contratista y autorizados por la entidad contratante, con excepción de la sanción de terminación unilateral del contrato en caso de que las multas excedan el porcentaje antes mencionado, en cuyo caso no es obligación sino una mera potestad de la entidad, terminar o no el contrato unilateralmente. Para tomar esa decisión, deberá estarse a lo más conveniente para los intereses institucionales y nacionales.

De conformidad con el artículo 71 de la LOSNCP, en los contratos sometidos a ésta se estipulará obligatoriamente una cláusula de multas. Estas sanciones económicas al contratista se imponen en dos casos: i. por retardo en la ejecución de las obligaciones contractuales conforme al cronograma valorado; ii. por incumplimientos de las demás obligaciones contractuales. Las multas deberán determinarse en relación directa con el monto total del contrato y por cada día de retraso, salvo el caso de contratos de ejecución de obras, en el que, conforme el pronunciamiento del Procurador General del Estado, contenido en el oficio No. 12902 de 12 de marzo de 2010, *“Las multas deben imponerse respecto de la*

parte de la obra no ejecutada por el contratista dentro del plazo contractual... ”.

Este mismo artículo 71, establece el derecho del contratista de impugnar en sede administrativa y judicial, así como en arbitraje, las multas impuestas, de ser procedente.

13.13. Adjudicatarios Fallidos y Contratistas Incumplidos

El antiguo Registro de Contratistas Incumplidos y Adjudicatarios Fallidos a cargo de la Contraloría General del Estado fue asumido por el INCOP, el que para el efecto aplicará las disposiciones del Capítulo VI de la Resolución de dicho Instituto No. 46-2010 de 17 de agosto de 2010.

Por adjudicatario fallido entendemos a aquel oferente que pese a que se le adjudicó el contrato no comparece a la suscripción del contrato, por lo que al mismo se le inscribirá en el registro de la referencia por el período de tres años. Por su parte, el contratista incumplido es aquel que no cumple con sus obligaciones contractuales y tras seguirse el trámite correspondiente, la institución contratista declara la terminación unilateral y anticipada del contrato, tras lo cual se ordena su inscripción en el registro por cinco años, sin perjuicio de otras sanciones aplicables.

La entidad contratante, una vez seguido el trámite interno en que se sanciona al adjudicatario fallido o al contratista incumplido, notifica de su decisión al INCOP, para que se suspenda su RUP y se inscriba en el Registro correspondiente, con lo cual no podrá participar en otras contrataciones con el Estado, por los plazos mencionados en el párrafo precedente. Debe aclararse, que el INCOP, no interviene en este tipo de decisiones en su fondo, ni de su legalidad, ni motivación. Es decir, el Instituto únicamente procederá a pedido de las entidades contratantes en este tema; y,

para el evento de impugnaciones el contratista tendrá el recurso de reposición, apelación o la vía judicial o arbitral contra la misma autoridad que emitió el acto de suspensión.

Ahora bien, la posibilidad de que los proveedores puedan habilitarse nuevamente en el RUP y quedar excluidos del registro de contratistas incumplidos y adjudicatarios fallidos, se encuentra prevista en el artículo 24 de la Resolución del INCOP No. 046-2010, respecto de la cual es importante mencionar que se ha determinado que la rehabilitación es automática, cuando se cumple el plazo de tres o cinco años desde la inscripción por parte del pedido de la entidad contratante, lo cual es un gran avance en relación al anterior régimen de la materia, pues la Contraloría General del Estado no solía excluir del registro, salvo que lo requiriere la misma entidad que solicitó la inscripción, aunque se hubiere cumplido el término legal de la sanción, lo cual era evidentemente injusto e ilegal.

Para la exclusión, el artículo 24 de la Resolución en cuestión, determina las siguientes circunstancias, que no son incluyentes:

“a. Que la Entidad que lo declaró como adjudicatario fallido o contratista incumplido solicite que se levante su condición de suspendido, por haberse superado las causas que la llevaron a tomar esa resolución, sin que la ejecución de garantías o el cobro de indemnizaciones pueda considerarse como medidas que superan las causas. El INCOP verificará el cumplimiento de las condiciones establecidas en la Ley para que proceda el levantamiento de la suspensión y podrá objetar de manera fundamentada tal solicitud.

b. Que exista sentencia ejecutoriada, acta de acuerdo de mediación, o laudo arbitral que deje sin efecto la declaratoria administrativa de contratista incumplido o de adjudicatario fallido; y, Que hayan transcurrido tres años desde la fecha de notificación de la resolución de adjudicatario fallido, o cinco años desde la

notificación de la resolución de contratista incumplido, casos en los cuales la rehabilitación será automática.”.

Finalmente, nos permitimos señalar que es obligación de las entidades contratantes, verificar a través del portal de compras públicas, que el oferente o adjudicatario no se encuentren inscritos en el Registro de Contratistas Incumplidos y Adjudicatarios Fallidos, con lo cual se garantiza su idoneidad legal para suscribir los contratos sujetos a la LOSNCP.

13.14. Nulidades Contractuales

i. Concepto

La figura de la nulidad, así como en derecho en general, implica la no existencia de un hecho, acto o contrato, por su falta de validez legal. Se presume que dichos hechos, actos o contratos no existieron nunca, por lo que no producen efectos jurídicos y la consecuencia legal de una nulidad es que todo vuelve al momento anterior al acaecimiento de la misma.

La principal doctrina maneja el criterio de nulo, es decir lo viciado de nulidad, a lo carente de valor, falta de eficacia, inexistencia e ilegalidad absoluta de un acto, con defecto fundamental en el fondo o en la forma. Se distingue plenamente a la nulidad absoluta de la relativa, siendo la primera la del acto que carece de todo valor jurídico, que necesita la declaración por juez aún sin petición de parte cuando aparezca manifiesta. Mientras que la nulidad relativa es la que ha de ser alegada y probada para que su invalidación surta efectos. En el fondo no es sino la anulabilidad, que cabe subsanar por la confirmación.

ii. Causas de nulidad

Para efectos del estudio de esta figura en el derecho administrativo y en la contratación pública en general, el artículo 65 de la

LOSNCP prevé las causas en las que los contratos regidos por esta Ley serán nulos; dichos casos son:

Por las causas generales 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.

Resulta correcto y conveniente que la LOSNCP se remita a las causas generales establecidas en la Ley para identificar la nulidad de un contrato administrativo. Los numerales 2 y 3 de esta norma prevén también causas de nulidad establecidas en otras leyes, pero que para el caso de contratos administrativos, no pueden ser consideradas generales sino especiales o particulares. Un contrato administrativo, que no haya sido producto de un procedimiento y que no haya observado solemnidades de ley, no puede tener validez alguna, ya que la contratación pública, como todas las ramas del derecho público, contiene procesos y solemnidades regladas y de obligatorio cumplimiento; su inobservancia deviene en nulidad. Por otro lado, contratos que provienen de actos de adjudicación que no hayan sido emitidos por el órgano competente, es decir por la máxima autoridad de la entidad o su delegado, no tienen validez alguna, son inexistentes.

Volviendo a las causas generales de nulidad, éstas se encuentran contempladas en una gran variedad de leyes vigentes, sin embargo, el Código Civil prevé las principales normas que regulan la materia.

En el artículo 1471 en adelante del C.C. constan varios supuestos de nulidad en un contrato; para el tema del contrato administrativo, cobra especial relevancia el error acerca de la persona con quien se contrata, cuando dicha consideración sea la causal principal del contrato. Evidentemente para el caso de contratos ad-

ministrativos, el error o confusión sobre el adjudicatario de un contrato, causa nulidad sobre el mismo, considerando que son precisamente los méritos y propuesta de determinado oferente, el que le valió su designación como adjudicado, contratar con alguien diferente a éste, no tendría fundamento o justificación alguna.

No obstante, esta nulidad no sería absoluta, sino relativa, salvo el caso de un contratista incapaz absoluto. Solamente la nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos, produciría una nulidad absoluta, conforme el artículo 1698 del C.C. De todas formas, la nulidad relativa da derecho a pedir la rescisión de un contrato, a petición de parte, mientras que la nulidad absoluta puede y debe ser declarada por juez, aún sin petición de parte. Es importante considerar que quien demande la nulidad no puede ser quien ha celebrado el contrato sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba.

El Título XX del Libro IV del Código Civil contiene la regulación principal de la nulidad y rescisión de los contratos. Y es su artículo 1697 el que contiene la definición de acto o contrato nulo:

Art. 1697.- Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie y la calidad o estado de las partes.

Resulta muy importante así mismo analizar el contenido del artículo 1703 del C.C., que dispone:

*Art. 1703.- El Estado, los consejos provinciales, las municipalidades, y los establecimientos públicos creados como tales y regu-
lados por leyes especiales se asimilan, en cuanto a la nulidad de*

sus actos o contratos, a las personas que están bajo tutela o curaduría.

Asimilarse, en cuanto a la nulidad de sus actos o contratos, a las personas que están bajo tutela o curaduría, implica que la ley trata a las entidades públicas como personas incapaces, que necesitan de un representante para poder actuar, contrar derechos y obligaciones. Precisamente es la máxima autoridad de una entidad pública, o su delegado, la llamada legalmente a representar a la entidad para emitir actos o celebrar contratos.

iii. Procedimiento

Regresando a lo previsto en la LOSNCP, es el Procurador General del Estado quien, tan pronto tenga conocimiento de cualquier irregularidad que implica nulidad, deberá demandar la misma, sin perjuicio de las responsabilidades administrativa, civil o penal de los funcionarios o empleados por cuya culpa se hubiere causado la nulidad.

Sin embargo, el artículo 66 de la LOSNCP prevé que la denuncia sobre contratos celebrados con personas inhábiles o sobre aquellos que recayera alguna causa de nulidad, podrá presentarla cualquier persona al Procurador General del Estado, acompañando los documentos probatorios del caso, para que se analice la procedencia de demandar la nulidad del contrato sin perjuicio de que se inicien las demás acciones civiles o penales a las que hubiere lugar. Es decir, pese a la posibilidad legal de que cualquier persona pueda presentar denuncia sobre una posible nulidad contractual, siempre deberá ser el Procurador General del Estado quien demande la nulidad judicialmente.

iv. Efectos

Conforme al artículo 92, numeral 3, de la LOSNCP, la nulidad declarada por juez o tribunal arbitral es una de las causas de terminación de un contrato administrativo. Esto concuerda con lo dispuesto en el artículo 1583 del Código Civil, que en su numeral 9 establece que las obligaciones se extinguen, en todo o en parte: *“Por la declaración de nulidad o por la rescisión”*.

En términos generales la nulidad acarrea la inexistencia de un acto o contrato, debe entenderse que dicho acto o contrato no causó efectos jurídicos y las cosas, estados o situaciones alteradas deben retrotraerse al estado anterior a la emisión del acto o contrato nulo. Sin embargo, en la práctica esto puede resultar muy complicado de aplicar, considerando que por efecto de un acto o contrato de la administración se producen efectos prácticos inmediatos, como la entrega de un anticipo, o el inicio de la ejecución de una obra. En estos casos, consideramos que deberá repararse a los particulares afectados por una nulidad, siempre y cuando éstos no hayan conocido y producido la causa de la misma. Cabe recordar el principio constitucional y de derecho administrativo que señala que ningún particular podrá ser afectado injustamente por decisiones u omisiones de la administración pública o sus funcionarios y servidores.

En relación a esto, el artículo 1706 del C.C. contiene la consecuencia legal de lo que podría entenderse sucedería en caso de que se declare judicialmente la nulidad de un contrato administrativo: que si esa nulidad no fue provocada ni conocida por el contratista con quien se firmó el contrato, éste tendría acción reivindicatoria en calidad de tercero poseedor. Sin embargo, debemos recordar que el ámbito público y administrativo difiere mucho del privado, y pese a que el Código Civil es norma supletoria en la contratación pública, éste tipo de normas deben aplicarse en la medida en que no se contrapongan a disposiciones propias del

derecho público y administrativo. Por tanto, para el caso puntual antes mencionado, consideramos que lo correcto sería considerar que un contratista de buena fe, cuyo contrato con una entidad o empresa pública se declara judicialmente nulo, no habiendo sido conocida ni provocada por éste la causa de nulidad, tendría derecho a acciones indemnizatorias.

Por otro lado, cabe realizar un análisis particular del artículo 64 de la LOSNCP:

“Artículo 64.- Contratos Celebrados contra Expresa Prohibición.- Si se celebrare un contrato contra expresa prohibición de esta Ley, la máxima autoridad de la Entidad Contratante podrá declarar en forma anticipada y unilateral la terminación del contrato, sin que proceda reconocer indemnización alguna al contratista. A partir de la fecha en que se declare la terminación unilateral, la institución contratante se abstendrá de realizar cualquier pago en razón del contrato, salvo el que resultare de la liquidación que se practicará.

Si la celebración del contrato causare perjuicio económico a la Entidad Contratante, serán responsables solidarios el contratista y los funcionarios que hubieren tramitado y celebrado el contrato, sin perjuicio de la sanción administrativa y penal a que hubiere lugar”.

Esta disposición, que ya existía con anterioridad, contiene un grave error conceptual que podría devenir en actos absolutamente injustos y desproporcionados, a saber: se conoce que el contrato administrativo es un contrato de adhesión, en el cual las condiciones en general y cláusulas en particular se encuentran predispuestas por la entidad contratante, en función de los pliegos precontractuales obligatorios elaborados por el INCOP. En consecuencia, no procedería sanción contra el contratista que ha actuado de buena fe, quien debería poder demandar daños y perjuicios dentro del juicio ordinario donde tendría que demostrar que la nulidad del contrato es imputable a la entidad contratante.

Sin embargo, por supuesto que el contratista podría ser acreedor a la sanción civil -pero no administrativa- y penal, de incurrir en la tipificación correspondiente y demostrarse su culpabilidad dolosa.

13.15. Administración y Fiscalización del contrato

El artículo 70 de la LOSNCP dispone que los contratos contendrán estipulaciones específicas relacionadas con las funciones y deberes de los administradores del contrato, así como de quienes ejercerán la supervisión o fiscalización.

Al referirnos a la administración y fiscalización de un contrato público debemos entender que es la forma por la cual se garantiza el cumplimiento de las obligaciones contractuales, así como las personas a cargo de quienes se encuentra velar por dicho cumplimiento.

i. Administración

La necesidad del control, en la etapa contractual y post contractual, mediante la administración y fiscalización, es imprescindible en la contratación pública, en razón de los intereses públicos que conllevan los contratos sometidos a la LOSNCP.

Para Dromi, la administración del contrato es el resultado del interés del contratante por obtener la "Eficacia contractual", al manifestar: *"El procedimiento Licitatorio no es ajeno al requerimiento de un adecuado y oportuno control y al cumplimiento irrestricto de la legalidad licitatoria, cumplidos los cuales derivará en un contrato eficaz"*. Más adelante, agrega *"Así, se considera que de poco sirve saber que los objetivos no se han cumplido cuando ya ha pasado el tiempo de poder cumplirlos; el control de la eficacia que es preciso desarrollar es un control ex ante y se refiere a la correcta ejecución de los principio de*

*organización, dirección, planificación y control en el procedimiento licitatorio*¹⁴⁶.

El Reglamento General de la LOSNCP, en el artículo 121, determina que en todo contrato, la entidad contratante designará de manera expresa un administrador del mismo, 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 e impondrá las multas y sanciones a que hubiere lugar. Adicionalmente, si el contrato es de ejecución de obras, prevé y requiere de los servicios de fiscalización.

De conformidad con el artículo 80 de la LOSNCP, el supervisor y el fiscalizador del contrato son responsables de tomar todas las medidas necesarias para su adecuada ejecución, con estricto cumplimiento de sus cláusulas, programas, cronogramas, plazos y costos previstos. Esta responsabilidad es administrativa, civil y penal según corresponda.

La administración del contrato, por regla general, es ejercida por un servidor de la entidad, quien debe tener conocimiento de la materia u objeto de la contratación, pues a él le corresponde supervisar la ejecución contractual, para garantizar el cumplimiento estricto del objeto contractual, en los plazos y condiciones del contrato, para lo cual decidirá también sobre aspectos importantes, como son vigilar las tareas de la fiscalización, decidir sobre imposición de multas, vigilar el cumplimiento de disposiciones contractuales, legales, reglamentarias y técnicas que emitan órganos de control correspondientes. Así mismo, debe vigilar el cumplimiento de disposiciones relativas al cumplimiento de las obligaciones laborales del empleador con el personal que emplea en

¹⁴⁶ DROMI, ROBERTO, *Licitación Pública*, Segunda Edición. Ediciones Ciudad Argentina. Buenos Aires 1995. Pág. 499

la ejecución contractual, determinadas no solo en el Código de Trabajo, sino en la Ley de Seguridad Social; cumplimiento de normas de control ambiental; y, manejo de desechos, cuando la contratación sea de obra. Para ello, es necesario que el administrador tenga pleno conocimiento de las normas aplicables a la contratación que supervisa.

Respecto a las funciones del administrador, es importante remitirnos a la Norma de Control Interno No. 408-17, emitida por la Contraloría General del Estado, que dispone:

“Corresponde al administrador del contrato establecer la estructura organizacional necesaria para que el proyecto se ejecute en forma óptima, dependiendo de la magnitud del proyecto, se organizará una estructura de varios niveles, con un Jefe de fiscalización y fiscalizadores en un área específica: calidad, avance físico y avance financiero de la obra, cada uno de los cuales tendría su propio personal de apoyo y la formación necesaria para atenderla o, si la complejidad de la obra más bien requiere de profesionales con formación en áreas distintas, como: estructuras, arquitectura, suelos, electricidad, mecánica, etc., que se encarguen de controlar tanto la calidad como el avance físico y financiero de las obras y rindan cuentas al jefe de fiscalización del proyecto. Además, para la estructura que establezca debe definir las funciones, responsabilidades y autoridad de los que la conforman y finalmente, obtener el apoyo logístico e instrumentos de medición, requeridos para que la obra se ejecute conforme con los objetivos definidos. Son funciones del administrador del contrato, entre otras:

- a) Velar y responsabilizarse porque la ejecución de la obra se realice de acuerdo a lo programado.*
- b) Coordinar con las dependencias estatales o privadas que, en razón de sus programas o campos de acción, tengan interés en participar en la etapa de construcción del proyecto*

- c) Establecer un sistema para medir el logro de los objetivos definidos, de manera que oportunamente se obtenga información exacta sobre su estado y se comuniquen los resultados a las autoridades institucionales competentes.*
- d) Velar porque se efectúen evaluaciones periódicas del proyecto.*
- e) Autorizar el inicio de la obra o de cualquier trabajo no contemplado en los planos originales, que deba cargarse a los fondos destinados al proyecto.*
- f) Coordinar su trabajo con el Jefe Fiscalizador del Proyecto que se encarga de la administración cotidiana del proyecto.*
- g) Establecer la estructura organizacional apropiada para la ejecución de la obra, considerando todos los aspectos que intervienen en ella financieros, legales, de suministros, etc. aunque éstos no sean constructivos y definir las funciones, responsabilidades y autoridad de los participantes; asimismo, proporcionar el apoyo logístico requerido. En el caso de fiscalización realizada por contrato, el Administrador del Contrato debe realizar una supervisión responsable sobre todas las labores.*
- h) Intervenir en las actas de entrega recepción provisional, parcial, total y definitiva."*

ii. Fiscalización

El artículo 121 del Reglamento General de la LOSNCP, determina que en todo contrato de ejecución de obras, prevé y requiere de los servicios de fiscalización.

La tarea fundamental de la fiscalización es supervisar o vigilar la ejecución contractual, en el sitio mismo de la obra, para obtener información y realizar un control que permita determinar el avance físico y financiero de la obra, mediante evaluaciones e infor-

mes en los que se especifique el cumplimiento de especificaciones técnicas, plazo, utilización de mano de obra y equipo contratados, así como otros aspectos contractuales. Para este fin, el fiscalizador debe incluso realizar una labor de nexo entre la entidad contratante y el contratista, pues dependerá del mismo dar solución a problemas que se presenten en la ejecución contractual y que puedan incluso paralizar la obra que se contrató.

La fiscalización es una actividad de consultoría, pues está definida como tal en el artículo 6, numeral 8, de la LOSNCP, por lo tanto, para contratar la fiscalización de una obra, será necesario seguir los procedimientos de *contratación directa*, *lista corta de consultoría* o *concurso público*, de conformidad con lo regulado por la LOSNCP, su Reglamento General de aplicación y la Resolución del INCOP respectiva.

El artículo 63 de la LOSNCP establece como una prohibición para celebrar contratos, de carácter especial, la que determina que no podrán hacerlo las personas naturales o jurídicas, incluidos sus representantes legales, que hubieren realizado los estudios, los diseños y los proyectos de ingeniería o arquitectura, que presenten algún tipo de vinculación respecto a los ejecutores de las obras; y, los que hubieren elaborado las especificaciones de los bienes a adquirirse; salvo que el contrato se refiera a fiscalización, supervisión, o actualización de los estudios, diseños o proyectos.

Es decir, que quienes hubieren realizado los estudios previos de la obra pueden ser contratados para fiscalizarla, en razón de los conocimientos que tienen en el proyecto, para garantizar el debido cumplimiento del mismo por parte del contratista. Es más, mediante oficio No. T.1056-SNJ-09-2736, de la Secretaría Nacional Jurídica de la Presidencia de la República, dirigido al INCOP, se ha considerado que como una medida para fomentar conductas responsables en las actividades de fiscalización de obras públicas, así como racionalizar este tipo de contrataciones

en función de cumplimiento de los criterios en función del cumplimiento de los criterios de eficiencia y calidad en las compras públicas, es necesario la incorporación en los modelos de uso obligatorio para contratación de servicios de fiscalización, de una disposición que privilegie la participación del consultor que realizó el diseño o los estudios de la obra que se requiere contratar.

En razón de la solicitud de la Secretaría Nacional Jurídica de la Presidencia de la República, mencionada en el párrafo anterior, el INCOP emitió la Resolución No. 042-2010 de 16 de abril de 2010, en cuyo artículo 1 se incorpora a los modelos de pliegos de uso obligatorio de los procedimientos de Concurso Público, Lista Corta y Contratación Directa de Consultoría, en la parte relacionada con la evaluación de la oferta presentada, la siguiente disposición:

“... En el caso de que se contrate la fiscalización de una obra pública, se aplicará de manera obligatoria un margen de preferencia de diez (10) puntos, a favor del oferente que acredite haber realizado el diseño o los estudios (o que haya integrado el equipo respectivo) de la obra cuya ejecución se requiere fiscalizar...”

Con la disposición transcrita se determina que se privilegia la participación de los consultores que realizaron los estudios y diseños de la obra, con un margen de preferencia de diez puntos sobre otros consultores oferentes.

Respecto a la labor de Fiscalización se entiende que la misma responde a la complejidad del proyecto que es supervisado, pudiendo corresponder a una persona natural, una jurídica o un organismo consultor (como por ejemplo una Universidad) y el personal que se asignará a la labor deberá guardar relación con la labor a realizarse, pudiendo incluso considerarse varios fiscaliza-

dores por áreas, para lo cual será necesario nombrar un Jefe de Fiscalización que dirija los trabajos respectivos.

Las funciones de la fiscalización deben ser determinadas en el contrato de obra, así como en el contrato de fiscalización (consultoría); y, adicionalmente, se deberán considerar las constantes en Acuerdo de la Contraloría General del Estado No. 039 de 16 de noviembre de 2009, en el que se emiten las *Normas de Control Interno para las entidades, organismos del sector público y de las personas jurídicas de derecho privado que dispongan de recursos públicos*.

Concretamente, la Norma de Control Interno 408-19 “Fiscalizadores” del Acuerdo mencionado en el párrafo precedente, al referirse a la funciones de los fiscalizadores, dispone:

“Las funciones de los fiscalizadores, cada uno en el área de su competencia, son las siguientes:

a) Revisar en conjunto con el jefe de fiscalización, los documentos contractuales con el fin de verificar la existencia de algún error, omisión o imprevisión técnica, que pueda afectar la construcción de la obra y de presentarse este caso, sugerir la adopción de medidas correctivas o soluciones técnicas, oportunamente.

b) Evaluar mensualmente, el grado de cumplimiento del programa de trabajo en el área bajo su cargo y en caso de constatar desviaciones, identificar las causas y proponer soluciones para corregir la situación.

c) Ubicar en el terreno las referencias necesarias para la correcta ejecución de la obra.

d) Verificar la exactitud de las cantidades incluidas en las planillas presentadas por el contratista; además, calcular los reajustes correspondientes a esas planillas, comparando la obra realizada, con la que debía ser ejecutada de acuerdo con el programa de trabajo autorizado.

- e) Obtener información estadística en el proyecto sobre el rendimiento del personal, materiales, equipos y maquinaria; sobre la incidencia de las condiciones climáticas en el tiempo laborado, o sobre cualquier otro aspecto útil para la preparación de futuros proyectos.*
- f) Verificar la calidad de los materiales, así como la de los elementos contruidos, mediante ensayos de laboratorio o de campo, efectuados bajo su supervisión y siguiendo rigurosamente las especificaciones técnicas.*
- g) Resolver las dudas que surgieren de la interpretación de los planos, especificaciones, detalles constructivos y cualquier otro aspecto técnico relacionado con la obra.*
- h) Anotar en el libro de obra, además de una descripción del proceso de construcción de las obras a su cargo, las observaciones, instrucciones o comentarios que a su criterio deben ser considerados por el contratista para el mejor desarrollo de la obra.*
- i) Justificar técnicamente la necesidad de efectuar modificaciones o trabajos extraordinarios en las obras bajo su supervisión.*
- j) Coordinar con los diseñadores de la obra cuando sea necesario efectuar modificaciones de los planos originales o haya que realizar obras adicionales.*
- k) Realizar los cálculos pertinentes para determinar los costos de las modificaciones u obras extraordinarias por realizar.*
- l) Registrar en los planos constructivos todas las modificaciones realizadas durante el proceso de construcción, con el fin de obtener los planos finales de la obra ejecutada.*
- m) Aprobar los materiales y equipos por instalar propuestos por el contratista, tomando como guía las especificaciones.*

n) Calificar al personal técnico del contratista y recomendar el reemplazo de aquél que no satisfaga los requisitos necesarios.

o) Velar porque los equipos y maquinaria en la obra se encuentren en buenas condiciones y en el caso de que la obra se realice por contrato, sean los especificados.

p) Verificar que el contratista disponga de todos los diseños, especificaciones, programas de trabajo, licencias, permisos y demás documentos contractuales.

q) Coordinar con el contratista las actividades más importantes del proceso constructivo.

r) Revisar las técnicas y métodos constructivos propuestos por el contratista y en caso necesario, sugerir las modificaciones que estime pertinentes.

s) Exigir al contratista el cumplimiento de las leyes de protección ambiental, laborales, de seguridad social y de seguridad industrial.

t) En proyectos de importancia, preparar memorias técnicas sobre los procedimientos y métodos empleados en la construcción de las obras, para que sean utilizados como fuentes de información en proyectos futuros.

u) Preparar, mensualmente, informes sobre la obra que contengan como mínimo la siguiente información:

- Un análisis del estado del proyecto desde el punto de vista económico y del avance físico, respaldado por los cálculos correspondientes.*
- Los resultados de los ensayos de laboratorio, con comentarios al respecto.*

- *Análisis de la cantidad y calidad de los equipos y maquinaria dispuestos en obra, con recomendaciones al respecto, si es necesario.*
 - *Estadísticas sobre las condiciones climáticas del sitio donde se ejecuta el proyecto (especialmente de la precipitación pluvial) y su incidencia en el desarrollo de los trabajos.*
 - *Referencia sobre la correspondencia intercambiada con el contratista.*
 - *Análisis del personal técnico del contratista*
- v) *Entregar la información producida para las recepciones.*
- w) *Efectuar el finiquito o liquidación económica de las obras a su cargo”.*



CAPÍTULO DÉCIMO CUARTO RECEPCIÓN Y LIQUIDACIÓN

14.1. Actas de Entrega - Recepción

Al culminar la ejecución contractual es necesario recibir la obra, bien o servicio, a efectos de determinar si se dio cumplimiento estricto a las obligaciones asumidas por el contratista.

Roberto Dromi, al referirse al tema manifiesta que “Cuando a juicio del contratista la obra está terminada, según lo contratado, tiene derecho a que la Administración se la reciba. Ésta, previamente, debe proceder a la verificación de la obra.”⁶⁷.

La entrega recepción ha sido considerado por los Organismos de Control como el acto que pone fin a la relación contractual, lo cual implica que el vínculo entre entidad contratante y contratista se mantiene vigente, mientras no se suscriba el acta respectiva, aunque de hecho se hubiera cumplido con las obligaciones contractuales. Esto porque es necesario que para la suscripción del acta de entrega recepción se realice previamente la inspección y verificación de que el contrato de obra, bien o servicio fue cumplido a cabalidad, dando ejecución total a las disposiciones contractuales. La única obligación contractual que subsiste luego de la entrega recepción del contrato es la garantía técnica, cuando se ha previsto la misma en los contratos de adquisición de bienes.

La Ley determina que es el contratista quien debe solicitar a la entidad, que se proceda con la entrega recepción del contrato, cuando considere que ha dado cumplimiento total de las obligaciones contractuales. Una vez recibida la notificación del contratista, la entidad debe pronunciarse dentro del término de diez

⁶⁷ DROMI, ROBERTO, *Derecho Administrativo*, Décima Edición Actualizada. Editorial Ciudad Argentina. Buenos Aires, 2004. Pág. 614.

días, respecto al cumplimiento o no de la ejecución contractual, pudiendo incluso negarse a la recepción de la obra, bien o servicio, motivando justificadamente esta negativa, al considerar que no se hubieran cumplido con todas las obligaciones contractuales asumidas por el contratista. Esta negativa debe notificarse por escrito para conservar constancia de la misma. Si hubieren aspectos a enmendarse en la ejecución contractual, la entidad debe solicitarlos al contratista y el tiempo que se otorgue para dicho efecto, se consideraría incluso mora contractual, cuando las obligaciones no se hubieran cumplido por culpa del contratista, con lo cual se le debería imponer las multas determinadas en el contrato.

El artículo 81 de la LOSNCP determina las Clases de Recepción, clasificándolas en parciales, provisionales y definitivas.

14.2. Recepción provisional, parcial y definitiva

i. Recepción Provisional: 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, que se producirá de conformidad con lo establecido en el contrato y tendrá los efectos de recepción definitiva.

En los contratos de bienes y servicios, una vez que se suscribe el acta de entrega recepción se procede a la devolución de las garantías, salvo la técnica, que de haberla, empezará a correr su vigencia desde esa fecha, acorde con lo previsto en el artículo 76 de la LOSNCP.

ii. Recepción definitiva: En los contratos de ejecución de obra, así como en los contratos integrales por precio fijo, la Ley determina que existirán una recepción provisional y una definitiva.

La recepción definitiva debe realizarse, a pedido del contratista, una vez que transcurra el término mínimo de seis meses contados

desde la fecha de suscripción del acta de entrega recepción provisional. Este tiempo mínimo de seis meses, se considera el mínimo adecuado, para poder determinar si existen errores o inconsistencias en la ejecución del contrato, pues dentro del mismo pueden descubrirse incluso vicios ocultos en la obra, los que deben ser reparados inmediatamente por el contratista, quien además es responsable de la custodia de la obra entre la recepción provisional y la definitiva.

El artículo 123 del Reglamento General de la LOSNCP regula el tema de la recepción definitiva y al respecto dispone:

***“Artículo 123.- Recepción definitiva.-** En los contratos de obra, la recepción definitiva procederá una vez transcurrido el término previsto en el contrato, que no podrá ser menor a seis meses, a contarse desde la suscripción del acta de recepción provisional total o de la última recepción provisional parcial, si se hubiere previsto realizar varias de éstas.*

En el caso de consultoría, una vez que se hayan terminado todos los trabajos previstos en el contrato, el consultor entregará a la entidad contratante el informe final provisional; cuya fecha de entrega servirá para el cómputo y control del plazo contractual. Salvo que en el contrato se señale un tiempo menor, la entidad contratante dispondrá de 15 días término para la emisión de observaciones y el consultor de 15 días término, adicionales para absolver dichas observaciones y presentar el informe final definitivo. Dependiendo de la magnitud del contrato, estos términos podrán ser mayores, pero deben constar obligatoriamente en el texto del contrato.

El acta de recepción definitiva será suscrita por las partes, en el plazo previsto en el contrato, siempre que no existan observaciones pendientes en relación con los trabajos de consultoría y el informe final definitivo del estudio o proyecto”.

Para el caso de contratos de obra, la garantía de fiel cumplimiento del contrato es devuelta únicamente cuando se suscribe esta acta de entrega recepción definitiva.

iii. Recepciones parciales: El artículo 81 de la LOSNCP determina que en las contrataciones en que se pueda receptor las obras, bienes o servicios por etapas o de manera sucesiva, podrán efectuarse recepciones parciales. Sin embargo, siempre será necesario que se suscriba el acta de entrega recepción definitiva, una vez que se cumpla con todas las entregas parciales, para que de esta forma se verifique el cumplimiento cabal de las obligaciones contractuales.

El tratadista Roberto Dromi, al respecto, menciona que “Se considera recepción parcial la realizada sobre partes de la obra concluida, que estén en condiciones de ser liberadas al uso. (...) Si la Administración habilita parcialmente una obra, el contratista tiene derecho a que se le reciba provisionalmente la parte habilitada, aun sin estar prevista en el contrato”⁶⁸.

iv. Recepción presunta: Independientemente de si la recepción es provisional, definitiva o parcial, 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 10 días de término determinados en el artículo 122 del Reglamento de la LOSNCP, 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. El efecto de esta notificación es que se considera que ha operado la recepción presunta, tras lo cual, la entidad deberá realizar la liquidación del contrato.

⁶⁸ Obra citada. Pág. 614.

14.3. Comisión de Recepción

El artículo 124 del Reglamento General de la LOSNCP determina cual debe ser el contenido de las actas de entrega recepción, provisionales o definitivas, determinando que las mismas serán suscritas por el contratista, o su representante en el caso de ser persona jurídica; y, los integrantes de la Comisión designada por la máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado para el efecto, la misma que estará conformada por el administrador del contrato⁶⁹ y un técnico que no haya intervenido en el proceso de ejecución del contrato.

Añade el artículo en mención que las actas contendrán los antecedentes, condiciones generales de ejecución, condiciones operativas, liquidación económica, liquidación de plazos, constancia de la recepción, cumplimiento de las obligaciones contractuales, reajustes de precios pagados, o pendientes de pago y cualquier otra circunstancia que se estime necesaria. En las recepciones provisionales parciales, se hará constar como antecedente los datos relacionados con la recepción precedente. La última recepción provisional incluirá la información sumaria de todas las anteriores.

Las actas de entrega recepción deben ser publicadas en el portal de compras públicas, pues de conformidad con el artículo 13 de la LOSNCP, las mismas son consideradas como información relevante de los procedimientos de contratación pública.

⁶⁹ Norma de Control Interno de la Contraloría General del Estado No. 408-17: "Administrador del contrato.- Son funciones del administrador del contrato: (...)

h) Intervenir en las actas de entrega recepción provisional, parcial, total y definitiva"

14.4. Liquidación del contrato

Para finalizar este capítulo debemos referirnos a la Liquidación del contrato, la que se encuentra regulada en el artículo 125 del Reglamento General de la LOSNCP, el que determina que en la liquidación económico contable del contrato se dejará constancia de lo ejecutado, se determinarán los valores recibidos por el contratista, los pendientes de pago o los que deban deducirse o deba devolver por cualquier concepto, aplicando los reajustes correspondientes. Podrá también procederse a las compensaciones a que hubiere lugar. La liquidación final será parte del acta de recepción definitiva. Se agrega que los valores liquidados deberán pagarse dentro de los diez días siguientes a la liquidación; vencido el término causarán intereses legales y los daños y perjuicios que justificare la parte afectada.



CAPÍTULO DÉCIMO QUINTO

CONTROVERSIAS

15.1. Generalidades

En la fase de ejecución de un contrato administrativo, como en cualquier relación contractual entre dos o más intervinientes, pueden suscitarse diferencias, discrepancias, conflictos o controversias que no puedan ser solventadas de mutuo acuerdo solamente por las partes. Ante esto, y en orden a aprovechar de las herramientas e instituciones legales vigentes en el Ecuador, el legislador ha incluido dentro de la LOSNCP la posibilidad de acceder a los métodos alternativos de solución de conflictos a través de la Ley de Arbitraje y Mediación ecuatoriana. Sin embargo, al tratarse de contratos administrativos, en los cuales necesariamente una de las partes tiene que ser una entidad pública o en general una de las personas jurídicas mencionadas en el artículo 1 de la LOSNCP, que aunque sean privadas actúan en ejercicio de potestades públicas, propias o delegadas, para la prestación de servicios públicos o con el uso de fondos públicos, el manejo de estos métodos alternativos de solución de conflictos tiene sus particularidades, restricciones y limitaciones.

La intención de facultar legalmente a la utilización de estos métodos, es la solución ágil, oportuna, rápida y directa de las diferencias y discrepancias que surjan de una actividad contractual. Cabe mencionar que el artículo 106 del RLOSNCP incluye a la conciliación, amigable composición y transacción, como mecanismos adicionales para cumplir esta finalidad.

15.2. Arbitraje

En relación al mecanismo alternativo de solución de conflictos llamado arbitraje, debemos iniciar analizando el contenido del artículo 1 de la ley de Arbitraje y Mediación:

Art. 1.- El sistema arbitral es un mecanismo alternativo de solución de conflictos al cual las partes pueden someter de mutuo acuerdo, las controversias susceptibles de transacción, existentes o futuras para que sean resueltas por los tribunales de arbitraje administrado o por árbitros independientes que se conformaren para conocer dichas controversias.

Por otro lado, el artículo 3 de esta misma ley prevé que las partes deben decidir si los árbitros que designen resuelvan el conflicto en equidad o en derecho; para el segundo caso: *“Si el laudo debe expedirse fundado en derecho, los árbitros deberán atenerse a la ley, a los principios universales del derecho, a la jurisprudencia y a la doctrina. En este caso, los árbitros deberán ser abogados.”*

Particularmente en la contratación pública, es el artículo 104 de la LOSNCP el que faculta a los intervinientes en un contrato administrativo a utilizar los procesos de mediación y arbitraje. Para esto, la principal condición es que el arbitraje debe ser en derecho. Tanto el artículo antes citado de la ley, como el 161 de su Reglamento, incluyen la obligatoriedad de esta condición para poder acudir a este mecanismo alternativo de solución de conflictos.

Por otro lado, el incluir o no una cláusula compromisoria o convenio arbitral no debe entenderse como una obligatoriedad para los contratos administrativos, ya que solamente los que pretendan acceder al arbitraje para solucionar controversias deben incluir una cláusula compromisoria, por lo que los contratos administrativos que no la contengan, no están afectados en su validez; el efecto de dicha ausencia es simplemente la imposibilidad de acceder a arbitraje hasta que no se celebre un convenio arbitral entre las partes.

Para los casos en que no se haya incluida una cláusula compromisoria en el contrato, y ante una situación de conflicto o contro-

versias en que las partes no accedan de mutuo acuerdo a aplicar los procesos de mediación y arbitraje, se acudirá a sede judicial y el procedimiento se lo ventilará ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo aplicando para ello la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, de conformidad con el artículo 105 de la LOSNCP. El artículo 163 del RLOSNCP aclara que la jurisdicción de este litigio judicial será en el domicilio del demandado.

Adicionalmente, en el numeral 18.03 de la cláusula DECIMO OCTAVA del proyecto de contrato contenido en el modelo de pliegos obligatorio emitido por el INCOP, se aclara que la competencia para entidades contratantes de derecho privado, en caso de que éstas decidieren no acceder a los métodos alternativos de solución de conflictos, es la justicia ordinaria.

Disposición General QUINTA.- Autorización Previa.- Previa autorización por el Procurador General del Estado, podrá aceptarse otra jurisdicción y legislación para la solución de divergencias o controversias relativas a contratos, celebrados por el Estado y las entidades y organismos del sector público con gobiernos, entidades públicas o privadas extranjeras.

i. Convenio Arbitral

El convenio arbitral, que podría estar contenido en la cláusula compromisoria dentro del contrato administrativo, o bien podría celebrarse entre las partes en forma posterior a pedido de cualquiera de ellas, antes o después del conflicto o controversia, debe cumplir con lo previsto en el artículo 161 de la RLOSNCP y artículos 4 y 5 de la Ley de Arbitraje y Mediación.

Conforme el primero, los árbitros serán tres (3), a menos que las partes decidan acudir a un árbitro único, siendo mandatario que

para las controversias en contratos o relaciones de menor cuantía, habrá un solo árbitro. Todo los demás aspectos, especialmente la designación, requerimiento, constitución y funcionamiento del tribunal de arbitraje, se registrá por las normas contractualmente estipuladas o las que resulten aplicables, es decir las contenidas en la Constitución de la República y la Ley de Arbitraje y Mediación, las que analizaremos más adelante.

Para facilitar la formación de un convenio arbitral completo dentro de una cláusula compromisoria, el INCOP ha incluido en sus modelos de pliegos obligatorios las condiciones y elementos que éste debe contener, que son:

- El arbitraje será en Derecho;
- Designación del Centro de Arbitraje;
- Serán aplicables las disposiciones de la Ley de Arbitraje y Mediación, y las del reglamento del Centro de Arbitraje;
- El Tribunal Arbitral se conformará por un árbitro único o de un número impar según acuerden las partes. Si las partes no logran un acuerdo, el Tribunal se constituirá con tres árbitros. El procedimiento de selección y constitución del Tribunal será el previsto en la Ley y en el Reglamento del Centro de Arbitraje;
- Los árbitros serán abogados y preferiblemente con experiencia en el tema que motiva la controversia. Los árbitros nombrados podrán no pertenecer a la lista de árbitros del Centro;
- Los asuntos resueltos mediante el laudo arbitral tendrán el mismo valor de las sentencias de última instancia dictadas por la justicia ordinaria;
- La legislación ecuatoriana es aplicable a este Contrato y a su interpretación, ejecución y liquidación;
- Designación de la sede del arbitraje.
- El idioma del arbitraje será el Castellano

Adicionalmente, se fija como límite para expedir el laudo arbitral el término máximo de 90 días, contados desde la posesión de él o los árbitros. Obviamente, cabe recordar que éste, así como todos los elementos que no constituyen obligación legal o reglamentaria, pueden ser modificados y por consiguiente diferir de los establecidos en los modelos del INCOP, bajo responsabilidad de la máxima autoridad de la entidad.

Es importante mencionar que, conforme el literal d) del artículo 4 de la Ley de Arbitraje y Mediación, el convenio arbitral, por medio del cual la institución del sector público renuncia a la jurisdicción ordinaria, deberá ser firmado por la persona autorizada para contratar a nombre de dicha institución.

Cabe mencionar que según el artículo 162 del RLOSNCP, en el caso de suscribirse un convenio arbitral que no se hubiere pactado en el contrato administrativo dentro de una cláusula compromisoria, deberá señalarse en éste la materia objeto del arbitraje, la designación de árbitros, el lugar de funcionamiento del tribunal y la forma de cubrir los costos del mismo. Sin embargo, lo más relevante en este caso, es el requerimiento de informe favorable previo de la Procuraduría General del Estado.

ii. Autorización previa de la Procuraduría General del Estado:

Para que las entidades contempladas en el artículo 1 de la LOSNCP puedan acceder a un procedimiento de arbitraje para solucionar un conflicto originado en una relación de contratación pública, deben contar previamente con un pronunciamiento favorable de parte del Procurador General del Estado. Esta disposición está contenida en el segundo inciso del artículo 190 de la Constitución de la República:

Art. 190.- Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir.

En la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley.

En relación a esta disposición y para su aplicación, la Procuraduría General del Estado emitió el oficio circular No. 09258 el 15 de septiembre de 2009. Conforme este oficio, el Procurador General del Estado dispone que: *“Se requiere el pronunciamiento previo de la Procuraduría General del Estado, para proceder a la suscripción de todo convenio arbitral, en materias reguladas por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.”* Y más adelante concluye: *“La Constitución de la República demanda el pronunciamiento del Procurador General del Estado previa la suscripción del convenio arbitral, por lo que es criterio de esta Procuraduría General del Estado que aquellas instituciones o empresas regidas por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, deben solicitar este pronunciamiento previa la suscripción de cualquier convenio arbitral, sea para controversias existentes o que puedan surgir en el futuro.”*

Esto implica que, no solo se necesita el pronunciamiento previo del representante judicial del Estado para que el arbitraje en contratación pública proceda, conforme lo prevé la Constitución de la República, sino que también se necesita de dicha autorización para la suscripción de todo convenio arbitral para dicha materia; es decir, que para toda suscripción de contrato administrativo, al amparo de la LOSNCP, que contenga una cláusula compromisoria o convenio arbitral, se requiere de forma previa el pronunciamiento del Procurador General del Estado. A continuación un análisis completo sobre este tema:

Conforme el artículo constitucional, para que el arbitraje en la contratación pública proceda, debe existir un pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, debiendo observarse *“las condiciones establecidas en la ley”*, las cuales constan en la Ley de Arbitraje y Mediación.

El artículo 4 de esta ley, señala:

“Art. 4.- Podrán someterse al arbitraje regulado en esta Ley las personas naturales o jurídicas que tengan capacidad para transigir, cumpliendo con los requisitos que establece la misma.

Para que las diferentes entidades que conforman el sector público puedan someterse al arbitraje, además de cumplir con los requisitos que establece esta Ley, tendrán que cumplir los siguientes requisitos adicionales:

a) Pactar un convenio arbitral, con anterioridad al surgimiento de la controversia; en caso de que se quisiera firmar el convenio una vez surgida la controversia, deberá consultarse al Procurador General del Estado, dictamen que será de obligatorio cumplimiento;...” (el subrayado y negrillas me pertenecen)

Conforme las condiciones establecidas en la ley de Arbitraje y Mediación, a las cuales el artículo 190 de la Constitución de la República somete expresamente su aplicación, para que las diferentes entidades que conforman el sector público puedan someter una controversia a arbitraje, deben pactar, antes o después de surgida la misma, un convenio arbitral.

No obstante, es importante aclarar que el artículo 190 de la Constitución de la República prevé la necesidad de un pronunciamiento favorable del Procurador General del Estado para que proceda el arbitraje en derecho, es decir, en forma previa a someter efectivamente a arbitraje una controversia ocurrida y aplicar este méto-

do alternativo de solución de conflictos a un caso puntual. Adicionalmente, se podría entender que se obliga a una revisión del contenido del Convenio Arbitral. El oficio de la Procuraduría General del Estado, señala: *"La Constitución de la República demanda el pronunciamiento del Procurador General del Estado previa la suscripción del convenio arbitral..."*; se trata de dos momentos o instancias distintas dentro de la jurisdicción y procedimiento arbitral: la primera, que consiste en la celebración de un convenio arbitral, para lo cual ni la Constitución de la República, ni la Ley de Arbitraje y Mediación, contemplan la necesidad de solicitar el pronunciamiento del Procurador General del Estado, salvo el caso de que haya ocurrido previamente la controversia; y, la segunda: proceder con el arbitraje en una controversia efectivamente ocurrida, para lo cual, tanto Constitución de la República, como Ley de Arbitraje y Mediación, prevén la necesidad de contar con el pronunciamiento favorable del Procurador.

Más aún, debe considerarse que, el precepto constitucional que obliga a obtener previamente el pronunciamiento del Procurador General del Estado para que el arbitraje en contratación pública proceda, busca que éste funcionario analice la conveniencia de someter una controversia puntual a la jurisdicción arbitral; es decir, el Procurador General del Estado debe tener los suficientes elementos de juicio y conocer las particularidades de la controversia específica ocurrida, para poder decidir y pronunciarse sobre la conveniencia de su sometimiento a arbitraje, motivando debidamente su decisión conforme lo manda la Constitución de la República. De solicitarse el pronunciamiento del Procurador para la celebración de un convenio arbitral, es decir, en forma previa a la ocurrencia de la controversia, éste no podría pronunciarse sobre un caso que aún no existe, una controversia que aún no ocurre; no obstante, se pronunciaría únicamente sobre los términos del convenio arbitral, como por ejemplo sobre las cláusulas patológicas (las que no determinan claramente su contenido y alcance).

Por otro lado, es importante aclarar que en los modelos obligatorios expedidos por el INCOP para proyectos de contratos administrativos, erróneamente se denomina “*convenio arbitral*” a una de sus cláusulas, ya que ésta no cumple el requisito más importante previsto en el artículo 5 de la Ley de Arbitraje y Mediación para ser considerado como tal, que es expresar su firme e inequívoca decisión de someterse a arbitraje. Según este artículo, convenio arbitral es el acuerdo escrito en virtud del cual las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual.

En efecto, el texto del “convenio arbitral” que consta en los modelos de pliegos obligatorios emitidos por el INCOP, inicia señalando:

“Si se suscitaren divergencias o controversias en la interpretación o ejecución del presente contrato, cuando las partes no llegaren a un acuerdo amigable directo, podrán utilizar los métodos alternativos para la solución de controversias en el Centro de Mediación y Arbitraje.” (el subrayado y negrillas son mías).

Más adelante, continúa:

“En el caso de que se opte por la jurisdicción voluntaria, las partes acuerdan someter las controversias relativas a este contrato, su ejecución, liquidación e interpretación a arbitraje y mediación... (.). 21.03.- Si respecto de la divergencia o divergencias suscitadas no existiere acuerdo, y **las partes deciden someterlas al** procedimiento establecido en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, será competente para conocer la controversia el Tribunal Provincial de lo Contencioso Administrativo que ejerce jurisdicción en el domicilio de la Entidad del sector público. Las entidades contratantes de derecho privado, en este caso, recurrirán ante la justicia ordina-

ria. (Para este numeral, los pliegos se ajustarán dependiendo de la condición jurídica de la CONTRATANTE)." (el subrayado y resaltado son míos).

Resulta evidente entonces, que lo contenido en este texto no consiste un convenio arbitral según los términos establecidos en el artículo citado anteriormente de la Ley de Arbitraje y Mediación, ya que en virtud del mismo, las partes NO SOMETEN a arbitraje todas o ciertas controversias, sino que dejan a la libre voluntad de ellas la decisión de hacerlo, en el futuro, lo cual consiste una condición incierta. Más aún, en la misma cláusula de DIVERGENCIAS Y CONTROVERSIAS de los modelos de pliegos del INCOP, donde figura este erróneamente denominado "convenio arbitral", consta también la posibilidad de las partes, de decidir NO SOMETER A ARBITRAJE las divergencias o controversias ocurridas, para lo cual se determina que el procedimiento aplicable será el establecido en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

15.3. Mediación

La mediación es otro de los mecanismos alternativos de solución de conflictos que el legislador ha facultado a las entidades y empresas contempladas en el artículo 1 de la LOSNCP a utilizar. El artículo 43 de la Ley de Arbitraje y Mediación la define como: *"... un procedimiento de solución de conflictos por el cual las partes, asistidas por un tercero neutral llamado mediador, procuran un acuerdo voluntario, que verse sobre materia transigible, de carácter extrajudicial y definitivo, que ponga fin al conflicto."*

Así mismo, los incisos segundo y tercero del artículo 44 de la misma ley disponen que pueden someterse al procedimiento de mediación, sin restricción alguna, las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, legalmente capaces para transigir; y, que el Estado o las instituciones del sector público podrán someterse

a mediación, a través del personero facultado para contratar a nombre de la institución respectiva. La facultad del personero podrá delegarse mediante poder.

De tal forma, podemos rescatar uno de los puntos más polémicos dentro del tema de mediación en aspectos relacionados con la contratación pública: la materia transigible. Existen varios aspectos en una relación contractual administrativa que pueden ser considerados de materia transigible. Sin embargo, hasta qué punto pueden ser considerados de materia transigible aspectos relacionados con fondos públicos, como por ejemplo: condonación de multas, incumplimiento de obligaciones pactadas contractualmente, y otras, en las que son intereses institucionales y nacionales los que están de por medio.

Por otro lado, existen elementos y factores contractuales que influyeron directamente en la adjudicación del contrato, que entendemos no deberían ser objeto de posterior mediación, como por ejemplo: el plazo de entrega o ejecución del contrato, el precio, la metodología y forma de ejecución el contrato, etc. Variaciones sustanciales en estos elementos implicarían una violación de los principios de trato justo y equidad, ya que quien resultó adjudicatario del proceso en base al cual se suscribió el contrato, precisamente supero a otros oferentes gracias a estos aspectos particulares de su propuesta, resultaría por consiguiente injusto y atentatorio contra los anteriores principios fundamentales de la contratación pública, el modificar posteriormente estos elementos del contrato a través de una mediación.

Adicionalmente, existen aspectos contractuales que son de obligatorio cumplimiento tanto por parte de los contratistas como de la entidad contratante, como por ejemplo la obligación de imposición de multas y otro tipo de sanciones frente a incumplimientos del contratista. El pactar o mediar sobre estos aspectos, implicaría una condonación de deudas o la no imposición de sancio-

nes que deben respetarlas todos los actores de la contratación pública. Estos aspectos tampoco deberían ser objeto de mediación por no constituir materia transigible.

Finalmente, en caso de que instaurada una mediación en la que participe por lo menos una entidad o empresa de las contempladas en el artículo 1 de la LOSNCP, debe necesariamente participar un delegado de la Procuraduría General del Estado y avalar que en caso de llegarse a un acuerdo y celebrarse un acta de acuerdo, total o parcial, no se violen principios y normas públicas, ni se afecten los intereses del estado. Esta obligación consta en el artículo 6 incisos 1 y 5 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado.

15.4. Arbitraje y Mediación Internacional

El artículo 11 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado también contempla la posibilidad de sometimiento a procedimientos de arbitraje y mediación de las entidades y organismos del sector público. Esta disposición orgánica señala:

Art. 11.- Del arbitraje y la mediación.- Los organismos y entidades del sector público podrán someterse a procedimientos de arbitraje de derecho y a la mediación nacional o internacional, de acuerdo a lo establecido en la Ley de Arbitraje y Mediación, o en instrumentos internacionales que los faculte, previa la suscripción del respectivo convenio.

Surgida la controversia, los organismos y entidades del sector público pueden someterse a arbitraje de derecho o mediación, de conformidad con las leyes pertinentes. Para someterse al arbitraje internacional requerirán además la autorización de la Procuraduría General del Estado.

La disposición antes citada no solo refuerza la potestad legal de acudir a mecanismos alternativos de solución de conflictos, sino que prevé algo particular: la posibilidad de acudir a arbitrajes o mediación internacionales, de acuerdo a instrumentos internacionales que provengan de convenios suscritos previamente; y, para el caso de arbitraje internacional, impone la obligatoriedad de autorización de parte de la Procuraduría General del Estado.

Así mismo, los artículos 41 y 42 de la Ley de Arbitraje y Mediación contienen las disposiciones relacionadas con arbitraje internacional. Para que el Estado o las instituciones del sector público puedan someterse al arbitraje internacional, se estará a lo dispuesto en la Constitución y leyes de la República.

Precisamente para esto, deben tenerse en cuenta no solo las normas antes citadas y analizadas, sino también particularmente el artículo de la Constitución de la República, que dispone:

Art. 422.- No se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas.

Se exceptúan los tratados e instrumentos internacionales que establezcan la solución de controversias entre Estados y ciudadanos en Latinoamérica por instancias arbitrales regionales o por órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios. No podrán intervenir jueces de los Estados que como tales o sus nacionales sean parte de la controversia.

En el caso de controversias relacionadas con la deuda externa, el Estado ecuatoriano promoverá soluciones arbitrales en función del origen de la deuda y con sujeción a los principios de transparencia, equidad y justicia internacional.

CAPÍTULO DÉCIMO SEXTO

TERMINACIÓN DEL CONTRATO

16.1. Causas para la terminación del contrato

El artículo 92 de la LOSNCP determina las formas en las cuales terminan los contratos previstos en esta ley y establece las siguientes causales generales:

- 1. Por cumplimiento de las obligaciones contractuales;*
- 2. Por mutuo acuerdo de las partes;*
- 3. Por sentencia o laudo ejecutoriados que declaren la nulidad del contrato o la resolución del mismo a pedido del contratista;*
- 4. Por declaración unilateral del contratante, en caso de incumplimiento del contratista; y,*
- 5. 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.*

Analicemos a continuación cada una de estas causas:

16.1.1. Por cumplimiento de las obligaciones contractuales

Esta forma de terminación es la más óptima, pues implica que se dio cumplimiento a las obligaciones establecidas en el contrato, por lo que debe entenderse que el contratista entregó a satisfacción de la entidad contratante la obra, bien o servicio, conforme se determinó en el contrato; y, la entidad debe proceder a realizar la contraprestación respectiva que consiste en el pago por dicha obra, bien o servicio. Para culminar la relación contractual será necesario que se suscriba el acta de entrega recepción (definitiva luego de la provisional, si el contrato era de obra) y adicionalmente que se realice la liquidación económica del contrato. Una vez suscrita el acta de entrega recepción definitiva se entiende que ha

culminado el vínculo contractual entre la entidad contratante y el contratista.

16.1.2. Por mutuo acuerdo de las partes

El artículo 93 de la LOSNCP determina que ante 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, las partes podrán, por mutuo acuerdo, convenir en la extinción de todas o algunas de las obligaciones contractuales, en el estado en que se encuentren.

Las circunstancias que permiten terminar de mutuo acuerdo un contrato deben ser alegadas y demostradas por la parte que las ha sufrido y determinar que efectivamente impedirían la ejecución contractual, pues caso contrario solo nos encontraríamos frente a un caso que ameritaría una prórroga contractual. Las circunstancias pueden ser técnicas como por ejemplo diseños inejecutables, o económicas como la falta de financiamiento de un proyecto, que no se deba a causas imputables a la entidad contratante. Todas estas situaciones deben cumplir obligatoriamente con el requisito de que sean imprevistas, es decir, que fueron ajenas a la voluntad de las partes contratantes.

Así mismo, se reconoce como causales para la terminación por mutuo acuerdo de un contrato, las circunstancias de caso fortuito o de fuerza mayor, para lo cual debe considerarse la definición del artículo 30 del Código Civil y que analizamos en el tema de las contrataciones de emergencia. En este caso también corresponde a la parte que sufre las consecuencias del caso fortuito o de fuerza mayor probarlas.

En el evento de que pese a que se demuestren las circunstancias imprevistas, técnicas o económicas, o causas de fuerza mayor o

caso fortuito, que impiden la ejecución contractual, la otra parte no aceptare la terminación por mutuo acuerdo, es posible que se de por terminado el contrato de manera unilateral, entendiéndose que si la entidad contratante es quien demostró dichas circunstancias puede proceder con la terminación unilateral; mientras que si es el contratista quien ha demostrado las circunstancias, puede demandar la terminación del contrato ante el juez competente. Esto de conformidad con lo previsto en el artículo 94, numeral 7, de la LOSNCP.

Para terminar el contrato por mutuo acuerdo será necesario la suscripción entre las partes de un *Convenio de terminación por mutuo acuerdo*, en el cual constarán determinadas las circunstancias que lo motivan y justifican, así como la correspondiente liquidación económica del contrato. En este convenio se deberá determinar también el estado final en el que se reciben los bienes, obras o servicios; y, con la suscripción del convenio se entiende que la relación contractual queda terminada y se desvinculan las partes.

Vale la pena mencionar que conforme al artículo 93 de la LOSNCP, la terminación por mutuo acuerdo no implicará renuncia a derechos causados o adquiridos en favor de la Entidad Contratante o del contratista. Adicionalmente, dicha entidad no podrá celebrar contrato posterior sobre el mismo objeto con el mismo contratista.

Así mismo, como un particular especial de esta forma de terminar los contratos, debemos mencionar que puede terminarse de mutuo acuerdo todo el contrato o sólo parte de ellos, con lo cual, en este último caso, el contratista podría continuar ejecutando aquella parte del contrato que no fue terminada de mutuo acuerdo.

16.1.3. Por sentencia o laudo ejecutoriados que declaren la nulidad del contrato o la resolución del mismo a pedido del contratista

Frente al incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de la entidad contratante, el contratista no puede optar por declarar la terminación anticipada y unilateral, pero puede iniciar el procedimiento legal respectivo, para lo cual debe demandar ante los órganos judiciales respectivos, la resolución o terminación del contrato.

El artículo 96 de la LOSNCP determina como causales para que el contratista pueda demandar dicha resolución del contrato, las siguientes:

- “1. Por incumplimiento de las obligaciones contractuales por más de sesenta (60) días;*
- 2. Por la suspensión de los trabajos por más de sesenta (60) días, dispuestos por la entidad sin que medie fuerza mayor o caso fortuito;*
- 3. Cuando los diseños definitivos sean técnicamente inejecutables o no se hubieren solucionado defectos de ellos, en este caso, la Entidad Contratante iniciará las acciones legales que correspondan en contra de los consultores por cuya culpa no se pueda ejecutar el objeto de la contratación; y,*
- 4. Cuando, ante circunstancias técnicas o económicas imprevistas o de caso fortuito o fuerza mayor, debidamente comprobadas, la Entidad Contratante no hubiere accedido a terminar de mutuo acuerdo el contrato.*

En ningún caso se considerará que las Entidades Contratantes se hallan en mora del pago, si el anticipo entregado no ha sido devengado en su totalidad”.

16.1.4. Por declaración unilateral del contratante, en caso de incumplimiento del contratista

Consecuencia de la denominada *cláusula exorbitante de la administración*, que otorga a la administración pública una serie de facultades y privilegios por sobre el particular, en la relación contractual, la LOSNCP establece la posibilidad que la entidad contratante pueda dar por terminado, mediante resolución motivada, el contrato, cuando se configura incumplimiento contractual injustificado del contratista.

La terminación anticipada y unilateral de un contrato implica una sanción al contratista, la cual analizaremos a continuación, pero en virtud de ello, es necesario garantizar el debido proceso reconocido en la Constitución de la República al contratista; por lo tanto, se sigue un proceso administrativo en el cual el contratista puede defenderse y solo en el evento de que no justifique el incumplimiento procederá la terminación unilateral, mediante resolución motivada de la máxima autoridad de la entidad contratante.

El artículo 94 de la LOSNCP establece como causales para que la entidad contratante pueda declarar la terminación anticipa y unilateral del contrato las siguientes:

- “1. Por incumplimiento del contratista;*
- 2. Por quiebra o insolvencia del contratista;*
- 3. Si el valor de las multas supera el monto de la garantía de fiel cumplimiento del contrato;*

4. *Por suspensión de los trabajos, por decisión del contratista, por más de sesenta (60) días, sin que medie fuerza mayor o caso fortuito;*
5. *Por haberse celebrado contratos contra expresa prohibición de esta Ley;*
6. *En los demás casos estipulados en el contrato, de acuerdo con su naturaleza; y,*
7. *La Entidad Contratante también podrá declarar terminado anticipada y unilateralmente el contrato 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 este caso, no se ejecutará la garantía de fiel cumplimiento del contrato ni se inscribirá al contratista como incumplido”.*

Básicamente todas estas causales están relacionadas al incumplimiento de las obligaciones contractualmente establecidas, por parte del contratista. Es necesario referirnos a ciertos particulares de las mismas:

La quiebra que se establece para personas jurídicas y la insolvencia para personas naturales, implica que el contratista se encuentra en una situación económica tan complicada que le impedirá continuar con la ejecución contractual, pues en contra del mismo se pueden iniciar incluso acciones civiles o penales que le impedirían administrar su patrimonio. Es en esa virtud, que se considera que en defensa de los intereses públicos y para salvaguardar los recursos públicos, se puede declarar la terminación anticipada y unilateral del contrato.

Por haberse celebrado contratos contra expresa prohibición de la LOSNCP, se refiere a aquellos casos en los cuales no se han observado disposiciones de dicha ley que impiden la celebración de contratos, por ejemplo, celebrar contratos subdivididos, incumpliendo la prohibición expresa que consta en la Disposición

General Segunda de la LOSNCP. Así mismo, nos encontramos en esta situación si se suscribe un contrato con algún proveedor incurso en las prohibiciones generales o especiales previstas en los artículos 62 y 63 de la LOSNCP, respectivamente. En estas circunstancias, se considera que el contratista debió prever la sanción que se le impondría, pues estas prohibiciones legales se presumen conocidas por todos. Adicionalmente, la entidad debe terminar con una relación contractual en la que la se generó la misma violando las disposiciones legales aplicables.

En los demás casos estipulados en el contrato, según su naturaleza, como por ejemplo en los contratos de obra, en los cuales es obligación del contratista cumplir con las órdenes de la fiscalización; o, en el caso de un contrato de adquisición de bienes, brindar el mantenimiento rutinario y correctivo, cuando se acordó lo mismo en el contrato. Incumplir estas obligaciones particulares que se determinan en razón de contratos específicos, ocasiona incumplimiento contractual y por tanto justifica o motiva el inicio del trámite de la terminación anticipada y unilateral del contrato. En este particular podemos mencionar también como ejemplo la falta de renovación de las garantías entregadas por el contratista y aceptadas por la entidad contratante.

Finalmente, cabe la posibilidad de que aunque existan circunstancias que motivan una terminación por mutuo acuerdo del contrato, el contratista no acepte terminarlo por esa vía, ante lo cual se prevé que la entidad pública pueda terminar de forma anticipada y unilateral el contrato, pero en este caso no se impondrá la sanción correspondiente al contratista.

16.1.5. Por muerte del contratista o por disolución de la persona jurídica contratista

En materia de contratación pública no cabe ni la cesión ni la transferencia de los contratos. Esto en razón de que el contratista

fue escogido luego de un procedimiento precontractual en el que fue evaluado y se determinó que es él quien debe ejecutar el contrato, en razón de sus conocimientos y capacidades específicas. El artículo 78 de la LOSNCP determina:

“Art. 78.- Cesión de los Contratos.- El contratista está prohibido de ceder los derechos y obligaciones emanados del contrato.”

En tal virtud, con la muerte del contratista termina la relación contractual, sin que pueda heredarse el contrato, aunque alguno de los herederos pudiese continuar con la ejecución contractual.

Para el caso de las personas jurídicas debe considerarse que la relación contractual termina solo si la disolución de la misma no es fruto de decisión voluntaria de los órganos competentes de la sociedad. Permitir a la compañía que por su propia decisión pueda disolverse, podría permitir fraudes en contra de la administración, al extinguirse la contratista sin cumplir las obligaciones que contrajo en razón del contrato suscrito. Es decir, que la disolución debe ser fruto de una disposición de un órgano de control por ejemplo, para lo cual previamente se debe verificar si existen contratos públicos suscritos por la compañía, a efectos de garantizar el cabal cumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas.

16.2. Trámite

El procedimiento que debe seguirse para la terminación anticipada y unilateral de un contrato, de conformidad con el artículo 95 de la LOSNCP y 146 de su Reglamento General de aplicación es el siguiente:

- a) La fiscalización o administración del contrato, según corresponda, determinará el incumplimiento en el que habría incurrido el contratista y lo notificará a la máxima

autoridad de la entidad contratante. De considerar que procede la terminación del contrato, dispondrá el inicio del trámite de terminación, solicitando los siguientes informes:

- Técnico, en el que se determine la circunstancia que motiva la terminación anticipada y unilateral, así como el estado de avance de la ejecución contractual.
 - Económico, en el que se determinen los pagos que se realizaron al contratista, así como la situación de las garantías que otorgó.
 - Consideramos importante también contar con un informe Jurídico, en el que se determine específicamente la causal de terminación del contrato.
- b) Una vez que se cuente con los informes mencionados en el literal anterior, se notificará al contratista con la decisión de terminar anticipada y unilateralmente el contrato, determinándose el incumplimiento o mora en la que ha incurrido. Se remitirá junto a la notificación los informes técnico y económico y se le solicitará que en el término de diez (10) días justifique o remedie el incumplimiento. El artículo 146 del Reglamento General de la LOSNCP determina que además de notificarse al contratista, esta decisión de terminación anticipada y unilateral deberá ser notificada a las aseguradoras, garantes o bancos que hubieren emitido las garantías del contrato, adjuntado los informes técnico y económico.
- c) Si el contratista no justificare el incumplimiento o no remediare la mora, en el término concedido, o incluso si no se pronunciare sobre la notificación, la entidad declarará terminado anticipada y unilateralmente el contrato, para lo cual la máxima autoridad emitirá la resolución corres-

pondiente, debidamente motivada. Puede suceder también de que los justificativos planteados no fueren aceptados por la entidad, ante lo cual se emitirá la resolución respectiva de terminación anticipada y unilateral.

- d) Una vez declarada la terminación anticipada y unilateral, la resolución se comunicará al INCOP y se publicará en el portal de compras públicas. Además, se realizará la liquidación financiera y contable del contrato, determinando el avance efectivo de las obras, bienes y servicios, así como los valores que se deben las partes. Finalmente, se impondrán las sanciones que constan a continuación:

16.3. Sanciones

Básicamente, las sanciones que se imponen al contratista, en caso de terminación anticipada y unilateral del contrato son las siguientes:

- a) Inscripción en el registro de contratistas incumplidos y adjudicatarios fallidos.- Al emitirse la resolución de terminación anticipada y unilateral, la misma debe ser comunicada al INCOP y se solicitará que se inscriba al contratista como *contratista incumplido*, lo cual se lo hará por el plazo de cinco años, tiempo durante el cual dicho contratista no podrá celebrar contratos con las entidades contratantes que sujetas a la LOSNCP.
- b) Ejecución de las garantías que hubiere entregado el contratista.- Si se entregó garantía de fiel cumplimiento se la ejecutará inmediatamente. Para el caso de garantía de buen uso del anticipo, la misma será ejecutada en la parte que corresponda al valor que aún no ha sido amortizado de dicho anticipo. Para el efecto se realizará una liquidación económica que será notificada a la aseguradora con

la determinación del valor que faltare por amortizar. Esto a menos de que el contratista cancele el valor que faltaba por amortizar, dentro del término del diez (10) días contados a partir de la liquidación financiera y contable que se hubiere notificado al contratista.

- c) Además, la entidad puede demandar por daños y perjuicios causados al contratista incumplido.

Para efectos del procedimiento de registro de contratista incumplido debe cumplirse con los requisitos establecidos en el Capítulo IV de la Resolución del INCOP No. 046-2010 de 17 de agosto de 2010. En lo principal se establece que dentro del término de diez días luego de la notificación de la resolución de terminación anticipada y unilateral del contrato, se deberá presentar al INCOP la solicitud de inscripción del contratista incumplido en el *Registro de Contratistas Incumplidos y Adjudicatarios Fallidos*, para lo cual se remitirá lo siguiente:

- a) Solicitud en la que se determine:
- Número de Registro Único de Contribuyentes del contratista incumplido;
 - Nombres completos y número de cédula en caso de ser persona natural, o del representante legal, en caso de ser persona jurídica;
 - Código del proceso de contratación que constó en el portal de compras públicas; y,
 - Requerimiento expreso de incluir en el Registro de Contratistas Incumplidos y Adjudicatarios Fallidos al proveedor.
- b) Copia certificada de la resolución en la que se declaró contratista incumplido al proveedor.

- c) Fe de recepción de la notificación al contratista de la resolución de terminación unilateral del contrato.

La inscripción en el Registro es de responsabilidad de la entidad contratante, por lo que el INCOP no califica la legalidad o no del pedido de inscripción del contratista incumplido.

16.4. Consideraciones especiales

- a) Debe considerarse que el trámite de terminación anticipada y unilateral es una potestad de la entidad contratante, en la cual la máxima autoridad decidirá si se inicia o no el trámite que se analizó, pues debe realizarse una valoración previa de la conveniencia institucional de tal decisión. Así, por ejemplo, si en un contrato las multas superan el valor de la garantía de fiel cumplimiento, esto es el cinco por ciento (5%) del monto contractual, se podría terminar el contrato anticipada y unilateralmente, pero si se evidencia que la ejecución está tan avanzada que sería más conveniente continuar con la misma, manteniendo al mismo contratista (pues de lo contrario debe convocarse a un proceso de cotización para seleccionar el nuevo contratista), sería lógico imponer las multas respectivas pero no terminar la relación contractual, pues la conveniencia de tiempo motiva mantener al mismo contratista.
- b) Debe considerarse que para efectos de los justificativos que pudieren presentar los contratistas no cabe aducir que la Entidad Contratante está en mora del cumplimiento de sus obligaciones económicas en el caso de que el anticipo que les fuere entregado en virtud del contrato no se encontrare totalmente amortizado. El artículo 95 de la LOSNCP dispone que solo se aducirá mora en el cumplimiento de las obligaciones económicas de la Entidad Contratante cuando esté amortizado totalmente el anti-

po entregado al contratista, y éste mantenga obligaciones económicas pendientes de pago.

- c) Para efectos de escoger al nuevo contratista que ejecutará el contrato, tras la terminación unilateral, el artículo 95 dispone que deberá seguirse el procedimiento cotización.
- d) De conformidad con el artículo 23, inciso final, de la Resolución del INCOP No. 046-2010, si la declaratoria de terminación unilateral fuera respecto a una asociación o consorcio, se inhabilitará a todos los socios o partícipes. Sin embargo, no existe disposición que determine que cuando se inscribe a una persona jurídica se lo deba hacer adicionalmente con los administradores o los socios, sino exclusivamente a la compañía contratista, lo cual es lógico en razón de que la normativa de la materia determina que la compañía es un ente distinto a los socios que la conforman.

CAPÍTULO DÉCIMO SÉPTIMO

IMPUGNACIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS Y ACTOS DE SIMPLE ADMINISTRACIÓN

17.1. Impugnación de Actos Administrativos

Una de las características más importantes en un régimen democrático es la impugnabilidad de todo acto administrativo o acto de autoridad. Nuestro régimen no es la excepción, ya que la Constitución de la República contempla en su artículo 173, lo siguiente:

“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 LOSNCP y su Reglamento General contemplan las figuras del Reclamos y Recurso de Reposición especiales para contratación pública, obviamente en sede administrativa, así como la posibilidad de acudir a uno de los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, con la finalidad de impugnar los actos administrativos y los actos de simple administración emitidos a lo largo del procedimiento precontractual, así como en la ejecución de los contratos administrativos.

17.2. Reclamo Administrativo

Es importante analizar la figura del reclamo administrativo contemplado en la LOSNCP y su reglamento, considerando que se trata de una forma especial de impugnación para el sistema de contratación pública ecuatoriano. A continuación expondremos sus particularidades, requisitos, términos y limitaciones principales:

i. Particularidades

La LOSNCP y su Reglamento incluyen y desarrollan la figura del Reclamo Administrativo (LOSNCP: Arts. 102 y 103; Reglamento General de la LOSNCP: Arts. 152 a 160.), que puede interponerse EXCLUSIVAMENTE por parte de los oferentes que se consideren afectados en contra de hechos o actos administrativos emitidos por las entidades contratantes, únicamente en las siguientes circunstancias:

- Por asuntos relacionados con su oferta;
- Respecto al trámite precontractual; o,
- Respecto de la adjudicación.

Por otro lado, conforme el artículo 150 del RLOSNCP, en las reclamaciones los oferentes podrán petitionar 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.

Sobre la naturaleza e impugnación de actos de simple administración, se analizará más adelante.

En caso de tratarse de un reclamo contra un hecho o acto administrativo, éste se presentará por escrito ante el órgano autor del hecho, comportamiento u omisión, emisor del acto administrativo.

El reclamo y su resolución deben ser publicados en el Portal www.compraspublicas.gov.ec.

Es importante recordar que de conformidad con el artículo 1 de la LOSNCP, no todas las entidades que adjudicarán contratos conforme los procedimientos y normas de dicha ley, tienen la calidad de públicas; también puede tratarse de corporaciones, fundaciones, empresas y otras personas jurídicas en general, que manejen en más de un 50% fondos públicos. En dichos casos, no puede hablarse de actos administrativos que contuvieran la resolución de adjudicación y otras actuaciones de dicha entidad, ya que aquellos son emitidos únicamente por entidades públicas. Para dichos casos, las entidades adjudicarán y exteriorizarán sus actuaciones mediante resoluciones y documentos privados. No obstante, y a pesar de que dichos actos no tendrán la calidad de administrativos, el RLOSNCP dispone que aquellos también son sujetos de Reclamos administrativos, pero no de recursos, sin perjuicio de la fase arbitral o judicial correspondiente.

ii. Requisitos para su presentación

El artículo 153 del RLOSNCP prevé una enumeración taxativa de los requisitos que este Recurso debe contener para ser calificado y conocido por la autoridad, los cuales coinciden con lo previsto en el artículo 30 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. En caso de que estos requisitos no se cumplieren, o si el recurso no fuere claro, la autoridad deberá ordenar que éste se aclare o complete en un término máximo de cinco (5) días, caso contrario se entenderá que el recurso no fue presentado. Estos requisitos son:

1. El nombre y apellidos del reclamante o recurrente, así como la identificación personal del mismo;
2. El acto que se impugna o recurre;

3. Firma del reclamante o recurrente, identificación del lugar o medio que se señale a efectos de notificaciones;
4. Órgano de la entidad contratante al que se dirige;
5. La pretensión concreta que se formula, con los fundamentos de hecho y de derecho en que se ampare;
6. La firma del compareciente, de su representante o procurador y la del abogado que lo patrocina; y,
7. Las demás particularidades exigidas, en su caso, por las disposiciones específicas.

iii. Términos

Para la interposición de un Reclamo administrativo, la ley otorga en su artículo 103 un término de cinco (5) días, contados desde la notificación de la adjudicación. La Entidad Contratante a su vez tendrá también un término de cinco (5) días para calificar el reclamo 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 reclamo presentado.

iv. Limitaciones para su presentación

El artículo 102 de la LOSNCP prevé la primera limitación a esta figura en sus dos primeras palabras: Solamente LOS OFERENTES pueden presentar reclamaciones y recursos administrativos. No comprendemos el reducido ámbito que se concedió a las impugnaciones propias de la contratación pública, considerando que en la práctica evidentemente no sólo los oferentes de un proceso precontractual pueden resultar perjudicados por actos administrativos o de simple administración que surjan producto del mencionado proceso. Existe una extensa gama de actores, públicos o privados, naturales o jurídicos, a los que las acciones, omisiones o resoluciones adoptadas por las autoridades respectivas en un procedimiento precontractual, pueden afectar. Por

ejemplo, empresas que ostenten la autorización privada exclusiva para distribuir en el Ecuador determinados bienes o servicios, que sin participar en determinado procedimiento precontractual como oferentes, pueden verse afectados por actuaciones ilegales o apropiaciones ilícitas por parte de terceros sobre los derechos exclusivos para ofertar o comercializar los mencionados bienes o servicios; éstas deberían tener derecho a presentar reclamos o recursos especiales de contratación pública. Así mismo, entidades públicas u otras empresas contratantes a las que les afecte la participación y adjudicación de determinadas personas sobre un contrato, por haber tenido o tener en ejecución contratos con dichas personas.

La segunda limitación hace relación con los asuntos por los que se puede reclamar o recurrir, la ley dice: por asuntos relacionados con su oferta, respecto al trámite precontractual o de la adjudicación. Exclusivamente sobre asuntos relacionados con estos tres aspectos puede reclamarse o recurrirse. Esta limitación también llama la atención, considerando que efectivamente existen una variedad de asuntos adicionales sobre los cuales podría afectarse injusta o ilegalmente a personas relacionadas con un proceso de contratación pública. Por ejemplo, sobre asuntos posteriores a la adjudicación y anteriores a la suscripción del contrato.

Es importante considerar que el órgano ante quien se presenta el reclamo, puede dictar medidas de mejor proveer, y otras para atender el reclamo, sin perjuicio de su obligación de resolver sobre el mismo.

17.3. Recurso de Reposición

i. Particularidades

Frente a la Resolución que emita la autoridad competente al conocer el reclamo administrativo presentado, la ley permite la in-

terposición de un Recurso de Reposición. Como su nombre lo indica, esta acción se la presenta ante la misma autoridad que emitió la resolución impugnada. Cabe mencionar que el segundo inciso del artículo 151 del RLOSNCP señala que: *“Son susceptibles de este recurso los actos administrativos que afecten derechos subjetivos directos del oferente.”* Sobre esto, cabe mencionar que, como habíamos señalado anteriormente, todo acto administrativo tiene como una de sus características básicas, el producir efectos directos, por lo que con esta precisión se pretende que dichos efectos directos afecten exclusivamente al oferente que presentó previamente el reclamo administrativo.

ii. Términos

Al igual que para el reclamo, el recurso de reposición debe ser interpuesto en un término máximo de 5 días, contados a partir del día siguiente al de la notificación de la adjudicación. La Entidad Contratante a su vez tendrá también un término de cinco (5) días para calificar 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 reclamo presentado (Art. 103 LOSNCP). Resulta evidente la falencia contenida en este artículo, considerando que las impugnaciones previstas en la ley pueden ser interpuestas también frente a otros actos administrativos y de simple administración diferentes al de adjudicación.

Al igual que para los reclamos administrativos, el artículo 150 del Reglamento a la ley prevé lo que los oferentes podrán peticionar o pretender mediante sus recursos, que es:

1. La formulación de observaciones, consideraciones y reservas de derechos, cuando se impugnaren los actos de simple administración; y,

2. La enmienda, derogación, modificación o sustitución total o parcial de actos administrativos relacionados con los procedimientos de contratación en los que intervengan.

Conforme el mismo artículo, el recurso debe presentarse 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.

iii. Requisitos para su presentación

El artículo 153 del RLOSNCP prevé una enumeración taxativa de los requisitos que este Recurso debe contener para ser calificado y conocido por la autoridad, los cuales coinciden con lo previsto en el artículo 30 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. En caso de que estos requisitos no se cumplieren, o si el recurso no fuere claro, la autoridad deberá ordenar que éste se aclare o complete en un término máximo de cinco (5) días, caso contrario se entenderá que el recurso no fue presentado. Estos requisitos son:

1. El nombre y apellidos del reclamante o recurrente, así como la identificación personal del mismo;
2. El acto que se impugna o recurre;
3. Firma del reclamante o recurrente, identificación del lugar o medio que se señale a efectos de notificaciones;
4. Órgano de la entidad contratante al que se dirige;
5. La pretensión concreta que se formula, con los fundamentos de hecho y de derecho en que se ampare;
6. La firma del compareciente, de su representante o procurador y la del abogado que lo patrocina; y,
7. Las demás particularidades exigidas, en su caso, por las disposiciones específicas.

En relación a los informes que la autoridad pudiere requerir en orden a resolver el recurso presentado, el artículo 156 del RLOSNCP prevé que éstos serán facultativos y no tendrán efectos vinculantes ni para la autoridad, ni para los reclamantes o recurrentes. Ante la falta de uno o más informes requeridos, una vez más se aplicará el efecto de silencio administrativo positivo, ya que su omisión debe tenerse como favorable.

Contra la resolución de un recurso de reposición no cabrá ningún otro recurso en vía administrativa.

17.4. Silencio Administrativo Positivo

Es importante destacar el efecto de silencio administrativo positivo que se incluyó en el numeral 2 del artículo 152 del RLOSNCP; este numeral prevé que, transcurrido el término para resolver, sin que recaiga resolución alguna, debe entenderse como favorable el recurso al peticionario. Consideramos muy positiva la inclusión de esta disposición en el Reglamento a la ley, en honor al cumplimiento de los principios de celeridad, eficiencia y una debida respuesta de parte de la administración pública.

A continuación importante jurisprudencia ecuatoriana relacionada con la figura del silencio administrativo positivo, especialmente sobre su aplicación y requisitos:

“En cuanto al rol de los sujetos procesales en un proceso de ejecución de los actos administrativos presuntos, La Sala ha señalado, que, perfilados los requisitos sustanciales y formales para que el silencio administrativo surta los efectos señalados en la ley y aquellos colaterales, es conveniente abundar sobre el papel de los sujetos principales en el proceso de ejecución del contenido del acto administrativo presunto. En primer lugar, el actor deberá, justificar en el proceso una petición debidamente fundamentada en el derecho y los hechos, que hubiere cursado a una determina-

da autoridad administrativa competente para resolver sobre lo solicitado y el haber efectuado las diligencias en sede administrativas y judicial para obtener el certificado en el que conste el vencimiento del plazo. Las pretensiones del actor, en su demanda, deben ser de orden material y vinculadas indefectiblemente con el contenido del acto administrativo presunto que se espera ejecutar. El demandado, dentro del proceso de ejecución, podrá proponer como defensas y excepciones aquellas propias de todo proceso de ejecución, esto es, las de orden procesal, las referidas a los requisitos sustanciales y formales antes señalados, o bien, aquellas relacionadas con las actuaciones de la administración con las que se ha satisfecho las pretensiones del actor. En este aspecto, es fundamental aclarar que el ejercicio del derecho de contradicción del demandado tiene que estar vinculado con la naturaleza del proceso que es de ejecución, por lo que no tendría sentido plantear como defensas o excepciones los temas que tuvieron que ser dilucidados a través de un acto administrativo explícito que hubiese dado fin al procedimiento administrativo desencadenado a través de la petición del administrado. La prueba, evidentemente, debe estar ligada a los hechos que pueden ser materia de la demanda y la contestación a la demanda, según queda señalado; una prueba de diversa índole es absolutamente impropia y debe ser rechazada en cuanto se la solicite con el objeto de no desnaturalizar el proceso de ejecución.

“QUINTO: En numerosos fallos, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia ha puesto de relieve que el silencio administrativo da base a recursos no de conocimiento, sino de ejecución.- Así se lo manifiesta, por ejemplo en: la sentencia expedida el 15 de noviembre del 2000, con respecto al recurso, de casación deducido dentro del juicio número 231-00, que siguió el doctor Ignacio Zambrano en contra del

⁷⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Quito, a 10 de abril del 2008.

Congreso Nacional del Ecuador; o en el fallo número 321-97, expedido por dicha Sala el 10 de diciembre de 1997, respecto a los recursos de casación presentados por el Ministro de Energía y Minas y el Gerente de Comercialización y Transporte, con relación a la sentencia expedida por la Segunda Sala del Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Quito, en el juicio que siguiera la compañía AGIP-Ecuador S. A., en contra del referido Ministro de Estado; o en los fallos: número 195-99, dictado el 21 de junio de 1999 respecto al recurso de casación planteado por la Municipalidad de Azogues en relación con la sentencia que emitiera el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Cuenca dentro del juicio seguido por Yolanda Cecilia Otatti Cordero en contra de dicha Municipalidad, y el número 217-99, adoptado el 13 de julio del 1999 en el juicio que incoara contra tal ente cantonal el señor Fernando Otatti Cordero; o en la sentencia expedida el 1 de junio del 2006 (ver su considerando cuarto). Respecto del fallo del Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Cuenca dentro del juicio seguido por José Jaime Brito Salema contra la Municipalidad de Cuenca.”⁷¹

“Es del todo evidente que esta Sala en numerosos fallos, ha hecho suya la doctrina de la línea jurisdiccional de la escuela española según la cual: “la obtención por silencio de todo lo pedido con la única excepción de que la autorización o aprobación así ganadas adoleciesen de vicios esenciales determinantes de su nulidad de pleno derecho” (Eduardo García de Enterría, Tomás - Ramón Fernández, Curso de derecho Administrativo, Tomo I, octava edición, EDOTORIAL CIVITAS, Madrid, 1997, pág. 590), lo que en otras palabras significa que es esencial para que surta efecto el silencio administrativo positivo, que la petición se haya dirigido a la autoridad o al administrador que sea competente para resolver la materia de tal petición, y que en el

⁷¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Quito, a 10 de abril del 2008.

supuesto de haber sido resuelta favorablemente, tal petición no se encuentre afectada por nulidad de pleno derecho. Es necesario hacer esta aclaración porque bien puede ocurrir que la afectación de lo aceptado por el silencio administrativo alcance únicamente a la ilegalidad en cuyo caso evidentemente el silencio sí tendría efecto. Desde luego lo anteriormente expresado que limita un tanto el criterio expuesto en el considerando Cuarto del fallo recurrido, de ninguna manera reforma lo señalado respecto a la falta de efecto del silencio administrativo en lo referente a materia contractual. En verdad éste fue creado como un mecanismo que permite continuar el proceso contencioso administrativo pese al silencio de la administración ante la solicitud de reforma o revocatoria de una decisión previa adoptada por esta; y todos los tratadistas del derecho administrativo han considerado y han estudiado lo referente al silencio administrativo dentro de los efectos del acto administrativo; cuya característica esencial consiste en lo que tan acertadamente la jurisprudencia francesa denominó la resolución previa, libremente adoptada unilateralmente por la administración. De consiguiente es evidente que tal institución del silencio positivo o negativo es ajena a la materia contractual que, dentro de los límites señalados por la ley en tratándose de contratación pública, se rige por lo acordado por las partes en el respectivo contrato, que constituye la norma jurídica de estricta observancia para su ejecución y aplicación, por lo cual, resulta extraño el pretender que mediante una falta de oportuna contestación se ha modificado la normatividad contractual establecida. Claro está que en la ejecución de los contratos bien puede ocurrir que aparezcan materias o asuntos que no han sido objeto del convenio suscrito entre las partes, caso este en el cual sí tendría aplicación la institución del silencio administrativo, pero insistimos si de lo que se trata es de modificar o reformar condiciones constantes en el contrato, no se puede pretender que las mismas

*hayan sido reformadas como consecuencia del silencio administrativo positivo.*¹⁷²

“CUARTO: en lo que respecta al silencio administrativo previsto en el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, esta Sala ha reiterado que el juzgador está en el deber constatar el cumplimiento de los requisitos sustanciales y formales que hacen posible la ejecución del acto administrativo presunto. Estos requisitos son: 1) Los requisitos materiales o sustanciales concernientes a que el acto administrativo presunto -derivado del silencio administrativo- sea un acto administrativo regular. Según la doctrina y la legislación comparada, el acto administrativo regular es aquel merecedor de la protección jurídica que se desprende de la presunción de legitimidad por no contener vicios inval道idables que ordinariamente se han de presentar de manera manifiesta. Es decir que respecto de los actos administrativos regulares no se puede sostener una causa de nulidad prevista en la ley. En este sentido, no son regulares por ejemplo, los actos administrativos presuntos derivados del silencio administrativo que son expedidos por autoridad incompetente o cuyo contenido se encuentra expresamente prohibido en la ley. La revisión de este requisito material se justifica por la aplicación del régimen jurídico de la extensión de los actos administrativos en razón de su legitimidad: sin perjuicio de la intervención de los tribunales distritales en la materia, la administración, en ejercicio de su potestad de autotutela es competente para dejar sin efecto cualquier acto administrativo, nulo de pleno derecho (actos irregulares), expícito o presunto, aun cuando de éste se puede sostener que se han generado derechos para el administrado, pues está en la lógica jurídica que los actos nulos de pleno derecho no se pueden consentir porque afectan el orden público, algo que trasciende al mero interés del destinatario del acto administrativo. Así en lo que

¹⁷² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Gaceta Judicial. Año CV. Serie XVIII. No. 1. Página 275.

respecta a los actos administrativos presuntos derivados del silencio administrativo con efectos positivos, no se puede sostener razonablemente que la omisión de la administración puede transformar lo que originalmente es ilícito en lícito. Por el contrario, si un acto administrativo regular, explícito o presunto, contiene un vicio que no entraña su nulidad de pleno derecho, no puede ser extinguido en la misma sede administrativa y, para ello, el ordenamiento jurídico ha dispuesto el mecanismo de la declaratoria y acción de lesividad, por último, este análisis de la regularidad del acto administrativo presunto se realiza en función de las razones de orden jurídico, pues las razones, fácticas deben ser revisadas en sede administrativa; 2) los requisitos formales tienen que ver con la certificación otorgada por la autoridad omisa acerca de la fecha de vencimiento del término que da lugar al silencio administrativo positivo, para ser posible el ejercicio de los derechos que se desprenden de los actos administrativos presuntos. Este requerimiento data del 18 de agosto del 2000, fecha de publicación en el Suplemento del Registro Oficial No. 144, del Decreto Ley 2000-1, que señala al certificado como un instrumento previsto en el ordenamiento jurídico (artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestaciones de Servicios Públicos por partes de la Iniciativa Privadas-Como era poco probable que la autoridad omisa emita el certificado referido, pese a la prevención de que sería destituida, esta Corte consideró que bastaba, para acudir a los tribunales distritales y hacer efectivo el contenido de los actos administrativos presuntos, la constancia de que este certificado fue solicitado a la autoridad omisa y que, al no ser emitido dentro del término de 15 días o que su contenido no sea el previsto en la norma, se acuda a los jueces para hacer este requerimiento por vía judicial. De tal forma que, quien quiere conseguir, a través de la intervención de los tribunales distritales, una actuación material de la administración fundada en los hechos derechos o prestaciones declarados, reconocido o admitidos, según sea el caso, en un acto administrativo presunto, requiere justificar en el

proceso que ha efectuado estas diligencias en sede administrativa y judicial, aunque no hayan sido atendidas por la administración. En la práctica procesal es usual que la administración efectúe alegaciones de variada índole, en lugar de señalar la fecha en la que venció el término pertinente; este hecho es irrelevante a efectos de constatar el requisito formal.”⁷³

“La acción de ejecución de un acto administrativo presunto, derivado del silencio administrativo, se desprende de la interpretación que, en reiterada jurisprudencia, se ha hecho del artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado. Como aplicación concreta del derecho previsto en el numeral 27 del artículo 23 de la Constitución Política. En tratándose de un acto de la Administración Pública, la competencia y procedimiento, para la ejecución de los actos administrativos presuntos, derivados del silencio administrativo, debe efectuarse con arreglo a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, según lo previsto en el artículo 38 de la Ley de Modernización.- Esta Sala ha considerado siempre que un acto administrativo presunto, derivado del silencio administrativo, es, a todos los efectos, un acto administrativo; por ello, se presume legítimo y ejecutable, salvo el caso de que se trate de un acto administrativo irregular; sin embargo, los supuestos previstos en el artículo 65 de la Ley Jurisdicción Contencioso Administrativa diferencian con nitidez, los casos: de actos administrativos expresos, aquellos otros asuntos no previstos explícitamente en los incisos de la norma invocada. En efecto, el primer inciso del artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa prevé un término de caducidad (no de prescripción) que se cuenta desde la fecha de notificación del acto administrativo. Lo cual difiere en el caso del acto administrativo presunto que por obvias razones no se notifica. El último inciso del artículo 65 ibídem, de otra parte, establece un término de

⁷³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Quito, a 10 de abril del 2008

*caducidad para todos aquellos supuestos en los que no existe norma específica de caducidad del derecho a demandar prevista en los restantes incisos, esto es, cinco años para el caso de controversias relacionadas con contratos y cualquier otra materia no prevista en los supuestos anteriores, en cuyo conjunto se encuentran los actos administrativos presuntos y los hechos administrativos.- La Sala, de actual conformación, ha desarrollado este criterio en varios fallos, que de conformidad con la ley son fallos de triple reiteración que constituyen precedentes jurisprudenciales obligatorio y vinculante para la interpretación y aplicación de las leyes (entre otras resoluciones números: 480-2007, 30 de noviembre del 2007, expedida en el juicio 121-2006, propuesto por Sosa Ocampo c. Dirección Nacional de Cooperativas: 406-2007 de 16 de noviembre del 2007, expedida en el juicio 71-2005 propuesto por López Yáñez c. Presidente de la República 414-2007 de 2 de octubre de 2007, expedida en el juicio 19-2005, propuesta expedida en el juicio 19-2005, propuesta por Hermida Moreira c. Municipalidad de Cuenca; 01-2007 de 12 de enero del 2007 expedida en el juicio 145-2004, propuesto por Chávez Ponce c. Municipalidad de Santa Ana; 378-2006 de 30 de noviembre del 2006, expedida en el juicio 37-2004, propuesto por Brito Albuja c. Estado Ecuatoriano).*⁷⁴

17.5. Efecto Suspensivo de la acción

Al presentarse un recurso o impugnación frente al acto administrativo de la adjudicación, no se produce efecto suspensivo mientras se resuelve la impugnación, es decir, que el trámite precontractual continúa. Sin embargo, el RLOSNCP y el ERJAFE, prevén la posibilidad de que la autoridad disponga la suspensión de los efectos del acto administrativo, a pedido de quien lo im-

⁷⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Quito, a 6 de mayo de 2008.

pugna, cuando determinadas circunstancias lo ameriten; estas circunstancias deben atender a la inminencia del daño que se causaría en caso de que los efectos del acto impugnado se apliquen inmediatamente. El artículo 158 del RLOSNCP señala:

Art. 158.- Suspensión de la ejecución.- La interposición de cualquier reclamo o recurso no suspenderá la ejecución del acto impugnado, salvo decisión en contrario de la autoridad.

Esta facultad para suspender los efectos de un acto administrativo, quedan a la libre discrecionalidad de la autoridad. Así mismo, esta facultad de suspensión de efectos está contemplada en el numeral 2 del artículo 189 del ERJAFE. El artículo citado dispone:

Art. 189.- Suspensión de la ejecución.

2. No obstante lo dispuesto en el numeral anterior, el órgano a quien compete resolver el recurso, previa ponderación, suficientemente razonada, entre el perjuicio que causaría al interés público o a terceros dispondrá la suspensión y de oficio o a solicitud del recurrente suspenderá la ejecución del acto impugnado cuando la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación.

De la resolución que tome la entidad sobre la interposición de los reclamos y recursos antes expuestos, se podrá presentar demanda contencioso administrativa; es decir, a través del recurso subjetivo o de plena jurisdicción contemplado en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

17.6. Impugnación de actos de simple administración

Debe entenderse por acto de simple administración a aquellos actos jurídicos internos de las Administraciones públicas que no

crean, modifican o extinguen derechos subjetivos, pero que posteriormente si producen efectos jurídicos individuales en forma directa, ya que se dictan en orden a formar la voluntad administrativa final, que se verá plasmada en un acto administrativo.

El artículo 70 del ERJAFE define a los actos de simple administración como:

Art. 70.- ACTOS DE SIMPLE ADMINISTRACIÓN.- Son toda declaración unilateral interna o interorgánica, realizada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma indirecta en vista de que solo afectan a los administrados a través de los actos, reglamentos y hechos administrativos, dictados o ejecutados en su consecuencia.

Es así, como el artículo 150 del RLOSNCP incluye en el ámbito de la impugnación, a los actos de simple administración. Así mismo, los artículos 76 y 172 del ERJAFE hacen lo propio, disponiendo que:

Art. 76.- FORMACIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.- DE LOS ACTOS SEPARABLES.- En la formación de los contratos administrativos hay dos fases: la precontractual y la contractual o de ejecución. A estas fases concurre también todo potencial contratista desarrollando determinadas actividades jurídicas.

Los actos, los hechos, los reglamentos y los actos de simple administración, producidos, dictados o ejecutados en la preparación de la voluntad administrativa contractual se consideran incorporados unitariamente, aunque de manera separable, al procedimiento administrativo de conformación de dicha voluntad. A ellos son aplicables en consecuencia las normas de procedimiento administrativo tanto para la formación de la voluntad administrativa como su impugnación.

Art. 172.- Los reclamos administrativos.

En las reclamaciones los interesados podrán petitionar o pretender:

- a) La formulación de observaciones, consideraciones y reservas de derechos, cuando se impugnaren los actos de simple administración;*
- b) La cesación del comportamiento, conducta o actividad; y,*
- c) La enmienda, derogación, modificación o sustitución total o parcial de actos normativos o su inaplicabilidad al caso concreto.*

En cuanto a la tramitación de una reclamación, ésta debe ser presentada ante el órgano autor del hecho, comportamiento u omisión; emisor del acto normativo; o ante aquél al cual va dirigido el acto de simple Administración. El órgano puede dictar medidas de mejor proveer, y otras para atender el reclamo. (subrayado y negrillas fuera de texto)

De tal forma, al amparo de lo previsto en los artículos antes citados, así como de los artículos 68, 150 y del 153 al 159 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, cabe interponer el Reclamo Administrativo, para impugnar un acto de simple administración, ante el órgano al que fue dirigido el mismo, con la finalidad de formular observaciones y consideraciones sobre el contenido del mismo, especialmente para que se dicten medidas de mejor proveer y sean consideradas dentro de la emisión de un acto administrativo posterior.

17.7. Aplicación de Recursos del ERJAFE sobre actuaciones administrativas de Empresas Públicas

Con la finalidad de determinar si las normas del ERJAFE son o no aplicables a las empresas públicas, debemos realizar un análisis

independiente para cada uno de los tipos de empresas públicas en relación a su origen y creación.

Empresas Públicas creadas mediante Decreto Ejecutivo: De conformidad con los artículos 4, 5 numeral 1., 6 y 7 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, al ser estas personas jurídicas creadas mediante Decreto Ejecutivo de derecho público, con patrimonio propio, dotadas de autonomía, que pertenecen al Estado en los términos que establece la Constitución de la República, teniendo como uno de sus órganos de dirección y administración al directorio, y estando éste integrado en su totalidad por delegados y representantes de organismos, autoridades, funcionarios y servidores de la Administración Pública Central, indudablemente le son aplicables las disposiciones del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. Esto se configura al tenor literal de los artículos 2, 6 y 7 del mencionado Estatuto:

Art. 2.- ÁMBITO.- Este estatuto es aplicable principalmente a la Función Ejecutiva. Para sus efectos, la Función Ejecutiva comprende:

- a) La Presidencia y la Vicepresidencia de la República y los órganos dependientes o adscritos a ellas;*
- b) Los Ministerios de Estado y los órganos dependientes o adscritos a ellos;*
- c) Las personas jurídicas del sector público adscritas a la Presidencia de la República, a la Vicepresidencia de la República o a los ministerios de Estado; y,*
- d) Las personas jurídicas del sector público autónomas cuyos órganos de dirección estén integrados en la mitad o más por delegados o representantes de organismos, autoridades, funcionarios o servidores que integran la Administración Pública Central.*

Los órganos comprendidos en los literales a) y b) conforman la Administración Pública Central y las personas jurídicas del sec-

tor público señaladas en los demás literales conforman la Administración Pública Institucional de la Función Ejecutiva. (subrayado fuera de texto)

Art. 6.- CARACTERÍSTICAS.- Las entidades, organismos y empresas del sector público dependientes, adscritos o controlados por los dignatarios de la Función Ejecutiva se caracterizan, en general, por ser creados, modificados y extinguidos por acto de poder público; tener como propósito facilitar el cumplimiento de determinados servicios públicos, el ejercicio de actividades económicas o la realización de determinadas tareas de naturaleza pública con el fin de satisfacer necesidades colectivas; gozar del ejercicio de autoridad para el cumplimiento de sus propósitos; y estar financiados por recursos públicos. (subrayado fuera de texto)

Art. 7.- DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA INSTITUCIONAL.- *La Administración Pública Institucional, está conformada por las entidades de derecho público creadas por o en virtud de una ley, con personalidad jurídica y patrimonio propio, diferente al de la Administración Pública Central, a las que se les ha encargado la dirección, organización y control del funcionamiento de los servicios públicos propios de ésta, bajo los principios de especialidad y variedad. (subrayado fuera de texto)*

La Ley Orgánica de Empresas Públicas prevé, en sus artículos 6 y 7, lo siguiente:

Art. 6.- ORGANIZACIÓN EMPRESARIAL.- *Son órganos de dirección y administración de las empresas públicas:*

1. *El Directorio; y,*
2. *La Gerencia General.*

Las empresas contarán con las unidades requeridas para su desarrollo y gestión.

Art. 7.- INTEGRACIÓN.- *El Directorio de las empresas estará integrado por:*

Para el caso de empresas creadas por la Función Ejecutiva:

La Ministra o Ministro del ramo correspondiente o su delegado o delegada permanente, quien lo presidirá;

2. El titular del organismo nacional de planificación o su delegada o delegado permanente; y,

3. Un miembro designado por la Presidenta o Presidente de la República.

Claramente puede observarse que, para el caso de empresas públicas creadas por Decreto Ejecutivo emitido por la Función Ejecutiva, le son aplicables las disposiciones contenidas en el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, al estar su Directorio conformado en su totalidad por delegados o representantes de organismos, autoridades, funcionarios o servidores que integran la Administración Pública Central.

De tal forma, al amparo de lo previsto en el artículo 64 y 69 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, que es concordante con la disposición constitucional contenida en el artículo 173 de la Carta Magna de nuestro ordenamiento jurídico, las Administraciones Públicas, Central e Institucional, sujetas a dicho Estatuto, manifiestan principalmente su voluntad jurídica de derecho público a través de ACTOS ADMINISTRATIVOS, cuyo régimen de extinción o reforma se rige precisamente por dicho Estatuto.

Los artículos del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva antes enunciados, constan a continuación:

Art. 64.- CATEGORÍAS.- *Las Administraciones Públicas Central e Institucional de la Función Ejecutiva sometidos a este estatuto manifiestan su voluntad jurídica de derecho público a través de actos administrativos, actos de simple administración, hechos administrativos, contratos administrativos y reglamentos, sin perjuicio de recurrir a otras categorías de derecho privado cuando tales administraciones actúen dentro de dicho campo. De conformidad con lo que dispone la Ley de Modernización del Estado, la extinción o reforma de los actos administrativos se rige por lo dispuesto en este estatuto, incluyendo los plazos para resolver y los efectos del silencio de la administración.*

Art. 69.- IMPUGNACIÓN.- *Todos los actos administrativos expedidos por los órganos y entidades sometidos a este estatuto serán impugnables en sede administrativa o judicial. La impugnación en sede administrativa se hará de conformidad de este estatuto. La impugnación en sede judicial se someterá a las disposiciones legales aplicables.*
(subrayado y negrillas fuera de texto)

Empresas públicas creadas por acto normativo legalmente expedido por los gobiernos autónomos descentralizados: De conformidad con el artículo 7 de la Ley de Empresas Públicas, el Directorio de las empresas públicas creadas por los gobiernos autónomos descentralizados estará conformado por el número de miembros que se establezca en el acto normativo de creación, el que también considerará los aspectos relativos a los requisitos y período. En ningún caso el Directorio estará integrado por más de cinco miembros. Esto significa que todos los miembros del órgano de dirección de estas empresas serán designados por los Municipios o Consejos Provinciales, y al éstos no corresponder a la administración pública central ni institucional, no le serán aplicables las normas del ERJAFE a sus actuaciones como directorio.

Empresas públicas creadas mediante escritura pública entre la Función Ejecutiva y los gobiernos autónomos descentralizados: Para las actuaciones de los directorios de estas empresas, le serán aplicables las normas del ERJAFE únicamente si la mayoría de sus miembros son o provienen de la administración pública, ya que éstos estarán conformados por el número de miembros que se establezca en su acto normativo de creación, para lo cual se requerirá del decreto ejecutivo y de la decisión de la máxima autoridad del organismo autónomo descentralizado, en su caso. En razón de que parte de los miembros del Directorio de estas empresas, son nombrados mediante Decreto Ejecutivo, es posible que la mayoría del directorio sea o provenga de la administración pública; y, por consiguiente, de esto dependerá la aplicación o no del ERJAFE a éstas.

Empresas públicas creadas por Universidades Públicas: Evidentemente para los casos de empresas públicas creadas por universidades públicas, la sujeción de las actuaciones de sus directorios dependerá de la naturaleza u origen de sus miembros.

17.8. Recurso en Sede Contencioso Administrativa

Tal como se había analizado en este Capítulo, en contratación pública los actos administrativos y de simple administración pueden ser impugnados en sede administrativa, a través del reclamo o el recurso de reposición contemplados en la LOSNCP; y, adicionalmente, dichos actos pueden ser impugnados mediante los recursos de Reposición, Apelación y Revisión contemplados en el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, ERJAFE, para aquellas entidades a las cuales se les aplica dicho estatuto.

Sin embargo, existe otro Recurso que puede interponerse en contra de un acto administrativo emitido en relación a temas de

contratación pública: es el Recurso ante un Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

El artículo 102 de la LOSNCP dispone que, de la resolución que tome la entidad sobre reclamos o recursos planteados en sede administrativa, se podrá presentar demanda contencioso administrativa. Por su parte, el artículo 105 de la Ley dispone que, de surgir controversias en que las partes contratantes 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.

Adicionalmente, el artículo 163 del RLOSNCP señala que de no pactarse cláusula compromisoria o no acordarse ventilar mediante solución arbitral, las controversias se sustanciarán ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, con jurisdicción en el domicilio del demandado, observando lo previsto en la ley de la materia.

De tal forma, podemos observar que los intervinientes en relaciones de contratación pública pueden acudir a un recurso en sede judicial y no administrativo para que ventile sus recursos y demandas sobre el tema. Es por esto que resulta de vital importancia conocer el objeto, características y alcance de los recursos contencioso administrativos contemplados en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

La Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en su artículo 3, dispone:

Art. 3.- *El recurso contencioso - administrativo es de dos clases: de plena jurisdicción o subjetivo y de anulación u objetivo.*

El recurso de plena jurisdicción o subjetivo ampara un derecho subjetivo del recurrente, presuntamente negado, desconocido o no

reconocido total o parcialmente por el acto administrativo de que se trata.

El recurso de anulación, objetivo o por exceso de poder, tutela el cumplimiento de la norma jurídica objetiva, de carácter administrativo, y puede proponerse por quien tenga interés directo para deducir la acción, solicitando al Tribunal la nulidad del acto impugnado por adolecer de un vicio legal.

Es decir, que el recurso contencioso administrativo es de dos clases: subjetivo o de plena jurisdicción, u objetivo o de nulidad. Cada uno tiene su objeto, características, alcance y finalidades propias, y por consiguiente son admisibles en ciertas circunstancias y solamente por acción de determinadas personas.

Es así, que mediante el recurso subjetivo o de plena jurisdicción se puede atacar un acto administrativo que afecta derechos subjetivos particulares; mientras que mediante el recurso objetivo o de nulidad se pretende tutelar el cumplimiento de una norma jurídica objetiva de carácter administrativo, de efectos erga omnes, es decir propone la nulidad de un acto CON EFECTOS GENERALES por adolecer de vicios legales en su creación.

Sobre esto último, el Tribunal Contencioso Administrativo se pronunció mediante Resolución publicada en Registro Oficial 722 de 9 de Julio de 1991, señalando que:

"Respecto a un acto administrativo de carácter general, puede interponerse recurso objetivo o de anulación, cuando se pretende únicamente el cumplimiento de la norma jurídica objetiva; o recurso de plena jurisdicción o subjetivo, cuando se demanda el amparo de un derecho subjetivo del recurrente."

Este pronunciamiento confirma lo anterior: el recurso objetivo o de anulación puede ser interpuesto respecto de un acto, sea ad-

ministrativo o normativo, pero siempre que el mismo tenga CARÁCTER o EFECTOS GENERALES.

La diferencia entre los actos administrativos con efectos particulares, frente a actos con efectos generales que afectan *erga omnes* a toda la colectividad, como lo son una norma objetiva o un reglamento administrativo, es importante analizarla a la luz de la jurisprudencia y doctrina.

Al respecto se pronuncia BOCANEGRA, para quien:

*...lo que caracteriza al acto administrativo es su referencia a **un asunto concreto y particular**. La diferencia entre el acto administrativo y una norma jurídica (verbigracia, la reglamentaria) no está en el número de sujetos a los que se dirige la disposición de la autoridad, sino al alcance cualitativo de dicha disposición. En tal virtud, el número de destinatarios de un acto administrativo puede ser determinado o indeterminado, e incluso el acto puede dirigirse a todo el mundo, sin que esta situación cuantitativa mute su naturaleza jurídica. Lo propio del acto administrativo, antes que el número de destinatarios, es **lo concreto y particular del asunto sobre el cual trata**.⁷⁵ (subrayado y negrillas fuera de texto)*

Es decir, que por efectos individuales del acto administrativo no necesariamente ha de entenderse únicamente a una persona, pues también cabe entender como tales, a los que afectan a un grupo o conjunto de personas concreto y delimitado, por ejemplo a un grupo de funcionarios que impugnan una resolución que les afecta exclusivamente a ellos, a base a su calidad de funcionarios públicos, sus cargos u obligaciones asignadas, u otras calidades propias que les agrupan u homogeneizan en una misma situación

⁷⁵ BOCANEGRA SIERRA, RAÚL, *Lecciones sobre el acto administrativo*, 2 edición, Madrid, Thompson-Civitas, 2004, p. 33.

jurídica. Lo importante es definir si el asunto que trata es concreto y particular, caso en el cual se habla de efectos particulares, como es el caso de resoluciones administrativas que tratan sobre una concesión y una autorización puntual.

Sobre la procedencia y alcance del recurso objetivo, el doctor Patricio Secaira Durango explica en su “Curso Breve de Derecho Administrativo”:

Este recurso opera cuando las personas naturales o jurídicas, con interés directo, impugnan una decisión administrativa de carácter general, pretendiendo únicamente la tutela de la norma jurídica objetiva; es decir su propósito es lograr la nulidad de la resolución pública para restablecer el imperio jurídico afectado.

La administración tiene capacidad de emitir actos o resoluciones administrativas con rango inferior a la ley, entre las cuales pueden encontrarse reglamentos, decretos ejecutivos, ordenanzas municipales o provinciales que emanan del ejercicio de la función administrativa que tengan carácter general, esto es efecto erga omnes; así cuando el Consejo Nacional de Remuneraciones de los Servidores Públicos resuelve revisar los ingresos de los empleados, o el Consejo Directivos del IESS señala normas relativas al pago de compensaciones a los afiliados por atenciones en centros de salud ajenos a la entidad, etc.

Sólo estas resoluciones administrativas pueden ser objeto de impugnación mediante el recurso...

El doctor Secaira es claro: el recurso objetivo o de nulidad puede interponerse contra actos de efectos generales, *erga omnes*, no cabe ninguna duda o discusión al respecto; y, en ningún caso contra actos administrativos con efectos particulares.

Sobre el tema de los pronunciamientos de las cortes de justicia en este tema, es preciso citar al autor Efraín Pérez, quien en su obra *Derecho Administrativo*, aclara el tratamiento que se le ha dado a la impugnación en sede judicial de actos administrativos de carácter general:

La sala de lo contencioso administrativo de la corte Suprema de Justicia considera aplicable todavía la norma dirimente No. 8 del extinto Tribunal de lo Contencioso Administrativo, que acepta la impugnación de un acto administrativo de carácter general, sea interponiendo el recurso objetivo o de anulación (o por exceso de poder), sea el recurso de plena jurisdicción o subjetivo, "cuando se demanda el amparo de un derecho subjetivo del recurrente; llamando en efecto acto administrativo general a lo que se conoce en doctrina como acto normativo, o lo que la misma Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa denomina "norma jurídica objetiva, de carácter administrativo", es decir, una norma reglamentaria".⁷⁶

Por consiguiente, si bien la corte sigue aceptando el criterio de la impugnación del acto administrativo a través de los recursos subjetivo y objetivo, el requisito primordial para que se ataque dicho acto a través del recurso objetivo es que el mismo tenga efectos generales. Grave error es el que se comete al interponer un recurso objetivo o de nulidad en contra de un acto de efectos particulares, considerando que para atacar la validez de dichos actos la ley prevé el recurso subjetivo o de plena jurisdicción, el cual tiene otras particularidades, características, requisitos y plazo.

Bajo esta premisa, resulta necesario acudir a más sentencias que corroboran este criterio: La Sala de lo Administrativo de la Corte Suprema, en sentencia del 10 de enero de 1996, resolvió:

⁷⁶ PÉREZ CAMACHO, EFRAÍN, *Derecho Administrativo*, Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito-Ecuador, 2006, T. I, pág. 422.

El recurso de anulación u objetivo cabe contra un acto administrativo general, objetivo, normativo, abstracto y permanente, que regula un conglomerado indeterminado de sujetos de derecho, que entran en pugna con normas de mayor jerarquía como son las legales. El recurso de plena jurisdicción procede contra el acto administrativo individual, concreto, particular, que incide sobre un derecho subjetivo. No queda al criterio de los litigantes determinar la clase de recurso propuesto ni es facultad discrecional del juez calificar de qué recurso se trata, puesto que, ambos recursos están taxativamente definidos en la ley."

A su vez, como doctrina ecuatoriana, en el libro "La Nueva Justicia Administrativa" se manifiesta textualmente (pág. 62), el recurso subjetivo o de plena jurisdicción, ampara al recurrente para proteger su derecho subjetivo que emana de la ley o del contrato. Si el obrar de la administración niega al administrador en forma total o parcial su derecho desconociéndolo o negándose a reconocerlo, se conjugan los elementos que legitiman a la persona que tiene la calidad de administrado afectado, para recurrir ante el órgano jurisdiccional, que es el Tribunal Distrital, la oportunidad de proponer recurso subjetivo no es ilimitada en el artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción, fija término a la facultad del administrado para deducir la demanda por vía del recurso subjetivo; preceptuando que el derecho caduca si en el término de 90 días el interesado no propone la acción ante el Órgano Jurisdiccional. A su vez, respecto al recurso objetivo o de anulación, el mismo texto en su foja 65 dice: la jurisprudencia de la justicia administrativa ecuatoriana, que se desprende del obrar del extinto Tribunal de lo Contencioso Administrativo, al dictar la norma dirimente de fallos contradictorios, publicada en el Registro Oficial No 722 de 9 de julio de 1991, expresa que el recurso objetivo, tiene por finalidad la tutela de una norma jurídica objetiva, afectada por el acto administrativo de carácter general."

⁷⁷ Gaceta Judicial. Año XCVI. Serie XVI. No. 5. Pág. 1379.

⁷⁸ Gaceta Judicial. Año XCVII. Serie XVI. No. 9. Pág. 2471.

i. Término de interposición

Conociendo que la acción adecuada para atacar un acto administrativo de efectos particulares es el recurso contencioso administrativo subjetivo, es importante considerar los términos de prescripción del mismo, conforme a la ley:

El artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa señala:

***Art. 65.-** El término para deducir la demanda en la vía contencioso administrativa será de noventa días en los asuntos que constituyen materia del recurso contencioso de plena jurisdicción, contados desde el día siguiente al de la notificación de la resolución administrativa que se impugna.*

Como se desprende del artículo citado, la ley otorga a un legítimo interesado en atacar la validez de un acto de efectos particulares, un término de noventa (90) días para presentar el recurso, contados desde el día siguiente al de la notificación de la resolución administrativa que se impugna.

ii. Legítimo Interés

La letra a) del artículo 23 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa dispone:

***Art. 23.-** Para demandar la declaración de no ser conforme a derecho y, en su caso, la anulación de los actos y disposiciones de la administración, pueden comparecer:*

a) La persona natural o jurídica que tuviere interés directo en ellos.

Es de tal forma requisito legal obligatorio para presentar un recurso contencioso administrativo, que el actor mencione y de-

muestre su legítimo interés en la causa, y explique el perjuicio que supuestamente se le ha causado.

Sobre este tema, la doctrina se ha pronunciado en la siguiente forma:

El doctor Patricio Secaira determina la obligación por parte de quienes pretendan interponer un recurso contencioso administrativo objetivo, de señalar y demostrar su legítimo interés en la acción, para que ésta sea procedente:

No todas las personas tienen el derecho a interponer esta clase de recurso contencioso administrativo, sino solo aquellas que demuestren judicialmente tener un interés directo afectado por la resolución de la que se recurre. Interés directo que no es otra cosa que el vínculo subjetivo público del demandante o recurrente frente a la resolución administrativa. Podemos decir a modo de ejemplo que, si un Municipio expide una ordenanza estableciendo que en determinada zona urbana solo podrá edificarse viviendas unifamiliares de un piso; solo aquellos administrados a los que afecta tal decisión; es decir los propietarios de los inmuebles de la zona involucrada en la ordenanza, tendrán la legitimación causal suficiente para proponer el recurso, ya que evidentemente existe el vínculo jurídico entre el interés del administrado y la decisión pública impugnada. La falta de justificación de tal interés provoca inexorablemente la inadmisión del recurso.

Puede existir un interés particular entre la resolución administrativa y algún administrado, pero este no será suficiente para que proceda el recurso de anulación u objetivo. Así en el caso de que se haya expedido un acto administrativo regulando el funcionamiento de nuevas farmacias en un sector. Evidentemente los propietarios de otros negocios similares (de otro sector) pueden sufrir efectos en sus ventas, ello provoca el surgimiento de un interés directo en el dueño del negocio, pero ese interés es personal,

subjetivo y privado que atañe únicamente a la relación o a la competencia mercantil, entre comerciantes; por tanto no tiene capacidad jurídica impugnatoria por no existir el vínculo público requerido.

El recurso de anulación positiva defiende el derecho objetivo; esto es el imperio de la norma positiva, siempre que el recurrente (actor o demandante) invoque y pruebe un interés legítimo, directo y actual. La actualidad de ese interés, significa que al tiempo de interponer el recurso objetivo el actor del recurso debe estar jurídicamente vinculado a la resolución que impugna; es decir su derecho debe ser vigente.

Independientemente de los reclamos y recursos que contiene la LOSNCP y su Reglamento, así como los recursos y acciones contemplados en el ERJAFE y en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, es importante señalar que las Discrepancias administrativas que no puedan ser resueltas de mutuo acuerdo entre las partes contratantes, puede en ciertos casos ser objeto de impugnación de parte de los particulares que se consideren perjudicados.

La vigente Constitución de nuestro país, respecto a los actos de autoridades y a su mecanismo de impugnación, dispone:

“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”.

Así mismo, en el artículo 88 se prevé la figura de la Acción de Protección. Estos artículos, coinciden con la doctrina administrativa, que señala que nadie podrá quedar en indefensión frente a los actos emanados por la administración. Así, el contratista se encuentra siempre en su derecho de impugnar actos administrati-

vos en los que no se haya llegado a acuerdos con la entidad contratante, como en la imposición de multas o en la misma declaración de terminación unilateral y anticipada del contrato, así como en todos los demás actos de la administración relacionados al contrato, de considerarlos ilegales.

17.9. Caducidad y Prescripción

Es importante analizar el tema de la diferencia entre caducidad y prescripción de las acciones, derechos y recursos que los particulares tienen en general conforme la legislación ecuatoriana, en especial en relación al tema que nos compete, la contratación pública.

La mejor forma de ilustrar este tema en el Ecuador, es presentando la jurisprudencia que la Corte Suprema de Justicia (actual Corte Nacional de Justicia) ha mantenido desde hace varios años:

“...Quizá, en este punto, es útil recordar las diferencias esenciales entre los conceptos de caducidad y prescripción.-Por ejemplo el tratadista Nicolás Coviello explica que: “Hay caducidad cuando no se ha ejercitado un derecho dentro del término que ha sido fijado por la ley o la convención para su ejercicio. El fin de la prescripción es tener por extinguido en derecho que por no haberse ejercitado se puede presumir que el titular lo ha abandonado; mientras que el fin de la caducidad es preestablecer el tiempo dentro del cual el derecho debe ser ejercitado. Por ello, en la prescripción se tiene en cuenta la razón subjetiva del no ejercicio de derecho, o sea la negligencia real o supuesta del titular; mientras que en la caducidad se considera únicamente el hecho objetivo de la falta de ejercicio dentro del término prefijado, prescindiendo de la razón subjetiva, negligencia del titular, y aún de la posibilidad del hecho” (Autor citado, “Doctrina General del Derecho Civil, UTEHA. 1949, página 535). La Corte Suprema ha acogido esta doctrina y la ha citado varias veces en sus fallos, en

*especial en el expedido el 17 de marzo del 2003, por la Sala de lo Contencioso Administrativo.*⁷⁹

Todos los actores e intervinientes del Sistema Nacional de Contratación Pública, y especialmente las máximas autoridades y funcionarios de las entidades contratantes, deben considerar esta clara diferencia al momento de sus actuaciones y/u omisiones.



⁷⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Quito, a 10 de abril del 2008; VOTO SALVADO.- DR. MARCO ANTONIO GUZMAN CARRASCO.

CAPÍTULO DÉCIMO OCTAVO

ASPECTOS VARIOS

18.1. Régimen Impositivo de entidades contratantes

Como regla tributaria principal y general en el derecho ecuatoriano, están exentas del pago de impuestos, pero no de tasas ni de contribuciones especiales, las siguientes entidades:

1. El Estado, las municipalidades, los consejos provinciales, las entidades de derecho público, las empresas públicas constituidas al amparo de la Ley Orgánica de Empresas Públicas y las entidades de derecho privado con finalidad social o pública;
2. Las instituciones del Estado, las municipalidades u otras entidades del gobierno seccional o local, constituidos con independencia administrativa y económica como entidades de derecho público o privado, para la prestación de servicios públicos;
3. Las empresas de economía mixta, en la parte que represente aportación del sector público; (Art. 35 Codificación del Código Tributario)

Conforme la Ley de Régimen Tributario Interno (LRTI) y su Reglamento (RLRTI), a continuación varias normas y reglas relacionadas con el régimen impositivo para entidades contratantes:

- Las entidades y organismos del sector público, en ningún caso asumirán el pago del impuesto a la renta ni del aporte personal al IESS por sus funcionarios, empleados y trabajadores. (Art. 17 LRTI)

- No se causará el IVA en Donaciones a entidades y organismos del sector público, inclusive empresas públicas (numeral 5 Art. 54 LRTI)

- Tendrán tarifa cero las transferencias e importaciones de los bienes en casos de donaciones provenientes del exterior que se efectúen en favor de las entidades y organismos del sector público y empresas públicas; y las de cooperación institucional con entidades y organismos del sector público y empresas públicas (literal c Art. 55 LRTI)
- Son sujetos pasivos del IVA, las entidades y organismos del sector público y las empresas públicas, por el IVA que deben pagar por sus adquisiciones a sus proveedores de bienes y servicios cuya transferencia o prestación se encuentra gravada (Art. 63 LRTI)
- El Impuesto al Valor Agregado IVA pagado en la adquisición local e importación de bienes y demanda de servicios que efectúen las entidades y organismos del sector público y empresas públicas, les será reintegrado en el plazo y forma determinados por el Servicio de Rentas Internas mediante Resolución. El Ministerio de Finanzas realizará la acreditación en la cuenta correspondiente, pudiendo proveer los fondos al Servicio de Rentas Internas para que realice tal acreditación (Art. Innumerado posterior al 73 LRTI)
- Las instituciones del Estado están exentas de la declaración y pago del impuesto a la renta; las empresas públicas que se encuentren exoneradas del pago del impuesto a la renta en aplicación de las disposiciones de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, deberán presentar únicamente una declaración informativa de impuesto a la renta; y, las demás empresas públicas deberán declarar y pagar el impuesto conforme las disposiciones generales (Art. 16 RLRTI)
- Serán agentes de retención del Impuesto a la Renta, las entidades del sector público, que realicen pagos o acrediten en cuenta

valores que constituyan ingresos gravados para quien los perciba. (Art 92 RLRTI)

- En los contratos de consultoría celebrados por sociedades o personas naturales con organismos y entidades del sector público, la retención se realizará únicamente sobre el rubro utilidad u honorario empresarial cuando este conste en los contratos respectivos; caso contrario la retención se efectuará sobre el valor total de cada factura, excepto el IVA. (Art 124 RLRTI)

- Se entenderán comprendidos en el número 10 del Art. 56 de la Ley de Régimen Tributario Interno exclusivamente aquellos servicios prestados por entidades públicas en los que la totalidad del producto percibido por el precio, derecho o tasa correspondiente ingrese al Presupuesto General del Estado o al presupuesto de la entidad pública autónoma, creada por acto legislativo nacional o seccional, que preste el servicio. (Art 170 RLRTI)

- Las adquisiciones de bienes y servicios que efectúen las instituciones contempladas en el primer inciso del Art. 73 de la Ley de Régimen Tributario Interno, distintas a entidades y organismos del sector público y a empresas públicas reguladas por la Ley Orgánica de Empresas Públicas, están gravadas con tarifa 12% y podrán solicitar la devolución del IVA pagado en sus adquisiciones. (Art 174 RLRTI)

- Las entidades y organismos del sector público y las empresas públicas reguladas por la Ley Orgánica de Empresas Públicas, podrán solicitar la devolución del IVA pagado en importaciones o adquisiciones locales de bienes o servicios. Para el caso de las entidades y organismos del sector público y empresas públicas reguladas por la Ley Orgánica de Empresas Públicas, que realizan transferencias de bienes o prestan servicios gravados con tarifa 12% de IVA, el reintegro del impuesto al valor agregado pagado en sus adquisiciones corresponderá a aquel que no haya podido

ser compensado con el IVA percibido en sus ventas. (Art 175 RLRTT)

Es importante destacar que con la promulgación de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, se modificó el régimen del Impuesto al Valor Agregado aplicable a las Instituciones del Estado y empresas públicas, y se establece el derecho al reintegro del IVA pagado en las adquisiciones de bienes y servicios que estas realicen. Para regular esto, en el Registro Oficial No. 136 de 24 de febrero de 2010, fue publicada la Resolución del Servicio de Rentas Internas SRI No. 46, que contiene las Normas de Procedimiento para la Devolución del IVA a entidades y organismos del sector público y empresas públicas.

De conformidad con estas Normas, la devolución del IVA a las entidades y organismos del sector público y empresas públicas, procederá sobre la totalidad del impuesto pagado y declarado en el mes por concepto de adquisiciones de bienes, demanda de servicios e importaciones. Para el caso de aquellas que realizan transferencias de bienes o prestan servicios gravados con tarifa 12% de IVA, el reintegro del impuesto corresponderá a aquel que no haya podido ser compensado con el IVA percibido en sus ventas. (Art 4)

Finalmente, es importante considerar que de conformidad con el artículo innumerado posterior al 156 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador, no son objeto de impuesto a la salida de divisas las transferencias, envío o traslados de divisas al exterior realizadas por las Entidades y organismos del Estado, inclusive empresas públicas.

18.2. Importación de bienes

De conformidad con la LOSNCP, al órgano rector de la Contratación Pública (INCOP) le compete emitir autorización para la importación de bienes por parte del Estado. Sin esta autorización, la Corporación Aduanera Ecuatoriana (CAE) no procederá con la liberación de aquellos bienes importados a nombre de las entidades públicas.

La Resolución INCOP No. 016-09 emitida por el INCOP regula este tema, disponiendo un procedimiento especial obligatorio para el efecto, conforme al cual las entidades contratantes deben publicar sus requerimientos de bienes a importarse en el portal www.compraspublicas.gov.ec. El portal deberá realizar invitaciones a proveedores de los bienes de origen nacional registrados en el RUP, en la correspondiente categoría del bien requerido, con el fin de que presenten sus “manifestaciones de interés”.

Todo proveedor habilitado que esté en condiciones de suministrar el bien requerido de producción nacional, enviará en el término de tres días su manifestación de interés al portal, la cual deberá ser analizada por la entidad requirente y en el término de cinco días deberá verificar el cumplimiento de lo determinado en el artículo 6 de dicha Resolución (entre otros: que el bien cumpla con las especificaciones técnicas y de calidad requeridas). El resultado de esta verificación deberá ser publicado en el Portal www.compraspublicas.gov.ec. Todo lo anterior, con la finalidad de agotar todo intento de ejecutar el objeto de la contratación en el país y evitando el procedimiento de importación.

El INCOP por su parte, una vez publicada esta necesidad, deberá verificar en sus bases de datos o en otras bases con las que tengan interconexión, si existe oferta nacional, pudiendo también requerir información a entidades y organismos públicos y privados.

Luego de todo este procedimiento y verificación, el INCOP procederá a emitir la autorización a importar.

Para procesos de contratación que se tramiten y celebren en el exterior, los procesos se someterán a las normas legales del país en que se contraten o a las prácticas comerciales o modelos de negocios de aplicación internacional, según el caso.

Salvo el caso de proveedor único, para la adquisición de bienes en el exterior se propenderá a realizar procesos internacionales de selección competitivos para tales adquisiciones, aplicando los principios de calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia y publicidad.

18.3. Derogación de la tasa por fiscalización

La derogatoria No. 7 contenida en la LOSNCP, dispone que queda derogada, a partir de la vigencia de dicha ley, la contribución del uno por mil sobre los montos de contratos celebrados con instituciones del sector público, prevista en el artículo 26 de la Ley de Ejercicio Profesional de la Ingeniería, 10 de la Ley de Ejercicio Profesional de la Ingeniería Civil; y, 31 de la Ley de Ejercicio Profesional de la Arquitectura, y toda otra contribución de similar naturaleza.

Consideramos que en esta situación entró la tasa del 4% por fiscalización de ejecución de obras que las entidades contratantes cobraban o descontaban directamente a los contratistas en dichos contratos, que tenía su base en ordenanzas municipales y otros cuerpos normativos seccionales. Sin embargo, algunas entidades siguen pretendiendo cobrar esta contribución, y algunas otras hasta la han cobrado, pese a no existir norma alguna que les faculte a ello.

Para reforzar este criterio, a continuación el pronunciamiento del Procurador General del Estado, contenido en el oficio N° 12610 de 1 de marzo de 2010, sobre el tema:

No corresponde que la Municipalidad cree tributos bajo la denominación de tasa, sin que exista una contraprestación en servicio por parte de la entidad municipal a favor del sujeto pasivo o contribuyente obligado al pago, cuando en realidad se trata de servicios que son en Favor de la entidad municipal.

Conforme se señalara anteriormente y en atención a los términos de su consulta, no procede que la Municipalidad cobre la tasa del 4% a la supervisión y fiscalización de obras en el cantón Santiago, prevista en la ordenanza publicada en el Registro Oficial No. 287 de 31 de marzo de 1998, la misma que fue derogada por el numeral 7 de las Derogatorias de la Ley Orgánica del Sistema de Contratación Pública.

18.4. Contratación y uso de telefonía celular por parte de las entidades contratantes

Para efecto de regular la contratación y uso de telefonía celular en entidades y organismos del sector público, la Contraloría General del Estado expidió el Reglamento Sustitutivo para uso del servicio de telefonía móvil celular y de bases celulares fijas en las entidades y organismos del sector público. Cabe mencionar que estas disposiciones son aplicables únicamente a dichas entidades y organismos, por lo que otras entidades contratantes como empresas públicas o privadas deberán estar a su regulación especial.

18.5. Convenios de Pago

Como se analizó en el Capítulo Tercero de este manual, uno de los requisitos fundamentales de todo procedimiento precontractuales es contar previamente con la certificación presupuestaria que acredite la existencia, presente o futura, de recursos econó-

micos para cumplir las obligaciones económicas que se deriven de la ejecución contractual.

Ahora bien, suele suceder que muchas entidades del sector público, por diversas situaciones o circunstancias, contratan o reciben obras, bienes o servicios, sin haberse sujetado a los procedimientos precontractuales determinados en la LOSNCP. En estos casos, el Estado o las entidades contratantes, no pueden dejar de pagar los valores económicos por dichas obras, bienes o servicios, pese a que no cuentan con el sustento legal que justifique que se realizó el procedimiento precontractual previo. Ante esta circunstancia, la respuesta que se ha determinado para afrontar esta situación específica es la suscripción de los denominados convenios de pago.

El convenio de pago tiene como fundamento constitucional los artículos 33, 66 numeral 17 y 326 numeral 4, de la Constitución de la República, los que consagran el principio de que todo trabajo debe ser remunerado.

Por su parte, el artículo 117 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, la obligación se genera y produce afectación presupuestaria definitiva cuando se reciban de terceros obras, bienes o servicios adquiridos por autoridad competente, mediante acto administrativo válido, haya habido o no compromiso previo. Así mismo, ha sido criterio reiterado de la Contraloría y Procuraduría Generales del Estado, que las entidades públicas no pueden beneficiarse o enriquecerse injustamente con obras, bienes o servicios, recibidos de terceros y no cancelados.

El artículo 117 de este Código determina adicionalmente, que es necesario que se cuente con los documentos comprobatorios que demuestren la prestación de los servicios, ejecución de la obra o adquisición del bien respectivo.

Con los antecedentes expuestos, podría justificarse la celebración del convenio de pago como figura jurídica que permite solventar los casos mencionados. Respecto al contenido del convenio de pago, podemos mencionar lo siguiente:

1. Comparecientes: entidad pública y beneficiario.
2. Antecedentes que detallen la situación atípica que lo motivan, así como los fundamentos jurídicos que sustentan su celebración. Aquí deben incorporarse los documentos comprobatorios, que demuestren la prestación de los servicios, conforme lo exige el inciso final del artículo 117 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas.
3. Determinación de la obra, bien o servicio, efectivamente recibidos por la entidad, así como el valor económico a cancelarse por parte de la entidad contratante. Se hará constar la partida presupuestaria con cargo a la cual se cancelarán los valores correspondientes.
4. Aceptación de las partes y renuncia a reclamos posteriores por el mismo objeto, pues con el pago realizado se entienden satisfechas las obligaciones económicas pendientes de pago.

Debemos mencionar que el convenio de pago permite solventar situaciones atípicas como las analizadas; sin embargo, no puede considerarse bajo ningún concepto como una práctica que pueda ser aplicada periódicamente en una entidad pública. Si bien su aplicación se justifica para honrar las obligaciones adquiridas por entidades contratantes, debemos aclarar que no pueden eludirse procedimientos y normas con su aplicación. Por ello, aunque la situación pendiente de pago se satisfaga con la suscripción del convenio y la erogación económica que se realiza, debemos indicar que el convenio de pago no exime de las responsabilidades de los funcionarios por cuya acción u omisión no se realizó el pro-

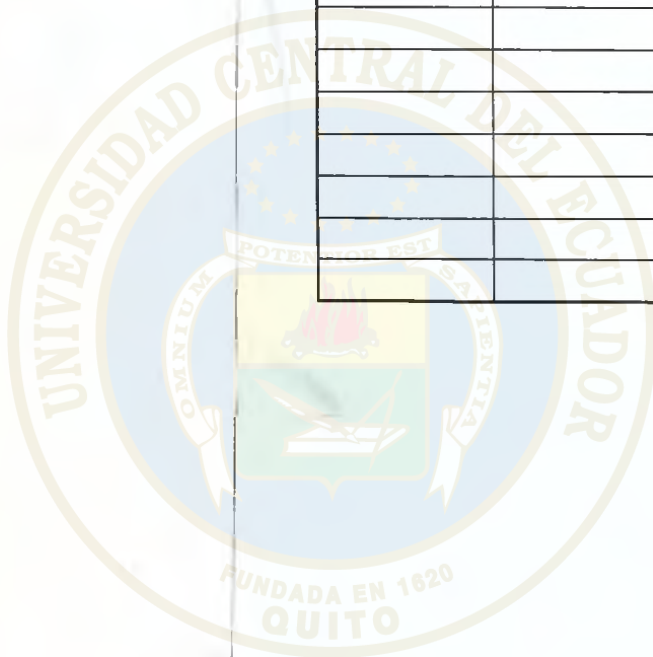
cedimiento precontractual correspondiente. La responsabilidad disciplinaria, administrativa o civil será determinada por la propia entidad o por la Contraloría General del Estado, según corresponda.

18.6. Iniciativa de Promotores para no ejecutar proyectos públicos

En relación al contenido de la Disposición General Cuarta de la LOSNCP: *"En el caso de ejecución de obras, inclusive las inversiones hidrocarburíferas, mineras o hidroeléctricas, la máxima autoridad tendrá la opción de organizar un procedimiento bajo los lineamientos del Reglamento General de esta Ley, que plantee la alternativa de no ejecutarlo ante la iniciativa de promotores, dicha alternativa deberá establecer una metodología que fije un monto que compense al estado razonablemente por la rentabilidad económica y social que dejaría de percibir."* Por tanto, existe la base legal para que el Estado ecuatoriano, a través de sus instituciones y entidades, se abstenga de ejecutar proyectos que pudieren tener un impacto social, económico o ambiental negativo, ante la iniciativa privada o pública, nacional o internacional, de promotores de establecer una metodología de compensación.



ESTE LIBRO ES DE LA BIBLIOTECA
SU VENTA ES PROHIBIDA POR LA LEY

[illegible]

352

P438m

BG

Pérez, Antonio

Manual de co

FECHA

N O

27/04/15

Jose Fier

20/08/15

Chucho C

16/01/2015

Hugo Fier

Realizó sus estudios de derecho en la Universidad San Francisco de Quito y obtuvo su título de Abogado de la República en la Universidad Internacional SEK. Realizó una pasantía en el ex Tribunal Constitucional (Actual Corte Constitucional). Fue funcionario de la Procuraduría General del Estado en las áreas de Contratación Pública, Consultoría y Patrocinio Internacional. Actualmente es abogado asociado al Estudio Jurídico "Izurieta Mora Bowen"; y, se desempeña además como Director de proyectos y Apoderado Especial de la Corporación ESTADE. Realizó una publicación anterior como coautor de la obra "Manual de Contratos del Estado". Ha estado involucrado en Consultorías en materia de Contratación Pública, Derecho Administrativo, Derecho Ambiental, entre otras.

Daniel López Suárez

Es Master en Derecho de Contratación Pública por la Universidad de Castilla- La Mancha, España. Especialista Superior en Derecho Administrativo por la Universidad Andina Simón Bolívar y Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Prestó sus servicios como asesor jurídico en el Ministerio de Gobierno y la Procuraduría General del Estado por más de 5 años; y, ejerció la Coordinación Legal del Programa de Desarrollo de Estrategias Productivas y de Inversión en el Ecuador, programa auspiciado por la CORPEI y el Ministerio de Coordinación de la Producción. Actualmente es consultor legal y jefe de proyecto en contratos y convenios con varias instituciones públicas y privadas; y, socio de la firma jurídica DONOSO SALAZAR NÚÑEZ LÓPEZ. Es conferencista y capacitador en materia de Contratación Pública y Derecho Administrativo; y, profesor titular de Derecho en la Universidad San Francisco de Quito.

José Luis Aguilar Hernández

Egresado de la Maestría de Contratación Pública y Modernización del Estado por la Universidad Andina Simón Bolívar. Especialista Superior en Derecho Financiero, Bursátil y de Seguros por la Universidad Andina Simón Bolívar. Doctor en Jurisprudencia y Abogado por la Universidad Católica del Ecuador. Mediador inscrito en el Centro Nacional de Arbitraje y Mediación de la Cámara de la Construcción de Quito, CENAMACO. Asesor y Consultor de entidades públicas y privadas en materia de contratación pública. Instructor, capacitador y conferencista de temas de contratación pública.

352

P438m

BG

Pérez, Antonio José

Manual de contra

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública -LOSNC- marcó, sin lugar a dudas, un cambio sustancial en las compras públicas del Ecuador. Está dirigida principalmente a modernizar el sistema de contrataciones aplicable, introducir herramientas tecnológicas a los procedimientos precontractuales, establecer nuevas figuras y definiciones jurídicas, aspectos que entre otros, pretenden una democratización de la contratación pública en el país, al permitir una mayor participación de proveedores en dichos procesos; y, adicionalmente, transparentar la información con miras a generar una mayor confianza de la ciudadanía en la gestión de sus autoridades.

El presente manual consiste en un estudio y análisis pormenorizado del nuevo marco legal existente, sus implicaciones, cuerpos normativos conexos, procedimientos precontractuales, requisitos exigidos a proveedores y autoridades; y, demás particulares del nuevo Sistema de Contratación Pública ecuatoriano, con la finalidad de que entidades y organismos contratantes, sus funcionarios y responsables de los procedimientos de contratación, así como proveedores y demás involucrados en la contratación pública nacional, puedan entender de mejor forma el contenido de la Ley y sus alcances, aplicarla y desarrollar de una mejor forma sus procedimientos precontractuales, para conseguir contrataciones más convenientes, transparentes y favorables para todos.

Este trabajo busca facilitar la aplicación y entendimiento de toda la normativa de contratación pública vigente en el país, por lo que, a lo largo de los capítulos de la obra, se ha realizado un análisis profundo y práctico sobre su alcance y aplicación. Adicionalmente, se abordan temas y aspectos relacionados al derecho administrativo frente a la contratación pública, que no han sido suficientemente analizados hasta el momento.

De tal forma, el presente Manual se convierte en una herramienta práctica, clara y eficaz para la aplicación de la normativa sobre contratación pública en nuestro medio, sirviendo también como un importante instrumento y aporte académico.

ISBN: 978-9978-86-972-7



9789978869727

Precio: USD 30.00



Quito: Acuña E2-02 y Agama Telfs. (593-2) 2221-711 / 2232-693
2232-694 / 2232-696 Fax: (593-2) 2226-256 Apartado 172100186
Guayaquil: Agustín Freire s/n y Av. Guillermo Pareja Rolando Centro
Comercial Garzocentro 2000 Of. 901 Telf. (593-4) 2279-035
Cuenca: H. Vásquez 794 y Luis Cordero Telf. (593-7) 2837-281

E-mail: ventas@cep.org.ec