



UNIVERSIDAD TÉCNICA PARTICULAR DE LOJA

La Universidad Católica de Loja

ÁREA SOCIOHUMANÍSTICA

TÍTULO DE MAGÍSTER EN DERECHO ADMINISTRATIVO

**Falencias e incongruencias de las garantías aplicadas en los procesos
de Contratación Pública**

TRABAJO DE TITULACIÓN

AUTORA: Matovelle Álvarez, Johanna Paola

DIRECTOR: Blacio Aguirre, Galo Stalin, Dr.

CENTRO UNIVERSITARIO CUENCA

2016

APROBACIÓN DEL DIRECTOR DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

Doctor.

Galo Stalin Blacio Aguirre

DOCENTE DE LA TITULACIÓN

De mi consideración:

El presente trabajo de titulación: “Falencias e incongruencias de las garantías aplicadas en los procesos de Contratación Pública”, realizado por, Matovelle Álvarez, Johanna Paola, ha sido orientado y revisado durante su ejecución, por cuanto se aprueba la presentación del mismo.

Cuenca, junio de 2016

f).....

DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y CESIÓN DE DERECHOS

Yo, Matovelle Álvarez, Johanna Paola, declaro ser autora del presente trabajo de titulación: “Falencias e incongruencias de las garantías aplicadas en los procesos de Contratación Pública”, de la Titulación Maestría en Derecho Administrativo, siendo el doctor 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, concepto, 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 o trabajos de titulación que se realicen con el apoyo financiero, académico o institucional (operativo) de la Universidad”.

f.

Autora: Matovelle Álvarez, Johanna Paola

Cédula: 0103933230

DEDICATORIA

A mi familia, en especial a mis padres, hermanos y tío el Padre Nestorio Álvarez, porque con su cariño, apoyo incondicional y entrega me han sabido ayudar para no desistir en el camino, a pesar de las adversidades que se me han presentado, y que en un momento dado, parecía que iba a truncarse mi anhelo de graduarme, para seguir avanzando profesional y académicamente; y, sobre todo agradezco a Dios por bendecirme con una de mis principales metas que es graduarme en la presente maestría.

Paola

AGRADECIMIENTO

Expreso mi agradecimiento a la Universidad "UTPL", a sus excelente Catedráticos, Coordinadores y Director de mi Tesis, quien con sus conocimientos, sabiduría y entrega, me han guiado de la mejor manera en el desarrollo de la presente tesis, para culminarlo con satisfacción; a mi familia por la paciencia y entrega, en especial a Dios, mis padres, hermanos y a mi tío el Padre Nestorio Álvarez.

Paola

ÍNDICE DE CONTENIDOS

CARÁTULA	i
APROBACIÓN DEL DIRECTOR DEL TRABAJO DE TITULACIÓN.....	ii
DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y CESIÓN DE DERECHOS.....	iii
DEDICATORIA	iv
AGRADECIMIENTO	v
ÍNDICE DE CONTENIDOS.....	vi
ÍNDICE DE GRÁFICOS.....	viii
ÍNDICE DE TABLAS	viii
RESUMEN.....	1
ABSTRACT	2
INTRODUCCIÓN.....	3
CAPÍTULO I.....	5
CONTRATACIÓN PÚBLICA.....	5
1.1. Antecedentes	6
1.2. Generalidades y conceptos	8
1.3. Principios y objetivos que rigen la Contratación Pública	9
1.4. El plan anual de Contratación Pública	13
1.5. Procedimientos de Contratación Pública	15
1.5.1. Las fases o etapas de los procesos de contratación	15
1.5.2. Los procedimientos dinámicos y especiales.....	26
1.5.3. Las garantías	32
1.5.4. Las contrataciones de ínfima cuantía.....	33
1.5.5. El régimen especial.....	35
1.6. Los contratos y las garantías.....	36
1.7. La Contratación Pública en la legislación comparada.....	38

1.8. Conclusiones y recomendaciones	40
CAPÍTULO II	42
ANÁLISIS DE LAS FALENCIAS E INCONGRUENCIAS DE LAS GARANTÍAS EN LOS PROCESOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA	42
2.1. Generalidades y definiciones.....	43
2.2. Garantía de anticipo	46
2.3. Garantía técnica	47
2.4. Garantía de fiel cumplimiento	49
2.6. La devolución de las garantías	52
2.7. Falencias e incongruencias de las garantías implementadas en la actualidad en los procesos de contratación pública	53
2.8. Legislación comparada en el tema de las garantías dentro de la Contratación Pública	60
2.9. Conclusiones y recomendaciones	64
CAPÍTULO III	67
INVESTIGACIÓN DE CAMPO Y PROPUESTA.....	67
3.1. Resultados de las encuestas.....	68
3.1.1. Encuestas al público en general	68
3.1.2. Encuestas a los profesionales.....	76
3.2. Conclusiones.....	80
3.3. Recomendaciones.....	82
3.4. Anteproyecto de Ley reformatoria a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y al Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, respecto al régimen de garantías	84
3.4.1. Anteproyecto sobre la LOSNCP.....	84
3.4.2. Anteproyecto sobre el Reglamento	90
CONCLUSIONES.....	92
RECOMENDACIONES.....	94
BIBLIOGRAFÍA.....	95

ANEXOS	98
--------------	----

ÍNDICE DE GRÁFICOS

Gráfico 1. Orden de prelación para la evaluación de las ofertas	21
Gráfico 2. Tipos de formalización de los contratos.....	36
Gráfico 3. ¿Hay falencias e incongruencias?	69
Gráfico 4. ¿Son suficientes para el cumplimiento de los términos y especificaciones del contrato?.....	70
Gráfico 5. ¿Son eficientes y eficaces?	71
Gráfico 6. ¿Variaría el monto dependiendo del contrato y del monto?	72
Gráfico 7. ¿Es un sistema igualitario, incluyente y social?	73
Gráfico 8. Utilización del portal de compras públicas	74
Gráfico 9. ¿Qué aspecto debería cambiar para lograr mayor agilidad?	75

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1. Márgenes de preferencia para bienes o servicios	21
Tabla 2. Márgenes de preferencia para obras	22
Tabla 3. Tipos de garantía y cuantías necesarias	46
Tabla 4. Montos para el Fiel Cumplimiento	56
Tabla 5. ¿Hay falencias e incongruencias?.....	69
Tabla 6. ¿Son suficientes para el cumplimiento de los términos y especificaciones del contrato?	70
Tabla 7. ¿Son eficientes y eficaces?.....	71
Tabla 8. ¿Variaría el monto dependiendo del contrato y del monto?.....	72
Tabla 9. ¿Es un sistema igualitario, incluyente y social?.....	73
Tabla 10. Utilización del portal de compras públicas.....	74
Tabla 11. ¿Qué aspecto debería cambiar para lograr mayor agilidad?	75

RESUMEN

El título del presente trabajo es: “Falencias e incongruencias de las garantías aplicadas en los procesos de contratación pública”.

Para cubrir las expectativas de este trabajo, el objetivo principal será diseñar y proponer un Anteproyecto de Ley reformativa a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y al Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, respecto al régimen de garantías.

Con esta tesis se identificarán los problemas que tienen la actual Ley de Contratación Pública y su Reglamento con respecto a las garantías exigidas a los contratados y se podrá dar respuesta a ellos.

La investigación será exploratoria donde identificaremos los problemas existentes. Se realizará una encuesta con preguntas cerradas a 384 personas y también una entrevista con preguntas abiertas a cuatro expertos en la contratación pública.

Como resultado, se elaborará un Anteproyecto de Ley que corrija todas las falencias encontradas y que den respuesta a las necesidades que la ciudadanía espera de las contrataciones públicas.

PALABRAS CLAVE: contratación pública, sistemas de garantías, administración, artesanos, pequeñas empresas, aval bancario.

ABSTRACT

The title of the present work is: "Failings and incongruities of the guarantees applied in the processes of public contracting".

To cover the expectations of this work, the principal aim will be to design and to propose a bill of reformatory law to the Organic Law of the National System of Public Contracting and to the General Regulation of the Organic Law of the National System of Public Contracting, with regard to the regime of guarantees.

With this thesis there will be identified the problems that have the current Law of Public Contracting and his Regulation with regard to the guarantees demanded from the contracted ones and it will be possible give response to them.

The investigation will be exploratory where we will identify the existing problems. A survey will be realized by questions closed to 384 persons and also an interview with questions opened four experts in the public contracting.

As result, there will be elaborated a Draft bill that corrects all the opposing failings and that they give response to the needs for that the citizenship expects from the public contracting.

KEYWORDS: public contracting, systems of guarantees, administration, craftsmen, small enterprises, bank endorsement.

INTRODUCCIÓN

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, publicada en el Suplemento del Registro Oficial nº 395 del 4 de agosto de 2008, determina los principios, normas y procedimientos de contratación para la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluso los de consultoría, creada con el fin de innovar la contratación mediante procedimientos ágiles, transparentes, eficientes y tecnológicamente actualizados, que impliquen ahorro de recursos y que faciliten las labores de control tanto de las entidades contratantes como de los propios proveedores de obras, bienes y servicios y de la ciudadanía en general.

Con esta Ley, se creó un nuevo marco institucional de la contratación pública que representa la arquitectura institucional del Sistema Nacional de Contratación Pública, destacándose el Instituto Nacional de Contratación Pública, INCOP como organismo rector, que articula la relación precontractual que ocurre entre las Entidades contratantes y los proveedores en los términos establecidos por la normativa del Sistema Nacional de Contratación Pública, que interactúa con los organismos del Estado que cumplen diferentes funciones en el ámbito de la contratación pública, y cuya labor y competencias se sustentan en instrumentos de carácter jurídico o normativo y tecnológico.

En la actualidad la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento, determinan tres tipos de garantías aplicables a los procesos de contratación, como son: técnica, de anticipo y la de fiel cumplimiento, sin embargo, es necesario manifestar que existen algunas falencias e incongruencias en estas garantías, razón por la cual tienen que ser reformadas para lograr una eficiente y adecuada aplicación en los proceso de contratación pública, y en consecuencia brindar una mayor seguridad jurídica.

Con estos antecedentes, resulta indispensable reformar la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento. Cabe recordar que es deber del Estado proteger a la sociedad y propender una eficaz y eficiente administración pública, a través de la creación o actualización de leyes que eviten inconvenientes jurídicos, perjuicios económicos, corrupción y que tales leyes sean claras y objetivas.

El objetivo principal de este trabajo es el de:

Diseñar y proponer un Anteproyecto de Ley reformativa a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y al Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, respecto al régimen de garantías.

Los objetivos específicos son:

- Determinar cuáles son las garantías actuales y la necesidad de reformarlas, con el propósito de lograr agilidad y eficiencia en los procesos de contratación pública.
- Fundamentar jurídicamente la necesidad de reformar las actuales garantías en los procesos de contratación pública, para garantizar eficacia y eficiencia en los procesos de contratación pública.
- Establecer los componentes para la elaboración del Anteproyecto de Ley reformativa a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y al Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, respecto al régimen de garantías.

Para ello, se analizarán las generalidades y conceptos en el entorno de la contratación pública y de la LOSNCP. También se analizarán las falencias e incongruencias que versan sobre las garantías en los procesos de contratación, observando y contrastando la legislación comparada de otras legislaciones. Realizaremos una encuesta sobre los usuarios del portal de contratación pública, para conocer los problemas y necesidades en la opinión de éstos; además, se hará una entrevista con preguntas abiertas a cuatro expertos jurídicos para conocer su opinión al respecto.

Finalmente, con los resultados de las encuestas y con la valoración del análisis de la LOSNCP, se redactará un anteproyecto de Ley para la reforma de la LOSNCP y el Reglamento.

CAPÍTULO I
CONTRATACIÓN PÚBLICA

1.1. Antecedentes

La puja o licitación competitiva entre varios ofertantes es una técnica usada desde tiempos antiguos. Del Derecho Romano nos llega la palabra «subasta». El botín conseguido en las campañas militares era vendido de forma pública, en el lugar del evento se clavaba la insignia real (asta) que legitimaba el acto, de ahí viene el término de subasta. “Pacto de in diem addictio, pacto de resolución por mejor oferta. Se daba en las subasta en las que el objeto era adjudicado (adictio) al mejor postor pro el magistrado que las presidía” (Bernad, Buigues, Espinosa, & Gómez, 2011, pág. 171). Vemos, por tanto, que la práctica viene arraigada jurídicamente desde los cimientos del Derecho Romano.

Las leyes sobre administración financiera y control en nuestra región tienen raíces en la Legislación de Indias, dictadas la Audiencia España para el gobierno del territorio Americano y que se extendió hasta el siglo XIX.

La primera normativa de trascendencia sobre contratación pública en el Ecuador, la hallamos en la Ley de Hacienda de 1927, donde se regulaba las compras de insumos, materiales que necesitaba el gobierno para funcionamiento, y donde se exigía al Estado la licitación para ciertos volúmenes de compras. Para esta operación de licitación se debía contar con la intervención del Controlador General de la Nación. Esta ley sufre varios cambios que se van incorporando como el caso de la codificación en el año de 1960, que contempla el requerimiento de contar con una partida presupuestaria que disponga de los fondos necesarios para la celebración del contrato.

Esta Ley tiene algunos cambios a lo largo de las siguientes décadas, hasta que en 1964 se publica la ley de licitaciones de 1964, después de sucesivas reformas se publica la Ley de Licitaciones y Concurso de Ofertas en 1974, donde se recogen los principios de licitación, bases y partida presupuestaria para su completa autorización por la entidad pertinente, además se incorporó la figura "exorbitante", del derecho administrativo, de la "terminación unilateral y anticipada del contrato".

En 1990 se publica la Ley de Contratación Pública, donde se recogieron las reglamentaciones concretas internas que debían aplicar las instituciones públicas. La primera Ley de Consultoría se publicó en 1998, en el que se determinó los procedimientos para poder contratar con empresa encargadas de realizar encuestas

de servicios, datos para las instituciones del estado. Se publican también, algunas leyes para contrataciones especiales, como las contrataciones dentro del sector petrolero, sujetas a la Ley de Hidrocarburos, entre otras en el mismo entorno productivo. Esta Ley, fue codificada en el año 2001 y estuvo en vigencia hasta el año 2008. Fue sustituida por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (en adelante, también nos referiremos a ella como LOSNCP).

En este cuerpo legal se ha introducido, principalmente, la noción de un Sistema Nacional de Contratación Pública basada en herramientas tecnológicas (portal de compras públicas) y procesos dinámicos, creación del Instituto Nacional de Contratación Pública y del Registro Único de Proveedores a su cargo. (Pérez, López, & Aguilar, 2011, pág. 1.)

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública - LOSNCP, fue publicada en el Suplemento del Registro Oficial Nro. 395, de 04 de agosto de 2008, constituyéndose como la base del Sistema Nacional de Contratación Pública Ecuatoriano, integrado por un cuerpo normativo y una entidad reguladora como es el Ex Instituto Nacional de Contratación Pública - Ex INCOP, conocido en la actualidad como Servicio Nacional de Contratación Pública – SERCOP, conforme se desprende de la Ley No. 0, publicada en Registro Oficial Suplemento N° 100, de 14 de Octubre del 2013, con la cual se dispuso sustituir la denominación del Instituto Nacional de Contratación Pública por la de Servicio Nacional de Contratación Pública que se contengan en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, otras leyes, reglamentos, normas o regulaciones; cualquier referencia al Servicio Nacional de Contratación Pública como "instituto", "INCP" o "INCOP", deberá ser sustituida por la nueva denominación y las siglas "SERCOP", en su orden.

El Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, se expidió mediante Decreto Ejecutivo No. 1248, publicado en el Suplemento del Registro Oficial N° 399, de 08 de agosto de 2008, reformado mediante Decreto Ejecutivo N° 1700, publicado en el Registro Oficial N° 588, de 12 de mayo de 2009.

El Servicio Nacional de Contratación Pública – SERCOP, es el Órgano Rector del Sistema Nacional de Contratación Pública, creado con capacidad normativa para ejercer sus atribuciones, con personalidad jurídica propia y autonomía administrativa, técnica, operativa, financiera y presupuestaria; organismo que propone un cambio de concepto en cuanto al régimen de contratación pública en nuestro país.

Efectivamente, con Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública se incorporó el manejo digital de los servicios a través de un portal administrado por el Servicio Nacional de Contratación Pública (de ahora en adelante, también lo denominaremos SERCOP). Esta web es el único medio para participar en los procesos de contratación en consonancia con lo establecido en el Reglamento General de la LOSNCP.

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.

1.2. Generalidades y conceptos

La LOSNCP nace con la necesidad de crear un sistema de contratación pública que fuera capaz de armonizar todas las instancias y organismos públicos en la necesidad de planificar, programar y ejecutar las adquisiciones de bienes, de los servicios y la ejecución de obras públicas. La ausencia de políticas de compras públicas articuladas de manera general produjo en el pasado la discrecionalidad de las adjudicaciones y el desperdicio de recursos públicos, tal como lo ratifica el Considerando de la LOSNCP. (LOSNCP, 2008, reformada el 14 de octubre de 2013)

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública determina las normas que regulan los procedimientos de contratación para la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultoría, que realicen los organismos y entidades públicas, entre otros, constantes en el artículo 1:

- Organismos y dependencias de las Funciones del Estado
- Organismos Electorales
- Organismos de Control y Regulación
- Entidades del Régimen Seccional Autónomo

- Organismos creados por la Constitución
- Personas jurídicas seccionales para prestación de servicios públicos
- Corporaciones, fundaciones o sociedades integradas por instituciones del Estado
- Compañías mercantiles que administren bienes del Estado (LOSNC, 2008, reformada el 14 de octubre de 2013).

La Constitución de la República en su artículo 225, numerales 2 y 4, clasifica dentro del sector público a las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado. Así mismo el numeral 3, integra también a los organismos creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal. (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

La Ley Orgánica de Empresas Públicas, en su artículo 34, determina las disposiciones generales sobre la contratación en las empresas públicas y la sujeción al Plan Nacional de Desarrollo de éstas. (RGLOSNC, 2008, reformado mediante Decreto Ejecutivo N° 1700, publicado en el Registro Oficial N° 588, de 12 de mayo de 2009). El Plan Estratégico que está regulado, es una de las herramientas para evaluar a los administradores de las empresas.

1.3. Principios y objetivos que rigen la Contratación Pública

PRINCIPIOS.- Los principios para la aplicación de la Ley y de los contratos que se deriven, están enunciados en su artículo 4 (LOSNC, 2008, reformada el 14 de octubre de 2013).

Estos principios son los siguientes:

- **Legalidad.** También de primacía de la ley, donde toda administración pública deberá ejercitarse conforme a la ley y a su jurisdicción. *“Desde la perspectiva de la ciencia política, la legalidad es un requisito y un atributo del poder que supone ciertos límites al ejercicio del mismo”* (Salazar Ugarte, 2000, pág. 389). Acorde con lo establecido en el artículo 226 la Constitución de la República, la contratación pública debe realizarse de acuerdo con lo que establece la Ley que rige la materia, observando los procedimientos legalmente establecidos. La normativa aplicable estará jerarquizada jurídicamente (Ley, Reglamento General y Resoluciones del SERCOP). Se entiende entonces que, los actos administrativos relacionados con la contratación pública deben ser motivados

en la norma, y por cierto, respecto de ellos podrá presentarse reclamo o recurso administrativo de conformidad con la Ley

- **Trato justo.** Es el derecho de darle a cada quien lo que se merece. La LOSNCP contiene disposiciones que se orientan a establecer un equilibrio en la relación precontractual y contractual entre la entidad contratante y el proveedor, evitando que se perjudiquen los intereses del Estado, pero también impidiendo que el funcionario público actúe discrecionalmente, disponiendo que la relación entre las partes se de en términos transparentes, éticos, implica el estricto cumplimiento de lo ordenado en el Art. 226 de la Constitución de la República, es decir, que en derecho público cumplo lo que la constitución y la Ley me facultan, igualmente le aplicamos de la normativa de contratación pública, del seguir el orden jerárquico que ordena el Art. 425 ibídem, esto permite que las actas administrativas que se generen en un proceso de contratación se encuentren debidamente motivadas, tal cual lo ordena el literal l) numeral 7 del Art. 76 de la carta magna, y documentados, y requiriendo en forma obligatoria que todas las instancias de decisión del proceso de contratación, deban estar debidamente sustentadas.
- **Igualdad.** Principio que ante situaciones iguales otorga que se aplique el mismo trato. *“Supone el reconocimiento de un mismo estatuto jurídico para todos los ciudadanos, lo que implica la garantía de la paridad de trato en la legislación y en la aplicación del derecho”* (Pérez Luño, 2007, pág. 19). Garantiza la igualdad de todos los oferentes dentro de un proceso de contratación y en los términos que establece la LOSNCP, evitando cualquier conducta o actitud de carácter discriminatorio, y aplicando las mismas condiciones establecidas en los pliegos, es decir no favoreciendo a unos en perjuicio de otros; más aún cuando en nuestra Constitución en el numeral 2 del Art. 11 señala que *“Todas las personas son iguales y gozaran de los mismos derechos, deberes y oportunidades.”* Por tanto, es un principio democrático, donde toda persona natural o jurídica que accede a la contratación pública está en igualdad de condiciones, sin que haya privilegios o prerrogativas.
- **Calidad.** La contratación pública debe ser una vía a través de la cual la entidad contratante debe garantizar calidad tanto del gasto público, al realizarse en forma eficiente y eficaz, como del objeto de contratación, al cumplir con los

estándares y especificaciones técnicas requeridas que garanticen de la mejor manera el cumplimiento de los objetivos que persiga dicha contratación.

- **Vigencia tecnológica.** Basado en la modernidad y tecnología adecuada para el acceso de todas las personas, de manera que cumplan los fines para los que son requeridos. En tal circunstancia se construyó el Portal de Compras Públicas, como un acceso de vanguardia que posibilita la recepción de todas las ofertas sin necesidad de desplazamientos burocráticos. El SERCOP promueve el uso intensivo de tecnologías para simplificar los procedimientos de contratación legalmente establecidos, democratizar el uso de la información y transparentarla gratuitamente. Pero también significa para las entidades contratantes que deben cuidar que el objeto materia de la contratación respondan a criterios de una permanente vigencia tecnológica, de desempeño óptimo de los bienes y equipos durante su vida útil, que es otra forma de preservar los recursos públicos.
- **Oportunidad.** Los procedimientos de contratación establecidos en el SERCOP deben ejecutarse de manera oportuna y eficiente, atendiendo las necesidades de las entidades contratantes y guardando relación con la programación realizada, lo que implica tener en cuenta el lucro cesante en la inversión pública, y cumplir con una gestión que persigue eliminar pérdidas por lo que el Estado deja de percibir, y más bien alcanzar un mejor rendimiento de los recursos del Estado.
- **Concurrencia.** Los procesos de contratación pública deben incluir una regulación que incorpore el concepto amplio de concurrencia objetiva e imparcial, que posibilite la pluralidad y la participación plena y competitiva de los proveedores. “En un procedimiento precontractual debe contarse con el mayor número de oferentes posibles” (Pérez, López, & Aguilar, 2011, pág. 68). Los procesos de contratación deben garantizar la más amplia oportunidad de participación de los miembros de la sociedad, ejerciendo su derecho de ser proveedor del Estado, en los términos establecidos por la Ley, y que responda a un ejercicio de participación competitiva, con reglas claras, objetivas y predeterminadas. Cualquier condición de carácter restrictivo o limitativo por parte de una entidad contratante, está prohibida por la LOSNCP y contraría el

objetivo central de ampliar las oportunidades de trabajo para los proveedores del Estado.

- **Transparencia.** La actuación debe ser honesta e imparcial de la Administración Pública, *“el uso de sistemas que permiten compras en línea, mecanismo a través del cual, todo el mercado puede tener acceso a la misma información, han permitido que la transparencia dentro de los procesos sea en términos generales bastante aceptable”* (Olivo Martínez, 2015, pág. 1). Este principio presupone que la actividad y la gestión de la Administración Pública se realice bajo la ética y la moral, y que deba ser de carácter imparcial, de acuerdo con prácticas de honestidad y justicia. La transparencia promueve el diáfano obrar del Estado y sus instituciones, y se ha constituido en la mejor estrategia para eliminar la corrupción, considerando que la administración pública se rige por principios de eficacia, eficiencia y calidad.
- **Publicidad.** El SERCOP, a través de sus herramientas informáticas, garantiza que las invitaciones, las convocatorias y, en sí mismo, los procesos de contratación en sus diferentes etapas, sean de conocimiento de todos los interesados y de la sociedad en general, haciendo de la información un medio de propiedad pública y gratuita, según lo ordena el numeral 2 del Art. 18 de la Constitución, como ocurre con los pliegos a los que cualquier persona puede acceder con solo ingresar al portal institucional www.secop.gov.ec.
- **Participación nacional.** El artículo 6, numeral 23, define como: *“Aquel o aquellos participantes inscritos en el Registro Único de Proveedores cuya oferta se considere de origen nacional”* (LOSNC, 2008, reformada el 14 de octubre de 2013). Por tanto, hay una priorización por la producción nacional. Una de las finalidades de la contratación pública es la dinamización de la producción nacional y local aprovechando el mercado que genera la contratación de los objetos de contratación, para lo cual la LOSNC establece mecanismos de incentivo y fomento, como es la aplicación de márgenes de preferencia y criterios de contratación preferente, que buscan favorecer en particular a los micro, pequeños y medianos productores nacionales, y a los estratos de la economía popular y solidaria.

Algunos de los principios enunciados están en relación con los establecidos en el artículo 227 de nuestra Constitución para la Administración Pública como servidores de la colectividad: “*eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación*” (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Los procedimientos y contratos se deberán interpretar y ejecutar conforme los principios antes referidos, tal como lo establece el artículo 5 de la LOSNCP, “(...) *precautelando los intereses públicos y la debida ejecución del contrato*” (LOSNCP, 2008, reformada el 14 de octubre de 2013).

OBJETIVOS.- Los objetivos del Sistema Nacional de Contratación Pública son once, mismos que se encuentran previstos en el Art. 9 de la LOSNCP, entre los cuales están los que cito a continuación:

“(...) 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. (...)

(...)11. Incentivar y garantizar la participación de proveedores confiables y competitivos en el SNCP.” (Artículo 9 de la LOSNCP)

1.4. El plan anual de Contratación Pública

Para cumplir con los objetivos y necesidades del Plan Nacional de Desarrollo, las instituciones contratantes deberán formular el Plan Anual de Contratación con el presupuesto correspondiente, sustentado por la planificación plurianual de la institución y en concordancia con el Plan Nacional de Desarrollo y a los presupuestos del Estado, tal como lo indica el artículo 22 de la LOSNCP.

El Plan Anual de Contratación deberá ser publicado en el portal institucional de la entidad contratante, en la forma que recoge el Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en su artículo 25:

“Hasta el 15 de enero de cada año, la máxima autoridad de cada entidad contratante o su delegado, aprobará y publicará el Plan Anual de Contratación (PAC), el mismo que contendrá las obras, bienes o servicios incluidos los de consultoría que se contratarán durante ese año, en función de sus respectivas metas institucionales (...)” (RGLOSNC, 2008, reformado mediante Decreto Ejecutivo N° 1700, publicado en el Registro Oficial N° 588, de 12 de mayo de 2009).

Posteriormente a su publicación en el portal institucional de la entidad contratante, se podrá reformar a través de la máxima autoridad o su delegado, mediante resolución debidamente motivada, la misma que junto con el plan reformado serán publicados, siguiendo los mismos mecanismos previstos en el artículo 22 de la LOSNCP. Todas las contrataciones aprobadas deberán ser incluidas en el PAC inicial o reformulado, salvo las de ínfima cuantía o las que respondan a situaciones de emergencia. Los formatos para la publicación en el PAC se encuentran elaborados y publicados en el portal del SERCOP.

Por tanto, la/s contratación/es debe/n estar prevista/s en el Plan Anual de Contratación (también PAC) de la entidad contratante, previa consulta de la disponibilidad presupuestaria, a menos que circunstancias no previstas al momento de la elaboración del PAC hagan necesario su modificación.

El contenido del Plan Anual de Contratación - PAC, contendrá la siguiente información, según el artículo 26 del Reglamento General de la LOSNCP:

1. *Los procesos de contratación que se realizarán en el año fiscal;*
2. *Una descripción del objeto de las contrataciones contenidas en el Plan, suficiente para que los proveedores puedan identificar las obras, bienes, servicios o consultoría a contratarse;*
3. *El presupuesto estimativo de los bienes, servicios u obras a adquirir o contratar;*
4. *El cronograma de implementación del Plan.* (RGLOSNC, 2008, reformado mediante Decreto Ejecutivo N° 1700, publicado en el Registro Oficial N° 588, de 12 de mayo de 2009)

El contenido del Plan Anual de Contratación y los sustentos del mismo están regulados en el Reglamento General de la presente Ley, tal como lo determina el inciso tercero del artículo 22 de la LOSNCP.

1.5. Procedimientos de Contratación Pública

1.5.1. Las fases o etapas de los procesos de contratación

Existen fases o etapas en los procesos de contratación pública en el Ecuador, como son:

- **Fase o etapa preparatoria.**- *“Es la fase interna del proceso de contratación, en la cual, el órgano de Contratación va configurando su voluntad para contratar.”* (LÓPEZ, William, TRATADO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, Quito-Ecuador, 2010, pág. 120)

Esta etapa es el proceso de diseño y selección de objetivos, metas, acciones acordes a la necesidad institucional, se requiere de información detallada, correcta, concreta y confiable, debido a que constituye la base y el soporte fundamental del contrato.

Antes de iniciar un procedimiento precontractual, de acuerdo a la naturaleza de la contratación, la entidad deberá contar con:

- a) La contratación a realizarse debe constar en el Plan Anual de Contratación inicial o reformado.- El Plan Anual de Contratación, PAC, es el instrumento de planificación de la contratación pública, que deberá ejecutarse de conformidad con lo dispuesto en la LOSNCP y su Reglamento General.
- b) Antes de iniciar un procedimiento precontractual, de acuerdo a la naturaleza de la contratación, la entidad deberá contar con los estudios y diseños completos, definitivos y actualizados, planos y cálculos, especificaciones técnicas, debidamente aprobados por las instancias correspondientes, vinculados al PAC de la entidad.
- c) Se debe determinar y obtener los permisos, requisitos, licencias y autorizaciones requeridos para poder proceder, de ser necesario.
- d) Se debe determinar el impacto social ambiental, de ser necesario.
- e) Se debe consultar sobre impuestos, de ser necesario.

- f) Determinación del Sistema de Precios, de ser necesario.
- g) Selección de la forma de Pago.
- h) Cronograma de ejecución del contrato, de ser necesario.
- i) Estimación de los costos por ajustes e imprevistos.
- j) Verificar que el proveedor invitado a participar en el proceso de contratación pública, conste en el registrado en el Sistema Nacional de Contratación Pública, en caso que se realice una contratación directa.
- k) Se debe realizar un análisis de mercado, para la determinación del presupuesto referencial del proceso de contratación.
- l) La entidad deberá certificar la disponibilidad presupuestaria y la existencia presente o futura de recursos suficientes para cubrir las obligaciones derivadas de las contrataciones.
- m) La entidad deberá verificar y certificar que la contratación a realizarse no consta en el catálogo electrónico.
- n) Se deben elaborar los pliegos, mismos que deben ser aprobados por la entidad contratante, que de acuerdo al artículo 6, numeral 24 de la LOSNCP, son los *“documentos precontractuales elaborados y aprobados para cada procedimiento, que se sujetarán a los modelos establecidos por el INCOP”*. Y en cuanto al uso de dichos modelos, la LOSNCP establece en el artículo 27 que *“serán obligatorios los modelos y formatos de documentos precontractuales, y la documentación mínima requerida para la realización de un procedimiento precontractual y contractual, que serán elaborados y oficializados por el INCOP”*. Los modelos de pliegos, se encuentran en el portal del SERCOP, y en el nuevo sistema denominado USHAY para que la entidad contratante los complete adecuándoles a la naturaleza de la contratación que va a realizar, para lo cual el Reglamento General de la LOSNCP indica en el artículo 28 que *“la entidad contratante bajo su responsabilidad, podrá modificar y ajustarlos a las necesidades particulares de cada proceso de contratación, siempre que se cumpla con la Ley y el Reglamento General”*.

- o) Resolución debidamente motivada por parte de la máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado.

Tal como lo expresa el Artículo 76, numeral 7, literal I, de la Constitución de la República del Ecuador, las resoluciones que emitan los poderes públicos deben ser debidamente motivadas. “(...) *Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se consideraran nulos*” (Constitución de la República del Ecuador, 2008). Por tanto deberán estar conformadas por tres elementos:

- ✓ **Elemento expositivo:** donde se exponen las necesidades y requerimientos de la entidad contratante que sustentan la contratación.
 - ✓ **Elemento motivo:** donde se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho.
 - ✓ **Elemento resolutivo:** donde la autoridad competente aprueba los pliegos y cronograma del proceso, así como las demás disposiciones del proceso. Además debe constar la conformación de la comisión técnica; y la publicación en el portal institucional, junto a la invitación o la convocatoria.
- **Fase o etapa precontractual.-** Esta etapa constituye la realización del proceso en el portal institucional, en base en los pliegos que fueron aprobados por la autoridad competente. El desarrollo de esta fase empieza con:
 - a) **Convocatoria o Invitación.-** En la fase precontractual debe estar la publicación de la convocatoria o invitación para participar en el proceso de contratación, dependiendo el tipo de contratación.

Los procedimientos sobre la contratación pública suelen ser abiertos para garantizar el principio de concurrencia, por esta razón, la convocatoria se hace a través del portal de compras públicas. El Artículo 3 del Reglamento General de la LOSNCP, así lo expresa: “(...) *Toda convocatoria para la adquisición de bienes o la prestación de servicios deberá publicarse en el Portal: www.compraspublicas.gov.ec. (...)*”.

La recepción de las ofertas deberán hacerse en el mismo portal, con la única excepción sobre demandas con un gran nivel de complejidad o magnitud de documentación e información que se deba aportar; en estos casos, entonces, se podrán entregar físicamente en el lugar y día señalados en la convocatoria, sin embargo en la práctica no se da en virtud que hasta el momento el sistema no cuenta con la opción de la firma electrónica, para que los oferentes presente sus ofertas; por consiguiente aún se mantiene el hecho que las ofertas deben ser entregadas en físico, hasta que se habilite la opción de poder registrarlas en el portal con la firma electrónica.

Por consiguiente, además de los proveedores sorteados, pueden participar las personas o entidades habilitadas en el RUP con la misma categoría. El artículo 47 de la LOSNCP especifica claramente la obligatoriedad de estar registrado en el RUP para poder participar.

La autoinvitación no es posible en los procesos de consultoría y en los de ínfima y menor cuantía, dado que los proveedores en estos casos son llamados directamente, sin tener un proceso de selección previo.

- b) **Pliegos.-** Conforme lo determina el artículo 31 de la LOSNCP en concordancia con el artículo 20 de su Reglamento General, la entidad contratante elaborará los pliegos para cada contratación, conforme a los modelos elaborados por el SERCOP, los cuales son de uso obligatorio, los cuales contendrán toda la información requerida para participar en un proceso de provisión de obras, bienes o servicios, incluidos los de consultoría. Los Pliegos contendrán toda la información técnica, económica y legal requerida en un proceso; éstos serán aprobados por la máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado.

- c) **Preguntas y respuestas de los procedimientos de contratación – Acta.-** En todo proceso de contratación existirá la posibilidad de que los proveedores, una vez recibida la invitación o efectuada la publicación de la convocatoria en el Portal a través del Portal del SERCOP, formulen preguntas sobre el contenido de los pliegos. Para el efecto, la entidad contratante establecerá en el cronograma de cada proceso el término previsto, de acuerdo con el Reglamento General de la LOSNCP y las resoluciones que el SERCOP ha expedido para regular cada uno de los

procesos de contratación, conforme lo determina el artículo 21 del Reglamento General.

- d) **Aclaraciones y modificaciones a los pliegos – Acta.-** La máxima autoridad de la entidad contratante, su delegado o la comisión técnica designada para el proceso de contratación, según el caso, podrá modificar los pliegos, a través de aclaraciones que se efectúen, siempre que no alteren el objeto del contrato y el presupuesto referencial del mismo. Cabe señalar que las aclaraciones que formulen la máxima autoridad de la entidad contratante, su delegado o la comisión técnica, deberán ser publicadas en el portal institucional, para conocimiento de los proveedores invitados o convocados al proceso de contratación.
- e) **Cancelación del Procedimiento de Contratación – Resolución.-** Conforme lo determina el artículo 34 de la LOSNCP, en cualquier momento entre la convocatoria y 24 horas antes de la fecha de presentación de las ofertas, la máxima autoridad de la entidad, podrá declarar cancelado el procedimiento, mediante acto administrativo motivado, y establece los casos para ello.
- f) **Presentación de las ofertas.-** Antes del plazo establecido por la Entidad Contratante y según lo indicado en los Pliegos, los oferentes deben entregar su Oferta, la Oferta Técnica se entregará en físico, hasta tanto el SERCOP establezca la aplicación de la Firma Electrónica en la contratación pública. La Entidad Contratante recibe la Oferta correspondiente, para lo cual la/el secretaria/o de la Comisión Técnica o la persona a quien se le delegue esta tarea, dejará expresa constancia de la recepción de la/s oferta/s por escrito, señalando el remitente, quien recibe, y, el día y hora de recepción.
- g) **Apertura de Ofertas y Convalidación de Errores - Acta.-** Las ofertas son válidas cuando cumplen todos los requisitos exigidos en los pliegos. Presentadas éstas, los evaluadores deberán identificar la existencia de errores de forma en ellas. El Reglamento General de la LOSNCP expresa que a pesar de que en principio la oferta presentada no puede modificarse, la excepción a esta regla de procedimiento es precisamente la existencia de un error de forma en la oferta. Según el artículo 23 del Reglamento General, en concordancia con lo que dispone la Resolución INCOP N°.0000083, de 27 de marzo de 2015, en el caso de los *“errores tipográficos, de foliado, de sumilla o*

de certificación de documentos” (certificaciones que aludan a la capacidad legal, técnica o económica, siempre que no se modifique el objeto del contrato) se definen como errores de forma y no conllevan modificación alguna respecto del contenido sustancial de la oferta. (Asamblea Nacional, 2009).

La Entidad contratante debe ser cuidadosa en el análisis inicial de las ofertas para determinar si existen o no errores de forma que sean posibles de ser corregidos o convalidados por el o los proveedores. El término para la convalidación será de mínimo dos y máximo cinco días, contados desde la notificación realizada por la entidad contratante para que se subsane el error formal. La notificación de convalidación de errores será realizada a través del Portal del SERCOP.

h) Evaluación de las ofertas presentadas – Acta / Informe de Evaluación.-

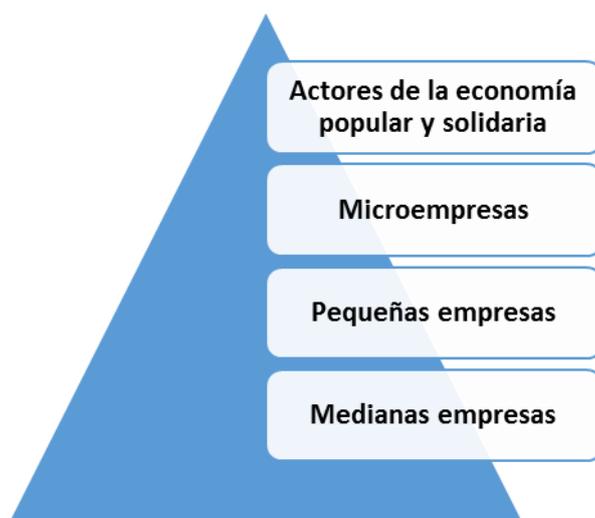
Una vez cumplida la etapa de Convalidación de errores, la entidad contratante completará la evaluación de las ofertas, con base en la metodología y parámetros establecidos en los Pliegos.

De este proceso se genera una Acta de Calificación que estará visible para todos los participantes, cumpliendo en todas las etapas el principio de transparencia y publicidad, que darán lugar a la Resolución de Adjudicación o Resolución de Declaratoria de Desierto (Reapertura o Archivo del procedimiento de contratación), la que será suscrita por la Máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado.

La evaluación está a cargo de la persona asignada por la autoridad competente o comisión técnica, según el caso. Deberá observar el cumplimiento de los requisitos expuestos en los pliegos y de los elementos evaluadores previstos.

El artículo 25.2 d la LOSNCP dicta la preferencia sobre los procedimientos para las ofertas que “incorpore mayor componente de origen ecuatoriano” (Asamblea Constituyente, 2008). Esta medida tiene un perfil proteccionista de la economía nacional frente a los poderes económicos extranjeros. De igual manera, protege a las economías locales y provinciales frente a lo nacional y a las pequeñas empresas frente a las grandes. El espíritu de esta ley está enmarcado en los principios emanados de nuestra Constitución, es especial los Artículos 3 y 334 de la LOSNCP.

Gráfico 1. Orden de prelación para la evaluación de las ofertas



Fuente: LOSNCP, art. 25.2
Elaborado por Paola Matovelle

En este orden de prelación hemos colocado al sector más favorecido en la punta de la pirámide y así sucesivamente las otras preferencias en orden descendente. Debemos entender la finalidad inclusiva que pretende aplicar la Ley, aventajando a pequeños artesanos, micro empresas, sobre entidades más fortalecidas y crecidas económicamente.

Tal como lo establece el Artículo 16 del Reglamento, el INCOP establecerá los márgenes de preferencia sobre las ofertas de los proveedores. Sobre este principio, la resolución del INCOP N° 0098-2013, en su artículo 10 se establece los márgenes de preferencia para la calificación de las ofertas:

Tabla 1. Márgenes de preferencia para bienes o servicios

PARÁMETRO	CALIFICACIÓN
A las micro y pequeñas empresas, en los términos del artículo 16 del RGLOSNCP o actores de la economía popular y solidaria, domiciliadas en territorio nacional y cuyas ofertas cumplan los parámetros de origen ecuatoriano de los bienes o servicios.	Hasta 10 puntos (*)
Micro y pequeñas empresas en los términos del artículo 16 del RGLOSNCP o actores del sector de la economía popular y solidaria y que sean locales de acuerdo al artículo 8 de esta resolución.	5 puntos

Fuente: INCOP, resolución 0098 de 26/07/13, art. 10
Elaborado por Paola Matovelle

(*) El puntaje máximo se aplicará a las ofertas con mayor porcentaje de agregado ecuatoriano. En ausencia de participación de micro y pequeñas empresas se acreditará el puntaje a medianas y grandes empresas con el cumplimiento de parámetros de origen ecuatoriano. Los puntajes son acumulativos si se cumplen uno o más parámetros.

Tabla 2. Márgenes de preferencia para obras

PARÁMETRO	CALIFICACIÓN
Micro y pequeñas empresas, en los términos del Artículo 16 del RGLOSNCOP, o actores del sector de la economía popular y solidaria, domiciliadas en territorio nacional.	5 puntos
Micro y pequeñas empresas en los términos del Artículo 16 del RGLOSNCOP o actores del sector de la economía popular y solidaria y sean locales de acuerdo al Artículo 8 de esta resolución.	10 puntos

Fuente: INCOP, resolución 0098 de 26/07/13, art. 10

Elaborado por Paola Matovelle

Los puntajes, tanto en la tabla de bienes y servicios, como la de obras, son acumulativos si se cumplen uno o más parámetros.

El elemento económico contemplado en la LOSNCP es la aplicación de los criterios adjudicatarios especificados en el artículo 6, numerales 17, 18, y 19. Se fundamentan en criterios objetivos y específicos para cada naturaleza contractual.

- i) **Puja o Sesión de Negociación, según el caso (Subasta Inversa Electrónica).- Informe.-** De acuerdo al cronograma del proceso, el día y hora señalados para la puja, al ingresar al Sistema, la Entidad Contratante visualizará los participantes, los cuales serán identificados por un número, manteniendo así su anonimato, quienes procederán a participar en la etapa de puja una vez que hayan ingresado su oferta económica inicial. Luego de finalizar la puja, el Sistema mostrará el resumen de la misma, determinando al ganador de la puja.

La **Sesión de Negociación**, se da en los siguientes casos: si existe una sola oferta técnica calificada o si luego de la calificación técnica un solo proveedor habilitado presenta la oferta económica inicial.

El día y hora señalados para la ejecución de la puja el sistema cambia el estado a Negociación. Debe tenerse en cuenta que el oferente debe registrar su oferta económica inicial durante la etapa “Oferta Inicial”, la cual será visualizada por la Entidad Contratante, únicamente la fecha y hora establecidas para la negociación. Si el proveedor no envía la oferta económica inicial a través del Portal, el Sistema no podrá continuar con la negociación, por lo cual el proceso deberá ser declarado Desierto. El día y hora señalados como inicio de Puja el Sistema cambiará al estado de **Negociación**, habilitando la “**Sesión de Negociación**”. El objeto de la negociación será mejorar la oferta económica del único oferente calificado. El oferente deberá rebajar su oferta económica en al menos el 5% del presupuesto referencial del proceso de subasta inversa electrónica. Se deberá también realizar una verificación de las condiciones del mercado, previo a la negociación. La negociación alcanzada no significa adjudicación del contrato. Luego de finalizar la Sesión de negociación, el Sistema mostrará los **resultados de la negociación**. Se debe finalizar la sesión de negociación subiendo el acta correspondiente al portal del SERCOP.

- j) **Negociación – Acta.-** El día y hora señalados para la negociación, se llevará a cabo la misma. Se deberá finalizar la negociación subiendo el acta correspondiente al portal del SERCOP.
- k) **Informe Final del proceso, por parte de la Comisión Técnica**, de haberse designado comisión técnica y/o por las subcomisiones de apoyo a la comisión técnica, de ser el caso.
- l) **La adjudicación del contrato – Resolución.-** El acto administrativo de adjudicación tiene que ser dictado por el órgano administrativo con competencia para hacerlo, y dentro de este órgano por la persona o personas que tengan investidura legítima para dictarlo. En las definiciones del artículo 6, numeral 1, de la LOSNCP así lo expresa: *“Es el acto administrativo por el cual la máxima autoridad o el órgano competente otorga derechos y*

obligaciones de manera directa al oferente seleccionado” (Asamblea Constituyente, 2008).

- m) Declaratoria de Desierto y archivo del procedimiento de contratación – Resolución o Declaratoria de Desierto y reapertura del procedimiento de contratación – Resolución.-** La máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado, declarará desierto el procedimiento de manera total o parcial, en los casos determinados en el artículo 33 de la LOSNCP, en concordancia con lo que establecen los artículos 29 y 30 del Reglamento General de la LOSNCP. Una vez declarado desierto el procedimiento, la máxima autoridad o su delegado, podrá disponer su archivo o su reapertura. La declaratoria de desierto o cancelación no dará lugar a ningún tipo de reparación o indemnización a los oferentes.
- n) Las notificaciones.-** La adjudicación surte efecto a partir de su notificación. El efecto vinculante de la adjudicación es la principal consecuencia. Se establecen de facto una modificación en los derechos y deberes de los actores. El artículo 161 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, dicta: *“Los actos de las Administración Pública serán inmediatamente ejecutivos”* (Congreso Nacional, 2002).
- o) Garantías presentadas antes de la firma del contrato.-** Por regla general, la rendición de las garantías que apliquen de acuerdo con la LOSNCP y su reglamento general, en cada caso, se considera requisito previo para la suscripción del contrato, conforme lo establecidos desde el artículo 73 al 76 de la LOSNCP, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 117, 118 y 119 del Reglamento General de la LOSNCP. Las contrataciones entre entidades del sector público entre sí, mencionadas en el Art. 2, numeral 8 de la LOSNCP, constituyen la excepción a esta regla. Las garantías contempladas en la normativa enunciada son: Garantía Técnica para ciertos bienes, Garantía de Fiel Cumplimiento y Garantía por Anticipo.
- p) Fase o etapa contractual.-** Una vez que se haya adjudicado el contrato, se debe continuar con la elaboración y suscripción del contrato correspondiente, y realizar posteriormente su registro en el portal institucional. Los contratos que se celebren al amparo de la LOSNCP, son contratos administrativos. Los contratos que por su naturaleza o expreso mandato de la Ley lo requieran se

formalizarán en el término de quince (15) días desde la notificación de la adjudicación. Es la fase en la cual surgen las obligaciones, producto del acuerdo de voluntades que consta por escrito y se formaliza conforme a ley. En éste instrumento deben constar las condiciones particulares, así como las condiciones generales que de los modelos establecidos por el SERCOP, con la diferencia que las partes pueden modificar únicamente las condiciones particulares del contrato. Previa a la firma del contrato administrativo, se debe considerar el plazo para la suscripción del contrato, la verificación de la aptitud legal del contratista para suscribir el contrato, las garantías (de haberse estipulado en el contrato), administración del contrato, supervisión y fiscalización (según el tipo de contratación), la verificación de los documentos que integran el contrato y la celebración o formalización del contrato.

- **Fase o etapa de ejecución.-** En ésta fase o etapa se da cumplimiento a lo estipulado en el contrato, para lo cual se encuentra designado un administrador del contrato, para que se seguimiento y control de la ejecución del mismo. Adicional a ello en el artículo 2 de la Resolución INCOP 053-11, establece cuales son los documentos relevantes que se tiene que subir al portal del SERCOP, en la fase contractual y de ejecución.
- **Fase o etapa pos contractual.**

Al terminar el Registro de Contratos, el Sistema habilita la opción de subir el Acta de entrega-recepción y documentación adicional de la etapa contractual. Una vez que se finaliza ya no se podrá subir documentos anexos y el proceso quedará culminado en el Portal institucional.

Constituye el conjunto de actuaciones posteriores a la terminación del contrato. Generalmente versan sobre temas accesorios de la contratación misma, como son las responsabilidades, los reclamos y controversias, solución de controversias, organismos de control, adjudicatarios fallidos y contratistas incumplidos, entre otros. En otras palabras, *“Corresponde al período en el cual se evalúan finalmente los resultados de la ejecución del contrato y se resuelven los desacuerdos que existieren respecto de tales resultados.”* (LÓPEZ, Willam, TRATADO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, Quito-Ecuador, 2010, págs. 120,162 y 192).

1.5.2. Los procedimientos dinámicos y especiales

A continuación se analizan los **procedimientos de régimen común**, dentro del cual constan los procedimientos: **dinámicos, comunes, especiales, obras, consultoría e ínfima cuantía**, que se realizan dentro del ámbito de la contratación pública en nuestro país:

DINÁMICOS.- Son los concebidos exclusivamente para bienes y servicios normalizados, son el Catálogo Electrónico y la Subasta Inversa Electrónica.

- a) **Catálogo Electrónico.-** El procedimiento para las contrataciones mediante Compras por Catálogo, es la primera opción que deben utilizar las Entidades Contratantes para el caso de bienes o servicios normalizados. Se trata de una compra realizada a través del Portal institucional www.sercop.gob.ec, utilizando el “carrito de compra”, típico para este tipo de transacciones vía Internet. “*Con su aplicación, se busca reducir los tiempos y fases de contratación, de bienes y servicios de mayor demanda en el mercado*” (Pérez, López, & Aguilar, 2011, pág. 119). Por tanto, se reducen también los costos y los plazos de entrega de los bienes o servicios así integrados.
- b) **Subasta Inversa Electrónica.-** La subasta inversa electrónica está normada en la Sección II y sirve para las adquisiciones que no consten en el catálogo electrónico, “*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*” (Asamblea Nacional, 2009). Con lo cual, la cuantía variará cada año dependiendo de estos Presupuestos. Si tenemos en cuenta que para el 2016 el Presupuesto aprobado por la Asamblea es de 29.835 millones de dólares (El Universo, 2015).

En la subasta inversa electrónica, los proveedores pujan a la baja el precio fijado en el Portal (art. 47 LOSNCP). Si solo hubiera un proveedor o solo ha quedado un ofertante habilitado, no se realizará la puja sino una sesión de negociación.

PROCEDIMIENTOS COMUNES DE BIENES Y SERVICIOS.- Procedimientos “comunes” de bienes y servicios, que están relacionados con los objetos de contratación: bienes y servicios no normalizados, y obras. Corresponde a los procedimientos de Menor cuantía, Cotización y Licitación. También son aplicables de manera subsidiaria respecto de bienes y servicios normalizados, si aquellos no

constan en el catálogo electrónico y su adquisición a través del procedimiento de Subasta Inversa Electrónica ha sido declarada desierta.

a) Menor Cuantía Bienes y Servicios.- Para las contrataciones previstas en los numerales 1 y 3 del Art. 51 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública LOSNCP, 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 del modelo de pliegos elaborado por el SERCOP. Para ello debe aplicar la herramienta informática correspondiente, a través del Portal institucional www.sercop.gob.ec. En relación a contratación de bienes y servicios, la máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado será responsable de la adjudicación al oferente calificado. En cualquier caso, para las contrataciones de bienes y servicios, acorde con lo prescrito en el Art. 52 de la LOSNCP, que hace referencia a la Contratación Preferente, es decir que, el espíritu de esta norma citada va encaminada en preferir la contratación de artesanos, micro y pequeños empresarios locales, criterio que incorpora la herramienta informática.

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

- Si fuera imposible aplicar los procedimientos dinámicos, 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; y,
- 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. Este procedimiento se aplica mediante la herramienta informática de su mismo nombre, disponible en el Portal institucional www.sercop.gob.ec, la que incorpora los criterios de contratación preferente señalados en el procedimiento de Menor cuantía.

c) Licitación.- Licitación es un procedimiento de contratación cuyos elementos que lo caracteriza, se encuentran prescritos en los Arts. 48 y 49 de la LOSNCP;

respecto a su procedimiento para la aplicación los Arts. 49 al 55 del Reglamento General, describen los pasos con absoluta claridad, y por último tenemos la Resolución INCOP No. 22. Este procedimiento se utilizará en los siguientes casos:

- Cuando no es posible aplicar los procedimientos dinámicos de Compras por Catálogo o Subasta Inversa Electrónica, o en el caso que, una vez aplicado este procedimiento, hubiese sido declarado desierto; 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.
- 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.
- Para estos casos se debe aplicar la herramienta informática del mismo nombre a través del Portal institucional www.sercop.gob.ec.

PROCEDIMIENTOS ESPECIALES DENTRO DEL RÉGIMEN COMÚN.- El Capítulo V de la LOSNCP regula los procedimientos especiales, divididos en diferentes secciones.

a) Contratación integral por precio fijo

En la elaboración de los contratos de obra se pueden celebrar contratos integrales por precio fijo, siempre que se cumplan los requisitos enumerados en el artículo 53 de la LOSCNP:

1. Si del análisis se desprende que es más ventajosa esta modalidad frente a la de precio unitario.
2. Si se hace evidente que consolidar en un solo contratista todos los servicios previstos.
3. Cuando el presupuesto sobrepasa el coeficiente 0,1% por el monto del PIE
4. Cuando el contratante disponga de los estudios completos, definitivos y actualizados.

Dentro de las prohibiciones sobre el precio fijo, el artículo 53 dispone lo siguiente: “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” (Asamblea Constituyente, 2008).

b) Contratación en situaciones de emergencia

Las situaciones de emergencias quedan definidas en el artículo 6, numeral 31 de la LOSNCP, y reguladas en el artículo 58 de la misma Ley. La máxima autoridad deberá emitir la resolución que declare la emergencia que justifique este tipo de contratación, la misma que deberá ser publicada en el Portal de del SERCOP.

Los efectos son que la entidad contratante podrá contratar de forma directa las propuestas requeridas, incluso con empresas extranjeras sin requisitos previos de presentación de garantías.

c) La adquisición de bienes inmuebles

Para formalizar la adquisición de bienes inmuebles se deberá realizar previamente una declaratoria de utilidad pública de acuerdo con la Ley. Seguidamente se buscará un acuerdo entre las partes por un tiempo máximo de noventa días. El precio quedará fijado por el avalúo de la Dirección de Avalúos y Catastros de la Municipalidad que corresponda. El precio convenido no podrá exceder del 10% de este avalúo. En el supuesto de no llegar a un acuerdo se procederá a juicio de expropiación, tal como lo previene el Código de Procedimiento Civil.

El Reglamento se ocupa también de la adquisición de bienes inmuebles en los artículos 61 al 63.

d) El arrendamiento de bienes inmuebles

El Estado puede ser parte arrendadora como arrendataria. El artículo 59 de la LOSCNP aborda esta posibilidad sujetándose a lo dispuesto en el Reglamento de esta Ley. La Ley de Inquilinato, en su artículo 16, especifica el siguiente dictado: “en ningún caso, las instituciones a las que se refiere el artículo precedente podrán cobrar en concepto de cánones de arrendamiento por sus inmuebles, valores superiores a los límites legales. (Congreso Nacional, 2000). Esta Ley protege al arrendatario de los posibles abusos o posiciones de poder por parte de la Administración.

e) Feria Inclusiva

Este procedimiento se utiliza para la adquisición de “obras, bienes y servicios de producción nacional, catalogados o normalizados, no catalogados o no normalizados” (Asamblea Constituyente, 2008). En este mismo sentido, la Ley Orgánica de

Economía Popular y Solidaria del Sistema Financiero, en su artículo 132, numeral 1, segundo inciso, dicta que la Feria Inclusiva será uno de los procedimientos de contratación “para priorizar la adquisición de obras, bienes o servicios normalizados o no normalizados” (Asamblea Nacional, 2011).

OBRAS.- Los procedimientos de Obras, se definen en base al monto del presupuesto referencial.

- a) **Menor Cuantía de obras.-** se procede de conformidad a lo prescrito en el Art. 51 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública LOSNCP, en concordancia con lo prescrito en el Art. 59 del Reglamento General; y, Resolución SERCOP No. 39. Las contrataciones de menor cuantía de obras cuyo presupuesto referencial sea inferior al 0,000007 del Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico, los proveedores invitados por el sistema a través del Portal Institucional www.sercop.gob.ec, manifestarán su interés en participar por el mismo medio. De entre los proveedores que manifiesten su interés y presentaren su oferta que debe cumplir con lo requerido en los pliegos, luego de la etapa de preguntas, apertura, convalidación de errores y evaluación de las ofertas, serán habilitados para el sorteo; la máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado, adjudicará el contrato al proveedor escogido por selección automática y aleatoria del sistema electrónico.
- b) **Cotización de obras.-** La cotización de obras se aplica según lo prescrito en el Art. 50 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública LOSNCP, en armonía con lo prescrito en los Arts. 56 y 57 del Reglamento General; y, Resolución INCOP No. 39. Corresponde la contratación para la ejecución de obras bajo el procedimiento de cotización, a través del Portal institucional www.sercop.gob.ec, cuyo presupuesto referencial oscile entre 0,000007 y 0,00003 del Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico.
- c) **Licitación de obras.-** Este procedimiento se aplicará a través del Portal institucional www.sercop.gob.ec para contratar la ejecución de obras, cuando su presupuesto referencial sobrepase el 0,00003 del monto del Presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico, procedimiento que se lo debe ejecutar en estricto cumplimiento de lo prescrito en los Art. 48 y 49 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública LOSNCP, en

concordancia con lo ordenado en los Arts. 9 al 55 del Reglamento General; y, Resoluciones del INCOP Nos. 22 y 31.

CONSULTORÍA.- La LOSNCP, en el numeral 8 del artículo 6, define el término “consultoría”, a la realización de estudios, la auditoría y fiscalización de proyectos, el desarrollo de programas informáticos, la asesoría, entre otros servicios profesionales no normalizados. Su procedimiento se encuentra establecido en los artículos 37 al 42 de la LOSNCP en concordancia con lo prescrito en los Art. 32 al 41 del Reglamento General; y, Resolución INCOP No. 21. Los procesos de selección se efectuarán entre consultores de la misma naturaleza; entre consultores individuales, entre firmas consultoras, o entre organismos que puedan tender y estén en capacidad jurídica de prestar servicios de consultoría.

Los servicios de consultoría serán seleccionados sobre la base de criterios de calidad y costo. Las ofertas de consultoría serán presentadas en dos (2) sobres separados, el primero contendrá los aspectos técnicos sobre los que se evaluará la calidad, y el segundo los aspectos económicos, sobre los que se calificará el costo. Tanto la evaluación técnica como la evaluación económica se calificarán sobre cien (100) puntos. El puntaje total de la propuesta será el promedio ponderado de ambas evaluaciones.

- a) **Contratación Directa.-** Conforme al artículo 40 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública LOSNCP; y, artículo. 36 del Reglamento General, cuando el presupuesto referencial sea inferior o igual al 0,000002 del presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico, la máxima autoridad de la entidad o su delegado, seleccionará e invitará a un consultor habilitado en el RUP a través del Portal institucional www.sercop.gob.ec, adjudicará el contrato respectivo si la oferta del consultor invitado reúne los requisitos previstos en los pliegos.
- b) **Contratación Mediante Lista Corta.-** Se aplica cuando el presupuesto referencial del proyecto supere el valor del 0,000002 del ejercicio económico, institucional www.sercop.gob.ec. La entidad contratante escogerá e invitará, a través del Portal institucional www.sercop.gob.ec, a un máximo de 6 y un mínimo de 3 consultores habilitados en el RUP, que reúnan los requisitos previstos en los pliegos, para que presenten sus ofertas técnicas y económicas, acorde con lo prescrito en el artículo 40 de la Ley Orgánica del

Sistema Nacional de Contratación Pública LOSNCP, en concordancia con lo ordenado en el artículo 37 del Reglamento General.

- c) Contratación Mediante Concurso Público.-** Es procedente cuando el presupuesto referencial del proyecto sea igual o superior al 0,000015 del presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico. La entidad contratante realizará la convocatoria pública a través del Portal institucional www.sercop.gob.ec para que los interesados, habilitados en el RUP, presenten sus ofertas, de conformidad a lo prescrito en el artículo 40 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública LOSNCP; y, Arts. 38 y 39 del Reglamento General.

ÍNFIMA CUANTÍA.- Éstas contrataciones se realizarán, cuando la cuantía sea igual o menor al resultado de multiplicar el coeficiente 0,0000002 del Presupuesto Inicial del Estado se las realizará de forma directa con un proveedor seleccionado por la entidad contratante sin que sea necesario que éste conste inscrito en el RUP, no procede en los procesos de consultoría. Tema que será abordado más adelante.

1.5.3. Las garantías

El Capítulo III de la LOSNCP está referido a las garantías, su artículo 73 establece una serie de garantías que los contratistas pueden rendir:

- Garantía incondicional, irrevocable y de cobro inmediato.
- Fianza a través de póliza de seguros incondicional e irrevocable.
- Primera hipoteca sobre bienes raíces que no sobrepase el 60% del valor.
- Depósitos de bonos del Estado, municipales u otras emitidas por las instituciones del Estado y certificadas por la Tesorería General de la Nación.
- Certificados de depósito a plazo financieros y endosados en garantía y cuyo vencimiento sea igual o superior a la ejecución de la obligación.

El artículo 117 del Reglamento permite la combinación de las garantías, asegurando el total cumplimiento de las obligaciones. Así mismo, las garantías serán devueltas una vez se haya cumplido todas las obligaciones que amparan las garantías (art. 118 RLOSNCP).

La LOSNCP establece tres tipos de garantías:

- Garantía de fiel cumplimiento. Su finalidad es asegurar el cumplimiento de la contractualidad a favor de la entidad pública. Es improcedente solicitar garantía para el caso de adquisición de bienes siendo el cumplimiento la entrega. (art. 74 LOSNCP)
- Garantía de buen uso de anticipo. Se establece cuando el contratante otorga anticipos y el contratista para recibirlos debe rendir garantías por igual valor, y que menguará en proporción que se vaya amortizando o se cumplan las obras establecidas. (art. 75 LOSNCP)
- Garantía técnica para ciertos bienes. Con la finalidad de asegurar la calidad y buen funcionamiento de los bienes sobre instalación de equipos, maquinaria o de obras, se exige esta garantía en el momento de la suscripción del contrato. Además de una garantía del fabricante, distribuidor o vendedor autorizado que se mantendrá de acuerdo a las estipulaciones del contrato. (art. 76 LOSNCP)

El artículo 119 del Reglamento prevé una garantía adicional en los casos de que el monto no superó el límite obligatorio para establecer la garantía, pero que posteriormente se hubiera incrementado

Las garantías se devolverán con la entrega definitiva en las garantías de fiel cumplimiento y en los contratos de ejecución de obras. En los demás contratos se devolverán con la recepción del bien o lo que estipule el contrato.

Las contrataciones entre el Estado y entidades del Sector Público, entre entidades del sector público entre sí, y aquellas mencionadas en el Art. 2, numeral 8 de la LOSNCP, constituyen la excepción a esta regla.

1.5.4. Las contrataciones de ínfima cuantía

La Ley sobre ínfima cuantía está instrumentada en la Sección II, del Capítulo IV. Las contrataciones que no superan el monto de multiplicar el coeficiente 0,0000002 por el Presupuesto Inicial del Estado, se realizarán de manera directa con un proveedor seleccionado por la entidad contratante, sin que sea necesario que esté reconocido en el RUP. “*Los contratos deben ejecutarse de buena fe*” (Congreso Nacional, 2005), tal como lo establece el artículo 1562 del C.C. Bajo esta premisa, las contrataciones de ínfima cuantía no tiene los mecanismos de garantía con los que se forman los demás contratos y deben estar regidos por la buena fe de ambas partes.

Se deben cumplir los siguientes requisitos:

- Que no consten en el catálogo Electrónico vigente.
- Que su adquisición no haya sido planificada y no conste en el PAC.
- Que aunque consten en el PAC, no constituyan un requerimiento constante y recurrente durante el ejercicio fiscal, que pueda ser consolidado para constituir una sola contratación que supere el coeficiente. (Agencia de Regulación y Control Hidrocarburo, 2014, pág. 2)

Es decir, que los contratos no deben ser recurrentes en el periodo de tal manera que si se hubieran colocado en un solo contrato tendría un valor superior al coeficiente del 0,0000002 del Presupuesto Inicial del Estado.

El artículo 52.1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, sobre las contrataciones de ínfima cuantía dispone que: *“(...) Se podrá contratar bajo este sistema en cualquiera de los siguientes casos: (...) 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, (...) Las contrataciones previstas en este artículo se realizarán de forma directa con un proveedor seleccionado por la entidad contratante, sin que sea necesario que esté habilitado en el Registro Único de Proveedores... (...)”*.

El artículo 60 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, dispone 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 realizará de forma directa con un proveedor seleccionado por la entidad contratante sin que sea necesario que éste conste inscrito en el RUP. Dichas contrataciones se formalizarán con la entrega de la correspondiente factura y serán autorizadas por el responsable del área encargada de los asuntos administrativos de la entidad contratante, quien bajo su responsabilidad verificará que el proveedor no se encuentre incurso en ninguna inhabilidad o prohibición para celebrar contratos con el Estado... (...)”*.

La **RESOLUCIÓN INCOP No. 062-2012** dispone que éste tipo de procesos se darán cuando el presupuesto referencial de contratación sea igual o menor al valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,0000002 por el Presupuesto Inicial del Estado

vigente, para lo cual establece circunstancias, las mismas que no son concurrentes, así como casuísticas. No procede en consultoría.

1.5.5. El régimen especial

Para las contrataciones donde participa algún organismo o convenios internacionales se procederá según los acuerdos establecidos por los organismos internacionales y que el Estado reconoce. “*Para el caso de que no existan procedimientos establecidos, se procederá de conformidad a los procedimientos especiales*” (Vaca Núñez, 2015, pág. 130).

Se establece, en el artículo 2 de la LOSNCP, una normativa específica para determinados procedimientos precontractuales en las contrataciones de ciertos bienes:

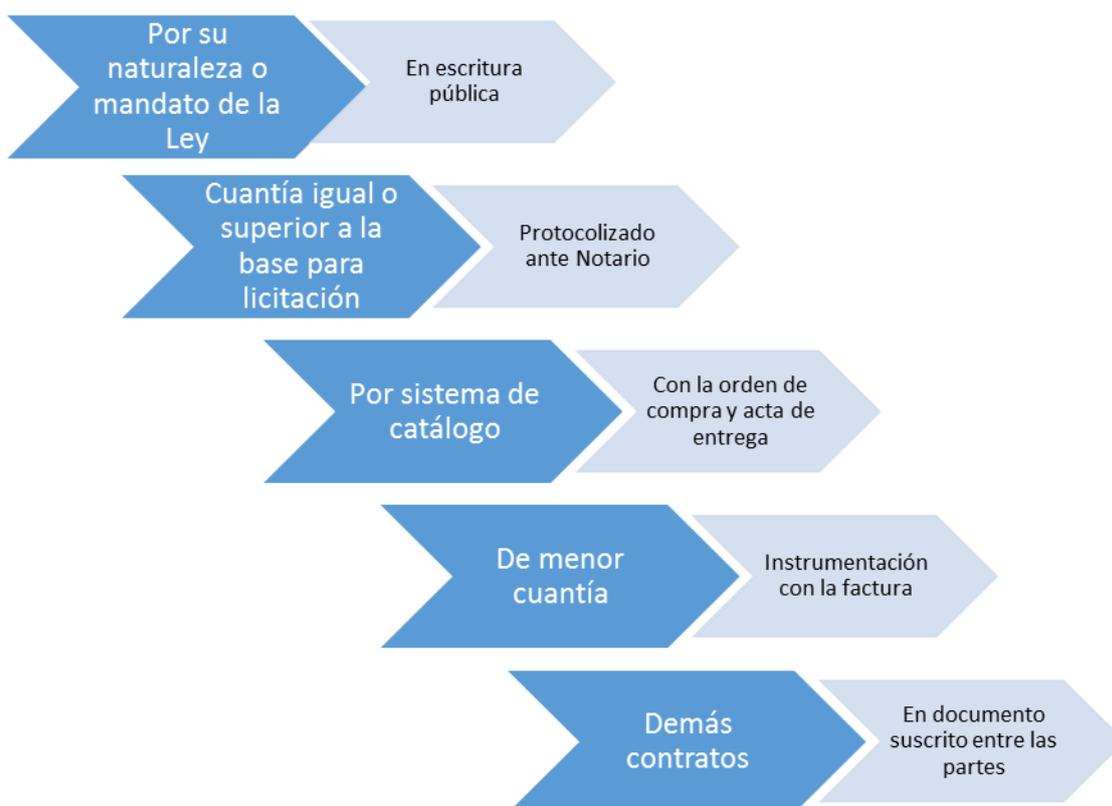
- 1) La adquisición de fármacos
- 2) Las calificadas como necesarias para la seguridad interna y externa del Estado
- 3) Las aquellas cuyo objeto sea la ejecución de actividades de comunicación social destinadas a la información de las acciones del Gobierno Nacional o de las Entidades Contratantes
- 4) Las que tengan por objeto la prestación de servicios de asesoría y patrocinio en materia jurídica
- 5) Las que tengan como objeto la creación de una obra artística literaria o científica
- 6) Las de adquisición de repuestos o accesorios que se requieran para el mantenimiento de equipos y maquinarias y que no se encuentren incluidos en el Catálogo Electrónico del Portal de Compras Públicas
- 7) Los de transportes de correo interno o internacional
- 8) 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 (Asamblea Constituyente, 2008).
- 9) Las instituciones del sistema financiero y de seguros donde el Estado o sus instituciones son accionistas únicos o mayoritarios.
- 10) Los de contratación que requiera el Banco Central del Ecuador previstas en el artículo 37 del Código Orgánico Monetario y Financiero

1.6. Los contratos y las garantías

La suscripción de los contratos, la presentación de las ofertas y las cuestiones esgrimidas con las respuestas dan un compromiso relativo a las dos partes. No obstante, *“la suscripción misma del contrato es la formalización del vínculo contractual”* (Pérez, López, & Aguilar, 2011, pág. 321). Recordemos del Código Civil, que las obligaciones nacen del concurso real de las voluntades de dos o más personas como en los contratos (Congreso Nacional, 2005). De la misma manera, el hecho de suscribirse y formalizarse a un contrato desde la Plataforma, crea una nueva relación con sus obligaciones y derechos formalizados en el instrumento. Siguiendo con el C.C., el artículo 1561, el contrato legalmente constituido es ley para sus partes, y no puede ser invalidado sin el consentimiento mutuo o por las circunstancias legales establecidas.

Según el artículo 69 de la LOSNCP, se determinan las formas de celebración de los contratos de la siguiente manera:

Gráfico 2. Tipos de formalización de los contratos



Fuente: LOSNCP, art. 69

Elaborado por Paola Matovelle

Conforme a la Ley Notarial, se otorgan a través de escritura pública los contratos jurídicos ordenados por la ley (Congreso Nacional, 1966).

Para la suscripción de cualquiera de estos contratos es imprescindible la entrega de las garantías exigidas. La falta de estas garantías o la suscripción fuera de la fecha de término dará como fallido la declaración y puede acarrear la suspensión del titular en el RUP.

Pensemos además, como dicta el Código de Procedimiento Civil que “*se consideran también instrumentos públicos los mensajes de datos otorgados, conferidos, autorizados o expedidos por y ante autoridad competente y firmados electrónicamente*” (Congreso Nacional, 2005).

Los organismos contratantes deberán incluir en los pliegos el término para formalizar el contrato una vez haya sido adjudicado. Los contratos se formalizarán en el plazo de quince días desde la fecha de notificación de la adjudicación, tal como manda el mencionado artículo 69 de la LOSNCP. En el mismo sentido, el Reglamento recoge las formas y suscripción del contrato dentro del mismo plazo de tiempo.

Como en toda relación contractual pueden surgir discrepancias que pueden degenerar en disputas y reclamaciones formales. Dentro de la contratación pública existe la posibilidad de acceder a los mecanismos que solucionan los problemas. El artículo 160 del Reglamento abre la posibilidad de crear un mecanismo de conciliación para la resolución amigable de las controversias.

El arbitraje es una institución originaria del derecho privado, utilizada particularmente en materia contractual. Esta figura permite que las partes escojan a personalidades calificadas en las materias objeto del litigio para resolver sus diferencias. (Salcedo Castro, 2006, pág. 15). En este sentido, el artículo 1 de la Ley de Arbitraje y Mediación, dicta: “*El sistema arbitral es un mecanismo alternativo de solución de conflictos al cual las partes pueden someter de mutuo acuerdo, las controversias susceptibles de transacción*” (Congreso Nacional, 2006). La LOSNCP posibilita los métodos alternativos de solución de controversias, a través del artículo 104, donde se posibilita los procesos de mediación y arbitraje.

La mediación es un método pacífico de resolver los conflictos en que un tercero, la persona mediadora, ayuda a las partes a buscar la mejor solución para todos. Una mediación a tiempo evita la dilatación de los procesos judiciales, reduce la dureza del conflicto y aminora el malestar de las personas afectadas. “*La mediación nace intrínsecamente unida al Derecho porque comparten la finalidad de intentar*

proporcionar una respuesta a los conflictos intersubjetivos” (de Prada & Carabante, 2010, pág. 21). El derecho, entonces, es una herramienta útil para regular y dar respuesta a los conflictos que nacen de intereses contrapuestos; la mediación intenta dar un cauce resolutorio a los problemas.

1.7. La Contratación Pública en la legislación comparada

El derecho comparado sobre contratación pública tiene un propio objetivo, la comparación de los varios tipos de derecho administrativo actual. Para ello, se utiliza un método propio dentro del derecho: la comparación. De aquí su utilidad e importancia.

En Perú, hay una práctica electrónica desarrollada e impulsada por el organismo CONSUCODE, que regula el desenvolvimiento del Sistema Electrónico de Adquisiciones y Contrataciones del Estado. Este organismo se encarga de la difusión de los procesos y las modalidades de selección de la subasta inversa presencial con uso de intranet y la implantación en los últimos años de la subasta inversa electrónica.

“La normativa hoy vigente en la materia establece un adecuado sistema de preparación y adjudicación de los contratos públicos, que se encuentra en un estado de desarrollo más avanzado que muchos países del entorno americano” (Moreno Molina, 2007, pag 12). Las normas básicas del ordenamiento peruano que hacen posible este mejora en la compras son la Ley 26820 junto a su Reglamento DS/013/2001-PCM.

Por otro lado, no existe en el Perú un catálogo de servicios y obras único. Hay varios catálogos que pueden incidir en confusiones y demoras en las contrataciones: Catálogo Nacional de Bienes, Servicios y Obras del Ministerio de Economía y Finanzas; Catálogo de Bienes Muebles elaborado por la Superintendencia de Bienes Nacionales; el Catálogo de Bienes del Ministerio de Educación; el Catálogo de Bienes del Ministerio de Salud; el Catálogo de Bienes del Ministerio de Energía y Minas; el Petitorio Nacional de Medicina; el Catálogo de la Marina de Guerra del Perú.

En Colombia el organismo encargado de las compras desde internet se llama SECOP (Sistema Electrónico de Contratación Pública). Es una división de la institución “Colombia Compra Eficiente”, se creó en noviembre de 2011 para realizar las siguientes funciones: La formulación programas buscando optimizar la oferta y demanda en el mercado; la racionalización normativa para una mayor eficiencia de las operaciones; y, el desarrollo de instrumentos para facilitar las compras y promover la

eficiencia, entre otros. El organismo, además es miembro de la Red Interamericana de compras Gubernamentales (RICG).

“Falta desarrollar legislativamente mecanismos que permitan realizar procedimientos electrónicos de compras (como los sistemas europeos de la subasta electrónica, de los sistemas dinámicos de adquisición, de los acuerdos marco, de las centrales de contratación...)” (Moreno Molina, 2007, pág. 22). Por tanto, se destaca la necesidad de construir un mecanismo de certificación digital o de firma digital que garantice la fiabilidad de las comunicaciones digitales y la seguridad jurídica. Este mecanismo de certificación sería conveniente que lo regulara el Estado a nivel general y que se aplicara también en el ámbito de la contratación pública.

En Costa Rica, la Contratación Administrativa nace de varias leyes que se fueron sucediendo desde finales del siglo pasado. En el año 2006 se hizo la última reforma al respecto intentando modernizar la institución y subsanar los errores y vacíos que la legislación contemplaban.

En Bolivia, en relación con la contratación pública electrónica, en Bolivia se ha desarrollado una destacada práctica electrónica impulsada por SICOES (Sistema de Información de Contrataciones Estatales), destinado a proporcionar información al público, acerca de las contrataciones de las diferentes Entidades del Estado.

Cabe resaltar la problemática de las prácticas de contratistas contrarias a la libre competencia, por ejemplo los proveedores que conciertan propuestas y precios para distribuirse los procesos la necesidad de controlar la no aplicación de las normas de contratación por parte de las Entidades locales y municipales, la conveniencia de limitar el uso abusivo por las Entidades adjudicadoras de prácticas como la parcelación de la adquisición de productos para utilizar la compra menor, y la necesidad armonizar las normas sobre contratación con la legislación específica con que cuentan instituciones o entidades concretas, que no aplican la legislación estatal sobre contratos, y con las normas de entidades financieras internacionales o de organismos de cooperación técnica internacional.

En España, reúne la contratación pública la Ley de Contratos del Sector Público. Su ámbito abarca la contratación sobre contratos onerosos, subvencionados y los de obras. En el ámbito subjetivo de la contratación se construye una relación de entidades diferenciadas que abarca el complejo sistema de derechos comunitarios tan particular del país. De esta manera se distinguen: sector público; administraciones

públicas; y, los poderes adjudicadores (entes creados especialmente para satisfacer obras puntuales de interés general).

En Chile, la institución que administra el sistema de compras públicas se denomina “Chile compra”. A diferencia del español, funciona con un marco regulatorio único basado en la transparencia, la accesibilidad y la no discriminación. Su servicio es descentralizado y dependiente de su Ministerio de Hacienda y fue creado en agosto de 2003. Al igual que la legislación ecuatoriana, el sistema de compras está dirigido a dar oportunidad a las pequeñas y micro empresas, produciendo que éstas dupliquen la participación en el mercado.

En la Unión Europea (UE), más de doscientas mil organizaciones públicas de la UE gastan cerca del dieciocho por ciento del PIB en la adquisición de servicios, obras y suministros. Todas las empresas de la UE que estén registradas tienen derecho a competir por los contratos públicos. “Con el fin de establecer condiciones de igualdad para las empresas de toda Europa, la legislación de la UE establece unas normas mínimas armonizadas. Estas normas, que se incorporan al Derecho de cada país, afectan a las licitaciones” (Tú Europa, 2016). Para las licitaciones de valor reducido se aplican las normas nacionales de cada miembro. En las licitaciones los poderes están obligados a no discriminar a ninguna empresa por el hecho de estar registradas en otro país miembro.

1.8. Conclusiones y recomendaciones

Hemos visto que las normas vigentes sobre contratación pública en nuestro país son la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, y su Reglamento General. En estos dos cuerpos legales se han introducido principalmente, la noción de un Sistema Nacional de Contratación Pública basada en las herramientas tecnológicas a través del Portal del SERCOP y del Registro Único de Proveedores.

Esta Ley ha marcado un cambio sustancial en las compras públicas de nuestro país, dado que ha conseguido modernizar y aplicar herramientas tecnológicas disponibles sobre los procedimientos contractuales estableciendo nuevas figuras y definiciones jurídicas, y que posibilitan la democratización de las contrataciones públicas.

Permite, además, una mayor participación de todos emprendedores empresariales, así como de personas naturales, en estos procesos de contratación y se ha logrado

transparentar, en alguna medida, los procedimientos precontractuales, generando una mayor confianza en los participantes en la gestión de las entidades contratantes.

Las innovaciones más importantes que ha introducido la LOSNCP ha sido la unificación de la legislación sobre la contratación pública en un solo cuerpo jurídico, evitando la dispersión legal que se aplicaba hasta el 2008. También, la creación de un registro único de proveedores ha conseguido eliminar registros que se manejaban independientemente en los diferentes organismos y entidades públicas.

CAPÍTULO II

ANÁLISIS DE LAS FALENCIAS E INCONGRUENCIAS DE LAS GARANTÍAS EN LOS PROCESOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

2.1. Generalidades y definiciones

La igualdad de oportunidades constituye una de las premisas sociales en la contratación pública. Equilibrar las exigencias entre todos los actores posibles para que éstas puedan ser abordadas en iguales condiciones económicas y de accesibilidad, constituye una herramienta eficaz en las políticas sociales.

La Constitución de la República del Ecuador ampara este criterio, definiendo al sistema económico como “social y solidario”. En el artículo 85 de la Constitución establece, entre otras disposiciones, que: “(...) *Las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos se orientarán a hacer efectivos el buen vivir y todos los derechos, y se formularán a partir del principio de solidaridad (...) En la formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos se garantizará la participación de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades*”. El numeral 5 del artículo 277 de la Constitución determina que: “*Para la consecución del buen vivir, serán deberes generales del Estado: (...) 5. Impulsar el desarrollo de las actividades económicas mediante un orden jurídico e instituciones políticas que las promuevan, fomenten y defiendan mediante el cumplimiento de la Constitución y la ley (...)*”; y el numeral 2 del artículo 278 de la Constitución, señala: “*Para la consecución del buen vivir, a las personas y a las colectividades, y sus diversas formas organizativas, les corresponde: (...) 2. Producir, intercambiar y consumir bienes y servicios con responsabilidad social y ambiental (...)*”.

El artículo 288 de la Constitución determina: “*Las compras públicas cumplirán con criterios de eficiencia, transparencia, calidad, responsabilidad ambiental y social. Se priorizarán los productos y servicios nacionales, en particular los provenientes de la economía popular y solidaria, y de las micro, pequeñas y medianas unidades productivas*”, en concordancia con el artículo 4 de la LOSNCP, dan cumplimiento a lo antes planteado cuando determina que: “*Para la aplicación de esta Ley y de los contratos que de ella deriven, se observarán los principios de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad; y, participación nacional.*”

De esta forma, se puede afirmar que los principios rectores de la política social integran la solidaridad en la contratación administrativa así como en el conjunto de actuaciones de los poderes públicos; sin embargo considero que existen falencias e incongruencias en el ámbito de la Garantías en la Contratación Pública.

Si bien es cierto la Constitución de la República y la LOSNCP establecen principios para la participación de la sociedad en los procesos de contratación pública, con el fin de lograr una mayor participación dentro de los procesos de contratación pública.

La garantía es un elemento complementario al contrato público que se constituye a través de una variada gama de posibilidades: el seguro, la fianza, la prenda, los títulos de crédito, la hipoteca y el depósito, en sí, estos elementos pueden tener un perfil bilateral, sin embargo, cuando se instrumentan como garantía se convierten en un elemento del contrato solemne y unilateral. *“La fianza personal solidaria es un contrato consensual, pero cuando la administración pública acepta esta garantía, el contrato se torna solemne”* (Bohórquez de Sevilla, 2008). También puede ser un contrato real, cuando se trata de depósito en dinero, la entrega de letras del Estado.

En términos generales, la garantía acredita y asegura la calidad de cualquier obra, bien o servicio, incluido consultoría, durante un determinado periodo. Cuando la obra, bien o servicio, incluido consultoría, tiene algún desperfecto que no fue ocasionado por la contratante, la garantía cubre los gastos de reparación, o asegura a la contratante el cambio por otro bien similar o la devolución de su dinero. Las garantías regularmente ponen términos y condiciones para ser efectivas.

Las formas generales de garantía expuestas en el artículo 73 de la LOSNCP, ofrecen un abanico de posibilidades: *“(..).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 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 (...).”*

El Capítulo III de la LOSNCP versa sobre las garantías. Se clasifican tres tipos de garantías: artículo 74, garantía de fiel cumplimiento; artículo 75, garantía por anticipo; artículo 76, garantías técnicas para ciertos bienes.

El artículo 74 de la LOSNCP, determina a la Garantía de Fiel Cumplimiento de la siguiente manera: *“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 (...).”*

El artículo 75 de la LOSNCP, establece a la Garantía por Anticipo de la siguiente manera: *“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 artículo 76 de la LOSNCP, establece a la Garantía Técnica para ciertos Bienes: *“En los contratos de adquisición, provisión o instalación de equipos, maquinaria o vehículos, o de obras que contemplen aquella provisión o instalación, para asegurar la calidad y buen funcionamiento de los mismos, se exigirá, además, al momento de la suscripción del contrato y como parte integrante del mismo, una garantía del fabricante, representante, distribuidor o vendedor autorizado, la que se mantendrá vigente de acuerdo con las estipulaciones establecidas en el contrato (...).”*

A continuación se detallan los tipos de garantías y sus cuantías:

Tabla 3. Tipos de garantía y cuantías necesarias

GARANTÍA	CUANTÍA	2016 (*)
FIEL CUMPLIMIENTO	Cuando la contratación es mayor a multiplicar el coeficiente 0,000002*PIE	> USD \$ 59.670,00
ANTICIPO	Siempre que exista la entrega de anticipo por el 100% del monto total del valor entregado.	
TÉCNICA	En contratos de adquisición o instalación de equipos, maquinaria o vehículos, para garantizar la calidad y funcionamiento. La garantía será del fabricante, distribuidor o vendedor autorizado. (mínimo 1 año de garantía)	

(*) Montos que varían conforme al Presupuesto Inicial del Estado (PIE) del año fiscal. Ejemplo: para el año 2016 el Presupuesto General del Estado es de \$ 29.835.000.000,00 según el Ministerio de Finanzas.

Fuente: (INEC, 2013, pág. 4)

Elaborado por Paola Matovelle

2.2. Garantía de anticipo

Esta garantía se encuentra contemplada en el artículo 75 de la LOSNCP. Cuando la parte contratante está obligada a entregar anticipos, conforme lo establecido en los pliegos del proceso de contratación, a favor del contratista. El oferente adjudicado, previo a la suscripción del contrato, deberá constituir una garantía en la naturaleza que se quiera, siempre y cuando sea en apego a lo establecido en el artículo 73 de la LOSNCP. Los anticipos serán entregados al contratista, previa rendición de un depósito de garantías que cubran el cien por ciento del valor del anticipo entregado, es decir, por igual valor del anticipo.

Estas garantías se irán menguando en la proporción que se vaya amortizando los plazos o se reciban las obras, los bienes o servicios, incluidos los de consultoría. Ésta garantía debe ser incondicional, irrevocable y de cobro inmediato, a favor de la entidad contratante. Las cartas de crédito deberán ser abiertas en su vencimiento, dado que si coinciden con la entrega, una supuesta reclamación no podría ser cobrada hasta la fecha. (Asamblea Constituyente, 2008).

La Secretaría General Jurídica de la Presidencia de la República, solicitó la incorporación en los pliegos sobre las disposiciones relacionadas con la concesión de anticipos. El oficio corresponde al nº T.1056 SGJ-09-1552, emitido el 18 de junio de 2009. Los límites fijados para los anticipos son los siguientes:

- Hasta el 50%, para los contratos de obras
- Hasta el 70%, para los contratos de bienes y servicios, incluidos consultoría

El artículo 118 del Reglamento General de la LOSNCP, autoriza la devolución de las garantías cuando se ha resuelto todas obligaciones. En el tercer inciso de este artículo dicta: *“La garantía de buen uso del anticipo se devolverá cuando éste haya sido devengado en su totalidad”* (Asamblea Nacional, 2009).

El anticipo es una entrega dineraria que en realidad tendría la función de mermar el desgaste de liquidez que el contratista realiza al ejercitar una obra o un servicio, es decir, del monto del anticipo se va devengando lo ejecutado por el contratista.

Por lo tanto, 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 de la contratación.

Al respecto me permito hacer un paréntesis, ya que considero que éste tipo de garantía podría ampliarse en los procesos de obra, sea de hasta el 70% del valor del contrato, considerando la cuantía del monto de contratación; conforme lo desarrollaré más adelante.

2.3. Garantía técnica

La garantía técnica está regulada en el marco del artículo 76 de la LOSNCP. Ésta garantía es requerida por la entidad contratante 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.

La norma también señala que ésta garantía 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. Por lo general, ésta garantía del fabricante, representante, distribuidor o vendedor autorizado, se la requiere en los pliegos del proceso de contratación, es decir, para que forma parte integrante de su oferta; por consiguiente, sería parte integrante del contrato, al igual que los pliegos, oferta ganadora, especificaciones técnicas o términos de referencia, entre otros; caso contrario, ésta garantía debe entregarse al momento de suscripción del contrato, para que forme parte del mismo.

El objeto de la demanda de esta garantía está en la necesidad de asegurar la calidad y el buen funcionamiento de los bienes contratados.

Estas garantías son independientes y subsistirán luego de cumplida la obligación principal; es decir, las garantías deberán permanecer vigentes hasta el vencimiento del contrato o hasta que la necesidad de la garantía exista, siempre de acuerdo a las estipulaciones contractuales, o los contenidos en los pliegos. Las garantías técnicas se estructuran de manera independiente con respecto a las obligaciones principales, es decir, que pueden seguir subsistiendo pasado el vencimiento de la obligación principal. Por consiguiente, estas garantías entrarán en vigencia a partir de la entrega recepción del bien.

En caso de no poder, por parte del contratista, de presentar la garantía, deberá hacerlo en las formas previstas por la Ley, con el mismo importe del valor del bien a suministrarse, en apego a lo establecido en los pliegos y en el contrato respectivo. El Reglamento General de la LOSNCP, en su artículo 118, establece: *“La garantía técnica observará las condiciones en las que se emite”* (Asamblea Nacional, 2009). Por tanto, la garantía técnica deberá sujetarse a lo establecido en el artículo 76 de la LOSNCP, o en caso de poder hacerlo, se reemplazará la garantía exigida por las señaladas en el artículo 73 de la LOSNCP, alcanzando en ese caso, el valor total de los bienes referidos en la oferta técnica.

Al respecto me permito hacer un paréntesis, ya que considero que éste tipo de garantía podría ampliarse a todos los bienes y no solo *“(...) para ciertos bienes”* como lo establece el artículo 76 de la LOSNCP, ya que existen otros bienes que requieren garantía técnica, como por ejemplo en el caso de adquisición de mobiliario, libros, etc., se trata de una falencia al respecto. Adicional a ello, ¿qué sucede en los casos de prestación de servicios? ¿Cuando éstos no superan el valor de las ínfimas cuantías, o cuando su valor no llegan al monto requerido para otorgar una garantía de fiel cumplimiento? ¿Se podría otorgar otro tipo de garantía en éstos casos? ¿Cuál sería el mecanismo o el tipo de garantía? ¿Podría ser a través de una declaración juramentada ante Notario Público?, estamos frente a otra falencia.

Además existe incongruencias en la misma normativa invocada al respecto, ya que conforme establece el artículo 5 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública: *“Los procedimientos y los contratos sometidos a esta Ley se interpretarán y ejecutarán conforme los principios referidos en el artículo anterior y tomando en cuenta la necesidad de precautelar los intereses públicos y la debida*

ejecución del contrato". En éste caso se estaría vulnerando la necesidad de precautelar los intereses públicos, ya que no se está considerando un tipo de garantía en el caso de prestación de servicios. Como sabemos a más de la garantía por anticipo y garantía de fiel cumplimiento, existe un tipo de garantía técnica, única y exclusivamente, para ciertos bienes, debiendo ampliarse e incluso considerar la creación otro tipo de garantía adicional a las tres antes mentadas, conforme lo desarrollaré más adelante.

2.4. Garantía de fiel cumplimiento

La garantía de fiel cumplimiento está regulada en el artículo 74 de la LOSNCP. La finalidad de ésta garantía es asegurar el cumplimiento del contrato y dar respuesta a posibles obligaciones que se contraigan frente a terceros y relacionadas con el contrato. El adjudicatario antes o en el momento de formalización del contrato, debe rendir una garantía, en apego a lo establecido en el artículo 73 de la LOSNCP, por un monto equivalente al cinco (5%) por ciento del valor del contrato.

Para los contratos de obra y contratos integrales por precio fijo, la garantía cubrirá las responsabilidades que se pudieran contraer a favor de terceros, y también para asegurar el cumplimiento de la obra, la calidad de los materiales utilizados. De esta forma, la garantía ampara las consecuentes reparaciones de los defectos que surgieren, sobre la mala calidad de la obra o de sus componentes utilizados, el incumplimiento de las especificaciones técnicas y que fueran imputables al proveedor, en términos generales, garantizará el cumplimiento del contrato.

La responsabilidad de los profesionales de la construcción, por ejemplo, los constructores, aparejadores o arquitectos, se hallan comprometidos en el más amplio sentido. La responsabilidad de estos profesionales tiene como finalidad la reparación del daño o defectos surgidos en su labor.

La ley exige que para aquellos contratos de obra o en la contratación de servicios no normalizados, si la oferta económica corregida fuese inferior al presupuesto referencial en un porcentaje igual o superior al diez (10%) por ciento de éste, la garantía de fiel cumplimiento deberá incrementarse en un monto equivalente al veinte (20%) por ciento de la diferencia entre el presupuesto referencial y la cuantía del contrato. (Pérez, López, & Aguilar, 2011, pág. 333)

El artículo 74 de la LOSNCP, en su inciso tercero, especifica que para la formación de la garantía, solo se puede constituir mediante la garantía incondicional e irrevocable de

un banco o entidad financiera; la fianza instrumentada en una póliza de seguros; o, a través del certificado de depósito a plazo emitido por banco o institución financiera. Por consiguiente, queda excluidas las otras formas de constitución de garantía (primera hipoteca de bienes raíces; depósitos de bonos del Estado).

No es necesario aplicar la garantía en los contratos donde la cuantía sea menor del resultado de multiplicar el cociente 0,000002 sobre el monto del Presupuesto Inicial del Estado para el año vigente, que para el ejercicio 2016 es de USD. \$ 59.670,00.

También queda sin exigencia de garantía los contratos versos en compraventa de bienes muebles y de adquisición de bienes muebles cuya entrega se realice junto al cumplimiento del pago por parte de la entidad contratante.

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

En los contratos en los que en un inicio no se presentó la garantía como en el caso del Art. 74 de la LOSNCP, se observará lo estipulado en el artículo 119 del Reglamento General de la LOSNCP, que determina: *“Garantía adicional.- Si en un contrato que por disposición del artículo 74 inciso quinto de la Ley no se contempló 74 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.”*

A pesar de la reducción de las variables sobre las posibilidades de constitución de garantías, nos encontramos con que las empresas de mayor tamaño y los particulares de gran solvencia, como arquitectos o constructores de consolidada ejecución en el mercado, tienen mayor posibilidad de cubrir el costo de esas garantías, frente a los profesionales con menor capacidad adquisitiva, y que vulnera la contratación social que debería tener la Ley para quedar armonizada con el espíritu constitucional del Buen Vivir.

Al respecto me permito hacer un paréntesis, ya que considero que éste tipo de garantía podría ampliarse a los contratos de adquisición o arrendamiento de bienes, salvo en los contratos de compraventa de bienes inmuebles y de adquisición de bienes muebles que se entreguen al momento de efectuarse el pago, conforme lo establece el artículo 74 de la LOSNCP solo dice: *“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”.

Además considero que no deberían quedar excluidas las otras formas de constitución de garantía contempladas en el artículo 73 de la LOSNCP, como son la primera hipoteca de bienes raíces y los depósitos de bonos del Estado, en razón que están contemplados dentro de las formas de garantías que deben rendirse, con el propósito de cumplir con lo que establece el artículo 5 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública: *“Los procedimientos y los contratos sometidos a esta Ley se interpretarán y ejecutarán conforme los principios referidos en el artículo anterior y tomando en cuenta la necesidad de precautelar los intereses públicos y la debida ejecución del contrato”.*

En la normativa antes enunciada se establece que no es necesario aplicar ésta garantía en los contratos donde la cuantía sea menor del resultado de multiplicar el cociente 0,000002 sobre el montante del Presupuesto Inicial del Estado para el año vigente, que para el ejercicio 2016 es de USD. \$ 59.670,00, sin embargo considero que éste tipo de garantía debe requerirse en todas las contrataciones cuyo monto supere la cuantía del resultado de multiplicar el cociente 0,0000002 sobre el monto del Presupuesto Inicial del Estado para el año vigente, que para el ejercicio 2016 es de USD. \$ 5.967,00; excepto en los contratos de compraventa de bienes inmuebles y de adquisición de bienes muebles que se entreguen al momento de efectuarse el pago.

Para otorgar esta garantía, se deben calcular diferentes montos equivalentes, según los montos de contratación, estableciendo una tabla al respecto.

Ésta garantía limita a las instituciones públicas para que puedan solicitar la garantías cuando es menos del monto establecido en el artículo 74 de la LOSNCP, y con ello limita a las entidades contratantes para que 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, violando lo que dispone el artículo 5 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, antes referido.

De igual forma, qué sucede en los contratos en los cuales se generó multas, sin embargo por su naturaleza, o por así requerirlo la entidad contratante, no se hubieren estipulado en el contrato ningún tipo de garantía, y cuyo pago se efectúa contra entrega del bien o servicio requerido, incluido consultoría?, de donde se cobran las

multas?, o qué sucede en los casos cuyas multas sean bajas, pero son muy repetitivas, sin embargo su valor no supera el monto de la garantía de fiel cumplimiento del contrato, establecida en el numeral 3 del artículo 94 de la LOSNCP, como causal para la Terminación Unilateral del Contrato?, conforme lo desarrollaré más adelante.

2.6. La devolución de las garantías

La legislación ecuatoriana ofrece un simple párrafo sobre la devolución de las garantías en el artículo 77 de la LOSNCP, donde expresa: *“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”* en coordinación con lo que establece el artículo 118 del Reglamento General, que establece: *“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”.

Sin embargo, en la normativa enunciada no se explica cuál es el procedimiento para la devolución, ni tampoco si será notificada previamente al interesado. Es lógico pensar que previa a la devolución, se notificara por escrito al contratista, sin embargo debería reformarse al respecto, ya que los servidores públicos deben cumplir con el principio de legalidad contemplado en el artículo 226 de la Constitución de la Republica que establece: *“Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución”.*

2.7. Falencias e incongruencias de las garantías implementadas en la actualidad en los procesos de contratación pública

Una vez analizados los artículos correspondientes a las garantías en la contratación pública, se ha podido detectar ciertas carencias o vacíos legales que se podrían subsanar en una posterior reforma legal de la LOSNCP y su Reglamento General.

Señalaremos estas falencias e incongruencias de las garantías implementadas en la actualidad en los procesos de contratación pública, siguiendo el orden de los artículos:

El **artículo 73** de la LOSNCP, señala las formas de garantía. Considero que las cinco formas de aplicación, no son suficientes para cumplir con los principios que establecen el artículo 288 de la Constitución de la República en concordancia con el artículo 4 de la LOSNCP, ya que favorece más a las empresas capitalizadas en competencia directa con las pequeñas empresas y los artesanos individuales, que no disponen de la capacidad de las grandes empresas.

El numeral 1 del artículo antes enunciado, habla de “*garantía incondicional [...] otorgada por un banco o institución financiera*” (Asamblea Constituyente, 2008). Esta autora, piensa que se debería abreviar el concepto y denominarlo escuetamente «aval bancario o de institución financiera».

Por otro lado, el numeral 1 no especifica que las entidades bancarias deberán ser entidades financieras autorizadas para operar en el Ecuador. Este vacío podría ser aprovechado para colocar una garantía de una entidad extranjera produciendo posteriormente una imposibilidad de reclamo sobre la garantía.

Otra falencia observada en el numeral 1, es la omisión de donde se ha de depositar el aval bancario. Se supone, al no especificar nada, que se debe estipular en el contrato, pero esta forma provoca una gran inseguridad por las posibles pérdidas que se pudieran producir en el futuro.

El inciso habla de que la compañía debe estar establecida en el país, lo cual es correcto, pero no especifica que sea una compañía autorizada, por autoridad competente, para operar con las instituciones del Estado. Opino, que una empresa poco solvente, en estado de concurso de acreedores o en proceso de quiebra puede ser admitida dado que no hay impedimento siempre y cuando esté establecida en el país.

El numeral 4 del artículo antes enunciado, versa sobre depósitos de bonos del Estado. A tenor del criterio de esta autora, se cree que esta posibilidad debe estar unida a

junto a los depósitos en efectivo. El dinero efectivo de curso legal en el Ecuador es el Dólar norteamericano. El país adoptó de forma oficial el uso de esta moneda en el año 2000.

Con el mismo defecto que en los anteriores numerales, los bonos del Estado, o el capital en efectivo no quedan especificados su depósito. La omisión de este detalle crea una gran inseguridad para el contratista.

El numeral 5 del artículo antes enunciado, posibilita la creación de garantías sobre certificados de depósito a plazo emitidos por bancos o entidades financieras. Este numeral se podría suprimir por dos razones: en primer lugar, porque la institución del aval es una manera más práctica y común para garantizar el cobro de éste; y, por otro lado, el depósito a plazos deberá incluir una cláusula de endoso por ejecución de la garantía irrevocable e inmediato que puede ser confuso o mal interpretado por la entidad bancaria.

Considero que se debería incluir el aval bancario, como una forma de garantía, para el caso de la garantía e fiel cumplimiento, cuando la contratación es mayor a multiplicar el coeficiente $0,0000002 \cdot \text{PIE}$, porque no requiere una descapitalización o un desvío de los recursos.

Un aval bancario es un contrato de afianzamiento, mediante el cual el Banco garantiza ante un tercero que vamos a cumplir una obligación: que vamos a pagar un alquiler de un local, que vamos a ejecutar una obra en forma y tiempo, que vamos a pagar una determinada compra llegado el momento, etc. (BBVA, 2010)

El aval no supone una salida inmediata de dinero por parte del cliente ni del banco, aunque sí puede suponerlo en un futuro. El aval demuestra una capacidad de cumplir con la obligación de la garantía y también demuestra una disponibilidad financiera. Es un producto financiero asequible para cualquier economía y en este sentido es una forma de cubrir la garantía de manera igualitaria para todos los contratantes, artesanos, pequeñas empresas y hasta las grandes corporaciones.

Cabe señalar que no se exigirán las garantías establecidas por la LOSNCP para los contratos referidos en el número 8 del artículo 2 del mentado cuerpo normativo.

El artículo 74 de la LOSNCP, está referido a las garantías de fiel cumplimiento. Se constituye la garantía para el cumplimiento del contrato y para responder de las obligaciones posibles que se contrajeran frente a terceros. Cabría añadir en este contexto, también las obligaciones contraídas por los subcontratistas, de esta forma,

queda clara la subsidiaridad de las garantías del principal, frente a la responsabilidad que contrajeran las empresas o los particulares subcontratados.

El cuarto inciso exime al contratista en los casos de venta de bienes muebles e inmuebles que se entregan en el momento del pago; considero que éste tipo de garantía podría ampliarse a los contratos de adquisición o arrendamiento de bienes, en éste último caso, considerando sobre todo a la contratante como arrendadora o arrendataria, salvo lo establecido en el artículo 74 de la LOSNCP solo dice: *“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”*.

Además considero que no deberían quedar excluidas las otras formas de constitución de garantía contempladas en el artículo 73 de la LOSNCP, como son la primera hipoteca de bienes raíces y los depósitos de bonos del Estado, en razón que están contemplados dentro de las formas de garantías que deben rendirse, con el propósito de cumplir con lo que establece el artículo 5 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública: *“Los procedimientos y los contratos sometidos a esta Ley se interpretarán y ejecutarán conforme los principios referidos en el artículo anterior y tomando en cuenta la necesidad de precautelar los intereses públicos y la debida ejecución del contrato”*.

En la normativa antes enunciada se establece que no es necesario aplicar ésta garantía en los contratos donde la cuantía sea menor del resultado de multiplicar el cociente 0,000002 sobre el montante del Presupuesto Inicial del Estado para el año vigente, que para el ejercicio 2016 es de USD. \$ 59.670,00, sin embargo considero que éste tipo de garantía debe requerirse en todas las contrataciones cuyo monto supere la cuantía del resultado de multiplicar el cociente 0,000002 sobre el monto del Presupuesto Inicial del Estado para el año vigente, que para el ejercicio 2016 es de USD. \$ 5.967,00; excepto en los contratos de compraventa de bienes inmuebles y de adquisición de bienes muebles que se entreguen al momento de efectuarse el pago.

Para otorgar esta garantía, se deben calcular diferentes montos equivalentes, según los montos de contratación, estableciendo una tabla al respecto, como por ejemplo:

Tabla 4. Montos para el Fiel Cumplimiento

GARANTÍA	CUANTÍA	2016 (*)
FIEL CUMPLIMIENTO	Cuando la contratación es mayor a multiplicar el coeficiente 0,0000002*PIE (3%)	> USD \$ 5.967,00
	Cuando la contratación es mayor a multiplicar el coeficiente 0,000002*PIE (5%)	> USD \$ 59.670,00

Elaborado por Paola Matovelle

Ésta garantía limita a las instituciones públicas para que puedan solicitar la garantías cuando es menos del monto establecido en el artículo 74 de la LOSNCP, y con ello limita a las entidades contratantes para que 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, violando lo que dispone el artículo 5 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, antes referido.

De igual forma, qué sucede en los contratos en los cuales se generó multas, sin embargo por su naturaleza, o por así requerirlo la entidad contratante, no se hubieren estipulado en el contrato ningún tipo de garantía, y cuyo pago se efectúa contra entrega del bien o servicio requerido, incluido consultoría?, de donde se cobran las multas?, o qué sucede en los casos cuyas multas sean bajas, pero son muy repetitivas, sin embargo su valor no supera el monto de la garantía de fiel cumplimiento del contrato, establecida en el numeral 3 del artículo 94 de la LOSNCP, como causal para la Terminación Unilateral del Contrato?, diferentes montos equivalentes, según los montos de contratación, por ello es necesario que se determinen diferentes montos equivalentes, según los montos y tipos de contratación.

El sexto y último inciso, sobre que las multas impuestas al contratista serán a cargo de la garantía de fiel cumplimiento, ya que no tiene razón de estar en este apartado, pues las multas están reglamentadas en los pliegos y expuestas en el contrato como cláusula obligatoria, conforme lo establece el artículo 71 de la LOSNCP, por tanto debería estar considerado en éste artículo. Además debería contemplarse la posibilidad de que en un contrato que no se cuente con ningún tipo de garantías, debe efectuarse una liquidación del contrato, con corte a la fecha, en el cual conste que del

monto contractual se cobraran las multas, caso contrario quedaría un vacío legal al respecto.

El artículo 75 de la LOSNCP, versa sobre las garantías por anticipo. En la obligación de rendir garantías por igual valor del anticipo, no se expresa el plazo ni la forma para efectuar la nueva garantía. No se fija el plazo para la entrega, que a mi criterio debe de ser de treinta días hábiles desde la “notificación” de la entrega del anticipo, sin embargo debemos sujetarnos a los tiempos establecidos para la firma del contrato. He entrecomillado el término notificación, dado que entiendo que está debe realizarse como elemento formal y disciplinario por parte del contratista.

Al respecto considero que éste tipo de garantía podría ampliarse en los procesos de obra, sea de hasta el 70% del valor del contrato, dependiendo del tipo y monto de contratación, estableciéndose los siguientes límites fijados para los anticipos:

- Hasta el 50%, para los contratos de menor cuantía obras y cotización obras.
- Hasta el 70%, para los contratos de licitación obras y contratación integral por precio fijo obras.
- Hasta el 70%, para los contratos de bienes y servicios, incluidos consultoría.

Se plantea esta ampliación a fin de lograr una mayor participación de proveedores, de conformidad con lo que establece el artículo 288 de la Constitución de la República y el artículo 4 de la LOSNCP.

El artículo 76 de la LOSNCP, versa sobre las garantías técnicas para ciertos bienes. Al respecto considero que éste tipo de garantía podría ampliarse a todos los bienes y no solo “(...) *para ciertos bienes*” como lo establece el artículo 76 de la LOSNCP, ya que existen otros bienes que requieren garantía técnica, como por ejemplo en el caso de adquisición de mobiliario, libros, etc., se trata de una falencia al respecto. Adicional a ello, ¿qué sucede en los casos de prestación de servicios?, ¿Cuándo éstos no superan el valor de las ínfimas cuantías, o cuando su valor no llegan al monto requerido para otorgar una garantía de fiel cumplimiento? ¿Se podría otorgar otro tipo de garantía en éstos casos? ¿Cuál sería el mecanismo o el tipo de garantía? ¿Podría ser a través de una declaración juramentada ante Notario Público?, estamos frente a otra falencia.

Considero que efectivamente que existen otros bienes que requieren garantía técnica y que debe considerarse para que asegure la calidad y buen funcionamiento de los bienes adquiridos, se exigirá, además, al momento de la suscripción del contrato y

como parte integrante del mismo. Estas garantías son independientes y subsistirán luego de cumplida la obligación principal, ya que su vigencia rige a partir de la entrega recepción del bien. 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.

Por su parte en el caso de prestación de servicios, siempre y cuando, impliquen la suscripción de un contrato, cuando se trata de ínfimas cuantías puede realizarse un documento ante Notario Público, con el cual se garantice el cumplimiento de dicha contratación por parte del contratista, instrumento que deberá ser otorgado y entregado previa suscripción del contrato correspondiente. En el caso de servicios cuyo valor no llegan al monto requerido para otorgar una garantía de fiel cumplimiento pero es mayor al de ínfima cuantía no es necesario, según lo planteado en el presente trabajo investigativo, ya que se propone que cuando la contratación es mayor a multiplicar el coeficiente $0,0000002 * \text{PIE}$, el adjudicatario previo a la firma del contrato debe entregar una garantía de fiel cumplimiento con un monto equivalente al tres por ciento (3%) del valor total del contrato.

Además existe incongruencias en la misma normativa invocada al respecto, ya que conforme establece el artículo 5 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública: *“Los procedimientos y los contratos sometidos a esta Ley se interpretarán y ejecutarán conforme los principios referidos en el artículo anterior y tomando en cuenta la necesidad de precautelar los intereses públicos y la debida ejecución del contrato”*. En éste caso se estaría vulnerando la necesidad de precautelar los intereses públicos, ya que no se está considerando un tipo de garantía en el caso de prestación de servicios en los procesos de ínfimas cuantías, cuando se suscriben contratos. Como sabemos a más de la garantía por anticipo y garantía de fiel cumplimiento, existe un tipo de garantía técnica, única y exclusivamente, para ciertos bienes, debiendo ampliarse e incluso considerar la creación otro tipo de garantía adicional a las tres antes mentadas.

El artículo 77 de la LOSNCP, está referido a la devolución de las garantías. Considero que este es uno de los artículos con mayores imprecisiones y falencias de la LOSNCP, dado no contempla, además de las otras imprecisiones, cual es el procedimiento a seguir para las devoluciones de las garantías.

La legislación ecuatoriana ofrece un simple párrafo sobre la devolución de las garantías en el artículo 77 de la LOSNCP, en concordancia con lo que establece el

artículo 118 del Reglamento General; sin embargo, en la normativa enunciada no se explica cuál es el procedimiento para la devolución, ni tampoco si será notificada previamente al interesado. Es lógico pensar que previa a la devolución, se notificara por escrito al contratista, sin embargo debería reformarse al respecto, ya que los servidores públicos deben cumplir con el principio de legalidad contemplado en el artículo 226 de la Constitución de la República que establece: *“Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución”*.

Por consiguiente considero que se debe añadir al escueto texto del artículo 77 de la LOSNCP, que una vez comprobada y aprobada la liquidación del contrato o transcurrido el plazo de la garantía, sin no hubieran responsabilidades, multas o sanciones, la entidad contratante devolverá la garantía o se autorizará la cancelación de dicha garantía, por escrito a las entidades emisoras correspondientes en un término de hasta 15 días.

Así como deberá establecerse que la devolución debe notificarse, por escrito, al interesado (contratista o tercero interviniente) en un término de hasta 15 días desde lo contemplado en el artículo 77 de la LOSNCP, en concordancia con lo que establece el artículo 118 del Reglamento General. Cumplida la comunicación, la administración deberá abonar al contratista la cantidad adeudada. La notificación y el pago consecuente e inmediato garantizan a la parte interesada de un plazo razonable para su devolución, cosas que en el redactado actual adolece esta puntualización.

En cualquiera de los casos en que se hubiere terminado el contrato sin que la liquidación hubiesen tenido lugar por causas no imputables al contratista, deberá añadirse que se procederá a la devolución o cancelación de la garantía, en un plazo de hasta 60 días contados desde de la terminación del contrato, previa notificación de 15 días hábiles como está redactado en los casos anteriores.

Al margen de estas modificaciones o ampliaciones de los artículos citados, creo importante añadir unos incisos al artículo 71 de la LOSNCP, o la creación de dos artículos intercalados entre el 73 y 74, denominándolos 73 1-bis, y 73 2-bis.

El 73 1-bis, se titulará de la reposición y reajustes de garantías, en el que constará lo siguiente:

- En el caso de que hagan efectivas las multas contempladas en el contrato, el contratista deberá reponer las garantías que correspondieran en la cantidad exigible y en el plazo de quince días desde la fecha de ejecución, so pena de resolución de contrato y pago de penalizaciones pactadas, cuyo depósito debe hacerse a una cuenta, que el estado haya creado para este tipo de situaciones.
- Cuando se experimente una variación del contrato (contrato modificadorio o contrato complementario) que afecte al monto de contratación, se deberá reajustar la garantía al monto modificado, para que se mantenga en la misma proporción de éste. Para lo cual la entidad contratante deberá notificar al contratista y entidad financiera que otorgó la garantía, en el plazo de hasta 15 días después de ocurrida dicha modificación, debiendo el contratista entregar la nueva garantía en el plazo de hasta 15 días después de la notificación de la modificación.

El 73 2-bis, se titulará prelación en la ejecución de garantías, en el que constará lo siguiente:

- El organismo contratante tendrá preferencia sobre cualquier acreedor que soporte el contratista, independientemente de su naturaleza y el título por el cual se ejerza el derecho. De esta forma se excluyen hipotecas, afianzamientos, deudas, sobre empleados, familiares u otros acreedores.
- Puede ser muy frecuente, que la garantía no cubra las responsabilidades a las que se ve afectado el contratante, en ese caso el órgano de la Administración procedería al cobro de la diferencia mediante el procedimiento de ejecución coactiva, con arreglo de lo dispuesto en el artículo 941 del Código de Procedimiento Civil: *“tiene por objeto hacer efectivo el pago de lo que, por cualquier concepto, se deba al Estado y a sus instituciones”* (Congreso Nacional, 2005). En relación a este capítulo, la Ley de Compañías, en su artículo 451, (Congreso Nacional, 1999) establece que para las recaudaciones que adeuden las compañías, el Superintendente de Compañías emitirá título de crédito y procederá a recaudar el valor por medio de la jurisdicción coactiva.

2.8. Legislación comparada en el tema de las garantías dentro de la Contratación Pública

En Chile, los procedimientos que sigue el Estado chileno para adjudicar los contratos públicos son: licitación pública, licitación privada o contratación directa. la Ley 19.886

hace referencia a las garantías en forma general como es la que permitan asegurar la seriedad de las ofertas presentadas y el fiel y oportuno cumplimiento del contrato definitivo, en la forma y por los medios que lo establezcan las respectivas bases de la licitación. En la actual Ley chilena, se mantiene como garantía, la seriedad de la propuesta. La legislación chilena sobre las contrataciones públicas es muy similar a la ecuatoriana.

En España, la Ley de Contratación del Sector Público (LCSP), en concordancia con las disposiciones comunitarias de la Unión Europea, en su artículo 121, numeral 2, se establece la obligación de elaborar un pliego, como parte integrante del contrato y que debe tener una serie de contenidos imprescindibles, entre ellos, las garantías que han de establecerse para constituir el contrato.

En la contratación administrativa es tradicional exigir a los empresarios la presentación de una garantía con el objeto de asegurar la firmeza de su propuesta o la correcta ejecución del contrato.

El régimen de las garantías exigibles en la contratación del sector público está regulado en el título IV del Libro I de la LCSP, que distingue, en el capítulo I (artículos 83 a 91), las garantías a prestar en los contratos suscritos con las administraciones públicas y, en el capítulo II (artículo 92), las garantías a prestar en otros contratos del sector público, es decir, en los contratos que formalizan los entes, organismos y entidades del sector público que no tengan la consideración de Administración pública.

El ordenamiento distingue tres tipos de garantías:

Garantía definitiva, el licitador que presente la oferta económicamente más ventajosa en las licitaciones de los contratos que suscriban las administraciones públicas tiene que constituir a disposición del órgano de contratación una garantía de un 5% del importe de adjudicación, excluido el IVA.

Formas de depósito:

- En efectivo o en valores de deuda pública.
- Aval prestado por los bancos, cajas de ahorros, cooperativas de crédito, establecimientos financieros de crédito y sociedades de garantía recíproca.
- Contrato de seguro de caución con una entidad aseguradora autorizada para operar en el ramo.
- Retención del precio del contrato, cuando así lo prevean los pliegos, los cuales tienen que regular la forma y condiciones de la retención.

Garantía global, alternativamente a la prestación de una garantía singular para cada contrato, el empresario puede constituir una garantía global para asegurar las responsabilidades que puedan derivarse de la ejecución de todos los contratos que suscriba con una administración pública, o con uno o varios órganos de contratación.

Formas de depósito:

- Se puede constituir en efectivo metálico o mediante aval de entidad bancaria

Garantía provisional, los órganos de contratación, en atención a las circunstancias de cada contrato, pueden exigir a los licitadores la constitución de una garantía que responda del mantenimiento de sus ofertas hasta la adjudicación del contrato. En los pliegos de cláusulas administrativas se tiene que determinar el importe de la garantía provisional, que no puede ser superior a un 3% del presupuesto del contrato, y el régimen de su devolución.

Formas de depósito:

- Garantías en efectivo: en la caja general de depósitos o en la caja o establecimiento equivalente de las comunidades autónomas o entidades locales sobre las cuales tenga que tener efecto el contrato.
- Certificados de inmovilización o de los valores anotados, de avales o de certificados de seguro de caución: ante el órgano de contratación.

La legislación española, en su artículo 62, exige la solvencia del proveedor para celebrar contratos públicos, se debe acreditar estar en posesión y condiciones mínimas de solvencia económica y financiera, profesional o técnica. Si el contrato requiere aptitudes específicas en materia social, es lícito exigir una experiencia concreta como criterio de capacidad y conocimientos técnicos para demostrar la solvencia de los candidatos. Estas exigencias posibilitan la liberación de garantías rigurosas.

Vemos que en esta legislación las formas de depósito de las garantías son principalmente el depósito en efectivo y el aval bancario. En las garantías definitivas se amplía a un seguro de caución expresamente reconocido por la Administración; y la retención de las entregas dinerarias hasta cubrir el montante de la garantía.

Por otro lado, destacar que el importe de las garantías, no son tan elevadas como en el caso del ordenamiento Ecuatoriano. Los requisitos de solvencia económica favorecen la aplicación de garantías menos rigurosas para los contratados.

En la legislación de Francia, la Ley de contratación opera desde hace muchas décadas de manera impecable, al margen de enmiendas y ampliaciones lógicas con el progreso de los tiempos y las innovaciones tecnológicas, como el internet. Como novedad en las garantías, en la Ley de Contratación se fijan dos condiciones para los contratistas destinados a luchar contra la subcontratación oculta y prevenir los conflictos que pudieran concurrir entre ambas partes. Se establece la obligación del contratista principal, bajo pena de sanción, de informar a la dirección de obra sobre los subcontratistas que participarán en la obra y acordar el modo de pago de los mismos. Además, establece la obligación para el contratista de entregar una garantía personal y solidaria, avalada por una entidad aceptada. Esta entidad se obliga a pagar al subcontratista todas las sumas debidas a tenor del contrato de subcontrata firmado.

La responsabilidad solidaria de los contratistas no sólo se refiere a los daños causados por los subcontratistas, sino que se extiende al uso del trabajo ilegal o al empleo de extranjeros ilegales. Asimismo, se exige tanto a las empresas contratistas como a la dirección de obra verificar la inscripción en los registros obligatorios de las empresas subcontratistas. Se hace hincapié en la legislación francesa de que el contrato de subcontrata en un contrato de prestación de servicios, no un contrato de arrendamiento de mano de obra y por consiguiente, deben estar definidas y bien determinadas las tareas a realizar por los subcontratados, no pudiendo el contratado interferir en la organización de los empleados de la subcontratista.

La unión temporal de empresas (UTE), al igual que la legislación española tiene una gran aplicación en las obras públicas, en especial las de gran relevancia. Esta fórmula es una buena opción para que las empresas pequeñas puedan asumir contratos de gran envergadura sin necesidad de aspirar a ser meramente subcontratista.

La garantía o caución financiera más usual en Francia es la garantía del aval bancario, donde la entidad se compromete a cumplir con las deudas y responsabilidades de la empresa. La garantía de buena ejecución está contemplada en los artículos 101 a 103 del Código de Contratación Pública. La forma de realizar la garantía es a través de una carta de aval bancario, o por un seguro de caución reconocido por la Administración.

En paralelismo con nuestra legislación, podemos observar, que el artículo 74 sobre fiel cumplimiento habla de la garantía que entre otros aspectos cubre “las obligaciones que contrajeran a favor de terceros”, no especificando claramente las obligaciones que se contrajeran con subcontratados, o los perjuicios que éstos pudieran causar.

Además, no se exige a las empresas contratistas una inscripción especial para las empresas subcontratadas.

La posibilidad de formar UTE (uniones de empresas) favorece el acceso de los pequeños empresarios y las microempresas a participar de grandes proyectos directamente y no como subcontratados. Esta forma es posible en nuestra legislación, pero no queda claramente especificada en el artículo 18 de la LOSNCP, para la inscripción en el Registro Único de Proveedores (RUP).

Vemos, que las formaciones de las garantías, se realizan de una manera simplificada con un aval bancario o con un seguro de caución que cubra todas las garantías al primer requerimiento.

2.9. Conclusiones y recomendaciones

Una vez analizado los artículos de la Ley Orgánica del sistema Nacional de Contratación Pública que en el Capítulo III cubren las garantías. Hemos observado que los artículos tienen falencias y omisiones importantes que hemos identificado, proponiendo las subsanaciones pertinentes y el planteamiento justo y suficiente para cubrir todos los supuestos. Las falencias nos han hecho comprender que no solo hay que cambiar o ampliar estos artículos, sino que se debería ampliar dos artículos más para poder recoger todos los elementos necesarios para una completa legislación.

Dada la situación precaria que se ha analizado, recomiendo una nueva redacción de los articulados y la inclusión de varios artículos más para que queden completo el Capítulo III.

Considero que las cinco formas de aplicación, no son suficientes para cumplir con los principios que establecen el artículo 288 de la Constitución de la República en concordancia con el artículo 4 de la LOSNCP, ya que favorece más a las empresas capitalizadas en competencia directa con las pequeñas empresas y los artesanos individuales, que no disponen de la capacidad de las grandes empresas.

Por otro lado, en la garantía de fiel cumplimiento, encontramos la ausencia de la especificación sobre el monto equivalente al cinco (5%) por ciento, es con o sin el Valor Añadido (IVA).

Adicional a ello, en la garantía de fiel cumplimiento, exime al contratista en los casos de venta de bienes muebles e inmuebles que se entregan en el momento del pago; considero que éste tipo de garantía podría ampliarse a los contratos de adquisición o

arrendamiento de bienes, en éste último caso, considerando sobre todo a la contratante como arrendadora o arrendataria. Además la normativa establece que no es necesario aplicar ésta garantía en los contratos donde la cuantía sea menor del resultado de multiplicar el cociente 0,000002 sobre el montante del Presupuesto Inicial del Estado para el año vigente, sin embargo considero que éste tipo de garantía debe requerirse en todas las contrataciones cuyo monto supere la cuantía del resultado de multiplicar el cociente 0,000002 sobre el monto del Presupuesto Inicial del Estado; excepto en los contratos de compraventa de bienes inmuebles y de adquisición de bienes muebles que se entreguen al momento de efectuarse el pago. Para otorgar esta garantía, se deben calcular diferentes montos equivalentes, según los montos de contratación, estableciendo una tabla al respecto.

La garantía de fiel cumplimiento limita a las instituciones públicas para que 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, violando lo que dispone el artículo 5 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, antes referido, por ello es necesario que se determinen diferentes montos equivalentes, según los montos y tipos de contratación.

Sobre las garantías por anticipo, considero que éste tipo de garantía podría ampliarse en los procesos de obra, sea de hasta el 70% del valor del contrato, dependiendo del tipo y monto de contratación.

Sobre las garantías técnicas para ciertos bienes, considero que éste tipo de garantía podría ampliarse a todos los bienes y no solo "(...) *para ciertos bienes*" como lo establece el artículo 76 de la LOSNCP, ya que existen otros bienes que requieren garantía técnica, como por ejemplo en el caso de adquisición de mobiliario, libros, etc., se trata de una falencia al respecto.

Por su parte en el caso de prestación de servicios, siempre y cuando, impliquen la suscripción de un contrato, cuando se trata de ínfimas cuantías puede realizarse un documento ante Notario Público, con el cual se garantice el cumplimiento de dicha contratación por parte del contratista, instrumento que deberá ser otorgado y entregado previa suscripción del contrato correspondiente. En el caso de servicios cuyo valor no llegan al monto requerido para otorgar una garantía de fiel cumplimiento pero es mayor al de ínfima cuantía no es necesario, según lo planteado en el presente trabajo investigativo, ya que se propone que cuando la contratación es mayor a

multiplicar el coeficiente $0,0000002 \cdot \text{PIE}$, el adjudicatario previo a la firma del contrato debe entregar una garantía de fiel cumplimiento con un monto equivalente al tres por ciento (3%) del valor total del contrato.

CAPÍTULO III
INVESTIGACIÓN DE CAMPO Y PROPUESTA

3.1. Resultados de las encuestas

Es importante conocer las diferentes opiniones que giran en torno a las garantías en las contrataciones públicas. Para ello se elaboró un cuestionario de siete preguntas cerradas para un público general; y otro cuestionario de cinco preguntas abiertas para personas cualificadas en el ámbito de las contrataciones públicas, como juristas y altos funcionarios de la administración, entre otros. La encuesta está formada por trescientos ochenta y cuatro personas que respondieron a las 7 preguntas; la entrevista se realizó a cuatro personas.

Los resultados nos han permitido conocer en profundidad la problemática que envuelve las garantías, los intereses de la ciudadanía para acceder a las contrataciones y las dificultades que se ven planteadas. De esta forma, podremos sustentar una propuesta de Ley, para modificar todos aquellos aspectos que dificultan la contratación en el entorno de las garantías, y hacer de las compras y contratos públicos un servicio integrado en la sociedad como instrumento útil para mejorar la economía y desarrollo de los artesanos individuales y los empresarios en general.

3.1.1. Encuestas al público en general

Una vez culminadas las encuestas al público conocedor en general, se ejecutó una tabulación de los resultados, junto con un análisis detallado de las respuestas, cuyos elementos más relevantes que surgieron fueron posteriormente considerados para la elaboración del Anteproyecto de Ley Reformativa a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y también sobre el Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, con respecto al régimen de garantías. Éstas son los resultados:

Pregunta 1:

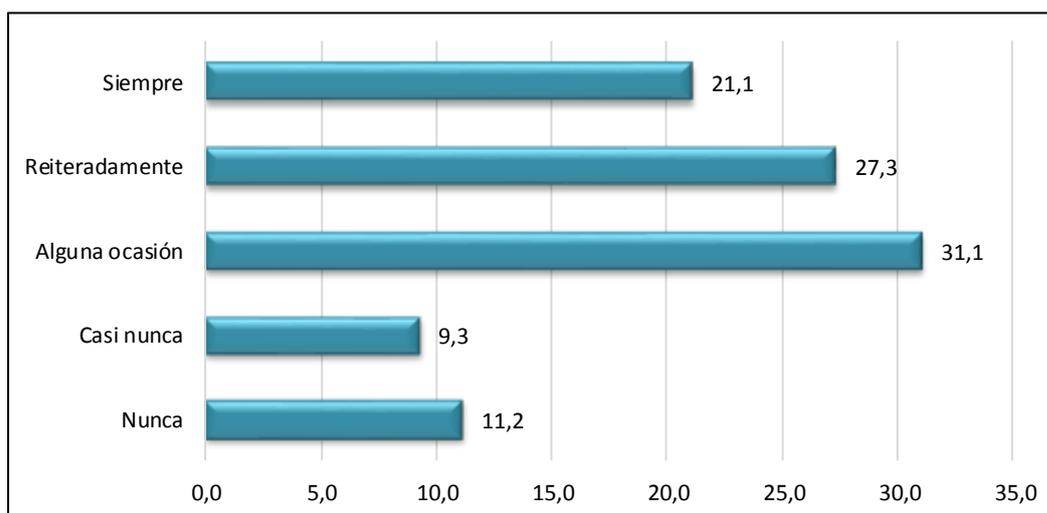
¿Considera que existen falencias e incongruencias en las garantías exigidas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública?

Tabla 5. ¿Hay falencias e incongruencias?

Opción	Frecuencia	Porcentaje
Nunca	43	11,2
Casi nunca	36	9,3
Alguna ocasión	119	31,1
Reiteradamente	105	27,3
Siempre	81	21,1
Total	384	100,0

Elaborado por Paola Matovelle

Gráfico 3. ¿Hay falencias e incongruencias?



Elaborado por Paola Matovelle

Observamos en este caso, que los encuestados que señalan problemas en las garantías de manera importante (siempre y reiteradamente) forman el 48,4%, mientras que el sector que no se siente molesto con las garantías (casi nunca y nunca), forman el 18,5%. Vemos, entonces, que el grupo más numeroso cree que solo en raras ocasiones existen falencias y congruencias, y demuestra que hay un gran sector acomodado a las disposiciones, pero que no obstante sufre alguna deficiencia en algunas ocasiones.

Pregunta 2:

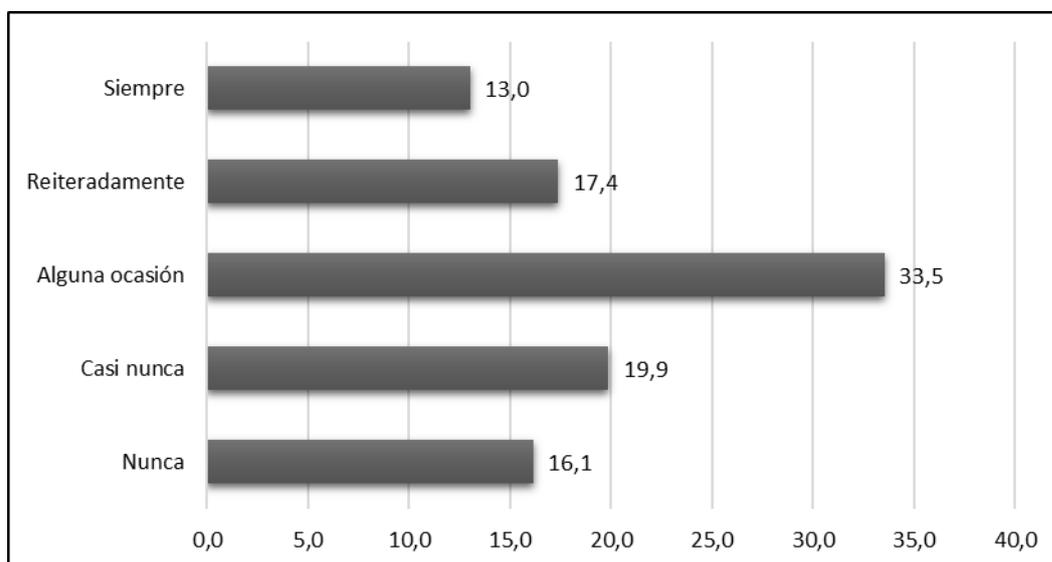
¿Considera que las garantías establecidas en la Ley son suficientes para que los contratistas cumplan con los términos de referencia o especificaciones técnicas en el contrato correspondiente?

Tabla 6. ¿Son suficientes para el cumplimiento de los términos y especificaciones del contrato?

Opción	Frecuencia	Porcentaje
Nunca	62	16,1
Casi nunca	76	19,9
Alguna ocasión	129	33,5
Reiteradamente	67	17,4
Siempre	50	13,0
Total	384	100,0

Elaborado por Paola Matovelle

Gráfico 4. ¿Son suficientes para el cumplimiento de los términos y especificaciones del contrato?



Elaborado por Paola Matovelle

En esta ocasión, nos encontramos en un resultado muy similar con la anterior pregunta. Los resultados de las personas que creen que son suficientes las garantías para cumplir los términos y las especificaciones técnicas son el 30,4%. No son suficientes en alguna ocasión, casi nunca o nunca para el resto (69,6%). Lo cual demuestra que hay una gran parte de los usuarios de las compras públicas que ven en

las garantías actuales un obstáculo para poder cumplir los términos o las especificaciones particulares.

Pregunta 3:

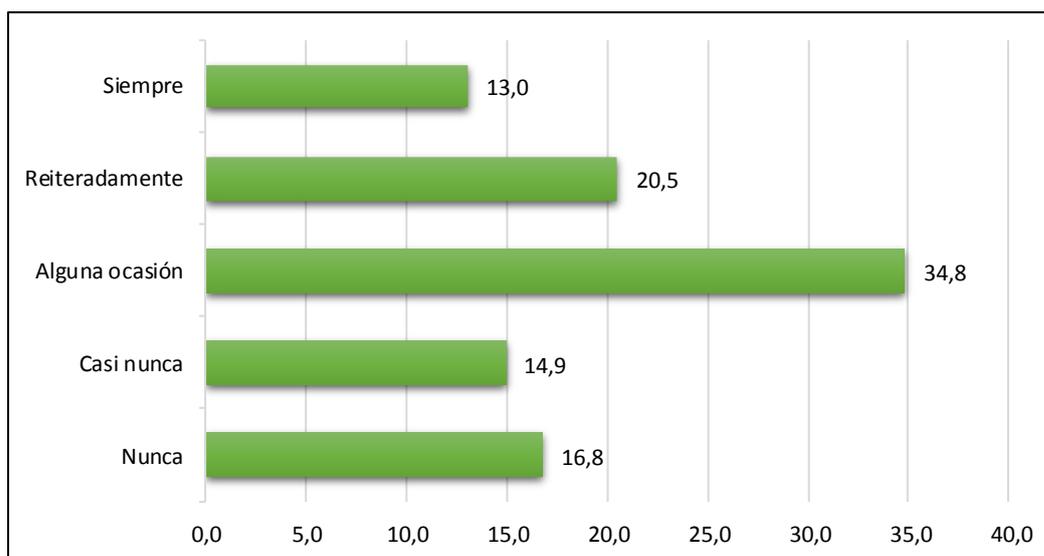
¿Considera que las garantías (de fiel cumplimiento, de anticipo y técnica) establecidas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, son eficientes y eficaces?

Tabla 7. ¿Son eficientes y eficaces?

Opción	Frecuencia	Porcentaje
Nunca	64	16,8
Casi nunca	57	14,9
Alguna ocasión	134	34,8
Reiteradamente	79	20,5
Siempre	50	13,0
Total	384	100,0

Elaborado por Paola Matovelle

Gráfico 5. ¿Son eficientes y eficaces?



Elaborado por Paola Matovelle

Las garantías son eficiente de manera reiterada o siempre, para el 33,5%, lo cual significa que para el resto (alguna ocasión, casi nunca o nunca) el 66,5%, tiene razones para pensar que el instrumento de la garantía en las compras públicas no son eficientes ni eficaces, lo que hace pensar que hay una gran parte de los usuarios que

ven las garantías (en su estado actual) como un obstáculo a sus aspiraciones en la contratación.

Pregunta 4:

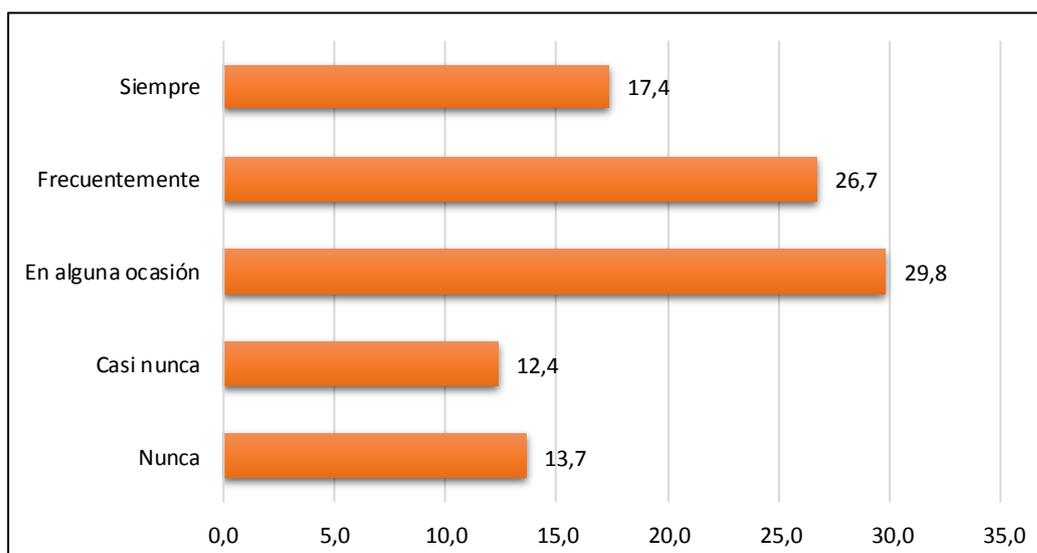
¿Considera que las garantías, establecida en la Ley podría variar en cuanto al monto equivalente, dependiendo del tipo de contratación y del monto del contrato?

Tabla 8. ¿Variaría el monto dependiendo del contrato y del monto?

Opción	Frecuencia	Porcentaje
Nunca	52	13,7
Casi nunca	48	12,4
En alguna ocasión	114	29,8
Frecuentemente	103	26,7
Siempre	67	17,4
Total	384	100,0

Elaborado por Paola Matovelle

Gráfico 6. ¿Variaría el monto dependiendo del contrato y del monto?



Elaborado por Paola Matovelle

El resultado favorable a cambiar el monto de las garantías en los contratos es muy numeroso (73,9%), frente a los usuarios que no necesitan (nunca o casi nunca) variar el monto. Esto demuestra que los montos exigibles en las garantías son un gran bache en la iniciativa de los empresarios y de los profesionales individuales que deben cubrir las exigencias. Tal vez una exigibilidad menor o más acorde con las posibilidades a los candidatos favorecería el acceso y desarrollo profesional de muchas personas.

Pregunta 5:

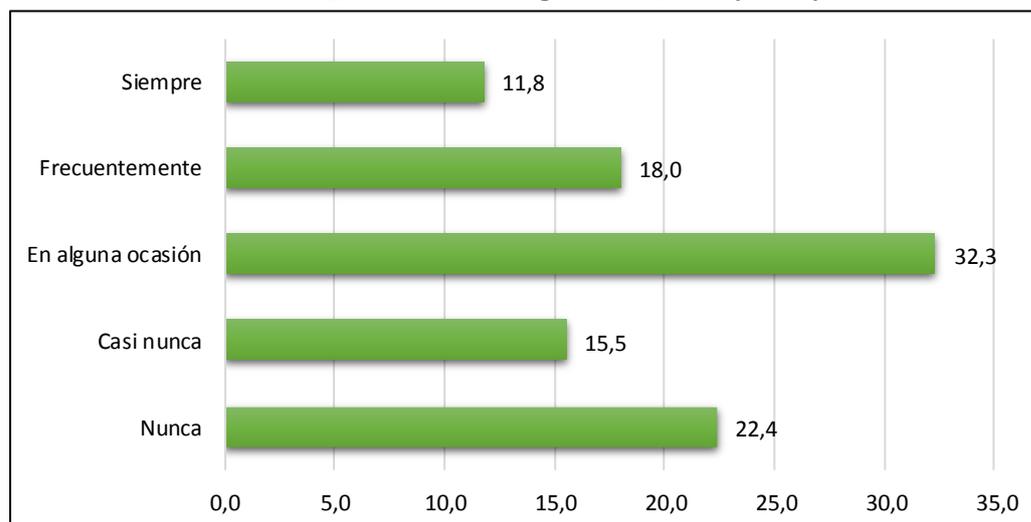
¿Cree que en la actualidad la contratación pública es un sistema igualitario, incluyente y social?

Tabla 9. ¿Es un sistema igualitario, incluyente y social?

Opción	Frecuencia	Porcentaje
Nunca	86	22,4
Casi nunca	60	15,5
En alguna ocasión	124	32,3
Frecuentemente	69	18,0
Siempre	45	11,8
Total	384	100,0

Elaborado por Paola Matovelle

Gráfico 7. ¿Es un sistema igualitario, incluyente y social?



Elaborado por Paola Matovelle

La mayoría de los encuestados se pronunciaron que en alguna ocasión (32,3%) el sistema de contratación es igualitario incluyente y social. Vemos que los que aún apoyan más radicalmente esta postura (casi nunca y nunca) forman el 37,9%, lo que nos ofrece un resultado mayoritario de personas que opinan desfavorablemente sobre la contratación, en el sentido de que no ve el público usuario un sistema igualitario, es decir, no hay un equilibrio de oportunidades entre todos los participantes, siendo los más acaudalados, las empresas con mayor capital e infraestructuras los mejor acondicionados para asumir las cargas que se establecen en las garantías, mientras que los pequeños empresarios y los artesanos de una manera más individual no pueden tener las mismas posibilidades. Por otro lado, el público usuario piensa que no

es incluyente ni social, dado que las oportunidades que se ofrecen solo son alcanzables a las empresas más capitalizadas, siendo las comunidades indígenas y los grupos tradicionalmente marginados los que les debe costar más el poder competir con los demás grupos bien situados y capitalizados, con infraestructuras preparadas para acaparar los contratos uno detrás de otro, avasallando a los menos favorecidos.

Pregunta 6:

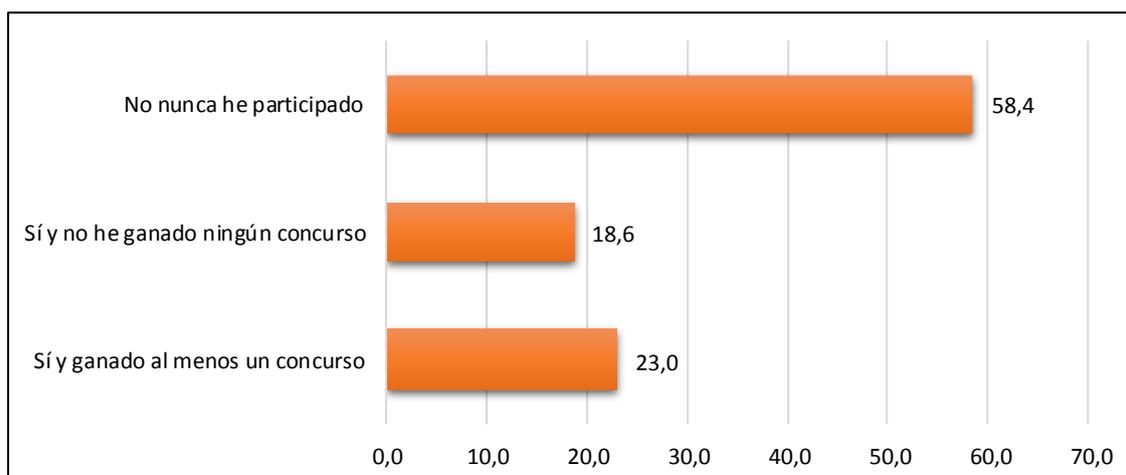
¿Ha utilizado el portal de compras públicas?

Tabla 10. Utilización del portal de compras públicas

Opción	Frecuencia	Porcentaje
Sí y ganado al menos un concurso	88	23,0
Sí y no he ganado ningún concurso	72	18,6
No nunca he participado	224	58,4
Total	384	100,0

Elaborado por Paola Matovelle

Gráfico 8. Utilización del portal de compras públicas



Elaborado por Paola Matovelle

Una gran mayoría de encuestados nunca ha participado en el Portal de Compras, lo que hace sospechar, de que las posibilidades de acceder no están al alcance de todos los ciudadanos, respondiendo paralelamente a la pregunta anterior, donde los usuarios declararon que el sistema de compras públicas no es un sistema igualitario, incluyente ni social.

Vemos que los siguientes resultados son muy cercanos cuantitativamente. Son usuarios que sí han participado, pero que no han alcanzado ningún concurso (18,6%),

de manera contraria, han participado y sí han ganado un concurso (23%), estos dos resultados hacen pensar que hay una gran cantidad de ciudadanos que intentan acceder a los concursos, pero que no tienen la posibilidad de alcanzarlos debido a que las garantías son excesivas o que no dan una posibilidad igualitaria entre todos los usuarios.

Pregunta 7:

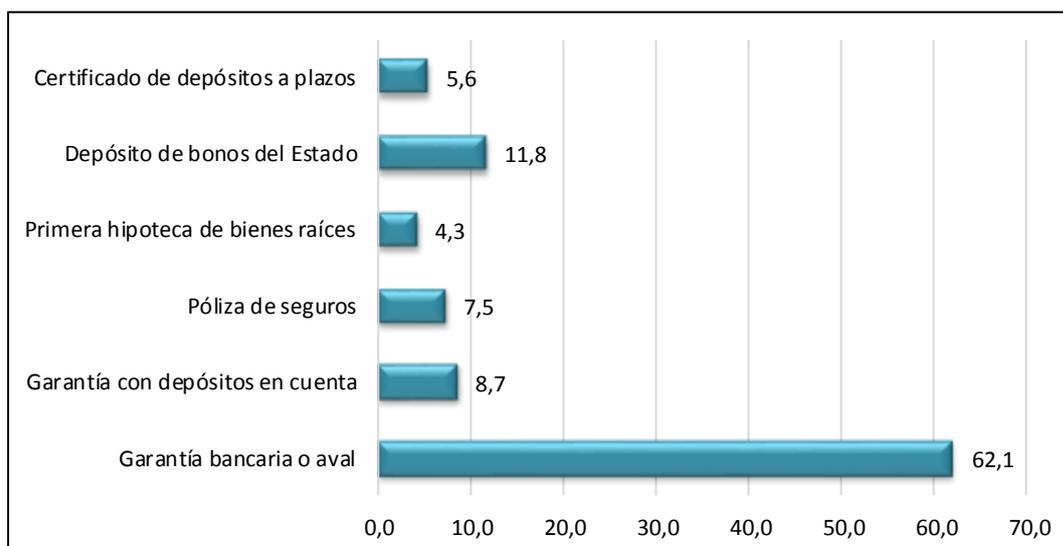
¿Para lograr mayor agilidad en los procesos de contratación pública, cuál o cuáles de estos aspectos de la creación de la garantía deberían instituirse?

Tabla 11. ¿Qué aspecto debería cambiar para lograr mayor agilidad?

Opción	Frecuencia	Porcentaje
Garantía bancaria o aval	239	62,1
Garantía con depósitos en cuenta	33	8,7
Póliza de seguros	29	7,5
Primera hipoteca de bienes raíces	17	4,3
Depósito de bonos del Estado	45	11,8
Certificado de depósitos a plazos	21	5,6
Total	384	100,0

Elaborado por Paola Matovelle

Gráfico 9. ¿Qué aspecto debería cambiar para lograr mayor agilidad?



Elaborado por Paola Matovelle

Vemos que la respuesta abrumadora fue la garantía bancaria o aval (62,1), desechándose en minoría todas las demás fórmulas de creación de garantía. La accesibilidad es un elemento importante para poder cumplir las exigencias con respecto a las garantías constitutivas del contrato. Otras opciones pueden favorecer a los grupos empresariales más capitalizados y con patrimonio, en detrimento de los pequeños artesanos y empresarios, como pueden ser las hipotecas de bienes raíces, donde los usuarios con más patrimonio pueden acceder a más y mayores opciones dentro del portal de compras, así como otros elementos como los de depósitos a plazos, donde la empresa más capitalizada tiene una facilidad con respecto a pequeños empresarios y nuevos emprendedores, donde lo más normal es que la capitalización sea escasa; de igual forma y argumentación sería la entrega de depósitos de bonos del Estado.

3.1.2. Encuestas a los profesionales

Se realizaron cuatro entrevistas a personas relacionadas profesionalmente con el entorno de las contrataciones públicas, entrevistados:

- Sra. Emma Mora Andrade: Directora Provincial de Azuay del Ministerio de Agricultura, Ganadería, Acuacultura y Pesca.
- Sra. Mónica Mancero Luzuriaga: especialista de Compras Públicas – UNAE
- Sra. Rosa de la Nube Pillaga Defaz: Asesora Jurídica de la Dirección Provincial de Azuay del Ministerio de Agricultura, Ganadería, Acuacultura y Pesca.
- Sr. Pablo Stalin Delgado Pinos: Procurador de la Universidad Nacional de Educación – UNAE

Se realizó a cada uno de los encuestados cinco preguntas iguales que seguidamente paso a describir e interpretar con el análisis de sus respuestas:

Pregunta 1:

En su criterio, ¿cree que hay alguna falencia e incongruencia en las garantías exigidas dentro del sistema de contratación pública?

Para la encuestada Rosa Pillagas, sí considera que hay varias falencias y que las exigencias de la norma limita la integración de los contratistas sobre la exigencia de las garantías y de los trámites para la obtención de éstas, y especificando lo siguiente: “pudiendo considerarse la incorporación del aval bancario como una forma de

garantía, para que sin mucho trámite se cumpla con lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública” (Pillaga Defaz, 2016).

El artículo mencionado, hace referencia precisamente a los principios que se deben observar en la contratación pública, como son entre otros el trato justo, igualdad, oportunidad y concurrencia. Por consiguiente, y bajo estas premisas, la encuestada cree que el aval bancario debe ser uno de los instrumentos mejor respaldados por la normativa y facilitados por las entidades financieras.

Para la Sra. Mónica Mancero, la normativa tiene varias falencias y que para asegurar el cumplimiento de la contratación, “todos los procesos a excepción de los montos de ínfima cuantía deberían contar con la garantía de fiel cumplimiento” (Mancero Luzuriaga, 2016). Esta modalidad está contemplada en el artículo 74 de la LOSNCP. Y se aplicaría en este año 2016 para los montos superiores a \$ 59.670'00. Pero como comentamos en el Capítulo anterior, las empresas y los profesionales solventes tienen mayores ventajas que los pequeños emprendedores.

La preocupación del encuestado Pablo Delgado, se centra más en una posible indefensión del contratante cuando son las cuantías inferiores al 0,000002 del PIE. Y termina preguntándose: “¿qué ocurre en caso de incumplimiento en los contratos donde no se rindió la garantía?” (Delgado Pinos, 2015). En el mismo sentido se declara Emma Mora: “se deja en indefensión a la entidad contratante al momento de que se incumplan los contratos cuya cuantía sea menor al monto referido” (Mora Andrade, 20146). Pero ciertamente los montos tienen una carga del 5%, que sería para los contratos más pequeños de \$ 59.670'00 una aplicación de garantía de \$ 2.983'50 o menos. El Estado tiene mecanismos de exigencia y también de exclusión para posteriores ofertas suficientemente disuasoria para no tener que dificultar las contrataciones con montos tan pequeños comparados con el riesgo.

Pregunta 2:

En su opinión, ¿las garantías aplicables en la LOSNCP (técnica, anticipo, fiel cumplimiento) revisten algún fallo?

Para Mancero, “todos los procesos excepto ínfima cuantía deberían contar con garantía de fiel cumplimiento” (Mancero Luzuriaga, 2016). Con lo cual se interpreta de su opinión, que los procesos de bienes técnicos y de anticipo no funcionan correctamente o se debería reformar su aplicación.

De forma contraria, para Delgado las garantías “no pueden ser ejecutadas en debida y oportuna forma” (Delgado Pinos, 2015). De manera más concreta, Pillanga afirma que en la formulación “debería haber una garantía técnica en general para todos los bienes y otra garantía en el caso de servicios” (Pillanga Defaz, 2016). Pero tal vez esta fórmula complicaría aún más la aplicación de éstas. Para Mora, existen falencias en las garantías técnicas dado que no es requerida para todo los bienes, “siendo sumamente necesario enmendar éste vacío” (Mora Andrade, 20146)

Creemos que no es necesaria la aplicación total de esta garantía, dado que el inciso tercero del artículo 76 dicta: “De no presentarse esta garantía, el contratista entregará una de las previstas en esta Ley por igual valor del bien a suministrarse” (Asamblea Constituyente, 2008). De esta forma, se ha de atender a lo que se establezca en el contrato y cubrir la garantía por el bien suministrado.

Pregunta 3:

¿Cree que se debería incluir al aval bancario como una forma de garantía, para facilitar y beneficiar a los pequeños empresarios y crearía igualdad de oportunidades?

Los cuatro encuestados se mostraron favorables a la inclusión del aval bancario como garantía facilitadora de igualdad de oportunidades, considerando los siguientes matices: “facilita la inclusión de pequeñas y medianas empresas” (Mora Andrade, 20146). “Generaría una mayor participación” (Pillanga Defaz, 2016). Para Delgado, hay ciudadanos y empresas, especialmente las pequeñas que no tienen gran experiencia en las contrataciones públicas y desconocen los requisitos legales y administrativos, y para ello “se vería importante incluir el aval bancario para facilitar la inclusión y agilizar los trámites y asegurar la participación de pequeñas y medianas empresas precautelando el principio de participación” (Delgado Pinos, 2015).

Un aval es una garantía, por la cual una persona, el avalista, responde con su patrimonio del cumplimiento de una obligación principal que ha contraído un tercero, el avalado, frente a otro, el beneficiario, en este caso la Administración. Cuando hablamos de aval bancario, el avalista sería el banco, el avalado el cliente del mismo, y el beneficiario aquel interesado en garantizar la obligación, la administración.

Pregunta 4:

¿Cree que la actual contratación pública es un sistema igualitario, incluyente y social?

Para Mora y Pillanga el sistema es igualitario e incluyente. “Sin embargo en algunos aspectos se limita la participación de pequeñas y medianas empresas” (Pillaga Defaz, 2016). “Considero que si es un sistema incluyente y social, relativamente igualitario” (Mora Andrade, 20146).

Para Monedero, es un sistema relativamente solidario con los participantes, aunque denuncia que hay una falta de difusión y de capacitación sobre el uso en el SERCOP.

Para Delgado, señala que nuevas empresas sin experiencia no pueden participar porque en los mismos pliegos se exige experiencia de años y en proyectos similares. “Esto para mi opinión es excluyente y no permite participar a oferentes que pueden tener potencial para cumplir a cabalidad sus obligaciones contractuales” (Delgado Pinos, 2015). Es importante considerar este filtro como un elemento excluyente sobre participantes óptimos para las tareas ofertadas. Se debe llamar la atención sobre la despersonalización de las empresas, la experiencia de una compañía está integrada por la habilidad de sus integrantes, y éstos pueden formar parte de la empresa en un momento dado, como en otro no. Con lo cual, se debería revisar estas actuaciones de la Administración.

Pregunta 5:

¿Qué criterios cree que deben aplicarse, o qué reformaría para lograr una eficiente y adecuada aplicación en los procesos de contratación?

“Es necesario modificar la normativa referente a las garantías en contratación pública, incluyendo al aval bancario, para que sea un sistema igualitario, incluyente y social, a fin de precautelar los intereses institucionales de las entidades contratantes” (Pillaga Defaz, 2016). Con lo cual, una nueva redacción de la Ley es necesario para alcanzar niveles más igualitarios y participativos. Mancero también considera necesaria la modificación de algunos puntos de las garantías. Para Mora también se pronuncia en el mismo sentido, añadiendo: “así como para que también se proteja y facilite a los oferentes y contratistas, incluyendo al aval bancario” (Mora Andrade, 20146). Para Pablo Delgado, es importante conciliar la normativa del caso con el sistema operativo del portal de compras públicas, ya que muchas veces la herramienta no permite cumplir con las normas a cabalidad” (Delgado Pinos, 2015).

Por consiguiente, es de opinión general de crear una nueva reestructuración en el campo de las garantías de la contratación pública, y por mención de algunos jurisprudencia la introducción clara y definitoria del aval bancario como instrumento mejor adaptado a las necesidades del contratista y del contratado, es el elemento más sugerido, además de ser un instrumento que facilita el acceso de todos los interesados en la contratación y por tanto siguen las premisas y principios integrados en el artículo 4 de la LOSNCP, así como también se ampara en el espíritu constitucional, como es el Artículo 11, numeral 2 donde todas las personas gozarán de “los mismos derechos y oportunidades” (Asamblea Constituyente, 2008). Así como también el Artículo 61, numeral 7, sobre derechos de participación y donde los ciudadanos podrán desempeñar las funciones públicas en un “sistema de selección y designación transparente, incluyente, equitativo, pluralista y democrático, que garantice su participación” (Asamblea Constituyente, 2008), todo ello bajo los criterios de equidad e igualdad de oportunidades.

3.2. Conclusiones

Hemos observado el criterio de los ciudadanos que han respondido a la batería de preguntas de la encuesta, y hemos concluido lo siguiente:

La proporción más grande de personas piensa que no hay muchas falencias entorno a las garantías exigidas en la LOSNCP

Por otro lado, hay una parte importante de usuarios del Portal de Compras Públicas que encuentran obstáculos para el cumplimiento de los términos y especificaciones. Es muy posible, que los mencionados obstáculos vengan por parte de terceros obligados a prestar garantía sobre seguros o avales, dado que la norma no aclara su posición legal con claridad.

Sobre la eficacia y eficiencia de las garantías de Fiel Cumplimiento, de Anticipo y Técnica, no hay una definición completamente que decante en un sentido o en otro, la mayor indicación se encuentra en un punto intermedio, donde se responde que en algunas ocasiones son eficaces estas garantías. Posiblemente, esto significa que las garantías son eficaces, pero se debería ampliar los supuestos y las posibles variables de cada tipo.

En la variabilidad del monto de las garantías dependiendo de su contrato y de la responsabilidad, las respuestas se decantaron más a favor de un cambio de estas. Los

montos exigibles en el Fiel Cumplimiento son a partir del coeficiente del PIE, siendo la exigibilidad a partir de casi sesenta mil dólares. Los pequeños artesanos y las PYMES pueden acceder a estos montos pequeños sin necesidad de desembolso alguno. Para participar en otras cuantías las garantías se deben hacer efectivas y necesarias por su elevada responsabilidad.

La mayoría de los encuestados opinaron que el sistema de garantías no es igualitario, tal como lo requiere el artículo 4 de la LOSNCP. Tal vez, hay una falta de concreción en los articulados que pueden dar una sensación de inseguridad y ambigüedad en la aplicación de los derechos y deberes; por ejemplo, la escasa regulación sobre las devoluciones de las garantías puede ofrecer casos de arbitrariedades sobre los funcionarios encargados o de provocar malos entendidos. Estas falencias son mejor superadas por las grandes empresas y ofertantes mejor posicionados patrimonialmente, lo cual hace pensar que es un sistema poco igualitario.

Una gran mayoría de los encuestados piensa que el aval bancario es el procedimiento más efectivo y práctico para cubrir la garantía. Esta figura financiera no está completamente definida en el artículo 73 de la LOSNCP.

Sobre el criterio de los profesionales, podemos destacar lo siguiente:

Los encuestados encontraron falencias en el sistema de contratación que limitan la integración de los contratistas para participar. Debemos entender, entonces, que las oportunidades de participación son más favorables para las empresas ya fogueadas en participación y con experiencia y que marcan una diferencia clara con el resto.

Una de las falencias que pueden surgir es la ausencia de una regulación sobre las ejecuciones de las garantías que esclarezca el procedimiento y añada seguridad y confiabilidad en el sistema. Otro elemento que se encuentra ausente es la estructuración legal sobre las garantías de terceros.

Sobre la aplicación del aval bancario, los cuatro encuestados contestaron afirmativamente, evidenciándose la necesidad de simplificar las formas y a la vez equilibrando el acceso y las posibilidades de los participantes amparando de esta forma a todos los profesionales y empresas sin merma por su capacidad económica y patrimonial.

Sobre la opinión sobre si el sistema es igualitario e incluyente, se expresaron los interrogados de manera dispar, cabe destacar la opinión de que la formulación para

participar y las garantías en general que no permiten la circulación de nuevos aspirantes dado que en muchos de los pliegos se requiere una experiencia previa.

Sobre los criterios de modificación y aplicación para lograr la eficiencia, la posibilidad de aplicar el aval financiero fue el más recurrido.

3.3. Recomendaciones

En valoración de este estado de opinión, y observando la legislación vigente dentro de los términos de la LOSNCP, su Reglamento, y el tratamiento aplicado en las legislaciones comparadas, podemos extraer unas necesidades importante para mejorar la aplicación de las garantías en la contratación pública. Estas necesidades son las siguientes:

- Es necesario la redacción clara de la figura del “aval” bancario o financiero en el artículo 73, numeral 1.
- Simplificar el artículo 73, reduciendo y modificando su contenido para exponer solo cuatro formular de aplicación de las garantías.
- El artículo 74 debe ser corregido para adaptarse a la nueva disposición del artículo anterior.
- El artículo 76 sobre garantías técnicas debe aclarar que las personas o entidades que presten garantías en calidad de terceros no tendrán los beneficios de exclusión previstos en nuestra legislación.
- Vemos necesario estructurar un nuevo artículo sobre la ejecución de las garantías, para aportar claridad y evitar confusiones y arbitrariedades por parte de la Administración, consiguiendo así la confianza de los usuarios.
- La Ley no especifica ninguna regulación específica sobre las relaciones de terceros sobre las garantías que éstos puedan prestar. Se requiere por tanto, un artículo añadido a la LOSNPC que integre claridad y ampare los derechos y deberes de los terceros.
- El artículo 77 sobre devolución de las garantías no cubre todos los supuestos y por tanto crea un estado de confusión y de incertidumbre que puede ser un elemento disuasorio para la participación de todos los profesionales y las empresas interesadas. Es necesario, por tanto, un nuevo redactado que recoja todas las formas y posibilidades sobre la devolución de las garantías.

La estructuración de estos puntos que se recomiendan será la base de la propuesta de Anteproyecto de Ley sobre la actual Ley de Contratación Pública y su Reglamento que a continuación presentamos.

3.4. Anteproyecto de Ley reformativa a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y al Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, respecto al régimen de garantías

3.4.1. Anteproyecto sobre la LOSNCP

A continuación, paso a señalar los artículos de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública que se proponen modificar sobre las garantías y su aplicación.

Texto actual de la LOSNCP	Problemática que le ocupa	Propuesta de reforma
<p>Art. 73: En los contratos a que se refiere esta Ley, los contratistas podrán rendir cualquiera de las siguientes garantías:</p> <ol style="list-style-type: none"> 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 avalúo catastral correspondiente; 	<p>Vemos en el primer numeral que hay una posibilidad de interpretar que el aval bancario está posibilitado, aun así, no queda especificado de una forma clara y directa, con lo cual creemos que debería especificarse de otra manera.</p> <p>El numeral 2 debe aclarar no solo que la compañía está establecida en el Ecuador, sino que además debe estar operativa.</p> <p>El numeral 3 sugiere una hipoteca como garantía, entendemos que esta posibilidad favorece a los contratados más enriquecidos y con mayor patrimonio inmobiliario. Sugerimos excluir esta forma de garantía.</p>	<p>Modificar los numerales de la siguiente forma:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Mediante aval, prestado por alguno de los bancos, cooperativas de ahorros, entidades de crédito, establecimientos financieros autorizados para operar en el Ecuador. 2. Fianza instrumentada en una póliza de seguros, incondicional e irrevocable, de cobro inmediato, emitida por una compañía de seguros establecida en el país y con autorización para operar como tal. 3. 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

<p>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,</p> <p>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.</p>	<p>El numeral 5, propone certificados de depósito a plazo emitidos por entidades bancarias, creemos que este instrumento no será necesario de aplicar si instituimos la figura del aval bancario, con éste se podrá constituir las subsiguientes contragarantías que pueda exigir la entidad bancaria y que posiblemente se hagan a través de un depósito a plazo pignorado y a su vez remunerado en intereses a favor de su titular.</p> <p>Un numeral extraordinario, debería incluir la posibilidad de introducir el depósito en efectivo y que este genere un tipo de interés a favor del titular.</p>	<p>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 se produzcan en el elemento pasivo pertenecerán al proveedor.</p> <p>4. depósito en efectivo. Se generará un interés a favor del contratado cuyo interés se establecerá a través de las tasas de interés pasivas efectivas promedio por instrumento sobre depósitos monetarios que publique el Banco Central del Ecuador.</p>
<p>Art. 74: Garantía de Fiel Cumplimiento.</p> <p>(Tercer inciso): Tales cauciones podrán constituirse mediante la entrega de las garantías contempladas en los números: 1, 2; y, 5 del artículo 73 de esta Ley.</p>	<p>Debido a la transformación de los numerales en el artículo 73, se debe corregir la contemplación de éstos en otro redactado.</p> <p>El numeral 5 ha sido eliminado, dado que no se contemplan las garantías sobre</p>	<p>(Modificación del tercer inciso):</p> <p>Tales cauciones podrán constituirse mediante la entrega de las garantías contempladas en los números: 1, 2; y, 4 del artículo 73 de esta Ley.</p>

	certificado de depósitos a plazos emitidos por las instituciones financieras.	
<p>Art. 76: Garantía Técnica para ciertos Bienes.</p> <p>Garantía Técnica para ciertos Bienes.- En los contratos de adquisición, provisión o instalación de equipos, maquinaria o vehículos, o de obras que contemplen aquella provisión o instalación, para asegurar la calidad y buen funcionamiento de los mismos, se exigirá, además, al momento de la suscripción del contrato y como parte integrante del mismo, una garantía del fabricante, representante, distribuidor o vendedor autorizado, la que se mantendrá vigente de acuerdo con las estipulaciones establecidas en el contrato.</p>	<p>Pensamos que se debe añadir un párrafo a continuación de este primer inciso del artículo 76, donde se especifique que las garantías emitidas por estos terceros no tendrán el beneficio de exclusión que garantiza el artículo 2260 del Código Civil</p>	<p>Art. 76: Garantía Técnica para ciertos Bienes.</p> <p>(Continuación del primer inciso)</p> <p>Estas garantías prestadas por terceros distintos del contratista no podrán utilizar los beneficios de exclusión previstos en el artículo 2260 del Código Civil y concordantes.</p>
	<p>Creemos que la ejecución de garantías debería estar regulada a través de un artículo especial. La LOSNCP y el Reglamento no especifica concretamente la actuación que debe tener la Administración con respecto a las ejecuciones de las garantías, salvo en el artículo 70 donde se indica que deberá estar puesto en el contrato.</p>	<p>(Nuevo artículo), 76 Bis 1: Ejecución de Garantías.</p> <p>Las garantías entregadas por los contratados responderán de los siguientes supuestos:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. De las responsabilidades impuestas al contratista en los pliegos del contrato y conforme al artículo 99 y concordantes. 2. De la correcta ejecución de las prestaciones contempladas en el contrato, de los gastos originados

	<p>Creemos que la regulación concreta en la LOSNCP, ayudará a aportar claridad y legalidad a esta figura de vital importancia en las relaciones contractuales de la Administración. Aspectos como la prelación de acreedores o la superación de cuantía en la reclamación, son aspectos importantes que deben quedar racionalizados en un artículo.</p>	<p>a la Administración por la demora del contratista en el cumplimiento de sus obligaciones, y de los daños y perjuicios ocasionados a la misma con motivo de la ejecución del contrato o por su incumplimiento, cuando no proceda su resolución.</p> <p>3. De la ejecución de la garantía de Buen Uso del Anticipo que puede decretarse en los casos de resolución unilateral del contrato, de acuerdo con lo que estable el artículo 94.</p> <p>4. En los contratos técnicos de suministro la garantía responderá de la inexistencia de vicios o defectos de los bienes suministrados durante el plazo de garantía que se haya previsto en el contrato.</p> <p>5. La Administración contratante tendrá preferencia sobre cualquier otro acreedor, sea cual fuere la naturaleza.</p> <p>6. Cuando la garantía no cubra las responsabilidades a las que está requerida, la Administración procederá al cobro de la diferencia mediante el procedimiento administrativo correspondiente y con arreglo a las normas de recaudación.</p>
	<p>Pensamos, que el articulado de la</p>	<p>(Nuevo artículo), 76 Bis 2: Garantías prestadas por</p>

	<p>LOSNPC no especifica con claridad las relaciones de terceros sobre sus garantías prestadas.</p> <p>La necesidad de cubrir esta modalidad dará claridad y amparará los derechos y deberes de las personas y entidades implicadas que en el actual redactado quedan ausentes, con una ligera excepción en el artículo 76.</p>	<p>terceros.</p> <p>Las personas o entidades distintas del contratista que presten garantía como avalistas o aseguradores serán consideradas parte interesada en los procedimientos que afecten a la garantía prestada, en los términos previstos en la Ley.</p> <p>Las personas o entidades que presten aval o aseguren en las garantías se registrarán en los términos previstos en el Código Civil sobre responsabilidad subsidiaria.</p> <p>Sobre los contrato de seguro de caución se aplicarán los siguientes principios:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. La Administración tendrá la condición de asegurado; el contratista la de tomador del seguro. 2. La mora sobre el pago de la prima del seguro no dará derecho al asegurador a resolver el contrato, ni extinguirá el seguro, ni suspenderá la cobertura, ni liberará al asegurador de su obligación, en el caso de que éste deba hacer efectiva la garantía. 3. El asegurador no podrá oponer al asegurado las excepciones que puedan corresponderle contra el tomador del seguro.
--	--	--

<p>Art. 77: Devolución de las Garantías.</p> <p>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.</p>	<p>Este artículo no cubre todas las posibilidades que se pueden realizar, ni garantiza los plazos de devolución.</p> <p>Así pues, pensamos que debe redactarse de manera diferente en su totalidad, formando un nuevo texto que pueda regular la actuación de la Administración y evite arbitrariedades o malos entendidos entre las partes contractuales.</p>	<p>Art. 77: Devolución de las Garantías.</p> <p>La garantía será devuelta cuando se haya producido el vencimiento del plazo de garantía y cumplido en los términos que se especifiquen en los pliegos del contrato, o cuando se declare la resolución de éste sin culpa del contratista.</p> <p>Si no resultaren responsabilidades se devolverá la garantía constituida o se cancelará el aval o seguro de caución, una vez aprobada la liquidación del contrato y transcurrido el plazo de garantía.</p> <p>La devolución deberá notificarse al interesado en el plazo máximo de un mes desde la finalización del plazo de garantía.</p> <p>En el momento de la devolución, la administración deberá abonar al contratista la cantidad adeudada incrementada con el interés legal si se realizó en depósito de efectivo, tal como lo expresa el numeral 4 del artículo 73, calculado desde la fecha de entrega hasta la fecha de finalización del plazo de garantía, o en la fecha de devolución efectiva en los casos en que se hubiera demorado la efectividad por causas imputables a la Administración.</p>
---	--	--

		En el supuesto de garantía parcial o amortizada en alguna proporción, el contratista sólo podrá solicitar la devolución de la parte restante de la garantía cuando así se autorice expresamente en el pliego del contrato y en los términos dispuestos en este artículo.
--	--	--

3.4.2. Anteproyecto sobre el Reglamento

A continuación, paso a señalar los artículos de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública que se proponen modificar sobre las garantías y su aplicación.

Texto actual del Reglamento	Problemática que le ocupa	Propuesta de reforma
Art. 93-A En las contrataciones de esta sección, las garantías contractuales podrán ser otorgadas de forma personal, mediante pagarés o letras de cambio, endosados por valor en garantía o fianzas personales del contratista.	En este artículo se refiere a los procedimientos sobre obras artísticas, literarias o científicas. Las garantías posibles para este apartado deben estar en correlación a lo dispuesto en el nuevo artículo 73.	Art. 93-A En las contrataciones de esta sección, las garantías contractuales podrán ser otorgadas de forma personal, mediante depósito en efectivo, o aval bancario.
Art. 118: Devolución de Garantías. Devolución de Garantías.- Las garantías serán devueltas cuando se han cumplido todas las	Pensamos que este artículo debe estar en correlación al nuevo redactado del artículo 77, haciendo mención de las	Art. 118: Devolución de Garantías. Devolución de Garantías.- Las garantías serán devueltas cuando se han cumplido todas las

<p>obligaciones que avalan.</p> <p>La garantía de fiel cumplimiento del contrato se devolverá cuando se haya suscrito el acta de entrega recepción definitiva o única.</p> <p>La garantía de buen uso del anticipo se devolverá cuando éste haya sido devengado en su totalidad.</p> <p>La garantía técnica observará las condiciones en las que se emite.</p>	<p>garantías sobre terceros y de los seguros de caución presentados.</p>	<p>obligaciones que avalan.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. La garantía de fiel cumplimiento del contrato se devolverá cuando se haya suscrito el acta de entrega recepción definitiva o única. 2. La garantía de buen uso del anticipo se devolverá cuando éste haya sido devengado en su totalidad. 3. La garantía técnica observará las condiciones en las que se emite. <p>Las garantías emitidas por terceros serán devueltas a éstos en los términos especificados anteriormente. En los casos de seguros de caución, la responsabilidad durará hasta la finalización del contrato o del uso del bien aplicado.</p>
--	--	--

CONCLUSIONES

- Hemos propuesto y diseñado un Anteproyecto de Ley reformativa a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y al Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en el entorno del régimen de garantías. En esta propuesta de Anteproyecto hemos redactado la Ley que sugerimos se debería integrar en nuestro ordenamiento, en la medida que ésta cubre las falencias y las dificultades que encierran las garantías en las contrataciones públicas de nuestro ordenamiento. El texto mejora la contratación en la medida que facilita las garantías abreviándolas y haciéndolas más accesibles a los usuarios; por otro lado, no solo se han reformado los artículos, sino que además se han añadido nuevos para conseguir un texto legal más completo.
- Hemos analizado las garantías establecidas en la Ley y hemos encontrado las necesidades para proponer una reforma legal sobre las contrataciones públicas. Se han detectado los puntos legales que impiden los procesos ágiles y eficaces en la contratación pública actual. Como por ejemplo la aplicación del aval bancario como una herramienta de garantía eficaz, rápida y ágil que el usuario podrá utilizar, además de observar que otras fórmulas de aplicar la garantía, son complicadas y favorecen únicamente a las empresas con reservas patrimoniales y capitalizadas, en detrimento de los pequeños empresarios y los artesanos con menos capacidades.
- La necesidad de una reforma en las actuales garantías se ha visto fundamentada por una serie de falencias y ausencias en el marco legal que nos ocupa, como son los siguientes: a pesar de que el aval bancario está posibilitado en la Ley, no está claramente especificado; en las pólizas de seguro no se especifica que deben estar establecidas en el Ecuador y que además deben estar operativas; la posibilidad de una garantía sobre hipoteca solo favorece a los contratados con patrimonio; los certificados de depósito a plazo, no son necesarios si se instituye correctamente el aval bancario; se propone un numeral extraordinario donde se incluya la posibilidad de depósito en efectivo con un interés a favor del titular; reforzar el artículo 76, especificando que las garantías emitidas por terceros no tendrán los beneficios de exclusión del artículo 2260 del C.C.; hay una ausencia regulatoria sobre la ejecución de garantías, donde no se especifica la actuación de la

Administración; no hay una regulación clara sobre las relaciones de terceros sobre sus garantías prestadas, una regulación precisa dará claridad y protegerá a los intervinientes de posibles confusiones e interpretaciones; el artículo 77 sobre las devoluciones de las garantías, no cubre todas las posibilidades, siendo necesario un abordaje de esta situación donde se cubran todas las posibilidades. En cuanto al Reglamento, el artículo 93-A da la posibilidad de entregar garantías que por la reforma que proponemos en la Ley deben ser redactadas de nuevo; el artículo 118 sobre devolución de garantías, debe estar corregido para estar en consonancia con el artículo 77 de la LOSNCP.

- Con todas estas fundamentaciones, hemos podido establecer los nuevos componentes para la elaboración del Anteproyecto. De esta forma, hemos propuesto la reforma del artículo 73, modificando los numerales y dejando el redactado en cuatro referidos: 1, al aval bancario; 2, a las pólizas de seguro; 3, el depósito de bonos del Estado y de otras Administraciones autorizadas a este tipo de emisión; y 4, el depósito en efectivo. En el artículo 74, una modificación del tercer inciso, debido a la anulación del numeral 5 del anterior artículo. Sobre el artículo 76, una ampliación del texto del primer inciso para que no se aplique el principio de exclusión en las garantías emitidas por terceros. La inclusión de un nuevo artículo, el 76 bis 1 sobre la ejecución de las garantías, comprendiendo seis numerales para cubrir todos los supuestos. Otro nuevo artículo, el 76 bis 2, sobre garantías prestadas por terceros, compuesto de dos incisos y tres numerales. Un nuevo redactado del artículo 77 sobre devolución de garantías con cinco incisos que cubrirán todos los supuestos.

RECOMENDACIONES

- El nuevo diseño propuesto de Anteproyecto de Ley reformativa a la LOSNCP, y el Reglamento, debería ser comunicada a los grupos de Asambleístas interesados en conseguir una reforma dirigida a la agilidad de las contrataciones públicas en el entorno de las garantías exigidas, propiciando una tramitación más simple y accesible a todos los grupos económicos, desde los pequeños artesanos, con posibilidades económicas limitadas y también patrimoniales, hasta las pequeñas compañías, que podrán competir frente a los grandes grupos empresariales.
- Proponemos un trabajo periódico sobre la aplicación de la norma sobre contratación pública, creando para ello seminarios y foros que analicen nuevas propuestas para crear reformas pertinentes sobre cada elemento trascendente de la Ley. Este trabajo de investigación, puede servir como ejemplo para elaborar nuevos anteproyectos que modifiquen la Ley a beneficio de los usuarios.
- Es importante que se creen escenarios sobre nuevas encuestas y opiniones sobre jurisconsultos y personal especializado sobre contratación pública, para que de esta manera, se conozca la situación real de los usuarios y de los posibles artesanos y empresas para acceder con agilidad y con la seguridad que ampara una norma clara y precisa sobre todos los supuestos.
- Para una concienciación más completa sobre la necesidad de crear una mejor accesibilidad a las contrataciones públicas, una equidad sobre las exigencias en las garantías y un redactado que cubra todos los supuestos y garantice los derechos de todas las partes y evite arbitrariedades y confusiones, proponemos la incorporación de seminarios y ponencias de expertos que opinen y fomenten los cambios y proposiciones necesarias para conseguir nuevos anteproyectos sobre las normas que regulan las contrataciones públicas.

BIBLIOGRAFÍA

- Agencia de Regulación y Control Hidrocarburo. (2014). *Procedimiento para la contratación de bienes y servicios mediante el proceso de ínfima cuantía*. Agencia de Regulación y Control Hidrocarburo.
- Asamblea Constituyente. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449.
- Asamblea Constituyente. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial, nº 449.
- Asamblea Constituyente. (2008). *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*. Registro Oficial Suplemento 395.
- Asamblea Constituyente. (2008). *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*. Registro Oficial Suplemento nº 395.
- Asamblea Nacional. (2009). *Ley Orgánica de Empresas Públicas*. Registro oficial Suplemento 48.
- Asamblea Nacional. (2009). *Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*. Registro Oficial, Suplemento 588.
- BBVA. (2010). *¿En qué consiste un aval bancario?* Obtenido de <http://www.bbvacontuempresa.es/a/funcionan-los-avales-bancarios>
- Bernad, L., Buigues, G., Espinosa, J., & Gómez, E. (2011). Lección XIV. Contrato de compraventa. En L. Bernard, & G. Buigues, *Lecciones de derecho romano* (págs. 159-172). Valencia, España: Universitat de Valencia.
- Bohórquez de Sevilla, M. (4 de abril de 2008). *Características de las garantías en la Contratación Pública*. Obtenido de Derecho Ecuador. com: <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechoadministrativo/2005/11/24/caracteristicas-de-las-garantias-en-la-contratacion-publica>
- Congreso Nacional. (1966). *Ley Notarial*. Registro Oficial, nº 158.
- Congreso Nacional. (1999). *Ley de Compañías*. Registro Oficial, nº 312.

- Congreso Nacional. (2002). *Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva*. Registro Oficial, nº 536.
- Congreso Nacional. (2005). *Código Civil*. Registro Oficial, Suplemento 46.
- Congreso Nacional. (2005). *Código de Procedimiento Civil*. Registro Oficial, Suplemento 58.
- Congreso Nacional. (2006). *Ley de arbitraje y mediación*. Registro Oficial, nº 417.
- de Prada, M., & Carabante, J. (2010). Introducción. En J. Rodríguez Arana Muñoz, & M. de Prada Rodríguez, *La mediación. Presente, pasado y futuro de una institución jurídica* (págs. 21-22). Madrid, España: Netbiblo.
- Delgado Pinos, P. (abril de 2015). Entrevista a los profesionales. (P. Matovelle, Entrevistador)
- El Universo. (24 de noviembre de 2015). Asamblea aprobó el presupuesto de \$29.835 millones para 2016. *El Universo*, pág. Noticias.
- Gutiérrez Calvo, M. (diciembre de 2013). Problemas jurídicos derivados de la aplicación del principio de calidad del dato por parte de las Administraciones Públicas. *REDUR*, 169-198.
- INCOP. (2010). *Resolución 039-2010*. Registro Oficial, Suplemento 169.
- INEC. (2013). *Manual de procesos de contratación pública*. Obtenido de Manual de procedimientos de contratación pública del Instituto Nacional de Estadística y Censos:
http://www.ecuadorencifras.gob.ec/LOTAIP/2015/DIJU/enero/LA3_ENE_DIJU_ManConPu.pdf
- Mancero Luzuriaga, M. (abril de 2016). Entrevista a los profesionales. (P. Matovelle, Entrevistador)
- Mora Andrade, E. (abril de 20146). Entrevista a los profesionales. (P. Matovelle, Entrevistador)
- Olivo Martínez, H. (2015). *El principio de transparencia en la Contratación Pública*. Quito: Estudio Jurídico Puente & Asociados.
- Pérez Luño, A. (2007). *Dimensiones de la igualdad* (2ª ed.). Madrid, España: Dykinson.

- Pérez, A. J., López, D., & Aguilar, J. L. (2011). *Manual de Contratación Pública*. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Pillaga Defaz, R. (abril de 2016). Entrevista a los especialistas. (P. Matovelle, Entrevistador)
- Salazar Ugarte, P. (2000). Legalidad. En L. Baca, J. Bokser, F. Catañeda, & I. Cisneros, *Léxico de la política* (págs. 389-390). México: Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales.
- Salcedo Castro, M. (2006). *El arbitraje en los contratos concluidos por la administración: estudio de derecho comparado francés y colombiano*. Bogotá, Colombia: Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia.
- Tú Europa. (2016). *Contratos Públicos*. Obtenido de Normas y procedimientos: http://europa.eu/youreurope/business/public-tenders/rules-procedures/index_es.htm
- Vaca Núñez, C. (2015). *Fundamentos de la contratación pública*. Quito, Ecuador: Corporación de estudios y publicaciones.

ANEXOS

Anexo 1

Cuestionario público en general

Cuestionario para trabajo de investigación

Escuela de Derecho Maestría en Derecho Administrativo

Línea de investigación: Régimen de garantías en la contratación Pública

1. ¿Considera que existen falencias e incongruencias en las garantías exigidas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública?

Nunca (), Casi nunca (), Rara ocasión (), Reiteradamente (), Siempre ()

2. ¿Considera que las garantías establecidas en la Ley son suficientes para que los contratistas cumplan con los términos de referencia o especificaciones técnicas en el contrato correspondiente?

Nunca (), Casi nunca (), Rara ocasión (), Reiteradamente (), Siempre ()

3. ¿Considera que las garantías (de fiel cumplimiento, de anticipo y técnica) establecidas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, son eficientes y eficaces?

Nunca (), Casi nunca (), Rara ocasión (), Reiteradamente (), Siempre ()

4. ¿Considera que la garantía, establecida en la Ley podría variar en cuanto al monto equivalente, dependiendo del tipo de contratación y del monto del contrato?

Nunca (), Casi nunca (), Rara ocasión (), Reiteradamente (), Siempre ()

5. ¿Cree que la actualidad la contratación pública es un sistema igualitario, incluyente y social?

Nunca (), Casi nunca (), Rara ocasión (), Reiteradamente (), Siempre ()

6. ¿Ha utilizado el portal de compras públicas?

Sí, y he ganado al menos un concurso (), Si, y no he ganado ningún concurso (), No, nunca he participado ()

7. ¿Para lograr mayor agilidad en los procesos de contratación pública, cuál o cuáles de estos aspectos deberían cambiar?

La garantía bancaria con aval (), La garantía con depósitos en cuenta (), Póliza de seguros ()

Primera hipoteca de bienes raíces (), Depósito de bonos del Estado (), Certificado de depósitos a plazos ()

Anexo 2

Cuestionario aplicado a profesionales cualificados

INSTRUMENTOS PERSONAL CUALIFICADO

Sistema de cinco preguntas abiertas:

1. En su criterio, ¿cree que hay alguna falencia e incongruencia en las garantías exigidas dentro del sistema de contratación pública?

Respuesta:

2. En su opinión, ¿las garantías aplicables en la LOSNCP (técnica, anticipo, fiel cumplimiento) revisten algún fallo?

Respuesta:

3. ¿Cree que la simplificación de la exigencia de garantías a solo dos formas: aval bancario o ingreso en cuenta corriente, beneficiaría a los pequeños empresarios y crearía igualdad de oportunidades?

Respuesta:

4. ¿Cree que la actual contratación pública es un sistema igualitario, incluyente y social?

Respuesta:

5. ¿Qué criterios cree que deben aplicarse, o qué reformaría para lograr una eficiente y adecuada aplicación en los procesos de contratación?

Respuesta: