



UNIVERSIDAD TÉCNICA PARTICULAR DE LOJA
La Universidad Católica de Loja

ÁREA SOCIOHUMANÍSTICA

TITULACIÓN DE MAGÍSTER EN DERECHO ADMINISTRATIVO

**Análisis de los nuevos procesos de contratación pública en el estado
ecuatoriano susceptibles de posibles actos de corrupción.**

TRABAJO DE FIN DE MAESTRÍA

AUTOR: Maquilón Montalvo, Nathalia Desiré

DIRECTOR: Burneo Valdivieso, Julián Mauricio, Dr.

CENTRO UNIVERSITARIO GUAYAQUIL

2015

APROBACIÓN DEL DIRECTOR DEL TRABAJO DE FIN MAESTRÍA

Doctor.

Julián Mauricio Burneo Valdiviezo.

DOCENTE DE LA TITULACIÓN

De mi consideración:

El presente trabajo de fin de maestría, denominado “Análisis de los nuevos procesos de contratación pública en el estado ecuatoriano susceptibles de posibles actos de corrupción” realizado por Maquilón Montalvo Nathalia Desiré, ha sido orientado y revisado durante su ejecución, por cuanto se aprueba la presentación del mismo.

Loja, enero 2015

f)

DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y CESIÓN DE DERECHOS

“Yo, Nathalia Desiré Maquilón Montalvo, declaro ser autora del presente trabajo de fin de maestría Análisis de los nuevos procesos de contratación pública en el estado ecuatoriano susceptibles de posibles actos de corrupción, de la Titulación Maestría en Derecho Administrativo, siendo Julián Mauricio Burneo Valdiviezo director del presente trabajo; y eximo expresamente a la Universidad Técnica Particular de Loja y sus representantes legales de posibles reclamos o acciones legales. Además certifico que las ideas, concepto, procedimientos y resultados vertidos en el trabajo investigativo, son de mi exclusiva responsabilidad.

Adicionalmente declaro conocer y aceptar la disposición del Art. 67 del Estatuto Orgánico de la Universidad Técnica Particular de Loja que su parte pertinente textualmente dice: “Forman parte del patrimonio de la Universidad la propiedad intelectual de investigaciones, trabajos científicos técnicos y tesis de grado que se realicen a través, o con el apoyo financiero, académico o institucional (operativo) de la Universidad”

f.

Autora: Maquilón Montalvo Nathalia Desiré

Cédula: 0922934260

DEDICATORIA

A mis padres, esposo y mis hijos.

AGRADECIMIENTO

A mi Director de tesis.

ÍNDICE GENERAL

CARÁTULA.....	I
APROBACIÓN DEL DIRECTOR DEL TRABAJO DE FIN MAESTRÍA.....	II
DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y CESIÓN DE DERECHOS.....	III
DEDICATORIA.....	IV
AGRADECIMIENTO.....	V
ÍNDICE DE CONTENIDOS.....	VI
RESUMEN.....	1
ABSTRAC.....	2
INTRODUCCIÓN.....	3
1. CAPÍTULO I.....	5
1.1 Antecedentes de la legislación sobre contratos del Estado Ecuatoriano.....	6
1.2 Definiciones.....	7
1.3 Corrupción en la contratación pública.....	9
1.4 Entidades encargadas de combatir la corrupción en la gestión contractual pública en el Ecuador.....	18
1.5 Análisis de los delitos que se pueden generar del proceso de contratación pública.....	23
1.6 Transparencia y acceso a la información pública.....	27
2. CAPÍTULO II.....	30
2.1 Servicio Nacional de contratación pública.....	31
2.2 Portal de Compras Públicas.....	33
2.3 El contrato administrativo.....	34

2.4 Contratos generados por el Estado.....	42
2.5 Entidades contratantes.....	46
2.6 Proveedores del Estado.....	47
3. CAPÍTULO III.....	51
3.1 Fases dentro de la contratación pública.....	52
3.2 Regímenes de contratación.....	59
CAPÍTULO IV.....	86
4.1 En las fases del contrato.....	87
4.2 En las modalidades de adquisición y procesos de selección.....	91
4.3 Incumplimiento y oportunidades del Marco Normativo en lo referente a Contratación Pública.....	96
CONCLUSIONES.....	103
RECOMENDACIONES.....	105
BIBLIOGRAFÍA.....	107
ANEXOS.....	110

RESUMEN

En el presente trabajo se realiza un análisis de los procesos de adquisición y contratación de bienes, servicios y obras del Estado Ecuatoriano, mediante el cual se pretende hacer notar que, pese a la normativa actual existente en cuanto a materia contractual, estos procesos pueden ser susceptibles de actos de corrupción debido a la gran cantidad de recursos invertidos en las contrataciones estatales.

La normativa actual vigente debe regir para todos los procesos de contratación pública ecuatoriana, por lo cual todos los actos y decisiones que se adopten al respecto, deberán sujetarse de manera estricta a lo que dispone la legislación ecuatoriana referente a este tema.

Sin embargo, en la actualidad es evidente que el fenómeno de la corrupción hace caso omiso a la legislación existente ingeniándose maneras de obtener beneficios particulares afectando al patrimonio público y así al bienestar común, razón por la cual, el objetivo de este trabajo es que se tomen medidas correctivas con respecto a este proceso e incentivar a sus actores a actuar de manera ética y responsable.

PALABRAS CLAVES: Contratación Pública, corrupción.

ABSTRACT

This research contains an analysis of the engagement processes and procedures to contract assets and services in Ecuadorian country, in order to accentuate that although the current regulations referring to pre contractual and contractual issues, these processes can be susceptible of corruption acts because of the significant economic resources invested in state contracting.

For all the Ecuadorian public contracting processes, there are laws, regulations and resolutions issued by cognizant entities which give the basic standards and basic procedures to be observed for all the contracting party in public sector and everyone immersed in this kind of activity, whence every act and decision adopted around this topic shall fall strictly to the dispositions issued by the Ecuadorian law.

However, in these days it is evident that corruption evades guidelines of Ecuadorian laws devising ways in order to obtain particular benefits affecting public patrimony and social welfare, that is why the objective of this research is take corrective measures respect this process and to stimulate their actors to proceed in an ethical and responsible way.

KEY WORDS: Public Engagement, corruption.

INTRODUCCIÓN

Vincular la Contratación Pública con actos de corrupción se ha vuelto algo cotidiano ya que en varias ocasiones se ha evidenciado la desviación de recursos públicos para beneficios particulares, sobornos por parte de proveedores a servidores públicos, ineficiencias en el sistema de control y judicial, la negativa de rendir cuentas, entre otros, creando un ambiente de inseguridad en el ámbito contractual en donde no se promueve la eficiencia, la transparencia y una contratación pública basada en el mérito.

Las adquisiciones estatales son de gran interés público debido al volumen de recursos que se destinan para poder cumplir con este fin. En el año 2012 el Estado Ecuatoriano invirtió más de 10 mil millones de dólares para la adquisición de bienes, obras y servicios, incluidos los de consultoría, y, es precisamente debido a la gran cantidad de recursos involucrados en estas contrataciones lo que hace que sean más vulnerables a actos corruptos.

El Sistema Nacional de Contratación Pública mediante las normas legales correspondientes, pretende garantizar la transparencia en los procesos de contratación, sin embargo, a pesar de todo el esfuerzo de los legisladores para evitar la existencia de actos no éticos que generen algún tipo de perjuicio al estado, resulta evidente que hoy por hoy se siguen dando situaciones que se prestan para pensar que existe la figura de corrupción en las compras públicas de este país.

Frente a esta situación y sumado el hecho de que la corrupción es vista como un resultado del monitoreo imperfecto por parte del gobierno y sus sistemas de control, lo que se pretende con este trabajo es identificar cómo se podrían originar este tipo de actos corruptos, así como también fomentar las buenas prácticas administrativas entre los actores principales que participan en el proceso.

Para el desarrollo de esta tesis fue necesario recurrir a algunas entidades públicas con el fin de obtener la información necesaria para la ejecución de la misma. Se participó de un curso acerca de los “Principios Jurídicos de Contratación Pública”, dictado por el Instituto de Altos Estudios Nacionales, en donde hubo la oportunidad de participar de foros en los cuales se recogieron experiencias de servidores públicos encargados de los procesos de contratación en donde se evidenciaron algunos aspectos comunes que ocurren en las entidades contratantes que serán expuestos en el desarrollo de este trabajo. Así mismo, existieron ciertas restricciones cuando se acudió a otras entidades tales como la Contraloría General del Estado y el Consejo de Participación Ciudadana, en donde no hubo el apoyo suficiente con la información que se solicitó.

El objetivo de este trabajo es realizar un análisis de los posibles actos de corrupción que podrían generarse en el proceso de adquisiciones públicas transgrediendo las disposiciones establecidas en la normativa legal pertinente, a más de analizar los procedimientos y fases de las contrataciones que mantiene el Estado Ecuatoriano. Busca, adicionalmente, desarrollar la conciencia crítica y la ética como modo cultura organizacional del servidor público para actuar con justicia y responsabilidad social.

Como conclusión personal, en base al análisis realizado, se determina que no son suficientes las medidas y políticas de control que han sido implementadas para lograr la excelencia en el manejo de la contratación pública en el estado ecuatoriano si no existen fundamentos éticos y responsabilidad social por parte de los servidores públicos y sociedad civil que intervienen en este proceso.

En el Capítulo 1 se encontrará el marco teórico que expone la percepción de la corrupción en los gastos del Estado, el Capítulo 2 abarca temas relacionados con el Sistema Nacional de Contratación Pública, el Capítulo 3 describe los procedimientos en las adquisiciones y contrataciones del estado ecuatoriano, el Capítulo 4 analiza las anomalías encontradas en las contrataciones públicas que podrían prestarse para posibles actos de corrupción, finalmente se emiten conclusiones y recomendaciones.

CAPÍTULO I: MARCO TEÓRICO

1.1 Antecedentes de la legislación sobre contratos del Estado en ecuatoriano.

Las disposiciones legales sobre contratación pública en el Ecuador remontan a la Ley de Hacienda en el siglo XIX, hasta mediados del siglo XX, en donde se publica la Ley de Licitaciones y Concurso de Ofertas. Desde ese entonces la Ley de Licitaciones y posteriormente la Ley de Contratación Pública, han sufrido una serie de modificaciones que no han alterado los lineamientos básicos, no obstante la inserción de figuras más recientes como la entrega-recepción presunta o el arbitraje.

Desde la publicación de la Ley de Contratación Pública, a comienzos de los años noventa, diferentes entidades públicas han trabajado en proyectos de una nueva Ley, lo que se prolongó prácticamente hasta nuestros días sin tener los resultados esperados, pero con influencias irrefutables en la Ley Orgánica del Sistema de Contratación Pública, desde ahora LOSNCP.

En este cuerpo legal se ha incorporado la noción de un Sistema Nacional de Contratación pública basada en el uso de herramientas tecnológicas y procesos dinámicos, un ente rector para administrar este Sistema, un registro único de proveedores a su cargo, entre otros; que han sido cambios sustanciales en este nuevo Sistema de Contratación Pública generando más agilidad en los procesos.

Así mismo, consta la inclusión del régimen de contratación por parte de las entidades privadas que manejen fondos públicos, a diferencia de la anterior legislación, ya que se unificó en una sola Ley a todos los organismos públicos y privados que antes de su expedición tenían regímenes de contratación individuales propios, como es el caso de las empresas públicas petroleras, telefónicas, eléctricas, entre otros.

Hay que destacar que las nuevas tendencias y propuestas de reformas para la contratación pública ecuatoriana tienen sus influencias, mayormente, en el nuevo Derecho Administrativo europeo y de la contratación pública Internacional, cuyo

ejemplo más patente es la introducción del arbitraje con el fin de resolver las discrepancias contractuales que se puedan presentar durante el proceso; Esto se debe, en gran parte, a la unificación de criterios mundiales respecto a procedimientos utilizados dentro de las etapas pre contractuales y contractuales, con la finalidad de ser más eficientes y evitar actos corruptos.

En los casos de contratación pública ecuatoriana, las Leyes, reglamentos y resoluciones emitidas por las entidades competentes consagran las normas básicas y procedimientos que deben observar las entidades contratantes del sector público en los procesos de contratación, ya sea para la adquisición o contratación de bienes, obras o servicios, incluidos los de consultoría, motivo por el cual, todos los actos y decisiones que adopten las entidades contratantes deberán sujetarse de manera estricta a lo que dispone la Legislación en el ámbito contractual.

1.2 Definiciones

En primer lugar es necesario definir a lo que se denomina como “Contratos de la Administración”, “Contratos estatales” o “Contratos públicos”, que son contratos de carácter oneroso entre un comprador público, es decir la entidad adjudicadora y un operador económico público o privado que es el licitador con el fin de responder a una necesidad en materia de servicios, bienes u obras.

En segundo lugar hay que definir lo que se conoce como corrupción dentro del ámbito estatal, que en términos muy sencillos se dice que es el abuso de poder público para obtener un beneficio particular.

Según la página web del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, corrupción es *“ la acción u omisión cometida por una autoridad pública, un servidor público, o una persona natural o jurídica privada que maneja fondos públicos o*

presta servicios públicos, para beneficiar ilícita o ilegítimamente, intereses particulares, en desmedro del interés público”¹.

Para los fines de este trabajo se definirá como corrupción al *“fenómeno por medio del cual un funcionario público es impulsado a actuar de modo distinto a los estándares normativos del sistema para favorecer intereses particulares a cambio de una recompensa.”²*

Se puede mencionar algunos tipos de comportamientos corruptos dentro del ámbito estatal, como lo son el mal manejo del patrimonio público, de la planificación, del presupuesto, de la administración de recursos humanos, del control fiscal, y una de las más importantes y que es objeto de estudio de esta tesis, la contratación gubernamental, debido a que, es aquí en donde se destina un porcentaje significativo de los recursos estatales.

En la mayoría de los países latinoamericanos y del mundo, la corrupción es vista como un asunto que merece una rápida e imperiosa atención. Diversos hechos que se han observado a través de la historia demuestran que este fenómeno ha adquirido dimensiones preocupantes y que de igual manera se han desarrollado un sin número de acciones con el propósito de combatirla. Algunos autores³ sostienen que la corrupción tiene como causas de origen, problemas de carácter administrativo, económico, legal y de gestión; pero es criterio de la autora de este trabajo, que éste fenómeno es un problema de cada individuo, ya que como bien se indica en un artículo publicado en Internet⁴ *“el problema de ser corrupto tiene que ver con los patrones de formación temprana de la persona, y la configuración de una escala o jerarquía proactiva y ejemplarizante de valores, sobre todo éticos. El hecho de permitir que la corrupción penetre a la propia vida, quiere decir que desde ese*

¹<http://www.cpccs.gob.ec/?mod=glosario>. Glosario básico de participación ciudadana, control social y transparencia.

²PASQUINO. Gianfranco. "Corrupción" en Norberto Bobbio (Coord.) Diccionario de Ciencia Política. México. Siglo XXI editores, 1988, págs. 438-440.

³ ABREU, Santiago. <http://www.monografias.com/trabajos24/corrupcion/corrupcion.shtml>.

⁴ <http://www.interamericanusa.com/articulos/Gob-Corp-Adm/Estr-Anti-Corrp.htm>.

momento, no existe solidez y consistencia en la estructura ética de la persona, en términos de principios.”

Otro concepto importante por definir es la contratación pública, que tiene lugar cuando las entidades públicas contratan con personas naturales o jurídicas del sector público o privado, para cumplir con algunas de sus obligaciones. La oficina de Anticorrupción de la República de Argentina define el concepto de contratación pública como *“toda declaración bilateral o de voluntad común, productora de efectos jurídicos entre dos personas, de las cuales una se encuentra en ejercicio de la función administrativa, cuyo objeto puede estar constituido por la realización de una obra, la prestación de un servicio público, así como la obtención o enajenación de un bien o servicio que tenga por finalidad el fomento de los intereses y la satisfacción de las necesidades generales. En este acuerdo, se exterioriza la actividad administrativa cuya especificidad está dada por su régimen jurídico.”*⁵

1.3 Corrupción en la contratación pública.

1.3.1 Perspectiva Internacional.

Con el pasar del tiempo, la importancia de la actividad contractual que tienen las instituciones públicas va adquiriendo mayor relevancia tanto a nivel nacional como internacional. Según la Organización Mundial de Comercio, la contratación pública representa entre el 10 y 15% del Producto Interno Bruto (PIB)⁶ (El PIB es la suma de todos los bienes y servicios que produce un país o una economía en un periodo determinado, que por lo general es un año), sin incluir los bienes relativos al área de defensa, razón por la cual el régimen normativo de los contratos estatales constituye un elemento de vital importancia para el desarrollo económico y social de los países. Desafortunadamente esto ha conllevado a la creación de un campo propicio para actos de corrupción.

⁵[http://www.anticorruptcion.gov.ar/documentos/Compras%20Guidelines%20\(4\).pdf](http://www.anticorruptcion.gov.ar/documentos/Compras%20Guidelines%20(4).pdf). Oficina Anticorrupción de la República de Argentina, Compras y contrataciones públicas.

⁶http://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/gpa_overview_s.htm. OMC, Panorama general del Acuerdo de Contratación Pública. 1 de enero de 2006.

Una manera de corroborar ciertas anomalías dentro del ámbito de la contratación pública es, independientemente de la modalidad del proceso de selección que se efectúe, cuando se comparan los precios de mercado de los bienes o servicios versus los precios contratados en donde se pueden encontrar diferencias significativas del precio. Según el Dr. Donald Strombom⁷ *“cuando la corrupción es endémica se puede decir sin temor a equivocarse, que añade probablemente un mínimo del 20% al 25% al costo de las compras del Estado”*. Según un documento del FMI titulado *“Corruption, Public Investment and Growth”*, un análisis más detenido de las prácticas de contratación pública en proyectos de cierta importancia y magnitud, el sobre costo puede alcanzar incluso el 50%⁸.

Intentar calcular con exactitud el costo que tiene la corrupción en cuanto a contratación pública resulta algo complejo, pues como ya se mencionó, ésta va desde grandes proyectos de infraestructura, contratos de servicios públicos, adquisición de bienes, contratación de consultorías, etc.; hasta “retribuciones económicas”, “favores” o “regalos” que reciben algunos servidores públicos por sus decisiones administrativas que puedan beneficiar directamente a un particular.

Debido a la gran cantidad de recursos destinados en estas contrataciones resulta necesario perfeccionar las normas que la regulan, permitiendo a los gobiernos utilizar estos recursos con mayor eficacia y contribuir así con el crecimiento económico, sin causar perjuicios al patrimonio público.

Dada importancia del tema, organismos nacionales y extranjeros se han pronunciado y han manifestado su preocupación con respecto a este tema tal como se muestra a continuación:

⁷Socio Fundador y Director de CGLA. Donald Strombom tiene un Doctorado en Ingeniería Civil y ha escrito numerosos artículos sobre cómo la buena práctica de adquisiciones puede ser efectiva en el combate contra la corrupción.

⁸Stromb Donald. La Corrupción en los Contratos de Compras. Perspectivas Económicas. USIS. Vol. 3 No.5. Noviembre de 1998. (http://www.oas.org/juridico/spanish/mec_tema_doc.pdf)

1.3.1.1 La Organización Mundial de Comercio. (OMC)

Para la OMC, la contratación pública tiene una considerable importancia económica tanto a nivel nacional como internacional, y representa una proporción significativa del PIB nacional. A nivel nacional, la contratación de bienes y servicios por organismos gubernamentales proporciona los insumos necesarios que permiten a los gobiernos suministrar servicios públicos y desempeñar otro tipo de tareas. Los sistemas de contratación pública repercuten de forma significativa en el uso eficiente de los fondos públicos y, en términos más generales, en la confianza pública en los gobiernos. El logro de una buena relación entre calidad y precio, la publicidad, y la igualdad son algunos de los requisitos esenciales de un sistema de contratación pública eficiente.

Este organismo ha desarrollado activamente un programa de trabajo acerca de la transparencia de la contratación pública de sus países miembros, el mismo que se basa en el mandato adoptado por los Ministros en la Conferencia Ministerial de la OMC que se llevó a cabo en Singapur en diciembre de 1996 que trata de: “establecer un grupo de trabajo encargado de realizar un estudio sobre la transparencia de las prácticas de contratación pública, que tenga en cuenta las políticas nacionales, y, sobre la base de ese estudio, elaborar elementos para su inclusión en un acuerdo apropiado”⁹.

El mandato antes mencionado refleja la importancia particular que se asigna a la transparencia en todas las actividades realizadas por la OMC, incluyendo a la contratación pública. Su finalidad es la elaboración de un acuerdo en el que participen los 159 países miembros de la OMC así como perfeccionar el uso y aprovechamiento de la tecnología en las contrataciones estatales. Ecuador forma parte de la Organización Mundial de Comercio desde el 21 de enero de 1996.

⁹Organización Mundial del Comercio, rue de Lausanne 154, CH-1211 Ginebra 21, Suiza MINISTERIAL DE LA OMC (DOHA, 2001): NOTAS INFORMATIVAS

1.3.1.2 Unión Europea

La contratación pública representa aproximadamente el 17% del PIB de la UE¹⁰, por esta razón la preocupación de este organismo a fin de perfeccionar las normas que la regulan permitiendo a los gobiernos que integran esta organización utilizar sus recursos con mayor eficacia y contribuir con el crecimiento económico, evitando perjuicios al patrimonio público.

Uno de sus principales objetivos es aumentar la transparencia, garantizar un tratamiento no discriminatorio de los proveedores miembros y de las Comunidades europeas evitando que se lleven a cabo posibles actos de corrupción en cuanto a materia de contratación pública.

Los sobornos y pagos ilegales de particulares o empresas a servidores estatales eluden los procedimientos democráticos y entorpecen el correcto funcionamiento de la economía perjudicando a los ciudadanos honrados. Se calcula que la corrupción tiene un costo anual aproximando de 120.000 millones de euros, alrededor del 1% del PIB de la UE.¹¹

Con el objetivo de combatir el fenómeno de la corrupción la UE mediante la “Convención para la lucha contra la corrupción de funcionarios de las Comunidades Europeas”, dispone que todos los Estados miembros deben tipificar como delito la corrupción activa y pasiva cometida por funcionarios de la Comunidad y por funcionarios públicos de sus Estados miembros, o contra ellos, independientemente si hay o no intereses financieros de la Comunidad en juego.

¹⁰http://ec.europa.eu/news/business/110128_es.htm. Comisión Europea, Normas sobre contratos públicos, 28/01/2011,

¹¹Diario Exterior, La corrupción en Europa tiene un coste de 120.000 millones de euros anuales, España, 08/06/2011.

Para la UE sus países miembros deberían reflexionar sobre cómo se puede mejorar los procesos de contratación pública para que ésta resulte más eficaz para el Estado, las empresas y los contribuyentes, demostrando, una vez más, que este tema es de gran importancia para el crecimiento económico de los países miembros.

1.3.1.3 La Convención Interamericana contra la Corrupción.

La Conferencia Especializada de la Organización de los Estados Americanos contra la Corrupción el 29 de marzo de 1996 aprobó la creación de la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC), la misma que entró vigencia en marzo de 1997.

La CICC es una herramienta del Derecho Internacional de mucho interés, tanto por sus disposiciones como por la inclusión de un mecanismo de seguimiento que vela por el cumplimiento de las mismas. Antes de la CICC cada país afrontaba el combate contra la corrupción según su normativa interna sin interferir ni rendir cuentas a los demás países miembros; Esto cambió radicalmente a partir del Acta de Buenos Aires sobre el mecanismo de seguimiento de la implementación de la CICC de mayo de 2001,¹² considerando un logro el concertar una agenda de anticorrupción, así como de cumplir con un mecanismo de reporte periódico que permite a los países comparar sus avances en la materia.

La CICC tipifica varios hechos relacionados con los actos de corrupción y la mayoría de ellos se lo pueden encasillar con los que se desencadenan con la contratación pública. Para efectos de una mejor comprensión se utilizarán nombres genéricos ya en cada país estos varían de denominación de acuerdo a su legislación y adoptan diferentes tipificaciones y sanciones.

Es importante mencionar que la CICC considera como *funcionario público*, a *“los oficiales o servidores que prestan servicios para el Estado. Estas personas pueden*

¹²ARGAÑA, Mercedes, Importancia de la Convención Interamericana contra la corrupción. , Asunción, Paraguay. (www.tribunalesdecuentas.org.ar/)

*haber sido seleccionados o designadas por funcionarios de un rango superior o su nombramiento puede provenir de una elección popular o legislativa, sin importar su nivel jerárquico.*¹³

Algunos de los actos de corrupción tipificados por la CICC son:

a. Aceptación de sobornos

Al respecto, la CICC define al acto de corrupción como:

"El requerimiento o la aceptación, directa o indirectamente, por un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para sí mismo o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas".

b. Ofrecimiento de sobornos

La CICC se refiere a la acción de ofrecer soborno como:

"El ofrecimiento o el otorgamiento, directa o indirectamente, a un funcionario público o a una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para ese funcionario público o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas".

La introducción de este acto corrupto en la CICC fue un importante avance, debido a que se está considerando de manera simultánea las figuras de corrupto

¹³Cuarezma Terán Sergio J., Análisis sobre la Legislación Penal Nicaragüense y la Convención Interamericana contra la corrupción. (<http://www.oas.org/juridico/spanish/agendas/nicaestudio.htm>)

y corruptor. La CICC hace el planteamiento de que en cada país se castigue no sólo al funcionario que se aprovecha de su cargo, sino también a los que incitan a cometer tales abusos.

En la actualidad el Ecuador, mediante la Ley Orgánica Integral Penal vigente desde el mes de febrero del presente año, castiga este delito para todas las personas que intervienen en actos de corrupción, con el cumplimiento de una pena privativa de libertad, que variará de acuerdo a la magnitud del caso.

c. Incumplimiento de funciones

En la mayoría de ocasiones resulta difícil encontrar o descubrir evidencias sobre la aceptación u ofrecimiento de sobornos, es por esta razón que la CICC consigna como acto de corrupción el solo *“hecho de realizar una acción o adoptar una decisión, u omitirla, en contradicción a los deberes o funciones que le han sido asignadas a una persona que ejerce un cargo público así como cometer actos arbitrarios o abusos de poder.”*

En este caso, debe demostrarse que el acto en cuestión ha sido cometido por los funcionarios con la finalidad de obtener beneficios para sí mismos o para empresas, grupos o terceras personas.

d. Desvío de bienes públicos

Se refiere al uso indebido, el robo o el ocultamiento de dinero, maquinaria, equipo o patrimonio del Estado.

La CICC, lo describe como *“el aprovechamiento doloso u ocultación de bienes”* provenientes de actos de corrupción y enfatiza en que se debe considerar como

responsables a los autores directos, a los coautores, a los incitadores, a los cómplices y a los encubridores. Se pide también a los países prohibir y castigar el soborno transnacional, al cual se lo define de la siguiente manera:

"El acto de ofrecer u otorgar a un funcionario público de otro Estado, directa o indirectamente, por parte de sus nacionales, personas que tengan residencia habitual en su territorio y empresas domiciliadas en el, cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios, como dádivas, favores, promesas o ventajas, a cambio de que dicho funcionario realice u omita cualquier acto, en el ejercicio de sus funciones públicas, relacionado con una transacción de naturaleza económica o comercial."

Por todo lo expuesto se puede notar la importancia que le dan al tema de la corrupción en las contrataciones estatales y al intento de evitar, mediante la legislación internacional, que se fomente este tipo de comportamiento.

1.3.2 Perspectiva nacional.

La percepción de los actos de corrupción en el ámbito nacional se direcciona, entre otras actividades, a la contratación pública, siendo de conocimiento general que existen un sin número de denuncias relacionadas con respecto a este tema, tal como la investigación de corrupción por parte de un ex Ministro del Deporte, por sobre precios y cobro de coimas en contratos de obras de infraestructura deportiva en el año 2009 o las denuncias acerca de los sobrepuestos y otras irregularidades en el contrato de suministros de equipos médicos entre el Ministerio de Salud Pública del Ecuador y la compañía Drager Medical.

La falta de credibilidad y de transparencia en este tipo de procesos estatales ha generado una percepción social negativa acerca de la gestión del Estado y el funcionamiento de sus organismos, conllevando a una ineficiencia en la utilización

del patrimonio público del Estado y dejando a la ciudadanía en un ambiente de inequidad e incertidumbre en donde sus derechos se ven vulnerados bajo el abuso de tráfico de influencias, chantaje e impunidad.

Resulta interesante hacer un análisis del IPC¹⁴ del Ecuador en estos últimos años, en vista de que este índice permite, a través de diversas encuestas de organizaciones como el Banco Mundial, la Universidad de Columbia o el Foro Económico Mundial, puntuar a 180 países aproximadamente, entre ellos a Ecuador, acerca de cómo se percibe el nivel de corrupción en cada uno de los países a ser evaluados. Según los datos que publica la Organización de Internacional el Ecuador para el año 2011 se ubica en el puesto 120 entre 180 países. Según la misma fuente para el año 2013, Ecuador ocupó el puesto número 83 de 177 países, disminuyendo notablemente la percepción de corrupción que se tiene sobre el país.

A pesar de la disminución de éste índice, las cifras mencionadas evidencian que aún existe falta de confianza y de transparencia en el desarrollo del accionar de la administración pública en el Ecuador. Dentro del ámbito de las contrataciones Estatales, que es el tema principal de estudio, las instituciones tienen la responsabilidad legal y moral de comunicar sobre su gestión, rendir cuentas y fomentar la transparencia en toda las etapas de los proceso contractuales.

Para el año 2010, según datos del Servicio Nacional de Contratación Pública publicados en los informes anuales, se destinaron alrededor de 5 mil millones de dólares para las adquisiciones del sector Público, que representa el 28% del Presupuesto General del Estado y el 11% del PIB. Para el 2012 el monto invertido se duplicó alcanzando los 10 mil millones de dólares para estos fines.

¹⁴El IPC clasifica a los países/territorios de acuerdo con el grado de corrupción que, según se percibe, existe en el sector público.

Con los datos expuestos, se puede constatar que el volumen de los recursos que se utilizan para realizar todo tipo de contratación estatal es sumamente elevado y se va incrementando con el paso del tiempo, por consiguiente, el potencial de retribución económica o dádivas que se pueden ofrecer como contraprestación ilícita de las decisiones administrativas de los servidores públicos que de alguna manera buscan beneficiar a un contratista particular, resultaría difícil de calcular.

1.4 Entidades encargadas de combatir la corrupción en la gestión contractual pública en el Ecuador.

La Constitución de la República del Ecuador en su artículo 66, numeral 23, señala que se le reconoce y garantiza a las personas *“el derecho a dirigir quejas y peticiones individuales y colectivas a las autoridades y a recibir atención o respuestas motivadas.”* Por lo tanto, toda persona puede presentar ante los organismos pertinentes peticiones, solicitudes o reclamos cada vez que se sientan perjudicados, cualquiera que sea el motivo, ya que sus derechos se encuentran amparados en la Constitución y la Ley.

En el Ecuador, a lo largo del tiempo, se han creado algunos organismos con el propósito de combatir con los actos de corrupción, los mismos que están encargados de promover e impulsar el control de las entidades y organismos del sector público, y de personas naturales o jurídicas del sector privado que presten servicios o desarrollen actividades de interés público, para que su accionar sea realizado con responsabilidad, transparencia y equidad; fomentando e incentivando la participación ciudadana.

Dentro de las funciones del Estado se encuentra a la Función de Transparencia y Control Social, entidad encargada del control de la gestión pública y principalmente de prevenir y combatir a la corrupción. Esta entidad es considerada como la Quinta Función de Estado y está conformada por los siguientes organismos autónomos:

- Contraloría General del Estado.
- Superintendencia de Bancos y Seguros.
- Superintendencia de Compañías.
- Superintendencia de Telecomunicaciones.
- Superintendencia de Economía Popular y Solidaria.
- Superintendencia de Control y Poder del Mercado.
- Superintendencia de Información y Comunicación.
- Consejo de Participación Ciudadana y Control Social.
- Defensoría del Pueblo.

Haciendo referencia a los procesos de Contratación Pública, las entidades que participan más activamente en el control de los procesos contractuales y lucha contra la corrupción son:

1.4.1 Contraloría General del Estado.

Se ha considerado relevante hacer mención sobre la participación que tiene la Contraloría General del Estado en cuando a temas de contratación pública, ya que es la Institución encargada de velar por el buen uso de los bienes públicos, así como de controlar los actos de corrupción, a petición o de oficio, de todas las entidades que comprenden en sector público.

Anteriormente la participación de los organismos de control era previa a la contratación, a través de los correspondientes informes de la Procuraduría y la Contraloría General del Estado. Fue con la expedición de la LOSNCP en el 2008, que la Contraloría realiza los controles posteriormente a los procedimientos de contratación pública efectuados por las entidades contratantes a fin de establecer, de ser el caso, las responsabilidades administrativas, civiles e indicios de responsabilidad penal de las personas involucradas en los procesos.

Así mismo, se establece la obligación del SERCOP de informar de oficio a este organismo de control cada vez que se conozca que existe algún tipo de infracción a lo dispuesto en la Ley, por lo que se determina que existe la obligación legal de las Instituciones del Estado, sus servidores o quienes los representen, de informar a la Contraloría General del Estado, todo tipo de actos o contrataciones que se realicen en contravención de la normativa legal correspondiente.

1.4.2 Consejo de Participación ciudadana y Control Social. (CPCCS)

Con el fin de combatir la corrupción la Ley Orgánica del CPCCS, crea la Secretaría Técnica de Transparencia y Lucha contra la Corrupción, la misma que recepta e investiga sobre los actos de corrupción, recibiendo y, además, tramitando quejas, denuncias o pedidos de la ciudadanía presentados en otras entidades del Estado o personas naturales o jurídicas privadas que manejen fondos públicos.

La CPCCS también interviene en la parte procesal dándole el respectivo seguimiento a los casos de corrupción que han sido denunciados con el afán no sólo de combatir a la corrupción sino también la impunidad.

Según su página web, la Secretaría Técnica de Transparencia y Lucha contra la Corrupción está conformada por las siguientes subordinaciones:

- 1) Admisión y Orientación Jurídica: a través de la cual se dirige el proceso integral de orientación a la ciudadanía y el análisis de denuncias o pedidos.
- 2) Transparencia: es la encargada de ejecutar los procesos necesarios para orientar, promover y fomentar la transparencia.

- 3) Investigación: es la encargada de investigar las denuncias sobre actos u omisiones que afecten a los derechos de participación, generen corrupción o vayan en contra del interés social.
- 4) Patrocinio: a través de esta subordinación el CPCCS actúa como parte procesal de los casos sometidos al Consejo.

1.4.3 Defensoría del Pueblo

La Constitución en su artículo 215, señala que *“la Defensoría del Pueblo tendrá como funciones la protección y tutela de los derechos de los habitantes del Ecuador y la defensa de los derechos de las ecuatorianas y ecuatorianos que estén fuera del país.”*

Entre las funciones del defensor del pueblo están las de orientar y asesorar a los ciudadanos para que puedan ejercer sus derechos consagrados en las Leyes, también investiga y denuncia a las autoridades competentes que se vean inmersas en actos ilícitos, y emite informe de procedencia ante la Corte Constitucional de las demandas de inconstitucionalidad de las Leyes, reglamentos, ordenanzas, resoluciones, estatutos, emitidos por órganos de las instituciones del Estado y cuando se trate de actos administrativos de toda autoridad pública.

1.4.4 Servicio Nacional de Contratación Pública

Esta entidad es la que interviene más activamente en temas de Contratación Pública, y tiene a su cargo velar por el cumplimiento de las atribuciones previstas en la LOSNCP y monitorear que se cumplan los siguientes puntos que se transcriben a continuación¹⁵ :

¹⁵ Base normativa, LOSNCP: Art. 14

- 1) El uso obligatorio de las herramientas del Sistema, para rendir cuentas, informar, promocionar, publicitar y realizar todo ciclo transaccional de la contratación pública;
- 2) El uso obligatorio de los modelos precontractuales, contractuales oficializados por el SERCOP.
- 3) El cumplimiento de las políticas emitidas por el directorio del SERCOP y los planes y presupuestos institucionales en materia de Contratación Pública.
- 4) La contratación con proveedores inscritos en el RUP, salvo las excepciones puntualizadas en la Ley.
- 5) Que los proveedores seleccionados no presenten incapacidad alguna hasta el momento de contratación, y;
- 6) Que la información que conste en las herramientas del Sistema se encuentre actualizada.

Si se llegara a encontrar algún tipo de singularidad con referencia a los numerales antes mencionados, o en los procesos contractuales en general, el SERCOP está en la facultad de solicitar la información que considere necesaria, las que deberán ser atendidas en un plazo máximo de 10 días una vez recibida la solicitud.

Corresponde al SERCOP informar a la Contraloría y a la Procuraduría General del Estado cada vez que se detecte que alguna de las entidades contratantes está cometiendo algún tipo de infracción a la Ley, para que se inicie las indagaciones correspondientes. Cabe recalcar que a pesar de existir una gran cantidad de informes de este tipo dirigidos a Contraloría, mayormente no se les

da la relevancia que el caso amerita y puede pasar mucho tiempo sin que se de ningún tipo de resolución.¹⁶

Adicionalmente es necesario mencionar que a más de las entidades de control que existen en el país, el artículo 417 de la Constitución establece que los tratados e Instrumentos Internacionales ratificados en el Ecuador son parte de nuestro ordenamiento jurídico, por lo que la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, Convención Interamericana de Lucha contra la Corrupción y el Plan Andino de Lucha contra la Corrupción son instrumentos de aplicación directa en materia de prevención y lucha contra la corrupción.

1.5 Análisis de los delitos que se pueden generar del proceso de contratación pública.

Para efectos de este trabajo se tomará en cuenta lo estipulado en Código Orgánico Integral Penal (COIP), publicado en el Registro Oficial No. 180 con fecha 10 de febrero de 2014, más precisamente en el Capítulo Quinto, Sección Tercera, en el que consta un capítulo denominado: *“Delitos contra la eficiencia de la administración Pública”*, en el cual figuran como delito el prevaricato, el cohecho, concusión, entre otros.

La mayoría de las medidas correctivas son semejantes en cuanto a materia contractual se refiere, si no existe un control previo y concurrente por parte de la Institución, las responsabilidades nacerán del control posterior, el mismo que, como ya se mencionó anteriormente, es realizado por la Contraloría General del Estado, a través de su Ley Orgánica y los demás organismos competentes.

A continuación se definirán a los delitos relacionados con la contratación pública:

¹⁶ Se acudió a la Contraloría General del Estado y se pudo constatar que hay informes emitidos por el SERCOP que no han sido considerados desde el año 2008.

- a. Cohecho:** En palabras simples significa sobornar, corromper con dádivas al funcionario público o persona encargada de un servicio público

El artículo 280 del Código Orgánico Integral Penal lo define como a *“las o los servidores públicos y personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, enumeradas en la Constitución de la República, que reciban o acepten, por sí o por interpuesta persona, beneficio económico indebido de otra clase para sí o un tercero, sea para hacer, omitir, agilizar, retardar o condicionar cuestiones relativas a sus funciones, serán sancionados con pena privativa de libertad de uno a tres años.”* Si se ejecuta el acto o no realiza el acto debido, se sancionará con pena privativa de libertad de tres a cinco años y si la conducta descrita es para cometer otro delito se sancionará con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

En el mismo artículo se indica que *“la persona que bajo cualquier modalidad, ofrezca, de o prometa a una o un servidor público un donativo, dádiva, promesa, ventaja o beneficio económico u otro bien de orden material para hacer, omitir, agilizar, retardar o condicionar cuestiones relativas a sus funciones o para cometer un delito, será sancionada con las mismas penas señaladas a los servidores públicos.”* De esta manera se pretende castigar tanto a que corrompe como al que se deja corromper, lo que, a mi criterio, afecta positivamente a la lucha por combatir la corrupción.

Como ejemplo de este delito se puede exponer el hecho de que un servidor, celebre un contrato de manera directa, cuando por razón de la cuantía debía acudir a otro tipo de proceso, debido a la previa aceptación de una remuneración en dinero por parte del contratista favorecido.

- b. La Concusión:** Este delito se da cuando un servidor público abusa de su cargo o de sus funciones para inducir a alguien a dar o prometer al mismo servidor o para un tercero, dinero o cualquier utilidad indebida, o a su vez lo solicite.

El código Orgánico Integral Penal en su artículo 281 condena con prisión de 3 a 5 años a *“las o los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, determinadas en la Constitución de la República, sus agentes o dependientes oficiales que abusando de su cargo o funciones, por sí o por medio de terceros, ordenen o exijan la entrega de derechos, cuotas, contribuciones, rentas, intereses, sueldos o gratificaciones no debidas.”* La pena de este delito aumentará de cinco a siete años si la conducta mencionada se realiza mediante violencias o amenazas.

En la etapa contractual se podría aplicar para el servidor que participa en el contrato a través de cualquier tipo de proceso y haciendo ostentación del poder que tiene en la entidad, induce al contratista a dar alguna suma de dinero con la intención de “agilizar el trámite.”

- c. El enriquecimiento ilícito:** El COIP, en su artículo 279 señala que *“las o los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, determinadas en la Constitución de la República, que hayan obtenido para sí o para terceros un incremento patrimonial injustificado a su nombre o mediante persona interpuesta, producto de su cargo o función, superior a cuatrocientos salarios básicos unificados del trabajador en general, serán sancionados con pena privativa de libertad de siete a diez años.”*

Si el incremento del patrimonio está entre doscientos y cuatrocientos salarios básicos unificados, la pena privativa será de cinco a siete años; y si es menor a doscientos será de tres a cinco años.

En palabras sencillas si el servidor que durante su vinculación con la administración pública haya tenido un incremento de su patrimonio y no lo pueda justificar incurrirá en este delito.

- d. Peculado:** Significa hurtar bienes del estado, o del tesoro público pero con la específica característica de que el sujeto activo del delito es un funcionario público, es decir, la persona encargada de su administración y custodia, en un ejercicio claramente abusivo de sus funciones.

El código Orgánico Integral Penal lo define como *“las o los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, determinadas en la Constitución de la República, en beneficio propio o de terceros; se aprovechen económicamente, en beneficio propio o de terceras personas, de estudios, proyectos, informes, resoluciones y más documentos, calificados de secretos, reservados o de circulación restringida, que estén o hayan estado en su conocimiento o bajo su dependencia en razón o con ocasión del cargo que ejercen o han ejercido”*. Para este caso, la pena privativa de libertad será de cinco a siete años.

Para el tratadista Cabanellas¹⁷ *“el peculado es la sustracción, apropiación o aplicación indebida de fondos públicos por aquel o a quien está confiada su custodia o administración”*. Como ejemplo se puede decir que existe la figura de peculado cuando al subdividir contratos, inobservado lo dispuesto por la LOSNCP, se beneficia a terceras personas.

- e. Tráfico de influencias de servidor público:** Se da cuando un servidor público o autoridad influye en otro funcionario aprovechándose del ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con éste, a fin de conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero.

Este delito suele darse por el abuso de poder que en muchas ocasiones manifiestan las máximas autoridades, ya que de alguna manera “presionan” a

¹⁷ <http://prezi.com/uhp3c64kxg8/delitos-cometidos-por-funcionarios-publicos/>

sus colaboradores para adjudicar los contratos de sus conocidos, sin darles la oportunidad a las demás personas a un trato igualitario.

En la legislación ecuatoriana se castiga este delito con pena privativa de libertad de tres a cinco años¹⁸, aplicándose la pena máxima cuando las o los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal, aprovechándose del cargo que ejercen, se favorezcan o hayan favorecido a personas naturales o jurídicas para que, en contra de expresas disposiciones legales o reglamentarias, les concedan contratos o permitan la realización de negocios con el Estado o con cualquier otro organismo del sector público.

Todos los tipos de delitos que han sido mencionados, son los más comunes en materia de contratación pública, sin embargo es muy poco probable que se lleguen a detectar, a menos que haya alguna denuncia de por medio, ya que para que se configure este tipo de actos ilícitos existe una complicidad entre los servidores públicos y proveedores que está involucrados en el proceso.

1.6 Transparencia y acceso a la información pública.

Con el propósito de asegurar que las adquisiciones públicas se cumplan de manera imparcial y transparente, en donde lidere el interés general y la igualdad de oportunidades, se debe propender a que exista una verdadera publicidad en cuanto a reglas que operen en las diversas etapas del proceso de contratación.

Proporcionar información apropiada por parte de las entidades contratantes al momento de celebrar los contratos, garantiza los principios de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad y participación nacional, establecidos en la LOSNCP, reduciendo las posibilidades de conductas discriminatorias, manipulaciones del proceso y de

¹⁸ Código Integral Penal, Art. 286

prácticas ilícitas que puedan conllevar a la configuración de diferentes actos de corrupción.

La publicación de avisos o anuncios en los medios respectivos, incluyendo internet, son lo más utilizados para informar sobre la apertura de procesos, el objeto del mismo, las condiciones que deben darse para poder participar, en fin, la oportunidad de conocer el proceso, su seguimiento y sus resultados. Estos avisos deben tener información sobre aspectos como la identificación de la licitación o concurso, entidad pública licitatoria, términos de referencia, pliegos,¹⁹ presupuestos y toda aquella información que sea relevante para el proceso.

La Constitución en su artículo 91 garantiza el derecho a acceder a fuentes de información, con el objeto de garantizar el acceso a ella cuando ha sido denegada expresa o tácitamente, o cuando la que se ha proporcionado no sea completa o fidedigna. También señala que no existirá reserva respecto de información que repose en archivos públicos, excepto de aquellas que por seguridad nacional no deben ser dadas a conocer.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública enfatiza de que existe la necesidad de hacer efectivo el principio de publicidad de los actos, contratos y gestiones de las instituciones del Estado garantizando la transparencia de los procesos; el mismo cuerpo legal en su artículo 9, literal 3), menciona la necesidad de *“Garantizar la transparencia y evitar la discrecionalidad en la contratación pública”*, así como también destaca que toda la información que conste en las herramientas del Sistema se debe encontrar actualizada.

Continuando con el tema, en lo referente a transparencia en la gestión se puede citar lo estipulado en el Art.7, literal i) del de la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública que señala la obligatoriedad de *“difundir la información completa y detallada sobre los procesos precontractuales, contractuales,*

¹⁹Documentos precontractuales elaborados y aprobados para cada procedimiento, que se sujetarán a los modelos establecidos por el Instituto Nacional de Contratación Pública, LOSNCP, Art. 6, numeral 24.

de adjudicación y liquidación, de las contrataciones de obras, adquisición de bienes, prestación de servicios, arrendamientos mercantiles, etc., celebrados por la institución con personas naturales o jurídicas, incluidos concesiones, permisos o autorizaciones.”

Como se mencionó en párrafos anteriores, la Secretaría de Transparencia y Lucha contra la Corrupción será la entidad encargada de fomentar que en todo el accionar público prime el principio de transparencia.

Es indudable que el alcance del principio de transparencia y acceso a la información se vincula directamente con la exigencia de imparcialidad en los procesos contractuales del Estado y se basa no solo en la LOSNCP sino también en la Carta Magna, en donde los principios que rigen la actividad de la Administración Pública deben estar encaminados a garantizar el bienestar común.

Se puede concluir que estos principios son fundamentales para fortalecer la credibilidad de la actuación de la Administración Pública, porque en la medida que la ciudadanía tenga mayor información sobre los servicios y transacciones públicas podrán participar más activamente durante estos procesos conllevando a las autoridades a transparentar su gestión y evitar, en lo posible, comportamientos corruptos.

CAPÍTULO II: SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

El Sistema Nacional de Contratación Pública (SNCP) fue creado con el objetivo fundamental de implementar de forma integral la política de transparencia y compra electrónica, el mismo que en la actualidad rige para todas las contrataciones del sector público y también a las del sector Privado con capitales o participación pública, tal como lo establece la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública que fue publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 395 del 4 de agosto de 2008; y mediante el Decreto Ejecutivo 1248 que expidió el Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, publicado en el Suplemento del Registro Oficial 399, del 8 de agosto de 2008, en adelante RLOSNCPP.

El SNCP tiene entre sus finalidades transparentar y dinamizar la producción nacional a través de las compras públicas del Estado Ecuatoriano, facilitando a las entidades contratantes la posibilidad de estudiar varias ofertas, mientras que a los proveedores brindarle más oportunidades para ofertar sus bienes o servicios, así como también a conocer y acceder a información acerca de las contrataciones realizadas por el sector público.

La LOSNCPP dispone en su artículo 14, que *“el alcance del control del Sistema Nacional de Contratación Pública será intensivo, interrelacionado y articulado entre las entidades competentes para esa tarea, durante cada una de las fases del proceso de contratación, incluida la fase precontractual, la de ejecución del contrato y su evaluación.”*

El SNCP introduce la noción de “procedimientos dinámicos”, que son: la “compra por catálogo electrónico” y la compra por “subasta inversa”, que son aplicables a bienes y servicios normalizados²⁰. También menciona como novedad las compras corporativas y de inclusión; y en cuanto a los parámetros para selección de ofertas, establece como requisito prioritario la participación nacional, local y la desagregación

²⁰LOSNCPP, Art. 6.- Definiciones: 2. Bienes y Servicios Normalizados: Objeto de contratación cuyas características o especificaciones técnicas se hallen homologados y catalogados.

tecnológica, con la finalidad de impulsar la participación de la micro, pequeñas y medianas empresas.

Antes de la expedición de la LOSNCP el uso de la tecnología resultaba indiferente para llevar a cabo los procesos de contratación puesto que las invitaciones se las hacía de forma física. En la actualidad existe la obligatoriedad de la utilización de los procedimientos dinámicos antes mencionados, y solo si no fuera posible la aplicación de los mismos, se permite la utilización de los demás procedimientos precontractuales establecidos en la norma, como son la menor cuantía, cotización, licitación y consultoría, en función de la cuantía u objeto de la contratación, los mismos que serán analizados más adelante.

De igual manera este cuerpo legal detalla los mecanismos o procedimientos precontractuales y contractuales que deben implementarse para la selección de oferentes, ya sea para celebrar contratos para adquisición de bienes o servicios, ejecución de obras, contratos de consultoría, adquisición o arrendamientos de bienes inmuebles, a más de ciertos casos especiales en donde se puede realizar contratación directa, siendo sometidos a un régimen especial; o a contrataciones por emergencias determinadas en la Ley.

Todo tipo de contratación que se genere dentro del SNCP estarán sujetos a los principios de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad; y, participación nacional, tal como lo dispone la LOSNCP, y no podrán verse vulnerados o ignorados, con el pretexto de que existe una “situación de emergencia”, o por la discrecionalidad del servidor público que selecciona al proveedor de manera sin realizar estudios previos.

2.1 Servicio nacional de contratación pública.

Con el propósito de alcanzar los principales objetivos del SNCP, se creó el Instituto Nacional de Contratación Pública (INCOP), el mismo que a partir de las reformas publicadas en el segundo suplemento del Registro oficial No.100, con fecha 14 de octubre de 2013, cambió su nombre por “Servicio Nacional de Contratación Pública” (SERCOP).

El SERCOP es un organismo de Derecho Público, considerado como el administrador del Sistema Nacional de Contratación Pública, además de ser el encargado de ejecutar la rectoría del mismo. Para el correcto cumplimiento de estos fines la Ley le faculta autonomía administrativa, técnica, operativa, financiera y presupuestaria. Entre sus objetivos está el optimizar los recursos del Estado y dinamizar el desarrollo productivo del país por medio de las compras estatales; también se encarga del manejo del portal de compras públicas, que es el instrumento informático través del cual se desarrolla la contratación pública en el Ecuador.

El SERCOP será la entidad encargada de la elaboración de los modelos de pliegos²¹ 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 manejo del Catálogo electrónico de bienes y servicios normalizados, entre otros.

Un punto importante que vale la pena resaltar es que se ha incluido en la LOSNCP la obligatoriedad que tiene esta entidad de capacitar a los servidores encargados de manejar el SCNP, así como a aquellos que deseen ser proveedores del Estado, ya que antes de la publicación del Registro Oficial Nro. 100 no figuraba este tema, el cual considero de gran importancia para evitar futuras contravenciones respecto a la

²¹LOSNCP, Artículo 6.- Definiciones. Numeral 26 Pliegos: Documentos precontractuales elaborados y aprobados para cada procedimiento, que se sujetarán a los modelos establecidos por el Instituto Nacional de Contratación Pública.

normativa por falta de conocimiento o preparación. Para mantener capacitados a los participantes de los procesos contractuales se necesitará de un constante trabajo en equipo entre las entidades contratantes, proveedores y el SERCOP.

A más de las atribuciones expuestas en la LOSNCP, en el Reglamento General se agregan las siguientes atribuciones:

“Art. 6.- Atribuciones del SERCOP.- A más de las de las establecidas en la Ley, serán atribuciones del SERCOP:

- a. Ejercer el monitoreo constante de los procedimientos efectuados en el marco del Sistema Nacional de Contratación Pública;
- b. 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.
- c. 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 de mercado, parámetros de evaluación discrecionales, entre otros;
- d. 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.”

2.2 Portal de Compras Públicas

El portal de compras públicas es la herramienta principal que tiene el SNCP, es el instrumento informático a través del cual la Administración del Estado publica sus

llamados y efectúa sus procesos de adquisiciones para su buen funcionamiento y a la vez unifica la totalidad de la información sobre la contratación pública en todas sus etapas, desde la planificación anual, hasta las actas de entrega-recepción y la liquidación de los contratos, fomentando la transparencia de los actos, la veeduría ciudadana, así como la tarea de los organismos de control quienes pueden monitorear todos los procesos de contratación de las entidades contratantes dada la obligatoriedad de que la información del proceso sea subida a la página web.

Según la LOSNCP, el uso de este portal será obligatorio para todas las entidades comprendidas en el sector público o las privadas que utilicen fondos públicos y será administrado por el SERCOP.

El portal contiene, entre otras cosas, el listado de las instituciones públicas, un listado con los contratistas del SNCP, así como también un listado de contratistas incumplidos, y será el único medio oficial para realizar todo tipo de procedimiento electrónico.

2.3 El contrato administrativo.

El contrato administrativo es un convenio de voluntad celebrado entre la Administración y un particular para asegurar el funcionamiento de un servicio público. Según el Art. 75 del Estatuto Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva *“es todo acto o declaración multilateral o de voluntad común, productor de efectos jurídicos entre dos o más personas, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa.”*

El artículo 1454 del Código Civil define a los contratos como *“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”*. Para que estos contratos tengan validez, el mismo código señala que deben cumplir con los siguientes requisitos:

- a. Que las partes sean legalmente capaces;
- b. Que las partes consientan en dicho acto o declaración, y su consentimiento no adolezca de vicio;
- c. Que recaiga sobre un objeto lícito; y,
- d. Que tenga causa lícita.

La Administración Pública está amparada por lo que se denomina “libertad de pactos”, este principio implica que en los contratos del sector público podrán incluirse todas aquellas cláusulas, condiciones y pactos que se consideren convenientes. Entre las cláusulas y condiciones que se fijan en los contratos administrativos se puede mencionar las siguientes:

- a. Caducidad: Es la terminación unilateral del contrato por parte de la administración (entidad pública).
- b. Cláusula penal: Es la imposición de una multa por incumplimiento del contrato; una garantía o medio de presión del cumplimiento de la obligación principal, al asegurar al acreedor el cumplimiento mediante la imposición de una sanción al deudor en caso de incumplimiento del contrato.
- c. Garantías: Es la facultad que tiene la Administración de determinar algunas garantías de acuerdo al tipo de contrato.
- d. Reversión: Es la posibilidad de que los bienes del contratista destinados al servicio de una obra, pasen a propiedad del Estado, mediante el pago de su justo valor.
- e. Medidas precautelatorias: Se dan para frenar las acciones dolosas del contratante y consisten en la aplicación de políticas preventivas que evitan daños posteriores.
- f. Relación Intuitu personae: esta característica determina que el contrato administrativo resulte intransferible.

- g. Indivisibilidad: solamente por excepciones que señale tácitamente la Ley puede contratarse por etapas siempre que se cumplan las condiciones necesarias que requiere este régimen particular.

Según la LOSNCP, el contrato podrá ser formalizado en una escritura pública dentro de un término de quince días, desde la notificación de la adjudicación, de ser necesario. Para la adjudicación del contrato será requisito previo la rendición de las garantías correspondientes. En el Reglamento General de aplicación a la Ley son documentos integrados del contrato los pliegos, la oferta ganadora, los documentos derivados del proceso de selección que establezcan obligaciones para las partes y que hayan sido expresamente señalados.

2.3.1 Elementos del Contrato Administrativo.

Sobre los elementos de los contratos administrativos algunos autores²² sostienen que éstos son de singular importancia, porque de acuerdo a los vicios que los contratos puedan adolecer, dependerá su legitimidad y validez.

a. Sujetos

En todo contrato administrativo una de las partes o sujetos se denomina “Contratante”, que es toda institución pública o el Estado en general incluido los gobiernos seccionales descentralizados, empresas públicas o privadas que manejen fondos públicos mayor al 50%); y por otro lado, está el “contratista” (el proveedor adjudicado).

b. Capacidad, competencia e inhabilidades

Por un lado, la capacidad se refiere a la aptitud legal para ejercer derechos y contraer obligaciones. Para el caso de las entidades contratantes, éstas

²² <http://pabloduranchavez.blogspot.com/2013/04/principios-y-elementos-esenciales-de.html>

deberán tener la competencia para contratar, siendo este un requisito indispensable para la celebración de un contrato administrativo proveniente de la norma jurídica, ya sea Constitucional, legal o incluso, a través de acuerdos o resoluciones administrativas que contienen delegaciones de competencias para la ejecución de ciertos actos.

Por otro lado, las inhabilidades son incapacidades particulares o especiales que se imponen bajo las normas legales a ciertas personas para impedirles contratar o ejecutar ciertos actos por su calidad o situación. La LOSNCP, en su artículo 62 y 63 señala quienes están inhabilitados para celebrar contratos con el Estado.

c. Voluntad y Consentimiento

La voluntad se manifiesta cuando las entidades contratantes realizan ciertas actividades en donde se muestra la intención de contratar, por ejemplo, la publicación del Plan anual de Contrataciones, en donde debe constar todas las adquisiciones que se realizarán durante el año fiscal.

En contratación pública, 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”²³

El consentimiento debe estar exento de vicios (error, fuerza y dolo) puesto que pueden invalidar el contrato, según lo establece el artículo 1467 de la Codificación al Código Civil.

d. Objeto

Es la razón o la finalidad para celebrar el contrato y satisfacer las intenciones de las partes. La LOSNCP establece los procedimientos, principios y normas que deben aplicarse en función de la naturaleza del contrato. En pocas palabras, el objeto es la cosa sobre la que versa el contrato.

²³ABELIUK MANASEVICH, RENE, Las obligaciones, Santiago de Chile, 2005, p. 54

e. Causa

Es el motivo que induce a la celebración del contrato. Es fundamental que las entidades contratantes en su fase preparatoria a la contratación establezcan la necesidad o causa de la misma a través del área requirente, la misma que deberá constar en el Plan Anual de Contrataciones.

f. Forma

Se refiere a los requisitos que conlleva a concretar una contratación sujeto al principio de legalidad, es decir, debe someterse a los procedimientos establecidos por la Ley. Por esta razón, los contratos administrativos requieren del cumplimiento de solemnidades o formalidades sustanciales, sin las cuales no se perfecciona ni se entiende válida la contratación.

2.3.2 Principios de la Contratación Pública según la LOSNCP.

La LOSNCP del SNCP señala en el artículo 4, los principios que se deben observar en cuando a materia de contratación pública, y éstos son:

a. Legalidad

Este principio establece que en Derecho Público solo puede hacerse aquello que está expresamente previsto en la Ley, tal como lo manifiesta el artículo 226 de la constitución que dispone:

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

Por lo antes señalado se debe entender que todas las actuaciones dentro de los procesos precontractuales y contractuales deben estar sujetos a las disposiciones legales pertinentes. La base legal para la contratación pública ecuatoriana es la LOSCNP, no siendo ésta la norma exclusiva puesto que también existe el reglamento a la Ley y se debe considerar las resoluciones emitidas por el SERCOP. Hay que tomar en cuenta que estas resoluciones no deberán estar en contradicción con ninguna norma de nivel jerárquico superior.

b. Trato Justo e Igualdad.

Estos principios exigen que exista el mismo trato para todos los oferentes de un procedimiento precontractual, que no haya un trato preferente con un proveedor específico o que no se discrimine a otro. El artículo 20 del RLOSNCNP, es claro al manifestar que *“los pliegos no podrán afectar el trato igualitario que las entidades deben dar a todos los oferentes ni establecer diferencias arbitrarias entre estos”*.

Así mismo, el artículo 63 de la LOSNCNP señala las inhabilidades especiales para participar en un proceso precontractual y celebrar contratos con alguna entidad contratante estableciendo ciertas prohibiciones para todas las personas que de alguna manera se hayan visto relacionadas con el proceso, ya sea elaborando los pliegos, siendo parte de las comisiones técnicas de evaluación de ofertas, o los servidores que hayan intervenido en cualquiera de las etapas del proceso que se hayan podido beneficiar con la información para sí mismo o para un tercero.

c. Calidad

Este principio demanda que la contratación pública cumpla con los criterios de eficiencia, calidad, responsabilidad ambiental y social. La LOSNCNP indica que las entidades contratantes deberán seleccionar obras, bienes o servicios, que

ofrezcan las mejores condiciones tanto técnicas como económicas para la entidad.

Para los procesos de bienes normalizados, aunque el precio sea un factor importante en la evaluación de ofertas, éstas deberán ser analizadas y se debe determinar que es la mejor opción para la entidad contratante, garantizando así el principio de calidad.

d. Vigencia Tecnológica.

La adquisición de bienes, servicios o la ejecución de obras, deben reunir las condiciones de calidad y modernidad tecnológica necesarias para cumplir con efectividad los fines para los que son requeridos. La LOSNCP establece que los procedimientos deben estar acordes con los avances tecnológicos de la humanidad, sin embargo debe considerarse siempre el mercado nacional y su disponibilidad para realizar cualquier tipo de requerimiento así como los aspectos técnicos de la contratación requerida.

Partiendo de este principio es que se realizan los procedimientos precontractuales a través del portal informático de compras públicas.

e. Oportunidad.

Las entidades contratantes al realizar cualquier tipo de contratación lo que busca es satisfacer una necesidad pública, directa o indirectamente, razón por la cual los procedimientos deben ser oportunos y rápidos. Con el uso del portal de compras públicas estos procedimientos precontractuales son tramitados en tiempos menores que aquellos procedimientos que regían bajo la antigua Ley de contratación pública (CLCP), ya que con los nuevos procedimientos electrónicos, las compras se las podría realizar en un día.

f. Concurrencia.

La contratación pública en el Ecuador debe propender a contar con el mayor número de oferentes dentro de los procedimientos precontractuales, ya que es la única manera de encontrar la oferta más conveniente y que se ajuste mejor a las necesidades de cada una de las entidades contratantes.

La LOSNCP establece que los procedimientos precontractuales son públicos, siendo su convocatoria abierta y realizada a través del portal, para garantizar que todos los oferentes puedan participar en el proceso. Existen ciertas excepciones, que por razón de la naturaleza de la contratación o por el bajo monto del presupuesto referencial, conllevan a que el proceso no sea público sino que se lo realice mediante invitaciones directas, como es el caso de la menor cuantía; asesoría legal o patrocinio jurídico, situaciones de emergencia, entre otros.

g. Transparencia

Como ya se mencionó en el capítulo anterior el principio de transparencia permite a la ciudadanía conocer de los procedimientos de contratación que se estén celebrando con las entidades contratantes, de esa manera se garantiza el control social en esta actividad, a través de la información contenida en el portal de compras públicas que es de libre acceso.

h. Publicidad

Tanto los procesos precontractuales como contractuales deben ser publicados y tramitados en el portal de compras públicas. Adicionalmente, aquellos que no se tramiten a través del portal (régimen especial, por ejemplo), deberán ser publicados posteriormente como una “publicación especial”.

El artículo 13 del RLOSNCNP establece lo que se entenderá como información relevante a ser publicada en el portal de compras públicas, para garantizar la publicidad de los procesos de contratación.

i. Participación Nacional.

Este principio promueve la participación nacional, privilegiando a los proveedores nacionales por sobre los extranjeros, así como también busca beneficiar la participación de los proveedores locales sobre los nacionales en los procedimientos precontractuales y fomenta la participación de las micro y pequeñas empresas.

La LOSNCNP determinará los márgenes de preferencia para los proveedores nacionales y locales, más aún si son micro y pequeñas empresas para cada procedimiento precontractual regulado por la mencionada Ley, los mismos que deberán ser respetados y considerados a la hora de evaluar las ofertas técnicas de los oferentes.

2.4 Contratos Generados por el Estado.

Se procederá a hacer un análisis sobre los contratos que se han realizado en los últimos años y que se han sido publicados a través del portal de compras públicas.

Según cifras del SERCOP, el Estado ecuatoriano en el año 2010 celebró alrededor de 176 mil contratos al año para adquirir bienes, contratar obras u obtener servicios de personas naturales o empresas proveedoras, por una suma de alrededor de US\$ 6 mil millones, que representaron aproximadamente el 28% del presupuesto general del Estado y el 11% del PIB. El SERCOP estima que para ese año existieron

aproximadamente 4855 entidades públicas habilitadas y más de 70 mil proveedores habilitados, que mensualmente suscriben alrededor de 15 mil contratos²⁴.

A continuación se presenta un resumen de todos los procesos de contratación que se han realizado por medio del Sistema Nacional de Contratación Pública para año 2010:

Tabla No. 1

RESUMEN DE PROCESOS DE CONTRATACION PARA EL AÑO 2010

TIPO DE PROCESO	NO. DE PROCESOS	PRESUPUESTO USD	ADJUDICADO USD	REBAJA PRESUPUESTARIA USD	%REBAJA PRESUPUESTARIA
Subasta Inversa Electrónica con Puja	14.311	953.375.420,3	689.693.454,9	263.681.965,4	28%
Subasta Inversa Electrónica con Negociación	11.286	639.963.188,2	569.893.653,4	70.069.534,80	11%
Licitación	531	1.521.382.886,0	1.429.300.531	92.082.355,0	6%
Concurso Público	47	37.813.418,0	39.353.435,08	-1.540.017,1	-4%
Cotización	2.409	490.266.173,4	459.147.765	31.118.408,4	6%
Menor Cuantía	26.188	615.550.432,3	613.355.698,5	2.194.733,8	0%
Publicación	98.470	1.822.237.250,0	1.822.237.251	-1,0	0%
Contratación Directa	5.686	94.734.846,9	92.860.614,58	1.874.232,4	2%
Lista Corta	622	77.523.556,4	75.652.786,93	1.870.769,5	2%
Licitación de Seguros	250	69.424.619,8	58.688.542,39	10.736.077,4	15%
Concurso Público con lista corta desierta	1	140.000,0	129.000	11.000,0	8%
Lista Corta por Contratación directa desierta	3	38.491,9	38.391,85	100,0	0%
Catálogo Electrónico	16.119	138.901.701,4	138.901.701,4	0,0	0%
TOTAL	175.923	6.461.351.985	5.989.252.826	472.099.158,6	7%

Fuente: SERCOP. Informe anual de 2010, pág 11.

Se puede observar que el total del valor presupuestado es mayor al adjudicado, por lo que se evidencia que existe una rebaja presupuestaria de 472 millones de dólares, generando un beneficio económico para el país. Esta rebaja se la puede considerar como un ahorro que ha tenido el Estado en cuanto a contratación pública debido al uso de portal.

²⁴ Informe anual del INCOP 2010.

Para el año 2011 los procesos de contratación se resumen en la siguiente tabla:

Tabla No. 2

RESUMEN DE PROCESOS DE CONTRATACION PARA EL AÑO 2011

TIPO DE PROCESO	NO. DE PROCESOS	PRESUPUESTO USD	ADJUDICADO USD	REBAJA PRESUPUESTARIA USD	%REBAJA PRESUPUESTARIA
Subasta Inversa Electrónica con Puja	14.888	751.527.524,5	609.394.201,1	142.133.323,4	19%
Subasta Inversa Electrónica con Negociación	13.782	615.967.046,3	569.892.330,4	46.074.715,90	7%
Licitación	570	2.054.792.244,0	1.966.313.867	88.478.377,0	4%
Concurso Público	81	204.181.784,7	195.997.252,00	8.184.532,7	4%
Cotización	2.839	678.413.666,1	643.732.557	34.681.109,6	5%
Menor Cuantía	25.225	683.678.165,8	681.931.390,3	1.746.775,5	0%
Publicación	62.624	4.696.690.403,0	4.696.690.403	0,0	0%
Contratación Directa	7.058	122.139.492,9	119.640.001,30	2.499.491,6	2%
Lista Corta	733	99.706.626,0	98.139.479,09	1.567.146,9	2%
Licitación de Seguros	269	92.684.711,5	77.489.557,85	15.195.153,6	16%
Catálogo Electrónico	24.156	198.148.654,7	198.148.654,7	0,0	0%
TOTAL	152.225	10.197.930.320	9.857.369.693	340.560.626	3%

Fuente: SERCOP. Informe anual de 2011, pág 13.

Para el año en mención el número de procesos de contratación alcanzaron los 152 mil, por un monto que bordean los USD. 9 mil millones de dólares aproximadamente. La rebaja presupuestaria es de 340 millones.

Según las últimas publicaciones del SERCOP, que corresponden al año 2012, el resumen de los procesos de contratación estatal es el siguiente:

Tabla No. 3

Resumen de Procesos de contratación ara el año 2012

TIPO DE PROCESO	NO. DE PROCESOS	PRESUPUESTO USD	ADJUDICADO USD	REBAJA PRESUPUESTARIA USD	%REBAJA PRESUPUESTARIA
Subasta Inversa Electrónica con Puja	13.266	1.057.761.579	815.845.793	241.915.786	22,87%
Subasta Inversa Electrónica con Negociación	11.709	926.685.291	848.168.914	78.516.377	8,47%
Licitación	795	2.831.665.401	2.620.808.364	210.857.036	7,45%
Concurso Público	89	166.525.436	169.807.536	-3.282.099	-1,97%
Cotización	2.874	775.279.800	745.375.927	29.903.874	3,86%
Menor Cuantía	23.150	668.137.263	666.697.967	1.439.296	0,22%
Publicación	34.854	3.451.702.436	3.451.702.436	0	0,00%
Contratación Directa	6.695	125.112.461	123.359.438	1.753.023	1,40%
Lista Corta	774	120.748.022	117.329.949	3.418.073	2,83%
Licitación de Seguros	259	24.687.725	20.776.613	3.911.112	15,84%
Catálogo Electrónico	43.576	307.637.470	307.637.470	0	0,00%
TOTAL	138.041	10.455.942.884,85	9.887.510.407,51	568.432.477,34	5%

Fuente: SERCOP. Informe anual de 2012, pág 6.

Para el año 2012, el Estado ecuatoriano invirtió más de 10 mil millones de dólares para la adquisición de bienes, obras y servicios, prácticamente el doble de lo invertido para el año 2010. De estos valores aproximadamente 6.5 mil millones fueron adjudicados a través de procesos de régimen común²⁵, tal como se muestra en la tabla que antecede. El número de procesos de contratación alcanzaron los 138 mil.

Como se puede observar en las tablas anteriores existen algunos valores en cuanto la rebaja presupuestaria que se reflejan como 0, esto se debe a que son procesos en los cuales solo se publica el precio de adjudicación. Para el caso de catálogo electrónico el monto adjudicado es el que se encuentra en el portal de compras públicas, como producto de los convenios marco gestionados por el SERCOP con los proveedores.

²⁵ Resultado de la suma del monto adjudicado en todos los procesos de contratación a excepción de los de publicación.

Es importante resaltar que son las entidades contratantes las que establecen un presupuesto referencial para los procesos contractuales que, en muchas ocasiones, no podrían obedecer a la realidad del mercado, es decir, se podría sobrevalorar los precios, por lo que ese “ahorro” no estaría totalmente apegado a la realidad. Con la intención de transparentar los procesos de contratación pública, considerando la inversión que hace el estado ecuatoriano, lo óptimo sería optar por los mecanismos electrónicos que constan en el portal de compras públicas, para lo cual el SERCOP debería normalizar la mayor cantidad de bienes y servicios posibles.

2.5 Entidades contratantes

La Entidad Contratante es la persona jurídica (legalmente constituida y con registro jurídico) que deberá aplicar de manera obligatoria las disposiciones emitidas por la LOSNCP, su reglamento y las resoluciones del SERCOP.

Se consideran como entidades contratantes a todos los organismos y dependencias de las funciones del Estado, los organismos de Regulación y Control, las entidades del Régimen Seccional Autónomo, los Organismos y entidades creados por la Constitución o la Ley para el ejercicio de la potestad estatal para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado, entre otras.

Estas entidades, deberán elaborar el Plan Anual de Contrataciones (PAC) con relación a su presupuesto asignado, el mismo que una vez aprobado por la autoridad competente debe subirse al Portal de Compras Públicas hasta el 15 de enero de cada año y debe contar con los procesos de contratación que se realizarán en el año fiscal, la descripción del objeto de las contrataciones contenidas en el plan, el presupuesto estimado de los bienes, servicios u obras y el cronograma de implementación del PAC.

Las entidades contratantes deberán conformar comisiones técnicas²⁶ especializadas para planificar la contratación referente a los siguientes procedimientos, los mismos que serán analizados en el siguiente capítulo y que se detallan a continuación:

- 1) Consultoría por lista corta o por concurso público.
- 2) Subasta inversa, cuyo presupuesto referencial sea superior al valor que resulte multiplicar el coeficiente 0.000002 (PR > 68.601.27) por el monto del Presupuesto Inicial del Estado.
- 3) Licitación.
- 4) Cotización.

Para llevar a cabo cualquier proceso de contratación, cada entidad contratante debe establecer cada una de las especificaciones técnicas del bien, obra o servicio, incluido la contratación de consultoría; certificar la disponibilidad de fondos de acuerdo con el Plan Anual de Contrataciones y acogerse a los modelos de pliegos de uso obligatorio dispuestos por el SERCOP. Según los datos emitidos por el SERCOP, en su informe anual de 31 de diciembre de 2012, aproximadamente 5.700 entidades se encontraban habilitadas para participar en procesos de contratación pública.

2.6 Proveedores del Estado

El oferente cuya oferta haya sido la ganadora o adjudicada y con el cual se haya suscrito el respectivo contrato, se convierte en “contratista” o “proveedor”, definido por la LOSNCP en su artículo 6, numeral 3, como *“la persona natural o jurídica, nacional o extranjera, o asociación de estas, contratada por las Entidades contratantes, para proveer bienes, ejecutar obras y prestar servicios, incluidos los de consultoría”*. Específicamente a la persona natural o jurídica, con la facultad de proveer servicios de consultoría se la denomina como “consultor”.

²⁶La comisión técnica estará conformada por la máxima autoridad, el responsable de la dependencia y un profesional designado por la máxima autoridad, intervendrán sin voto los Directores Financiero y Jurídico y actuará como secretario un Abogado designado por la máxima autoridad.

El requisito principal para poder participar en un proceso contractual con el Estado es tener la capacidad de contratar y estar inscritos y habilitados en el Registro único de Proveedores (RUP)²⁷, a fin de proveer bienes, ejecutar una obra o brindar servicios, incluidos los de consultoría, a las entidades contratantes. Las personas naturales y jurídicas que hayan sido sancionadas, de acuerdo con la Ley, como contratistas incumplidos o adjudicatarios fallidos, estarán suspendidas en el RUP durante el lapso que dure la sanción.

Hay que tener en consideración que, aun siendo un proveedor ocasional este deberá estar inscrito en el RUP. Las excepciones a la inscripción del RUP no obedecen a la naturaleza del proveedor o de la provisión, sino al carácter excepcional de ciertos procedimientos de contratación, como por ejemplo el procedimiento de ínfima cuantía y régimen especial, en los cuales, no necesariamente, existe la obligación de encontrarse inscrito.

Si una entidad contratante actúa también como proveedor de bienes, servicios o ejecute obra pública respecto a otra entidad contratante, deberá registrarse en el Registro Único de Proveedores.

2.6.1 Causas que inhabiliten temporalmente a un Proveedor.²⁸

Son causales de suspensión temporal del Proveedor en el RUP:

- 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;

²⁷RUP: Es la Base de Datos de los proveedores de obras, bienes y servicios, incluidos los de consultoría, habilitados para participar en los procedimientos establecidos en esta Ley. Su administración está a cargo del Servicio Nacional de Contratación Pública y se lo requiere para poder contratar con las Entidades Contratantes.

²⁸Base normativa, LOSNCP, Art.19

- 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, en donde se dispone que si por causa de los estudios elaborados por los consultores, ocurrieren perjuicios técnicos o económicos en la ejecución de los contratos, establecidos 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 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 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 hayan 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.

Una vez superadas las causas o los tiempos de sanción previstos en los literales anteriores, el SERCOP rehabilitará al proveedor de forma automática y sin más trámite.

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

2.6.2 Inhabilidades Generales de Proveedor

El artículo 62 de la LOSNCP señala que:

“Art. 62.- Inhabilidades Generales.- No podrán celebrar contratos previstos en esta Ley con las entidades contratantes:

- a. Quienes se hallaren incurso en las incapacidades establecidas por el Código Civil, o en las inhabilidades generales establecidas en la Ley;
- b. El Presidente, el Vicepresidente de la República, los ministros y secretarios de Estado, el Director Ejecutivo y demás funcionarios del Instituto Nacional de Contratación Pública, los legisladores, los presidentes o representantes legales de las Entidades Contratantes previstas en esta Ley, los prefectos y alcaldes; así como los cónyuges o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, de los dignatarios, funcionarios y servidores indicados en este numeral;
- c. Los servidores públicos, esto es, funcionarios y empleados, que hubieren tenido directa o indirectamente vinculación en cualquier etapa del procedimiento de contratación o tengan un grado de responsabilidad en el procedimiento o que por sus actividades o funciones, se podría presumir que cuentan con información privilegiada;
- d. Quienes consten suspendidos en el RUP;
- e. Los que, no habiendo estado inhabilitados en el procedimiento precontractual, al momento de celebrar el contrato, lo estuvieren; y,
- f. Los deudores morosos del Estado o sus instituciones.”

2.6.3 Contratos celebrados contra expresa prohibición.²⁹

Si se celebrare un contrato contra expresa prohibición de la LOSNCP, 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

²⁹Base normativa, LOSNCP, Art.64

institución contratante se abstendrá de realizar cualquier pago en razón del contrato, salvo el que resultare de la liquidación que se practicará.

**CAPÍTULO III: ANÁLISIS DE LA GESTIÓN EN ADQUISICIONES Y CONTRATACIONES
DEL ESTADO ECUATORIANO**

3.1 Fases dentro de la contratación pública.

3.1.1 Fase Preparatoria.

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

- Que la contratación se encuentre detallada en el Plan Anual de Contrataciones. (PAC)
- Que exista el presupuesto necesario para cumplir con las obligaciones económicas que deriven de la ejecución del contrato.
- Contar con estudios previos y especificaciones técnicas.
- La elaboración de los pliegos.
- Verificación del Registro único de proveedores. (RUP).

Estos requisitos son comunes para cualquier tipo de contratación antes de empezar con la etapa precontractual, incluso para aquellos que pertenecen al régimen especial. A continuación se realizara un breve análisis de cada uno de ellos:

3.1.1.1 Plan anual de Contrataciones. (PAC):

El plan Anual de contrataciones fue creado con el fin de llevar una planificación de todas las adquisiciones de bienes, obras y servicios incluidos los de consultoría de las entidades contratantes dentro de un periodo fiscal para el correcto desempeño de su gestión. Deberá ser elaborado reuniendo todos los requerimientos de las necesidades de cada una de las áreas de la entidad acorde con el Plan Operativo Anual y el presupuesto asignado.

De acuerdo al artículo 22 de la LOSNCP y en concordancia al artículo 25 del RLOSNCP, el PAC debe ser aprobado por la máxima autoridad de la entidad hasta

el 15 de enero de cada año y una vez aprobado debe ser publicado en la página web de la entidad y en el portal de compras públicas.

Este plan anual de contrataciones, de ser necesario, puede ser reprogramado, para lo cual se necesita que la máxima autoridad emita resolución motivada de reprogramación y una vez reformado se procederá con su publicación. Las únicas contrataciones que no están incluidas en el PAC son aquellas que surgen por emergencia y aquellas denominadas como de “ínfimas cuantías” que no son programables ni recurrentes y que se analizarán más adelante.

Finalmente, considero importante mencionar que el artículo 2 y 3 de la Resolución No. 027-09 emitida por el SERCOP (antes INCOP), determinan que las contrataciones de régimen especial deben estar consideradas en el PAC, salvo aquellas que por actividades empresariales o de carácter estratégico requieran de un tratamiento confidencial.

3.1.1.2 Estudios y especificaciones técnicas.

Los estudios previos permiten determinar con claridad el objeto de contratación, es por esto que la LOSNCP, en su artículo 23 señala que *“la entidad contratante debe contar con estudios y diseños completos, definitivos y actualizados, planos y cálculos, así como especiaciones técnicas, debidamente aprobadas por las instancias correspondientes.”*

Según lo complejo de la contratación, para ciertos casos, los estudios se reducirán a las especificaciones técnicas que serán realizadas por el área requirente de cada entidad, mientras que en otros casos se necesitarán estudios más profundos como por ejemplo diseños de obras, planos arquitectónicos, estudios de impacto ambiental, entre otros. Una vez que la entidad contratante cuente con los estudios o especificaciones técnicas, se podrán realizar los términos de referencia y a su vez elaborar los pliegos para poder iniciar el proceso precontractual.

Así mismo, la LOSNCP en el inciso segundo del artículo 23 establece que los estudios y diseños incluirán obligatoriamente el análisis de compra de inclusión o desagregación tecnológica, según corresponda, los que determinaran la proporción mínima de participación nacional o local de acuerdo a la metodología y parámetros determinados por el SERCOP.

En referencia a las compras por inclusión se debe entender que dicho estudio comprende el beneficio o valoración preferente que se realiza a aquellos proveedores locales, así como los actores de la economía popular y solidaria, las micro, pequeñas empresas sobre sus competidores.

El artículo 14 de la reforma a 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 privilegiara la contratación con micro y pequeñas empresas, artesanos o profesionales, y sectores de la economía popular y solidaria, de manera individual o asociativa, preferentemente domiciliados en la circunscripción territorial en que se ejecutara el contrato, quienes deberán acreditar sus respectivas condiciones de conformidad con la normativa que los regulen.*

Para la contratación de obra por procedimientos de cotización y menor cuantía, se privilegiará la contratación con profesionales, micro y pequeñas empresas, o sectores de la economía popular y solidaria, de manera individual o asociativa que estén habilitados en el RUP para ejercer esta actividad, y preferentemente en la circunscripción que se ejecutara el contrato. ”

La Ley también establece que solo si no existiera en la circunscripción del correspondiente gobierno, ofertas de proveedores para la contratación, la máxima autoridad de la entidad mediante resolución motivada, podrá contratar con proveedores de otra circunscripción territorial.

El estudio de la desagregación tecnológica permite determinar cuáles son los componentes de un proyecto ya sea una obra, bien o servicio, que pueden ser abastecidos por proveedores locales y de esta manera determinar si que el contratista puede contar con los insumos necesarios para el objeto de contratación.

3.1.1.3 Presupuesto referencial y certificación presupuestaria.

El artículo 24 de la LOSNCP dispone que *“las entidades previamente a la convocatoria, deberán certificar la disponibilidad presupuestaria y la existencia presente o futura de recursos suficientes para cubrir con las obligaciones derivadas de la contratación”*.

La Certificación presupuestaria será emitida por el Director Financiero o quien haga sus veces en cada entidad y en ella debe constar expresamente la partida presupuestaria que se aplicará para la contratación.

3.1.1.4 Los Pliegos.

Tal como se mencionó en el capítulo anterior los pliegos son documentos precontractuales que deben ser elaborados y aprobados para cada procedimiento por las entidades contratantes considerando para el efecto el uso de los modelos obligatorios que han sido elaborados por el SERCOP, con la opción de incluir aspectos que se consideren relevantes pero siempre sujetos al marco legal. El artículo 20 del RLOSNCOP dispone que *“La entidad contratante elaborará los pliegos para cada contratación, para lo cual deberá observar los modelos elaborados por el SERCOP que sean aplicables. Los pliegos serán aprobados por la máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado”*.

Los pliegos contractuales regularan a todo el proceso desde el inicio. Se puede dar el caso de que estos pliegos permitan la contratación por ítems, el cual consiste en la identificación de un bien o bienes de la misma clase y características para ser adjudicados de forma independiente por distintos oferentes.

Por lo expuesto, se debe tomar en consideración que el accionar en materia de contratación pública debe estar regido a las disposiciones de la LOSNCP, su reglamento, las resoluciones del SERCOP y los pliegos del proceso. Todo procedimiento que se aparte de estas disposiciones legales incurrirán en causal de nulidad de acuerdo con lo establecido en la LOSNCP, artículo 65, en donde señala que son nulos los contratos regidos por dicha Ley, entre otras causales, los que hubieren prescindido de los procedimientos y las solemnidades legalmente establecidas.

3.1.1.5 Registro único de proveedores.

El RUP, es un sistema público de información y habilitación de las personas naturales y jurídicas, nacionales y extranjeras que deseen ser proveedores del Estado. Este registro es administrado por el Servicio Nacional de Contratación Pública.

La creación del RUP tiene como finalidad transparentar los procesos y principalmente reunir en un solo registro a todos los proveedores del estado y sus entidades, por lo que ninguna entidad contratante podrá solicitar a sus oferentes ningún documento que ya han sido solicitados para la creación del RUP. Antes de la vigencia de la LOSNCP la presentación de estos documentos eran exigidos por cada institución para cada uno de los procesos.

3.1.2 Fase Precontractual

La fase precontractual se desarrolla mediante etapas que requieren ciertos pasos específicos para cada uno de los procedimientos y se pueden resumir en los siguientes:

- a. Creación del proceso en el portal: Se incluirá la información básica del proceso estableciendo el cronograma con las fechas de cada una de sus etapas. Se incluirán como anexos todos los archivos obligatorios que forman parte del proceso como los pliegos y los estudios técnicos.
- b. Interrelación de entidades contratantes con los oferentes: En todo proceso existirá la posibilidad de que los proveedores formulen preguntas sobre el contenido de los pliegos.

Las aclaraciones a estas preguntas serán realizadas por cada entidad contratante, a través de la máxima autoridad, su delegado o la comisión técnica. Esta etapa de aclaración no debe afectar el objeto de la contratación o el presupuesto referencial.

- c. Entrega-Recepción de ofertas de los proveedores a las entidades contratantes.
- d. Convalidación de errores de forma: De acuerdo con el artículo 31 de la LOSNCP, deberá incluirse en los pliegos un término de tiempo para que los ofertantes puedan convalidar los errores de forma. Se debe recalcar que las ofertas presentadas no puede ser modificada a menos de que existan errores tipográficos, de foliado, de sumilla o de certificación de documentos que se definen como errores de forma y no conllevan modificación alguna al contenido sustancial de la oferta. El término para la convalidación será de mínimo dos y máximo cinco días, contados desde la notificación por la entidad contratante.

- e. Evaluación de las ofertas: cuando se haya cumplido la convalidación de errores, la entidad contratante comprobará el cumplimiento de los requisitos previstos en los pliegos y de los parámetros de evaluación previamente establecidos. La evaluación estará a cargo de la persona delegada por la máxima autoridad, para los casos de procesos que no requieran de la conformación de una Comisión Técnica, o será realizada por dicha comisión para el resto de casos.

- f. Adjudicación: Es un acto administrativo en el cual la entidad contratante resuelve elegir al proveedor con el que considera conveniente firmar el contrato. Para su formalización es necesaria la emisión de una resolución administrativa. Con este evento se cierra la etapa precontractual.

Si bien, todos los pasos dentro de esta etapa son importantes, la adjudicación debería ser la parte más relevante dentro del 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 adjudicado.

3.1.3 Fase contractual

En esta fase se formaliza el vínculo contractual. El artículo 69 de la LOSNCP señala los procedimientos en las que deben celebrarse los contratos sujetos a dicha Ley. Los contratos que por su naturaleza lo requieran se formalizarán en escritura pública dentro del término de 15 días desde la notificación de la adjudicación.

Los contratos cuya cuantía sea igual o mayor a la base prevista para la licitación se protocolizarán ante un Notario Público; aquellos contratos que se realicen bajo el sistema de catálogo electrónico se formalizarán con la orden de compra y el acta de entrega, sin necesidad de suscribir un contrato de por medio.

Las contrataciones de menor cuantía se concretarán con las facturas correspondientes, sin perjuicio de que puedan elevar a contratos para dejar por

sentado cuáles son las obligaciones de las partes. Los demás contratos se otorgarán por documentos suscritos por las partes sin necesidad de escritura pública.

Si se presentara el caso en el cual el contratista no acudiera a suscribir el contrato durante el término establecido por Ley, le entidad contratante debe declararlo contratista fallido y solicitar su suspensión del RUP. Posterior a este evento se podrá adjudicar con el oferente que ocupó el segundo lugar en el orden de prelación de las ofertas evaluadas; y, de no ser posible suscribir el contrato con este oferente, se declarará desierto el proceso.

La Ley exige que al momento de suscribir un contrato público, los contratistas deben otorgar ciertas garantías, según corresponda. La LOSNCP señala tres tipos de garantías que son las de fiel cumplimiento, la garantía de buen uso del anticipo y la garantía técnica para ciertos bienes.

Esta fase incluye también lo que corresponde a la liquidación de los contratos y la solución de controversias por medio de la mediación y del arbitraje, de ser necesario.

3.2 Regímenes de Contratación

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública establece dos tipos de regímenes de contratación, los cuales corresponden, fundamentalmente, a la naturaleza del objeto de contratación, estos son: el régimen general y el régimen especial.

Antes de profundizar sobre los procedimientos del régimen general, me parece importante definir lo que son bienes y servicios normalizados, ya que una vez que la entidad defina si es o no un bien o servicio normalizado, se determinará el proceso precontractual a seguir. Según el artículo 6, numeral 2, de la LOSNCP, define a los

bienes y servicios normalizados como el *“objeto de contratación cuyas características o especificaciones técnicas se hallen homologadas y catalogadas.”*

Los bienes y servicios normalizados deben ser adquiridos por las entidades contratantes inicialmente por el procedimiento “compra por catálogo electrónico” y se lo hará a través del portal de compras públicas. El SERCOP será la entidad encargada de publicar los catálogos electrónicos, para lo cual realizará procedimientos de selección para suscribir convenios marco³⁰; es decir que tanto los bienes como servicios normalizados se adquieren, primero mediante procedimientos por compras por catálogo, pero en caso de no encontrarse catalogados electrónicamente, se los deberá adquirir a través del procedimiento de subasta inversa electrónica. Si dicha subasta inversa no resulta y es declarada desierta³¹, se optará por uno de los procedimientos comunes, seleccionado en función de monto del presupuesto de la contratación.

Para los bienes y servicios que no han sido normalizados existen los procesos de menor cuantía, cotización y licitación. A continuación se realizará un breve análisis de los procedimientos de contratación establecidos en la LOSNCP.

3.2.1 Régimen General.

3.2.1.1 Procedimientos del Régimen General.

El régimen general consta de los siguientes procedimientos:

³⁰ Es 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. 5, numeral 9, LOSNCP

³¹ La declaratoria definitiva de desierto cancelará el proceso de contratación y por consiguiente se archivará el expediente.

a. Procedimientos dinámicos: .Como se mencionó en líneas anteriores este tipo de procedimiento son exclusivamente para los bienes y servicios que han sido normalizados por medio del catálogo electrónico y la subasta inversa electrónica.

b. Procedimientos comunes: Son aquellos que están relacionados con los objetos de contratación de obras, servicios y bienes que no estén normalizados. De igual forma son aplicables de manera subsidiaria respecto a los bienes y servicios normalizados que no consten dentro del catálogo electrónico y su adquisición por el procedimiento de subasta inversa haya sido declarado desierto.

c. Procedimientos de consultoría: Este tipo de proceso está en función al monto del presupuesto referencial y pueden ser: contratación directa, lista corta y concurso público.

d. Procedimientos especiales: La LOSNCP, establece procedimientos que se detallan a continuación:

- 1) El contrato integral por precio fijo: son connotaciones específicas fijadas en la Ley, que permiten la contratación para llevar a cabo una obra.
- 2) Contratación en situaciones de emergencia: este tipo de contratación aplica cuando se produce una situación de emergencia, las mismas que se encuentran tácitamente descritas en la LOSNCP y serán detalladas posteriormente.
- 3) Compra de bienes inmuebles: Para este procedimiento se debe tener en cuenta el valor del bien de la Dirección Nacional de Avalúos y Catastros del cantón.
- 4) Arrendamiento de bienes inmuebles: En este caso se regula que la entidad contratante sea arrendadora del bien inmueble, como en aquel en el que es arrendataria.

5) Feria inclusiva: Con las ferias se persigue promover la participación de los artesanos, micro y pequeña empresa locales, en la contratación de bienes y servicios.

3.2.1.1.1 Procedimientos Dinámicos.

Se considera que esta modalidad de adquisición de bienes y servicios es una de las más importantes innovaciones que tiene el SNCP, dándoles prioridad en su aplicación por parte de las entidades contratantes. Los procedimientos dinámicos son solamente para bienes y servicios. No se podrá contratar la ejecución de obras bajo esta modalidad.

La característica más relevante de este proceso es la necesidad de la normalización de los bienes y servicios, ya que de encontrarse bajo este principio, deberán ser adquiridos únicamente por estos procedimientos dinámicos a través del portal de compras públicas.

a. Compra por catálogo

El catálogo electrónico, es la herramienta con la cual se podrán adquirir bienes y servicios normalizados, por parte de las Entidades Contratantes, sobre la base de parámetros establecidos en la normativa dictada por el SERCOP.

Las contrataciones por catálogo electrónico de bienes y servicios deberán constar en el Plan Anual de Contratación y la entidad contratante deberá elaborar los respectivos pliegos en los que se determinen los requerimientos y especificaciones técnicas de dichos bienes y servicios, los mismos que deberán ser aprobados por la máxima autoridad de la Entidad Contratante o su delegado con la respectiva certificación presupuestaria.

Las entidades contratantes deben verificar si los bienes y servicios constan dentro del catálogo publicado en el portal de compras públicas

Una vez que se ha realizado la compra se emitirá una Orden de adquisición electrónica emitida por la entidad contratante que contemple las condiciones contractuales establecidas en el convenio marco. La orden de compra formaliza la contratación de bienes o servicios requeridos y genera tanto los derechos como las obligaciones para ambas partes; y, una vez que se hayan recibido los bienes o servicios se procede a suscribir un acta de entrega y recepción, con la respectiva verificación de conformidad.

b. Subasta inversa electrónica

Este método de contratación es utilizado para la adquisición de bienes y servicios normalizados mediante la subasta que la entidad contratante hace entre los proveedores cuyas ofertas cumplan los requerimientos técnicos indicados en los pliegos del proceso de contratación y cuya cuantía supere el monto equivalente al 0,0000002 del presupuesto inicial del Estado³², que no conste en el catálogo electrónico. (PR > \$6.860,13)

Este procedimiento consiste en que los proveedores de bienes y servicios participantes pujan el precio ofertado hacia la baja a través del portal de Compras Públicas en una fecha y hora fijada y de conocimiento de todos.

El mejor costo se determina con aquellos proveedores que *“cumpliendo con todas las especificaciones y requerimientos técnicos, financieros y legales exigidos en los documentos precontractuales, oferte el precio más bajo”* según lo dispone la LOSNCP en su artículo 6, numeral 7.

³² Para el año 2014 el Presupuesto Inicial del Estado fue de 34.300 millones de dólares

Los resultados del proceso de subasta inversa electrónica serán publicados en el Portal de Compras Pública para que a lo posterior se realicen las auditorías correspondientes.

3.2.1.1.2 Procedimientos Comunes

a. Menor cuantía

Las contrataciones por el proceso de Menor Cuantía se realizarán para la adquisición de bienes y servicios no normalizados, exceptuando los de consultoría, cuando fuera imposible aplicar los procedimientos dinámicos o estos hubieran sido declarados desiertos y cuando la cuantía no exceda al monto equivalente al 0.000002 del Presupuesto Inicial del Estado. Para el año 2014 el monto corresponde a un valor menor a USD.68.601, 27. (PR<68.601.27)

La máxima autoridad o su delegado, podrá seleccionar directamente a un proveedor habilitado en el RUP y adjudicarlo si es que cumple con los requerimientos de la contratación previstos en los pliegos. Se privilegiará la contratación con micros y pequeñas empresas, con artesanos o profesionales, preferentemente con domicilio 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 lo referente a las obras de menor cuantía, las contrataciones se darán siempre y cuando el presupuesto referencial sea inferior al 0.000007 del Presupuesto inicial del estado del correspondiente ejercicio económico. Para el año 2014 el monto corresponde a un valor menor a USD. 240.104.46. (PR < 240.104.46)

Los proveedores invitados manifestarán su interés en participar, en un plazo de 5 días que se contarán a partir de la fecha de invitación. Los proveedores que

estén habilitados en el RUP y que presenten sus ofertas, serán habilitados para el sorteo; Se adjudicará el contrato al proveedor escogido por selección autónoma aleatoria del sistema del portal electrónico de compras públicas.

Para las contrataciones de obra por el procedimiento de menor cuantía se privilegiará la contratación con profesionales, micro y pequeñas empresas que estén calificadas para ejercer esta actividad y de preferencia deberán estar domiciliados en el cantón en el que se ejecutará el contrato. Solo en casos que no existieran proveedores que acrediten las condiciones indicadas, se podrá contratar con proveedores de otros cantones o regiones del país.

b. Cotización

Este procedimiento se utiliza para los casos que se detallan a continuación:

- 1) Si fuera imposible aplicar los procedimientos dinámicos mencionados anteriormente o si hubieran sido declarados desiertos; Asimismo, el presupuesto referencial debe oscilar entre 0.000002 y 0.000015 del presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico. (68.601,27 ≤ PR ≤ 514.509,56)
- 2) Para la ejecución de obras cuyo presupuesto referencial oscile entre 0.000007 y 0.00003 del presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico (240.104,46 ≤ PR ≤ 1029.019,11); y,
- 3) Para la adquisición de bienes y servicios no normalizados, exceptuando los de consultoría, cuyo presupuesto referencial fluctúe entre 0.000002 y 0.000015 del presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico. (68.601,27 ≥ PR ≤ 514.509,56)

Para este proceso se realizará la convocatoria en el portal de compras públicas en donde la máxima autoridad o su delegado, aprobarán los pliegos, el cronograma del proceso y dispondrá el inicio del mismo.

En los pliegos se dará preferencia a los proveedores locales; la invitación de proveedores será automática con aquellos que estén registrados en el R.U.P.; los mismos que deberán manifestar su interés en 10 días, el sistema seleccionará aleatoria y automáticamente a 5 proveedores que reúnan todas las especificaciones solicitadas por la entidad contratante; después de la apertura de ofertas se procederá a la evaluación y posteriormente la Comisión Técnica emitirá el informe de evaluación con la recomendación de la adjudicación que no es vinculante; la máxima autoridad decidirá con que oferente realizar la adjudicación.

c. Licitación

La Licitación es un procedimiento que se utiliza en los siguientes casos:

- 1) Cuando no es posible aplicar los procedimientos dinámicos o que éstos hayan sido declarados desiertos y siempre que el presupuesto referencial exceda el valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0.000015 del monto del presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico. Para el año 2014 un valor mayor a USD 514.509,56.
- 2) Para la contratación de bienes o servicios no normalizados, a excepción de los de consultoría, y que su presupuesto referencial sobre pase el valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,000015 por el presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico. (PR > 514.509,56)
- 3) Para la ejecución de obras, cuando su presupuesto referencial sobrepase el valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0.000003 del monto del

presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico.
(PR > 1.029.019,01)

En este proceso de licitación la entidad contratante debe elaborar los pliegos, los mismos que serán aprobados por la máxima autoridad; en estos pliegos constarán los requisitos y condiciones, especificaciones genéricas, etapas y plazos de la licitación, los plazos y modalidades de la aclaración de pliegos. La adjudicación del contrato y la notificación se hará en el portal según lo señalado en el Art. 74-91 del Reglamento LOSNCP.

En éste proceso se necesita de la conformación de la comisión técnica así como en el caso de caso de cotización.

d. Ínfima cuantía

Se podrá contratar bajo este sistema en los siguientes casos:

- 1) En las contrataciones para la adquisición de bienes o servicios no normalizados o aquellos que han sido normalizados y que no consten en el catálogo electrónico, exceptuando los de consultoría, y cuya cuantía sea igual o menor al resultado de multiplicar el coeficiente 0.0000002 de presupuesto inicial del Estado. Para el año 2014 este valor no debe superar los USD. 6860.13.
- 2) Las contrataciones para la adquisición de bienes y servicios normalizados, excluidos los de consultoría, que no consten en el catálogo electrónico y que su presupuesto referencial sea menor USD. 6860.13

- 3) Las contrataciones de obras que tengan por objeto únicamente la reparación, refacción, remodelación, adecuación, mantenimiento o mejora y cuyo presupuesto referencial sea menor a USD. 6860.13.

En la contratación de servicios de consultoría no cabe la aplicación de este procedimiento.

Este tipo de contrataciones se las realizará de forma directa con un proveedor seleccionado por la entidad contratante sin que sea necesario que este conste inscrito en el RUP, así mismo la entidad contratante deberá verificar que los proveedores no se encuentren incurso en ninguna inhabilidad o prohibición para contratar con el Estado. Dichas contrataciones se formalizarán con la entrega de la correspondiente factura y serán autorizadas por el responsable del área encargada de los asuntos administrativos de la entidad contratante.

El SERCOP, mediante las respectivas resoluciones determinará la casuística de uso de la ínfima cuantía; y podrá solicitar, en cualquier momento, la información sobre los contratos realizados bajo esta modalidad, la misma que deberá ser remitida en un término máximo de diez días producida la solicitud. Si se llegara a detectar una infracción a lo dispuesto en el inciso precedente o un mal uso dentro de este procedimiento, el SERCOP remitirá un informe a los respectivos organismos de control para que inicien las acciones pertinentes.

3.2.1.1.3 Consultoría.

La LOSNCP define a la palabra consultoría como *“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”*.

La consultoría la podrán ejercer personas naturales o jurídicas nacionales o extranjeras que reúnan los requisitos establecidos por la Ley, las universidades y escuelas politécnicas nacionales, en los campos en los que están capacitadas, y los consultores extranjeros individuales o como personas jurídicas, siempre que se certifique que no hay consultores nacionales, previa convocatoria a consultores del país, y exclusivamente en el campo en que se contrata.

La LOSNCP señala tres tipos de procedimiento para contratar una consultoría que variará de acuerdo al monto de contratación, y son:

a. Contratación directa

De acuerdo al artículo 36 del RLOSNCP, cuando el presupuesto referencial del contrato sea igual o inferior al valor que resultare de multiplicar el coeficiente 0.000002 por el presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico ($PR \leq 68.601,27$), la entidad contratante pondrá contratar de manera directa, para lo cual, la máxima autoridad o quien actúe como su delegado, seleccionará e invitará a un consultor habilitado en el RUP que reúna todos los requisitos que estén estipulados en los pliegos.

b. Contratación mediante lista corta

Esta modalidad se aplica cuando el presupuesto referencial del contrato supere el valor fijado indicado anteriormente y sea inferior al valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,000015 por el monto del presupuesto inicial del Estado. ($68.601,27 \leq PR \leq 514.509,56$). La entidad contratante escogerá e invitará a través del portal de compras públicas, a un máximo de 6 y un mínimo de 3 consultores registrados en RUP que reúnan los requisitos previstos en los pliegos, para que presenten sus ofertas técnicas y económicas.

c. Contratación mediante concurso público

Este tipo de contratación se la realiza cuando el presupuesto referencial del contrato sea superior al valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,000015 por el monto del presupuesto inicial del Estado. (PR > 514.509,56). De esta manera se realizará la convocatoria a través del portal de compras públicas y prensa, los interesados registrados en RUP presentarán sus ofertas, máximo, en un periodo de 30 días.

Para contratación de consultoría mediante lista corta y concurso público, la entidad contratante deberá conformar la Comisión Técnica, que será responsable de la etapa precontractual hasta presentar el informe de evaluación, con la recomendación de adjudicación o de declaratorio de desierto. Para la selección, calificación, negociación y adjudicación en todo procedimiento de consultoría, la entidad contratante deberá regirse a lo dispuesto en la LOSNCP y su reglamento.

3.2.1.1.4 Procedimientos especiales del régimen general.

La LOSNCP contempla cuatro procedimientos especiales dentro del Régimen general, y son:

- a. Contratación Integral por precio fijo³³:** La selección del contratista para la celebración de este tipo de contratos, se realizará por el procedimiento de licitación, sin que se puedan aplicar procedimientos especiales o de excepción. Los oferentes deberán entregar el detalle y el origen de los componentes de la obra y equipamiento de acorde a las especificaciones técnicas requeridas para

³³Para contrataciones bajo esta modalidad deben cumplirse simultáneamente los siguientes requisitos: 1. Si del análisis previo a la resolución de la máxima autoridad, resulta más ventajosa esta modalidad con respecto a la contratación por precios unitarios; 2. Si se tratare de la ejecución de proyectos de infraestructura en los que fuere evidente el beneficio de consolidar en un solo contratista todos los servicios de provisión de equipo, construcción y puesta en operación; 3. Si el presupuesto referencial de dicha contratación sobrepasa el valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,1% por el monto del Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico (PR ≥ 34.300.637,01); y, 4. Que la Entidad Contratante cuente con los estudios completos, definitivos y actualizados.

el fiel cumplimiento del proyecto. En la oferta se presentará el cronograma de la provisión, instalación y funcionamiento de los bienes y equipos; así como la puesta en operación del proyecto contratado.

Se prohíbe en esta clase de contratos la celebración de contratos complementarios, la inclusión de fórmulas de reajuste de precios, las mismas que están contempladas desde el artículo 82 al 84 de la LOSNCP, que lo que hace es resarcir a las partes de los efectos de la inflación en los precios del contrato durante el plazo que dura su ejecución, o cualquier otro mecanismo de variación de precios, es decir, ante la presentación de situaciones imprevistas o técnicas, no será posible ampliar, modificar o complementar la obra, ni tampoco se podrán crear rubros nuevos, recurriendo a la tramitación y celebración de contratos complementarios; y , en caso de presentarse dichas situaciones, o incluso situaciones de orden económico, tampoco se podrá acordar la terminación del contrato por mutuo acuerdo.

El plazo de ejecución no será sujeto a modificaciones salvo casos de fuerza mayor o caso fortuito. Los pliegos contendrán criterios de valoración para incentivar el empleo de materiales, insumos, equipo y mano de obra, de origen local o nacional.

- b. Contratación por emergencia:** De acuerdo a la LOSNCP, para estos casos la entidad podrá contratar de manera directa, y bajo la responsabilidad de la máxima autoridad, las obras, bienes o servicios, incluidos los de Consultoría, que se requieren de manera estricta para superar la situación de emergencia. Así mismo se podrá contratar con empresas extranjeras sin requerir los requisitos previos de domiciliación, ni de presentación de garantías, los cuales se cumplirán una vez suscrito el respectivo contrato.

El artículo 6 numeral 31 de la LOSNCP menciona sobre las situaciones de emergencia, que *“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.”

Se debe hacer hincapié que la entidad contratante podría determinar otro tipo de situaciones consideradas como emergencias ya que el artículo transcrito se señalan algunos ejemplos de acontecimientos graves pero también menciona que serán declaradas situaciones de emergencia “*otras que provengan de fuerza mayor o caso fortuito*”; entonces, puede darse el caso de que este tipo de situaciones sea provocada por el hombre y no solamente por aquellos imprevistos originados por la naturaleza.

Para este tipo de contrataciones la máxima autoridad deberá emitir resolución motivada que declare la emergencia y publicarla en el portal de compras públicas. Una vez que se haya superado la situación de emergencia, la máxima autoridad de la entidad tiene la obligación de publicar en el portal de compras públicas un informe que detalle las contrataciones realizadas, el presupuesto empleado y los resultados obtenidos.

- c. Adquisición de bienes inmuebles:** Cuando la máxima autoridad de la institución pública haya resuelto adquirir un determinado bien inmueble, necesario para satisfacer alguna necesidad pública, se procederá la declaratoria de utilidad pública o de interés social de acuerdo con la Ley. Posterior a la declaratoria, se buscará un acuerdo directo entre las partes (en relación al precio del inmueble), por el lapso máximo de 90 días. El precio se fijará, tanto para bienes ubicados en el sector urbano como en el sector rural, en función del avalúo realizado por la Dirección de Avalúos y Catastros de la respectiva municipalidad, siempre que el precio no exceda del 10% sobre dicho avalúo. Se podrá impugnar el precio, más no el acto administrativo; luego se formalizarán las escrituras y en caso de no llegar a ningún acuerdo se procederá al juicio de

expropiación conforme al trámite previsto en el Código de procedimiento Civil. 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 la Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización.

d. Arrendamiento de bienes inmuebles:

El procedimiento para arrendar bienes inmuebles es el siguiente:

1. Para el caso en que las entidades contratantes son las arrendatarias:

Las entidades contratantes publicarán en el portal de compras públicas, así como en la prensa nacional o local, según sea el caso, los pliegos en los que se constatarán las condiciones mínimas del inmueble, con la referencia al sector y lugar de ubicación del mismo.

Se podrán también realizar contrataciones directas, sin perjuicio de la publicación de los pliegos en el portal y prensa. Una vez recibidas las ofertas, para la adjudicación se tomarán en cuenta el cumplimiento de las condiciones previstas en los pliegos, el valor del canon de arrendamiento que debe ser determinado sobre la base del valor del mercado, así como al menos dos años de vigencia del contrato.

2. Cuando las entidades contratantes son arrendadoras:

Las entidades previstas en el Art. 1 de la LOSNCP podrán dar en arrendamiento bienes inmuebles de su propiedad, para lo cual, publicará en el Portal de compras públicas los pliegos en los que se establecerá las condiciones en las que se dará el arrendamiento, con la indicación de la ubicación y características del bien. El SERCOP determinará el procedimiento y los requisitos que se deberán cumplir en estas contrataciones.

En los pliegos se preverá la posibilidad de que el interesado realice un reconocimiento previo del bien ofrecido en arrendamiento.

En ambos casos para la suscripción del contrato, el adjudicatario no requiere estar inscrito y habilitado en el RUP.

3.2.2 Régimen Especial.

La LOSNCP en su artículo 2 señala aquellas contrataciones que serán consideradas dentro del régimen especial, dentro del SNCP, mediante el cual únicamente el Presidente de la República puede reglamentar sus procedimientos bajo criterios de selectividad. Este régimen especial de contrataciones no es un régimen de excepción, las compras no se realizan por fuera del SNCP; las entidades contratantes deberán cumplir con todas las reglas previstas en el Sistema como por ejemplo, contemplarlas en planes anuales de contrataciones, aplicar adecuadamente los márgenes de participación nacional y publicar los expedientes de contratación respectivos.

A través del Registro Oficial No. 588 con fecha 12 de mayo de 2009, el Presidente Constitucional del Ecuador, expidió el Decreto Ejecutivo No. 1700, que contiene el Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. En este decreto se establecen los procedimientos del régimen especial que se detallarán más adelante.

3.2.2.1 Procedimientos del régimen especial.

Para las adquisiciones de bienes, obras y servicios, incluidos los de Consultoría, por medio del régimen especial, será necesario que la máxima autoridad de la entidad contratante emita resolución motivada que disponga este tipo de contratación.

Se debe señalar que el hecho de que existan procedimientos específicos para cada uno de estos casos dentro del régimen especial no implica el incumplimiento de todas las demás disposiciones estipuladas de la LOSNCP, así como los requisitos previos para dar inicio a todo procedimiento que bien se pueden aplicar en este tipo de contrataciones. Lo único que no se sujeta a los procedimientos comunes es exclusivamente el proceso de selección del contratista.

Con todas estas consideraciones se procederá a analizar brevemente los procedimientos bajo este régimen especial:

3.2.2.1.1 Adquisición de fármacos³⁴

Para la adquisición de fármacos se establecen las siguientes condiciones necesarias:

- a. Se entiende por fármaco la preparación o forma farmacéutica contemplada en las definiciones de medicamentos constantes en el artículo 259 de la Ley Orgánica de Salud.
- b. Solo podrán adquirirse los fármacos que consten en el cuadro nacional de medicamentos básicos y los demás contemplados en los respectivos planes anuales de contrataciones. En consecuencia, las entidades que presten servicios de salud deben realizar obligatoriamente el PAC.

³⁴Base normativa: Artículos 72 a 85 del Reglamento General de la LOSNCP

- c. Todo fármaco a adquirir debe cumplir con los requisitos sanitarios establecidos en la Ley Orgánica de Salud.
- d. El proveedor de fármacos deberá estar habilitado en el RUP. Asimismo debe presentar al SERCOP el certificado sanitario de provisión de medicamentos emitidos por la autoridad sanitaria nacional, en cumplimiento de la Ley Orgánica de Salud y demás normativa secundaria.
- e. El criterio de selectividad en la adquisición de fármacos deberá tomar en cuenta el cumplimiento de los requisitos de acondicionamiento, presentaciones autorizadas para su comercialización y los requisitos establecidos en la ficha técnica del producto.
- f. Toda adquisición de fármacos está sujeta a controles de calidad post registro aleatorios, sea en los lugares de fabricación, almacenamiento, transporte, distribución o expendio, por parte de la autoridad sanitaria nacional.

Para este tipo de compras los procedimientos aplicables son:

- a. Subasta inversa corporativa:** Este procedimiento presupone la creación de un repertorio de medicamentos, o catálogo electrónico de medicamentos normalizados, luego de que el SERCOP y las entidades contratantes consoliden la demanda potencial de fármacos.
- b. Subasta inversa institucional:** Este procedimiento se aplica si existen dos o más proveedores o fabricantes de los fármacos requeridos y cuando estos no consten disponibles en el repertorio de medicamentos.
- c. Contratación directa:** Este tipo de contratación se da cuando el fabricante o proveedor es exclusivo para un tipo de fármaco que no esté en el repertorio de medicamentos.

d. Compra de fármacos a través de organismos internacionales: Conforme lo establecido en el Art. 3 de la LOSNCP, en las contrataciones realizadas a través de organismos y convenios internacionales, se seguirá el procedimiento establecido en cada convenio, o el que establezca el organismo internacional. En el caso de no haber procedimientos establecidos, se procederá conforme a los previstos en el régimen especial del Sistema Nacional de Contratación Pública.

e. Adquisición de medicamentos especiales: en estos casos, si no constan en el repertorio de medicamentos ni hay disponibilidad en el país, se solicitará la autorización de importación directa a la autoridad sanitaria nacional. Los requisitos de seguridad, calidad y eficacia establecidos por la autoridad antes mencionada deberán cumplirse.

Por medicamentos especiales se entiende el requerido para tratamientos especiales.

3.2.2.1.2 Seguridad Interna y Externa³⁵

Por medio de este procedimiento se podrán contratar obras, bienes y servicios incluyendo los de consultoría, siempre que hayan sido calificados por el Presidente de la República como necesarios para la seguridad interna y externa del Estado, y únicamente en los casos en que la ejecución de las contrataciones esté a cargo de las Fuerzas Armadas o la Policía Nacional.

Es importante mencionar lo expuesto en la Disposición General Tercera del RLOSNCPP en donde se determina que *“los bienes de carácter estratégico necesarios para la defensa nacional, excluyen aquellos relacionados con la gestión y*

³⁵Base normativa: Artículos 86 y 87 del Reglamento General de la LOSNCP

operación habitual de los organismos responsables”, es claro que no pueden realizarse este tipo de procedimientos para las contrataciones habituales que se deban cumplir de manera cotidiana. Así mismo, el artículo 87 de RLOSNCP determina que este procedimiento de régimen especial debe ser tramitado con confidencialidad, por lo que no debe ser publicado en el portal.

3.2.2.1.3 Comunicación Social.³⁶

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.

Para este tipo de contrataciones existen dos maneras de proceder, dependiendo del objeto del contrato, y son:

a. Contratación directa: se podrá contratar por este medio lo siguiente:

- Estudios para formular estrategias comunicacionales y de información, dirigidas a generar criterios de comunicación, información, imagen y publicidad comunicacional, incluyendo sondeos de opinión, determinación de productos comunicacionales, medios, servicios, actividades para su difusión o similares.
- Los medios o espacios comunicacionales a través de los cuales se hará difusión de la publicidad.

³⁶Base normativa: Artículos 88, 89 90 y 91 del Reglamento General de la LOSNCP

- En caso de urgencia, los productos o servicios comunicacionales, siempre que la máxima autoridad de la entidad contratante resuelva por resolución debidamente motivada la contratación.

b. Proceso de selección: Este tipo de proceso se da para la adquisición de productos y servicios comunicacionales que no estén descritos en el literal anterior.

3.2.2.1.4 Asesoría y patrocinio jurídico³⁷

Con el fin de satisfacer las necesidades institucionales en el sector público, como por ejemplo, cobro de coactivas, asesorías en materia jurídicas especializadas y patrocinio de temas jurídicos que demanden conocimientos específicos, la LOSNCP ha incluido como régimen especial las contrataciones de asesoría y patrocinio jurídico, siempre y cuando la entidad contratante no cuente con abogados que permitan asumir la prestación de dichos servicios

Para este tipo de contrataciones existen dos modalidades:

- a. Asesoría jurídica o patrocinio jurídico:** a través de resolución motivada, la máxima autoridad de la entidad contratante demostrará la necesidad de contratar este servicio a través del régimen especial, aprobará los pliegos, el cronograma del proceso y ordenará su inicio. Los pliegos contendrán toda la información necesaria para la contratación tal como el perfil profesional y la experiencia requerida de manera detallada.
- b. Consultas específicas:** se puede contratar por este procedimiento la prestación de servicios de asesoría jurídica para la absolución de preguntas puntuales y específicas, siempre que éstas tengan como valor total un presupuesto estimando que no exceda en el año, por cada proveedor, el valor que resulte de

³⁷Base normativa: Artículo 92 del Reglamento General de la LOSNCP

multiplicar el coeficiente 0.0000005 por el Presupuesto Inicial del Estado.(PR< \$171.500)

3.2.2.1.5 Obra artística, literaria o científica.³⁸

Para este tipo de adquisiciones no cabría otro tipo de procedimiento común ya que existe un estilo propio de cada artista, literato o científico que se impondrá en la obra que realice. Debe considerarse las limitantes de la propiedad intelectual para este tipo de contrataciones.

Para el proceso, la máxima autoridad de la entidad contratante expedirá una resolución que fundamente este tipo de contratación, para cada caso, y aprobará los pliegos, establecerá el cronograma del proceso y dispondrá su inicio.

3.2.2.1.6 Repuestos o accesorios.³⁹

El artículo 94 del RLOSNCNP describe el procedimiento a seguirse para este tipo de contrataciones y además menciona que se considerará este procedimiento para el mantenimiento, reparación y/o re potenciamiento de equipos y maquinarias de su propiedad, siempre que los mismos no consten en el catálogo electrónico en el portal de compras públicas.

3.2.2.1.7 Bienes y servicios únicos en el mercado o proveedor único⁴⁰

Los bienes y servicios respecto de los cuales exista un solo proveedor en el mercado, que en sí mismos sean únicos o que impliquen la contratación del

³⁸Base normativa: Artículo 93 del Reglamento General de la LOSNCP

³⁹Base normativa: Artículo 94 del Reglamento General de la LOSNCP

⁴⁰Base normativa: Artículo 95 del Reglamento General de la LOSNCP

desarrollo mejoras de tecnologías ya existentes en la entidad contratante, la utilización de patentes, marcas exclusivas o tecnologías que no admitan otras tecnologías técnicas, podrán contratarse siguiendo el procedimientos de contratación especial establecido para los repuestos y accesorios.

Para evitar que se cometa un abuso con este procedimiento, es necesario que exista resolución motivada, en el cual se justifique la contratación por el 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 proveedor único.

3.2.2.1.8 Transporte de correo Interno e Internacional⁴¹

Este procedimiento se establece respecto de dos posibilidades de contratación:

- a. Contratos de correos del Ecuador:** La contratación de correo internacional y transporte interno de correo, realizadas por la empresa CORREOS DEL ECUADOR, se regirá 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.

- b. Contratos de correos rápidos o Courier:** Las contrataciones de transporte de correo interno e internacional, requeridas por las entidades contratantes, con empresas de correos rápido o Courier, distintos a la empresa Correos del Ecuador deberán llevarse a cabo cuando la máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado emita una resolución en la que se justifique la existencia de la circunstancia o necesidad que le faculta acogerse al Régimen Especial, aprobará los pliegos, el cronograma del proceso y dispondrá el inicio

⁴¹ Base normativa: Artículo 96 Y 97 del Reglamento General de la LOSNCP

del procedimiento especial de acuerdo con las disposiciones reglamentarias dictadas para el efecto, según corresponda.

3.2.2.1.9 Contratos entre entidades públicas o sus subsidiarias.⁴²

Cabe la aplicación del presente procedimiento respecto de las siguientes relaciones contractuales de compra:

- a. El Estado con entidades del sector público, o éstas entre sí;

- b. El Estado o las entidades del sector público con:
 - 1) Las empresas públicas o las empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en cincuenta por ciento (50%) a entidades de derecho público;

 - 2) Las empresas subsidiarias de aquellas señaladas en el numeral b.1 o las subsidiarias de éstas;

 - 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; y,

 - 4) Entre sí, las empresas públicas, las subsidiarias de éstas, o las empresas creadas o constituidas bajo cualquier forma jurídica cuyo capital, rentas o recursos asignados pertenezcan al Estado en una proporción superior al cincuenta por ciento.

⁴² Base normativa: Artículo 98 Y 99 y 100 del Reglamento General de la LOSNCP, artículo 7 del Decreto Ejecutivo No. 841, de 2 de agosto de 2011, publicado en el Registro Oficial No. 512, de 15 de agosto de 2011.

- c. 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.

Las entidades contratantes que participen como proveedor deberán contar con el RUP y deberán tomar las medidas necesarias para no quedar como contratistas incumplidos generando su inhabilitación en el RUP con su respectiva sanción.

3.2.2.1.10 Contrataciones con empresas públicas internacionales.⁴³

Las contrataciones que celebren el Estado o las entidades y empresas consideradas en el artículo 2 numeral 8 de la Ley, con empresas públicas de los Estados de la Comunidad Internacional, se realizarán de conformidad con los términos y condiciones constantes en los tratados, convenios, protocolos y demás instrumentos internacionales, de haberlos; así como, en acuerdos, cartas de intención y demás formas asociativas. En el caso de no haberse previsto un régimen de contratación específico, se seguirá el procedimiento que dispone la LOSNCP.

3.2.2.2.11 Contrataciones de instituciones financieras y de seguros del estado.⁴⁴

Se contratará bajo esta modalidad aquellas contrataciones estrictamente relacionadas con el giro específico del negocio de las Instituciones Financieras y de Seguros en las que el Estado o sus Instituciones con accionistas únicos o mayoritarios y estarán reguladas por la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, Ley General de Seguros y demás disposiciones legales pertinentes y autorizadas por la Superintendencia de Bancos y Seguros, sin que les sea aplicables

⁴³ Base normativa: Artículo 100 del Reglamento General de la LOSNCP

⁴⁴ Base normativa: Artículos 101 y 102 del Reglamento General de la LOSNCP

las normas contenidas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y en el Reglamento General.

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

3.2.2.1.12 Empresas mercantiles del estado y subsidiarias.⁴⁵

Este procedimiento permite regular las contrataciones relacionadas con el giro de negocios de aquellas empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en el cincuenta por ciento a entidades de derecho público. Estas empresas podrán realizar contrataciones según las regulaciones de sus Leyes específicas, las prácticas comerciales existentes, los modelos de negocios de aplicación internacional o los contratos de orden necesario, siempre que tales contrataciones refieran al giro específico de sus negocios.

Este tipo de contrataciones se justifican en la necesidad de ofrecer a las empresas públicas de una normativa más ágil en razón de sus actividades empresariales ya que estas empresas deben competir con las del sector privado.

La disposición del artículo 104 del RLOSNCOP determina que las contrataciones de giro específico de negocio, no estarán sujetas a las normas contenidas en la LOSNCOP; Sin embargo el SERCOP, mediante sus resoluciones⁴⁶, interviene

⁴⁵ Base normativa: Artículos 103, 104 y 105 del Reglamento General de la LOSNCOP

⁴⁶ Resolución INCOP No. 027/09

formulando observaciones respecto a la forma en la cual se deben tramitar estos procedimientos.

3.2.2.1.13 Sectores estratégicos.⁴⁷

Las contrataciones de bienes, obras o servicios, incluidos los de consultoría, requeridas para actividades dentro de los sectores estratégicos, seguirán el siguiente procedimiento:

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 solicitará la calificación por parte del Presidente de la República; De ser positiva la calificación se formulará la reglamentación específica que regirá el procedimiento a seguir en cada caso.

La Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 313 menciona que se denomina a los sectores estratégicos a *“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 las Leyes determinen.”*

3.2.2.1.14 Contratación de seguros.⁴⁸

Para la contratación de seguros, las entidades contratantes previstas en el artículo 1 de la LOSNCP, deberán contratar seguros de la siguiente manera:

⁴⁷Base normativa: Artículo 106 del Reglamento General de la LOSNCP

⁴⁸Base normativa: Artículo 107 del Reglamento General de la LOSNCP

- a. Contratación directa: el procedimiento está previsto en los artículos 98 y siguientes del Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Compras Públicas, y se aplica en el caso de que las proveedoras sean empresas cuyo capital está integrado en el cincuenta por ciento o más con recursos públicos;
- b. Licitación: Para los casos los casos no incluidos en el numeral anterior.

El SERCOP tiene la facultad de regular los requisitos, términos y demás condiciones que se observarán en estos procedimientos.

3.2.2.1.15 Arrendamiento de bienes muebles.⁴⁹

Este tipo de contrataciones se rigen por las normas aplicables del 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 SERCOP. La resolución No. 041-2010 emitida por el SERCOP trata sobre el arrendamiento de bienes muebles y lo considera como un servicio normalizado, razón por la cual las entidades contratantes, en primera instancia, están en la obligación de usar el procedimiento de subasta inversa electrónica y sólo bajo debidas circunstancias técnicas justificadas se podrán realizar otro tipo de procedimientos. Así mismo la entidad contratante deberá definir en los pliegos las características técnicas, condiciones y duración del servicio.

En la modalidad de adquisición por “régimen especial”, el procedimiento común de contratación se basa en realizar una invitación directa, audiencia de preguntas y aclaraciones, presentación de oferta física y publicación posterior en el portal de compras públicas.

⁴⁹Base normativa: Artículo 108 del Reglamento General de la LOSNCP.

**CAPITULO IV: ANÁLISIS DE LAS ANOMALÍAS ENCONTRADAS EN LAS
CONTRATACIONES PÚBLICAS QUE PODRÍAN PRESTARSE PARA POSIBLES ACTOS
DE CORRUPCIÓN.**

La percepción de la corrupción en la contratación pública ecuatoriana trae consigo, sin duda alguna, una serie de consecuencias negativas para el país afectando no sólo el ámbito económico por la cantidad de recursos que se utilizan en las adquisiciones estatales, sino también, trae repercusiones en el ámbito político y social, dada la imagen negativa que el país proyecta al conocerse sobre casos corruptos.

Refiriéndonos específicamente acerca de las adquisiciones públicas con el Estado, una de las consecuencias por el abuso de los actos corruptos está directamente relacionada con los costos por transacciones extraoficiales en las compras públicas hacia los funcionarios que forman parte del proceso para interferir en las decisiones de éstos a fin de favorecer a algún oferente en particular.

Existen algunos cuestionamientos en cuanto a los recursos que invierte el Estado ecuatoriano con respecto al tema de compras públicas debido al volumen de adquisiciones que se realizan anualmente, haciendo que sea un punto vulnerable para posibles actos corruptos.

A continuación se pretende analizar algunas de las acciones que podrían cometer los actores que intervienen en este proceso de adquisiciones, con la intención de hacer notar lo fácil que resultaría incurrir en actos no éticos para poder obtener beneficios personales a costa del estado por medio de sus contrataciones.

4.1 En las Fases del Contrato.

4.1.1 Fase Preparatoria.

Los riesgos que existen para llegar a cometer posibles actos de corrupción en esta etapa están vinculados generalmente a:

- a) La falta de una planificación eficiente que permita conocer cuáles son las verdaderas necesidades de las entidades contratantes. Se puede evidenciar, a través de las páginas web institucionales de algunas entidades contratantes, que no todas las entidades publican el Plan Anual de Contrataciones, y peor aún no se suben a tiempo en la página del SERCOP, como lo manda la Ley.
- b) La ausencia de estudios serios de factibilidad y conveniencia que determinen la necesidad del servicio o adquisición de los bienes, en especial en las contrataciones de mayor complejidad, tal y como lo ordena la normativa contractual. Estos estudios podrían de alguna manera justificar cualquier tipo de adquisición que requieran las entidades contratantes.
- c) Una estimación de costos de los bienes, servicios y obras que no responden a la realidad del mercado. Puede existir un sobreestimación de costos, en donde se puede inducir a los servidores públicos encargados de compras públicas a solicitar o pedir dádivas a cambio de no objetar estos precios elevados.
- d) La falta de independencia en las comisiones técnicas, por cuanto los funcionarios que la integran se dejan influenciar por otros funcionarios de mayor jerarquía en cuanto a la evaluación de las ofertas técnicas y económicas de los proveedores participantes para inducir a que se califique mejor a algún proveedor en especial.
- e) Así mismo, el hecho de ajustar y manipular las especificaciones técnicas en los pliegos de tal manera que se beneficien a algún proveedor en particular, eliminando de esta manera a oferentes que se encuentren mejor calificados.

Los puntos mencionados podrían considerarse como fallas dentro de la etapa preparatoria, que bien podrían ser aprovechadas para beneficiar o perjudicar a ciertos oferentes, como parte de actos deshonestos por parte de las entidades contratante en complicidad con el sector privado.

4.1.2 Fase Precontractual.

Dentro de la etapa precontractual, también se pueden mencionar algunos comportamientos que podrían prestarse para que surjan actos corruptos con respecto a las adquisiciones públicas y se detallan a continuación:

- a) Fijar una cantidad de tiempo insuficiente para preparar las ofertas de los proveedores. Esto podría conllevar al intento de sobornar al funcionario encargado de receptor las ofertas para que las reciba fuera del plazo establecido, más aún, si antes de la fecha límite para presentar las ofertas se solicita algo adicional a los proveedores. Se debe establecer una cantidad de tiempo prudente para que exista igualdad de oportunidad entre los oferentes.

- b) Las ofertas presentadas por los proveedores participantes, para ciertos casos, son evaluados por un solo funcionario encargado de las adquisiciones otorgándole total discrecionalidad para la toma de decisiones. Lo más conveniente sería que estas ofertas sean evaluadas por más de una persona, cuando por el método de contratación no se requiera la conformación de una comisión técnica, con la intención de dificultar o imposibilitar al proveedor el hecho de pretender utilizar el mecanismo del soborno hacia los servidores públicos a fin de tener un trato preferente.

- c) Los criterios de adjudicación y la ponderación deber estar claramente establecidos para evitar beneficiar a algún proveedor en particular.

- d) En la etapa de adjudicación el hecho de no publicar la información suficiente, como el nombre del adjudicatario, el precio del contrato, así como un resumen de las características y ventajas por las cuales la entidad selecciona al oferente, permite que se genere desconfianza en los otros participantes del proceso.

4.1.3 Fase Contractual.

La parte contractual es de gran importancia al momento de realizar un análisis de los posibles actos corruptos que puedan generarse, ya que existe la percepción que debido a la falta de una adecuada fiscalización en la ejecución de los contratos podrían generarse algunos inconveniente en su normal desarrollo. A continuación se mencionan algunas de los posibles actos que se pueden suscitar durante la ejecución de los mismos:

- a) En el caso de otorgar un porcentaje del valor total del contrato como anticipo, se debe tener en cuenta que el destino de ese dinero sea estrictamente para fines contractuales y no para otro tipo de trámites. En otras palabras se busca controlar el despilfarro o desviación de los anticipos para fines privados del contratista, por lo que existe la obligación moral por parte del contratista de rendir cuentas ante la entidad contratante como condicionante a la entrega de posteriores recursos, puesto que los rubros entregados como anticipo son de la entidad pública y esa es la razón por la cual se solicita al contratista que garantice su inversión.

- b) Podría darse el caso de sustituir ya sean bienes, servicios, materiales de construcción dentro de las construcciones de una obra, que sean diferentes a los ofrecidos por los proveedores o solicitados por la entidad contratante. En esta etapa el administrador y el fiscalizador del contrato juegan un papel fundamental ya que son los principales encargados de velar por la correcta ejecución del contrato, por lo que, ellos serían el blanco perfecto para que el proveedor adjudicado se vea tentado a ofrecer algún tipo de soborno con el propósito de que ignoren este tipo de actitudes deshonestas.

- c) Con el fin de “agilizar los pagos” el oferente adjudicado podría inducir al servidor público con algún tipo de incentivo a que realice los pagos, o parte de ellos, sin que se haya cumplido con todo lo pactado en el contrato.

- d) Los proveedores podrían recurrir a la figura del soborno para que no sean sujeto a penalidades por incumplimiento de contrato, como el no hacer la entrega de algún bien o servicio en el tiempo establecido.

Si bien todas las fases del proceso de adquisiciones estatales son de gran importancia, es necesario que en la etapa preliminar a la celebración de los contratos se trabaje arduamente y se ponga en práctica los principios que rigen a la contratación pública, analizando la conveniencia del objeto contractual, la apropiación de la partida o disponibilidad presupuestaria y la realización de estudios previos completos y confiables.

4.2 En las modalidades de Adquisición y Procesos de Selección.

Es importante entender cómo la elección del método de adquisición puede tener un impacto sobre la corrupción en contratación pública. Existen algunas maneras de clasificar los procedimientos de selección, el mismo que dependerá, regularmente, del valor estimado del contrato.

De acuerdo a los datos estadísticos del SERCOP, publicados en su Informe Anual 2012, el número total de procesos de selección alcanzaron los 138.041, siendo los procesos de contratación directa⁵⁰ y los procesos dinámicos los más utilizados por las empresas contratantes, tal como se muestra en la tabla a continuación:

⁵⁰Incluye procesos de publicación, contratación directa y Menor Cuantía.

Tabla No. 4

Número de Procesos de Contratación año 2012.

2013	PUBLICACIÓN	CONCURSO PÚBLICO	LISTA CORTA	CONTRATACIÓN DIRECTA	LICITACIÓN DE SEGUROS	LICITACIÓN	COTIZACIÓN	MENOR CUANTÍA	SUBASTA INVERSA ELECTRÓNICA	CATÁLOGO ELECTRÓNICO	TOTAL
No. DE PROCESOS	34854	89	774	6695	259	795	2874	23150	24975	43576	138041
% ANUAL	25%	0%	1%	5%	0%	1%	2%	17%	18%	32%	100%

Fuente: SERCOP. Informe anual de 2012, elaboración propia.

Como se puede notar en la tabla precedente, el porcentaje de procesos utilizados con mayor frecuencia en las entidades contratantes ecuatorianas son los de publicación, que abarcan los de régimen especial, contrataciones de emergencias e ínfimas cuantías, seguidas por las de catálogo electrónico, subasta inversa, menor cuantía y contratación directa.

A continuación se presenta un breve análisis de los posibles actos corruptos que se podrían cometer en algunas de las modalidades y procesos de adquisición estatal. Este análisis se lo hará en base de los resultados de se presentan en la Tabla No.4, en donde se muestran los procesos que han sido más utilizados por parte de las entidades contratantes:

- a) Subasta Inversa: Siendo la mecánica de esta modalidad de adquisición realizar varias rondas de puja entre los postores, hasta que alguno de ellos alcance el precio más bajo ofertado, sólo se permite discutir el precio determinado, mas no la calidad de los bienes o servicios que se van a adquirir.

Dicho esto, se puede citar a manera de ejemplo la adquisición de alimentos para servidores públicos que han sido adquiridos bajo esta modalidad no siempre son de la mejor calidad perjudicando no sólo la salud de los

funcionarios, si no también transgrediendo el principio de calidad en el servicio, siendo el administrador del contrato el encargado de supervisar y controlar la buena ejecución del mismo, convirtiéndose esta persona vulnerable a recibir algún tipo de estímulo por parte del proveedor quien conoce que no está cumpliendo a cabalidad con lo establecido en el contrato.

Otra situación que podría darse dentro de este mecanismo es que, cuando exista solo un proveedor que presente la oferta, la entidad contratante realice la negociación con el oferente, tal como lo establece la LOSNCP, solo para cumplir con esta formalidad pero con la clara intención de no aceptarla y de realizar la contratación por el procedimiento de menor cuantía, para contratar directamente con algún “proveedor amigo”.

- b) Catálogo Electrónico: Siendo el SERCOP, la entidad encargada de seleccionar previamente a los proveedores calificados para que atiendan los requerimientos de las entidades contratantes, deja poco margen para que los funcionarios públicos puedan negociar mejoras en cuanto a precio y calidad.

El problema que se podría suscitar es que los valores de los bienes o servicios que se encuentren catalogados estén por encima del precio de mercado, y, aunque en la LOSNCP en su artículo 46 manifiesta que *“Si cualquiera de las Entidades Contratantes obtuviere ofertas de mejor costo que las que consten publicadas en el catálogo electrónico, deberán informar al Servicio Nacional de Contratación Pública para que éste conozca y confirme que la oferta es mejor y adopte las medidas necesarias que permitan extender tales costos, mediante la celebración de Convenios Marco, al resto de Entidades Contratantes”*, no se daría una solución inmediata a las necesidades de las entidades que necesitan adquirir algún bien o servicio específico al corto plazo, razón por la cual el servidor público encargados de las adquisiciones se podría sentir desmotivado por todo el trámite burocrático que se debería realizar, por lo que a final de cuentas se terminaría adquiriendo los bienes y servicios a los precios fijados en el portal, ocasionando un perjuicio al estado. Sin embargo, se entiende que el SERCOP

es el ente encargado de que los precios que consten en este catálogo sean lo más apegado a la realidad posible.

- c) Contrataciones Régimen Especial: Este tipo de contrataciones podrían ser consideradas como las de más alto riesgo en cuanto a los perjuicios que se podrían cometer en contra del Estado debido a que se elude el criterio básico de transparencia, contratando de manera directa, haciendo más propicio la existencia de un ambiente corrupto; En virtud de que existen procedimientos exclusivos para estos casos, el proceso de selección del contratista no se sujeta a los procedimientos comunes de la LOSNCP, más bien se invita directamente al proveedor elegido, en la mayoría de los casos, siendo una de las características principales para este tipo de contrataciones la rapidez con la que se realiza la convocatoria y su posterior publicación en el portal de compras públicas.

Resultaría incalculable enumerar cada uno de los actos no éticos que podrían darse por medio de este tipo de procedimientos, por lo que resulta imprescindible que las personas encargadas de las adquisiciones públicas sean profesionales, honestos, confiables, íntegras y capacitados para que puedan declinar ante propuestas inadecuadas por parte de proveedores que no contribuyan a realizar una buena gestión institucional.

- d) Contrataciones por emergencia: Debido a que las situaciones por emergencia eluden los procedimientos comunes, son susceptibles a aumentar los riesgos de corrupción, generalmente crean el escenario preferido para el enriquecimiento sin causa.

Las compras y contrataciones públicas que se realicen bajo la declaratoria de emergencia, deben ser ejecutadas en un contexto de transparencia, basado en la publicidad de la adjudicación. Debido a que en la normativa referente a la contratación pública ecuatoriana no manifiesta algún tipo de sanción para

las entidades contratantes que incumplan la disposición de publicar el proceso en el portal de compras públicas en vez superada la emergencia, se limita el control y seguimiento de las instituciones que tienen a cargo esta tarea. Asimismo la máxima autoridad a fin de eludir los procesos de contratación puede valerse de lo estipulado en la LOSNCP y realizar una contratación por “fuerza mayor.”

e) Menor Cuantía: Este método de contratación permite realizar de manera directa con el proveedor, según la discrecionalidad del servidor público, podrían ser varias las conductas que traten de disfrazar las formas corruptas en las que los servidores fraccionan contratos, señalan cifras inferiores para después firmar contratos adicionales, todo esto con la intención de darle la apariencia de legalidad a contrataciones directas celebradas, cuando no existe motivo para contratar de tal forma.

f) Ínfima cuantía: en este tipo de contrataciones únicamente se requiere que se llame a cualquier proveedor y se haga la compra, trámite que puede ser aprobado por el jefe administrativo sin necesidad de aprobación de la máxima autoridad. Las situaciones anti éticas que se podrían generar de este método de adquisición podría ser la existencia de sobreprecio, fraccionamiento de contratos, entrega de algún tipo de compensación por parte de los oferentes hacia los encargados de realizar las compras públicas con el afán de seguir siendo proveedor del Estado.

Para el caso de instituciones públicas, por ejemplo aquellas que se encuentran en proceso de desconcentración, que no dispongan de mucho presupuesto para su gestión, es evidente que la mayoría de sus procesos serán bajo esta modalidad de adquisición, lo que permite tener un acercamiento directo con los proveedores en donde se podría generar una “amistad por conveniencia” por las partes contratantes con el fin de salir beneficiados.

4.3 Incumplimiento y oportunidades del Marco Normativo en lo referente a Contratación pública⁵¹.

A pesar de existir la normativa pertinente en el ámbito de contratación pública, resultaría posible cometer ciertas transgresiones dentro de cualquiera de las etapas del proceso si los servidores públicos o los proveedores no tienen la ética y profesionalismo necesario para llevar a cabo estos procedimientos con la transparencia que el caso amerita. A continuación se analizarán algunas situaciones en las que podrían suscitarse esta falta de ética en las contrataciones y que afectarían el buen manejo del SNCP.

- a) Entregar los términos de referencia con la información básica de un proceso determinado a algún “proveedor amigo” facilitándole información importante para que pueda tener ventaja frente a los demás oferentes, inobservando así el mandato de transparencia que debe primar en los procesos contractuales. De la misma manera cuando se establecen términos de referencia indebidos o innecesarios para que solo alguna empresa en particular pueda participar del proceso y excluir a oferentes que sean competentes pero no “amigos.”

- b) Con la finalidad de ejecutar el presupuesto asignado, las entidades contratantes suelen realizar adquisiciones innecesarias, independientes de la planificación institucional y de sus necesidades. El hecho de ejecutar todo el presupuesto está por encima del interés de adquirir un bien, malgastando así los fondos públicos. Las reformas que se permiten realizar en el PAC, permiten incluir contrataciones que al inicio del año no estuvieron planificadas y que aparecen debido a “necesidades institucionales” como la contratación de una consultoría, que según el monto de contratación se lo puede hacer directamente cuando no sobrepase los USD .68.601.27

⁵¹ Criterios propios y de ciertos servidores públicos que están inmersos en los asuntos inherentes a Contratación Pública.

- c) La falta de seguimiento a las adquisiciones tanto de bienes como de servicios, dando por conforme al momento de la entrega, e inobservado los estándares de calidad establecidos en los contratos.
- d) Falsificar los certificados de calidad, certificados de prestación de servicios, permitiendo a los oferentes obtener puntos a favor en las evaluaciones correspondientes, en perjuicio de los otros proveedores.
- e) La participación de ex funcionarios de las entidades contratantes en los procesos de contratación puesto que tendrían ventaja sobre los demás participantes al conocer temas relaciones con su gestión.

Es común observar que ex funcionarios del Estado, posteriormente de su salida del ejercicio público, tengan interés, injerencia o negocien sobre asuntos relacionados con las funciones que desempeñaban a pesar de lo expresado en el artículo 153 de la Constitución que claramente manifiesta que *“Quienes hayan ejercido la titularidad de los ministerios de Estado y las servidoras y servidores públicos de nivel jerárquico superior definidos por la Ley, una vez hayan cesado en su cargo y durante los siguientes dos años, no podrán formar parte del directorio o del equipo de dirección, o ser representantes legales o ejercer la procuración de personas jurídicas privadas, nacionales o extranjeras, que celebren contrato con el Estado, bien sea para la ejecución de obras públicas, prestación de servicios públicos o explotación de recursos naturales, mediante concesión, asociación o cualquier otra modalidad contractual, ni ser funcionarias o funcionarios de instituciones financieras internacionales acreedoras del país.”*

Al limitar solamente a los servidores públicos de nivel superior, se da pie a que los demás servidores públicos puedan tener relación o interés en participar en procesos de contratación pública, incluso puede darse el caso que cualquier ex servidor pueda participar de estos procesos pero con la

creación de empresas que estén inscritas bajo la representación legal de terceros.

4.3.1 Transgresiones al Marco Normativo en la Contratación Pública Ecuatoriana.

El Instituto Nacional de Compras Públicas (actualmente SERCOP), dando cumplimiento a su atribución de supervisar conductas elusivas de los principios y objetivos del Sistema Nacional de Contratación Pública emitió oficios dirigidos a la Contraloría General del Estado, en donde deja en manifiesto que las entidades contratantes incumplen con la normativa establecida para realizar una gestión eficiente en los procesos de contratación pública, tal como se demuestra a continuación:

a) De acuerdo con Oficio No. INCOP-DCR5-OF-0182-2011 (ANEXO 1), se encuentran las siguientes anomalías en la MUNICIPALIDAD DE SANTA CRUZ, en la Isla Santa Cruz, Provincia de Galápagos:

- No se encuentran actualizados los estados del proceso en el portal de compras públicas.
- No se encontró subido el PAC al portal.
- No se cumplió con la Resolución No. 043 acerca de la casuística de la ínfima cuantía.

Por lo antes expuesto se puede observar el incumplimiento de la normativa legal, específicamente al artículo 22 de la LOSNCP que dispone que las Entidades Contratantes deben publicar su PAC obligatoriamente en la página Web de la Entidad Contratante dentro de los quince (15) días del mes de enero de cada año y deberá interoperar con el portal de compras públicas.

b) De acuerdo con Oficio No. INCOP-DCR5-OF-0233-200 (ANEXO 2), en el proceso de Subasta Inversa Electrónica No. SIE-UPF-ESPOL-004-11, para la “COMPRA, CAMBIO E INSTALACIÓN DEL SISTEMA DE LUMINARIAS PÚBLICAS DEL CAMPUS GUSTAVO GALINDO ” , se detectó lo siguiente:

- La entidad contratante no da contestación a la petición del SERCOP de remitir las copias de todos los oferentes participantes del proceso.
- Se encuentran inconsistencias en cuanto al agregado nacional
- Existen errores de forma.

En este punto existe incumplimiento del artículo 14 de la LOSNCP que dispone que *“Para ejercer el control del Sistema, el Servicio 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.”* Así mismo no se respeta lo establecido en cuando al agregado nacional que deben tener los bienes que vayan a ser adquiridos.

c) Con oficio No. INCOP-DCR5-0235-2011 (ANEXO 3), para el proceso de subasta Inversa Electrónica para la adquisición de 80 monitores LCD de 18 pulgadas para la Universidad Estatal de Milagro, el SERCOP encontraron las siguientes novedades:

- Inconsistencias en el agregado nacional requerido en cuanto al análisis de comprobación, luego de haber solicitado los formularios correspondientes.
- La entidad contratante manifiesta su confianza en la veracidad de la información de los formularios basándose en la firma de responsabilidad del proveedor, sin realizar ningún tipo de comprobación.
- Se solicita al proveedor entregar la información de respaldo del agregado nacional sin tener respuesta.
- Pese a todas las observaciones realizadas, el proceso fue Adjudicado.

Con lo antes expuesto, se puede percibir que se incumple algunos de los objetivos prioritarios del SNCP, principalmente el dispuesto en el numeral 4 del artículo 9 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública que es, precisamente, convertir la contratación pública en un elemento dinamizador de la producción nacional.

d) Mediante oficio Nro. INCOP-DCR5-2012-0246-OF (ANEXO 4), se comunica al Alcalde Municipal del Samborondón, que en referencia al proceso de Cotización de Servicios No. COTBS-GACS-002-2012, cuyo objeto de contratación es el “ALQUILER DE EXCAVADORA PARA LIMPIEZA DE CANALES” con un presupuesto referencial de \$95.000, se han encontrados las novedades:

- El estado del proceso en el portal de compras públicas es de “Preguntas, respuestas y aclaraciones”, cuando ya ha sido adjudicado.
- La entidad contratante escogió el proceso de cotización sin consultar previamente los procedimientos dinámicos en virtud de que el servicio se encuentra normalizado.

Se puede notar que existe una clara violación a la LOSNCP, ya que en su artículo 46 manifiesta que *“las Entidades Contratantes deberán consultar el catálogo electrónico previamente a establecer procesos de adquisición de bienes y servicios. Solo en caso de que el bien o servicio requerido no se encuentre catalogado se podrá realizar otros procedimientos de selección para la adquisición de bienes o servicios”*

Así mismo se transgrede lo establecido en el artículo 42 del RLOSNCP que expresa que *“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.”* El subrayado me pertenece.

e) Con Oficio Nro. INCOP-DCR5-2012-0448-OF (ANEXO 5) se comunica al Alcalde Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal de Huaquillas que se ha supervisado de oficio el procedimiento de contratación con código de Cotización Obra No.COTO-GMCH-002-2012, siendo su objeto de contratación el de “REGENERACIÓN URBANA TRAMO 1 AVDA. HUALTACO LADO ESTE ENTRE AVDA. LA REPUBLICA Y PRIMERO DE MAYO; TRAMO 2 AVDA. LA REPUBLICA LADO NORTE ENTRE COSTA RICA Y ELOY ALFARO”, con presupuesto referencial de USD \$379,426.35, en la fase precontractual, que incluye -entre otras- las siguientes etapas: Estructuración y contenido de los pliegos, Apertura de Ofertas ,Convalidación de errores y Calificación de ofertas técnicas, del cual se han encontrado las siguientes observaciones:

- Se rechazan algunas ofertas por “no presentar certificaciones de calidad de materiales solicitados” siendo que este requerimiento no se encuentra establecidos en los pliegos.
- Los parámetros utilizados para la evaluación de las ofertas no dan seguridad ni garantizan la correcta ejecución del objeto del contrato.

Se puede evidenciar que el proceso carece de transparencia debido a que no existen parámetros bien definidos que permitan que los proveedores participantes del proceso mantengan igualdad de oportunidades.

Con los ejemplos señalados se pretende hacer notar las transgresiones que existen en el marco legal en cuanto a la contratación pública ecuatoriana, ya que a pesar de todas las normas existentes siguen ocurriendo ciertas anomalías que, muy probablemente, responden a actos corruptos de ciertos funcionarios y autoridades en complicidad de las empresas privadas.

Vale la pena mencionar, refiriéndonos al tema de corrupción en las contrataciones públicas, que tiempo atrás el juez del Tribunal Penal de la Corte Nacional de Justicia (CNJ), Paúl Iñiguez, dictó sentencia condenatoria por el delito de peculado que se habría configurado en la subdivisión de contratos de las obras proyectadas para los complejos deportivos que estaban a cargo del Ministerio de deportes, caso que fue

denominado por los medios de comunicación como el “Caso come cheques”, en donde se observaba al asesor de un Ministro de Estado comerse un cheque mientras hacían el parte policial.

A los funcionarios involucrados se los acusa por el delito de peculado. Así mismo al haberse configurado la subdivisión de contratos se está transgrediendo las disposiciones generales de la LOSNCP, que en su disposición segunda prohíbe que las entidades puedan contratar por medio de terceros, intermediarios, delegados o agentes de compra. También la Ley es clara en señalar que el objeto de la contratación o la ejecución de un proyecto no podrán ser subdivididos en cuantías menores con el fin de eludir los procedimientos establecidos en esta Ley, y que si se llegara a efectuar la subdivisión de contratos generando un perjuicio al Fisco, la Contraloría General del Estado removerá del cargo a los funcionarios o empleados que tomaren tal decisión, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales a las que hubiere lugar.

CONCLUSIONES

1. El presente trabajo demuestra que la inclusión de los procedimientos dinámicos como medio para realizar las adquisiciones públicas del estado ecuatoriano, ha significado un avance para el país en materia de transparencia respecto de las operaciones que se realizan, ya que minimizan las interacciones humanas directas entre los oferentes y los servidores encargados del proceso y hacen el trámite menos burocrático, por lo tanto pueden ayudar en la reducción de la corrupción en contratación pública.
2. Los principios de transparencia y la competencia leal, así como también la no discriminación e igualdad de oportunidad son los principios básicos que deben regir en todos los procesos de contrataciones públicas para establecer un adecuado sistema de adquisiciones.
3. El Sistema Nacional de Contratación pública no regula lo que sucede posterior a una adjudicación de contrato a algún oferente. No hay información sobre el cumplimiento o los cambios que puedan generarse en los contratos.
4. La discrecionalidad que tienen los funcionarios públicos cuando se trata de contrataciones directas o de régimen especial, crean el ambiente propicio para que puedan generarse actos deshonestos.
5. Si bien el Sistema cuenta con cierta información sobre las adquisiciones que realizan las entidades contratantes que se publican en el portal de compras públicas, hace falta que se proceda con la respectiva rendición de cuentas, por parte de la entidad contratante, con información relevante de cómo se han llevado a cabo los procesos y si se ha cumplido con todo lo planificado. El

manejo del portal no ha solucionado esta deficiencia, pues entrega muy poca información que pueda ser clasificada como rendición.

6. La aplicación de políticas y medidas coercitivas y de control no son suficientes para evitar la corrupción, es necesario generar en los funcionarios y empresarios fundamentos éticos y responsabilidad social.

7. Es aplaudible el intento por parte del Sistema Nacional de Contratación Pública de erradicar los actos corruptos en la contratación pública ecuatoriana, en la que antes de la expedición de la LOSNCP primó la desconfianza, descontrol y manipulación.

RECOMENDACIONES

1. Promoción de programas de acción colectiva explicando los riesgos que conlleva el cometer actos corruptos en el ciclo de adquisiciones estatales; evitando así el efecto multiplicativo de la corrupción, ya que cuando ésta adquiere un carácter sistémico, a las empresas les resulta cada vez más difícil actuar honestamente para evitar salir del mercado y seguir siendo proveedor del Estado.
2. Los legisladores deberían estudiar la conveniencia de indemnizar a los licitantes clasificados y mejor colocados cuando se demuestre que la empresa ganadora del contrato ha sido seleccionada irregularmente; y a su vez el proveedor que haya sido favorecido debería ser sancionado privándolo de participar en futuras contrataciones .
3. Se debe tratar de que la mayoría de las adquisiciones se las realice por medio de procedimientos dinámicos para hacer más transparente el proceso, para lo cual existe la necesidad de normalizar la mayor cantidad de bienes y servicios, así como incluirlas en el catálogo electrónico aprovechando los medios y facilidades electrónicas que nos ofrece el Sistema Nacional de Contratación Pública.
4. Participación de subcomisiones de apoyo en los proceso de contratación pública con firmas de responsabilidad para evitar las arbitrariedades que puedan realizar ciertos servidores públicos por la discrecionalidad que la misma Ley les confiere.
5. Las entidades contratantes deber preocuparse de mantener capacitado al personal que tenga a cargo los procesos de contratación, tanto en la parte jurídica como en la parte operativa, a fin de asegurar el correcto manejo de los procesos a través del portal de compras pública.

6. Propiciar el ahorro en las compras estatales respetando el principio de calidad y garantía de los bienes y servicios que se vayan a contratar.

BIBLIOGRAFÍA

1. ARGAÑA, Mercedes, Importancia de la Convención Interamericana contra la corrupción., Asunción, Paraguay. (www.tribunalesdecuentas.org.ar/)
2. BANCO MUNDIAL. (2002). Estudio de corrupción, desempeño institucional y gobernabilidad.,(http://siteresources.worldbank.org/INTANTICORRUPTION/Resources/col_estrategia.pdf)
3. BEJARANO, JESÚS ANTONIO.- Estrategias contra la corrupción - Descentralización y corrupción – Bogotá: Fescol, 1996
4. Comisión Europea, Normas sobre contratos públicos, 28/01/2011, (http://ec.europa.eu/news/business/110128_es.htm)
5. CORTINA, ADELA y CONILL, JESÚS.- Democracia participativa y sociedad civil. Una ética empresarial. Bogotá: Fundación social, 1998.
6. CUAREZMA Terán Sergio J., Análisis sobre la Legislación Penal Nicaragüense y la Convención Interamericana contra la corrupción. (<http://www.oas.org/juridico/spanish/agendas/nicaestudio.htm>)
7. FUERTES LÓPEZ, MERCEDES.- El contratista y el subcontratista ante las administraciones públicas - Madrid: Marcial Pons, 1997.
8. Glosario básico de participación ciudadana, control social y transparencia. (<http://www.cpccs.gob.ec/?mod=glosario>)
9. KLITGAARD, Robert, Controlando la corrupción. Una indagación práctica para el gran problema social de fin de siglo, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1994.

10. Oficina Anticorrupción de la República de Argentina, Compras y contrataciones públicas.
([http://www.anticorruccion.gov.ar/documentos/Compras%20Guidelines%20\(4\).pdf](http://www.anticorruccion.gov.ar/documentos/Compras%20Guidelines%20(4).pdf))
11. OECD. Report on the Global Forum on Governance – fighting corruption and promoting integrity in Public Procurement, 29-30 November 2004.
12. OMC, Panorama general del Acuerdo de Contratación Pública. 1 de enero de 2006. (http://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/gpa_overview_s.htm)
13. Organización Mundial del Comercio, rue de Lausanne 154, CH-1211 Ginebra 21, Suiza MINISTERIAL DE LA OMC (DOHA, 2001): NOTAS INFORMATIVAS
14. Pasquino. Gianfranco. "Corrupción" en Norberto Bobbio (Coord.) Diccionario de Ciencia Política. México. Siglo XXI editores, 1988, págs. 438-440.
15. Stromb Donald. La Corrupción en los Contratos de Compras. Perspectivas Económicas. USIS. Vol. 3 No.5. Noviembre de 1998.
(http://www.oas.org/juridico/spanish/mec_tema_doc.pdf)
16. Transparency International Índice de Percepciones de Corrupción 2013.
(www.transparency.org)
17. <http://www.cinu.org.mx/prensa/especiales/2003/corruccion/intro.htm>.
Declaraciones contra la corrupción.
18. Experiencias vivenciales en labores relacionadas con la Contratación Pública en las diversas funciones desempeñadas en la Administración Pública.

NORMATIVA

1. Constitución de la República del Ecuador.
2. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.
3. Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.
4. Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.
5. Código Integral Penal de la República del Ecuador.
6. Codificación del Código Civil del Ecuador.
7. Ley Orgánica del Servicio Público
8. Resoluciones del Servicio Nacional de Compras públicas.
9. Enciclopedia Jurídica de GUILLERMO CABANELLAS.

ANEXOS

Anexo 1

Oficio No. INCOP-DCR5-OF-0182-2011

Guayaquil, 25 de mayo de 2011

Señora Ingeniera
Rosa Angélica Terreros Caicedo
Directora de la Regional 1
CONTRALORÍA GENERAL DEL ESTADO
En su Despacho.

De mi consideración:

El Instituto Nacional de Contratación Pública -INCOP- como organismo rector de la contratación pública en el país, mantiene entre sus atribuciones, la de asegurar y exigir el cumplimiento de los objetivos prioritarios del Sistema Nacional de Contratación Pública -SNCP-. Al efecto, entre los objetivos prioritarios del SNCP, conforme ordena el artículo 9 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública -LOSNCP-, se destacan, garantizar la calidad del gasto público y su ejecución en concordancia con el Plan Nacional de Desarrollo; garantizar la ejecución plena de los contratos y la aplicación efectiva de las normas contractuales; garantizar la transparencia y evitar la discrecionalidad en la contratación pública; y, convertir la contratación pública en un elemento dinamizador de la producción nacional.

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

(...) 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." (la negrilla me corresponde).

En esa línea, la Disposición General Primera de la LOSNCP, establece que:

"Toda infracción a la presente Ley cometida por autoridades, funcionarios, empleados públicos o privados o cualquier persona que actúe o haya intervenido en el procedimiento de contratación a nombre de las Entidades Contratantes será sancionada por la Contraloría General del Estado y en el plazo de treinta (30) días".

1.- ANTECEDENTES:

1.1.- Conforme las atribuciones establecidas en la Ley, como Organismo Rector de la contratación pública, entre ellas las de control y monitoreo y especialmente la de requerimiento de información a las entidades públicas como privadas.

Guayaquil, 25 de mayo de 2011

1.2.- Con fecha 28 de Marzo del 2011, mediante Oficio No. DR5 – 0323 – 2011, gestioné mi visita a la I MUNICIPALIDAD DE SANTA CRUZ, en la Isla Santa Cruz, Provincia de Galápagos.

1.3.- La visita técnica se desarrolló el día y hora mencionado y en ella se dispuso verbalmente el cumplimiento de la siguientes disposiciones: Actualizar el estado de los procesos, subir el PAC, y cumplir con la Resolución No. 043 de Infima Cuantía .

1.4.- Con fecha 14 de Abril del 2011, mediante oficio DR5 - 398 – 2011, puse por escrito a la autoridad visitada, las Disposiciones Verbales, para así dar mayor formalidad a lo acordado en mi visita, justificando Jurídicamente lo requerido.

2.- OBSERVACIONES:

Dando Seguimiento en lo requerido y tal como consta en el Portal COMPRASPUBLICAS, se puede establecer que **NO HA CUMPLIDO con lo Dispuesto por esta Dirección Regional.**

3.- CONCLUSIONES:

Del análisis y revisión de requerido se establece que la Entidad ha hecho caso Omiso del requerimiento.

En definitiva, pongo en conocimiento de la Contraloría General del Estado el presente informe, de manera tal, que de considerarlo necesario y dentro de la esfera de sus atribuciones legales, ejerza sus facultades correspondientes, con la finalidad de que se determinen si hubiere lugar las responsabilidades civiles, penales o administrativas según lo señalado en los artículos 233 de la Constitución del Ecuador, 99 de la LOSNCP y, la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.

De las acciones que usted considere oportuno iniciar, agradezco se nos informe.

Atentamente,

Dr. Alvaro Ramírez Durini
DIRECTOR REGIONAL GUAYAQUIL

mp

Oficio No. INCOP-DCRS-OF-0233-2011

Guayaquil, 01 de junio de 2011

Señor
Rosa Ágelica Terreros Caicedo
Directora de la Regional 1
CONTRALORÍA GENERAL DEL ESTADO
En su Despacho.

De mi consideración:

Dentro del expediente que se lleva en este Instituto, en base a la solicitud presentada por la Sra. Leda Eugenia Mazacón C., representante legal de la empresa PROYECTOS FLUIDOS S.A. PROYEFLU en relación al procedimiento de contratación de Subasta Inversa Electrónica No. SIB-VPP-ESPOL-004-11, cuyo objeto de contratación es "Compra, Cambio e Instalación del Sistema de Luminarias Públicas del Campus Gustavo Galindo", publicado por la "Escuela Superior Politécnica del Litoral" el 2011-03-18, siendo su estado actual "Por adjudicar", por el valor de USD \$ 105,035.00; pongo en su conocimiento lo siguiente:

1.- ANTECEDENTES:

1.1.- Se recibió el 01 de abril de 2011 comunicación S/N el del oferente Lic. Eugenia Mazacón C., mediante la cual solicita se realice la respectiva verificación del proceso en mención.

1.2.- Con Oficio No. DR5-0375-2011 de fecha 13 de abril de 2011 se solicitó documentación de respaldo a fin de que justifique las decisiones tomadas en el proceso de contratación. Además se requiere explicaciones de las observaciones encontradas.

1.3.- Con fecha 19 de abril de 2011 se recibe comunicación R-374 de la "Escuela Superior Politécnica del Litoral", mediante la cual da respuesta a lo solicitado en el oficio antes mencionado.

1.4.- Una vez revisada la documentación que nos hizo llegar, se puede observar que la remite de manera incompleta, es decir, solamente anexa la información del proveedor que según la entidad cumple con todos los requisitos mínimos requeridos.

1.5.- Por lo expuesto anteriormente, con oficio No. INCOP-DCRS-OF-0016-2011 de fecha 26 de abril de 2011, se solicita por segunda ocasión se de fiel cumplimiento a lo requerido y que en el cual se explica claramente, lo siguiente: "*Cabe recalcar que la documentación que se solicita es de todos los oferentes calificados en este proceso de contratación, es decir, de los cinco oferentes que constan en su Anexo: Identificación de oferentes, y no solamente del adjudicado*", según consta en la Resolución No.

Guayaquil, 01 de junio de 2011

SIE-ESPOL-VPP-004-2011 el proveedor adjudicado por la Entidad es la empresa FBPINARDI S.A. Cabe recalcar que el estado actual del proceso es "Por Adjudicar", aún cuando ya existe una Resolución de Adjudicación, por lo cual el estado debería ser "Adjudicada".

1.6.- Se recibe oficio R-420 el 5 de mayo de 2011, mediante el cual da contestación al oficio mencionado en el numeral 1.5.

1.7.- Con oficio No. INCOP-DCR5-OF-0108-2011 de fecha 11 de mayo de 2011, se solicita por tercera ocasión la documentación requerida en el oficio DR5-0375-2011. Así como las justificaciones de las observaciones encontradas en el proceso.

1.8.- Se recibe oficio R-470 el 25 de mayo de 2011, en el cual se puede observar que no da cumplimiento a lo requerido en las tres ocasiones.

2.- BASE LEGAL:

La Constitución del Ecuador en el artículo 288, establece que 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.

El Instituto Nacional de Contratación Pública -INCOP- como organismo rector de la contratación pública en el país, mantiene entre sus atribuciones, la de asegurar y exigir el cumplimiento de los objetivos prioritarios del Sistema Nacional de Contratación Pública -SNCP-. Al efecto, entre los objetivos prioritarios del SNCP, conforme ordena el artículo 9 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública -LOSNCP-, se destacan, garantizar la calidad del gasto público y su ejecución en concordancia con el Plan Nacional de Desarrollo; garantizar la ejecución plena de los contratos y la aplicación efectiva de las normas contractuales; garantizar la transparencia y evitar la discrecionalidad en la contratación pública; y, convertir la contratación pública en un elemento dinamizador de la producción nacional.

En esa línea, el Control, Monitoreo y Evaluación del SNCP, se encuentra regulado en el artículo 14 de la LOSNCP, en los siguientes términos:

'El 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.

Para ejercer el control del Sistema, el Instituto Nacional de Contratación Pública podrá solicitar información a entidades públicas o privadas que crea conveniente,

Guayaquil, 01 de junio de 2011

las que deberán proporcionarla en forma obligatoria y gratuita en un término máximo de 10 días de producida la solicitud." (la negrilla me corresponde).

Complementariamente, el artículo 6 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública –RGLOSNCPP- establece como atribuciones del INCOP, ejercer el monitoreo constante de los procedimientos de contratación, emitir de oficio o a petición de parte observaciones de orden técnico o legal en la fase precontractual, supervisar de oficio o pedido de parte conductas elusivas de los principios y objetivos del Sistema Nacional de Contratación Pública; así como, generar alertas o recomendaciones de cumplimiento obligatorio a las respectivas entidades contratantes.

Por otra parte, el artículo 15 de la LOSNCPP, al determinar las atribuciones de los Organismos de Control, expresamente dispone:

"Corresponde a los organismos de control del Estado, dentro del marco de sus atribuciones, realizar los controles posteriores a los procedimientos de contratación efectuados por las Entidades Contratantes.

Es obligación del Instituto Nacional de Contratación Pública informar a la Contraloría General del Estado y a la Procuraduría General del Estado cada vez que conozca el cometimiento de infracciones a lo dispuesto en esta Ley." (la negrilla me corresponde)

En este contexto, la Disposición General Primera de la LOSNCPP, establece que:

"Toda infracción a la presente Ley cometida por autoridades, funcionarios, empleados públicos o privados o cualquier persona que actúe o haya intervenido en el procedimiento de contratación a nombre de las Entidades Contratantes será sancionada por la Contraloría General del Estado y en el plazo de treinta (30) días."

3.- OBSERVACIONES:

De la revisión y análisis detallado del relato de los hechos del proceso en mención, de la documentación requerida, anexa al expediente y, de la que consta en el Portal COMPRASPUBLICAS, se encuentra lo siguiente:

3.1.- En los pliegos se puede observar que existe un precio distinto al que se encuentra publicado en el Portal de Compras Públicas. En los pliegos consta USD \$ 195,032.00 mientras que en el portal se detalla el valor de USD \$ 195,035.00.

3.2.- Se revisó la documentación que la entidad "Escuela Superior Politécnica del Litoral" nos hizo llegar, junto con los archivos que se encuentran publicados en el Portal de Compras Públicas, con lo cual se observan inconsistencias en los documentos "Revisión

Guayaquil, 01 de junio de 2011

de Requisitos Mínimos del Proceso de Contratación: SIE-VPP-ESPOL-004-11. En el detalle, se puede observar que el proveedor 4 registra 45% de agregado nacional, mientras que en el otro documento se detalla el porcentaje de 07 %.

3.3.- Se solicita por tres ocasiones la documentación a fin de que se pueda aclarar las observaciones encontradas en el proceso. Cabe mencionar, que la entidad solo nos ha hecho llegar la información de uno de los cinco oferentes que fueron calificados en el proceso.

4.- CONCLUSIONES:

Del análisis y revisión del proceso asignado con el código No. SIE-VPP-ESPOL-004-11 se establece lo siguiente:

4.1.- Se debe mencionar que el oficio presentado por el proveedor, no fue un reclamo administrativo, ya que no se presentó el requerimiento según lo estipulado en los artículos 102 y 103 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, según el procedimiento que consta en los artículos 150 al 150 del Reglamento General de la presente Ley.

4.2.- De conformidad con el artículo 6 numeral 2 del Reglamento General del Sistema Nacional de Contratación Pública, una de las facultades que tiene el INCOP es supervisar de oficio o pedido por 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; por lo cual se procedió a la respectiva revisión del proceso de contratación.

4.3.- La Entidad Contratante "Escuela Superior Politécnica del Litoral ESPOL", hizo caso omiso a lo solicitado por este Instituto, con lo cual no ha dado cumplimiento a lo estipulado en el artículo 14 de la LOSNCP, el cual menciona que el Instituto Nacional de Contratación Pública podrá solicitar información a entidades públicas o privadas, las que deberán proporcionar en forma obligatoria y gratuita en un término máximo de 10 días de producida la solicitud.

4.4.- En el Portal de Compras Públicas se encuentra publicada la Resolución de Adjudicación siendo el estado actual del proceso "Por adjudicar", por lo cual debería ser "Adjudicada".

4.5.- Se debe considerar que a la entidad contratante se le aclaró el término "calificado", el cual hace mención que son todos los oferentes que fueron evaluados con el fin de determinar quien cumple o no con los requisitos mínimos solicitados en los pliegos, y aún así no presentó la documentación requerida por este Instituto.

Oficio No. INCOP-DCRS-OF-0233-2011

Guayaquil, 01 de junio de 2011

En definitiva, pongo en conocimiento de la Contraloría General del Estado el presente informe, de manera tal, que de considerarlo necesario y dentro de la esfera de sus atribuciones legales, ejerza sus facultades correspondientes, con la finalidad de que se determinen si hubiere lugar las responsabilidades civiles, penales o administrativas según lo señalado en los artículos 233 de la Constitución del Ecuador, 99 de la LOSNCP y, la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.

De las acciones que usted considere oportuno iniciar, agradezco se nos informe.

Atentamente,

Dr. Alvaro Ramírez Durini
DIRECTOR REGIONAL GUAYAQUIL

cc:

Oficio No. INCOP-DCR5-OF-0235-2011

Guayaquil, 01 de junio de 2011

Señora Ingeniera
Rosa Ágelica Terreros Caicedo
Directora de la Regional 1
CONTRALORÍA GENERAL DEL ESTADO
En su Despacho.

De mi consideración:

Dentro del expediente que se lleva en este Instituto, en base al reclamo presentado por Ing. Gabriel Cedeño J. Propietario de Tecnología, Desarrollo y algo más, por agregado nacional en el procedimiento de contratación de Subasta Inversa Electrónica SIE No. SIE-UNEMI-164-2011, cuyo objeto de contratación es "Adquisición de bienes (80 Monitores LCD 18", 80 Pantallas de proyección de 80", 80 Caudados para portátiles o Monitores LCD) para la UNEMI (Universidad Estatal de Milagro).", iniciado por DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO ADQUISICIONES UNEMI por un monto de USD.26,800.00 y, Plazo de entrega de 10 días; pongo en su conocimiento lo siguiente:

1.- ANTECEDENTES:

1.1.- Con fecha 15 de abril de 2011, el señor Ing. Gabriel Cedeño J. de la empresa CSQ solutions, remitió a este Instituto una comunicación en referencia al proceso de contratación SIE-UNEMI-164-2011, mediante la cual informa "Hay unas irregularidades en cuanto al agregado nacional", por lo cual solicita la revisión del proceso.

1.2.- Con fecha 19 de abril de 2011, este Instituto remitió al Departamento Administrativo Adquisiciones UNEMI el oficio INCOP No. DR5-0412-2011, mediante el cual se solicitó copias certificadas del formulario No. 6 y 6A presentado por los proveedores participantes del proceso y el análisis de la comprobación del agregado nacional.

1.3.- Con fecha 21 de abril de 2011, se recibió en este Instituto el oficio No. 0111-DIR-ADM- 2011 de la Universidad Estatal de Milagro, a través del cual da respuesta a la solicitud del oficio INCOP No. DR5-0412-2011, en la cual menciona "Se informa además que al no conocer tanto físicamente como el origen de los productos solicitados, los mismos que ignoramos si son o no fabricantes total o parcialmente en el país, mal haríamos en juzgar la veracidad o falsedad de los formularios 6 y 6A, si éstos están avalados por la firma de responsabilidad del representante legal bajo juramento"

2.- BASE LEGAL:

La Constitución del Ecuador en el artículo 288, establece que 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.

El Instituto Nacional de Contratación Pública -INCOP- como organismo rector de la contratación pública en el país, mantiene entre sus atribuciones, la de asegurar y exigir el cumplimiento de los objetivos prioritarios del Sistema Nacional de Contratación Pública -SNCP-. Al efecto, uno de los objetivos prioritarios del SNCP, conforme ordena el numeral 4 del artículo 9 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública -LOSNCPP-, es precisamente, convertir la contratación pública en un elemento dinamizador de la producción nacional.

Guayaquil, 01 de junio de 2011

En esa línea, el INCOP, para dar cumplimiento a este objetivo y, con el fin de regular la determinación de valor agregado nacional para los procedimientos de adquisición de bienes y servicios, expidió el 13 de junio de 2010, la Resolución INCOP No. 044-2010, que contiene disposiciones en la Declaración de Agregado Nacional en los modelos de pliegos de uso obligatorio para los procedimientos de adquisición de bienes y servicios, a más del Formulario 6-A que contiene el Cálculo del Porcentaje de Valor Agregado Nacional respecto al Costo de Producción (Desagregado por elemento de costo), es decir, regula los elementos de costos del bien o servicio, así como determina la metodología para cumplimentarlo. Al efecto, el Formulario 6, contiene la siguiente información:

" Formulario No. 6

NOMBRE DEL OFERENTE:

CÓDIGO DEL PROCESO

DECLARACIÓN DE AGREGADO NACIONAL

Señor

(Máxima Autoridad

ENTIDAD CONTRATANTE)

Presente

De mi consideración:

El que suscribe, (por mis propios derechos o en calidad de representante legal de la compañía ...) declaro bajo juramento y en pleno conocimiento de las consecuencias legales que conlleva faltar a la verdad, libre y voluntariamente presento la información que detallo más adelante, para fines única y exclusivamente relacionados con el presente proceso de contratación;

Declaro que el (bien o servicio) ofertado tiene un valor agregado nacional del (%) respecto a su costo de producción, el sustento del cálculo de dicho valor se encuentra en el Formulario No. 6-A.

Garantizo la veracidad y exactitud de la presente información; y, autorizo a la Entidad Contratante, al INCOP, o a un Órgano de Control, a efectuar averiguaciones para comprobar tal información.

Autorizo a que esta información se transparente a través del Portal www.compraspublicas.gov.ec; y, doy mi consentimiento para que se realicen las verificaciones o veedurías que sean pertinentes.

La falta de veracidad de la información presentada por el oferente será causa de devaluación de la oferta o de terminación unilateral del contrato, si ésta se detectare en forma posterior".

De lo transcrito, se evidencia que el proveedor declara bajo juramento y en pleno conocimiento de las consecuencias legales que conlleva faltar a la verdad el porcentaje de agregado nacional detallado.

En esa línea, el Modelo de Pliego de Subasta Inversa Electrónica, de uso obligatorio para las entidades contratantes, emitido por el Instituto Nacional de Contratación Pública, contiene la siguiente disposición:

"4.6 Preferencia: A continuación se detalla la aplicación de los márgenes de preferencia para Producción Nacional y Mipymes:

Como parte integrante de la oferta técnica, se incluirá 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, de acuerdo a los siguientes parámetros.

Origen nacional de un bien: cuando el valor FOB de las mercancías importadas incorporadas en él, no sea superior al 60% del precio ofertado, o dicho de otra manera, incorpore el 40% o más de agregado nacional.

Guayaquil, 01 de junio de 2011

Origen nacional de un servicio: si el oferente es una persona natural o jurídica domiciliada en el país, y más del 60% de su oferta represente el costo de la mano de obra, materias primas e insumos nacionales. 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."

Complementariamente, el artículo 6 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública -RGLOSNC- establece como atribuciones del INCOP, ejercer el monitoreo constante de los procedimientos de contratación, emitir de oficio o a petición de parte observaciones de orden técnico o legal en la fase precontractual, supervisar de oficio o pedido de parte conductas elucivas de los principios y objetivos del Sistema Nacional de Contratación Pública; así como, generar alertas o recomendaciones de cumplimiento obligatorio a las respectivas entidades contratantes.

Finalmente, el artículo 15 de la LOSNCP, al determinar las atribuciones de los Organismos de Control, expresamente dispone:

"Corresponde a los organismos de control del Estado, dentro del marco de sus atribuciones, realizar los controles posteriores a los procedimientos de contratación efectuados por las Entidades Contratantes.

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

3.- OBSERVACIONES:

De la revisión y análisis detallado del relato de los hechos del proceso en mención, de la documentación requerida, anexa al expediente y, de la que consta en el Portal COMPRASPUBLICAS, se menciona lo siguiente:

3.1.- En base a la requesta de la entidad sobre las observaciones, se le dirigió el oficio No. INCOP-DCR5-OF-0038-2011 de fecha 03 de mayo de 2011, en el cual damos contestación a lo solicitado por la entidad "En tal virtud esta institución se sujetará a las decisiones que tome el INCOP como máximo órgano rector de la contratación pública"; para lo cual se le indicó que de acuerdo al Art.99 de la LOSNCP es la máxima autoridad de la entidad contratante la responsable del procedimiento de contratación.

3.2.-Se solicitó información al proveedor adjudicado por oficio INCOP DR5-0413-2011, nos envió la metodología y documentación de respaldo del agregado nacional del 40% en el proceso en mención, así como también requerimos información al SRI del impuesto a la renta y al IESS sobre las aportaciones de personal del proveedor Adjudicado Sr. Mario Barro Naranjo.

3.3.-Se menciona también que toda entidad contratante debe cumplir con el Art. 23 de la LOSNCP "Estudios" previo a la realización de cualquier contratación ya que en el mismo se contempla "Los estudios y diseños incluirán obligatoriamente como condición previa a su aprobación e inicio del proceso contractual, el análisis de desagregación tecnológica o de compra de Inclusión, según corresponda, los que determinarán la proporción mínima de participación nacional o local de acuerdo a la metodología y parámetros determinados".

3.4.- Pese a las observaciones realizadas el proceso SIE-UNEMI-164-2011 se encuentra adjudicado

Oficio No. INCOP-DCR5-OF-0235-2011

Guayaquil, 01 de junio de 2011

4.- CONCLUSIONES:

En definitiva pongo en conocimiento de la Contraloría General del Estado el presente informe, de manera tal, que de considerarlo necesario y dentro de la esfera de sus atribuciones legales, ejerza sus facultades correspondientes, con la finalidad de que se determinen si hubiere lugar las responsabilidades civiles, penales o administrativas según lo señalado en los artículos 233 de la Constitución del Ecuador, 99 de la LOSNCP y, la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.

De las acciones que usted considere oportuno iniciar, agradezco se nos informe.

Atentamente,

Dr. Alvaro Ramírez Durini
DIRECTOR REGIONAL GUAYAQUIL

cc

Oficio Nro. INCOP-DCRS-2012-0246-OF

Guayaquil, 09 de febrero de 2012

Señor Ingeniero
José Miguel Yúnez Parra
Alcalde
ALCALDÍA MUNICIPAL SAMBORONDÓN
Malecón y Calixto Romero

De mi consideración:

El Instituto Nacional de Contratación Pública -INCOP- como organismo rector de la contratación pública en el País, mantiene entre sus atribuciones, la de asegurar y exigir el cumplimiento de los objetivos prioritarios del Sistema Nacional de Contratación Pública -SNCP-. Al efecto, entre los objetivos prioritarios del SNCP, conforme ordena el artículo 9 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública -LOSNCP-, se destacan, garantizar la calidad del gasto público y su ejecución en concordancia con el Plan Nacional de Desarrollo; garantizar la ejecución plena de los contratos y la aplicación efectiva de las normas contractuales; garantizar la transparencia y evitar la discrecionalidad en la contratación pública; y, convertir la contratación pública en un elemento dinamizador de la producción nacional.

En esa línea, el Control, Monitoreo y Evaluación del SNCP, se encuentra regulado en el artículo 14 de la LOSNCP, en los siguientes términos:

"El 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.

(...)

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."

Complementariamente, el artículo 6 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública -RGLOSNCP- establece como atribuciones del INCOP, ejercer el monitoreo constante de los procedimientos de contratación, emitir de oficio o a petición de parte observaciones de orden técnico o legal en la fase precontractual, supervisar de oficio o pedido de parte conductas elusivas de los principios y objetivos del Sistema Nacional de Contratación Pública; así como, generar alertas o recomendaciones de cumplimiento obligatorio a las respectivas entidades contratantes.

Guayaquil, 09 de febrero de 2012

NOTIFICACIÓN DE MONITOREO Y SUPERVISIÓN DE OFICIO

Con base en las disposiciones legales y reglamentarias expuestas, el Instituto Nacional de Contratación Pública, en ejercicio de su atribución de asegurar y exigir el cumplimiento de los objetivos prioritarios del SNCP, le comunica que ha supervisado de oficio el procedimiento de contratación con código de Cotización Servicio

No.*COTBS-GACS-002-2012*, siendo su objeto de contratación el "*ALQUILER DE EXCAVADORA PARA LIMPIEZA DE CANALES*", con presupuesto referencial de USD \$95,000.00, en la fase precontractual, que incluye -entre otras- las siguientes etapas:

- Estructuración y contenido de los pliegos
- Apertura de Ofertas
- Convalidación de errores
- Calificación de ofertas técnicas

OBSERVACIONES

De la revisión de la información publicada en el portal y la de los pliegos del proceso, se emite las siguientes observaciones:

- 1.- El estado del proceso es "*Preguntas, Respuestas y Aclaraciones*".
- 2.- La Entidad escogió el procedimiento de Cotización Servicio. Al respecto, es responsabilidad de la entidad contratante normalizar el bien o servicio en aplicación del artículo 42 del RGLPSNCP, así mismo el tercer inciso de este artículo determina: "*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...*", y de acuerdo a las especificaciones establecidas por su representada en el numeral 4.5, Cumplimiento de Especificaciones de los pliegos el servicio es NORMALIZADO.
- 3.- El código del Clasificador Central de Productos CPC con el que se publicó el proceso en el portal COMPRASPÚBLICAS es el "*548000014*" que corresponde a "*ALQUILER DE EQUIPO CAMINERO*", en razón de la naturaleza del servicio, no es el más apropiado con relación al objeto de contratación, ya que es una categoría correspondiente a "Construcción", por ende el sistema a invitado a constructoras.

Consecuentemente, la selección de un código CPC incorrecto se traduce en que las invitaciones al proceso lleguen a oferentes que se encuentran inscritos en servicios diferentes a los requeridos por la Entidad Contratante y contraviniendo de esta manera los principios de concurrencia, oportunidad, transparencia, publicidad; y, participación nacional.

Guayaquil, 09 de febrero de 2012

4.- Para las contrataciones de Servicios, su representada no ha establecido los términos de referencia que se establece en el literal c del artículo 5 de la Resolución INCOP No. 054-2011, expedida el 12 de noviembre de 2011.

5.- En cuanto al parámetro "*INSTRUMENTOS Y EQUIPOS DISPONIBLES*", menciona: "*Si no se presenta algún equipo de los requeridos, se perderá la totalidad de la puntuación*" Al respecto no existe ningún listado de equipos solicitado por la entidad a más de "*EXCAVADORAS TIPO VOLVO 210BLC*". Por lo tanto, la calificación de este parámetro no es claro.

Por lo ya expuesto, requiero que en el término de cinco (5) días, remita a este Instituto lo siguiente:

- Justificación y/o motivación razonadas de las observaciones realizadas.
- Acciones adoptadas por su representada con relación a las observaciones formuladas.

El segundo inciso del artículo 15 de la LOSNCP, obliga al INCOP informar a la Contraloría General del Estado y a la Procuraduría General del Estado, cada vez que conozca del cometimiento de infracciones a lo dispuesto en la Ley, este último párrafo forma parte de un formato general establecido por éste Instituto que advierte de una consecuencia legal que consta en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Atentamente,

Dr. Alvaro Ramírez Durini
DIRECTOR REGIONAL GUAYAQUIL

aj

Oficio Nro. INCOP-DCR5-2012-0448-OF

Guayaquil, 22 de marzo de 2012

Señor Doctor
Manuel Ignacio Aguirre Piedra
Alcalde
GOBIERNO AUTÓNOMO DESCENTRALIZADO MUNICIPAL DE
HUAQUILLAS
10 de Agosto y Teniente Cordovez, Huaquillas - El Oro

De mi consideración:

El Instituto Nacional de Contratación Pública -INCOP- como organismo rector de la contratación pública en el País, mantiene entre sus atribuciones, la de asegurar y exigir el cumplimiento de los objetivos prioritarios del Sistema Nacional de Contratación Pública -SNCP-. Al efecto, entre los objetivos prioritarios del SNCP, conforme ordena el artículo 9 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública -LOSNCP-, se destacan, garantizar la calidad del gasto público y su ejecución en concordancia con el Plan Nacional de Desarrollo; garantizar la ejecución plena de los contratos y la aplicación efectiva de las normas contractuales; garantizar la transparencia y evitar la discrecionalidad en la contratación pública; y, convertir la contratación pública en un elemento dinamizador de la producción nacional.

En esa línea, el Control, Monitoreo y Evaluación del SNCP, se encuentra regulado en el artículo 14 de la LOSNCP, en los siguientes términos:

"El 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.

(...)

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."

Complementariamente, el artículo 6 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública -RGLOSNCP- establece como atribuciones del INCOP, ejercer el monitoreo constante de los procedimientos de contratación, emitir de oficio o a petición de parte observaciones de orden técnico o legal en la fase precontractual, supervisar de oficio o pedido de parte conductas elusivas de los principios y objetivos del Sistema Nacional de Contratación Pública; así como, generar alertas o recomendaciones de cumplimiento obligatorio a las respectivas entidades contratantes.

Guayaquil, 22 de marzo de 2012

NOTIFICACIÓN DE MONITOREO Y SUPERVISIÓN DE OFICIO

Con base en las disposiciones legales y reglamentarias expuestas, el Instituto Nacional de Contratación Pública, en ejercicio de su atribución de asegurar y exigir el cumplimiento de los objetivos prioritarios del SNCP, le comunica que ha supervisado de oficio el procedimiento de contratación con código de Cotización Obra

No.COTO-GMCH-002-2012, siendo su objeto de contratación el "REGENERACION URBANA TRAMO 1 AVDA. HUALTACO LADO ESTE ENTRE AVDA. LA REPUBLICA Y PRIMERO DE MAYO; TRAMO 2 AVDA. LA REPUBLICA LADO NORTE ENTRE COSTA RICA Y ELOY ALFARO", con presupuesto referencial de USD \$370,426.35, en la fase precontractual, que incluye -entre otras- las siguientes etapas:

- Estructuración y contenido de los pliegos
- Apertura de Ofertas
- Convalidación de errores
- Calificación de ofertas técnicas

OBSERVACIONES

De la revisión de la información publicada en el portal y la de los pliegos del proceso, se emite las siguientes observaciones:

1.- El estado del proceso es "*Preguntas, Respuestas y Aclaraciones*".

2.- En el numeral 3.11 Causas de Rechazo, su representada establece: "*3.11.7 No presentar las certificaciones de calidad de materiales solicitados*". Al respecto, en los pliegos no se indica quien debe emitir la certificación de calidad de materiales, por tanto sírvase indicar cuál es el alcance de ésta certificación dentro de la evaluación ya que no existe razonabilidad para que sea establecido como causa de rechazo pues corresponde a la fiscalización según la normativa vigente la llamada a verificar y salvaguardar el cumplimiento de la obra.

3.- En el numeral 4.8 de los pliegos se establece una evaluación para el parámetro "*El cumplimiento de parámetros o índices financieros mínimos*", pero en la evaluación del check list "cumple o no cumple" no se definió la condición mínima o máxima para cumplir con esta etapa y posteriormente pase a la evaluación por puntaje.

Por otro lado, el punto 7 del numeral 4.8, señala que: "*Índices Financieros.- Para la calificación de los Índices Financieros los que no estén dentro de los valores indicados tienen un valor de cero*".

Guayaquil, 22 de marzo de 2012

<i>INDICE SOLVENCIA</i>	<i>>1</i>	<i>2,00</i>
<i>INDICE ESTRUCTURAL</i>	<i>>0,3</i>	<i>1,50</i>
<i>INDICE ENDEUDAMIENTO</i>	<i><1,5</i>	<i>1,50</i>
	<i>TOTAL =</i>	<i>5,00</i>

Los parámetros utilizados para la evaluación de las ofertas deben ser única y exclusivamente los necesarios y suficientes que garanticen una correcta ejecución del objeto de contratación; tomando como base esta consideración, si la Entidad establece una metodología de evaluación en la cual un oferente puede obtener una calificación de cero puntos y al encontrarse con posibilidades de ser el adjudicatario del proceso, se entendería que éste no cumple con un parámetro necesario e indispensable para la ejecución del proyecto, presentando una debilidad o una falencia que pudiera impedir una correcta ejecución del proyecto.

Por lo expuesto, y dentro de los plazos permitidos por la LOSNCP, requiero remita a este Instituto en el término de cinco (5) días, la justificación y motivación razonadas con relación a las observaciones realizadas, así como, fundamente documentadamente el presupuesto referencial y el plazo de ejecución fijados para el proceso de contratación referido, con base en los estudios definitivos y actualizados realizados para el inicio del mismo.

El segundo inciso del artículo 15 de la LOSNCP, obliga al INCOP informar a la Contraloría General del Estado y a la Procuraduría General del Estado, cada vez que conozca del cometimiento de infracciones a lo dispuesto en la Ley, este último párrafo forma parte de un formato general establecido por éste Instituto que advierte de una consecuencia legal que consta en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Atentamente,

Dr. Alvaro Ramírez Durini
DIRECTOR REGIONAL GUAYAQUIL

aj