



UNIVERSIDAD TÉCNICA PARTICULAR DE LOJA

La Universidad Católica de Loja

**TITULO DE MAGÍSTER EN DERECHO
ADMINISTRATIVO**

**“La existencia de garantías en el Sistema Nacional de Contratación Pública
para lograr su cumplimiento”**

TRABAJO DE TITULACIÓN

AUTOR: Cajas Logroño Diego Javier Abg.

DIRECTOR: Blacio Aguirre Galo Stalin PhD

CENTRO UNIVERSITARIO RIOBAMBA

AÑO 2016

APROBACIÓN DEL DIRECTOR DE TRABAJO DE TITULACIÓN

PHD

Galo Stalin Blacio Aguirre.

DOCENTE DE LA TITULACIÓN

De mi consideración:

Que el presente trabajo de titulación denominado “La existencia de garantías en el sistema nacional de Contratación Pública para lograr su cumplimiento”, realizado por Cajas Logroño Diego Javier, ha sido orientado y revisado durante su ejecución, por cuanto se aprueba la presentación del mismo.

Loja, Febrero 2016

PHD.

Galo Stalin Blacio Aguirre.

DECLARACIÓN DE AUTORIA Y CESIÓN DE DERECHO

Yo, Cajas Logroño Diego Javier declaro ser autor del presente trabajo de titulación: “La existencia de garantías en el sistema nacional de Contratación Pública para lograr su cumplimiento”. De la titulación: en Derecho Administrativo, siendo el PDH Galo Stalin Blacio Aguirre Director del presente trabajo; y eximo expresamente a la Universidad Técnica Particular de Loja y a sus representantes legales de posibles reclamos o acciones legales.

Además certifico que las ideas, conceptos, procedimientos y resultados vertidos en el presente trabajo investigativo, son de mi exclusiva responsabilidad.

Adicionalmente declaro conocer y aceptar la disposición del Art. 88 del estatuto Orgánico de la Universidad Técnica Particular de Loja, que en su parte pertinente textualmente dice: “Forman parte del patrimonio de la Universidad la propiedad intelectual de investigaciones, trabajos científicos o técnicos y tesis de grado que se realicen a través o con el apoyo financiero, académico o institucional (operativo) de la Universidad”.

Febrero del 2016

Autor: Cajas Logroño Diego Javier

Cédula: 0603228909

DEDICATORIA

Para las personas especiales que son parte de mi vida.

Que me dieron la motivación y la fuerza para iniciar y terminar esta fase, que soportaron mi presión y cansancio, que compartieron conmigo momentos llenos de sentimientos, sueños, anhelos, secretos, risas, lágrimas, y sobre todo por el profundo cariño y gran amistad.

Gracias por dedicarme tiempo para escuchar mis problemas y ayudarme a buscarles solución, sobre todo por el tiempo dedicado para sonreír y mostrarme que la vida no son botellas vacías, que día a día hay que llenarlas, que cada mañana es un nuevo comienzo y hay que vivir como si fuera el último día de la vida.

Diego

AGRADECIMIENTO

Agradezco a Dios, por condescenderme la oportunidad de despertar cada día con el deseo y afán de superación continua, por las bendiciones recibidas día a día y de esta manera llegar a ser un gran profesional.

Un agradecimiento especial a mis padres quienes han inculcado en mí valores y principios, impulsando así para ser una gran ser humano cada día.

Agradezco a mi esposa, quien con su soporte y confidencialidad ha sabido darme la fortaleza necesaria para no decaer en el camino.

A todos los docentes que sembraron sus conocimientos en esta fase estudiantil, en especial al PHD. Galo Stalin Blacio Aguirre, por su apoyo absoluto, por su sabiduría para transmitir sus conocimientos.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

| | Contenido | Pagina |
|---------|--|---------------|
| | Portada | |
| | APROBACIÓN DEL DIRECTOR DE TRABAJO DE TITULACIÓN | ii |
| | DECLARACIÓN DE AUTORIA Y CESIÓN DE DERECHO | iii |
| | DEDICATORIA | iv |
| | AGRADECIMIENTO | v |
| | ÍNDICE DE CONTENIDOS | |
| | RESUMEN | 1 |
| | ABSTRACT | 2 |
| | INTRODUCCIÓN | 5 |
| | CAPITULO I | |
| 1 | GENERALIDADES DE LA CONTRATACION PÚBLICA | 10 |
| 1.1 | Introducción | 10 |
| 1.2 | Antecedentes | 13 |
| 1.3 | Definición | 18 |
| 1.4 | Naturaleza de la Contratación Pública | 18 |
| 1.6 | Procedimiento de la Contratación Pública | 18 |
| 1.5.1 | Procedimientos Dinámicos | 19 |
| 1.5.1.1 | Compra por Catalogo | 19 |
| 1.5.1.2 | SUBASTA INVERSA ELECTRONICA | 22 |
| 1.5.2 | PROCEDIMIENTOS COMUNES | 24 |
| 1.5.2.1 | Menor Cuantía | 24 |
| 1.5.2.2 | Cotización | 26 |
| 1.5.2.3 | Ínfima Cuantía | 27 |
| 1.5.2.4 | Licitación | 29 |
| 1.5.3 | PROCEDIMIENTOS ESPECIALES | 31 |
| 1.5.3.1 | Contratación integral por precio fijo | 31 |

| | | |
|--------------------|--|----|
| 1.5.3.2 | Contratación en situaciones de emergencia | 33 |
| 1.5.4 | La adquisición de bienes inmuebles | 35 |
| 1.5.4.1 | Del arrendamiento de bienes inmuebles y muebles | 37 |
| 1.5.4.2 | CONSULTORÍA | 38 |
| 1.5.4.3 | Contratación Directa | 38 |
| 1.5.4.4 | Contratación mediante lista corta | 38 |
| 1.5.4.5 | Contratación mediante Concurso Público | 39 |
| 1.5.4.6 | Tipo de contrato en el ámbito jurídico | 39 |
| 1.5.4.7 | Clasificación de Contratos | 41 |
| 1.5.4.8 | Contrato de Derecho Público | 42 |
| 1.5.4.9 | Contratos de Derecho Privado | 43 |
| 1.5.4.10 | Contratos Públicos y Privados | 46 |
| 1.5.4.11 | Contratos Públicos | 46 |
| 1.5.4.12 | Contratos Privados | 47 |
| 1.5.5 | Contratación integral por precio fijo | 47 |
| 1.5.6 | Mixtos | 48 |
| 1.6 | Características de la contratación publica | 48 |
| CAPITULO II | | |
| 2 | GENERALIDADES DE LAS GARANTÍAS | 54 |
| 2.1 | Introducción | 54 |
| 2.2 | Antecedentes | 55 |
| 2.3 | Definición | 60 |
| 2.4 | Naturaleza de la Garantía en la Contratación Pública | 60 |
| 2.5 | Procedimiento de aplicación de la garantía | 61 |
| 2.5.1 | Obtención de la garantía de buen uso de anticipo y fiel cumplimiento en una entidad financiera u aseguradora | 62 |
| 2.5.1.1 | Garantía de buena calidad de los materiales | 63 |
| 2.5.1.2 | Oportunidad y procedimiento para la renovación de las garantías | 63 |

| | | |
|---------------------|--|----|
| 2.5.1.3 | Renovación de la garantía de buen uso del anticipo | 63 |
| 2.5.1.4 | Renovación de la garantía de fiel cumplimiento del contrato | 64 |
| 2.5.1.5 | Responsable de la renovación de las garantías | 64 |
| 2.5.1.6 | Procedimiento para ejecutar una garantía | 65 |
| 2.5.2 | Procedimiento para devolver una garantía y su relación con la recepción de las obras | 65 |
| 2.5.3 | Las recepciones y las garantías | 66 |
| 2.5.3.1 | La recepción única | 66 |
| 2.5.3.2 | La recepción provisional | 67 |
| 2.5.3.3 | Recepción definitiva | 68 |
| 2.5.3.4 | Recepción Presunta | 68 |
| 2.6 | Clasificación de las Garantía | 69 |
| 2.6.1 | Fianza instrumentada | 69 |
| 2.6.2 | Sujetos que integran la póliza de seguro | 70 |
| 2.6.3 | Contenido de la Póliza | 73 |
| 2.6.4 | Primera hipoteca de bienes raíces | 74 |
| 2.6.4.1 | Características de la hipoteca | 75 |
| 2.6.4.2 | Preferencia del acreedor hipotecario | 76 |
| 2.7 | Características de la Garantía | 78 |
| 2.7.1 | Incondicional | 79 |
| 2.7.2 | Irrevocabilidad | 79 |
| 2.7.3 | Cobro inmediato | 80 |
| CAPITULO III | | |
| 3 | LAS GARANTIAS DE LA CONTRATACION PÚBLICA EN NUESTRA LEGISLACIÓN | 83 |
| 3.1 | Sistema Nacional de Contratación Pública | 83 |
| 3.1 | Procedimientos dinámicos de la Ley de Contratación Pública | 85 |
| 3.1.1 | Compras por Catálogo Electrónico | 85 |
| 3.1.2 | Subasta inversa | 85 |

| | | |
|--------------------|---|-----|
| 3.2 | Procedimientos Comunes | 86 |
| 3.2.1 | Licitación | 86 |
| 3.2.2 | Cotización | 86 |
| 3.2.3 | Menor cuantía | 87 |
| 3.3 | Las garantías según la Ley de Contratación Pública | 88 |
| 3.3.1 | Clases de garantía en la Contratación Pública | 89 |
| 3.3.1.1. | Garantía de fiel cumplimiento | 89 |
| 3.3.1.2 | Garantía por anticipo | 91 |
| 3.3.1.3 | Garantía Técnica | 91 |
| 3.4 | Devolución de garantías | 92 |
| CAPITULO IV | | |
| 4 | Proceso de aplicación de garantías que realizan los afectados por la falta de cumplimiento en las compras públicas y aplicación de estrategias que mejoren los procesos de contratación pública | 95 |
| 4.1 | Sujetos que pueden iniciar una aplicación de Garantías en la Contratación Pública | 95 |
| 4.2 | Contratación integral por precio fijo en sus diversas modalidades | 95 |
| 4.3 | Enumeración de las causales para permitir el cobro de una Garantía | 99 |
| 4.4 | Estrategias para mejorar los procesos de Contratación Pública apegada a la norma jurídica y en base a la experiencia recopilada para evitar la ejecución de la garantía. | 101 |
| 4.4.2 | Obtención de la garantía de buen uso de anticipo y fiel cumplimiento en una entidad financiera y aseguradora | 102 |
| 4.4.2.1 | Garantía de buena calidad de los materiales | 102 |
| 4.4.2.2 | Oportunidad y procedimiento para la renovación de las garantías | 102 |
| 4.4.2.3 | Renovación de la garantía de buen uso del anticipo | 103 |
| 4.4.2.4 | Renovación de la garantía de fiel cumplimiento del contrato | 103 |
| 4.4.2.5 | Responsable de la renovación de las garantías | 103 |
| 4.4.2.3 | Procedimiento para ejecutar una garantía | 104 |
| 4.4.3 | Procedimiento para devolver una garantía y su relación con la recepción de las obras | 105 |

| | | |
|---------|---------------------------------|-----|
| 4.4.3.1 | Las recepciones y las garantías | 105 |
| 4.4.3.2 | La recepción única | 105 |
| 4.4.3.3 | La recepción provisional | 105 |
| 4.4.3.4 | Recepción definitiva | 106 |
| 4.4.3.5 | Recepción Presunta | 106 |
| 4.5 | Proceso de cobro de la Garantía | 107 |
| | CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES | 110 |
| | RECOMENDACIONES | 111 |
| | BIBLIOGRAFÍA | 112 |
| | WEBGRAFIA | 113 |

RESUMEN

La contratación pública desde hace mucho tiempo alrededor del mundo ha sido considerada como la actividad más vulnerable del gobierno, al estar inserta dentro del sector público y privado se ha considerado de que en un momento determinado sea susceptible de corrupción, cuando en múltiples ocasiones alguno de los dos sectores que intervienen en este proceso distrae los fondos públicos que por esencia pertenecen a todos los ciudadanos; en beneficio de una persona o varias personas que se benefician de un rédito económico que no es fruto de su trabajo si no de alguna argucia técnica, administrativa, legal, económica o financiera.

Habrá que determinar que la garantía no es más que un contrato accesorio que se constituye mediante una variada gama de obligaciones y contratos: el seguro, la fianza, la prenda, los títulos de crédito, la hipoteca, el depósito, etc., cada uno de los cuales considerado independientemente de su accesorialidad; tiene una fisonomía propia, muy diferente de aquella pero cuyo objetivo siempre será determinar el cumplimiento de un acuerdo preestablecida entre el estado y la persona natural y-o jurídica que provee del bien y/o servicio requerido.

PALABRAS CLAVES: generalidades de la contratación pública, generalidades de las garantías, subasta inversa, menor cuantía, cotización, lista corta, garantía de buen uso de anticipo y fiel cumplimiento.

ABSTRACT

Public procurement has long around the world has been considered the most vulnerable government activity , to be inserted within the public and private sector has been considered that at a given time is susceptible to corruption , many times when any of the two sectors involved in this process diverts public funds that essentially belong to all citizens; the benefit of a person or persons who benefit from an economic revenue that is not the result of their work if not a technical , administrative , legal, economic or financial chicanery .

We will have to determine that the guarantee is only an accessory contract is constituted by a range of obligations and contracts: insurance, bond, pledge, the credits, mortgage, deposit, etc., each which considered regardless of accesorialidad; It has a very different from that but always aimed at determining compliance with a predetermined agreement between the state and I legal natural person who provides good and / or service required its own physiognomy.

KEYWORDS: general public procurement, general guarantees, reverse auction, minor, quote, short list, guarantee good use of advance and faithful implementation .

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo investigativo se ha basado principalmente en el estudio pormenorizado de la relevancia que tiene en la actualidad los procesos de contratación pública así como las garantías que se presentan en cada uno de los contratos realizados entre la entidad del sector público y los proveedores, destacándose que juegan un papel muy trascendental en la seguridad de los fondos del estado, al momento de ser contratado un tercero, previo la suscripción del contrato. Las garantías poseen una gran importancia, en aquellas entidades públicas que por la naturaleza de sus actividades realizan diferentes tipos de contrataciones ya sea para adquisición de bienes y servicios, arrendamiento de bienes muebles o inmuebles, ejecución de obras, prestación de servicios incluidos los de consultorías, de manera directa, concurriendo en una interacción permanente con los procesos de contratación.

En la vida diaria a través de los medios de comunicación se ha podido evidenciar que la obra pública, en gran número no es concluida por los proveedores; y para las entidades públicas se les ha hecho imposible tomar gestiones correctivas, debido a la falta de control en el tiempo de validez de las garantías y por ende en el tiempo de ejecución de éstas.

Para el presente estudio se tomó en consideración el Procedimiento que mantiene la Secretaria del Agua –Demarcación Hidrográfica de Pastaza, para la aplicación de las garantías y la forma de cobro de las mismas a los contratistas en el caso de incumplir con la causales de los contratos.

Concluyéndose en el presente trabajo, se ha podido evidenciar la falta de control en la vigencia de la garantías, por parte de la Tesorería; la poca coordinación entre los departamentos de Contabilidad, Adquisiciones, Bodega, Administradores de contrato y la falta de responsabilidades a los servidores públicos encargados de la custodia de éstas.

Para lo cual con la presente investigación se cree conveniente, que es necesaria la implementación de una matriz sistematizada y en la que se pueda controlar la vigencia de las garantías con lo que se podrá reducir la caducidad de éstas, para lo cual se sugirió la aplicación de una matriz en Excel que permitirá controlar la vigencia de las garantías en la Secretaria del Agua – Demarcación Hidrográfica de Pastaza, pudiendo esta poder implantarse como un software a través del avance tecnológico pudiendo esta implementarse en las entidades del sector público.

Antes de entrar analizar lo referente a la Contratación Pública, quiero referirme a conceptos y caracteres de lo que es la ley, según Carlos Mouchet y Ricardo Zorraquin Becu en su libro

llamado Introducción al Derecho de la Editorial Perrot Buenos Aires *“la palabra ley se utiliza desde el punto de vista científico, en diversos sentidos que conviene recordar: o bien se refiere a las leyes naturales, propias del mundo físico o bien las reglas imperativas que regulan la actividad del hombre, y así se habla de las leyes morales, de las leyes del arte o de las leyes del derecho”*.

La ley como fuente del derecho, ha ido adquiriendo un predominio creciente en las épocas modernas y contemporáneas. Han contribuido a esta primacía el auge de las doctrinas racionalistas y al intervencionismo cada vez mayor del estado, produciéndose así un marcado desarrollo de la legislación y un correlativo proceso de las otras fuentes del derecho.

El Estado se encuentra en un proceso de modernización y transformación con la finalidad de buscar la eficiencia de las entidades y empresas públicas y por lo tanto están sujetas a todas estas transformaciones.

En América Latina se está viviendo procesos de cambios por lo tanto están cambiando el concepto de Estado, algunos están generando procesos para diseñar nuevas constituciones que estén acorde con el nuevo desarrollo generados por los procesos de globalización.

Desde que en el País comenzó el auge del petróleo, el Estado tuvo que tomar nuevas medidas y precauciones, como son los aspectos legales, de control, transparencia, etc., para de esta manera pedir cuentas a los administradores de la riqueza del país, de los dineros que son administrados por el sector público, especialmente en la inversión de la obra pública, controlar que los mecanismos a aplicarse sean los más correctos, idóneos para evitar que los recursos asignados para la obras sean desviados en otros compromisos.

Unas de las leyes que se constituyó en el marco legal del proceso de modernización de la economía del estado fue la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos, publicadas en el registro oficial 349 del 31 de Diciembre de 1993.

El propósito que la ley determina es regular la racionalización y eficiencia administrativa del estado.

Una de las primeras leyes expedidas fue mediante “Decreto Supremo No. 128 de 30 de enero de 1974, se publicó en el Registro Oficial No. 896 de 4 de febrero de 1974, denominada Ley de Licitaciones y Concursos de Ofertas, la misma que fue derogada

mediante Decreto No. 679, se publicó en el Registro Oficial No. 159 del 27 de agosto de 1976, la Ley de Licitaciones y Concurso de Ofertas. ⁽¹⁾

Mediante Ley s/n se publicó la Ley de Contratación Pública, publicada en el “Registro Oficial No. 501 de 16 de Agosto de 1990”, ⁽²⁾ se expidió la denominada Ley de Contratación Pública.

Que mediante Registro Oficial No. 272, del 22 de Febrero del 2001, se expidió la Codificación de la Ley de Contratación Pública y mediante Decreto Ejecutivo No. 2822, se expide el Reglamento Sustitutivo del Reglamento General de la Ley de Contratación Pública, publicada en el “Registro Oficial No. 622, de 19 de Julio del 2002”.¹

La Ley de Contratación Pública por ser una Ley que rige nuestra contratación, merece que sea revisada, analizada para lograr su eficacia y eficiencia, a través de las búsqueda de estrategias alternativas que se requieren para que las entidades del sector público puedan contar con un proceso operativo en las contrataciones públicas que se realicen.

El objeto de la Ley de Contratación Pública de acuerdo a la Constitución Política, que es el cuerpo jurídico de mayor jerarquía, determina que se sujetaran a las disposiciones de la Ley de Contratación Pública del Estado las entidades del sector público determinadas en el Art. 118 de la Constitución Política, que contraten la ejecución de obras, la adquisición de bienes, así como la prestación de servicios no regulados por la ley de consultoría.

En nuestro ordenamiento jurídico nacional, el contrato administrativo observa diversos ámbitos legales que rigurosamente deber ser observados para la plena validez de los mismos.

A partir de la Codificación de la Ley de Contratación Pública, el Estado ha buscado la manera de ejecutar la participación democrática referente al manejo de los fondos del estado, además se ha implementado la estrategia de rendición de cuentas a las que están obligados los servidores públicos de las diferentes entidades públicas, así como efectivizar el Principio de Publicidad de cada uno de los contratos y actos por lo que se ha expedido diversas leyes concordantes con el objetivo de dar mayor transparencia a la contratación

1 “Registro Oficial No. 159.- Año 1976.- Ley de Licitaciones y Concurso de Ofertas”.

2“Registro Oficial No. 501.- Año 1990.- Ley de Contratación Pública”.

3“Registro Oficial No. 622.-Año 2002.- Reglamento Sustitutivo del Reglamento General de la Ley de Contratación”.

pública, entre las que tenemos la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, publicada en el “Registro Oficial No. 337, del 18 de mayo del 2004”.

El Reglamento General de la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la información Pública, publicada en el “Registro Oficial No. 507, del 19 de enero del 2005”, ⁽⁵⁾ la Ley Anticorrupción, publicada Así como el Decreto Ejecutivo No. 122, publicada en el “Registro Oficial No. 25, de 19 de febrero del 2003”, ⁽⁶⁾ se instituyó como política de Estado, el Sistema Anticorrupción del Ecuador el proyecto de Información de Contrataciones Públicas “Contratanet”. Otras de las medidas, es la políticas básicas ambientales del Ecuador, a la que deben someterse todas las compañías extranjeras y nacionales, subsidiarias de compañías transnacionales y nacionales en general, publicada en el “Registro Oficial No. 456, del 7 de junio de 1994”. ⁽⁷⁾

Así mismo de acuerdo con al Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, se encuentra establecidos los principios del ² procedimiento administrativo, para garantizar no solo el cumplimiento de las finalidades administrativas, sino la prestación adecuada, eficaz y oportuna del servicio público, entre los principios fundamentales encontramos al principio de protección jurídica, principio de celeridad y oportunidad, principio de igualdad del administrado, principio de imparcialidad, principio in dubio pro actione, principio de publicidad, entre otros.

“El contrato público se lo conoce como derecho administrativo, que es una rama del ordenamiento jurídico nacional y parte del derecho público que procura normar la actividad estatal, de los organismos públicos entre si y de estos para con los ciudadanos, a través de una correcta administración pública.

El Estado tiene como finalidad suprema la consecución del bien común y la concreción de una serie de actos y procedimientos basados en normas legales y constitucionales a las que deben someterse para garantizar el ejercicio del poder y el imperio de la legalidad”. ⁽⁸⁾, (Registro Oficial No. 456.-Año 1994).

4 “Registro Oficial No.337.-Año 2004.-Reglamento General Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública”.

5 “Registro Oficial No. 507.-Año2005.- Ley Anticorrupción ”

6 “Registro Oficial No. 25.- Año 2003.-Sistema Anticorrupción el Ecuador”.

7 “Registro Oficial No. 456.-Año 1994.-Políticas Básicas Ambientales del Ecuador”.

CAPITULO I

1. Generalidades de la contratación pública

1.1 Introducción

Se discute en el Ecuador las denominaciones posibles de los contratos que celebra el Estado con los particulares y entre instituciones públicas. Se han utilizado diferentes denominaciones además de “contratación pública”, que es la que utiliza la vigente “Ley Orgánica del sistema Nacional de Contratación Pública” (LOSNCP) que norma los procedimientos para cierto tipos de contratos estatales³.

Sin duda alguna que nuestro País, en materia de Contratación Pública estaba regido por una legislación obsoleta, que no respondía a la realidad contemporánea y que se prestaba para prácticas oscuras y desleales, en donde la corrupción imperaba a todos los niveles, lo que motivaba que muchos contratistas pierdan interés en participar en los procesos de contratación debido a la manipulación y chantaje a los eran sometidos.

Estas prácticas, causaban grandes perjuicios al Estado y consecuentemente a la mayoría de ciudadanos, por eso con acierto, La Asamblea Nacional crea y aprueba la nueva Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que sepulta las viejas prácticas y establece como principios de la Contratación Pública, la publicidad, la transparencia, la igualdad, la eficiencia, entre otras, desterrando así las prácticas viciosas que imperaban en la antigua Contratación Estatal.

La innovación más importante de esta nueva Ley, es que establece el uso de procedimientos electrónicos, hecho que no solamente moderniza la Contratación Administrativa, si no que se adapta a la realidad de la sociedad moderna y al sistema de globalización y la eliminación de barreras comerciales, lo que promueve y facilita la participación de más contratistas mejora los procesos y fomenta la eficiencia y económica del Estado⁴.

En el Ecuador, antes de la expedición de la Ley Orgánica de Contratación Pública se basaba en la Ley de consultoría. Adicional a estos más de esta normativa se suma la diferentes Reglamentos Internos de contratación que las Instituciones contratantes establecían con fin el fin de normar las contrataciones en cada entidad según las diferentes conveniencias, reglamentos que no tenían ningún requisito previo, generando así que cada

³ Derecho Administrativo.-Efraín Pérez.-año 2009.-Tomo II.- página 741

⁴ Tratado de Contratación Pública.-William López Arévalo.-Edición 2011.-página33,34

uno de los contratantes manejaran los trámites de contratación de forma distinta, perjudicando las actividades de los organismos de control y la participación de los ciudadanos a través de las veedurías.

No se programaba un Plan Anual de contrataciones, en que ya se planificaba las contrataciones necesarias tanto de bienes, servicios, obras, consultorías para la entidad, con el tiempo de cumplimiento durante el año fiscal así como el presupuesto determinados el destino de los fondos públicos.

No se mantenía un Registro Único de Proveedores, a nivel nacional, registro del cual se podía tomar al azar al cualquier ciudadano a nivel nacional, atentando así al principio de igualdad de todos los ciudadanos ecuatorianos, así como la oportunidad de participación especialmente de las micros, pequeñas y medianas empresas. Pues esto ha contravenido para que cada proceso de contratación se direcciona a las amistades de los servidores públicos encargados de las contrataciones de cada entidad.

No se consideraba la exigencia de la Desagregación Tecnológica a fin de fomentar la participación de la mano de obra e industria nacional

La tecnología estaba de lado, pues no existía un sistema que valide cada proceso de contratación, y se evidencie el principio de publicidad y transparencia puesto que las invitaciones a los diferentes concursos se las efectuaba de manera física, y en el mejor de los casos se realizaba publicaciones en los diarios locales, incurriéndose en gastos para las Entidades Contratantes porque tenían la obligación de efectuar las publicaciones por la prensa escrita en los distintos diarios a nivel nacional; y, en tanto los proveedores, estaban en la obligación de cancelar un valor por concepto de costo de levantamiento de Términos de Referencia, con la finalidad de poder presentar sus ofertas y poder participar en el proceso de contratación. Otro de los requisitos era la presentación de la oferta juntamente con la garantía, hecho este que conllevaba al participante a incurrir en gastos innecesarios debido a que no tenía la seguridad ganar la oferta.

La “Ley de Licitaciones y Concurso de Ofertas” de 1974 ya se refería a una “Ley de Contratación Pública”, la cual finalmente se expidió en 1990, que, con varias reformas, se encontraba vigente como “Codificación de la Ley de Contratación Pública (2001)”, hasta

agosto del 2008 en que se expiden la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento General ⁵

En el año 2008 se expide la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, normativa que revolucionó el procedimiento de la contratación pública en nuestro país, estableciendo en su Art. 1 como objetivo y ámbito los principios y normas para regular los procedimientos de contratación para la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultoría, que realicen: “1. Los Organismos y dependencias de las Funciones del Estado; 2. Los Organismos Electorales; 3. Los Organismos de Control y Regulación; 4. Las entidades que integran el Régimen Seccional Autónomo; 5. Los Organismos y entidades creados por la Constitución o la Ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado; 6. Las personas jurídicas creadas por acto legislativo seccional para la prestación de servicios públicos; 7. Las corporaciones, fundaciones o sociedades civiles en cualquiera de los siguientes casos: a) estén integradas o se conformen mayoritariamente con cualquiera de los organismos y entidades señaladas en los números 1 al 6 de este artículo o, en general por instituciones del Estado; o, b) que posean o administren bienes, fondos, títulos, acciones, participaciones, activos, rentas, utilidades, excedentes, subvenciones y todos los derechos que pertenecen al Estado y a sus instituciones, sea cual fuere la fuente de la que procedan, inclusive los provenientes de préstamos, donaciones y entregas que, a cualquier otro título se realicen a favor del Estado o de sus instituciones; siempre que su capital o los recursos que se le asignen, esté integrado en el cincuenta (50%) por ciento o más con participación estatal; y en general toda contratación en que se utilice, en cada caso, recursos públicos en más del cincuenta (50%) por ciento del costo del respectivo contrato; 8. Las compañías mercantiles cualquiera hubiere sido o fuere su origen, creación o constitución que posean o administren bienes, fondos, títulos, acciones, participaciones, activos, rentas, utilidades, excedentes, subvenciones y todos los derechos que pertenecen al Estado y a sus instituciones, sea cual fuere la fuente de la que procedan, inclusive los provenientes de préstamos, donaciones y entregas que, a cualquier otro título se realicen a favor del Estado o de sus instituciones; siempre que su capital, patrimonio o los recursos que se le asignen, esté integrado en el cincuenta (50%) por ciento o más con participación estatal; y en general toda contratación en que se utilice, en cada caso, recursos públicos en más del cincuenta (50%) por ciento del costo del respectivo contrato. Se exceptúan las personas jurídicas a las

⁵ Derecho Administrativo.-Efraín Pérez.-año 2009.-Tomo II.- página 741

que se refiere el numeral 8 del artículo 2 de esta Ley, que se someterán al régimen establecido en esa norma" (Ley Organica del Sistema Nacional de Contratación Pública).

1.2 Antecedentes

Las más antiguas disposiciones legales sobre contratación pública del Ecuador se remontan a la Ley de Hacienda en el siglo XIX, hasta mediados del siglo XX, en que se promulga la Ley de Licitaciones y concurso de Ofertas, a lo que se aludió en la primera parte de esta obra. Desde entonces la Ley de Licitaciones y Posteriormente la Ley de contratación Pública, ha sufrido modificaciones que no alteran sus lineamientos generales, no obstante la introducción 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 90, diferentes instituciones públicas han trabajado en proyectos de una nueva ley lo que se prolongó prácticamente hasta nuestros días sin que ninguno de ellos haya sido promulgado como una Ley, pero con influencias indudables en la LOSNCP⁶.

La contratación pública tiene su origen en el naciente Estado ecuatoriano de 1830, no obstante su avance paulatino se desarrolló con la primera Ley de Licitaciones de 1964, sin embargo, es en 1990 donde se hace mención disponer de un instrumento legal que regule adecuadamente los diversos aspectos de la Contratación Pública para solucionar las dudas y vacíos de leyes anteriores, esta fue la denominada Ley de Contratación Pública, la misma que fue reformada en el 2003 y derogada en agosto de 2008, para ser sustituida por la nueva Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.⁷

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, expedida en el Registro Oficial Nro. 395 de 4 de agosto de dos mil ocho, constituye la base del Sistema Nacional de Contratación Pública, integrado por un cuerpo normativo y una entidad reguladora.

El Presidente de la República expidió el Reglamento General de la LOSNCP mediante Decreto Ejecutivo No. 1248, publicado en el Suplemento del R.O. 399, de 8 de agosto de 2008, reformado por Decreto Ejecutivo No. 1700, publicado en el Registro Oficial 588 de 12 de mayo de 2009.

⁶ Derecho Administrativo.-Efraín Pérez.-tomo II .- pagina 742.- año 2009

⁷ Ley Orgánica de Sistema nacional de Contratación Pública

Por disposición de la Ley y el Reglamento General, se dispone que el SERCOP sea el Órgano Rector del Sistema Nacional de Contratación Pública con capacidad normativa para ejercer sus atribuciones; instancia que propone un cambio de concepto de corte radical, en cuanto al régimen de compras públicas.

Las nuevas tendencias y propuestas de reformas para la Contratación Pública ecuatoriana, tuvieron sus influencias principalmente, en el nuevo Derecho Administrativo europeo, así mismo de la influencia normativa del *Common Law* (Derecho común Sajón) y de la contratación pública internacional, cuyo ejemplo más patente es la introducción del arbitraje nacional e internacional, para resolver las discrepancias contractuales, a pesar de que el arbitraje es una figura muy antigua en nuestro sistema legal. Estos desarrollos se producen como consecuencia de la unificación de criterios mundiales respecto a procedimientos dentro de las etapas contractuales y precontractuales. Así, se puede apreciar que en muchos de los casos de contratación de gran envergadura, sea pública o privada; nacional o internacional, los procedimientos utilizados a lo largo del proceso precontractual y contractual, así como la forma de determinación de contratistas idóneos, resultan semejantes en la mayor parte del mundo⁸.

Este sistema trae consigo nuevas reformas como es el uso de procedimientos electrónicos y herramientas, los principios, normas, mecanismos, hechos que no solamente modernizan la contratación administrativa, sino que se adaptan a la sociedad moderna, al sistema de globalización, temas que si bien dan un avance, pero no es lo suficiente, ya que existen incongruencias, tanto en la Ley como en su Reglamento de Contratación Pública, que necesitan ser analizadas, para buscar soluciones, que ayuden a mejorar y tener una norma eficaz, eficiente, que permita cumplir con el fin que tiene la Administración Pública como es satisfacer las necesidades colectivas e institucionales y así evitar falencias, que pueden afectar a las partes contratantes, y que se profundice en su tratamiento, análisis, en su búsqueda de su mejoramiento.

Como nos podemos dar cuenta la contratación pública en el Ecuador ha evolucionado vertiginosamente desde la promulgación de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública publicada en el R O 395 del 4 de agosto del 2008. La evolución está en el área jurídica y en el área técnica.

⁸ Derecho Administrativo.-Efraín Pérez.-tomo II .- pagina 743.- año 2009

En la jurídica, la ley reguladora se transformó ascendiendo su categoría de ley general u ordinaria (derogada Codificación de la Ley de Contratación Pública del 21 de febrero del 2001) a ley orgánica; y, tratando a la contratación pública ya no como una situación jurídica específica de la administración del Estado, sino como un sistema, es decir, una dinámica de procedimientos de amplia variedad, aplicados a cada una de las múltiples situaciones contractuales, que deben manipularse a través de la electrónica vigente a nivel mundial.

En la técnica, la Ley ha creado una institución exclusiva para dirigir, elaborar políticas, ejecutarlas y controlar todo el sistema de la contratación públicas: el Instituto Nacional de Contratación Pública (sus siglas INCOP), ahora Servicio Ecuatoriano de Contratación Pública (SERCOP) realizando el control previo a la celebración del contrato y quitándole esta tarea a la Contraloría General del Estado y a la Procuraduría General del Estado, por lo que la Ley sólo les ha dejado la facultad del control posterior a la celebración del contrato, lo cual ha producido comentarios negativos por parte de algunas autoridades públicas y de proveedores y juristas.

Para su ejecución de políticas y control previo, el SERCOP está auxiliado por dos herramientas técnicas: el Registro Único de Proveedores, con sus siglas RUP y el portal COMPRAPUBLICAS cuya página electrónica es www.compraspublicas.gob.ec. (Art. 21 de la Ley y Sección III del Capítulo II del Título II del Reglamento).

LA HERRAMIENTA RUP.- En términos generales, el RUP contiene precios de bienes y servicios que la administración Pública compra y contrata regularmente, para hacerlos fácilmente identificables y que se puedan constatar, para lo cual los catalogan electrónicamente. Allí si encuentra también información sobre los proveedores y los precios a los cuales ellos ofrecen esos bienes y servicios. Esta información es la que reposa en el Registro Único de Proveedores.

Visto desde esta perspectiva, el RUP constituye una herramienta de consulta que permite averiguar por los bienes ofrecidos a la Administración Pública estableciendo los mejores precios del mercado, quienes lo ofrecen y en donde se ofrecen.

Uno de los requisitos fundamentales que debe cumplir una persona natural o jurídica para participar en cualquier procedimiento de contratación, es que se hallen inscritos en el RUP donde deberá constar como proveedor habilitado.

Las entidades contratantes están prohibidas de llevar registros adicionales al RUP, e igualmente no podrán exigir a sus oferentes o proveedores documentos que ya fueron solicitados para la obtención del RUP.

La información que contiene el RUP es pública, gratuita y deberá publicarse obligatoriamente en el portal COMPRAS PÚBLICAS para que esté disponible a cualquier persona que quiera acceder a ella.

Finalmente cabe destacar que serán exclusivamente los proveedores los responsables de la veracidad exactitud y actualidad de la información entregada para la obtención del RUP y deberán informar al INCP sobre cualquier cambio o modificación en los plazos que señala el reglamento⁹.

El Registro Único de Proveedores es un instrumento de gran ayuda para el SERCOP. La Ley lo creó para ser fuente de información oficial de los proveedores a ser contratistas de la administración pública y, a la vez, es un instrumento que los habilita para tener tal calidad, de tal suerte que nadie que no esté registrado podrá ser oferente o proponente en un procedimiento precontractual y menos será un contratista, salvo el caso de procedimiento precontractual de menor cuantía, no obstante, la ley exige que una vez que se le adjudique el contrato, el proveedor no inscrito deberá obtener el RUP antes de celebrarlo (Art. 18 de la Ley).

El RUP se suspende al proveedor cuando éste cae en cualquiera de las tres situaciones prescritas en el artículo 19 de la Ley: uno, por haber sido contratista incumplido o adjudicatario fallido; dos, por no actualizar la información requerida por el SERCOP; y, tres, por haber sido declarado inhabilitado.

La Herramienta Portal.- Es un sistema electrónico que contiene y permite la consulta de toda la información sobre los procesos contractuales de la administración pública. Es el sistema electrónico que permite hacer seguimiento en todas las etapas inherentes al proceso de contratación, desde la fase de formación del contrato y selección del proponente hasta la ejecución total del mismo incluido la etapa pos contractual.

El principal objetivo del portal es promover la transparencia, eficiencia, y uso de tecnologías en la publicación por internet de las adquisiciones públicas para el beneficio de empresarios,

⁹ Tratado de Contratación Pública.-William López Arévalo.-Edición 2011.-página 45

organismos públicos y de la ciudadanía en general así como mejorar las formas de acceso a la información respecto de lo que compra y contrata el estado, con el consiguiente impacto económico que ello genera en la pequeña, mediana y grande empresa, en los niveles locales e internacionales¹⁰.

Antes de la vigencia de la LOSNCP, la convocatoria a un procedimiento precontractual se publicaba por la prensa. Con el portal electrónico COMPRASPUBLICAS se produjo la revolución publicitaria y de comunicación constante entre entidad convocante y concursantes hasta la adjudicación del contrato, colocando a nuestro país en el siglo XXI en cuanto a contratación pública se refiere.

Como se puede apreciar, las dos herramientas que tiene el sistema de contratación pública en el Ecuador, y con los cuales cuenta el SERCOP, colocan a nuestro país en un lugar competitivo en el mundo para celebrar contratos dentro y fuera del país, pues, ellas han unificado todos los procedimientos precontractuales en el camino de la informática y del control efectivo por su constante actualización de datos de los proveedores.

Este sistema beneficia a todas entidades públicas del Estado, a los proveedores de bienes, servicios y obras de las Entidades Estatales y fundamentalmente a los ciudadanos.

A través del Portal, cualquier persona, empresa u organismo, dentro o fuera del territorio nacional, puede acceder gratuitamente a la información sobre la demanda de los bienes y servicios por parte del Estado y obtener los documentos básicos de estos procesos de contratación en todas sus etapas.

Adicionalmente, mediante este Portal las Entidades Estatales tienen acceso a la información y mecanismos para la capacitación en línea de todos los actores del Sistema Nacional de Contratación Pública y será el único medio empleado para realizar todo procedimiento electrónico relacionado con un proceso de contratación pública conforme a la ley¹¹.

¹⁰ Tratado de Contratación Pública.-William López Arévalo.-Edición 2011.-página 53

¹¹ Tratado de Contratación Pública.-William López Arévalo.-Edición 2011.-página 55

1.3 Definición

Según la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, “*se refiere a todo procedimiento concerniente a la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras públicas o prestación de servicios, incluidos los de consultoría. Se entenderá que cuando el contrato implique la fabricación, manufactura o producción de bienes muebles, el procedimiento será de adquisición de bienes a los de arrendamiento mercantil con opción a compra*”.¹²

Para mi opinión los contratos públicos, son el acuerdo de voluntades entre dos partes, un ente público y una persona natural o jurídica, con derechos y obligaciones, a través de la cual se adquiere un bien, se ejecuta una obra o se presta un servicio, incluido actualmente los de consultoría, y para entender mejor, definiré a cada uno de ellos.

1.4 Naturaleza de la Contratación Pública

La Ley de Contratación Pública, tiene el carácter de Orgánica, con esta calificación se entiende prevalecería sobre leyes de menor jerarquía, e, incluso sobre las leyes de los organismos de control, es decir que constitucionalmente está aprobada para regular en materia de Contratación del Estado.

Teniendo como ventaja la facilidad de estar concentrada en una sola ley las diferentes normativas que existían antes de su expedición.

1.5 Procedimiento de la Contratación Pública

El estado como cualquier contratante, tiene el derecho legítimo de obtener de los particulares las mejores condiciones en su contratación, las más económicas, las más eficientes, las que cumplen los requisitos y especificaciones técnicas y las que ofrezcan mayor garantías de seriedad para su realización.

Los procesos de selección, son procedimientos públicos por los cuales se realizan los Contratos Administrativos, procesos en los cuales puedan participar cualquier persona que cumplan las bases y los requisitos exigidos por la ley; además, quien pretende contratar con el estado deberá hallarse inscrito en el Registro Único de Proveedores (RUP) y no estar

¹² Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación del Estado, Art. 6, numeral 5.

incluido como contratista inhabilitado para contratar o estar afectado para alguna causa inhabilitación general o especial.

Son diversos los tipos de proceso de selección que existen, dependiendo del tipo de bien o servicio contratar, la obra a ejecutar, así como también del monto (presupuesto referencial) del contrato¹³.

A través de los distintos procedimientos que nos permite aplicar la LOSNCP y su Reglamento, a las diversas entidades públicas que establece el artículo 1 de esta ley, debo manifestar que es necesario realizar un análisis de algunas de ellas que tienen falencias o son incongruentes con la Ley y de esta manera, dar solución a las mismas para que puedan ser aplicadas en forma transparente, correcta.

Para lo cual me he permitido analizar los procedimientos dinámicos, comunes, especiales y los de régimen especial.

1.5.1 Procedimientos Dinámicos

1.5.1.1 Compra por Catálogo

Es un procedimiento de contratación electrónica, producto del convenio marco suscrito entre el Instituto Ecuatoriano de Contratación Pública y los proveedores seleccionados, mediante el cual las Entidades Estatales pueden contratar directamente y sin límite de montos, los bienes y servicios normalizados que requieran y que consten en el catálogo electrónico.

El catálogo de bienes y servicios, son códigos únicos y uniformes que identifican y buscan estandarizar los productos que forman parte de la totalidad de bienes que pueden contratar las Entidades Públicas.

Este procedimiento o forma de contratación, será obligatoria cuando el objeto de la misma se refiera a “bienes y servicios normalizados”, y solo cuando esos bienes y servicios normalizados no se encuentren en el catálogo electrónico¹⁴.

“Art. 6.- Definiciones.1.Catálogo Electrónico: Registro de bienes y servicios normalizados publicados en el portal www.compraspublicas.gob.ec para su contratación directa como resultante de la aplicación de convenios marco.”

¹³ Tratado de Contratación Pública.-William López Arévalo.-Edición 2011.-página 254

¹⁴ Tratado de Contratación Pública.-William López Arévalo.-Edición 2011.-página 259

Los bienes y servicios normalizados son aquellos cuyas características o especificaciones técnicas han sido estandarizadas u homologadas por la entidad contratante; y en consecuencia, dichas características o especificaciones son homogéneas y comparables en igualdad de condiciones.

La responsabilidad de la estandarización de los bienes y servicios le corresponde a la entidad contratante, la que para el efecto, observará, de existir, la reglamentación técnica o normativa técnica nacional o internacional aplicable al bien o servicio objeto del procedimiento (Baldeón Barriga, Baldeón B, & Aguilar H., 2009, p. 39, 40).

Los adjudicatarios quedarán obligados a proveer bienes y servicios normalizados de conformidad con las condiciones de plazo, precio, calidad, lugar de entrega y garantía establecidas para el período de duración del Convenio Marco. No obstante, los adjudicatarios podrán mejorar las condiciones establecidas, siguiendo el procedimiento que para el efecto se haya previsto en el Convenio Marco.

Esta modalidad se sustenta en los contratos denominados “Convenios Marco”.

“Artículo 43.- Convenio Marco.- El Instituto Nacional de Contratación Pública efectuará periódicamente procesos de selección de proveedores con quienes se celebraran Convenios Marco en virtud de los cuales se ofertaran en el catálogo electrónico bienes y servicios normalizados a fin de que estos sean adquiridos o contratados de manera directa por las Entidades Contratantes sobre la base de parámetros objetivos establecidos en la normativa que para el efecto dicte el Instituto Nacional de Contratación Pública”¹⁵.

El INCP tiene una participación directa en esta modalidad contractual, según la cual el Instituto “seleccionada por los proveedores cuyos bienes y servicios serán ofertados en el catálogo electrónico”. Las entidades contratantes están en las condiciones de proceder a la adquisición directa “en la forma plazo y demás condiciones establecidas” en el convenio marco sin más trámite¹⁶.

Los contratos que por su naturaleza o expreso mandato de la Ley lo requieran se formalizarán en escritura pública dentro del término de quince (15) días desde la notificación de la adjudicación. Los contratos cuya cuantía sea igual o superior a la base prevista para la

¹⁵ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública

¹⁶ Manual de Contratos del Estado.- Antonio Pérez y Efraín Pérez.- año 2008.- página 91

licitación se protocolizarán ante Notario Público. Los gastos derivados del otorgamiento del contrato son de cuenta del contratista.

Las contrataciones que se realicen por el sistema de catálogo se formalizarán con la orden de compra y el acta de entrega.

Para incentivar la mayor participación de proveedores de los sectores de micro, pequeñas y medianas empresas MIPYIMES, se entenderán por tales, aquellas que cumplan los parámetros establecidos de conformidad con el artículo 53 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones.

El SERCOP establecerá criterios de preferencia a favor de las MIPYIMES, a través de alguno de los siguientes mecanismos:

1. Márgenes de preferencia sobre las ofertas de otros proveedores;
2. Criterios para contratación preferente establecidos en el artículo 52 de la Ley;
3. Siempre que, luego de las evaluaciones de ofertas, exista la posibilidad de adjudicar a una MIPYME y a otro proveedor que no tenga esta calidad, se preferirá a aquella;
4. Posibilidad de que las MIPYIMES mejoren su propuesta para que puedan igualar o superar la oferta de otros proveedores, luego de la evaluación de ofertas.
5. Inclusión, en el catálogo electrónico, de bienes o servicios provenientes de MIPYIMES, artesanos o actores de la economía popular y solidaria para que sean adquiridos preferentemente por las entidades contratantes. El procedimiento de selección a emplearse por parte del INCOP para esta catalogación será la feria inclusiva.

Las preferencias para las micro, pequeñas y medianas empresas se aplicarán en función de que su oferta se catalogue como de origen nacional, por el componente nacional que empleen, de tal manera que no se otorgarán estos beneficios a meros intermediarios los beneficiarios a favor de las MIPYIMES se harán extensivos a actores de la economía popular y solidaria, de conformidad con la ley.

Para la inclusión en el catálogo electrónico de los bienes y servicios normalizados, la LOSNCP realizará procesos de selección que permitan celebrar convenios marcos, observando el procedimiento que se establezca en los pliegos.

Las contrataciones por catálogo electrónico de bienes y servicios normalizados, que realicen las Entidades Contratantes, observarán el procedimiento señalado por la LOSNCP:

La orden de adquisición electrónica emitida por la Entidad Contratante se sujetará a las condiciones contractuales previstas en el Convenio Marco; y, de ser el caso a las mejoras obtenidas por la entidad contratante.

De conformidad con lo previsto en el inciso segundo del artículo 69 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, indica que las contrataciones que se realicen por el sistema de catálogo se formalizarán con la orden de compra y el acta de entrega.

Una vez recibidos los bienes o servicios contratados, se suscribirá el acta de entrega recepción correspondiente con la verificación de correspondencia con las especificaciones previstas en el catálogo

1.5.1.2 Subasta Inversa Electrónica

En términos generales, la subasta es una venta pública de bienes que se hace al mejor postor con la intervención de alguna autoridad.

La Subasta inversa, es un proceso de selección, mediante el cual las Entidades Estatales, pueden contratar los bienes y servicios normalizados que requieran, pero que no consten en el catálogo electrónico, mediante subasta inversa pública, o por medios electrónicos a través del portal COMPRASPUBLICAS, en las cuales los proveedores de dichos bienes y servicios pujan hacia la baja del precio ofertado.

El objetivo principal de la subasta inversa es impulsar los precios de compra a la baja.

Si la subasta se da por medios electrónicos a través del Portal COMPRASPUBLICAS, será subasta inversa electrónica¹⁷.

Según el artículo 44 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública "La subasta inversa electrónica se realizará cuando las entidades contratantes requieran adquirir bienes y servicios normalizados cuya cuantía supere el monto equivalente al 0,0000002 del Presupuesto Inicial del Estado, que no se puedan

¹⁷ Tratado de Contratación Pública.-William López Arévalo.-Edición 2011.-página 260, 261

contratar a través del procedimiento de Compras por Catálogo Electrónico, y en la que los proveedores de dichos bienes y servicios, pujan hacia la baja el precio ofertado por medios electrónicos a través del Portal www.compraspublicas.gov.ec.¹⁸.

Una vez que los oferentes presente su oferta la calificación técnica la realizará la máxima autoridad o su delegado o a su vez por una Comisión Técnica. En el día y hora señalados para el efecto, la máxima autoridad o su delegado, o la Comisión Técnica, según corresponda, procederán a calificar las ofertas técnicas de los participantes que hubieren cumplido las condiciones definidas en los pliegos; de todo lo cual se dejará constancia en un acta. En el caso de que la calificación haya sido realizada por la Comisión Técnica, esta será puesta en conocimiento de la máxima autoridad o su delegado, para su resolución. Si la calificación ha sido realizada por la máxima autoridad o su delegado, o en el caso de que la calificación realizada por la Comisión Técnica haya sido aceptada por la máxima autoridad o su delegado, esta dispondrá que los oferentes calificados presenten sus ofertas económicas iniciales a través del portal www.compraspublicas.gob.ec, las mismas que deberán ser menores al presupuesto referencial. La notificación a los proveedores calificados para la presentación de las ofertas económicas iniciales se la realizará a través del portal www.compraspublicas.gob.ec, sin que se dé a conocer el nombre ni el número de oferentes calificados ni el monto de la oferta económica inicial.

Las ofertas económicas iniciales presentadas a través del portal www.compraspublicas.gob.ec, obligan al oferente a cumplir las condiciones técnicas y económicas ofertadas en el caso de resultar adjudicado, aun cuando no participe en el acto de la puja. De no cumplir con las obligaciones que le corresponden en su calidad de adjudicatario, se aplicarán sanciones, Quienes intervengan en el proceso de calificación guardarán absoluta confidencialidad y asumirán las responsabilidades que se generen en el caso de que violaren dicho principio.

La puja hacia la baja se realizará a través del portal www.compraspublicas.gob.ec en el día y hora señalados en la convocatoria establecida en los pliegos, durara de 15 a 60 minutos tiempo que se establecerá en atención a la complejidad del objeto del contrato y al presupuesto referencial del procedimiento. De este hecho deberá quedar sentado en un informe el mismo que será elaborado por la Comisión Técnica y que será publicado en el formato establecido para el efecto en el portal www.compraspublicas.gob.ec.

¹⁸ Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública

En el caso de que no existan más de un oferente no se realizará la puja, y se realizará una única sesión de negociación, entre la entidad contratante y el oferente

La sesión de negociación se realizará entre la entidad contratante y el único proveedor habilitado para presentar su oferta económica, en el día y hora que se señale para el efecto, dentro de un término no mayor a tres días contados desde la fecha establecida para la realización de la puja. El objeto de la negociación será mejorar la oferta económica del único oferente calificado. En el proceso de negociación, la entidad contratante deberá disponer de información respecto de las condiciones de mercado del bien o servicio a adquirir, para efecto se tomará en cuenta referencialmente precios de adjudicación de bienes o servicios similares realizados a través del portal www.compraspublicas.gob.ec., proformas de otros proveedores del bien o servicio a contratar, información referente a los precios del bien o servicio que se pueda obtener por medios como cámaras o bolsas de productos, internet, entre otras. Siempre el oferente deberá rebajar su oferta económica en al menos el cinco por ciento (5%) del presupuesto referencial de la subasta inversa convocada.

Entonces, la subasta inversa procede en las contrataciones de bienes y servicios normalizados cuya cuantía supere el monto equivalente al 0,0000002 del Presupuesto Inicial del Estado. Ejemplo: si tomamos como base el Presupuesto Inicial del Estado del 2011 este modo de contratación procede si la cuantía del contrato es mayor a 4.790 dólares¹⁹.

1.5.2 Procedimientos Comunes

1.5.2.1 Menor Cuantía

Igualmente este procedimiento es aplicable cuando el objeto de la contratación se refiere a bienes y servicios normalizados, bienes y servicios no normalizados y ejecución de obras, y, solo si fuera posible aplicar los procedimientos dinámicos de compras por catálogo y subasta inversa electrónica, o si aplicados los mismos, estos hubiesen sido declarados desiertos.

Tampoco es aplicable este procedimiento en lo referente a consultoría²⁰.

Art. 51.- de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública establece que *“Se podrá contratar bajo este sistema en cualquiera de los siguientes casos:*
1. Las contrataciones de bienes y servicios no normalizados, exceptuando los de consultoría

¹⁹ Tratado de Contratación Pública.-William López Arévalo.-Edición 2011.-página 261

²⁰ Tratado de Contratación Pública.-William López Arévalo.-Edición 2011.-página 302

cuyo presupuesto referencial sea inferior al 0,000002 del Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico; 2. Las contrataciones de obras, cuyo presupuesto referencial sea inferior al 0,000007 del Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico; 3. Si fuera imposible aplicar los procedimientos dinámicos previstos en el Capítulo II de este Título o, en el caso que una vez aplicados dichos procedimientos, éstos hubiesen sido declarados desiertos; siempre que el presupuesto referencial sea inferior al 0,000002 del Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico. En los casos de los numerales 1 y 3 se podrá contratar directamente; para el efecto, se contará con al menos tres proformas, salvo el caso de manifiesta imposibilidad. En el caso previsto en el numeral 2 se adjudicará el contrato a un proveedor registrado en el RUP escogido por sorteo público de entre los interesados en participar en dicha contratación. Aquellos proveedores que a la fecha de la publicación del procedimiento mantuvieran vigentes contratos de ejecución de obra, adjudicados a través del procedimiento de menor cuantía, cuyos montos individuales o acumulados igualaren o superaren el coeficiente establecido en el numeral 2 de este artículo, no podrán participar en procedimiento de menor cuantía de obras alguno hasta que hayan suscrito formalmente la recepción provisional de el o los contratos vigentes. Si por efectos de la entrega recepción de uno o varios contratos el monto por ejecutar por otros contratos fuere inferior al coeficiente antes indicado, el proveedor será invitado y podrá participar en los procedimientos de menor cuantía de obras. De requerirse pliegos, éstos serán aprobados por la máxima autoridad o el funcionario competente de la Entidad Contratante y se adecuarán a los modelos obligatorios emitidos por el Servicio Nacional de Contratación Pública²¹.

Para las contrataciones previstas en los numerales 1 y 3 del Art. 51 de la Ley, cuya cuantía no exceda el monto equivalente al 0,000002 del presupuesto inicial del Estado, la máxima autoridad o su delegado, podrá seleccionar directamente y adjudicar al proveedor que cumpla con los requerimientos de la contratación previstos en los pliegos elaborados por la entidad contratante sobre la base de los formatos elaborados por el SERCOP.

En relación a contratación de bienes y servicios, la máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado será responsable de la adjudicación del proveedor. En cualquier caso, para las contrataciones de bienes y servicios se preferirá a artesanos, micro y pequeños empresarios locales.

²¹ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública

Con respecto a contratación de bienes y servicios, la máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado será responsable de la adjudicación del proveedor. En cualquier caso, para las contrataciones de bienes y servicios se preferirá a artesanos, micro y pequeños empresarios locales.

Con respecto a obras de menor cuantía, las contrataciones de obras, cuyo presupuesto referencial sea inferior al 0,000007 del presupuesto inicial del estado del correspondiente ejercicio económico.

Los proveedores invitados manifestarán su interés en participar, en el plazo de 5 días, contados a partir de la fecha de la invitación. De entre los proveedores que manifiesten su interés y presentaren su oferta, serán habilitados para el sorteo; se adjudicará el contrato al proveedor escogido por selección automática aleatoria del sistema electrónico www.compraspublicas.gob.ec.

1.5.2.2 Cotización

Este procedimiento es aplicable cuando el objeto de la contratación se refiere a bienes y servicios normalizados, bienes y servicios no normalizados y ejecución de obra, y, solo si fuera imposible aplicar los procedimientos dinámicos de compras por catálogo y subasta electrónica, o si aplicados los mismos, estos hubiesen sido declarados desiertos.

Es un proceso de selección, que permite a la administración contratar bienes, servicios y obras mediante invitación o presentar ofertas a cinco proveedores elegidos mediante sorteo público a través del Portal COMPRASPÚBLICAS²².

Art. 50 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública indica que *“Este procedimiento, se utilizará en cualquiera de los siguientes casos: 1. Si fuera imposible aplicar los procedimientos dinámicos previstos en el Capítulo II de este Título o, en el caso que una vez aplicados dichos procedimientos, éstos hubiesen sido declarados desiertos; siempre que el presupuesto referencial oscile entre 0,000002 y 0,000015 del presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico; 2. La contratación para la ejecución de obras, cuyo presupuesto referencial oscile entre 0,000007 y 0,00003 del presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico; y,*

²² Tratado de Contratación Pública.-William López Arévalo.-Edición 2011.-página 299.

3. La contratación para la adquisición de bienes y servicios no normalizados, exceptuando los de consultoría, cuyo presupuesto referencial oscile entre 0,000002 y 0,000015 del presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico. En cualquiera de los casos previstos en los numerales anteriores, se invitará a presentar ofertas a todos los proveedores inscritos en el Registro Único de Proveedores. Los pliegos serán aprobados por la máxima autoridad o el funcionario competente de la entidad contratante, y se adecuarán a los modelos obligatorios emitidos por el SERCOP en su calidad de organismo nacional responsable de la contratación pública²³.

En cualquiera de estos casos señalados anteriormente, se invitará a presentar ofertas por lo menos cinco proveedores registrados en el RUP escogidos por sorteo público. Sin perjuicio de los cinco posibles oferentes favorecidos en el sorteo, podrán participar en el procedimiento toda persona natural o jurídica registrada en el RUP, que tenga interés.

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

Los pliegos serán aprobados por la máxima autoridad o el funcionario competente de la entidad contratante, y se adecuarán a los modelos obligatorios emitidos por el SERCOP en su calidad de organismo nacional responsable de la contratación pública.

1.5.2.3 Ínfima Cuantía

Es un procedimiento de contratación, mediante el cual las Entidades Públicas, pueden contratar directamente la ejecución de obras, adquisición de bienes o presentación de servicios, dentro del límite de montos establecidos por la Ley.

Como había indicado, las contrataciones de ínfima cuantía, proceden para contratar la ejecución de obras, adquisición de bienes o prestación de servicios, cuya cuantía sea igual o menor a multiplicar el coeficiente 0,0000002 del Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico²⁴.

²³ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública

²⁴ Tratado de Contratación Pública.-William López Arévalo.-Edición 2011.-página 304, 305

De conformidad a lo dispuesto en el Art. 52.1 de la ley Orgánica del Servicio Nacional de Contratación Pública, nos indica que se podrá contratar bajo este sistema en cualquiera de los siguientes casos:

“1.- Las contrataciones para la adquisición de bienes o prestación de servicios no normalizados, exceptuando los de consultoría, cuya cuantía sea inferior a multiplicar el coeficiente 0,0000002 del presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico; 2.- Las contrataciones para la adquisición de bienes o prestación de servicios normalizados, exceptuando los de consultoría, que no consten en el catálogo electrónico y cuya cuantía sea inferior a multiplicar el coeficiente 0,0000002 del presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico; y, 3.- Las contrataciones de obras que tengan por objeto única y exclusivamente la reparación, refacción, remodelación, adecuación, mantenimiento o mejora de una construcción o infraestructura existente, cuyo presupuesto referencial sea inferior a multiplicar el coeficiente 0,0000002 del presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico. Para estos casos, no podrá considerarse en forma individual cada intervención, sino que la cuantía se calculará en función de todas las actividades que deban realizarse en el ejercicio económico sobre la construcción o infraestructura existente. En el caso de que el objeto de la contratación no sea el señalado en este numeral, se aplicará el procedimiento de menor cuantía”²⁵.

Las contrataciones de ínfima cuantía se realizarán de forma directa con un proveedor seleccionado por la entidad contratante, sin que sea necesario que esté habilitado en el RUP; dentro de estas contrataciones no se puede emplear como medio de elusión de los procedimientos pre-contractuales; para el efecto, las entidades contratantes tienen la obligación de remitir trimestralmente al organismo nacional responsable de la contratación pública, un informe sobre el número de contrataciones realizadas por ínfima cuantía, así como los nombres de los contratistas.

Si el organismo nacional responsable de la contratación pública llegare a detectar una subdivisión de contratos o cualquier infracción a este artículo, lo pondrá en conocimiento de los organismos de control para que inicien las acciones pertinentes.

En el Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, habla sobre la ínfima cuantía estableciendo que las contrataciones para la ejecución de obras, adquisición de bienes o prestación de servicios, cuya cuantía sea igual o menor a multiplicar el coeficiente 0,0000002 del Presupuesto Inicial del Estado, se las podrá realizar de forma directa con un proveedor seleccionado por la entidad contratante sin que sea necesario que

²⁵ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública

éste conste inscrito en el RUP. Las contrataciones se ejecutarán con la entrega de la correspondiente factura y serán autorizadas por el responsable del área encargada de los asuntos administrativos de la entidad contratante, quien bajo su responsabilidad verificará que el proveedor no se encuentre incurso en ninguna inhabilidad o prohibición a fin de que pueda celebrar contratos con el Estado.

El SERCOP, como ente rector del Estado es quien, mediante las correspondientes resoluciones, determinará la casuística de uso de la ínfima cuantía; así mismo dentro de las funciones y Atribuciones del SERCOP, puede pedir en cualquier tiempo, información si se llegara a detectar una infracción dentro de los contratos suscritos entre las entidades contratantes y los oferentes.

1.5.2.4 Licitación

La licitación es un Instituto del Derecho Administrativo. El objeto de la licitación, o su resultado jurídico, no es una alteración patrimonial o financiera, sino simplemente, es la selección de un cocontratante por la administración; consecuentemente, se trata de un procedimiento o proceso de selección establecido por la ley, que permite elegir un cocontratante y establecer un contrato.

La “*ratio iuris*” de la licitación, no es otra cosa que la búsqueda de un cocontratante, basada en los principios de legalidad, transparencia, buena fe e imparcialidad, de modo que le permita a la Administración contratar en las mejores condiciones y con las mayores garantías.

Es menester, que según la Doctrina, la licitación se clasifica en pública y privada; pero, según nuestra Legislación, la licitación es pública exclusivamente, consecuentemente, a ella nos referimos²⁶.

La licitación pública como procedimiento utilizado por el estado para celebrar contratos, tiene sus antecedentes históricos en la Antigua Roma, así en el Derecho Romano encontramos las instituciones conocidas como “*bonorum sectio o venditio*” que consistía en vender públicamente a los mejores oferentes, los bienes adquiridos por el Estado en la guerra (botines de guerra), cadenas criminales, y, derechos de herencia.

²⁶ Tratado de Contratación Pública.-William López Arévalo.-Edición 2011.-página 291

Posteriormente, en el Código Justiniano, se estableció la institución denominada “de subhastatione ob publice rationis necessitatem” que era una venta en asta pública de todos los bienes fiscales.

En cuanto a la contratación de obras públicas, era el “censor”, la autoridad encargada de las adquisiciones de dichas obras²⁷.

La licitación pública en el Ecuador, constituye un procedimiento que la administración pública debe observar para seleccionar a sus contratantes, salvo que las excepciones establecidas en la ley, y que consiste en una invitación dirigida a todos los posibles interesados para que, sujetándose a las bases establecidas, presenten sus ofertas para seleccionar la más conveniente.

Este tipo de licitación tiene como característica fundamental que es un procedimiento abierto. Toda vez que la invitación hecha por la Administración Pública se realiza a personas indeterminadas, de tal manera que el número de oferentes que pueden concurrir a formular sus ofertas no se encuentra limitado, ya que puede hacerlo cualquier interesado que reúna los requisitos legales (Compras Públicas Ecuador, 2011).

La licitación es un procedimiento que se encuentra establecido en la Ley y Reglamento del Sistema Nacional de Contratación Pública, mediante estos instrumentos legales indica, que se utilizará si no es posible ejecutar procedimientos dinámicos o en el caso que una vez aplicados dichos procedimientos, éstos hubiesen sido declarados desiertos; siempre que el presupuesto referencial supere el valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,000015 por el monto del Presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico; para contratar la adquisición de bienes o servicios no normalizados, exceptuando los de consultoría, cuyo presupuesto referencial sobrepase el valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,000015 por el monto del Presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico; y, para contratar la ejecución de obras, cuando su presupuesto referencial sobrepase el valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,00003 por el monto del Presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico.

²⁷ Tratado de Contratación Pública.-William López Arévalo.-Edición 2011.-página 292

1.5.3 Procedimientos Especiales

1.5.3.1 Contratación integral por precio fijo

Es un procedimiento especial de selección, a través del cual la máxima autoridad del ente estatal, acuerda mediante resolución motivada contratar la ejecución de obras dentro de los parámetros establecidos en la Ley.

Este procedimiento es aplicable exclusivamente cuando el objeto de la contratación se refiere a ejecución de obras. Se acordará mediante la resolución motivada de la máxima autoridad de la Entidad Contratante y siempre que se cumpla de manera conjunta los requisitos establecidos en el Artículo 53 de la ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública²⁸.

Dentro de los procedimientos especiales encontramos la contratación integral por precio fijo, contenido en el artículo 53 de la Ley en referencia que en forma textual establece: *“Procedencia.²⁹- Para celebrar contratos de obra, podrá acordarse mediante resolución razonada de la máxima autoridad de la entidad, la celebración del Contrato Integral por Precio Fijo, cuando se cumplan de forma conjunta 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; y,*
- 4 *Que la Entidad Contratante cuente con los estudios completos, definitivos y actualizados.³⁰*

Se prohíbe en esta clase de contratos la celebración de contratos complementarios, la inclusión de fórmulas de reajustes de precios o cualquier otro mecanismo de variación de precios. El plazo de ejecución no será sujeto a modificaciones salvo exclusivamente en los casos de fuerza mayor.

²⁸ Tratado de Contratación Pública.-William López Arévalo.-Edición 2011.-página 265

²⁹ Ley Orgánica del Sistema Oficial de Compras Públicas

³⁰ Ley Orgánica de Contratación del Estado, Art. ⁵³

Los contratistas de esta modalidad contractual asumen todos los riesgos y responsabilidades por el cumplimiento del objeto del contrato en las condiciones acordadas, por lo cual se determina que éste tipo de contratos procede para la contratación de obras, debiendo reunir ciertos requisitos, a más de los establecidos para su plena validez, como la aplicación acertada de esta modalidad de contratos, en un solo contratista para la ejecución del proyecto a que se refiera, así como la base económica sobre la cual se va a consolidar la obra, siendo importante además los estudios necesarios, actualizados y determinantes.

Es de suma importancia dentro de este tipo de contratación las resoluciones adoptadas por las máximas autoridades de las entidades públicas contratantes, que fundamenten la necesidad de este tipo de contratación, pues el contrato será celebrado con un solo contratista, sin que se pueda modificar precios, ni tiempo de ejecución, salvo en los casos de fuerza mayor o caso fortuito; es decir el contratista asume la plena responsabilidad de la realización de la obra bajo las condiciones acordadas dentro del contrato.

En cuanto al procedimiento de selección el Art. 54 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública establece:

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

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

Los pliegos contendrán criterios de valoración para incentivar el empleo de materiales, insumos, equipo y mano de obra de origen local o nacional; es decir es necesario la licitación, que a su vez hace indispensable la presentación de las ofertas con el detalle de desarrollo de la obra, los equipos, así como las especificaciones técnicas para la ejecución de la obra.

Cabe considerar que para la ejecución de este tipo de contratos, la contratista utilice en la obra materiales, insumos, equipo y mano de obra local o nacional.

El artículo 55 de la LOSNP establece: En esta modalidad todos los componentes del proyecto deben contratarse bajo la modalidad de contrato integral por precio fijo.

Los contratos integrales por precio fijo admiten la posibilidad de incluir en su objeto el mantenimiento de los componentes del proyecto, aspecto que deberá contemplarse en el contrato.

1.5.3.2 Contratación en situaciones de emergencia

Es un procedimiento especial de contratación, que permite excepcionalmente a la Entidad Estatal, la contratación de obras, bienes o servicios, exonerándole de los procesos de selección, debido exclusivamente a situaciones de emergencia o crisis, y con el único fin de superar las mismas.

La emergencia es una cuestión de hecho, imprevista, grave, concreta y actual, que debe ser debidamente acreditada y fundada en los pertinentes estudios e informes técnicos y verificados por la autoridad competente³¹.

Para la realización de este tipo de contratación debe existir la necesidad urgente de realizar una contratación, que requiera la ejecución o la reparación urgente de una obra, por caso fortuito o por situaciones naturales que demanden actuaciones de igual magnitud.

En el artículo 6 numeral 31 de la LOSNCP determina sobre las situaciones de emergencia, lo siguiente:

*“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”.*³²

Por lo que corresponde a la autoridad de la entidad pública que pretenda realizar este tipo de contratos, establecer mediante resolución debidamente motivada las condiciones por las cuales se ha de realizar el contrato, para superar las situaciones de emergencia que requieran de una acción rápida y prioritaria. La declaratoria de emergencia, implica una

³¹ Tratado de Contratación Pública.-William López Arévalo.-Edición 2011.-página 265

³² Ley Orgánica del Sistema Oficial de Contratación Pública

mayor responsabilidad para las autoridades de entidades públicas pues superada la emergencia deberán responder por sus actos u omisiones.

Para la contratación en situaciones de emergencia se debe tomar en cuenta los siguientes procedimientos determinados en el artículo 57 de la LOSNCP: “Para atender las situaciones de emergencia definidas en el número 31 del artículo 6 de esta Ley, previamente a iniciarse el procedimiento, el Ministro de Estado o en general la máxima autoridad de la entidad deberá emitir resolución motivada que declare la emergencia, para justificar la contratación. Dicha resolución se publicará en el Portal COMPRASPUBLICAS. La entidad podrá contratar de manera directa, y bajo responsabilidad de la máxima autoridad, las obras, bienes o servicios, incluidos los de consultoría, que se requieran de manera estricta para superar la situación de emergencia. Podrá, inclusive, 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. En todos los casos, una vez superada la situación de emergencia, la máxima autoridad de la Entidad Contratante publicará en el Portal COMPRASPUBLICAS un informe que detalle las contrataciones realizadas y el presupuesto empleado, con indicación de los resultados obtenidos”³³.

Como podemos apreciar en el artículo 57 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, las incongruencias se dan por las facilidad que se les da a los extranjeros, sin requerir los requisitos previos como garantías, domiciliación, e incluso de inscribirse en el RUP, dándoles un tiempo para hacerlo por lo que se genera un vacío jurídico de desigualdad con los oferentes nacionales.

Esta desigualdad contraviene el interés nacional ya que nuestro país queda vulnerable a contratistas de paraísos fiscales, empresas de papel, que pueden estar en el extranjero y que pueden ingresar con facilidad, como por ejemplo, las empresas panameñas en las que según los medios de comunicación y de denuncias, manifestaron que estuvo involucrado el hermano del Presidente de nuestro país, por la que creo que es necesario reformar el artículo 57 y de esta manera combatir la corrupción que generan perjuicios, no solamente al aparato estatal y gubernamental, si no que pone en riesgo los grandes objetivos nacionales y la búsqueda de soluciones a la problemática y a la demanda colectiva, y lo que es más importante la vulneración de los principios establecidos en la Ley Orgánica del Sistema

³³ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública

Nacional de Contratación Pública, en el Art. 4, especialmente en los principios de igualdad, trato justo.

Es decir, se permite que muchas de las veces, se vean afectadas las entidades públicas debido a que incumplen los contratistas extranjeros y las garantías no presentan, por tanto, la entidad contratante no puede cobrarles las multas establecidas en las cláusulas contractuales, además manifiestan que en los contratos de emergencia deberían ser vigilados, para que cumplan con lo que establece el artículo 6, numeral 31 de la LOSNCP, como es que sean 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.

Sin embargo, este artículo ha sido incumplido por varias instituciones públicas, por ejemplo, los casos como “San Francisco, Toachi, Pilatón, adquisición de lanchas patrulleras, compra corrupta de tubería en Petroecuador, adquisición de ambulancias, sillas de ruedas y equipos médicos” denunciados por el asambleísta Viteri, en el diario Hoy, rehabilitación de carreteras, rehabilitación de la refinería de Esmeraldas - contratos que no han evitado la baja notable de la producción petrolera-, adquisición de vehículos para funcionarios, Policía y Ejército y la compra de aviones son algunos casos de muchos procesos que se han realizado sin ninguna transparencia, ya sea para otorgar contratos a dedos, evitar la etapa precontractual en las licitaciones, con el argumento de que se quería agilizar las compras, por lo tanto, sería importante realizar una reforma y tratar de evitar actos de corrupción, preferencia por ciertas personas o empresas extranjeras y así lograr un trato justo e igual para las personas que intervienen en este tipo de procedimientos, sea como nacional o extranjero.

1.5.4 La adquisición de bienes inmuebles

El Ecuador es un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, como tal, reconoce y garantiza la propiedad de los particulares (propiedad privada); sin embargo la administración perseguirá siempre el cumplimiento de los fines públicos o estatales, por lo que en ciertas ocasiones chocara con interés privados; y, es justamente cuando surge ese conflicto de intereses, donde lógicamente debe predominar el interés público, que en definitiva constituye el fundamento que justifica la expropiación, y que determina la naturaleza de la indemnización que el ente estatal debe pagar al expropiado.

Dicho de otra manera, es la Constitución del Estado la que confiere el poder jurídico a la Administración para que ejerza la facultad expropiatoria³⁴.

Respecto de la adquisición de bienes por entidades públicas la Constitución de la República de nuestro país en el artículo 323 determina como objeto de ejecutar planes de desarrollo social manejo sustentable del ambiente y del bien estar colectivo, las instituciones del Estado, por razones de utilidad pública o interés social o nacional, podrán declarar la expropiación de bienes, previa justa valoración, indemnización y pago de conformidad con la ley.

Solo en situaciones de interés nacional e institucional, las instituciones estatales pueden hacer uso de la expropiación, bajo los procedimientos establecidos en la Ley Orgánica de Sistema Nacional de Contratación Pública, en el artículo 58 establece: *“Cuando la máxima autoridad de la institución pública haya resuelto adquirir un determinado inmueble, necesario para la satisfacción de las necesidades públicas, procederá a la declaratoria de utilidad pública, legalmente justificada, lo exija evidentemente y a condición de una justa y previa indemnización”*³⁵.

Pero previo a la declaratoria de utilidad pública o de interés social es necesario la existencia de un informe técnico debidamente fundamentado emitidos por los departamentos o direcciones respectivas de cada entidad pública que deberá contener las especificaciones necesarias así como los precios de los bienes materia de expropiación; además es necesario un informe jurídico en el que especifique la legalidad de proceso, así como la existencia de recursos económicos que permitan cubrir los valores que por indemnizaciones se produzcan como resultado de la expropiación. Con los particulares antes expuestos, la máxima autoridad de la institución pública resolverá la necesidad de adquirir un bien inmueble, para satisfacer una necesidad pública, por lo cual realizará declaratoria de utilidad pública o de interés social. Con la declaratoria de utilidad pública de un bien, las partes pueden llegar a un acuerdo, dentro de un plazo de noventa días; dicho acuerdo no puede exceder del diez por ciento sobre el avalúo establecido, y deberá inscribirse en el Registro de la Propiedad.

³⁴ Tratado de Contratación Pública.-William López Arévalo.-Edición 2011.-página 278, 279

³⁵ Ley Orgánica de Sistema Nacional de Contratación Pública, en el art. 58

1.5.4.1 Del arrendamiento de bienes inmuebles y muebles

El arrendamiento es un contrato de obligaciones recíprocas entre las partes, la una llamada arrendador a conceder el goce de una cosa, o a ejecutar una obra o prestar un servicio, y la otra llamada arrendataria a pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado³⁶.

Para el arrendamiento de bienes inmuebles el Art 59 de la LOSNCP, establece: Régimen.- *“Los contratos de arrendamiento tanto para el caso en que el Estado o una institución pública tengan la calidad de arrendadora como arrendataria se sujetará a las normas previstas en el Reglamento de esta Ley”*³⁷, esto es las instituciones públicas que tengan la calidad de arrendadoras o arrendatarias deben sujetarse a las normas contenidas en el Reglamento a esta ley.

El Art. 64 del Reglamento de la LOSNCP establece: *“Para el arrendamiento de bienes inmuebles, las entidades contratantes publicaran en el Portal de COMPRASPUBLICAS los pliegos en los que constarán las condiciones del inmueble requerido, con la referencia al sector y lugar de ubicación del mismo”*³⁸.

Además el artículo 65 del Reglamento a la LOSNCP expresa: *“El SERCOP determinará el procedimiento y los requisitos que se deberán cumplir en estas contrataciones”*³⁹.

Es decir, en el caso de que las entidades públicas tengan la calidad de arrendatarias deberá publicarse en el portal de compras públicas el bien que según el requerimiento se necesite arrendar con las especificaciones del inmueble, el sector y lugar de ubicación.

Los adjudicatarios no necesitan estar inscritos en el RUP (Registro Único de Proveedores), pero si sujeto a los procedimientos establecidos en el SERCOP y es esta entidad la encargada de asegurar que los canon de arrendamiento sea los establecidos en el mercado donde se encuentre el inmueble, además de determinar el plazo de duración del arrendamiento, el cual puede ser renovado de persistir la necesidad. Para el arrendamiento de bienes inmuebles a más de la publicación en el portal también se realizará publicación con la convocatoria por la prensa nacional o local, por una sola vez, e inclusive realizar invitaciones directas.

³⁶ Tratado de Contratación Pública.-William López Arévalo.-Edición 2011.-página 290

³⁷ Ley Orgánica de Sistema Nacional de Contratación Pública, en el artículo 59

³⁸ *Ibidem*

³⁹ Reglamento a la Ley Orgánica de Sistema Nacional de Contratación Pública

Las ofertas se presentarán hasta el día y hora señalados en los pliegos, y el contrato se adjudicará a la mejor oferta.

1.5.4.2 Consultoría

1.5.4.3 Contratación Directa

Es un procedimiento que permite a la Entidad Estatal, contratar directamente los servicios de un consultor habilitado en el RUP que reúna los requisitos previstos en los pliegos, dentro del límite del monto establecido en la ley⁴⁰.

Como dicta el Art. 36 del Reglamento General, cuando el presupuesto referencial del contrato sea inferior o igual al valor que resultare de multiplicar el coeficiente 0,000002 por el monto del presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico, la entidad contratante procederá a contratar de manera directa, para lo cual, la máxima autoridad de la entidad o su delegado, seleccionará e invitará a un consultor habilitado en el RUP que reúna los requisitos previstos en los pliegos.

Las Entidades Contratantes aplicaran sus propios modelos para efectuar contrataciones directas, cotizaciones o licitaciones, hasta la celebración de los convenios marco en el plazo de seis meses. (Disposición Transitoria Segunda, RLOSNC⁴¹).

1.5.4.4 Contratación mediante lista corta

Es un procedimiento que permite a la Entidad Estatal, contratar mediante invitación a través del Portal COMPRASPÚBLICAS, los servicios de un Consultor habilitado en el RUP que reúna los requisitos previstos en los pliegos, dentro del límite de montos establecidos en la Ley⁴².

Se aplica cuando el presupuesto referencial del contrato supere el valor que resultare de multiplicar el coeficiente 0,000002 por el monto del presupuesto inicial del estado y sea inferior al valor que resulte de multiplicar por el coeficiente 0,000015 por el monto del presupuesto inicial del Estado, del correspondiente ejercicio económico, la entidad contratante escogerá e invitará, a través del Portal, a un máximo de 6 y un mínimo de 3

⁴⁰ Tratado de Contratación Pública.-William López Arévalo.-Edición 2011.-página 308

⁴¹ Manual de Contratos del Estado.- Antonio Pérez y Efraín Pérez.- año 2008.- página 14

⁴² Tratado de Contratación Pública.-William López Arévalo.-Edición 2011.-página 310

consultores registrados en el RUP que reúnan los requisitos previstos en los pliegos, para que presenten sus ofertas técnicas y económicas.

1.5.4.5 Contratación mediante Concurso Público

Es un procedimiento que permite a la Entidad Estatal, contratar mediante convocatoria pública a través del Portal COMPRASPÚBLICAS, los servidores de un consultor habilitado en el RUP que reúna los requisitos previstos en los pliegos, dentro del límite de montos establecidos en la ley⁴³.

Es procedente cuando el presupuesto referencial del contrato sea igual o superior al valor que resulte multiplicar el coeficiente 0,0000015 por el monto del presupuesto inicial el estado del correspondiente ejercicio económico, la entidad contratante realizará la convocatoria pública a través del portal para los interesados, habilitados en el RUP, presenten sus ofertas.

1.5.4.6 Tipo de contrato en el ámbito jurídico

Uno de los procedimientos técnicos y jurídicos de que se vale la administración para la prestación de servicios públicos y la satisfacción de necesidades generales son los contratos administrativos, según Wilches Martínez Solón dice: *“Entendemos por contrato administrativo el que celebra la administración con un particular para la ejecución de un contrato”, según Jeze sostiene que los contratos administrativos son: “Los celebrados por la administración con el fin de asegurar el funcionamiento de un servicio público”.*

Todo contrato administrativo celebrado entre la administración central, institucional o seccional con una persona natural o jurídica de derecho privado produce efectos jurídicos.

El objeto de la contratación pública es la ejecución de obras, la adquisición de bienes y la prestación de servicios físicamente posibles, lícitos y morales; la causa es el motivo que induce a la administración a contratar; y el fin el bienestar público.

⁴³ Tratado de Contratación Pública.-William López Arévalo.-Edición 2011.-página 313

El contrato es la principal fuente de las obligaciones y está definido en el Art. 1454 del Código Civil expresa: *“contrato convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer una cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas”*⁴⁴.

Así mismo según el Código Civil obligación es: *“vínculo jurídico que coloca a una persona determinada en la necesidad de dar, hacer o no hacer una cosa, con respecto a otra persona también determinada”*⁴⁵.

Sin embargo de acuerdo a la doctrina, existe cierta similitud entre convención que es todo acuerdo de voluntades; y, cuando la convención genera derechos y obligaciones para los participantes de la misma toma, entonces podemos decir que todos los contratos son convenciones con carácter y consecuencias jurídicas, ya que entre contrato y convención, la diferencia es de género.

El Art. 118 de la Constitución política de la República del Ecuador determina cuales son las instituciones del Estado que están sujetas a la Ley de Contratación Pública y su Reglamento, que tengan que contratar la ejecución de obras, la adquisición de bienes, así como la prestación de servicios no regulados por la ley de consultoría.

Los actos jurídicos son los realizados con la voluntad de una o más personas con el objeto de producir un efecto jurídico, ya sea crear, modificar, transmitir o extinguir un derecho de una o hacia otra persona.

De acuerdo con el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la función ejecutiva, contratos administrativos *“Es todo acto o declaración multilateral o de voluntad común, productor de efectos jurídicos, entre 2 o más personas, de las cuales una está en ejecución de la función administrativa. Su regulación se regirá por las normas legales aplicables”*⁴⁶.

Los contratos administrativos son actos bilaterales y como tales no son asimilables a los actos administrativos a los actos unilaterales. El contrato administrativo es una de las formulas que posee la administración pública para el cumplimiento de los fines públicos.

⁴⁴ Código Civil

⁴⁵ Ibídem

⁴⁶ Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva

1.5.4.7 Clasificación de Contratos.

Según el Libro IV del Código Civil, los contratos se clasifican de diferentes modos y por lo mismo, pueden ser:

- Unilaterales
- Bilaterales
- Gratuitos
- Onerosos (conmutativos y aleatorios)
- Principales
- Accesorios reales, solemnes y consensuales.

Contrato Unilateral.- “Es siempre un acto de 2 partes, es decir, un acto doble o bilateral”.
Ejemplo: la donación, el comodato, la prenda, la fianza.

Contrato Bilateral.- “Es cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente, una hacia la otra”. Ejemplo: la compraventa, la permuta, el arrendamiento, el mandato, la transacción.

Contrato Gratuito.- “Es aquel en que una sola de las partes o tienes utilidad o beneficio del mismo, mientras que la otra parte contratante solo sufre la imposición o gravamen, sin obtener contra prestación alguna” Ejemplo: la donación, y el comodato.

Contrato Oneroso.- “Las partes asumen obligaciones reciprocas, de modo que se promete una prestación para recibir otra”. Ejemplo: la compraventa, la permuta.

Contrato Oneroso Conmutativo.- “El beneficio que cada parte persigue se mira como equivalente al gravamen que soporta”. Ejemplo: el arrendamiento, la compraventa.

Contrato Oneroso Aleatorio.- “Cuando el beneficio y el gravamen reciproco de las partes, depende de un acontecimiento incierto, del modo que no es posible apreciar su magnitud hasta que el acontecimiento se verifique”. Ejemplo: el contrato de seguro, el juego y la apuesta.

Contrato Principal.- “Cuando no depende jurídicamente de otro contrato”. Ejemplo: la compraventa, permuta, arrendamiento.

Contrato Accesorio.- “Cuando depende jurídicamente de otro, su finalidad es garantizar el cumplimiento de una obligación”. Ejemplo: la fianza, la prenda, la hipoteca.

Contrato real.- “Aquel que concluye y se perfecciona con la entrega o tradición de la cosa sobre la que vence el contrato”. Ejemplo: el comodato, el depósito, la prenda.

Contrato Solemne.- “En este contrato, a más del consentimiento deben cumplir las partes por disposición de la ley ciertas formalidades o solemnidades para su perfección, pues por la

omisión de alguna no hay contrato, aunque las partes hayan manifestado su consentimiento por otros medios”. Ejemplo: el matrimonio, la compraventa de inmuebles.

Contrato consensual.- “Se requiere para su perfección, el consentimiento de las partes”. Ejemplo: la compraventa de muebles, el mandato, el arrendamiento.

1.5.4.8 Contrato de Derecho Público.

Todas las entidades públicas, sea el Estado, las Municipalidades o las Instituciones Autónomas que realizan contrato de diversas índoles o régimen jurídico, que cumplen tareas de servicio público, especiales o generales, que el ordenamiento jurídico les impone como deber jurídico-material. Por ejemplo las compras de material de asfalto que se requieren para construir caminos, puentes, etc., por parte de un municipio, son necesarios para el funcionamiento del servicio público.

Si bien es cierto que de modo general todo derecho público, pues sin duda emana del Estado que es un órgano publico generador de derecho positivo, el cual tiene como propósito regular las relaciones entre las personas que integran la nación y de estas con los órganos administrativos, no es menos cierto que la naturaleza de la norma positiva tiene orientaciones diversas con características propias, según sea el ámbito en el cual se aplica. Como nos podemos dar cuenta el propio Estado actúa bajo un mecanismo de baja personalidad, pública y privada.

La primera es una personalidad jurídica que exterioriza su política soberana, creando órganos administrativos, dotándole de competencias, expidiendo normas positivas, administrando y juzgando. La segunda se explica por la capacidad estatal de contraer compromisos y obligaciones.

El derecho público es aquel que señala las reglas que regula la utilidad del estado. Según Fernando Vásquez, en su diccionario de derecho público señala que el Derecho Público “*es el conjunto de normas de las cuales el Estado despliega su actividad, en ejercicio de su poder público para satisfacer el interés general*”.⁴⁷

En el derecho público existe una relación de desigualdad entre el estado y los ciudadanos, entre gobernantes y gobernado. La administración pública ordena y los particulares deben

⁴⁷ Según Fernando Vásquez, Diccionario de Derecho, pág. 57.

acatamiento a sus decisiones; en el derecho privado los particulares tienen una relación lógica de igualdad de derechos y obligaciones.

El diccionario de la Real Academia Española dice que el derecho administrativo es el “Conjunto de normas doctrinales y de disposiciones positivas concernientes a los órganos e institutos de la administración pública, a la ordenación de los servicios que legalmente están encomendados, y a sus relaciones con las colectividades o los individuos a tales servicios atañen”.⁽²⁴⁾

El derecho administrativo es una rama del derecho público, conformado por el universo de normas jurídica que rige el funcionamiento, las organizaciones de las entidades públicas.

“Los contratos administrativos son actos bilaterales y como tales no son asimilables a los actos administrativos unilaterales. El contrato administrativo ha sido definido como el acuerdo de voluntades, generador de obligaciones, celebrado entre un órgano del Estado, en ejercicio de las funciones administrativas que le competen, con otro órgano administrativo o con un particular o administrado, para satisfacer finalidades públicas”.

El contrato administrativo es una de las fórmulas que posee la administración pública para el cumplimiento de los fines públicos, formula que se fundamenta en la colaboración voluntaria de un particular en la consecución de estos fines o intereses públicos.

1.5.4.9 Contratos de Derecho Privado.

Un contrato es un acuerdo entre dos partes. En un documento se explican las condiciones, cláusulas y datos que ambas partes han acordado previamente. En el caso de la compra de un bien, también aparece el precio. Finalmente el documento es firmado por las personas afectadas y así manifiestan su consentimiento⁴⁸.

Savigny enseña que una norma es de derecho privado cuando el fin es el individuo y el Estado aparece como un medio, ya que el derecho privado protege los intereses individuales y el estado entrega a los ciudadanos los medios jurídicos sustantivos y adjetivos, así como orgánicos para que estos puedan ser debidamente viabilizados.

⁴⁸ ... via Definicion ABC <http://www.definicionabc.com/general/contrato-privado.php>

En el derecho privado las normas positivas ejercen una función primordial de coordinar las relaciones particulares, evitar los excesos, fija límites del accionar humano en sus relaciones recíprocas.

La definición dada de lo que es un contrato de derecho público, es casi idéntica para los de derecho privado, aunque su régimen jurídico no es el mismo, por cuanto la administración no puede actuar como un sujeto particular y concluir contrato sometido a un régimen jurídico de derecho privado plenamente, es decir, sometidos integra o exclusivamente al derecho civil y a otras reglas privadas, tanto en su formalización, como en sus efectos resulta preferente, entonces referirnos a algunas características del Contrato Administrativo como distinto al Contrato Civil o Comercial, ya que está regulado por algunas instituciones que difieren de la sola voluntad de las partes. La naturaleza del contrato administrativo responde a la concepción de ser un acto de colaboración voluntaria con la Administración, tanto que respecta a la prestación de un servicio, como la realización de una obra; es decir de fines públicos.

“Los contratos son acuerdos legalmente obligatorios. La ley del contrato los hace cumplir. No apenas cualquier acuerdo es un contrato legalmente que ata. Indique los leyes estatutarios, los principios comunes de la ley del contrato (juzgar-hechos) y el derecho privado gobiernan contratos. Los principios internacionales de la ley del contrato también desempeñan un papel significativo basado en la naturaleza del contrato. El derecho privado abarca los términos del acuerdo entre los partidos que están intercambiando promesas y pueden eliminar cualquiera de las reglas establecidas por leyes del estado. La ley estatutaria puede requerir algunos contratos se ponga en la escritura y se ejecuta con procedimientos particulares, o bien los partidos pueden entrar en un acuerdo obligatorio sin la firma de un documento escrito formal. La ley del contrato del negocio requiere generalmente que todos los contratos sean puestos en escribir a ser legalmente ejecutorio. Atar legalmente como contrato, una promesa se debe intercambiar para la consideración adecuada. La consideración adecuada es una ventaja o el detrimento que alguien recibe que induce razonablemente y bastante a lo que haga el contrato. ⁽²⁶⁾

Para ser legalmente ejecutorio, un contrato debe tener los elementos siguientes:

- Reunión de mentes o del consentimiento mutuo.
- Oferta y aceptación.
- Consideración mutua o el intercambio mutuo algo de valor.

- Funcionamiento o entrega.

Según leyes comunes del contrato, la buena fe y no hay violación del orden público otros elementos que se pueden descomponer en factores en la aplicabilidad de un contrato.

Los contratos orales son difíciles de probar. Bajo la mayoría de circunstancias, si los términos del contrato se pueden probar o son admitidos por el otro partido, un contrato oral puede ser justo hecho cumplir como uno que esté en la escritura.”

Existen varias particularidades que caracterizan a los Contratos Administrativos celebrados en el Ecuador, entre estas podemos mencionar:

- a) La limitación de la libertad contractual, pues la administración se encuentra limitada por el principio de especialidad e impulsada por las leyes de derecho público;
- b) La inmutabilidad del contrato, la administración no tiene la facultad de modificar el contrato una vez que éste se ha celebrado, pero la Ley y la Doctrina, consideran excepciones como la suscripción de contratos modificatorios y complementarios;
- c) La existencia de cláusulas exorbitantes, que son aquellas que dejan visible el poder de la Administración, las cuales salvaguardan los intereses públicos o sociales vinculados a la realización del objeto del contrato, la LOSNCP y su Reglamento General, contemplan:
 - La terminación unilateral y anticipada del contrato;
 - La imposición de multas; y
 - El derecho de la Administración de declarar a los oferentes y contratistas como adjudicatarios fallidos o contratistas incumplidos, respectivamente, mediante acto administrativo válido, previo la ejecución de las garantías que para el efecto se hubieran rendido, debiendo deducir los valores correspondientes.
- d) La sujeción estricta al contrato y a las leyes, es decir la aplicación del principio de legalidad; la Administración debe limitarse a las leyes de su naturaleza, no puede ni debe arrogarse otras no contempladas en sus Leyes, como ejemplo podríamos citar la improcedencia de la Entidad Contratante, al retener dineros por concepto de indemnización de daños y perjuicios, sino para estos ser reclamados, previamente deben ser demandados. Así como tampoco podría la contratante, exigir al contratista el cumplimiento de obligaciones no contempladas en el contrato.

e) Es un procedimiento especial, en razón de ser actos vinculados a la jurisdicción contencioso-administrativa, lo referente a contratos públicos; las reclamaciones de los particulares, sobre los actos administrativos precontractuales y pos contractuales, así como los comités de contrataciones, están sometidos a la jurisdicción contencioso administrativa, así lo establece nuestra Constitución (2008) en su artículo 173 “[1]Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial”; y, lo determina la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en su artículo 60: “Carácter de los Contratos.- Los contratos a los que se refiere esta Ley celebrados por las Entidades Contratantes, son contratos administrativos”.

f) Finalmente, debo manifestar que todos los contratos públicos, son “intuitu personae”, es decir son indelegables e intransferibles. La LOSNCP, prohíbe la cesión de contratos y la subcontratación, refiriéndome a ésta última, quiero decir que es el encargo de trabajos parciales, a terceros. Se recomienda incluir en el proyecto del contrato, cláusulas, que exijan al contratista solicitar autorización por escrito a la entidad contratante, acompañando el proyecto del contrato a celebrarse con terceros, así como documentos que justifiquen la imposibilidad de cumplir con el objeto del contrato. Debo manifestar que ni con la aprobación escrita de la Entidad Contratante, podrá el contratista subcontratar la totalidad del contrato.

1.5.4.10 Contratos Públicos y Privados

1.5.4.11 Contratos Públicos

Los contratos públicos son contratos de carácter oneroso entre un comprador público u “organismo” (RD Leg 3/2011) es decir la entidad adjudicadora y un operador económico público o privado que es el licitador para responder a una necesidad en materia de: Obras Suministro Servicios Son contratos administrativos sometidos a los principios de libre acceso a la contratación pública, al principio de igualdad de tratamiento y de transparencia de los procedimientos⁴⁹.

- Siempre una de las partes es la administración pública
- Tiene como objeto el interés público
- Se somete a un régimen procedimental de estricto cumplimiento pertenece al Derecho Público.

⁴⁹

http://www.bihartean.com/upload/noticias/documentos/documento1/es/Nota_sobre_los_contratos_publicos_en_Francia.pdf

1.5.4.12 Contratos Privados

Tendrán la consideración de contratos privados los celebrados por los entes, organismos y entidades del sector público que no reúnan la condición de Administraciones Públicas.

Igualmente, son contratos privados los celebrados por una Administración Pública que tengan por objeto servicios financieros, la creación e interpretación artística y literaria o espectáculos tales como servicios de esparcimiento, culturales o deportivos, y la suscripción a revistas, publicaciones periódicas y bases de datos⁵⁰.

- Los contratantes son personas de Derecho Privado
- Tiene por objeto el interés particular
- En el contrato las condiciones las imponen las partes
- Pertenece al Derecho Privado

1.5.5 Contratación integral por precio fijo

Las “contrataciones especiales” contemplan la “contratación integral por precio fijo”, la contratación de emergencia y la adquisición y arrendamiento de bienes inmuebles, así como otros que son contemplados en el Reglamento de la Ley.

El **Art. 53** de la LOSNCP establece la “Procedencia.- Para celebrar contratos de obra, podrá acordarse mediante resolución razonada de la máxima autoridad de la entidad, la celebración del Contrato Integral por precio fijo, cuando se cumplan de forma conjunta 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; y, 4. Que la Entidad Contratante cuente con los estudios completos, definitivos y actualizados. Se prohíbe en esta clase de contratos la celebración de contratos complementarios, la inclusión de fórmulas de reajustes de precios o cualquier otro mecanismo de variación de precios. El plazo de ejecución no será sujeto a modificaciones salvo exclusivamente en los casos de fuerza mayor o caso fortuito. Los contratistas de esta modalidad contractual asumen todos los riesgos y

⁵⁰ http://www.derecho.com/c/Contratos_Privados

responsabilidades por el cumplimiento del objeto del contrato en las condiciones acordadas⁵¹.

Legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad y participación nacional.

Contratos exentos del Sistema de Contratación Pública:

Como una mención de los diferentes contratos que celebra el Estado que no se encuentran comprendidos dentro de la LOSNCP. Se ilustra, en lo procedente, la normativa contractual y su aplicación, con la reproducción de los pronunciamientos de la Procuraduría General del Estado⁵².

En nuestro país el Ecuador los contratos que se encuentran exentos del Sistema de contratación pública son los que me permito detallar a continuación: Adquisición de fármacos: los calificados por el Presidente de la República como necesarios para la seguridad interna y externa del estado cuya ejecución está a cargo de la Fuerza Pública. Ejecución de actividades de comunicación social destinada a informar la labor gubernamental, Servicio de Asesoría y Patrocinio de Materia Jurídica. Ejecución de obra artística literario o científica. Adquisición de repuestos para la reparación de maquinarias. Transporte de correos internacionales e internos.

1.5.6 Mixtos:

Celebrados entre entidades del sector público o empresas cuyo capital cuyo 50% por lo menos pertenezca a entidades de derecho público, Los celebrados entre las instituciones del sistema financiero y de seguros en la que el Estado es accionista

1.6 Características de la contratación pública

El Acuerdo sobre Contratación Pública establece el marco convenido de derechos y obligaciones entre sus Partes con respecto a sus respectivas legislaciones, reglamentos, procedimientos y prácticas nacionales en la esfera de dicha contratación.

⁵¹ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.- Art.-53

⁵² Manual de Contratos del Estado.- Antonio Pérez y Efraín Pérez.- año 2008.- página 109

Las normas del Acuerdo tienen como fundamento la no discriminación. En lo que respecta a los contratos comprendidos en el Acuerdo, los gobiernos Partes tienen que conceder a los productos, servicios y proveedores de las demás Partes en el Acuerdo un trato "no menos favorable" que el otorgado a sus productos, servicios y proveedores nacionales, y no discriminar a los productos, servicios y proveedores de otras Partes

Asimismo, cada Parte tiene que garantizar que sus entidades no den a un proveedor establecido en su territorio un trato menos favorable que a otro proveedor establecido en dicho territorio, por razón del grado en que se trate de una filial o sea propiedad de extranjeros, y que sus entidades no ejerzan discriminación, por razón del país de producción del producto o servicio suministrado, contra proveedores establecidos en su territorio.

Para garantizar la aplicación del principio básico de no discriminación, y que los productos, servicios y proveedores extranjeros tengan acceso a los contratos, el Acuerdo hace especial hincapié en los procedimientos destinados a garantizar la transparencia de las leyes reglamentos, procedimientos y prácticas relativos a la contratación pública.

Entre las características principales de la Contratación Pública:

- **La desproporcionalidad de las partes**

Esta desproporcionalidad se debe a que en este tipo de contratos prima el interés público, por tanto la administración debe imponerse y guardarse para sí ciertas prerrogativas además establecer las reglas bajo las cuales se llevaran los contratos todo esto con el fin de satisfacer de manera eficiente las necesidades de la colectividad.

- **El carácter Intuito persona:**

El Contrato Público se caracteriza por la relevancia esencial que tiene la actuación directa personal del contratista, que no puede eludirse casi en ningún caso. Por eso, el sector público contratante debe cuidar la idoneidad legal, ética, técnica, experiencia y situación económica del contratista, que aseguren el cumplimiento cabal de sus obligaciones.

- **El carácter indivisible:**

“En razón de los principios atinentes al contrato público, el Derecho positivo prohíbe la subdivisión que se pueda hacer para eludir los procedimientos de contratación, y por consiguiente, los procesos pertinentes, para disponer de cuantías menores y contratar

con determinadas personas, en condiciones especiales, muchas veces a pretexto de urgencia, ventaja o importancia falsas o inexistentes. La propia ley señala las excepciones que permiten contratar por etapas".

- El Carácter Intransferible y exorbitancia excepcional: la seriedad que implica la contratación pública prohíbe que los contratos pueden transferirse a otras personas; en caso que se de esto, la sanción es la caducidad del contrato y por ende la terminación del mismo por parte de la Administración Pública, un ejemplo de esto es lo sucedido con la compañía Occidental que pese haber sido quien mantenía un contrato petrolero con el Estado para operar un pozo había subcontratado con otra compañía para que esta explotara dicho pozo.

El carácter de exorbitancia radica en la competencia de la Administración para fundamentar y decidir la efectivización de las cláusulas, sin que para ello acuda a la Función Jurisdiccional, al contrario de lo que debe hacerse en los contratos sujetos al Derecho común.

- **Afectación a terceras personas:**

A diferencia de los contratos privados, sujetos al Derecho Civil, en los cuales estos contratos afectan únicamente a quienes los suscriben; los contratos públicos pueden afectar a terceras personas dependiendo del fin. Por ejemplo, si para la construcción de una vía se requiere pasar por propiedad privada, el dueño de dicho inmueble es afectado mediante la expropiación, debiendo proporcionar su bien para que se pueda llevar a cabo la vía.

- **Indivisible**

La LOSNCP, sin que se advierta el fundamento para ello, se refiere a la subdivisión no en un articulado como tal si no en los incisos segundo y tercero, cuarto y quinto de su Segunda Disposición General denominada Prohibiciones, así:

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.

Para establecer si existe subdivisión, se deberá analizar si se atenta a la planificación institucional.

Si de la subdivisión de la contratación se determina 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 que hubiere lugar.

Se entenderá que no existe la antedicha subdivisión cuando, al planificar la ejecución del proyecto o revisar tal planificación, se hubiere previsto, dos o más etapas específicas y diferenciadas, siempre que la ejecución de cada una de ellas tenga funcionalidad y se encuentre coordinada con las restantes, de modo tal que garantice la unidad del proyecto.”

Como dice el Dr. Marco Ricaurte en la guía de Contratación Pública, sobre la subdivisión, en primer término, cabe anotar que probablemente el término adecuado para la que se regula sería “división”, entendiéndose como tal la división del objeto contractual, porque la subdivisión implica, según el Diccionario de la Lengua Española “Dividir una parte señalada por una división anterior, es decir, dividir nuevamente lo que ya fue dividido, lo cual no se compadece con el tema analizado.

En todo caso, el concepto se centra en el hecho de que una contratación que originalmente debe ser sometida a un determinado tipo de procedimiento precontractual, no puede ser dividida con la intención de eludir un procedimiento.

- **Subcontratación**

El artículo 79 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública expresa que “El contratista podrá subcontratar la ejecución parcial del contrato con personas naturales o jurídicas registradas en el RUP, bajo su riesgo y responsabilidad. Tratándose de subcontratación de consultoría, ésta sólo podrá realizarse para las actividades que expresamente se establezcan en los pliegos y que conste en la oferta adjudicada. Las subcontrataciones no se las podrá realizar con personas inhabilitadas para contratar de acuerdo con esta Ley, ni podrán superar el treinta (30%) por ciento del monto del contrato reajustado. Por la subcontratación, el contratista no pierde su responsabilidad respecto a la obligación de cumplimiento del contrato para con la Entidad Contratante, la que no asume responsabilidad principal ni solidaria o subsidiaria con el subcontratado y con su personal. Las subcontrataciones que realicen las entidades previstas en el numeral 8 del

artículo 2 de esta Ley en calidad de contratistas, observarán los procedimientos de selección previstos en esta Ley”⁵³.

En lo referente al subcontratación, me parece correcto lo establecido en el artículo 79, con la única observancia que debo realizar, en lo referente al segundo inciso del artículo de la LOSNCP, en lo que respecta a que “oferta adjudicada”, lo que constituye un error conceptual, pues lo que se adjudica es un contrato no una oferta, como lo establece el artículo 32 de la misma norma antes mencionada, y a quien se lo adjudica se denomina adjudicatario, lo que se desprende del artículo como el 35 de la misma Ley.

⁵³ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Artículo 79.

CAPITULO II

2. Generalidades De Las Garantías

2.1 Introducción

Es una obligación accesoria que garantiza el cumplimiento de la obligación principal, cuyo fin es asegurar el estricto cumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del contratista. Consecuentemente, su vigencia estará supeditada a la existencia del contrato principal, pues, terminará cuando concluya dicho contrato.

Por eso, el fin u objetivo de las garantías será siempre asegurar el total y correcto cumplimiento de las obligaciones establecidas en el contrato, más no indemnizar, ya que el Ente Estatal, aún ejecutado las garantías conservará su derecho de demandar al contratista por los daños y perjuicios ocasionados a la administración.

La forma, clase, montos y los plazos para presentar las garantías se hallan regulados por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública⁵⁴.

La garantía es una institución muy particular del derecho administrativo. Ha sido definida por los administrativistas de variados modos.

Varela Méndez dice al respecto: "Constituyen garantía en el contrato de obra pública, todas las cauciones que la administración pública exige a sus contratantes para asegurar el puntual y exacto cumplimiento de las obligaciones que éstos asumen por el contrato, teniendo en vista la finalidad superior de satisfacción de las necesidades de la comunidad a través de la obra cuya ejecución se trata".

Para Miguel Bercaitz la cláusula de garantía es un elemento que integra la naturaleza de un contrato administrativo, en virtud de la completa generalidad con la que se la inserta en ellos. El Decreto 222 de la legislación colombiana, "por el cual se dictan normas sobre los contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones" dispone en su Art.90: "Los respectivos contratos de garantía toman parte integrante de aquel que se garantiza". De estas nociones se puede colegir las características más sobresalientes de las garantías pactadas en los contratos administrativos: generalmente son un contrato accesorio, unilateral, gratuito, real o solemne y en ocasiones innominado.

⁵⁴ Tratado de Contratación Pública.-William López Arévalo.-Edición 2011.-página 180

Pero antes de analizar cada uno de los caracteres mencionados, conviene dejar establecida una consideración fundamental: la garantía es un contrato accesorio que se constituye mediante una variada gama de obligaciones y contratos: el seguro, la fianza, la prenda, los títulos de crédito, la hipoteca, el depósito, etc., cada uno de los cuales considerado independientemente de su accesorialidad, tiene una fisonomía propia, muy diferente de aquella. En consecuencia, unas son las características de las garantías como contrato accesorio del principal al que acceden, y otras muy diferentes de las notas que conforman el perfil específico de la obligación que se utilizó como garantía. Por ejemplo, el seguro como tal, es un contrato principal, solemne, bilateral, oneroso y aleatorio; sin embargo, cuando mediante una póliza de seguros se instrumenta una garantía de anticipo, dicho seguro se convierte en un contrato accesorio, solemne, unilateral y gratuito. Otro ejemplo: la fianza personal solidaria es un contrato consensual, pero cuando la administración pública acepta esta garantía, el contrato se torna solemne.

Cabe una segunda aclaración: por ser tan variadas las figuras jurídicas, utilizadas como garantía, la determinación de sus características no debe tomarse a raja tabla, sino con un intento de sistematizar la institución administrativa y de encontrarle una fisonomía propia, dejando a salvo la esencia de cada una de las cauciones de que se vale la administración para asegurar el interés público.

2.2 Antecedentes

En el Registro Oficial 159 de 27 de agosto de 1976 se publica la Ley de Licitaciones y Concurso de Ofertas, la cual consideraba las siguientes clases de garantías:

- Para seguridad del cumplimiento del contrato

Según el artículo 13 de la Ley de Licitaciones y Concursos de Ofertas, las personas que contraten con el Estado o las entidades de derecho público o de derecho privado con finalidad social o pública, antes de firmar el contrato, para seguridad del cumplimiento de éste y para responder por las obligaciones que contrajeran a favor de terceros relacionadas con el contrato, rendirán una de las siguientes garantías, la cual será equivalente al cinco por ciento del valor del contrato:

a) Depósito en efectivo que se consignará en una cuenta especial a la orden de la entidad contratante en el Banco de la Vivienda;

- b) Garantía incondicional e irrevocable, de cobro inmediato, otorgada por un banco o compañía financiera del país.
- c) Póliza de seguro incondicional e irrevocable, de cobro inmediato,
- d) Entrega de Bonos del Estado, de las Municipalidades y otras entidades de derecho público o privado con finalidad social o pública, certificados de tesorería y otros documentos fiduciarios.
- e) Primera hipoteca de bienes raíces, siempre que el monto no exceda del cincuenta por ciento del valor de los inmuebles hipotecarios.

- **Para asegurar la debida ejecución y buena calidad materiales**

La Ley de Licitaciones y Concurso de oferta, indicaba que el Ministerio o institución contratante, retenía el cinco por ciento de los pagos que hiciera por cuenta del contrato y los depositaba en el Banco de la Vivienda a nombre del contratista, con el objeto de asegurar la debida ejecución y buena calidad de los materiales.

- **Forma de pago establecida mediante anticipo**

Cuando por la forma de pago se establecían anticipos de cualquier naturaleza, el contratista estaba obligado a rendir cualquiera de las garantías contenidas en el artículo 13 de la Ley de Licitaciones y Concurso de Ofertas.

Con la vigencia de esta ley en 1976, la Administración pública trató de garantizar el buen uso, cumplimiento y calidad de los materiales empleados en las obras contratadas con particulares, con la finalidad de precautelar el interés público.

Luego de 25 años, en el año 2001, entra en vigencia en el Ecuador, una nueva ley, encargada de normar la contratación pública, llamada Ley de Contratación Pública, norma que ya realiza una clasificación precisa y clara de cada una de las garantías que se debía solicitar al suscribir un contrato de obras con el sector público, entre las cuales están:

- **Garantía de seriedad de la propuesta**

Esta garantía se utiliza para asegurar la celebración del contrato.

- **Garantía de fiel cumplimiento**

Es la que tiene como fin asegurar el pleno y correcto cumplimiento de las obligaciones contractuales y responder por las que se contrajeran a favor de terceros relacionados con el contrato.

En los contratos de obra, así como en los contratos integrales por precio fijo, está garantía se constituirá para garantizar el cumplimiento del contrato y las obligaciones contraídas a favor de terceros y para asegurar la debida ejecución de la obra y la buena calidad de los materiales.

El Adjudicatario la rendirá antes o a la firma del contrato por un monto equivalente del 5% del valor del contrato. Pero, en los contratos de obra o en la contratación de servicios no normalizados, si la oferta económica corregida fuese inferior al presupuesto referencial en un porcentaje igual o superior al diez (10%) por ciento de este, la garantía de fiel cumplimiento deberá incrementarse en un monto equivalente al veinte (20%) por ciento de la diferencia entre el presupuesto referencial y la cuantía del contrato.

La garantía de fiel cumplimiento, no se exigirá en los contratos de compra y venta de bienes inmuebles y de adquisición de bienes mueble que se entreguen al momento de ejecutarse el pago; y, tampoco se exigirá esta garantía en los contratos cuya cuantía sea menor a multiplicar el coeficiente 0.0000003 por el Presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico⁵⁵.

- **Garantía por Anticipo**

Es la que rinde el adjudicatario para garantizar el buen uso del anticipo recibido, en los contratos donde establezca esta forma de pago.

El monto del anticipo lo regulará la Administración y la garantía que se rinda a cubrir el cien por ciento el valor anticipo y deberá ser entregada por el adjudicatario en forma previa a recibirlo⁵⁶.

⁵⁵ Tratado de Contratación Pública.-William López Arévalo.-Edición 2011.-página 184

⁵⁶ Tratado de Contratación Pública.-William López Arévalo.-Edición 2011.-página 185

Si por las formas de pago establecidas en el contrato se estableciera en el contrato, otorgar anticipos, de cualquier naturaleza, el contratista para recibir el anticipo deberá rendir previamente una garantía, por igual valor que el anticipo, la que se reducirá en la proporción que se vaya amortizando o se reciban provisionalmente los bienes.

- **Garantía Técnica para ciertos bienes**

Es la que rinde el adjudicatario en los contratos de adquisición, provisión o instalación de equipos, maquinarias o vehículos, o de obras que contemplen aquella provisión o instalación, para asegurar la calidad y buen funcionamiento de los mismos.

Además a esta garantía se deberá ser rendida en forma previa o al momento de la suscripción del contrato, se exigirá una garantía del fabricante, representante, distribuidor o vendedor autorizado, la que se mantendrá vigente de acuerdo con las estipulaciones establecidas en el contrato.

Estas garantías se caracterizan por ser independientes y subsistir luego de cumplida la obligación principal, pues entra en vigencia a partir de la entrega a recepción del bien⁵⁷.

- **Garantía por la debida ejecución de la obra**

En los contratos de obra para asegurar su debida ejecución y la buena calidad de los materiales, además de la garantía de fiel cumplimiento, el contratista antes del cobro de la primera planilla o del anticipo debía entregar una garantía por el 5% del contrato.

Luego el 4 de agosto de 2008, entra en vigencia Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, establece las formas de garantías en su Art. 73 mediante el cual indica que en los contratos a que se refiere esta ley, los contratistas podrán rendir cualquiera de las siguientes garantías: 1. Garantía incondicional, irrevocable y de cobro inmediato, otorgada por un banco o institución financiera establecidos en el país o por intermedio de ellos; 2. Fianza instrumentada en una póliza de seguros, incondicional e irrevocable, de cobro inmediato, emitida por una compañía de seguros establecida en el país; 3. Primera hipoteca de bienes raíces, siempre que el monto de la garantía no exceda del sesenta (60%) por ciento del valor del inmueble hipotecado, según el correspondiente

⁵⁷ Tratado de Contratación Pública.-William López Arévalo.-Edición 2011.-página 185, 186

avalúo catastral correspondiente; 4. Depósitos de bonos del Estado, de las municipalidades y de otras instituciones del Estado, certificaciones de la Tesorería General de la Nación, cédulas hipotecarias, bonos de prenda, Notas de crédito otorgadas por el Servicio de Rentas Internas, o valores fiduciarios que hayan sido calificados por el Directorio del Banco Central del Ecuador. Su valor se computará de acuerdo con su cotización en las bolsas de valores del país, al momento de constituir la garantía. Los intereses que produzcan pertenecerán al proveedor; y, 5. Certificados de depósito a plazo, emitidos por una institución financiera establecida en el país, endosados por valor en garantía a la orden de la Entidad Contratante y cuyo plazo de vigencia sea mayor al estimado para la ejecución del contrato.

No se exigirán las garantías en los procesos de Régimen Especial, cuando se someterán a la normativa específica que para el efecto dicte el Presidente de la República en el Reglamento General a esta Ley, bajo criterios de selectividad, los procedimientos precontractuales de las siguientes contrataciones: Los que celebren el Estado con entidades del sector público, éstas entre sí, o aquellas con empresas públicas o empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en el cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público o sus subsidiarias; y las empresas entre sí (Ley Organica del Sistema Nacional de Contratación Pública).

También los contratos que celebren las entidades del sector público o empresas públicas o empresas cuyo capital suscrito pertenezca por lo menos en cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público, o sus subsidiarias, con empresas en las que los Estados de la Comunidad Internacional participen en por lo menos el cincuenta (50%) por ciento, o sus subsidiarias.

El régimen especial previsto en este numeral para las empresas públicas o empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público o sus subsidiarias se aplicará únicamente para el giro específico del negocio; en cuanto al giro común se aplicará el régimen común previsto en esta Ley.

Para hacer efectiva la garantía, la Entidad Contratante tendrá preferencia sobre cualquier otro acreedor, sea cual fuere la naturaleza del mismo y el título en que se funde su pretensión.

Las garantías otorgadas por bancos o instituciones financieras y las pólizas de seguros establecidas en los numerales 1 y 2 del presente artículo, no admitirán cláusula alguna que

establezca trámite administrativo previo, bastando para su ejecución, el requerimiento por escrito de la entidad beneficiaria de la garantía. Cualquier cláusula en contrario, se entenderá como no escrita. En caso de incumplimiento, el banco, la institución financiera o la compañía aseguradora, será inhabilitada en el Sistema Nacional de Contratación Pública por el organismo responsable, hasta el cumplimiento de su obligación. En caso de reincidencia será inhabilitada por dos (2) años (Ley Organica del Sistema Nacional de Contratación Pública).

Las Garantías resumiéndose quedan establecidas en tres que se manejan a diario en los proceso de contratación pública, que son las siguientes: Garantía de fiel cumplimiento; Garantía por anticipo; Garantía técnica para ciertos bienes.

2.3 Definición

Para Cabanellas la garantía contractual significa: "...Afianzamiento, fianza. Prenda.⁵⁸

Caución. Obligación del garante. Cosa dada en garantía. Seguridad o protección frente a un peligro o contra un riesgo..."

Para Miguel Bercaitz "...la cláusula de garantía es un elemento que integra la naturaleza de un contrato administrativo, en virtud de la completa generalidad con la que se la inserta en ellos..."⁵⁹

Según Dromi "...la forma, modo, monto, momento y plazo para realizar dicha garantía precontractual, están regulados por las normas positivas de la contratación específica, y su razón de ser, es asegurar o afianzar el mantenimiento de la oferta durante el plazo estipulado en los pliegos de condiciones o en la normativa..."⁶⁰

En lo relacionado con las garantías contractuales, el legislador goza en este caso de un amplio poder discrecional para configurar la norma jurídica en pro de la satisfacción de los intereses públicos y sociales que implica el cumplimiento de los objetos contractuales y la consecuente protección del patrimonio público, determinan que aquél pueda diseñar el tipo de garantía que juzgue más conveniente para la protección de los referidos intereses.

⁵⁸ CABANELLAS, Guillermo, Diccionario Jurídico elemental, Edición 17ª.- Buenos Aires: Heliata- 2005; Pág: 174

⁵⁹ BERCAITZ, Miguel Ángel, Teoría General de los Contratos Administrativos; Buenos Aires: Depalma- 1952 Pág. 76.

⁶⁰ DROMI, Roberto, Derecho Administrativo, Edición 7ma .- Argentina-1998 , Pág. 379

2.4 Naturaleza de la Garantía en la Contratación Pública

La garantía tiene la naturaleza de un contrato accesorio que se constituye mediante una variada gama de obligaciones y contratos: el seguro, la fianza, la prenda, los títulos de crédito, la hipoteca, el depósito, etc., cada uno de los cuales considerado independientemente de su accesorialidad, tiene una fisonomía propia, muy diferente de aquella. En consecuencia, unas son las características de las garantías como contrato accesorio del principal al que acceden, y otras muy diferentes de las notas que conforman el perfil específico de la obligación que se utilizó como garantía. Por ejemplo, el seguro como tal, es un contrato principal, solemne, bilateral, oneroso y aleatorio; sin embargo, cuando mediante una póliza de seguros se instrumenta una garantía de anticipo, dicho seguro se convierte en un contrato accesorio, solemne, unilateral y gratuito. Otro ejemplo: la fianza personal solidaria es un contrato consensual, pero cuando la administración pública acepta esta garantía, el contrato se torna solemne.

2.5 Procedimiento de aplicación de la garantía

La exigencia de la efectividad de las garantías constituidas para respaldar el cumplimiento del contrato es dable desde el momento en que la Entidad tiene o ha debido tener conocimiento de la ocurrencia del hecho que motive la declaratoria del siniestro de incumplimiento mediante acto administrativo motivado.

Para proceder o ejecutar las garantías es muy importante que se observe el debido proceso, para evitar que en lo futuro se reviertan demandas contra la Entidad por inobservancia de los procedimientos legales⁶¹.

Como se comentó en capítulos anteriores la obtención de garantías, consiste en un requisito indispensable para la suscripción de un contrato en el sector público, y constituye una de esas cláusulas exorbitantes, debido a que ponen a la Administración Pública en una ventaja superior frente al particular, al solicitarle presente una garantía de que va a cumplir con lo estipulado en el contrato, mientras que la Administración Pública, no presenta ninguna garantía de que va a pagar a tiempo las planillas, de que los diseños están bien elaborados, de que no van rescindir contratos, entre otros; todo esto con la finalidad de proteger los recursos e intereses públicos.

⁶¹ Tratado de Contratación Pública.-William López Arévalo.-Edición 2011.-página 187

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

2.5.1 Obtención de la garantía de buen uso de anticipo y fiel cumplimiento en una entidad financiera u aseguradora

- Garantía incondicional irrevocable y de cobro inmediato, otorgado por un banco o entidad financiera establecidos en el país o por intermedio de ellos;
- Fianza instrumentada en una póliza de seguros, incondicional e irrevocable, de cobro inmediato, emitida por una compañía de seguros establecida en el país, y,
- Certificados de depósito a plazos, emitidos por una institución financiera establecida en el país, endosados por valor en garantía a la orden de la Entidad Contratante y cuyo plazo de vigencia sea mayor al estimado para la ejecución del contrato⁶².

Estas garantías se obtienen previo o al momento de la suscripción del contrato con la Administración Pública, son responsabilidad del contratista, quien deberá acudir alguna de las entidades autorizadas para la emisión de garantías como son: aseguradoras, bancos, mutualistas, entre otras; y deberá presentar la siguiente documentación, para ser calificados:

- Cédula de ciudadanía y Certificado de votación a color del contratista, cónyuge y garante
- Copia del Registro Único de Proveedores
- Copia del Registro Único de Contribuyentes
- Detalle de bienes que posee el contratista, con su respectiva documentación de soporte;
- Hoja de vida del contratista
- Estado de Situación Financiera del Contratista

Una vez calificado, se deberá presentar la adjudicación del Portal de Compras Públicas.

⁶² Tratado de Contratación Pública.-William López Arévalo.-Edición 2011.-página 184,185

2.5.1.1 Garantía de buena calidad de los materiales

Esta garantía será solicitada en forma previa o al momento de la suscripción del contrato, se exigirá una garantía del fabricante, representante, distribuidor o vendedor autorizado, la que se mantendrá vigente de acuerdo con las estipulaciones establecidas en los pliegos y contratos, las cuales garantizan el correcto funcionamiento de las obras, equipos o bienes, debido a que establecen las reparaciones o cambios de aquellas partes en la que se descubran defectos, mala calidad o incumplimiento por parte del contratista.

2.5.1.2 Oportunidad y procedimiento para la renovación de las garantías

La renovación de la garantía básicamente se da en el sector público, por el vencimiento del plazo establecido en la póliza, el cual se produce por los siguientes motivos:

- Pago tardío en las planillas,
- Por estación invernal,
- Por otras condiciones climáticas que paralizan las obras,
- Por cambios en los diseños;
- Por tardanza en la presentación, recepción y aprobación de planillas,
- Por la no presentación a tiempo del informe del fiscalizador, entre otros.

2.5.1.3 Renovación de la garantía de buen uso del anticipo

Esta garantía debe renovarse con quince días de anticipación a la fecha de vencimiento de la póliza o con el tiempo que hayan acordado entre la entidad pública y la aseguradora; esta renovación no requiere de autorización del contratista, basta que la entidad asegurada la solicite.

Vale recalcar que la renovación de la garantía de buen uso del anticipo no va a ser por el total de la primera cantidad asegurada, sino por la diferencia que queda y en el porcentaje que no se haya amortizado.

Esta garantía estará vigente hasta la celebración del acta provisional o hasta que el anticipo este amortizado en el 100%.

2.5.1.4 Renovación de la garantía de fiel cumplimiento del contrato

Al igual que la garantía anterior debe ser renovada a pedido de la entidad pública a la Aseguradora, para lo cual se la solicitará con quince días de anticipación a su vencimiento, o como hayan acordado entre la aseguradora y la entidad pública; para esta renovación no se necesita de la autorización previa del contratista, y será por la totalidad del monto, sin afectar el nivel del avance.

La garantía de fiel cumplimiento debe estar vigente por lo menos hasta seis meses o 180 días después de que la obra fue recibida provisionalmente.

2.5.1.5 Responsable de la renovación de las garantías

Según las Normas de Control Interno emitidas por el Contralor General del Estado, y que son de uso obligatorio para todas las entidades del sector público; la responsable del manejo, renovación y control de las garantías es el área de Tesorería de la entidad.

“...En los contratos que celebren las entidades del sector público, para asegurar el cumplimiento de los mismos, se exigirá a los oferentes o contratistas la presentación de las garantías en las condiciones y montos señalados en la ley.- Los contratos que generalmente celebran las entidades del sector público son de: adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultoría, cuyas cláusulas contractuales contemplan el pago de anticipos, previo a la entrega de una garantía, en las condiciones y montos señalados en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.- La tesorería de cada entidad pública, ejercerá un control adecuado y permanente de las garantías con el fin de conservarlas y protegerlas, en los siguientes aspectos:

- *Las garantías presentadas deben corresponder a cualquiera de las forma de garantías contempladas en las disposiciones legales vigentes,*
- *La recepción de los documentos se efectuará previo al pago de los anticipos y se verificará que cumplan con los requisitos señalados en la ley;*
- *Custodia adecuada y organizada de las garantías;*
- *Control de vencimientos de las garantías recibidas.*
- *La tesorería informará oportunamente al nivel superior sobre los vencimientos de las garantías a fin de que se tomen las decisiones adecuadas, en cuanto a requerir su renovación o ejecución, según sea el caso. ...”*

De lo anterior se desprende que el servidor público encargado del área de tesorería es la persona responsable del manejo de las garantías, vigencia y renovación adecuada, de no cumplir con esta disposición estará sujeta a las responsabilidades que determina la Contraloría General del Estado.

2.5.1.6 Procedimiento para ejecutar una garantía

La exigencia de la efectividad de las garantías constituidas para respaldar el cumplimiento del contrato es dable desde el momento en que la Entidad tiene o ha debido tener conocimiento de la ocurrencia del hecho que motive la declaratoria del siniestro de incumplimiento mediante acto administrativo motivado.

Para proceder a ejecutar las garantías es muy importante que se observe el debido proceso, para evitar que en el futuro se reviertan demandas contra la entidad por inobservancia de los procedimientos legales.

En los casos de terminación unilateral del contrato, si el contratista no pagase el valor requerido dentro del término de diez días contados a partir de la fecha de notificación de la resolución de la terminación unilateral; la entidad contratante solicitará por escrito a los bancos o instituciones financieras y aseguradoras que hubieren otorgado las garantías, que dentro del término de 48 horas contado a partir del requerimiento, ejecute las garantías otorgadas y dentro del mismo término pague a la Entidad Contratante los valores liquidados que incluyan los intereses fijados por el Directorio del Banco Central del Ecuador, que se calcularán hasta la fecha efectiva del pago⁶³.

2.5.2 Procedimiento para devolver una garantía y su relación con la recepción de las obras

El Artículo 77 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública establece que “en los contratos de ejecución de obras, la garantía de fiel cumplimiento se devolverá al momento de la entrega recepción definitiva, real o presunta. En los demás contratos, las garantías se devolverán a la firma del acta recepción única o a lo estipulado en el contrato”⁶⁴.

⁶³ Tratado de Contratación Pública.-William López Arévalo.-Edición 2011.-página 187, 188

⁶⁴ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.- Artículo 77

El Artículo 118 del Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública establece que “las garantías serán devueltas cuando se han cumplido todas las obligaciones que avalan. La garantía de fiel cumplimiento del contrato se devolverá cuando se haya suscrito el acta de entrega recepción definitiva o única. La garantía de buen uso del anticipo se devolverá cuando éste haya sido devengado en su totalidad. La garantía técnica observará las condiciones en las que se emite”⁶⁵.

Las garantías serán devueltas cuando se hayan cumplido todas las obligaciones que avalan, para lo cual se debe considerar los siguientes aspectos:

- Las garantías de fiel cumplimiento se devolverán cuando se haya suscrito el acta de entrega recepción definitiva o única.
- Las de buen uso del anticipo, se reducirá en la proporción que se vaya amortizando el anticipo; y se las devolverá con la suscripción del acta de recepción provisional o cuando se haya devengado en su totalidad el anticipo.
- Garantía técnica, debido a sus características y particularidades no está sujeta a devolución.

2.5.3 Las recepciones y las garantías

La recepción, es el acto formal mediante el cual la Administración recibe el objeto contractual o parte de él; en nuestra legislación se contemplan las siguientes clases de recepción:

- Única
- Parcial
- Definitiva
- Presunta

2.5.3.1 La recepción única

Una vez suscrita el acta de recepción parcial o única/definitiva, esta deberá ser publicada en el Portal www.compraspublicas.gob.ec del Instituto Nacional de Contratación Pública por el

⁶⁵ Reglamento de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.- Artículo 118

Administrador en coordinación con la Unidad de Contratación. El Administrador solicitará el pago a la Unidad Financiera con base a lo estipulado en el contrato⁶⁶.

Es el acto formal mediante el cual la entidad recibe del contratista el objeto del contrato por considerar que se ha cumplido a cabalidad; este tipo de recepción procede en los contratos de adquisición de bienes y de prestación de servicios incluidos los de consultoría.

Al tener el efecto de la recepción definitiva y por ser única; en lo relacionado a las garantías, la entidad de entregar la garantía de fiel cumplimiento y la de buen uso de anticipo; sin embargo excepcionalmente puede que la póliza de buen uso del anticipo se devuelva antes, como es el caso: de que la obra se haya concluido con menos de lo presupuestado, cuando hayan existido cambios en los rubros y cantidades del contrato, que modifiquen el valor del contrato, entre otros.

2.5.3.2 La recepción provisional

Las actas de recepción provisional, parcial, total y definitivas serán suscritas por el contratista y los integrantes de la Comisión designada por la máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado conformada por el administrador del contrato y un técnico que no haya intervenido en el proceso de ejecución del contrato como lo establece la política del manual⁶⁷.

Es el acto formal; mediante el cual la entidad contratante recibe el objeto materia del contrato provisionalmente, es decir entra a período de observación por seis meses.

Este tipo de recepción se da en los contratos de ejecución de obras y en los contratos integrales por precio fijo; en lo relacionado a las garantías con la recepción provisional se devuelve la garantía de buen uso del anticipo en lo relacionado a la de fiel cumplimiento esta sigue vigente después de suscrita el acta de recepción provisional.

⁶⁶ <http://www.ambiente.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/06/8-Manual-Proceso-de-la-Fase-Contractual.pdf>

⁶⁷ <http://www.ambiente.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/06/8-Manual-Proceso-de-la-Fase-Contractual.pdf>

2.5.3.3 Recepción definitiva

Es la que procede después de la recepción provisional, cuando la administración no ha efectuado objeciones ni observaciones al cumplimiento del contrato dentro del término legal.

En lo relacionado a las garantías se deben encontrar vigentes la de fiel cumplimiento del contrato, la cual se devolverá al contratista con la firma de esta acta y la garantía técnica que depende de lo estipulado en el contrato.

2.5.3.4 Recepción Presunta

El artículo 81 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, al referirse a la Recepción de Pleno Derecho establece: "(...) En los casos en los que ante la solicitud del contratista, la Entidad Contratante no formule ningún pronunciamiento ni iniciare la recepción dentro de los períodos determinados en el Reglamento de esta Ley, se considerará que tal recepción se ha efectuado de pleno derecho, para cuyo efecto un Juez de lo Civil o un Notario Público, a solicitud del contratista notificará obligatoriamente que dicha recepción se produjo; la negativa del funcionario será causal de sanción por parte del Consejo de la Judicatura. La recepción presunta definitiva producirá como único efecto la terminación del contrato, dejando a salvo los derechos de las partes a la liquidación técnico económica correspondiente (el subrayado me pertenece). La entidad contratante declarará la recepción presunta a su favor, respecto de los contratistas de obras, adquisición de bienes o servicios, incluidos los de consultoría, en el caso de que éstos se negaren expresamente a suscribir las actas de entrega recepción previstas, o si no las suscribieren en el término de diez días, contado desde el requerimiento formal de la entidad contratante. La recepción presunta por parte de la entidad contratante, la realizará la máxima autoridad o su delegado mediante resolución motivada, que será notificada al contratista de conformidad con el procedimiento establecido en el Reglamento de esta Ley"⁶⁸.

Es una recepción tácita o presuntiva, que se produce ante el silencio de la Administración Pública, respecto de la solicitud de recepción realizada por el contratista.

Una vez concluida la obra, bien o servicio, el contratista realizará la solicitud de recepción, a la entidad; la cual cuenta con 10 días para recibir o negarse a recibir la obra, bien o servicio

⁶⁸ ECUADOR, Leyes y Estatutos; Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; Lexis S.A.

por razones justificadas; si transcurrido el plazo la entidad no realiza la aceptación y no existen motivos justificables para no recibirla, operará la recepción de pleno derecho, para lo cual el contratista notificará a la entidad por intermedio de un Juez de lo Civil o de un Notario Público.

2.6 Clasificación de las Garantía

Como principal diferenciación con las formas establecidas en las dos normativas anteriores a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, es que la actual Ley no prevé como forma de garantía el Depósito en moneda de plena circulación en el país, en efectivo o en cheque certificado que se consignaba en una cuenta especial a la orden de la entidad contratante, en el Banco Ecuatoriano de la Vivienda; y en vez de esta posibilidad permite la presentación de certificados de depósito a plazo, emitidos por una institución financiera establecida en el país, endosados por valor en garantía a la orden de la entidad contratante y cuyo plazo de vigencia es mayor al estimado para la ejecución del contrato.

Otra ventaja que establece la actual LOSNCP, en relación con la legislación anterior, sobre todo para las entidades públicas, es que las garantías o pólizas, no admiten cláusula alguna de trámite administrativo previo; por lo que el asegurado únicamente necesita hacer el requerimiento por escrito de su ejecución; y, la aseguradora o entidad financiera inmediatamente la efectivizará, sin más trámite.

2.6.1 Fianza instrumentada

Fianza instrumentada en una póliza de seguros, incondicional e irrevocable, de cobro inmediato, emitida por una compañía de seguros establecida en el país⁶⁹.

La fianza, en sentido estricto, consiste en una garantía personal, en virtud de la cual se asegura el cumplimiento de una deuda u obligación mediante la existencia de un fiador. El fiador es una tercera persona, ajena a la deuda, que garantiza su cumplimiento, comprometiéndose a cumplir él lo que el deudor no haya cumplido por sí mismo (deudor subsidiario).

⁶⁹ <http://davidesparza1978.blogspot.com/2012/02/garantias.html>

El artículo 2238 del Código Civil ecuatoriano, define así a la fianza: "...Es una obligación accesoria en virtud de la cual una o más personas responden de una obligación ajena, comprometiéndose para con el acreedor a cumplirla en todo o en parte, si el deudor principal no la cumple...".

De Diego define a la fianza como "...*aquel contrato por el que una tercera persona, distinta del acreedor y del deudor, se obliga subsidiariamente al cumplimiento de una obligación principal...*"; en lo anterior este autor hace referencia al contrato que no figura en nuestra legislación.

En cuanto al concepto de tercero, está muy bien precisado por De Diego, que se trata de una persona diferente tanto del deudor como del acreedor. En la relación de fianza habrá siempre tres personas diferentes: deudor, acreedor y fiador, y cada uno de estos sujetos puede ser individual o colectivo.

Sin embargo de esta necesaria existencia de tres personas, téngase en cuenta, que la relación se establece esencialmente sólo entre el acreedor y el fiador, apareciendo solo de modo accidental el deudor.

2.6.2 Sujetos que integran la póliza de seguro

En una póliza de seguro intervendrán las siguientes personas:

El asegurado

Es la persona, titular del interés sobre cuyo riesgo se toma el seguro. En el sentido estricto, es la persona que queda libre del riesgo y sobre la cual recae la cobertura del seguro⁷⁰.

Es el acreedor que tiene derecho a exigir el cumplimiento de la obligación garantizada. Es el sujeto titular del crédito asegurado con la fianza y como tal representa el papel de sujeto activo en la triple relación.

Sin embargo, la causa que lo vincula con cada una de las partes restantes obedece a razones diferentes por lo que su actuación deberá hacerse al amparo del respeto de la

⁷⁰ <http://www.eumed.net/cursecon/dic/glos-segur.htm>

misma ya que resultaría incorrecto, además de falso, admitir el mismo contenido obligacional respecto al deudor principal y al fiador.

El afianzado

Persona o naturales jurídica Que, del una póliza de fianzas, Actúa Como contratante del Seguro, pagador de la prima. Es la persona garantizada por la Compañía en la Operación⁷¹.

Es quien asume responsabilidad en primer grado de todas las obligaciones contractuales bajo un contrato. Es el deudor quien tiene que cumplir la obligación garantizada.

Tiene como obligación del pagar de la prima por la contratación de la fianza respectiva.

Es el deudor principal, por su parte, juega un papel clave en el contrato de fianza puesto que es quien, en realidad, coloca los pilares para que la otra despliegue su funcionalidad en la práctica, además, como titular de la obligación principal será el artífice, en muchas ocasiones, de la existencia de ésta y su conducta determinará el momento de efectividad de la fianza.

La ley no deja desprotegidos los intereses del obligado principal, que pudiera verse perjudicado por una actuación incorrecta o fraudulenta del fiador, otorgándole ciertas excepciones para defenderse de la conducta inconveniente o desatenta de aquél.

No sería muy difícil pensar en un caso en que el fiador se pusiera de acuerdo con el acreedor para realizar el pago de forma anticipada, sin hacer uso del beneficio de excusión, y sin comunicarlo al deudor, para que éste se viera perjudicado por no haber podido oponer excepciones que tuviera contra el acreedor.

La aseguradora

Es la persona jurídica debidamente aprobada por la Superintendencia de Bancos y Seguros. Técnica y financieramente estructurada párrafo Asumir Riesgos A Cambio De Una prima⁷².

Es la empresa con autorización estatal que garantiza sistemáticamente obligaciones de tercero, la cual debe estar debidamente autorizada por la Superintendencia de Bancos.

⁷¹ <http://p.aseguradoradelsur.com.ec/glosario/>

⁷² Ibídem

Se genera para el fiador la obligación de dar cumplimiento a una prestación determinada en beneficio del acreedor, en el caso de que el deudor no cumpla con su obligación.

En caso de una aseguradora, ésta tiene que cumplir con las siguientes obligaciones:

- Expedir la póliza, misma que contiene el contrato de fianza;
- Pagar la suma afianzada, la cual surge al momento en que se exigible la obligación principal,

El fiador, por su parte es un deudor normal e independiente del reputado principal, aunque sus posiciones estén relativamente conectadas. Como tal, deberá tener capacidad para obligarse a la prestación.

El Reaseguro

El reaseguro es una modalidad de seguro que se produce cuando el asegurador que ha aceptado un riesgo que sobrepasa de su pleno, cede el exceso a otro asegurador.

Según el artículo 77 de la Ley de Contrato de Seguro, *"En el contrato de reaseguro, el reasegurador se obliga a reparar, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, la deuda que nace en el patrimonio del reasegurado a consecuencia de la obligación de éste asumida como asegurador en un contrato de seguro."*⁷³

Es necesario indicar que el contrato de reaseguro es independiente del contrato de seguro suscrito entre el asegurado y el asegurador, pues este contrato de reaseguro no modifica las obligaciones asumidas por el asegurador, ni da al asegurado acción directa sobre el reasegurador. Se trata de empresas que cubren ya no a un Asegurado directo, sino a la cartera o ramo determinado de una Aseguradora, dando lugar a lo que se llama la atomización del riesgo.

Al respecto Rodrigo Uria, en su obra denominada Derecho Mercantil, señala: "...El reaseguro es una modalidad del seguro que cubre el riesgo que asumen los aseguradores al estipular los contratos de seguro directo con sus clientes.

⁷³ <http://www.expansion.com/diccionario-economico/reaseguro.html>

Su finalidad es resarcir el daño patrimonial que experimenta el asegurador directo al producirse el evento que obliga a indemnizar a su asegurado..."

Por lo tanto se podría concluir que el reaseguro es el contrato, con el cual un asegurador celebra con otro, para protegerse de las consecuencias de los seguros que ha otorgado, en cuanto excedan de su capacidad y conveniencia, transfiriendo al reasegurador una parte o la totalidad de los riesgos en las condiciones que se convengan entre ambos.

El reaseguro en una manera de repartir los riesgos, conservando la responsabilidad ante el asegurado. El reaseguro puede contratarse en condiciones iguales o más o menos favorables que las del seguro. Y como características especiales tiene las que no extingue las obligaciones del coasegurador, ni confiere al asegurado acción directa contra el reasegurador.

El reaseguro un contrato independiente del seguro, con modalidades propias y su celebración o extinción no influyen sobre el de seguro, por lo tanto no es necesario en todos los casos, solo en aquellos en que la Aseguradora no tenga la capacidad de responder en caso de que se presenten los riesgos.

2.6.3 Contenido de la Póliza

La póliza está formada por:

Condiciones particulares: son aquellas que individualizan el contrato de seguro, recogiendo los aspectos concretamente relativos al riesgo que se asegura.

Condiciones generales: son cláusulas contractuales, redactadas por el asegurador, que regulan un determinado ramo de seguro siendo, en principio, iguales para todas las pólizas contratadas con un determinado asegurador y en un determinado ramo o modalidad.

Condiciones especiales: matizan o perfilan lo dispuesto en las particulares y generales.

Apéndices o suplementos: modifican lo pactado en una póliza siempre que estén formalizados por escrito y firmados por las mismas personas que suscribieron la póliza inicial. Los supuestos más frecuentes que dan lugar a un suplemento pueden ser el aumento o disminución del capital asegurado, cambio de lugar de los objetos asegurados,

modificación en la naturaleza de los riesgos, rectificación de errores, cambio de beneficiarios, etc⁷⁴.

El contenido mínimo de una póliza de seguro deberá contener las siguientes condiciones:

- Nombre de la póliza
- Determinación del sector
- Declaración de la aseguradora
- Dirección y otros datos de la aseguradora
- Fecha de emisión
- Tipo de póliza
- Número de póliza
- Suma asegurada
- Vigencia de la póliza
- Tiempo de renovación
- Nombre y datos del Afianzado
- Nombres y datos del asegurado
- Determinación del objeto del contrato
- Monto de la prima
- Impuestos y otros
- Total a pagar
- Declaración de la póliza de seguro es incondicional, irrevocable y de cobro inmediato
- Firmas del asegurado, contratista y aseguradora.
- Condiciones particulares tal como el reaseguro, en los casos que la aseguradora considere necesario.

2.6.4 Primera hipoteca de bienes raíces

El Art. 2309 del Código Civil, vigente indica que la “Hipoteca es un derecho de prenda, constituido sobre inmuebles que no dejan por eso de permanecer en poder del deudor”.

El Art. 2310 del Código Civil, vigente expresa que en consecuencia, cada una de las cosas “Hipotecadas a una deuda y cada parte de ellas están obligadas al pago de toda la deuda y de cada parte de ella”⁷⁵.

⁷⁴ <http://losmejoressegurosdelmundo.com/la-poliza-de-seguro-todo-lo-que-debes-saber/>

La hipoteca es un derecho real de garantía y de realización de valor, que se constituye para asegurar el cumplimiento de una obligación sobre un bien, (generalmente inmueble) el cual, aunque gravado, permanece en poder de su propietario, pudiendo el acreedor hipotecario, en caso de que la deuda garantizada no sea satisfecha en el plazo pactado, promover la venta forzosa del bien gravado con la hipoteca, cualquiera que sea su titular en ese momento para, con su importe, hacerse pago del crédito debido, hasta donde alcance el importe obtenido con la venta forzosa promovida para la realización de los bienes hipotecados.

La hipoteca da al acreedor hipotecario una preferencia particular, que le permite ejecutar la cosa concreta que sufre el gravamen para pagarse con su precio; esta preferencia es especial o particular, debido a que da el acreedor una preferencia concreta sobre el bien hipotecado, y no sobre todos los bienes del deudor.

El Código Civil ecuatoriano en su artículo 2309 la define así: "...La hipoteca es un derecho de prenda, constituido sobre inmuebles que no dejan por eso de permanecer en poder del deudor..."

2.6.4.1 Características de la hipoteca

Las hipotecas no suelen tener un interés fijo, y la mayoría que se conceden suelen ser de interés variable. El tipo de interés en el que se basa una hipoteca normalmente es el Euribor, si este sube, los intereses que tienen que pagar los clientes al banco aumentarán, por el contrario, si el Euribor baja, los intereses a pagar también se verán reducidos.

En los contratos hipotecarios no suele existir un máximo de tipo de interés que deberá de pagar el cliente al banco si el Euribor se eleva notablemente, pero por el contrario, si suele tener un mínimo, y si el tipo de interés baja de esa cantidad, el cliente tendrá que pagar el mínimo estipulado en el contrato. Normalmente la revisión de los intereses se realiza anualmente.

Cuando se contrata una hipoteca con interés fijo, suele ser bastante superior al que se cobraría si se contratara a interés variable. Una hipoteca a interés fijo es como una

⁷⁵ ECUADOR, Leyes y Estatutos; Código Civil Ecuatoriano; Lexis S.A.

apuesta, si los tipos de interés suben por encima de lo que nosotros pagamos al banco nos saldrá rentable, pero si no llega a producirse esa circunstancia, estaremos pagando más carga financiera que con el interés variable.

Las hipotecas son préstamos que suelen amortizarse en un periodo bastante largo. Una hipoteca se puede firmar por pocos años, pero han existido y existen casos donde la devolución del préstamo puede llegar hasta los cuarenta años⁷⁶.

Los caracteres esenciales de la hipoteca son:

- Es un derecho real y da origen a una acción real;
- Es un derecho accesorio, con función de garantía de una obligación principal;
- Es indivisible;
- Confiere un derecho de preferencia particular al acreedor hipotecario.

En lo relacionado a las características²⁹, Valencia Zea, destaca que la hipoteca es "...un derecho real que recae en inmuebles singularizados, que continúan en poder del deudor o del constituyente, para garantía del cumplimiento de una obligación, quedando facultado el acreedor para realizar el valor del inmueble y pagarse preferentemente...".

2.6.4.2 Preferencia del acreedor hipotecario

El Art. 2343 del Código Civil Ecuatoriano manifiesta que "El acreedor no se hace dueño del inmueble a falta de pago, ni tiene preferencia en él sobre los otros acreedores, sino la que le dé el contrato accesorio de hipoteca, si lo hubiere. Toda estipulación en contrario es nula".

El Art. 2372 del Código Civil Ecuatoriano indica que "Las causas de preferencia son solamente el privilegio y la hipoteca. Estas causas de preferencia son inherentes a los créditos para cuya seguridad se han establecido, y pasan con ellos a todas las personas que los adquieran por cesión, subrogación o de otra manera".

El Art. 2388 del Código Civil Ecuatoriano establece que "No se reconocen otras causas de preferencia que las indicadas en la ley. Con relación a los créditos públicos no hay más

⁷⁶ <http://preguntasresueltas.com/cuales-son-las-caracteristicas-de-una-hipoteca/>

derechos preferentes que la hipoteca, la prenda, la pensión alimenticia y lo que se deba a los trabajadores por concepto de salarios, sueldos, indemnizaciones y pensiones jubilares⁷⁷.

La situación de ventaja o preferencia, se hace efectiva en el remate y la secuencia del mismo, que será el reparto del precio. Se puede para este efecto producir un concurso particular de acreedores, al cual acudirán todos los que tengan créditos contra el mismo deudor, y se ha de preferir a los hipotecarios, cancelados éstos, si queda un saldo, cobrarán los demás acreedores en su orden de preferencia.

Hay que destacar que existen algunos acreedores hipotecarios, la preferencia entre ellos, la tendrá el que tenga el crédito más antiguo; también hay que señalar que esta situación de preferencia que tiene un acreedor hipotecario, puede verse limitada al tratarse de créditos de primera clase, los cuales están sobre los hipotecarios.

La hipoteca de primera clase según el Código Civil en su artículo 2374, pasan antes de los hipotecarios, en el Ecuador son considerados créditos de primera clase los siguientes:

1. "...Las costas judiciales que se causen en interés común de los acreedores;
2. Las expensas necesarias para los funerales para el deudor difunto;
3. Los gastos de la enfermedad de que haya fallecido el deudor;
4. Los derechos del Estado y de las Instituciones de Derecho Público, para cobrar a sus funcionarios por peculado,
5. Lo que el empleador debe al trabajador por salarios, sueldos indemnizaciones jubilares;
6. Los créditos de alimentos a favor de menores;
7. Los del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social por aportes, primas, fondos de reserva, convenios de purga de mora patronal, multas y descuento, o por créditos concedidos a afiliados o beneficiarios;
8. Los derechos del Estado y de las instituciones del sector público que señala la Constitución, no contemplados en el numeral cuatro de este artículo y que consten en leyes especiales;
9. Los artículos necesarios de subsistencia suministrados al deudor y su familia en los tres últimos meses..."

⁷⁷ ECUADOR, Leyes y Estatutos; Código Civil Ecuatoriano; Lexis S.A. Arts. 2343, 2372, 2388

En el numeral 7 del artículo antes mencionado, estaría enmarcado lo dispuesto en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; recalando que únicamente se acepta esta forma de garantía, siempre que el monto de la garantía no exceda del sesenta por ciento del valor del inmueble hipotecado, según el correspondiente avalúo catastral correspondiente.

El avalúo catastral consiste en la determinación del valor de los predios, obtenido mediante investigación y análisis estadístico del mercado inmobiliario.

El valúo catastral de cada predio se determinará por la adición de los avalúos parciales practicados independientemente para los terrenos y para las edificaciones en él comprendidos.

En el Ecuador según el artículo 496 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, le corresponde a las municipalidades y distrito metropolitanos la valoración de la propiedad rural y urbana, control y actualización cada bienio.

Además esta misma ley establece que el valor de la propiedad se establece en base a tres elementos, que son:

- Valor del suelo;
- Valor de las edificaciones, en caso de existir; y,
- Valor de reposición, que consiste en determinar el valor, en base a un proceso de simulación de construcción de la obra que va a ser evaluada, considerando los costos actualizados y la depreciación en proporción a la vida útil.

2.7 Características de la Garantía

La Ley de Contratación Pública, al referirse a las garantías que deben rendir quienes contratan con el Estado o con entidades del sector público, establece la posibilidad de que puedan ser una garantía bancaria o una póliza de seguros incondicional, irrevocable y cobro inmediato. Las primeras emitidas por un banco o compañía financiera establecida en el país, y las segundas, por una compañía de seguros, también establecida en el país.

2.7.1 Incondicional

Porque no pueden estar sujetas a condición de ninguna naturaleza y cualquier cláusula en contrario se entenderá como no escrita⁷⁸.

Las garantías, en realidad, no pueden ser incondicionales absolutas por su propia naturaleza. En efecto, como obligaciones accesorias que son, sólo pueden hacerse efectivas frente al incumplimiento de la obligación principal, o sea por el incumplimiento del oferente o contratista, por falta de devolución del anticipo no devengado, por declaración de terminación unilateral y anticipada del contrato, etc., según sea el caso.

De acuerdo con lo expuesto, la incondicionalidad exigida por la ley, no puede referirse a este aspecto cosustancial de la garantía, sino más bien a la forma de ejecutarla una vez producido el evento que da lugar a ello, en esta fase, es donde no caben las condiciones, basta la simple afirmación por escrito del representante de la entidad beneficiaria, en razón de que el incumplimiento se ha producido, para la obligación que contiene la garantía se torne exigible.

Naturalmente, esta declaración debe responder a una realidad jurídica y contractual, pero aquella determinación corresponde al régimen interno de la entidad del Estado, y al caso concreto que se analice.

El doctor Nicolás Pardusca S. Procurador General del Estado en 1982, definió oficialmente, en ese entonces, la primera característica de la incondicionalidad: "...consiste en la inadmisibilidad de alegar un supuesto, causa o situación que dilate o niegue el pago de la garantía". (Of. 31238, 25-VIII-82).

2.7.2 Irrevocabilidad

Porque una vez rendidas, no pueden ser revocadas y solo terminarán cuando se cumpla la obligación principal⁷⁹.

Debe entenderse como la imposibilidad del emisor de dejarla por su propia voluntad, de tal manera que constituya un compromiso firme, el cual brinde la seguridad necesaria para garantizar los intereses del Estado. Por esta razón, es indispensable que las condiciones

⁷⁸ Tratado de Contratación Pública.-William López Arévalo.-Edición 2011.-página 181

⁷⁹ Tratado de Contratación Pública.-William López Arévalo.-Edición 2011.-página 181

generales y especiales, que constan en los modelos de pólizas de seguros, utilizados para emitir las garantías, no contravengan la incondicionalidad exigida por las Leyes de Contratación Pública y Consultoría.

2.7.3 Cobro inmediato

Las empresas de seguros tienen la obligación de pagar el valor del seguro contratado dentro del término de cuarenta y ocho horas siguientes a la solicitud que por escrito haga el asegurado, sin que pueda exigir documentación adicional o el cumplimiento de trámite administrativo alguno, y su incumplimiento dará lugar a las sanciones por parte de la Superintendencia de Bancos y Seguros, sin perjuicio de la suspensión inmediata de las operaciones, conforme lo establece el Art. 42 de la Ley General de Seguros⁸⁰.

Del mismo modo en el oficio *ibídem*, El Dr. Parducci concibió así la irrevocabilidad: "*...la segunda, no permite la posibilidad de que sea reiterada, declarada insubsistente o dejada sin efecto, una vez presentada...*".

Igualmente, para hacer efectiva la tercera condición: cobro inmediato, deberá entenderse que estos casos no es aplicable la norma del Art. 100 de la Ley General de Compañías de Seguros, pues tal disposición está en contra de esta garantía, ya que el cobro inmediato es un pago sin tardanza, mientras que el Art. 100 establece requisitos y dispone la concesión del plazo que dilatan su cancelación.

Por último, en el documento citado, Parducci, determinó lo que debe entenderse por cobro inmediato: "*...la tercera exige que sea cancelada inmediatamente después de su requerimiento*".

En general, la clasificación y aceptación de las garantías de cualquier clase corresponde a las entidades beneficiarias de las mismas, las que están obligadas a cuidar que reúnan las características exigidas por la ley, en cada caso. En consecuencia, es necesario que se revise cuidadosamente que el formato de la póliza y sus estipulaciones generales y particulares, además de contener el requisito de incondicionalidad, irrevocabilidad y de cobro inmediato, hayan sido aprobados por la Superintendencia de Bancos. Entidad que elaboró un modelo especial, para ser utilizado en estas garantías, de tal modo que las

⁸⁰ Tratado de Contratación Pública.-William López Arévalo.-Edición 2011.-página 181, 182

estipulaciones generales y particulares no contengan disposición alguna que contravenga los requerimientos de la Leyes de Contratación Pública y de Consultoría.

En consecuencia, es necesario que se revise cuidadosamente que el formato de la póliza y sus estipulaciones generales y particulares, además de contener el requisito de incondicionalidad, irrevocabilidad y de cobro inmediato, hayan sido aprobados por la Superintendencia de Bancos; entidad que elaboró un modelo especial, para ser utilizado en estas garantías, de tal modo que las estipulaciones generales y particulares no contengan disposición alguna que contravenga los requerimientos de la ley relacionada con la materia.

Esta garantía debe ser otorgada por un banco o institución financiera establecida en el país o por medio de ella; entendiéndose como tal aquella Sociedad que interviene en los mercados financieros, cuya actividad consiste en captar fondos del público e invertirlos en activos financieros.

CAPITULO III

3. Las garantías de la Contratación pública en nuestra Legislación

3.1 Sistema Nacional de Contratación Pública

Para analizar de manera pormenorizada el Sistema Nacional de Contratación Pública en el Ecuador, es menester que conozcamos tanto su definición, sus objetivos, a través de los artículos que transcribo a continuación:

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

Art. 9.- Objetivos del sistema.- Son objetivos prioritarios del Estado, en materia de contratación pública, los siguientes:

- 1. Garantizar la calidad del gasto público y su ejecución en concordancia con el Plan Nacional de Desarrollo;*
- 2. Garantizar la ejecución plena de los contratos y la aplicación efectiva de las normas contractuales;*
- 3. Garantizar la transparencia y evitar la discrecionalidad en la contratación pública;*
- 4. Convertir la contratación pública en un elemento dinamizador de la producción nacional;*
- 5. Promover la participación de artesanos, profesionales, micro, pequeñas y medianas empresas con ofertas competitivas, en el marco de esta Ley;*
- 6. Agilizar, simplificar y adecuar los procesos de adquisición a las distintas necesidades de las políticas públicas y a su ejecución oportuna;*
- 7. Impulsar la participación social a través de procesos de veeduría ciudadana que se desarrollen a nivel nacional, de conformidad con el Reglamento;*

8. Mantener una sujeción efectiva y permanente de la contratación pública con los sistemas de planificación y presupuestos del Gobierno central y de los organismos seccionales;

9. Modernizar los procesos de contratación pública para que sean una herramienta de eficiencia en la gestión económica de los recursos del Estado;

10. Garantizar la permanencia y efectividad de los sistemas de control de gestión y transparencia del gasto público; y,

11. Incentivar y garantizar la participación de proveedores confiables y competitivos en el SNCP."

De las disposiciones legales transcritas, podemos colegir entonces que el Sistema Nacional de Contratación Pública se constituye en todo ese conjunto de principios, normas, procedimientos y mecanismos que íntimamente relacionados de manera organizada permitirán orientar de manera eficaz la planificación, programación, control, presupuestos, administración y ejecución de todas las contrataciones realizadas por las entidades contratantes sujetas a la presente Ley, determinadas en su ámbito de aplicación. (Art. 1 LOSNCP)

Por otro lado es necesario manifestar que el Servicio de Contratación del Estado (SERCOP) es el organismo rector de la contratación pública en el Ecuador, creado por la Ley con amplias atribuciones determinadas a través de la misma, órgano que junto con otras instituciones del sector público forman parte del Sistema Nacional de Contratación Pública en el Ecuador dentro del ámbito de sus competencias.

Finalmente es preciso destacar que el estado ecuatoriano a través del Sistema Nacional de Contratación Pública se ha planteado entre otros objetivos primordiales garantizar la calidad en el gasto público a través de la plena ejecución de los contratos, garantizando la transparencia en el proceso de contratación, promoviendo la participación de artesanos, profesionales, micro, pequeñas y medianas empresas de nuestro país mediante ofertas competitivas, todo esto modernizando los procesos de manera continua, para llegar de ésta manera a convertir a la contratación pública en nuestro país en un elemento dinamizador de la producción nacional.

3.1 Procedimientos dinámicos de la Ley de Contratación Pública

A través de los distintos procedimientos que nos permite aplicar la LOSNCP y su Reglamento, a las diversas entidades públicas que establece el artículo 1 de esta ley, debo manifestar que es necesario realizar un análisis de algunas de ellas que tienen falencias o son incongruentes con la Ley y de esta manera, dar solución a las mismas para que puedan ser aplicadas en forma transparente, correcta.

3.1.1 Compras por Catálogo Electrónico

*“Es un procedimiento de contratación electrónica (Compras por Catálogo Electrónico), producto del convenio marco suscrito entre el Instituto Nacional de Contratación Pública y los proveedores seleccionados, mediante el cual las entidades estatales, pueden contratar directamente y sin límites de montos, los bienes y servicios normalizados que requieran y que consten en el catálogo electrónico”.*⁸¹

El procedimiento para las contrataciones por catálogo electrónico es el siguiente:

1. Orden de adquisición electrónica emitida por la entidad contratante que contempla las condiciones contractuales previstas en el convenio marco.
2. La orden de compra formaliza la contratación de los bienes o servicios requeridos y genera los derechos y obligaciones correspondientes para las partes.
3. Una vez recibidos los bienes o servicios contratados, se suscribirá el acta de entrega recepción correspondiente, con la verificación de conformidad con las especificaciones previstas en el catálogo.

3.1.2 Subasta inversa

Este tipo de subasta se realiza en caso que las entidades contratantes requieran de bienes y servicios normalizados, cuya cuantía supere el monto equivalente al 0,0000002 del Presupuesto Inicial del Estado y que no conste en catálogo electrónico y en la que los proveedores pujan hacia la baja de precio ofertados a través del portal de COMPRASPÚBLICAS. Procedimiento: El departamento o área que requiera de bienes y servicios normalizados debe solicitar a la máxima autoridad que inicie el proceso de contratación, adjuntando los documentos preliminares; en caso que la máxima autoridad

⁸¹ Ley Orgánica del Sistema Oficial de Contratación del Estado.

considere procedente da inicio al procedimiento con la convocatoria a través del portal COMPRAS PÚBLICAS.

3.2 Procedimientos Comunes

3.2.1 Licitación

La licitación es un procedimiento que se utilizará en los siguientes casos:

1. Si fuera imposible aplicar los procedimientos dinámicos previstos en el Capítulo II de este Título o, en el caso que una vez aplicados dichos procedimientos, éstos hubiesen sido declarados desiertos; siempre que el presupuesto referencial sobrepase el valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,000015 por el monto del Presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico;
2. Para contratar la adquisición de bienes o servicios no normalizados, exceptuando los de consultoría, cuyo presupuesto referencial sobrepase el valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,000015 por el monto del Presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico; y,
3. Para contratar la ejecución de obras, cuando su presupuesto referencial sobrepase el valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,000003 por el monto del Presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico.

3.2.2 Cotización

Procedimiento de Cotización: Este procedimiento se utilizará en cualquiera de los siguientes casos:

1. Si fuera imposible aplicar los procedimientos dinámicos previstos en el Capítulo II de este Título o, en el caso que una vez aplicados dichos procedimientos, éstos hubiesen sido declarados desiertos; siempre que el presupuesto referencial oscile entre 0,000002 y 0,000015 del Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico;

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

3. La contratación para la adquisición de bienes y servicios no normalizados, exceptuando los de consultoría, cuyo presupuesto referencial oscile entre 0,000002 y 0,000015 del Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente Ejercicio Económico.

En cualquiera de los casos previstos en los números anteriores, se invitará a presentar ofertas a por lo menos cinco proveedores registrados en el RUP escogidos por sorteo público. Sin perjuicio de los cinco posibles oferentes favorecidos en el sorteo, podrán participar en el procedimiento toda persona natural o jurídica registrada en el RUP, que tenga interés.

De no existir dicho número mínimo, se podrá invitar a presentar ofertas al número de proveedores que consten registrados en el RUP, situación que deberá ser justificada por la Entidad Contratante y comunicada al INCP, para la correspondiente verificación, de ser el caso.

Los pliegos serán aprobados por la máxima autoridad o el funcionario competente de la Entidad Contratante, y se adecuarán a los modelos obligatorios emitidos por el Instituto Nacional de Contratación Pública.

3.2.3 Menor cuantía

Para las contrataciones previstas en los numerales 1 y 3 del Art. 51 de la Ley, cuya cuantía no exceda el monto equivalente al 0,000002 del presupuesto inicial del Estado, la máxima autoridad o su delegado, podrá seleccionar directamente y adjudicar al proveedor que cumpla con los requerimientos de la contratación previstos en los pliegos elaborados por la entidad contratante sobre la base de los formatos elaborados por el Servicio de Contratación del Estado (SERCOP).

En relación a contratación de bienes y servicios, la máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado será responsable de la adjudicación del proveedor. En cualquier caso, para las contrataciones de bienes y servicios se preferirá a artesanos, micro y pequeños empresarios locales.

Con respecto a contratación de bienes y servicios, la máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado será responsable de la adjudicación del proveedor. En cualquier caso, para las contrataciones de bienes y servicios se preferirá a artesanos, micro y pequeños empresarios locales.

Con respecto a obras de menor cuantía, las contrataciones de obras, cuyo presupuesto referencial sea inferior al 0,000007 del presupuesto inicial del estado del correspondiente ejercicio económico.

Los proveedores invitados manifestarán su interés en participar, en el plazo de 5 días, contados a partir de la fecha de la invitación. De entre los proveedores que manifiesten su interés y presentaren su oferta, serán habilitados para el sorteo; se adjudicará el contrato al proveedor escogido por selección automática aleatoria del sistema electrónico

3.3 Las garantías según la Ley de Contratación Pública

Para el cumplimiento de los contratos, el Art. 73 de la LOSNCP determina las garantías que deben rendir las contratistas, que en resumen se pueden mencionar las siguientes:

- Garantía incondicional otorgada por un banco o institución financiera del país o por medio de esta,
- Póliza de seguros de cobro inmediato, emitida por una compañía de seguros en el país;
- Hipoteca de bienes raíces, cuando los montos de la garantía no exceda del 60% del valor el inmueble hipotecado;
- Depósitos de bonos del Estado
- Certificados de depósitos a plazo

Estas garantías no son exigidas cuando se realicen contratos entre instituciones públicas o aquellas empresas en que el Estado tenga por lo menos el 50% de participación, así como con las empresas públicas de los Estados de la Comunidad Internacional.

Las garantías tendrán preferencia sobre otro acreedor, y se emitirán en moneda de curso legal.

3.3.1 Clases de garantía en la Contratación Pública

3.3.1.1 Garantía de fiel cumplimiento

El art 74 de la LOSNCP menciona: Garantía de fiel cumplimiento.- Para seguridad del cumplimiento del contrato y para responder por las obligaciones que contrajeran a favor de terceros, relacionadas con el contrato, el adjudicatario, antes o al momento de la firma del contrato, rendirá garantías por un monto equivalente al cinco (5%) por ciento del valor de aquel. En los contratos de obra, así como en los contratos integrales por precio fijo, esta garantía se constituirá para garantizar el cumplimiento del contrato y las obligaciones contraídas a favor de terceros y para asegurar la debida ejecución de la obra y la buena calidad de los materiales, asegurando con ello las reparaciones o cambios de aquellas partes de la obra en la que se descubran defectos de construcción, mala calidad o incumplimiento de las especificaciones, imputables al proveedor.

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

Tales cauciones podrán constituirse mediante la entrega de las garantías fiel cumplimiento contempladas en los números: 1, 2; y, 5 del artículo 73 de esta Ley.

No se exigirá este tipo de garantía en los contratos de compraventa de bienes inmuebles y de adquisición de bienes muebles que se entreguen al momento de efectuarse el pago.

Tampoco se exigirá esta garantía en los contratos cuya cuantía sea menor a multiplicar el coeficiente 0.000003 por el Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico.

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

Es decir esta garantía se refiere a que para el cumplimiento del contrato, el adjudicatario debe presentar garantías por un monto de 5% del valor de éste; en los contratos por obra y

en los contratos integrales por precio fijo, esta garantía permite el cumplimiento del contrato y de las obligaciones contraídas a favor de terceros, así como para garantizar la buena ejecución de la obra y de los materiales, en este sentido con este tipo de garantías si la entidad contratista observare defectos o mala calidad en las materiales de construcción, incumplimiento en las especificaciones técnicas, podrá hacer efectiva esta garantía.

Para la entrega de estas garantías el Art. 73 de la ley en estudio establece las siguientes:

- 4 Garantía incondicional, irrevocable y de cobro inmediato, otorgada por un banco o institución financiera establecidos en el país o por intermedio de ellos;
- 5 Fianza instrumentada en una póliza de seguros, incondicional e irrevocable, de cobro inmediato, emitida por una compañía de seguros establecida en el país;
- 6 Certificados de depósito a plazo, emitidos por una institución financiera establecida en el país, endosados por valor en garantía a la orden de la Entidad Contratante y cuyo plazo de vigencia sea mayor al estimado para la ejecución del contrato.

Sin embargo este tipo de garantías en algunos casos no son exigidas, como por ejemplo en los contratos de compraventa de bienes inmuebles, contratos de adquisición de bienes muebles, que se entreguen al instante, y en los contratos de ínfima cuantía.

La garantía de fiel cumplimiento, si bien es cierto permite garantizar el cumplimiento de una obra, de un servicio, sin embargo, la propia ley en el artículo 74, inciso quinto "*Tampoco se exigirá esta garantía en los contratos cuya cuantía sea menor a multiplicar el coeficiente 0.000003 por el Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico*",⁸² limita que las instituciones públicas puedan solicitar la garantías cuando es menos de setenta y un mil dólares aproximadamente, dejando sin la posibilidad que las entidades puedan cobrar multas, cuando el contratista incumplen con las cláusulas establecidas en el contrato, con los términos de referencia, pliegos y los demás documentos que forman parte de un contrato y que deben ser cumplidas y de esta manera se ve afectado el Estado ecuatoriano. Por lo que considero de gran importancia que se reforme este artículo y se pueda pedir la garantía de fiel cumplimiento a los contratistas sean personas naturales o jurídicas quienes participen con un monto menor al que establece en el artículo mencionado.

⁸² Ley Orgánica de Contratación del Estado, art. 74

3.3.1.2 Garantía por anticipo

El artículo 75 de la LOSNCP, determina lo siguiente:

“Garantía por anticipo.- Si por la forma de pago establecida en el contrato, la Entidad Contratante debiera otorgar anticipos de cualquier naturaleza, sea en dinero, giros a la vista u otra forma de pago, el contratista para recibir el anticipo, deberá rendir previamente garantías por igual valor del anticipo, que se reducirán en la proporción que se vaya amortizando aquél o se reciban provisionalmente las obras, bienes o servicios. Las cartas de crédito no se considerarán anticipo si su pago está condicionado a la entrega - recepción de los bienes u obras materia del contrato.

El monto del anticipo lo regulará la Entidad Contratante en consideración de la naturaleza de la contratación.”

Por lo tanto este tipo de garantías proceden cuando la entidad contratante tiene que realizar anticipos ya sea en dinero, giros a la vista u otra forma de pago; cuando ocurre este evento le corresponde al adjudicatario rendir garantías de igual valor al anticipo realizado, el cual se regulará por la entidad contratante en relación a la naturaleza del contrato.

3.3.1.3 Garantía Técnica

El Art 76 de la LOSNCP establece:

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

Estas garantías son independientes y subsistirán luego de cumplida la obligación principal.

De no presentarse esta garantía, el contratista entregará una de las previstas en esta Ley por igual valor del bien a suministrarse, de conformidad con lo establecido en los pliegos y en el contrato.

Cualquiera de estas garantías entrará en vigencia a partir de la entrega recepción del bien”.

Las garantías técnicas se entregan en los contratos de adquisición, provisión o instalación de equipos, maquinaria o vehículos o de obras que incluyan la provisión de los equipos, esto con el fin de garantizar la calidad y el buen funcionamiento de los bienes adquiridos.

Esta garantía subsiste de acuerdo a las condiciones establecidas en el contrato, y si el fabricante, representante o distribuidor o vendedor autorizado de los bienes no presentare este tipo de garantía deberá presentar otra establecida en la ley, y entrará en vigencia al momento de la entrega recepción del bien.

Las garantías antes enunciadas, pueden combinarse entre sí a elección de la entidad contratante, siempre que aseguren el total cumplimiento de las obligaciones contraídas.

3.4 Devolución de garantías

Las garantías serán devueltas cuando se han cumplido todas las obligaciones que avalan.

La garantía de fiel cumplimiento del contrato se devolverá cuando se haya suscrito el acta de entrega recepción definitiva o única.

La garantía de buen uso del anticipo se devolverá cuando éste haya sido devengado en su totalidad.

La garantía técnica observará las condiciones en las que se emite. *Fuente: Art. 118 RGLOSNCP.*

En cuanto a la devolución de esta garantía cuando el adjudicatario ha cumplido con las estipulaciones contenidas en los contratos se realizará de acuerdo a la ley y a su reglamento de la siguiente forma:

El artículo 118 del Reglamento a LOSNCP determina que las garantías serán devueltas cuando se han cumplido todas las obligaciones que avalan.

- La garantía de fiel cumplimiento del contrato se devolverá cuando se haya suscrito el acta de entrega recepción definitiva o única.

- La garantía de buen uso del anticipo se devolverá cuando éste haya sido devengado en su totalidad.
- La garantía técnica observará las condiciones en las que se emite.

Es decir la garantía de fiel cumplimiento será devuelta al momento de la entrega recepción definitiva o única de la obra.

En cuanto a los contratos para la ejecución de una obra el artículo 78 de la LOSNCP, determina que las garantías serán devueltas al momento de la firma del acta de recepción única o a lo determinado en el contrato. En los demás contratos se devolverán al momento de la firma de entrega recepción o a lo estipulado en el contrato.

La garantía técnica se devolverá de acuerdo a lo estipulado en el contrato.

La garantía de buen uso del anticipo será devuelta en la medida en que se devengue.

En los contratos en los que en un inicio no se presentó la garantía como en el caso del Art. 74 de la Ley se observará lo estipulado en el art. 119 del reglamento que determina: "Garantía adicional.- Si en un contrato que por disposición del artículo 74 inciso quinto de la Ley no se contempló inicialmente la entrega de la garantía de fiel cumplimiento, pero cuyo valor se incrementare por la celebración de contratos complementarios, órdenes de trabajo o similares, deberá previo a la celebración del contrato complementario o de la orden de trabajo, obtener la garantía de fiel cumplimiento del contrato, considerando el monto total del contrato desde su celebración."

CAPITULO IV

4. Proceso de aplicación de garantías que realizan los afectados por la falta de cumplimiento en las compras públicas y aplicación de estrategias que mejoren los procesos de contratación pública.

4.1 Sujetos que pueden iniciar una aplicación de Garantías en la Contratación Pública

Los sujetos que deben iniciar la aplicación de Garantías son las Instituciones beneficiadas, previo la entrega de Informes de las áreas técnicas, de los que se desprenda el incumplimiento dentro del proceso materia de contratación o a su vez se haya mal utilizado el anticipo, caso contrario las garantías serán devueltas cuando se hayan cumplido todas las obligaciones que avalan, para lo cual se debe considerar los siguientes aspectos:

- Las garantías de fiel cumplimiento se devolverán cuando se haya suscrito el acta de entrega recepción definitiva o única.
- Las de buen uso del anticipo, se reducirá en la proporción que se vaya amortizando el anticipo; y se las devolverá con la suscripción del acta de recepción provisional o cuando se haya devengado en su totalidad el anticipo.
- Garantía técnica, debido a sus características y particularidades no está sujeta a devolución.

4.2 Contratación integral por precio fijo en sus diversas modalidades.

Con la finalidad de amparar el posible riesgo de incumplimiento de contrato y las obligaciones que contrajere el Contratista a favor de terceros, para asegurar la debida ejecución de la obra y la buena calidad de los materiales, asegurando con ello las reparaciones o cambios de aquellas partes de la obra en la que se descubran defectos de construcción, mala calidad o incumplimiento de las especificaciones, imputables al proveedor.

Provenientes de las condiciones en la suscripción del contrato, el contratista, antes o al momento de la firma del contrato, rendirá garantías por un monto equivalente al cinco (5%) por ciento del valor de aquel.

No se exigirá este tipo de garantía en los contratos de compraventa de bienes inmuebles y de adquisición de bienes muebles que se entreguen al momento de efectuarse el pago.

Tampoco se exigirá esta garantía en los contratos cuya cuantía sea menor a multiplicar el coeficiente 0.000003 por el Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico.

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

Tomando en cuenta que las pólizas de seguros son incondicionales, irrevocables y de cobro inmediato, se regirá por las estipulaciones que a continuación se indican las cuales fijan y limitan la garantía que se otorga. Los endosos que se emitan para aclarar, ampliar, o modificar las estipulaciones de esta póliza, no tendrán valor si no llevan las firmas de la Compañía, de la Entidad Asegurada y del Contratista. Si existiere incompatibilidad entre lo dispuesto en el contrato garantizado y las cláusulas de esta póliza, prevalecerán las estipulaciones generales de esta póliza y las particulares que se hayan adicionado.

La presente póliza debe cubrir el riesgo de incumplimiento del contrato y las obligaciones que contrajere el Contratista a favor de terceros proveniente de dicho contrato. No responde la Compañía por el incumplimiento del contrato que sea ocasionado por fuerza mayor o caso fortuito debidamente comprobados.

Cualquier modificación del contrato convenida entre la Entidad Asegurada y el Contratista, que no haya sido aceptada por la Compañía, no obligará a ésta a responder por la agravación del riesgo, pero sí quedará obligada en los términos de las estipulaciones del contrato original.

Este seguro se mantendrá vigente por el tiempo de duración del contrato y de sus prórrogas o ampliaciones legalmente convenidas, en cuyo caso el Contratista pagará la prima respectiva por el período correspondiente, si hubiere lugar a ello, conviniendo que la emisión del respectivo recibo dará derecho a la Compañía a exigir el pago inmediato de la prima.

La Entidad Asegurada se obliga a cancelar las primas que por motivo de la presente póliza o sus renovaciones no sean canceladas por el Contratista, para lo cual bastará un simple requerimiento de la Compañía en ese sentido. El recibo o factura de prima, debidamente certificado por la Compañía, es título ejecutivo contra el contratista. En caso de que se disponga por parte de la Entidad Asegurada la renovación de esta póliza, las primas

correspondientes deberán ser pagadas a la Compañía con cargo a los valores que tengan retenidos la Entidad Asegurada al Contratista.

Durante la vigencia del contrato de póliza, la Entidad Asegurada podrá solicitar la terminación anticipada del seguro, en cuyo caso la Compañía atenderá el pedido y liquidará la prima aplicando la tarifa de corto plazo. Ni la Compañía ni el Contratista podrán resolver este contrato de seguro, sin el consentimiento expreso de la Entidad Asegurada. Cesará toda responsabilidad de la Compañía y por lo tanto caducará todo derecho sobre esta póliza en la fecha de vencimiento del plazo de vigencia, aunque no se devuelva el original de la póliza a la Compañía.

La vigencia de la póliza terminará antes de la fecha señalada en la misma, tan pronto como se pague el valor Asegurado por incumplimiento del contrato por parte del Contratista. La retención de la presente póliza, o de los endosos a la misma, que no estuvieren vigentes, no confiere ningún derecho a la Entidad Asegurada, por lo que deberá ser devuelta sin demora a simple solicitud del Contratista o de la Compañía.

El reclamo de la Entidad Asegurada por motivo de este seguro deberá hacerlo tan pronto como se produzca la declaración de incumplimiento del contrato o de que existan obligaciones en mora del Contratista frente a terceros, o en cualquier momento durante la vigencia de la póliza.

Si hubiere otras garantías que aseguren el cumplimiento del contrato conforme el Art. 77 de la Ley de Contratación Pública, el pago de la indemnización será prorrateado en proporción a tales garantías.

Una vez realizado el pago de la presente garantía, la Compañía se reserva el derecho de examinar los libros del Contratista y de la Entidad Asegurada, en la parte que se refiere o tenga relación con la procedencia del reclamo, siempre que no haya Ley que lo prohíba.

El Contratista se compromete a enviar a la Compañía copias certificadas de los informes de la Entidad Asegurada respecto de las fiscalizaciones periódicas que ésta realizare.

La Entidad Asegurada, debe convenir en la obligación de prestar a la Compañía, mientras el seguro esté vigente, toda clase de facilidades para la investigación de la marcha del contrato que ampara el seguro, permitiendo el libre examen de los libros, documentos y cuentas de

su pertenencia, proporcionando todos los datos que reposen en su poder, sin que para ello se requiera de orden judicial, siempre que no haya Ley que lo prohíba.

Igual derecho tendrá la Compañía de examinar los libros y más documentos del Contratista.

En caso de pago del seguro por la Compañía, la Entidad Asegurada cederá a favor de ella todos los derechos contra el Contratista, por razón de la presente póliza hasta cubrir la suma que la Compañía hubiere pagado a la Entidad Asegurada. La Compañía tendrá derecho a ejercer las acciones de reembolso de lo que haya pagado por cuenta del Contratista con los intereses y gastos que se generen, aun cuando dicho pago haya sido ignorado o rechazado por éste. Para este efecto la póliza o el recibo de indemnización constituirán título ejecutivo.

La responsabilidad de la Compañía termina:

- a) Por la suscripción del acta que declare extinguidas las obligaciones del Contratista o por el vencimiento del plazo previsto en el contrato principal.
- b) Por la devolución del original de la póliza y sus anexos.
- c) Por el pago de esta póliza.
- d) Por la extinción de la obligación afianzada.
- e) Por no haberse solicitado la renovación de la póliza o la ejecución de la misma dentro de su vigencia; y,
- f) Por las causas señaladas por la Ley.

Para reclamar el pago de esta garantía, se requerirá presentar a la Compañía la resolución administrativa suscrita por la máxima autoridad de la Entidad Asegurada que declare el incumplimiento del contrato, o la mora del Contratista en sus obligaciones frente a terceros.

Recibida dicha resolución, la Compañía procederá inmediatamente y sin más trámites al pago del valor Asegurado en caso de incumplimiento de contrato o al pago del valor requerido para satisfacer obligaciones del Contratista frente a terceros. La indemnización a que da derecho este seguro podrá ser cobrada únicamente por la máxima autoridad de la Entidad Asegurada o el delegado que expresamente designe dicha autoridad. En todo caso, se adjuntará al reclamo los documentos que acrediten el incumplimiento de la obligación afianzada y la cuantía del perjuicio ocasionado.

La Compañía al pagar la indemnización por concepto de este seguro, quedará relevada de toda responsabilidad para con la Entidad Asegurada. Si se llegare a comprobar que la

reclamación fue infundada, ésta responderá ante la Compañía por todas las consecuencias de las acciones judiciales pertinentes.

Si por decisión judicial se determinare que el Contratista no ha incurrido en incumplimiento o si con motivo de la misma resolución resultare que la indemnización pagada por la Compañía fue superior a la que realmente era de cargo del Contratista, la Entidad Asegurada deberá restituir las sumas correspondientes incluidos los intereses y gastos ocasionados a la Compañía o al propio Contratista, sujeta la restitución en este último caso a la condición de que el Contratista ya hubiere hecho el reembolso respectivo a la Compañía.

Si la Entidad Asegurada fuere deudora del Contratista, por cualquier concepto, al reclamar el pago de la indemnización por incumplimiento del contrato deducirá el monto de dicha deuda.

Toda cuestión que suscitare por razón de esta póliza una vez realizado el pago de la indemnización queda sometida a la jurisdicción ecuatoriana.

Para efectos de cualquier reclamación judicial las partes señalan como domicilio el de la Entidad Asegurada.

En lo que no esté previsto en las pólizas se estará a lo dispuesto en la Ley General de Seguros y su Reglamento General.

4.3 Enumeración de las causales para permitir el cobro de una Garantía.

La Ley Orgánica de Contratación Pública no determina expresamente las causales que permitan el cobro de una Garantía sin embargo se debe considerar que para que se pueda efectuar el cobro es necesario que se dé por terminado el contrato de forma unilateral del contrato, pudiendo la entidad contratante declarar terminada anticipada y unilateralmente los contratos a que se refiere esta ley, en los siguientes algunos casos que serán causas suficientes para el cobro de las garantías:

1. Por incumplimiento del contratista;
2. Por quiebra o insolvencia del contratista;
3. Si el valor de las multas supera el monto de la garantía de fiel cumplimiento del contrato;

4. Por suspensión de los trabajos, por decisión del contratista, por más de sesenta días, sin que medie fuerza mayor o caso fortuito;
5. Por haberse celebrado contratos contra expresa prohibición de esta ley;
6. En los demás casos estipulados en el contrato, de acuerdo con su naturaleza; y,
7. La entidad contratante también podrá declarar terminado anticipada y unilateralmente el contrato cuando, ante circunstancias técnicas o económicas imprevistas o de caso fortuito o fuerza mayor, debidamente comprobadas, el contratista no hubiere accedido a terminar de mutuo acuerdo el contrato. En este caso, no se ejecutará la garantía de fiel cumplimiento del contrato ni se inscribirá al contratista como incumplido.

En este último caso, el contratista tiene la obligación de devolver el monto del anticipo no amortizado en el término de treinta (30) días de haberse notificado la terminación unilateral del contrato en la que constará la liquidación del anticipo, y en caso de no hacerlo en término señalado, la entidad pro cederá a la ejecución de la garantía de Buen Uso del Anticipo por el monto no devengado. El no pago de la liquidación en el término señalado, dará lugar al pago de intereses desde la fecha de notificación; intereses que se imputará a la garantía de fiel cumplimiento del contrato

Antes de proceder a la terminación unilateral, la entidad contratante notificará al contratista, con la anticipación de 10 días término, sobre su decisión de terminarlo unilateralmente. Junto con la notificación, se remitirán los informes técnico y económico, referentes al cumplimiento de las obligaciones de la entidad contratante y del contratista. La notificación señalará específicamente el incumplimiento o mora en que ha incurrido el contratista de acuerdo al artículo anterior y le advertirá que de no remediarlo en el término señalado, se dará por terminado unilateralmente el contrato.

Si el contratista no justificare la mora o no remediare el incumplimiento, en el término concedido, la entidad contratante podrá dar por terminado unilateralmente el contrato, mediante resolución de la máxima autoridad de la entidad contratante, que se comunicará por escrito al contratista y se publicará en el Portal COMPRASPUBLICAS. La resolución de terminación unilateral no se suspenderá por la interposición de reclamos o recursos administrativos, demandas contencioso administrativas, arbitrales o de cualquier tipo o de acciones de amparo de parte del contratista.

Los contratistas no podrán aducir que la entidad contratante está en mora del cumplimiento de sus obligaciones económicas en el caso de que el anticipo que les fue re entregado en

virtud del contrato no se encontrare totalmente amortizado. La forma de calcular la amortización del anticipo constará en el reglamento respectivo.

Solo se aducirá mora en el cumplimiento de las obligaciones económicas de la entidad contratante cuando esté amortizado totalmente el anticipo entregado al contratista, y éste mantenga obligaciones económicas pendientes de pago.

La declaración unilateral de terminación del contrato dará derecho a la entidad contratante a establecer el avance físico de las obras, bienes o servicios, su liquidación financiera y contable, a ejecutar las garantías de fiel cumplimiento y, si fuere del caso, en la parte que corresponda, la garantía por el anticipo entregado debidamente reajustados hasta la fecha de terminación del contrato, teniendo el contratista el plazo término de 10 días para realizar el pago respectivo. Si vencido el término señalado no efectúa el pago, deberá cancelar el valor de la liquidación más los intereses fijados por el Directorio del Banco Central del Ecuador, los que se calcularán hasta la fecha efectiva del pago.

La entidad contratante también tendrá derecho a demandar la indemnización de los daños y perjuicios, a que haya lugar.

Una vez declarada la terminación unilateral, la entidad contratante podrá volver a contratar inmediatamente el objeto del contrato que fue terminado, p ara lo cual se observará el procedimiento de cotización previsto en el Capítulo IV del Título III de esta Ley

4.4 Estrategias para mejorar los procesos de Contratación Pública apegada a la norma jurídica y en base a la experiencia recopilada para evitar la ejecución de la garantía.

4.4.1 Procedimientos para obtener una garantía

Como se comentó en capítulos anteriores la obtención de garantías, consiste en un requisito indispensable para la suscripción de un contrato en el sector público, y constituye una de esas cláusulas exorbitantes, debido a que ponen a la Administración Pública en una ventaja superior frente al particular, al solicitarle presente una garantía de que va a cumplir con lo estipulado en el contrato, mientras que la Administración Pública, no presenta ninguna garantía de que va a pagar a tiempo las planillas, de que los diseños están bien elaborados, de que no van rescindir contratos, entre otros; todo esto con la finalidad de proteger los recursos e intereses públicos.

4.4.2 Obtención de la garantía de buen uso de anticipo y fiel cumplimiento en una entidad financiera y aseguradora

Estas garantías se obtienen previo o al momento de la suscripción del contrato con la Administración Pública, son responsabilidad del contratista, quien deberá acudir alguna de las entidades autorizadas para la emisión de garantías como son: aseguradoras, bancos, mutualistas, entre otras; y deberá presentar la siguiente documentación, para ser calificados:

- Cédula de ciudadanía y Certificado de votación a color del contratista, cónyuge y garante
- Copia del Registro Único de Proveedores
- Copia del Registro Único de Contribuyentes
- Detalle de bienes que posee el contratista, con su respectiva documentación de soporte;
- Hoja de vida del contratista
- Estado de Situación Financiera del Contratista

Una vez calificado, se deberá presentar la adjudicación del Portal de Compras Públicas.

4.4.2.1 Garantía de buena calidad de los materiales

Esta garantía será solicitada en forma previa o al momento de la suscripción del contrato, se exigirá una garantía del fabricante, representante, distribuidor o vendedor autorizado, la que se mantendrá vigente de acuerdo con las estipulaciones establecidas en los pliegos y contratos, las cuales garantizan el correcto funcionamiento de las obras, equipos o bienes, debido a que establecen las reparaciones o cambios de aquellas partes en la que se descubran defectos, mala calidad o incumplimiento por parte del contratista.

4.4.2.2 Oportunidad y procedimiento para la renovación de las garantías

La renovación de la garantía básicamente se da en el sector público, por el vencimiento del plazo establecido en la póliza, el cual se produce por los siguientes motivos:

- Pago tardío en las planillas,
- Por estación invernal,
- Por otras condiciones climáticas que paralizan las obras,
- Por cambios en los diseños;
- Por tardanza en la presentación, recepción y aprobación de planillas,
- Por la no presentación a tiempo del informe del fiscalizador, entre otros.

4.4.2.3 Renovación de la garantía de buen uso del anticipo

Esta garantía debe renovarse con quince días de anticipación a la fecha de vencimiento de la póliza o con el tiempo que hayan acordado entre la entidad pública y la aseguradora; esta renovación no requiere de autorización del contratista, basta que la entidad asegurada la solicite.

Vale recalcar que la renovación de la garantía de buen uso del anticipo no va a ser por el total de la primera cantidad asegurada, sino por la diferencia que queda y en el porcentaje que no se haya amortizado.

Esta garantía estará vigente hasta la celebración del acta provisional o hasta que el anticipo este amortizado en el 100%.

4.4.2.4 Renovación de la garantía de fiel cumplimiento del contrato

Al igual que la garantía anterior debe ser renovada a pedido de la entidad pública a la Aseguradora, para lo cual se la solicitará con quince días de anticipación a su vencimiento, o como hayan acordado entre la aseguradora y la entidad pública; para esta renovación no se necesita de la autorización previa del contratista, y será por la totalidad del monto, sin afectar el nivel del avance. La garantía de fiel cumplimiento debe estar vigente por lo menos hasta seis meses o 180 días después de que la obra fue recibida provisionalmente.

4.4.2.5 Responsable de la renovación de las garantías

Según las Normas de Control Interno emitidas por el Contralor General del Estado, y que son de uso obligatorio para todas las entidades del sector público; la responsable del manejo, renovación y control de las garantías es el área de Tesorería de la entidad.

“...En los contratos que celebren las entidades del sector público, para asegurar el cumplimiento de los mismos, se exigirá a los oferentes o contratistas la presentación de las garantías en las condiciones y montos señalados en la ley.- Los contratos que generalmente celebran las entidades del sector público son de: adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultoría, cuyas cláusulas contractuales contemplan el pago de anticipos, previo a la entrega de una garantía, en las condiciones y montos señalados en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.- La tesorería de cada entidad pública, ejercerá un control adecuado y permanente de las garantías con el fin de conservarlas y protegerlas, en los siguientes aspectos:

- *Las garantías presentadas deben corresponder a cualquiera de las forma de garantías contempladas en las disposiciones legales vigentes,*
- *La recepción de los documentos se efectuará previa al pago de los anticipos y se verificará que cumplan con los requisitos señalados en la ley;*
- *Custodia adecuada y organizada de las garantías;*
- *Control de vencimientos de las garantías recibidas.*
- *La tesorería informará oportunamente al nivel superior sobre los vencimientos de las garantías a fin de que se tomen las decisiones adecuadas, en cuanto a requerir su renovación o ejecución, según sea el caso. ...”*

De lo anterior se desprende que el servidor público encargado del área de tesorería es la persona responsable del manejo de las garantías, vigencia y renovación adecuada, de no cumplir con esta disposición estará sujeta a las responsabilidades que determina la Contraloría General del Estado.

4.4.2.3 Procedimiento para ejecutar una garantía

La exigencia de la efectividad de las garantías constituidas para respaldar el cumplimiento del contrato es dable desde el momento en que la Entidad tiene o ha debido tener conocimiento de la ocurrencia del hecho que motive la declaratoria del siniestro de incumplimiento mediante acto administrativo motivado.

Para proceder a ejecutar las garantías es muy importante que se observe el debido proceso, para evitar que en el futuro se reviertan demandas contra la entidad por inobservancia de los procedimientos legales.

En los casos de terminación unilateral del contrato, si el contratista no pagase el valor requerido dentro del término de diez días contados a partir de la fecha de notificación de la resolución de la terminación unilateral; la entidad contratante solicitará por escrito a los bancos o instituciones financieras y aseguradoras que hubieren otorgado las garantías, que dentro del término de 48 horas contado a partir del requerimiento, ejecute las garantías otorgadas y dentro del mismo término pague a la Entidad Contratante los valores liquidados que incluyan los intereses fijados por el Directorio del Banco Central del Ecuador, que se calcularán hasta la fecha efectiva del pago.

4.4.3 Procedimiento para devolver una garantía y su relación con la recepción de las obras

Las garantías serán devueltas cuando se hayan cumplido todas las obligaciones que avalan, para lo cual se debe considerar los siguientes aspectos:

- Las garantías de fiel cumplimiento se devolverán cuando se haya suscrito el acta de entrega recepción definitiva o única.
- Las de buen uso del anticipo, se reducirá en la proporción que se vaya amortizando el anticipo; y se las devolverá con la suscripción del acta de recepción provisional o cuando se haya devengado en su totalidad el anticipo.
- Garantía técnica, debido a sus características y particularidades no está sujeta a devolución.

4.4.3.1 Las recepciones y las garantías

La recepción, es el acto formal mediante el cual la Administración recibe el objeto contractual o parte de él; en nuestra legislación se contemplan las siguientes clases de recepción:

- Única
- Parcial
- Definitiva
- Presunta

4.4.3.2 La recepción única

Es el acto formal mediante el cual la entidad recibe del contratista el objeto del contrato por considerar que se ha cumplido a cabalidad; este tipo de recepción procede en los contratos de adquisición de bienes y de prestación de servicios incluidos los de consultoría.

Al tener el efecto de la recepción definitiva y por ser única; en lo relacionado a las garantías, la entidad de entregar la garantía de fiel cumplimiento y la de buen uso de anticipo; sin embargo excepcionalmente puede que la póliza de buen uso del anticipo se devuelva antes, como es el caso: de que la obra se haya concluido con menos de lo presupuestado, cuando hayan existido cambios en los rubros y cantidades del contrato, que modifiquen el valor del contrato, entre otros.

4.4.3.3 La recepción provisional

Es el acto formal; mediante el cual la entidad contratante recibe el objeto materia del contrato provisionalmente, es decir entra a período de observación por seis meses.

Este tipo de recepción se da en los contratos de ejecución de obras y en los contratos integrales por precio fijo; en lo relacionado a las garantías con la recepción provisional se devuelve la garantía de buen uso del anticipo en lo relacionado a la de fiel cumplimiento esta sigue vigente después de suscrita el acta de recepción provisional.

4.4.3.4 Recepción definitiva

Es la que procede después de la recepción provisional, cuando la administración no ha efectuado objeciones ni observaciones al cumplimiento del contrato dentro del término legal.

En lo relacionado a las garantías se deben encontrar vigentes la de fiel cumplimiento del contrato, la cual se devolverá al contratista con la firma de esta acta y la garantía técnica que depende de lo estipulado en el contrato.

4.4.3.5 Recepción Presunta

Es una recepción tácita o presuntiva, que se produce ante el silencio de la Administración Pública, respecto de la solicitud de recepción realizada por el contratista.

Una vez concluida la obra, bien o servicio, el contratista realizará la solicitud de recepción, a la entidad; la cual cuenta con 10 días para recibir o negarse a recibir la obra, bien o servicio por razones justificadas; si transcurrido el plazo la entidad no realiza la aceptación y no existen motivos justificables para no recibirla, operará la recepción de pleno derecho, para lo cual el contratista notificará a la entidad por intermedio de un Juez de lo Civil o de un Notario Público.

Las garantías serán devueltas cuando se hayan cumplido todas las obligaciones que avalan, para lo cual se debe considerar los siguientes aspectos:

- Las garantías de fiel cumplimiento se devolverán cuando se haya suscrito el acta de entrega recepción definitiva o única.

- Las de buen uso del anticipo, se reducirá en la proporción que se vaya amortizando el anticipo; y se las devolverá con la suscripción del acta de recepción provisional o cuando se haya devengado en su totalidad el anticipo.
- Garantía técnica, debido a sus características y particularidades no está sujeta a devolución.

4.5 Proceso de cobro de la Garantía

Cobertura.- Devolución de los saldos deudores del anticipo en caso de resolución, terminación y/o resiliación del contrato por las causas señaladas en el contrato y luego de cumplir con lo señalado en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y, la inversión del anticipo exclusivamente en la realización de las obras materia del contrato, celebrado entre la Entidad Asegurada y el Contratista así como la adquisición de bienes o maquinarias para estos mismos fines que no sean los del contrato, la aseguradora responderá por los daños causados

Vigencia.- Se mantendrá la vigencia hasta que el contratista haya amortizado totalmente el anticipo recibido y las ampliaciones de vigencia legalmente establecidas. Durante la vigencia del presente contrato, la Entidad Asegurada podrá solicitar la terminación anticipada del seguro, en cuyo caso la compañía atenderá el pedido y liquidará la prima. Ni la compañía ni el Contratista podrán revocar esta póliza. El seguro puede terminar antes de la fecha señalada en la póliza; en los siguientes casos: A la firma del acta de entrega recepción provisional de los bienes objetos del contrato; en cuanto se haya amortizado el anticipo; en cuanto la compañía indemnice a la Entidad Asegurada por la ejecución legal de la garantía; por la extinción de la obligación afianzada; Por las causas señaladas en la Ley.

Reclamo.- Para el pago de esta garantía, se requerirá presentar a la Compañía una declaración escrita u oficial, suscrita por la autoridad máxima de la Entidad Pública asegurada en la cual se indique haber cumplido en lo previsto en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, el saldo actual del anticipo no devengado y la solicitud de indemnización respectiva.

Recibida que sea dicha declaración, la compañía procederá inmediatamente y sin más trámites al pago del saldo del anticipo solicitado.

Indemnización: La indemnización no excederá en ningún caso la suma asegurada indicada en la póliza o anexos. La compañía reconocerá el saldo de la liquidación financiera y contable de la obra como anticipo no devengado al momento de la efectivización, de la garantía en concordancia con las disposiciones de la Ley de Contratación pública que indica sobre la garantía del Anticipo.

Si la Entidad Asegurada al momento de ocurrir el siniestro fuere deudor del afianzado por cualquier concepto, se compensaran las obligaciones hasta el monto correspondiente. La compañía podrá poner como excepciones todas aquellas que por ley y los contratos pueda plantear el Contratista

El asegurado no podrá realizar el cobro de la fianza, si se encontrare en la situación prevista en el Art. 1595 del Código Civil. La indemnización podrá ser cobrada únicamente por la Entidad Asegurada.

El contratista se constituye en deudor de la compañía por el valor de la indemnización que ésta pague a la entidad asegurada. También se considerará de cargo al contratista todos los gastos que se hayan efectuado en razón del pago del seguro.

Exclusiones.- Cualquier modificación del contrato convenida entre la Entidad Asegurada y el contratista, que tenga relación con el anticipo y que no haya sido aceptada por la compañía no obligará a esta a responder por la agravación del riesgo, pero sí quedará obligada en los términos de las estipulaciones del contrato original.

Valor asegurado. – El capital asegurado de la póliza se reducirá en la proporción en que se vaya amortizando el anticipo o recibido provisionalmente los bienes objeto del contrato, en caso de preverse recepciones parciales. Los saldos deudores del anticipo son el resultante de la diferencia entre el valor del anticipo original y lo recuperado por la Entidad Asegurada en las planillas de trabajo ejecutado por el contratista. BUEN USO DE ANTICIPO PRIVADO.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

CONCLUSIONES

La Ley Orgánica del Sistema de Contratación Pública vigente desde el cuatro de agosto de 2008, es de trascendental importancia para el desarrollo del país, es una herramienta que permite optimizar los recursos públicos y aspira a disminuir los casos de corrupción, paralización de obras, Los procesos de contratación de montos menores se sometían a la reglamentación de cada organismo contratante, consecuencia de todo ello era el caos, la inseguridad jurídica, la dispersión de normativa que contemplaba procesos lentos, engorrosos y adjudicados por simple invitación. La poca o nula utilización de mecanismos informáticos y electrónicos; en los procesos precontractuales y contractuales ha traído consigo la no utilización de la eficiencia y eficacia de la contratación en línea, que en los tiempos de la globalización y competitividad deben de ser utilizados por las entidades contratantes con la participación del mayor número de personas naturales y jurídicas en los procesos de contratación.

Luego de haber finalizado con el presente trabajo de investigación teórico y analizado los resultados del proceso investigativo de campo, considero pertinente establecer las siguientes conclusiones:

- Que en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, estipula 4 casos por los que la máxima autoridad contratante podrá declarar desierto los procesos.
- Existe incongruencia entre lo que dice el numeral 3 del artículo 33 de la LOSNCP y el Art. 114 del Reglamento de la LOSNCP.
- El Art. 57 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, otorga muchísimas facilidades a los oferentes extranjeros, creando un vacío jurídico de desigualdad

con los oferentes nacionales, lo 102 cual conlleva a que se vulnere los principios establecidos en la LOSNCP, específicamente los principios de igualdad, trato justo.

- Los procedimientos de contratación para el arrendamiento de bienes tanto para el caso en que el estado o una institución pública tengan la calidad de arrendadora como arrendataria, no se encuentran debidamente reglamentados, ya que el Reglamento de esta Ley, traslada la responsabilidad al Servicio de Contratación del Estado (SERCOP), ocasionando dispersión de normas.
- La presentación de la garantía de fiel cumplimiento, de conformidad con el artículo 74, inciso quinto, limita a las instituciones públicas solicitarla, cuando el presupuesto referencial en los procesos es menor de setenta y un mil dólares aproximadamente.
- En la actual Ley, desaparece como garantía la seriedad de la propuesta, presentándose varios casos, en que el contratista adjudicado incumple con el objeto del contrato, especialmente cuando se refiere a cantidades menores donde la propia ley establece que no se puede exigir la garantía de fiel cumplimiento.
- En los procedimientos precontractuales de los contratos sometidos al Régimen Especial contantes en el Reglamento General de la Ley son insuficientes o incompletas.

RECOMENDACIONES

Creo pertinente y necesario, luego de haber concluido con la presente investigación plantear las siguientes recomendaciones:

- Que dentro de las causales para declarar desierto un procedimiento de contratación previstas en la LOSNCP, se agreguen otras como por ejemplo la siguiente: “Cuando la red informática se caiga o se congestione”, en razón de que al suceder este imprevisto, ocasiona retrasos tanto para las instituciones públicas; y, además produce incertidumbre entre los oferentes
- Que es muy importante que se introduzcan reformas a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y se incorpore en ésta, el procedimiento de contratación por Ínfima Cuantía con el objeto que el Estado mantenga concordancia entre las leyes y sus reglamentos.
- Que se debe armonizar el artículo 114 del Reglamento con el numeral 3 del Art. 33 de la LOSNCP.
- Que se sustituya el inciso segundo del Art. 57 de la Ley, en lo referente los Procedimientos Especiales, de esta manera se evite seguir dando contratos direccionados, con la estrategia de que son emergentes.
- Que cuando en los contratos de emergencia, la máxima autoridad contrate de manera directa, con empresas extranjeras se les solicite las garantías al momento de suscribir el contrato, para que existe igualdad y trato justo con los contratistas nacionales, quienes deben hacerlo al momento de la firma del contrato.
- Que es imprescindible y necesario, realizar reformas en lo referente a los procedimientos, por ejemplo, los contratos de arrendamiento, no existe un procedimiento específico, más aún en la Ley muy poco tratan de este tema; en lo referente a las causales de declarar desierto un proceso, a las garantías, a los proceso de subcontratación, subdivisión, entre otros, para de esta manera lograr obtener una de las mejores Leyes a nivel mundial, y no solo eso, sino también que permita lograr con el fin último que tiene la Administración Pública, como es, el de satisfacer las necesidades nacionales e institucionales.
- Que de manera urgente exista un proyecto de ley; en la que se reforme a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento con la finalidad de que exista coherencia entre sus normas.

BIBLIOGRAFÍA

LEGAL

- Constitución de la República del Ecuador
- Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública
- Reglamento de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública

TEXTOS

- Benalcázar Bonilla Luis y Aguilar Andrade Pablo, "GUIA DE CONTRATACION PUBLICA", Quito, 2012.
- Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 1995, pp. 301.
Borja y Borja Ramiro, "TEORÍA GENERAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO", Quito, 1995, pp. 556.
- Rengel Espinosa Iván, "MANUAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA MUNICIPAL, OBRAS, BIENES Y SERVICIOS", Tomo I, Quito, 1995, pp. 236.
- Rengel Espinosa Iván, "MANUAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA MUNICIPAL, CONSULTORÍA Y CONCESIONES," Tomo II, Quito, 1995, pp. 225.
- Torres Gallegos Galo, "TERMINACION UNILATERAL DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS", Quito, 1995, pp. 203.
- Hidalgo López Luis, "LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS", QUITO, 1996, pp. 237.
- Ediciones Legales, "REGIMEN DE CONTRATOS PUBLICOS", Quito, 1998, pp 754.
- Cámara de la Construcción de Quito, "EL MANUAL LEGAL DEL CONSTRUCTOR", Quito, 2002, pp. 496.
- Vaca Núñez Cristóbal, "FUNDAMENTOS DE LA CONTRATACIÓN PUBLICA", Quito, 2002, pp 104.
- Acosta Romero Miguel, "TEORÍA GENERAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO", México, 1997, pp1126.
- Parra Gutiérrez William, "LOS CONTRATOS ESTATALES", Colombia, 1996, pp. 966.
- Perdomo Vidal, "DERECHO ADMINISTRATIVO", Colombia, 1997, pp. 380.
- Rodríguez R. Libardo, "DERECHO ADMINISTRATIVO", Colombia, 1998, pp. 470.
- Sarmiento García Jorge, "DERECHO PÚBLICO", Argentina, 1997, pp. 739.
- Serra Rojas Andrés, "DERECHO ADMINISTRATIVO", México, 2000, pp. 905.
- Tratado de Contratación Pública.-William López Arévalo.-Edición 2011
- Manual de Contratos del Estado.- Antonio Pérez y Efraín Pérez.- año 2008

WEBGRAFIA

- http://www.lahora.com.ec/index.php/noticias/show/1101145188/-1/Proyecto_plantea_reformas_para_la_contrataci%C3%B3n_p%C3%BAblica.html
- <https://www.compraspublicas.gob.ec/ProcesoContratacion/compras/>
- <http://www.rap.com.ec/es/contratacion-publica>
<http://davidesparza1978.blogspot.com/2012/02/garantias.html>
ECUADOR, Leyes y Estatutos; Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; Lexis S.A.
<http://www.ambiente.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/06/8-Manual-Proceso-de-la-Fase-Contractual.pdf>
http://www.derecho.com/c/Contratos_Privados
http://www.bihartean.com/upload/noticias/documentos/documento1/es/Nota_sobre_los_contratos_publicos_en_Francia.pdf
<http://www.eumed.net/cursecon/dic/glos-segur.htm>
<http://p.aseguradoradelsur.com.ec/glosario/>
<http://www.expansion.com/diccionario-economico/reaseguro.html>
<http://losmejoressegurosdelmundo.com/la-poliza-de-seguro-todo-lo-que-debes-saber/>
ECUADOR, Leyes y Estatutos; Código Civil Ecuatoriano; Lexis S.A.
<http://preguntasresueltas.com/cuales-son-las-caracteristicas-de-una-hipoteca/>