



**UNIVERSIDAD TÉCNICA PARTICULAR DE LOJA**

*La Universidad Católica De Loja*

**MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO**

**TEMA:**

**La garantía del sistema de contratación pública bajo el régimen especial, frente a la vigilancia de la Contraloría General del Estado.**

Tesis de grado.

**AUTOR:**

Quizhpe Castro, Olger Hernán. Ab.

**DIRECTOR:**

Valdivieso Espinosa, Patricio Alberto. Mg. Sc. Dr.

**Centro Universitario Loja**

**2012**

## **DECLARACIÓN DE AUTORÍA**

Las ideas, conceptos, procedimientos y resultados vertidos en el presente trabajo, son de mi exclusiva responsabilidad.

---

**Ab. Olger Hernán Quizhpe Castro**

**CI: 1103628036**

## **CESIÓN DE DERECHOS DE AUTORÍA**

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

---

**Ab. Olger Hernán Quizhpe Castro**

**CI: 1103628036**

**Mg. Sc. Dr. Patricio Valdivieso Espinosa**  
**DIRECTOR DE TESIS**

**CERTIFICA:**

Que el presente trabajo de investigación realizado por el estudiante: Ab. Olger Hernán Quizhpe Castro, ha sido orientado y revisado durante su ejecución, ajustándose a las normas establecidas por la Escuela de Ciencias Jurídicas, Modalidad Abierta y a Distancia, de la Universidad Técnica Particular de Loja; por lo que autorizo su presentación para los fines legales pertinentes.

Loja, octubre 18 del 2012

---

**Mg. Sc. Dr. Patricio Valdivieso Espinosa**

## **AGRADECIMIENTO**

Mi agradecimiento a quienes hicieron posible la culminación del presente trabajo de investigación, de manera especial a:

La Universidad Técnica Particular de Loja; a la Escuela de Ciencias Jurídicas; al Departamento de Postgrados “Maestría en Derecho Administrativo”; por la oportunidad brindada y por haberme permitido culminar mi formación académica; y,

Al señor Mg. Sc. Dr. Patricio Valdivieso Espinosa, Director de Tesis y Docente, para quien guardo infinita gratitud, porque a través de sus valiosos criterios y esmerada dedicación supo guiar mi estudio y brindarme la oportunidad de contribuir a nuestra sociedad.

## **EL AUTOR**

## DEDICATORIA

*El presente trabajo lo dedico a Dios, quien nos da la fortaleza para seguir adelante; a mi esposa, a mis pequeños hijos y a mis padres, por ser fuente de constante inspiración.*

---

**Ab. Olger Hernán Quizhpe Castro**

**CI: 1103628036**

## ÍNDICE

	PÁG.
<b>PLAN DE CONTENIDOS</b>	
Carátula	II
Declaración de Autoría	II
Sesión de Derechos de Autoría	III
Certificación del Director	IV
Agradecimiento	V
Dedicatoria	VI
Introducción	1
<b>CAPÍTULO I. CONTRATACIÓN PÚBLICA</b>	<b>4</b>
1.1 Antecedentes históricos	5
1.2 Concepto.	9
1.3 Los principios que moldean la contratación pública.	10
1.4 Contratos públicos.	19
1.5 La garantía	25
1.6 El control.	29
1.7 Responsabilidad del Estado.	32
1.8 Legislación comparada.	36
<b>CAPÍTULO II. MARCO JURÍDICO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA</b>	<b>44</b>
2.1 Marco Constitucional y Legal del Sistema Nacional de Contratación Pública.	45
2.2 Sistema Nacional de Contratación Pública.	50
2.2.1 Herramientas del Sistema.	55
2.2.2 Contratación bajo el régimen especial.	58
2.2.3 Contrataciones bajo el procedimiento especial.	62
2.3 La Contraloría General del Estado.	68
2.4 El aval otorgado por la Contraloría General del Estado y su incidencia en la contratación bajo el régimen y procedimiento especial.	70
2.5 La idoneidad y el aval otorgado por la Contraloría General del Estado, de los proveedores contratados bajo el régimen y procedimiento especial.	72
2.6 El régimen y procedimiento especial y la discrecionalidad en la contratación pública.	73
<b>CAPÍTULO III. INVESTIGACIÓN DE CAMPO</b>	<b>75</b>
3.1 Análisis y presentación de los resultados.	76
3.2 Verificación de objetivos.	92
3.3 Contrastación de la hipótesis.	94
3.4 Fundamentación jurídica y doctrinaria que sustenta la reforma.	95
<b>CAPÍTULO IV. CONCLUSIONES, RECOMENDACIONES Y PROPUESTA</b>	<b>98</b>
4.1 Conclusiones.	99
4.2 Recomendaciones.	101
4.3 Propuesta de Reforma Jurídica.	103
BIBLIOGRAFÍA	106
ANEXOS	108

## RESUMEN

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, -vigente desde el 4-ago-2008- no ha superado algunos aspectos negativos por los que sustituyó a la Ley de Contratación Pública, pues se aprecia discrecionalidad y falta de un control oportuno en la selección de proveedores contratados por las entidades del Estado bajo el régimen y procedimiento especial, quedando a criterio de la máxima autoridad de la entidad contratante la estipulación de los requisitos que deberán cumplir en dichos procesos, lo que a su vez ha incidido en una deficiente ejecución de los contratos e inclusive el abandono de los mismos; razón por la cual, se plantea el presente estudio jurídico orientado a establecer las causas y efectos que se derivan; y, formular mecanismos para calificar la idoneidad de los proveedores e implementar el control previo a través del aval otorgado por la Contraloría General del Estado, entidad técnica encargada del control de la utilización de los recursos estatales, y la consecución de los objetivos de las instituciones del Estado y de las personas jurídicas de derecho privado que dispongan de recursos públicos.

## **ABSTRACT**

The organic law of the national system of public contracting, - force since 4-Aug-2008 - has not passed some negative aspects that replaced the public procurement Act, because appreciates discretion and lack of an appropriate control in the selection of suppliers contracted by the State under the regime and special procedure entities, being at the discretion of the highest authority of the contracting entity the stipulation of the requirements which must be fulfilled in such processes which in turn has had an impact on poor execution of the contract and including the abandonment thereof; reason why, arises this legal study aimed to establish the causes and effects that are derived; and develop mechanisms to qualify the suitability of suppliers and implement the previous control through the guarantee granted by the Comptroller General of the State, technical entity responsible for controlling the use of State resources, and the attainment of the objectives of the institutions of the State and of juridical people of private right that have public resources; that in definitive, allow to solve this problem that constantly crosses our country.

## INTRODUCCIÓN

Actualmente en el Ecuador, la contratación pública y los recursos que se emplean en la ejecución de obras, adquisición o arrendamiento de bienes y prestación de servicios, constituyen en definitiva elementos dinamizadores de la economía y son medios por los cuales se vale la Administración Pública, para satisfacer necesidades de interés colectivo y por ende coadyuvar al desarrollo de nuestra sociedad. En este contexto, la actual Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, establece el Sistema Nacional de Contratación Pública, que tiene como objetivos principales garantizar la calidad de gasto público y su ejecución en concordancia con al Plan Nacional de Desarrollo; garantizar la ejecución plena de los contratos y la aplicación efectiva de las normas contractuales; y, garantizar la transparencia y evitar la discrecionalidad de la contratación pública.

Sin embargo, el actual Sistema no ha podido superar algunos aspectos negativos por los que se sustituyó la Ley de Contratación Pública, aspectos que no guardan armonía con las normas constitucionales y legales, pues existen casos en los que se aprecia discrecionalidad, como sucede con la dispensa del Registro Único de Proveedores, para quienes son contratados por las entidades del Estado bajo el régimen y procedimiento especial, dejando a voluntad de la máxima autoridad de la entidad contratante la estipulación de los requisitos que deberá cumplir el contratista en dichos procesos; situación que contradice el principio de transparencia e igualdad y que no permite ejercer un control oportuno a este tipo de contrataciones.

Frente a esta problemática se ha realizado la presente Investigación Jurídica, titulada **“LA GARANTÍA DEL SISTEMA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA BAJO EL RÉGIMEN ESPECIAL, FRENTE A LA VIGILANCIA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DEL ESTADO”**, temática de actualidad que forma parte del Derecho Administrativo, la misma que tiene como objetivo general realizar un estudio crítico, doctrinario y jurídico a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contracción Pública; y, como objetivos específicos determinar jurídicamente la necesidad de garantizar la ejecución de obras, adquisición o arrendamiento de bienes y prestación de servicios incluidos los de consultoría, contratados por el Estado bajo el régimen y procedimiento especial, a través del aval otorgado por la Contraloría General del

Estado; y, establecer la necesidad de incorporar en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, disposiciones legales para avalar la idoneidad de los proveedores contratados bajo el régimen y procedimiento especial a través de un informe emitido por la Contraloría General del Estado. Como hipótesis he planteado que la falta de mecanismos de control; y, del aval proporcionado por la Contraloría General del Estado, en el marco de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, para la contratación bajo el régimen y procedimiento especial, genera discrecionalidad en la contratación pública en el Ecuador.

Este trabajo investigativo lo he desarrollado en atención al plan de contenidos que comprende cuatro capítulos. El primer capítulo se denomina: **“CONTRATACIÓN PÚBLICA”**, aborda aspectos generales relacionados con la temática como es: antecedentes históricos, concepto, los principios que moldean la contratación pública, contratos públicos, la garantía, el control, responsabilidad del Estado y legislación comparada entre la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, frente a otras legislaciones de América Latina.

El segundo capítulo se denomina: **“MARCO JURÍDICO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA”**, este capítulo hace referencia al marco constitucional y legal del Sistema Nacional de Contratación Pública, haciendo énfasis en el régimen y procedimiento especial; al control que se realiza en materia de contratación pública; al aval otorgado por la Contraloría General del Estado, a los procesos y a la idoneidad de los contratistas sometidos al régimen y procedimiento especial; y, finalmente a la discrecionalidad que se genera en la contratación pública en el Ecuador.

El tercer capítulo se relaciona con la **“INVESTIGACIÓN DE CAMPO”**, con la aplicación de las técnicas de la encuesta y la entrevista a una población de 30 encuestados y 5 entrevistados, entre ellos están autoridades públicas, abogados en libre ejercicio, proveedores, funcionarios de la Contraloría General del Estado, concedores directos de la contratación pública. Finalmente, se procedió a verificar los objetivos y contrastar la hipótesis.

El cuarto capítulo denominado **“CONCLUSIONES, RECOMENDACIONES Y PROPUESTA”**, recoge las conclusiones a las que he podido arribar luego del

análisis de la parte teórica y de los resultados obtenidos de la investigación de campo; así como las recomendaciones que considero oportuno formular, y, finalmente planteo el proyecto de reforma a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en lo que corresponde al objeto de la presente investigación.

# **CAPÍTULO I**

## **CONTRATACIÓN PÚBLICA**

## 1.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

El procedimiento de la licitación pública, como medio de celebrar los contratos en que interviene el Estado, “fue conocido en el derecho romano, desde las primeras épocas los bienes adquiridos por el Estado, ya sea por conquista (el botín de guerra), ya en virtud de la condenación criminal de un ciudadano, ya en fin por el derecho de herencia, se vendían públicamente, a los mejores ofertantes, a este tipo de ventas se les conocía como Bonorum sectio o venditio, llevaba también el nombre de subhastatio, de la lanza (hasta), símbolo de la propiedad de los quirites, de ahí deriva el término de subasta con que, en muchos países de lengua castellana se designa al procedimiento de la licitación”<sup>1</sup>.

Después el procedimiento se hizo también aplicable a los contratos de obras públicas; el censor, que era el encargado de dirigir la contratación de las obras públicas, era quien preparaba la fórmula del contrato (lex censoria), o sea el equivalente a nuestros pliegos de condiciones, a tenor de la cual se verificaba la subasta pública (licitatio), la cual se adjudicaba a quien pedía la suma menor, el censor realizaba discrecionalmente la adjudicación, pudiendo excluir a las personas que no juzgase idóneas, que hubieran dejado incumplidos contratos anteriores.

En la Edad Media, se empleó el sistema de subasta “a mata candela”, que consistía en recibir ofertas para alguna construcción de importancia durante el tiempo que ardía una vela, para después adjudicar la obra a quien había ofrecido ejecutarla por el menor precio, en tiempos de Felipe II (1556-1598) se puso en práctica en España y luego llegó a las Américas, la enajenación en pública subasta de los oficios concejiles (parte de la burocracia virreinal), los que adjudicaban al menor postor, en Francia en el siglo XVI, hay ordenanzas que prescriben la adjudicación al mejor precio para la ejecución de obras públicas o contratos de suministro. En la práctica, la adjudicación no siempre se realizaba; hubo entonces escándalos de corrupción, por el hecho de celebrarse contratos sin adjudicación, en 1852, se habla ya de la utilización frecuente que se hacía del otorgamiento de las obras públicas, a través del remate, licitación o subasta.

---

<sup>1</sup> PEREZ Efraín. (1999) La Administración Pública Ecuatoriana, Editora Nacional, Primera edición, Quito, Pág. 145.

En la Edad Contemporánea, en las constituciones y ciertos cuerpos legales independientes europeos, se hace uso de la figura de la concesión para la adjudicación de las obras públicas, a principios del siglo XX, se empezó a usar en la Administración Pública, la licitación, remate o subasta para la celebración de obras públicas.

En América, los contratos administrativos y en especial los de licitación pública en la época prehispánica, los encontramos especialmente en la ejecución de las obras públicas, que dado los regímenes teocráticos que dominaban en esa época estaban dirigidas en buena parte al desarrollo de las ideas imperiales y religiosas de aquellas sociedades cuya imposición, de grado o por fuerza, representaba una de las principales finalidades de su actividad.

La Administración Pública moderna seguía girando, fundamentalmente, en torno a ciertas actividades específicamente públicas, sin correspondencia posible con la actividad de los particulares, por lo que las normas jurídicas destinadas a regular su funcionamiento tenían que ser, necesariamente, de exclusiva aplicación de la Administración.

Estas normas específicamente públicas, al irse desarrollando e incrementando, con el tiempo dieron lugar al nacimiento de una rama especial del Derecho, el Derecho Administrativo, regulador del funcionamiento y de los derechos y obligaciones de la Administración Pública, diferenciado del Derecho Privado, cuyo ámbito queda circunscrito exclusivamente a las relaciones entre particulares. En aquellos primeros momentos del Derecho Administrativo, no existían los contratos públicos como figura jurídica peculiar, ya que el aparato administrativo era autosuficiente para atender por sí mismo las necesidades de la sociedad en el sector de la sociedad en que intervenía.

Los contratos administrativos, dotados de una regulación distinta a la de los contratos privados, derivan de un proceso de profunda evolución en el que, partiendo inicialmente de un grado muy reducido de intervención administrativa, se va evolucionando hacia un volumen muy elevado de actuaciones públicas en todas las áreas que afectan al funcionamiento de la sociedad, y cuyas etapas más

significativas fueron las siguientes:

1. Inicialmente, el Estado moderno nacido de la Revolución Francesa era acérrimamente liberal, lo cual suponía la menor injerencia posible de la Administración en los asuntos privados de los ciudadanos, esto, unido a la Revolución industrial que tuvo lugar a lo largo del siglo XIX, hizo nacer lo que conocemos por capitalismo, que en poco tiempo llevó a extremo la explotación de unos ciudadanos por otros, hasta el punto de generar situaciones sociales insostenibles.
2. El resultado de aquel proceso provocó en la mayoría de países europeos, el surgimiento de focos prerrevolucionarios que, reaccionando contra el liberalismo capitalista, propugnaban el predominio absoluto de los intereses de la sociedad, de lo colectivo y, por tanto, del Estado sobre los intereses particulares de cada individuo. Tras estos estallidos revolucionarios, la concepción del Estado empieza a evolucionar hacia lo que hoy conocemos como Estado Social de Derecho, es decir, un Estado preocupado por el bienestar medio de la mayoría de los ciudadanos y que, para conseguir tal objetivo, fomenta, por una parte, la actividad económica privada, fortaleciendo las infraestructuras y el entramado económico y social del país y, por otra parte, interviene corrigiendo desigualdades y prestando un mayor número de servicios a los ciudadanos.
3. Este progresivo e importante incremento de las actuaciones del Estado provoca que la Administración Pública necesite utilizar, cada vez más, la contratación con particulares para hacer frente a la realización de determinados servicios y, por fin, cuando tales contrataciones se generalizan, surgen definitivamente los contratos administrativos, diferenciados de los contratos civiles, con una regulación específica propia, determinada por una doble exigencia: las peculiaridades funcionales de la Administración como organización, y las peculiaridades derivadas del interés público y de la posición dominante de la Administración.

En el Ecuador, el primer referente histórico legal de la contratación o licitación

pública, la tenemos “con la Ley Orgánica de Hacienda de 1830 que, con varias reformas, estuvo vigente hasta 1927 en el Ecuador, esta norma disponía en su penúltimo artículo que el Poder Ejecutivo, antes de la celebración de cualquier contrato, debería publicarlo por el periódico oficial o en una hoja suelta y todo contrato que se celebre sin este requisito será nulo. La Ley Orgánica de Hacienda expedida en 1927 crea la Dirección de Suministros en el Ministerio de Hacienda, para encargarse de adquirir y suministrar a los Departamentos y Oficinas los materiales que se necesiten para el uso del gobierno y exige al Poder Ejecutivo el requisito de licitación para todo contrato que exceda de cierta cuantía”<sup>2</sup>.

En 1958 se dispone la intervención del Contralor para la celebración de contratos que generen egresos de fondos públicos, y asimismo en materia de licitación, a la Ley Orgánica de Hacienda de 1863, le suceden otras en 1927 y 1928, como se ha visto, con algunas semejanzas, anotándose también diferencias determinadas; la codificación de esta Ley, de 1960, contempla el requerimiento, existente hasta la actualidad, de contar con una partida presupuestaria y disponibilidad de fondos, previo a la celebración de un contrato que exija egresos de fondos públicos.

En esta Ley se exige la licitación para todo contrato que exceda de doscientos mil sucres y la publicación de las bases aprobadas por la Junta de Licitaciones en el Registro Oficial o en los periódicos del lugar, también establece ciertas autorizaciones a cargo del Consejo de Estado, una Ley de Licitaciones se expide en 1964 y otra el año siguiente. Después de sucesivas reformas se promulga la Ley de Licitaciones y Concurso de Ofertas en 1974 que, después de muchas modificaciones se sustituyó por la Ley de Contratación Pública en 1990. La Ley de Modernización, año 2000, realiza algunas modificaciones a la Ley de Contratación Pública. Se establece que la adquisición de bienes muebles, ejecución de obra, prestación de servicios no regulados por la Ley de Consultoría y Arrendamiento Mercantil; finalmente, la actual Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento, (2008), unifican la legislación que sobre licitación pública existía tanto en la Ley de Contratación Pública, como en la Ley de Consultoría.

---

<sup>2</sup> PEREZ Efraín. (1999) La Administración Pública Ecuatoriana, Editora Nacional, Primera edición, Quito, Pág. 156.

## 1.2 CONCEPTO.

La contratación pública, es uno de los medios de los que se vale el Estado para ejecutar obras, adquirir bienes o prestar servicios, con el propósito de satisfacer necesidades de interés colectivo; comprende la preparación, adjudicación, efecto, cumplimiento y evaluación de aquellos contratos onerosos en los que al menos una de las partes es una entidad del sector público.

El Art. 6 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, numeral 5 señala:

***“Contratación pública.- Se refiere a todo procedimiento concerniente a la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras públicas o prestación de servicios incluidos los de consultoría. Se entenderá que cuando el contrato implique la fabricación, manufactura o producción de bienes muebles, el procedimiento será de adquisición de bienes. Se incluyen también dentro de la contratación de bienes a los de arrendamiento mercantil con opción de compra.”***<sup>3</sup>.

La contratación pública es “un universo del conocimiento que regula el procedimiento y los trámites que las organizaciones públicas y privadas tienen que seguir para gestionar las necesidades de bienes y servicios públicos, trámites que persiguen garantizar el cumplimiento de los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos.”<sup>4</sup>.

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

En definitiva, la contratación pública se refiere a todo procedimiento concerniente a la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras públicas o prestación de

---

<sup>3</sup> CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Quito-Ecuador. Pág. 5.

<sup>4</sup> <http://contratacionpublica.wikispaces.com/La+contrataci%C3%B3n+p%C3%BAblica>.

servicios incluidos los de consultoría; se realiza a través de la declaración bilateral o de voluntad común, que produce de efectos jurídicos entre dos personas, de las cuales una se encuentra en ejercicio de la función administrativa, tiene por finalidad el fomento de los intereses y la satisfacción de las necesidades generales. En este acuerdo, se exterioriza la actividad administrativa cuya especificidad está dada por su régimen jurídico.

### **1.3 LOS PRINCIPIOS QUE MOLDEAN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.**

Los principios generales del derecho constituyen cimientos sólidos, doctrinales y contingentes del ordenamiento jurídico, sin los cuales no podría celebrarse la contratación pública. Esos principios brotan de la letra y del espíritu de las leyes, los mismos que nacen de la naturaleza humana y de las cosas. Los principios que rigen la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y los contratos que de ella derive, según el Art. 4, de la LOSNCP, son: legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad; y, participación nacional.

Sin embargo, por ser la actividad contractual parte de la actuación Administrativa Pública, su interpretación debe realizarse también en concordancia con los conceptos de satisfacción del interés general o colectivo, con la realización de los fines estatales, los principios generales del Derecho y los particulares del Derecho Administrativo.

#### **Principio de Legalidad.**

El principio jurídico “*quoe non sunt permisae prohibita intelliguntur*” (en Derecho Público se puede hacer solo lo que la Ley expresamente permite); consecuentemente, “el Ente Estatal, no puede apartarse por ningún motivo de lo estipulado en las normas legales sobre la materia y debe actuar en estricto apego a los procedimientos preestablecidos, ya que su violación u omisión acarrea la nulidad de lo actuado, sin perjuicio de las sanciones administrativas, civiles y penales para los responsables”<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> LÓPEZ ARÉVALO, William, (2012). Tratado de Contratación Pública. Tomo I. Editorial Jurídica del Ecuador. Segunda edición. Quito-Ecuador. Pág. 116.

El principio de legalidad es básico en el Estado de Derecho, por que regula el ejercicio del poder público, en beneficio de los administrados y de la estabilidad y seguridad que implica su ejercicio, cuyo cumplimiento resulta imperativo para todos los ciudadanos. Por eso, este principio relacionado con los contratos públicos, encuentra una implicación práctica superior, cual es la de precautelar el interés público.

Conforme a este principio, los órganos o autoridades del Estado, y por ende de la Administración Pública, sólo pueden hacer lo que la Ley expresamente les permite, en la forma y términos en que ella misma determina, por lo que su actuación habrá de fundarse y motivarse en el derecho vigente; en consecuencia, el Contrato Administrativo queda sujeto a un régimen jurídico determinado porque la Administración es una función esencial ejecutiva; que tiene por objeto “prestar bienes y servicios eficientes, eficaces y de calidad en el sector público, semipúblico y privado con finalidad social y pública, de acuerdo con la Ley, la ética y las buenas costumbres para satisfacer necesidades individuales y colectivas”<sup>6</sup>.

Por tanto, la contratación administrativa se halla siempre sujeta al principio de legalidad, consecuentemente, no debe existir espacio alguno para arbitrariedad de ninguna de las partes contratantes, ya que todos los aspectos públicos se vinculan al contexto normativo que lo rige.

### **Principio de trato justo.**

Este principio hace referencia a la igualdad ante la Ley, por lo tanto está “prohibida la existencia de privilegios, ventajas o prerrogativas, que beneficien a determinados oferentes, pues todos merecen el mismo trato y oportunidad. En consecuencia, las posturas u ofertas, deben ser valoradas con el más amplio criterio de calificación, no solamente para que el trato sea justo, sino para garantizar la bondad del bien o del servicio, se debe proceder con rectitud y sin designio anticipado, tratando a todos los

---

<sup>6</sup> JARAMILLO ORDÓNEZ, Herman, (2005). Manual de Derecho Administrativo. Editorial UNL. Quinta edición. Loja-Ecuador. Pág. 90.

postores y personas en iguales condiciones”<sup>7</sup>.

Sólo el cumplimiento de estos presupuestos básicos, permitirá que se realicen contrataciones transparentes, la teleología propia de las normas que rigen la contratación pública, propician la escogencia objetiva de la mejor oferta formulada por los proponentes previamente calificados, cuyos antecedentes personales sean garantía de seriedad y cumplimiento, que permita asegurar la primacía del interés público, de modo que no vaya en detrimento de los recursos del Estado.

La escogencia del contratista debe hacerse de manera objetiva, vale decir, sin tener en consideración factores de afecto o de interés, y cualquier clase de motivación subjetiva o discriminatoria, ya que solo así, se podrá obtener la contratación más favorable a la Administración y a los fines que ella persigue. Por tanto, se deben reprochar radicalmente las consideraciones subjetivas para escoger un contratista, como son los conceptos personales o pasionales.

En síntesis este principio consiste en dar a cada quien lo que en derecho le corresponde.

### **Principio de Igualdad.**

El principio de igualdad es “la manifestación de un precepto constitucional primigenio que radica en un tratamiento igual para situaciones iguales, proscribiendo en este contexto, discriminaciones de ningún tipo; en un sentido amplio en el procedimiento administrativo, todo administrado deberá gozar del mismo trato”<sup>8</sup>.

La Constitución de Montecristi, en el Art. 11, numeral 2, señala que todas las personas son iguales y gozaran de los mismos derechos, deberes y oportunidades.

Sin embargo, considero que la igualdad en el marco jurídico que rige la contratación

---

<sup>7</sup> LÓPEZ ARÉVALO, William, (2012). Tratado de Contratación Pública. Tomo I. Editorial Jurídica del Ecuador. Segunda edición. Quito-Ecuador. Pág. 117.

<sup>8</sup> MORALES TOBAR, Marco, (2012). Derecho Procesal Administrativo. Editorial EDILOJA Cía. Ltda - UTPL. Primera edición. Loja-Ecuador. Pág. 90.

pública en nuestro país es relativo, pues las prerrogativas de la administración se manifiestan en la desigualdad jurídica en la relación con el contratante y en las cláusulas exorbitantes del derecho común cuando la Administración impone ciertas prerrogativas que subordinan jurídicamente al contratista. En este mismo sentido, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, incorpora un nuevo principio que está orientado a promover e incentivar la participación nacional, dándoles a los nacionales un margen de preferencia de acuerdo a los parámetros establecidos por el Ministerio de Industrias.

### **Principio de Calidad.**

Busca que los bienes y servicios que ofertan y que deberán ser proporcionados sean de la mejor calidad posible, cumpliendo las condiciones de calidad, precio y plazo de ejecución, además, la Administración deberá actuar con la debida oportunidad a fin de que los servicios sean eficientes y satisfagan adecuadamente las necesidades de los administrados.

Por tratarse de dineros públicos, la entidad contratante debe procurar hacer el mejor uso de ellos al adquirir los bienes o servicios que requiera. Ello implica tratar de impulsar un proceso de selección que en el menor tiempo posible le permita conseguir la mejor de varias ofertas y tomar la que ofrezca una mejor propuesta en términos de calidad y costo, pues uno de los objetivos primordiales del Estado en materia de contratación pública es garantizar la calidad del gasto público y su ejecución en concordancia con el Plan Nacional de Desarrollo; para lo cual debe exigir calidad en las obras y servicios que contrate.

### **Principio de Vigencia Tecnológica.**

Porque los bienes y servicios a adquirirse o contratarse deben ser de punta, es decir, de mayor adelanto y garantía, hemos reiterado que el contrato administrativo, persigue como fin el interés público o beneficio común en alguna de sus manifestaciones, por eso, la LOSNCP le confiere a la Administración ciertas prerrogativas, de allí que resulta razonable y lógico, que el Ente Estatal exija bienes y servicios de óptima calidad, cuya tecnología sea actual y vigente, no obsoleta.

Los bienes, servicios u obras deben reunir condiciones de calidad y modernidad tecnológica para cumplir fines requeridos, desde el mismo momento en que son contratados, y por un determinado y previsible tiempo de duración, con posibilidad de adecuarse, integrarse y reponenciarse si fuera el caso con avances científicos y tecnológicos.

### **Principio de Oportunidad.**

Este principio busca que la contratación pública se realice en circunstancias favorables o que se dé en un momento adecuado para garantizar la calidad del gasto público; y, la calidad de la obra, bienes o servicios que se contrate; es decir estas contrataciones deben realizarse en función de los planes institucionales y, en el marco del Plan Nacional de Desarrollo, para evitar la contratación de obras o prestación de servicios inoportunos o innecesarias; así pues, la Administración deberá actuar con la debida oportunidad y diligencia a fin de que los servicios sean eficientes y satisfagan adecuadamente las necesidades de los administrados, contratando obras, bienes y servicios de la mejor calidad posible, cumpliendo las condiciones de calidad, precio y plazo de ejecución.

Con este principio se aspira que, desde un artesano hasta un profesional en cualquier materia, tenga la oportunidad de participar en los diferentes contratos que realizan las entidades públicas, y, de esta manera, no exista preferencia por cierto grupo de personas.

### **Principio de concurrencia.**

La concurrencia “designa la igualdad de derechos o privilegios entre dos o más personas sobre una misma cosa”<sup>9</sup>, lo que significa que toda persona natural o jurídica que cumpla los requisitos legales pueda participar simultáneamente en los procesos de contratación pública.

Porque solo así se puede buscar la mayor, más amplia, objetiva e imparcial

---

<sup>9</sup> CABANELLAS DE TORRES, Guillermo (2003). Diccionario Jurídico Elemental. Editorial Heliasta. Decimosexta edición. Buenos Aires-Argentina. Pág. 82.

conurrencia, pluralidad y participación de postores potenciales, Toda persona natural o jurídica que cumpla con los requisitos legales puede contratar con el Estado, ese es el principio. A la Administración no le interesa, ni le debe importar, quien sea el oferente, sino que éstos cumplan con todas las exigencias legales y técnicas.

Los procedimientos de contratación pública están diseñados para generar el mayor nivel de competencia entre aquellos que están interesados y calificados para competir. Este carácter explica que en general los procesos tiendan a ser abiertos y que en ellos sean descritos con minucia los pasos para ofertar y contratar: la preparación de la invitación a ofrecer, la publicidad del proceso, la apertura de ofertas, los criterios que serán aplicados por la administración para examinar y evaluar las ofertas y la manera en que se adjudicará y concluirá el contrato.

### **Principio de Transparencia.**

Transparencia significa claridad, nitidez, pureza, lo que se contrapone a lo obscuro o turbio. Público es lo notorio, lo que se realiza con frontalidad, sin ocultamientos de ninguna clase, en contraposición o lo clandestino, todos los procedimientos de la Administración, deben ser claros, transparentes, sin acciones dudosas; por tanto, todas las actividades y contrataciones deben ser públicas y siguiendo los procedimientos legales, de manera que permita a todo interesado en contratar con la Administración, conocer en tiempo y forma la voluntad de ésta en el mismo sentido.

Además, todas las contrataciones deben hacerse sobre la base de criterios y calificaciones objetivas, sustentadas, y accesibles a los postores; a través de estos principios básicos, se garantiza la igualdad y el ejercicio del poder ciñéndose a los principios de imparcialidad y publicidad, ya que permiten a los interesados intervenir, conocer y controvertir los actos y decisiones de la Administración.

Un sistema normativo de contratación pública debe contar con unas prácticas administrativas que generen previsibilidad para que los posibles contratantes, puedan ponderar los costos y riesgos del contrato, y que posibiliten la más amplia competencia posible. Este principio también se puede manifestar en la promoción de

una mayor apertura mediante disposiciones que requieran la publicación de las decisiones administrativas y la obligación de motivar las decisiones y de divulgar otros datos de interés general. Igualmente es una salvaguardia frente a las decisiones o medidas arbitrarias o indebidas que puedan adoptar la autoridad contratante.

### **Principio de Publicidad.**

El principio de publicidad “ha sido inherente a la administración pública en los régimen democráticos. Supone, salvo excepciones relacionadas con la seguridad del Estado, que toda la actividad jurídica de las administraciones son públicas y los interesados tienen acceso a ellas.”<sup>10</sup>.

Por eso, nuestra Ley, exige que se publiquen los hechos más relevantes de los procedimientos de contratación, resaltando que éstos son públicos y gratuitos, estableciendo inclusive responsabilidades a las entidades contratantes, al tenor de lo que disponen los artículos 13, 147, 148 y 149 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

En efecto, el Art. 13 de la LOSNCP, señala que para efectos de publicidad de los procedimientos de contratación en el Portal [www.compraspublicas.gov.ec](http://www.compraspublicas.gov.ec) se entenderá como información relevante la siguiente:

1. Convocatoria;
2. Pliegos;
3. Proveedores invitados;
4. Preguntas y respuestas de los procedimientos de contratación;
5. Ofertas presentadas por los oferentes, con excepción de la información calificada como confidencial por la entidad contratante conforme a los pliegos;
6. Resolución de adjudicación;
7. Contrato suscrito, con excepción de la información calificada como

---

<sup>10</sup> ANDRADE, Santiago. GRIJALVA , Agustín. STORINI, Claudia (2009). La Nueva Constitución en el Ecuador. Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador. Corporación Editora Nacional. Primera edición. Quito-Ecuador. Pág. 128.

- confidencial por la entidad contratante conforme los pliegos;
8. Contratos complementarios, de haberse suscrito;
  9. Órdenes de cambio, de haberse emitido;
  10. Cronograma de ejecución de actividades contractuales;
  11. Cronograma de pagos; y,
  12. Actas de entrega recepción o actos administrativos relacionados con la terminación del contrato.

José García Falconí, sostiene que el principio de publicidad “impide que exista en el proceso actuaciones ocultas para las partes o para quienes intervienen en él”<sup>11</sup>; así la publicidad resulta importante para la validez del proceso.

### **Principio de Participación Nacional.**

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en el Art. 6, numeral 23, establece la siguiente definición:

“Participación Nacional: Aquel o aquellos participantes inscritos en el Registro Único de Proveedores cuya oferta se considere de origen nacional.”<sup>12</sup>.

En tanto el Art. 25, *Ibidem*, señala que los Pliegos contendrán criterios de valoración que incentiven y promuevan la participación local y nacional, mediante un margen de preferencia para los proveedores de obras, bienes y servicios, incluidos la consultoría, de origen local y nacional, de acuerdo a los parámetros determinados por el Ministerio de Industrias y Competitividad.

Este principio incorporado por la LOSNCP, exige a los funcionarios y servidores que intervienen en los diversos procesos de contratación, a promover e incentivar la participación nacional, dándoles un margen de preferencia de acuerdo a los

---

<sup>11</sup> GARCÍA FALCONÍ. José, (2009). Los Principios Rectores y Disposiciones Fundamentales que se deben observar en la Administración de Justicia en el Ecuador según el Código Orgánico de la Función Judicial, Ediciones RODIN. Primera edición. Quito - Ecuador. Pág. 197.

<sup>12</sup> CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Quito-Ecuador. Pág. 7.

parámetros establecidos por el organismo competente.

### **Principio de Colaboración.**

En materia de Contratación Estatal, cuando se alude el principio de colaboración, nos referimos a la calidad que tiene el Estado respecto de los contratistas y viceversa, la cual es de colaboradores, no contendientes y peor enemigos. El Estado y los contratistas son colaboradores en la consecución de los fines estatales, pero este principio de colaboración debe aplicarse obviamente dentro del marco de la Ley, porque no se puede abusar so pretexto de este postulado, incurriendo en alguna arbitrariedad.

Por otra parte, no olvidemos que tanto los servidores públicos, como los particulares, tenemos el deber de colaborar en la consecución de los fines estatales, a través de una conducta leal, diáfana y veraz conforme a los postulados de la buena fe y la mutua confianza entre quienes intervienen en la actividad contractual.

### **Principio de Buena Fe.**

Este principio hace referencia a la “lealtad que debe inspirar la actuación de las partes en todo proceso de contratación, honrando su palabra y los compromisos adquiridos, pues, supone un criterio o manera de proceder a la que las partes contratantes deben sujetarse en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas y en la celebración, interpretación y ejecución de los negocios jurídicos; por eso, la buena fe, es causa justificante de la confianza y al mismo tiempo exigencia imprescindible de conducta”<sup>13</sup>.

Este principio lo recoge nuestro Código Civil en su Art. 1562, estableciendo que los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan, no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que, por la Ley o la costumbre, pertenecen a ella.

---

<sup>13</sup> LÓPEZ ARÉVALO, William, (2012). Tratado de Contratación Pública. Tomo I. Editorial Jurídica del Ecuador. Segunda edición. Quito-Ecuador. Pág. 122 y 123.

Por lo tanto, todo sujeto que intervenga o ejecute, contratos públicos lo debe hacer motivado con una actitud honesta, leal, desprovista de cualquier intención dolosa o culposa; pues, no olvidemos, que la contratación administrativa persigue el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados, presupuestos que los sujetos que pretenden contratar con el Estado, deberán tener en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades públicas, entendiendo que además de su justo derecho de obtener utilidades, tienen el deber moral y legal de colaborar con el Ente Estatal en el logro de sus fines.

#### **1.4 CONTRATOS PÚBLICOS.**

Etimológicamente la palabra contrato proviene de la expresión latina “contractus” que significa contraer o pactar.

El contrato en términos generales es “el acuerdo de dos o más personas sobre el objeto de interés jurídico; y el contrato constituye una especie particular de convención cuyo carácter propio consiste en ser productor de obligaciones”<sup>14</sup>.

El Art. 1454, de la Codificación del Código Civil Ecuatoriano, señala:

*“Definición del contrato.- Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas”<sup>15</sup>.*

Los contratos a los que se refiere la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, celebrados por las entidades contratantes, son contratos administrativos; son identificados también por varios tratadistas como contratos públicos, contratos del Estado o contratos de la Administración.

En este contexto, el Art. 75 del Estatuto Jurídico Administrativo de la Función

---

<sup>14</sup> CABANELLAS DE TORRES, Guillermo (2003). Diccionario Jurídico Elemental. Editorial Heliasta. Decimosexta edición. Buenos Aires-Argentina. Pág. 92.

<sup>15</sup> CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES, Código Civil, Quito-Ecuador. Pág. 235.

Ejecutiva, sintetiza la siguiente definición:

*“CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.- Es todo acto o declaración multilateral o de voluntad común; productor de efectos jurídicos, entre dos o más personas, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa. Su regulación se regirá por las normas jurídicas aplicables.”<sup>16</sup>.*

En palabras de William López, los contratos administrativos o contratos públicos son “aquellos actos o negocios jurídicos en los cuales interviene como parte la Administración Pública a nombre y representación del Estado frente a los particulares o a la misma Administración, que implican el cumplimiento de obligaciones de dar, hacer o no hacer a cargo de las partes contratantes, con sujeción a un régimen exorbitante del derecho privado, cuya causa es el interés general y el servicio público su objeto”<sup>17</sup>. Por lo tanto, los fines de la contratación pública, serán el cumplimiento de los fines estatales; así como la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados.

El contrato administrativo es “un contrato oneroso, ambas partes reciben beneficios a cambio de un contraprestación, es de adhesión porque es la Administración Pública, o sea la contratante, quien formula las condiciones anteriores, concomitantes y posteriores del contrato y el contratista sólo debe ceñirse a ellas acatándolas; y es solemne porque se debe observar ciertas formalidades y formalismos para su completa validez.”<sup>18</sup>.

De estas definiciones se puede determinar que el concepto de contrato administrativo no difiere del concepto del contrato en el derecho privado; pero al ser una de las partes el Estado, tiene características propias. El contrato público no constituye igualdad de condiciones jurídicas entre las partes, situación que diferencia

---

<sup>16</sup> CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES, Estatuto Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, Quito-Ecuador. Pág. 20.

<sup>17</sup> LÓPEZ ARÉVALO, William, (2012). Tratado de Contratación Pública. Tomo I. Editorial Jurídica del Ecuador. Segunda edición. Quito-Ecuador. Pág. 78.

<sup>18</sup> [www.compraspublicas.com.ec](http://www.compraspublicas.com.ec)

a éste del contrato regido por el Derecho Civil, pues existen en él las cláusulas exorbitantes, aquellas que benefician a la Administración contratante cuando el interés social está de por medio, a pesar de constituir un perjuicio para el contratista.

### **Características y Requisitos.**

Según el Art. 1461, del Código Civil, para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario que: sea legalmente capaz; que consienta en dicho acto o declaración, y su consentimiento no adolezca de vicio; que recaiga sobre un objeto lícito; y, que tenga una causa lícita.

Por otro lado, el Art. 68, de la LOSNCP, señala que para la celebración de los contratos, se deben observar los siguientes requisitos:

1. La competencia del órgano de contratación;
2. La capacidad del adjudicatario;
3. La existencia de disponibilidad presupuestaria y de los recursos financieros necesarios para el cumplimiento de las obligaciones; y,
4. La formalización del contrato, observando el debido proceso y los requisitos constantes en la presente Ley y su Reglamento.

**La competencia.-** “Es la aptitud de obrar de las personas públicas o de sus órganos. Ella determina los límites dentro de los cuales han de desarrollarse unas y otras”<sup>19</sup>. Los elementos determinantes de la competencia son: el territorio, la materia y los poderes jurídicos (tiempo y grado).

La competencia “no es un elemento del contrato, sino un requisito de validez que debe satisfacer el Ente Contratante. Por tanto, sólo serán competentes para celebrar Contratos Públicos quienes el orden jurídico vigente autorice”<sup>20</sup>. Es la competencia para la Administración Pública, lo que la capacidad es para los particulares.

---

<sup>19</sup> LÓPEZ ARÉVALO, William, (2012). Tratado de Contratación Pública. Tomo I. Editorial Jurídica del Ecuador. Segunda edición. Quito-Ecuador. Pág. 100.

<sup>20</sup> IBÍDEM. Pág. 101.

**La capacidad.-** La capacidad legal se refiere a la aptitud que deben tener las partes para contratar, y por regla general una persona es capaz cuando tiene la aptitud legal para ejercer derechos y contraer obligaciones. Según el Art. 1462 del Código Civil, toda persona es legalmente capaz, excepto los que la ley declare incapaces; entendemos que la capacidad habilita a las personas a la libre contratación desde luego con sujeción a la ley. La capacidad legal de una persona consiste en obligarse por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra.

Por otro lado, cuando no referimos a los contratistas, sea persona natural o jurídica, nacional o extranjera, o asociación de éstas, podrá celebrar contratos con el Estado, siempre que tenga plena capacidad de obrar según las normas de derecho común, acredite en la forma establecida por la Ley su solvencia económica y técnica, y no esté inmerso en ninguna de las causales legales de prohibición o incompatibilidad.

De acuerdo al Art. 1462, del Código Civil, toda persona es legalmente capaz, excepto las que la ley declara incapaces. Sin embargo deberá cumplir con las demás condiciones establecidas en la Ley.

La habilidad se manifiesta acorde a la capacidad legal de los individuos, que permite su cabal desempeño, no obstante, hay personas que son capaces pero no cuentan con la habilitación para acceder a realizar actos y contratos, estas inhábiles según la LOSNCP son generales y especiales; por ejemplo, son inhábiles generales para contratar con el Estado, entidades del sector público como el Presidente, Vicepresidente de la República, ministros, prefecto, alcaldes; e inhábiles especiales los consejeros provinciales, los concejales municipales, entre otros.

Quienes incurran en cualquiera de estas inhabilidades no pueden intervenir en actividades contractuales. En caso que las personas inhábiles contraten con el Estado o entidades del sector público, será nulo el contrato, no obstante la nulidad debe ser declarada por el Juez competente. Además esto permite que la entidad contratante pueda dar por terminado el contrato en forma anticipada y unilateral, sin realizar ninguna clase de indemnización al contratista y sin perjuicio de las sanciones administrativas, penales y civiles a que dieran lugar.

**Disponibilidad Presupuestaria.-** Las entidades contratantes previamente a la convocatoria deberán verificar la disponibilidad presupuestaria y la existencia presente o futura de recursos, para el cumplimiento de las obligaciones contractuales mediante la certificación que confiera el Director Financiero o quien haga sus veces en la Entidad Pública.

**Las formalidades.-** Hacen referencia a los requisitos exigidos por la Ley para la validez del contrato; estas formalidades pueden ser anteriores (pliegos o condiciones), concomitantes (acto de adjudicación) o posteriores (aprobación y recepción) al encuentro de ambas voluntades.

**El consentimiento.-** Es el acuerdo real y coincidente de voluntades sobre el objeto y la causa del contrato, que dentro del marco constitucional y legal propone la Administración Pública y al cual el contratistas se adhiere.

**La voluntad.-** Es la expresión del consentimiento de la Administración Pública y el particular, con la singularidad de que la primera elabora el contrato y el contratista debe suscribirlo o rechazarlo totalmente. Solo cabe la negociación cuando la Ley establece tal posibilidad, aunque por ello los contratos no dejan de ser regulados.

**El objeto** - El objeto de los contratos públicos es asegurar el funcionamiento de un servicio público, la ejecución de obras, la prestación de servicios y la adquisición de bienes, de interés colectivo, y para que tenga validez deber ser lícito, caso contrario, si es ilícito, estará viciado de nulidad absoluta.

**La causa.-** Es el motivo por el cual surge la necesidad pública o de satisfacer el interés social que demanda la ejecución de obras, la prestación de servicios y la adquisición de bienes, causa que emerge de la planificación o de la emergencia, y que debe existir propósito y motivación lícita.

### **Clases de contratos administrativos.**

Los contratos administrativos son aquello en los cuales interviene como parte la Administración Pública a nombre y representación del Estado frente a los

particulares o a la misma Administración, que tienen como causa el interés general; como objeto el servicio público que la ejerce a través de la ejecución de obras, adquisición o arrendamiento de bienes y prestación de servicios, incluidos los de consultoría; la forma como requisito esencial, la desigualdad de las partes, la jurisdicción especial y la especialidad legal. A continuación señalamos las clases de contratos administrativos de acuerdo al objeto:

**Contratos de ejecución de obras.-** Los contratos de ejecución de obras son aquellos mediante los cuales la Administración Pública, conviene con un contratista la construcción o el mantenimiento de un inmueble de interés público o colectivo.

**Contratos de adquisición de bienes.-** Los contratos de adquisición de bienes son aquellos que tienen por objeto la adquisición por parte de la Administración de los bienes muebles que requiera para la prestación de un servicio.

**Contratos de prestación de servicios.-** Estos contratos, son aquellos en que la entidad contratante conviene con un contratista en la prestación de un servicio requerido para la satisfacción de una necesidad institucional.

**Contratos de consultoría.-** Los contratos de consultoría se refieren a la prestación de servicios profesionales especializados no normalizados, que tengan por objeto, identificar, auditar, planificar, elaborar, o evaluar estudios y proyectos de desarrollo, en sus niveles de pre factibilidad, factibilidad, diseño u operación.

### **Terminación de los contratos administrativos.**

Según el Art. 92, de la LOSNCP, los contratos terminan:

1. Por cumplimiento de las obligaciones contractuales;
2. Por mutuo acuerdo de las partes;
3. Por sentencia o laudo ejecutoriados que declaren la nulidad del contrato o la resolución del mismo a pedido del contratista;
4. Por declaración unilateral del contratante, en caso de incumplimiento del contratista; y,

5. Por muerte del contratista o por disolución de la persona jurídica contratista que no se origine en decisión interna voluntaria de los órganos competentes de tal persona jurídica.

Los representantes legales de las personas jurídicas cuya disolución se tramita están obligados, bajo su responsabilidad personal y solidaria, a informar a la autoridad a la que compete aprobar la disolución, sobre la existencia de contratos que aquellas tengan pendientes con las entidades contratantes previstas en esta Ley, y a comunicar a las entidades contratantes respectivas sobre la situación y causales de disolución.

Para los indicados casos de disolución de personas jurídicas, antes de expedir la resolución que la declare, la autoridad correspondiente deberá comunicar sobre el particular al Instituto Nacional de Contratación Pública, para que éstos, en el término de diez (10) días, informen si la persona jurídica cuya disolución se tramita no tiene contratos pendientes con las entidades sujetas a esta Ley o precise cuáles son ellos.

Con la contestación del Instituto Nacional de Contratación Pública o vencido el antedicho término, se dará trámite a la resolución, sin perjuicio de la responsabilidad de los funcionarios o empleados que incumplieron su deber de informar.

De existir contratos pendientes de la persona jurídica frente al Estado o entidades contratantes, el Instituto Nacional de Contratación Pública informará sobre aquellos a la entidad contratante, a la autoridad a la que compete aprobar la disolución y a la Procuraduría General del Estado, para que en el proceso de liquidación adopten las acciones conducentes a precautelar y defender los intereses públicos.

## **1.5 LA GARANTÍA**

La garantía implica seguridad, etimológicamente proviene del francés “garant”, protege contra lo aleatorio y riesgoso que pudiera impedir el uso y goce de un producto, o servicio, o el acaecimiento de determinado hecho, si alguien contrae una obligación con garantía, el acreedor se asegura de que cobrará el importe de la deuda, a través de su deudor o a través de la garantía.

Guillermo Cabanellas de Torres, sostiene que garantía consiste en el “Afianzamiento, fianza. / Prenda. / Caución. / Obligación del garante. / Cosa dada en garantía. / Seguridad o protección frente a un peligro contra un riesgo”<sup>21</sup>.

La garantía contractual es una institución muy particular del Derecho Administrativo, es “un instrumento jurídico especial que se vale la administración pública para afianza el cumplimiento eficaz de las obligaciones contraídas por el contratista en la celebración de los contratos y proteger los intereses del Estado”<sup>22</sup>.

En este escenario, Edgar Vareta, citado por Heman Jaramillo Ordóñez, sostiene que las garantías son "todas las cauciones que la Administración Pública exige a sus contratantes para asegurar el puntual y exacto cumplimiento de las obligaciones que éstos asumen por el contrato, teniendo en vista la finalidad superior de satisfacción de las necesidades de la comunidad a través de la obra cuya ejecución se trata."<sup>23</sup>. Esta garantía es una cláusula unilateral por parte de la Administración, que es impuesta a los particulares para asegurar el cumplimiento de las contrataciones realizadas con recursos públicos o estatales.

En términos generales, garantía se refiere a la acción que una persona, una empresa o un comercio despliegan con el objeto de afianzar aquello que se haya estipulado, es decir, a través de la concreción o presentación de una garantía, lo que se pretenderá hacer es dotar de una mayor seguridad al cumplimiento de una obligación o al pago de una deuda, según corresponda, la garantía se hace efectiva y manifiesta a través de un papel de la empresa contratada, en el cual se dejará constancia del lapso de tiempo que cubre la garantía y la fecha en la cual fue adquirido el producto.

En materia de contratación pública, según el Art. 73 de la LOSNCP, los contratistas podrán rendir cualquiera de las siguientes garantías:

---

<sup>21</sup> CABANELLAS DE TORRES, Guillermo (2003). Diccionario Jurídico Elemental. Editorial Heliasta. Decimosexta edición. Buenos Aires-Argentina. Pág. 178.

<sup>22</sup> JARAMILLO ORDÓÑEZ, Herman, (2005). Manual de Derecho Administrativo. Editorial UNL. Quinta edición. Loja-Ecuador. Pág. 239.

<sup>23</sup> IBÍDEM.

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.

No se exigirán las garantías establecidas por la LOSNCP, para los contratos referidos en el número 8 del Art. 2 de esta Ley, es decir, los que celebren el Estado con entidades del sector público, éstas entre sí, o aquellos con empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público o sus subsidiarias; así como también los contratos que se celebren entre las entidades del sector público o empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público con empresas públicas de los Estados de la Comunidad Internacional;

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

Las garantías otorgadas por bancos o instituciones financieras y las pólizas de seguros establecidas en los numerales 1 y 2 del Art. 73 Ibídem, no admitirán

cláusula alguna que establezca trámite administrativo previo, bastando para su ejecución, el requerimiento por escrito de la entidad beneficiaria de la garantía. Cualquier cláusula en contrario, se entenderá como no escrita.

De acuerdo a los artículos 74, 75 y 76 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública las garantías pueden ser:

**Garantía de fiel cumplimiento.-** Para seguridad del cumplimiento del contrato y para responder por las obligaciones que contrajeran a favor de terceros, relacionadas con el contrato, el adjudicatario, antes de la firma del contrato, rendirá garantías por un monto equivalente al cinco por ciento del valor de aquél. En los contratos de obra, así como en los contratos integrales por precio fijo, esta garantía se constituirá para garantizar el cumplimiento del contrato y las obligaciones contraídas a favor de terceros y para asegurar la debida ejecución de la obra y la buena calidad de los materiales, asegurando con ello las reparaciones o cambios de aquellas partes de la obra en la que se descubran defectos de construcción, mala calidad o incumplimiento de las especificaciones, imputables al proveedor. En los contratos de obra o en la contratación de servicios no normalizados, si la oferta económica corregida fuese inferior al presupuesto referencial en un porcentaje igual o superior al diez por ciento de éste, la garantía de fiel cumplimiento deberá incrementarse en un monto equivalente al veinte por ciento de la diferencia entre el presupuesto referencial y la cuantía del contrato. Tales cauciones podrán constituirse mediante la entrega de las garantías contempladas en los numerales: 1, 2; y, 5 del Art. 69. No se exigirá este tipo de garantía en los contratos de compraventa de bienes inmuebles y de adquisición de bienes muebles que se entreguen al momento de efectuarse el pago. Tampoco se exigirá esta garantía en los contratos cuya cuantía sea menor a multiplicar el coeficiente 0.000003 por el Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico. Con cargo a la garantía de fiel cumplimiento se podrá efectivizar las multas que le fueren impuestas al contratista.

**Garantía por anticipo.-** Si por la forma de pago establecida en el contrato, la entidad contratante debiera otorgar anticipos de cualquier naturaleza, sea en dinero, giros a la vista u otra forma de pago, el contratista para recibir el anticipo, deberá rendir previamente garantías por igual valor del anticipo, que se reducirán en la

proporción que se vaya amortizando aquél o se reciban provisionalmente las obras, bienes o servicios. Las cartas de crédito no se considerarán anticipo si su pago está condicionado a la entrega - recepción de los bienes u obras materia del contrato. El monto del anticipo lo regulará la entidad contratante en consideración de la naturaleza de la contratación.

**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. Estas garantías son independientes y subsistirán luego de cumplida la obligación principal. De no presentarse esta garantía, el contratista entregará una de las previstas en esta ley por igual valor del bien a suministrarse, de conformidad con lo establecido en los Pliegos y en el contrato. Cualquiera de estas garantías entrará en vigencia a partir de la entrega recepción del bien.

Según el Art. 77, *Ibíd*em, la devolución de la garantía de fiel cumplimiento se realizará, en los contratos de ejecución de obras, 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. Si por la naturaleza del contrato, hubiere la posibilidad de recepciones parciales, las garantías se reducirán en igual proporción que dicha recepción parcial.

## **1.6 EL CONTROL.**

Control, según una de sus acepciones gramaticales, quiere decir “Comprobar, revisar, intervenir...”<sup>24</sup>, es el “Examen o comprobación de personas o cosas cuyo conocimiento interesa”<sup>25</sup>; el propósito final del control es, en esencia, preservar la

---

<sup>24</sup> OCEANO PRÁCTICO, Diccionario de la Lengua Española, (2001) MCMZCVI OCEANO GRUPO EDITORIAL S.A Barcelona – España Pág. 204.

<sup>25</sup> <http://servicios.elpais.com/diccionarios/castellano/control>.

existencia de cualquier organización y apoyar su desarrollo; su objetivo es contribuir con los resultados esperados. Los controles administrativos se relacionan con normas y procedimientos relativos a la eficiencia operativa y a la adhesión a las políticas prescritas por la Administración.

En este contexto, la LOSNCP, en el Art. 8, señala que forman parte del Sistema Nacional de Contratación Pública, en el ámbito de sus competencias el Instituto Nacional de Contratación Pública junto con las demás instituciones y organismos públicos que ejerzan funciones en materia de presupuestos, planificación, control y contratación pública.

En tanto que el Art. 14, *Ibídem*, se refiere al alcance del control del SNCP, y señala que el control del Sistema Nacional de Contratación Pública será intensivo, interrelacionado y completamente articulado entre los diferentes entes con competencia para ello. Incluirá la fase precontractual, la de ejecución del contrato y la de evaluación del mismo.

Seguidamente, sintetiza que el Instituto Nacional de Contratación Pública tendrá a su cargo el cumplimiento de las atribuciones previstas en esta Ley, incluyendo en consecuencia, la verificación de:

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

Cualquier incumplimiento dará lugar a las sanciones previstas en esta Ley.

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

La LOSNCP, en el Art. 15, establece que corresponde a los organismos de control del Estado, dentro del marco de sus atribuciones, realizar los controles posteriores a los procedimientos de contratación efectuados por las entidades contratantes.

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

La Contraloría General del Estado, según el Art. 211, de la Constitución de Montecristi, es un organismo técnico encargado del control de la utilización de los recursos estatales, y la consecución de los objetivos de las instituciones del Estado y de las personas jurídicas de derecho privado que dispongan de recursos públicos; asimismo, el numeral 1 del Art. 212, numeral 1, que le corresponde dirigir el sistema de control administrativo que se compone de auditoría interna, auditoría externa y del control interno de las entidades del sector público y de las entidades privadas que dispongan de recursos públicos.

### **Comentario.**

El control del Sistema Nacional de Contratación Pública, lo realizará el INCOP, este control será intensivo, interrelacionado y completamente articulado entre los diferentes entes con competencia para ello. Incluirá la fase precontractual, la de ejecución del contrato y la de evaluación del mismo; y, corresponde a los organismos de control del Estado, dentro del marco de sus atribuciones, realizar los controles posteriores a los procedimientos de contratación efectuados por las entidades contratantes.

Sin embargo, se considera que en relación al numeral 4 del Art. 14 de la LOSNCP, que

dentro de las atribuciones orientadas al control del Sistema Nacional de Contratación Pública, al INCOP, le corresponde verificar “La contratación con proveedores inscritos en el RUP, salvo las excepciones puntualizadas en esta Ley”; entonces, surge la reflexión ¿Quién verificará la contratación con proveedores en los casos de excepción señalados en la Ley, si a la Contraloría General del Estado le corresponde controles posteriores a los procedimientos de contratación efectuados por las entidades contratantes?

## **1.7 RESPONSABILIDAD DEL ESTADO**

La responsabilidad es la “Obligación de reparar y satisfacer por uno mismo o, en ocasiones especiales, por otro, la pérdida causada, el mal inferido o el daño originado”<sup>26</sup>.

Cuando hablamos de responsabilidad del Estado nos referimos a la responsabilidad de la Administración Pública, es decir, al deber ético y jurídico que tienen los organismos estatales a través de los servidores públicos para realizar con voluntad, capacidad y conciencia las actividades a ellos encomendadas y responder por sus actos y consecuencias.

La Administración Pública es “un proceso sistemático y metódico de carácter científico, técnico y jurídico que consiste en dirigir las funciones administrativas de las entidades y organismos del Estado para llegar a obtener resultados previstos, planeados y programados”<sup>27</sup>. En esta área la responsabilidad se la puede analizar desde el punto de vista del cumplimiento o incumplimiento del deber. Desde la óptica del cumplimiento del deber, la responsabilidad significa observar y acatar lo que dispone la Constitución, las leyes y reglamentos, obrar con rectitud, honestidad y suma diligencia dentro de las funciones determinadas para garantizar un buen servicio a la colectividad.

---

<sup>26</sup> CABANELLAS DE TORRES, Guillermo (2003). Diccionario Jurídico Elemental. Editorial Heliasta. Decimosexta edición. Buenos Aires-Argentina. Pág. 352.

<sup>27</sup> JARAMILLO ORDÓNEZ, Herman, (2005). Manual de Derecho Administrativo. Editorial UNL. Quinta edición. Loja-Ecuador. Pág. 86.

El Art. 226, de la Carta Magna, señala que 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.

La responsabilidad del Estado tiene como fuente principal la Constitución, se deriva de la Ley, aparece cuando se ha causado daño material o moral a una persona particular o ente público, esta responsabilidad trata esencialmente de restituir el equilibrio económico deteriorado por los actos del poder público en detrimento de los bienes patrimoniales tanto públicos como privados por medio del resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados; a tal estado que el ejercicio correcto es permitido, el incorrecto es sancionado. La sanción es uno de los medios directos con que cuenta el poder público para mantener la eficacia de las normas, restaurar el orden jurídico y evitar que prevalezcan actos contrarios a la prestación de un buen servicio.

Por otro lado, el numeral 9 del artículo 11 de la Constitución de la República del Ecuador, que en lo pertinente dispone que el Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos.

Así pues, se establece la Responsabilidad del Estado en una forma subsidiaria, esto es por cuanto, si bien en principio es el responsable directo de los deficientes servicios públicos, tiene la facultad de iniciar las acciones de repetición en contra del o los agentes sean públicos o privados que provocaron la indemnización al afectado.

Según el Art. 233, de la referida Constitución, ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones, y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos.

Las servidoras o servidores públicos y los delegados o representantes a los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado, estarán sujetos a las sanciones establecidas por delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y, en estos casos, los juicios se iniciarán y continuarán incluso en ausencia de las personas acusadas. Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aun cuando no tengan las calidades antes señaladas.

La Contraloría General del Estado, al ser el organismo técnico encargado del control de la utilización de los recursos estatales, es la única Entidad facultada para determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal; por tanto, le corresponde emitir las respectivas sanciones en el ámbito de su competencia.

No obstante, el numeral 2, del Art. 212 de la Carta Magna, sintetiza que entre otras funciones le corresponde a la Contraloría General del Estado, determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal, relacionadas con los aspectos y gestiones sujetas a su control, sin perjuicio de las funciones que en esta materia sean propias de la Fiscalía General del Estado. Responsabilidades que a continuación señalamos.

**Responsabilidad Fiscal.-** Es la que se determina mediante el examen especial de auditoría, el cual se le realiza a los servidores públicos y particulares que manejen fondos o bienes públicos. El daño patrimonial al Estado es un daño material, no puede ser moral. La vía jurídica para la recuperación es la glosa, la que una vez ejecutoriada pasa a la acción coactiva.

**Responsabilidad Civil.-** La responsabilidad civil culposa nace de una acción u omisión culposa aunque no intencional de un servidor público o de un tercero, autor o beneficiario, de un acto administrativo emitido, sin tomar aquellas cautelas, o precauciones necesarias para evitar resultados perjudiciales directos o indirectos a los bienes y recursos públicos. Genera una obligación jurídica indemnizatoria del perjuicio económico ocasionado a las instituciones del Estado, calculado a la fecha en que éste se produjo, que nace sin convención, proveniente de un acto o hecho

culpable del servidor público, o de un tercero, cometido sin intención de dañar, que se regula por las normas del cuasidelito del Código Civil.

**Responsabilidad Penal.-** Es la que se deriva cuando por actas o informes y, en general, por los resultados de la auditoría o de exámenes especiales practicados por servidores de la Contraloría General del Estado se establezcan indicios de responsabilidad penal, por los hechos a los que se refieren los artículos pertinentes del Código Penal que tratan del enriquecimiento ilícito y otros delitos contra la Administración Pública y otros que afecten a los intereses del Estado y de sus instituciones, tales resultados se presentarán al Ministerio Público para que ejercite la acción penal correspondiente.

Para determinar la responsabilidad penal debe existir tipicidad (la Ley penal debe expresar cual es la conducta violatoria describiéndola con claridad y precisión), antijuricidad (conducta que ofende la Ley y que afecta el bien jurídico que está protegido) y la culpabilidad (solo se podrá imponer penas por conductas realizadas con culpabilidad es decir una actitud consciente).

**Responsabilidad Administrativa Culposa.-** La responsabilidad administrativa culposa de las autoridades, dignatarios, funcionarios y servidores de las instituciones del Estado, se da cuando se ha inobservado las disposiciones legales por acción u omisión relativas a sus deberes y atribuciones en razón de su cargo o de las estipulaciones contractuales.

**Responsabilidad Contractual.-** Es la que nace de la relación contractual, es decir, la responsabilidad contractual se deriva por el incumplimiento de las cláusulas constantes en el contrato.

Guillermo Cabanellas de Torres, sostiene que la responsabilidad contractual es la que proviene “de la infracción de un contrato válido / La que surge de lo estipulado penalmente por las partes contratantes”<sup>28</sup>.

---

<sup>28</sup> CABANELLAS DE TORRES, Guillermo (2003). Diccionario Jurídico Elemental. Editorial Heliasta. Decimosexta edición. Buenos Aires-Argentina. Pág. 352.

Según el tercer inciso del Art 23 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, la máxima autoridad de la entidad contratante y los funcionarios que hubieren participado en la elaboración de los estudios, en la época en que éstos se contrataron y aprobaron, tendrán responsabilidad solidaria junto con los consultores o contratistas, si fuere del caso, por la validez de sus resultados y por los eventuales perjuicios que pudieran ocasionarse en su posterior aplicación.

Asimismo, el inciso tercero del Art. 99 de la citada Ley, señala que la máxima autoridad de la entidad, así como los funcionarios o servidores de la misma que hubieren intervenido en cualquiera de las etapas de los procedimientos precontractuales de preparación, selección, contratación así como en la ejecución misma de los contratos serán personal y pecuniariamente responsables por el cumplimiento de las disposiciones de esta Ley, sin perjuicio, de ser el caso, de la responsabilidad penal a que hubiere lugar.

Los contratistas o proveedores podrán demandar o recurrir contra el o los funcionarios o empleados por cuya acción u omisión, la entidad incumplió sus obligaciones contractuales.

## **1.8. LEGISLACIÓN COMPARADA.**

La contratación pública tiene una considerable importancia económica tanto a nivel nacional como internacional y para lograr los cometidos estatales, la Administración “también precisa que los particulares le aporten los bienes y servicios necesarios para satisfacer las necesidades colectivas, lo cual se logra mediante la contratación estatal”<sup>29</sup>.

A nivel nacional la contratación pública que realizan los organismos estatales para la ejecución de obras, adquisición de bienes y prestación de servicios proporciona los insumos necesarios que permiten a la Administración Pública suministrar servicios públicos y contribuir al desarrollo de nuestro país.

---

<sup>29</sup> YOUNES MORENO. Diego, (2007). Curso de Derecho Administrativo, Editorial Temis S.A. Octava edición. Bogotá - Colombia. Pág. 193.

Sin embargo, se torna necesario comparar las condiciones del sistema administrativo en relación a la contratación pública de otros países latinoamericanos, de los cuales expongo a continuación:

## **LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN COLOMBIA**

La Ley Nro. 80 de 1993 y su Decreto Reglamentario 734, de 13 de abril de 2012, disponen las reglas y los principios que rigen los contratos de las entidades estatales, entendiéndose como tales la Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, los municipios, los territorios indígenas, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta en que éste tenga participación mayoritaria. De igual forma, se consideran entidades estatales el Congreso, los cuerpos del Poder Judicial, la Contraloría General de la República, la Registraduría del Estado Civil y, general, todas las dependencias del Estado con poder de contratar bienes o servicios.

Las actuaciones de los funcionarios que intervengan en la contratación se desarrollarán con arreglo a los principios generales de la contratación, que expresamente reconoce el Art. 23 de la Ley 80 de 1993 (transparencia, economía y responsabilidad) y de conformidad con los postulados que rigen para la función administrativa.

Se consideran contratos estatales todos los actos jurídicos que generan obligaciones, celebrados por las entidades incluidas en esta Ley, Previstos en el Derecho Privado o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad. A título informativo, la Ley Nro. 80, menciona los siguientes:

- **Contrato de obra:** construcción, mantenimiento, instalación y cualquier trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago.
- **Contrato de consultoría:** estudios de proyectos de inversión, diagnóstico, factibilidad, asesorías técnicas, etc.
- **Contrato de prestación de servicios:** con personas naturales, cuando no

puedan realizarse con personal de planta.

- **Contrato de concesión:** para la prestación, operación, explotación, organización o gestión total o parcial de un servicio público o de una obra destinada al servicio o uso público, así como la prestación o funcionamiento de la obra por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia de la entidad concedente, a cambio de una remuneración o cualquier modalidad de contraprestación acordada por las partes

El Gobierno Nacional, debido a la problemática que existía por la dispersión de normas, expidió el Decreto 734, el 13 de abril de 2012, mediante el cual reglamenta el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, derogando así 27 decretos reglamentarios existentes desde el año 1994. Dicho acto administrativo entró a regir desde el mismo día según la gaceta 48.400 del Diario Oficial.

Con la expedición del decreto, el Gobierno busca darle a la ciudadanía y a las entidades estatales sometidas el Estatuto Contractual, una regulación ágil y expedita que permita lograr la ejecución de la ley y que recoja en un solo cuerpo normativo las reglas necesarias para el adelantamiento de los procesos contractuales, de los contratos y otros asuntos relacionados y que, en atención a la dinámica de la materia a reglamentar, permita las actualizaciones y ajustes continuos necesarios.

En dicho Decreto no solo se reúne la reglamentación existente relacionada directamente con la contratación pública, la cual se ordenó de manera temática al interior del mismo, sino que adicionalmente se recoge el entendimiento que sobre el Estatuto ha fijado la H. Corte Constitucional y el H. Consejo de Estado, así como se integran las observaciones de la comunidad en general y entidades públicas recibidas a través del SECOP y medio escrito.

De la misma manera, en el Decreto se reglamentan, de manera adicional, apartes normativos relacionados con la contratación pública planteados en las leyes 1450 y 1474 de 2011, así como en los Decretos Leyes 4170 de 2011 y 19 de 2012, entre otras.

Del Decreto 734 de 2012 cabe destacar su novedoso sistema numérico, en sus 361 artículos, a través del cual se identifica cada artículo según su posición en la estructura de la norma en mención. Así, según el Título, Capítulo, Sección y Subsección, el Art. obedecerá a la numeración consecutiva que corresponda de acuerdo a su ubicación, lo que permitirá precisamente la actualización permanente de la reglamentación acorde a las realidades cambiantes del mercado, sin traumatismos para la ciudadanía y entidades públicas.

### **Principales cambios introducidos**

Entre otros cambios, cabe resaltar las siguientes modificaciones que introduce la nueva reglamentación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública:

1. “Se compagina la reglamentación de riesgos previsibles con el Conpes 3714 de 2011.
2. La publicidad en el Secop es fortalecida conforme los recientes cambios legales.
3. En la subasta inversa se establece una negociación obligatoria cuando solo un proponente queda habilitado.
4. Se regulan los criterios de selección del concurso de méritos bajo el entendimiento dado por el Consejo de Estado y se introducen unas aclaraciones respecto de la precalificación.
5. En materia de contratación directa la normativa se articula con lo establecido en el Estatuto Anticorrupción y la ley de garantías electorales.
6. Referente a la enajenación de bienes del Estado, se introducen aclaraciones respecto de la forma de hacer su avalúo y procedimiento de venta.
7. En lo que refiere a las Mipymes, se establecen de nuevo las convocatorias limitadas con criterios diferenciales entre las Mypes y Mipymes así como se regulan beneficios para la oferta de bienes y servicios producidos por las Mipymes.

8. De conformidad con la ley 361, se incorporan dentro de los factores de desempate, a las empresas que tengan vinculado dentro de su personal discapacitados en los términos establecidos en dicha normativa.
9. Sobre el régimen de garantías contractuales, se hacen reformas puntuales con el objeto de aclarar algunos aspectos que en la práctica generaban dificultades.
10. Se reglamenta la modificación introducida por el decreto ley 19 de 2012 en materia de RUP bajo la premisa de un avanzado sistema de verificación de requisitos habilitantes por parte de las cámaras de comercio, con una mayor cantidad de indicadores que permitirán a las entidades públicas contar con mayor información de los proponentes de acuerdo a su actividad sin ser calificados, y un sistema de clasificación simplificado y unificado con otros sistemas denominado CIU. Este nuevo sistema cuenta con un régimen propio de transición.
11. Se introducen medidas para la implementación de los acuerdos comerciales con otros países y la incorporación de las reglas previstas en los capítulos de compras públicas de los mismos, en los procesos contractuales cuya cobertura cubija.
12. Se reglamenta lo relacionado con la administración de los anticipos en aquellos casos no regulados por la Ley 1474, haciendo que su manejo se de en cuenta bancaria separada, no conjunta, del contratista, con el objeto de facilitar la labor del supervisor e interventor en el control de los desembolsos y correcta aplicación a la ejecución del contrato respectivo.
13. Se crea el Plan de adquisiciones de bienes, servicios y obra pública en el cual se fortalecerá el principio de planeación contractual y se hará visible para toda la comunidad a través del Secop<sup>30</sup>.

### **Régimen de transición**

Cabe precisar que el Decreto prevé para los procesos de contratación en curso un régimen de transición establecido en el decreto, según el cual, a la fecha de su

---

<sup>30</sup> <http://www.dnp.gov.co/LinkClick.aspx?fileticket=n2UaIOr5kXo%3D&tabid=1472boletíncolombia>.

expedición, los procesos que cuenten con acto administrativo de apertura, la entidad contratante podrá continuar el proceso hasta su culminación con las normas vigentes al momento de su apertura o podrá por medio de adendas ajustar el proceso a las disposiciones contenidas en el mismo. Para los procesos que no hubieren sido abiertos, se establece la obligatoriedad de acogerse a la nueva normativa.

## **LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN PERÚ.**

La contratación pública en Perú cuenta con una destacada práctica electrónica impulsada por CONSUCODE a través del desarrollo del Sistema Electrónico de Adquisiciones y Contrataciones del Estado (SEACE), que lleva a cabo la difusión de procesos (publicación de planes, convocatorias, bases, consultas, observaciones, resultados de adjudicación) y de la utilización de la modalidad de selección de la subasta inversa presencial con uso de Intranet y la reciente implantación de la subasta inversa electrónica.

“En definitiva, en relación con el régimen de contratación estatal en el Perú, cabe destacar que la normativa hoy vigente en la materia (las normas básicas son la Ley nº 26850 y su Reglamento D.S. nº 013-2001-PCM) establece un adecuado sistema de preparación y adjudicación de los contratos públicos, que se encuentra en un estadio de desarrollo más avanzado que muchos países del entorno americano. En este sentido merece ser resaltada la labor desarrollada a favor del respeto de los principios de publicidad, igualdad y libre concurrencia por parte de CONSUCODE, quien está impulsando recientemente con acierto la utilización de medios electrónicos en la contratación pública. La solución de controversias también está correctamente prevista en la normativa, en la que se distinguen dos maneras de resolución de conflictos según sea la fase del proceso de contratación: vía administrativa y durante la ejecución del contrato arbitraje y conciliación administrativa.

Entre los aspectos a mejorar en el ordenamiento jurídico peruano en materia de contratación pública, aparte de los ya señalados con anterioridad (por ejemplo, en relación con la contratación electrónica, con los modelos de formularios, etc...), 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- (que podrían ser reguladas, en Europa se aplican a la contratación pública las normas sobre la competencia como son la prohibición de acuerdos contrarios a la competencia y de abuso de posiciones dominantes), la necesidad de controlar la no aplicación de las normas de contratación por parte de las pequeñas Administraciones (como son las Entidades locales y municipales), la conveniencia de limitar el uso abusivo por las Entidades adjudicadoras de prácticas como el provocar urgencias o falsificar documentos, la posibilidad de suprimir la obligatoria constitución de fianzas o garantías (que limita la participación en las compras del Estado de las pequeñas y microempresas) y la necesidad armonizar las normas sobre contratación con la legislación específica con que cuentan instituciones como PRONAA, FONCODES o COFOPRI y con las normas de entidades financieras internacionales o de organismos de cooperación técnica internacional<sup>31</sup>.

## **LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN CHILE.**

En Chile son dos los organismos creados por la Ley de Contratación Pública y su Reglamento, la Dirección de Compras y Contratación Pública; y, el Tribunal de Contratación Pública:

**Dirección de Compras y Contratación Pública:** Es la entidad encargada de asesorar a los organismos públicos en la planificación y gestión de sus procesos de compra y contratación y de administrar el Sistema de Compras Públicas y demás sistemas electrónicos. Además es responsable de la creación, administración y actualización de Chileproveedores y el Registro Electrónico Oficial de Proveedores.

**Tribunal de Contratación Pública:** Es la entidad encargada de garantizar la transparencia e igualdad en los procesos de contratación.

Las Entidades Públicas contratantes de acuerdo a Ley de Contratación Pública, son:

---

<sup>31</sup> [www.gobiernoycontratos.gob.pe.com.pe](http://www.gobiernoycontratos.gob.pe.com.pe)

- Gobierno Central;
- Gobiernos Regionales;
- Intendencias;
- Gobernaciones;
- Municipios;
- Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública;
- Contraloría General de la República;
- Congreso Nacional; y,
- Ministerio Público.

El marco legal que rige la contratación pública en Chile, es la Ley Nro. 19.886 de Compras Públicas y su Reglamento de aplicación.

Los procedimientos de licitación para efectuar las compras públicas, según el Art. 7 de la Ley de Contratación y su Reglamento, son las siguientes:

- **Licitación Pública:** El procedimiento administrativo de carácter concursal mediante el cual la Administración realiza un llamado público, convocando a los interesados para que, sujetándose a las bases fijadas, formulen propuestas, de entre las cuales se seleccionará y aceptará la más conveniente.
- **Licitación o Propuesta Privada:** El procedimiento administrativo de carácter concursal mediante el cual la Administración invita a determinadas personas para que, sujetándose a las -bases fijadas, formulen propuestas, de entre las cuales se seleccionará y aceptará la más conveniente.
- **Trato o Contratación Directa:** El procedimiento de contratación que, por naturaleza de la negociación que conlleva, deba efectuarse sin la concurrencia de los requisitos señalados par la licitación o propuesta pública y para la privada.

El portal único de contratación en Chile es: Chilecompra [www.chilecompra.cl](http://www.chilecompra.cl), creado

bajo la Ley de Compras Públicas como un servidor público descentralizado, sujeto al Ministerio de Hacienda y supeditado a la vigilancia del Presidente de la República.

Conforme a la Ley, los organismos públicos deben cotizar, licitar, contratar, adjudicar y desarrollar todos sus procesos de adquisición y contratación de bienes, servicios y obras utilizando solamente los sistemas electrónicos o digitales que establezca la Dirección de Compras y Contratación Pública.

## **CAPÍTULO II**

# **MARCO JURÍDICO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA**

## **2.1 MARCO CONSTITUCIONAL Y LEGAL DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.**

Para apreciar el actual régimen de la contratación pública en el Ecuador, es necesario analizar el actual marco constitucional y legal en el que se basa el Sistema Nacional de Contratación Pública, el cual se orienta en articular y armonizar a todas las instancias, organismos e instituciones en los ámbitos de planificación, programación, presupuesto, control, administración y ejecución de las contrataciones que se realicen con recursos públicos.

### **Marco Constitucional del SNCP.**

La Constitución de Montecristi, publicada en el R.O. N° 429: 20-oct-2008, estructura un nuevo Estados de Derechos y Justicia Social, y una nueva estructura en la Administración Pública, que tiende a brindar un servicio público eficiente; sin embargo, cabe mencionar que la LOSNCP, fue publicada mediante R.O. N° 395: 4-ago-2008, antes de la publicación de la actual Carta Magna, lo que de cierta forma estaba estructurada para que no se contraponga con las disposiciones constitucionales.

En este escenario, la Constitución de la República del Ecuador, señala lo siguiente:

Según el Art. 66, numeral 16, se reconoce y garantizará a las personas el derecho a la libertad de contratación. Este derecho debe ejercerse previo cumplimiento de los requisitos establecidos en la respectiva Ley.

El Art. 237, numeral 4, establece que corresponderá a la Procuradora o Procurador General del Estado, además de las otras funciones que determine la ley controlar con sujeción a la Ley los actos y contratos que suscriban los organismos y entidades del sector público.

EL Art. 307, sintetiza que los contratos celebrados por el Estado con personas naturales o jurídicas extranjeras llevarán implícita la renuncia de éstas a toda reclamación diplomática, salvo contrataciones que correspondan al servicio

diplomático.

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

El Art. 227, señala que la administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación.

### **Comentario.**

Cabe mencionar que la contratación pública, las políticas, programas y proyectos públicos; así como la ejecución de los presupuestos de los organismos estatales, deberán sujetarse al Plan Nacional de Desarrollo, así como a los planes de desarrollo de los diferentes niveles de gobierno; por lo tanto, la ejecución de obras, la adquisición o arrendamiento de bienes y la prestación de servicios incluidos los de consultoría, deberán enmarcarse a las disposiciones de los referidos planes de desarrollo que no son Ley; sin embargo tienen fuerza de Ley.

### **Marco Legal del SNCP.**

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, establece el Sistema Nacional de Contratación Pública, que tiene como objetivos principales garantizar la calidad de gasto público y su ejecución en concordancia con al Plan Nacional de Desarrollo; garantizar la ejecución plena de los contratos y la aplicación efectiva de las normas contractuales; y, garantizar la transparencia y evitar la discrecionalidad de la contratación pública.

En este escenario la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, señala:

Según el Art. 1, en cuanto al objeto señala que esta Ley establece el Sistema Nacional de Contratación Pública y determina los principios y normas para regular los procedimientos de contratación para la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultoría; y, en cuanto al ámbito la contratación que realicen:

1. “Los organismos y dependencias de las Funciones del Estado.
2. Los Organismos Electorales. (Consejo Nacional Electoral y Tribunal Contencioso electoral).
3. Los organismos de Control y Regulación( Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, Defensoría del Pueblo, Superintendencias, Contraloría, y Procuraduría General del Estado)
4. La entidades que integran el Régimen Seccional Autónomo (Juntas Parroquiales, Consejos Provinciales, consejos Municipales, Concejos Metropolitanos y Consejos Regionales)
5. Los Organismos y entidades creados por la Constitución o la Ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado.
6. Las personas jurídicas creadas por acto legislativo seccional para la prestación de servicios públicos.
7. Las corporaciones, fundaciones o sociedades civiles en cualquier de los siguientes casos:
  - a) Estén integrados o se conformen mayoritariamente con cualquiera de los organismos y entidades señaladas en los números 1 al 6 de este artículo, en general por instituciones del Estad; o,
  - b) Que posean o administren bienes, fondos, títulos, acciones, participaciones, activos, rentas, utilidades, excedentes, subvenciones, y todos los derechos que pertenecen al Estado y a sus instituciones, sea cual fuere la fuente de la que procedan, inclusive los provenientes de préstamo, donaciones y entregas que, a cualquier otro título se realicen a favor del Estado o de sus instituciones, siempre que su capital o los recursos que se le asignen esté integrado en el cincuenta (50%) por ciento o mas con participación estatal; y en general toda contratación en que se utilice, en cada caso, recursos públicos en más

del cincuenta (50%) por ciento del costo del respectivo contrato.

8. Las compañías mercantiles cualquiera hubiere sido o fuere su origen, creación o constitución que posean o administren bienes, fondos, títulos, acciones, participaciones, activos, rentas utilidades, excedentes, subvenciones y todos los derechos que pertenecen al Estado y a sus instituciones, sea cual fuere la fuente de la que procedan, inclusive los provenientes de préstamo, donaciones y entregas que, a cualquier otro título se realicen a favor del Estado o de sus instituciones, siempre que su capital, patrimonio o los recursos que se le asignen esté integrado en el cincuenta (50%) por ciento o más con participación estatal; y en general toda contratación en que se utilice, en cada caso, recursos públicos en más del cincuenta(50%) por ciento del costo del respectivo contrato. Se exceptúan las personas jurídicas a las que se refiere el numeral 8 del artículo 2 de esta Ley, que se someterán al régimen de esa norma”<sup>32</sup>..

### **Comentario.**

Se identifica un ámbito mucho más amplio para su aplicación que el que establecía la derogada Ley de Contratación Pública; sin embargo, existen contrataciones que constan en el Reglamento General y que no están consideradas explícitamente en la Ley, como por ejemplo las empresas mercantiles del Estado y subsidiarias, en las contrataciones relacionadas con el giro específico de sus negocios; así como las relacionadas con los sectores estratégicos.

Según el Art. 2, que hace referencia al régimen especial se someterán a la normativa específica que para el efecto dicte el Presidente de la República en el Reglamento General de esta Ley bajo criterios de selectividad, los procedimientos precontractuales de las siguientes contrataciones:

1. “Las de adquisición de fármacos que celebren las entidades que presten servicios de salud, incluido el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social;

---

<sup>32</sup> CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Quito-Ecuador. Pág. 1.

2. Las calificadas por el Presidente de la República como necesarias para la seguridad interna y externa del Estado, cuya ejecución esté a cargo de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional;
3. Aquellas cuyo objetivo 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 requeridas por el Gobierno Nacional o las entidades contratantes;
5. Aquellas cuyo objetivo sea la ejecución 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 a cargo de las entidades contratantes, siempre que los mismos no se encuentren incluidos en el Catálogo Electrónico del portal de COMPRASPUBLICAS;
7. Los de transporte de correo internacional y los de transporte interno de correo, que se regirá por los convenios internacionales o las disposiciones legales y reglamentarias dictadas para el efecto, según corresponda;
8. Los que celebren el Estado como entidades del sector público, éstas entre sí, o aquellas con empresas cuyo capital suscrito permanezcan, por lo menos en cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público o sus subsidiarias; así como también los contratos que se celebren entre las entidades del sector público o empresas cuyo capital suscrito pertenezcan, por lo menos en cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público y con empresas públicas de los Estado de la Comunidad Internacional;
9. Los que celebren las instituciones del sistema financiero y de seguros en las que el Estado o sus instituciones son accionistas únicos o mayoritarios; y, los que celebren las subsidiarias de derecho privado de las empresas estatales o públicas o de las sociedades mercantiles de derecho privado en las que el Estado o sus instituciones tengan participación accionaria o de capital superior al cincuenta (50%) por ciento, exclusivamente para actividades específicas en sectores estratégicos definidos por el Ministerio del Ramo”<sup>33</sup>.

---

<sup>33</sup> CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Quito-Ecuador. Pág. 2.

### **Comentario.**

En este tipo de contrataciones como más adelante puntualizaremos se ha evidenciado que existen aspectos que no guardan armonía con las normas constitucionales y legales, pues existen casos en los que se aprecia discrecionalidad, como sucede con la dispensa del Registro Único de Proveedores, para quienes son contratados por las entidades del Estado bajo el régimen y procedimiento especial, dejando a voluntad de la máxima autoridad de la entidad contratante la estipulación de los requisitos que deberá cumplir el contratista en dichos procesos; situación que contradice el principio de transparencia e igualdad y que no permite ejercer un control oportuno a este tipo de contrataciones.

El Art. 3, sintetiza que en las contrataciones que se financien, previo convenio, con los fondos provenientes de organismos multilaterales de crédito de los cuales el Ecuador sea miembro, o, en las contrataciones que se financien con fondos reembolsables o no reembolsables provenientes de financiamiento de gobierno a gobierno; u organismos internacionales de cooperación, se observará lo acordado en los respectivos convenios. Lo no previsto en dichos convenios se regirá por disposiciones de la ley.<sup>34</sup>.

### **Comentario.**

En definitiva, considero que las disposiciones citadas son la parte fundamental en donde se afianza el Sistema Nacional de Contratación Pública. Sistema que ha modernizado la contratación pública en el Ecuador; pero que no ha podido terminar con la corrupción enquistada en las instituciones públicas, pues existen denuncias que más adelante analizaremos que así lo demuestran.

## **2.2 SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.**

El Sistema Nacional de Contratación Pública, significa para el país el ingreso a la

---

<sup>34</sup> CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Quito-Ecuador. Pág. 4.

modernidad, al gobierno electrónico, a la planificación en el marco del Plan Nacional de Desarrollo, en el cual se privilegia las compras y la contratación a profesionales, consultores, artesanos, micro, pequeñas y medianas empresas de origen nacional, mediante una estructura administrativa que genera un sector público ágil y eficiente.

En este sistema, se prefieren los métodos de contratación electrónica y se establecen nuevas figuras como los contratos marco, las subastas inversas y las compras por catálogo de bienes y servicios normalizados. Entramos de lleno en el Gobierno Electrónico y la Sociedad de la Información.

Según el Art. 7, de la LOSNCP, el Sistema Nacional de Contratación Pública (SNCP) es el conjunto de principios, normas, procedimientos, mecanismos y relaciones organizadas orientadas al planeamiento, programación, presupuestos, control, administración y ejecución de las contrataciones realizadas por las entidades contratantes que forman parte del Sistema.

El Art. 8 de la referida Ley, hace mención a los órganos competentes, sintetizando que el Instituto Nacional de Contratación Pública junto con las demás instituciones y organismos públicos que ejerzan funciones en materia de presupuestos, planificación, control y contratación pública, forman parte del Sistema Nacional de Contratación Pública, en el ámbito de sus competencias.

Cabe mencionar que a más de los órganos competentes que forman parte del SNCP, se ha establecido una armonización entre la administración pública y los administrados, entre el interés público y el privado, entre el Derecho Público y las normas del Derecho Privado, que convergen en un solo punto que es la contratación pública.

Los objetivos del sistema, que son en definitiva los objetivos prioritarios del Estado, en materia de contratación pública, según el Art. 9, de la LOSNCP, son los siguientes:

1. “Garantizar la calidad del gasto público y su ejecución en concordancia con el Plan Nacional de Desarrollo;

2. Garantizar la ejecución plena de los contratos y la aplicación efectiva de las normas contractuales;
3. Garantizar la transparencia y evitar la discrecionalidad en la contratación pública;
4. Convertir la contratación pública en un elemento dinamizador de la producción nacional;
5. Promover la participación de artesanos, profesionales, micro, pequeñas y medianas empresas con ofertas competitivas, en el marco de esta Ley;
6. Agilizar, simplificar y adecuar los procesos de adquisición a las distintas necesidades de las políticas públicas y a su ejecución oportuna;
7. Impulsar la participación social a través de procesos de veeduría ciudadana que se desarrollen a nivel nacional, de conformidad con el Reglamento;
8. Mantener una sujeción efectiva y permanente de la contratación pública con los sistemas de planificación y presupuestos del Gobierno central y de los organismos seccionales;
9. Modernizar los procesos de contratación pública para que sean una herramienta de eficiencia en la gestión económica de los recursos del Estado;
10. Garantizar la permanencia y efectividad de los sistemas de control de gestión y transparencia del gasto público; y,
11. Incentivar y garantizar la participación de proveedores confiables y competitivos en el SNCP.<sup>35</sup>

Se crea el Instituto Nacional de Contratación Pública, como organismo de derecho público, técnico y autónomo, con personalidad jurídica propia y autonomía administrativa, técnica, operativa, financiera y presupuestaria. Su máximo personero y representante legal será el Director Ejecutivo, quien será designado por el Presidente de la República. Su sede será la ciudad de Quito, tendrá jurisdicción nacional, pudiendo establecer oficinas desconcentradas a nivel nacional.

Este Instituto ejerce la rectoría del Sistema y de acuerdo al Art. 10 de la LOSNCP, tiene las siguientes atribuciones:

---

<sup>35</sup> CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Quito-Ecuador. Pág. 8.

1. “Asegurar y exigir el cumplimiento de los objetivos prioritarios del Sistema Nacional de Contratación Pública;
2. Promover y ejecutar la política de contratación pública dictada por el Directorio;
3. Establecer los lineamientos generales que sirvan de base para la formulación de los planes de contrataciones de las entidades sujetas a la presente Ley;
4. Administrar el Registro Único de Proveedores RUP;
5. Desarrollar y administrar el Sistema Oficial de Contratación Pública del Ecuador, COMPRASPUBLICAS, así como establecer las políticas y condiciones de uso de la información y herramientas electrónicas del Sistema;
6. Administrar los procedimientos para la certificación de producción nacional en los procesos precontractuales y de autorización de importaciones de bienes y servicios por parte del Estado;
7. Establecer y administrar catálogos de bienes y servicios normalizados;
8. Expedir modelos obligatorios de documentos precontractuales y contractuales, aplicables a las diferentes modalidades y procedimientos de contratación pública, para lo cual podrá contar con la asesoría de la Procuraduría General del Estado y de la Contraloría General del Estado;
9. Dictar normas administrativas, manuales e instructivos relacionados con esta Ley;
10. Recopilar y difundir los planes, procesos y resultados de los procedimientos de contratación pública;
11. Incorporar y modernizar herramientas conexas al sistema electrónico de contratación pública y subastas electrónicas, así como impulsar la interconexión de plataformas tecnológicas de instituciones y servicios relacionados;
12. Capacitar y asesorar en materia de implementación de instrumentos y herramientas, así como en los procedimientos relacionados con contratación pública;
13. Elaborar parámetros que permitan medir los resultados e impactos del Sistema Nacional de Contratación Pública y en particular los procesos previstos en esta Ley;
14. Facilitar los mecanismos a través de los cuales se podrá realizar veeduría ciudadana a los procesos de contratación pública; y, monitorear su efectivo cumplimiento;
15. Publicar en el portal de COMPRASPUBLICAS el informe anual sobre resultados

- de la gestión de contratación con recursos públicos;
16. Elaborar y publicar las estadísticas del SNCP; y,
  17. Las demás establecidas en la presente Ley, su Reglamento y demás normas aplicables.”<sup>36</sup>.

En tanto que el Art, 6 del Reglamento General a la LOSNCP, le otorga al INCOP, las siguientes atribuciones:

1. “Ejercer el monitoreo constante de los procedimientos efectuados en el marco del Sistema Nacional de Contratación Pública;
2. Emitir de oficio o a petición de parte, observaciones de orden técnico y legal en la fase precontractual, las que serán de cumplimiento obligatorio para las entidades contratantes;
3. Supervisar de oficio o pedido de parte, conductas elusivas de los principios y objetivos del Sistema Nacional de Contratación Pública, tales como: plazos insuficientes, especificaciones técnicas subjetivas o direccionadas, presupuestos fuera de la realidad del mercado, parámetros de evaluación discrecionales, entre otros; y,
4. Realizar evaluaciones y reportes periódicos sobre la gestión que en materia de contratación pública efectúen las entidades contratantes; y de ser el caso, generar alertas o recomendaciones de cumplimiento obligatorio, sin perjuicio de que sean puestas en conocimiento de los organismos de control pertinentes.”<sup>37</sup>.

El INCOP, es la entidad rectora del Sistema Nacional de Contratación Pública, cuyo Directorio estará compuesto por 5 miembros: El Ministro de Industrias y Competitividad, que presidirá el Instituto, el Ministro de Finanzas, el Secretario Nacional de SENPLADES, un Alcalde designado por Asociación de Municipalidades del Ecuador y un Prefecto designado por el Consorcio de Consejos Provinciales del

---

<sup>36</sup> CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Quito-Ecuador. Pág. 9.

<sup>37</sup> CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES, Reglamento General de Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Quito-Ecuador. Pág. 3.

Ecuador. Actuará como Secretario el Director Ejecutivo del INCOP, quien intervendrá con voz pero sin voto.

Para el ejercicio de la administración desconcentrada, el INCOP establecerá las oficinas que fueren necesarias a nivel nacional, las mismas que estarán a cargo de directores con atribuciones expresamente delegadas por el Director Ejecutivo. Tendrá como fin fundamental velar porque se cumplan los principios de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia, tecnología, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad y participación nacional en los diversos procedimientos de contratación, y asegurar el cumplimiento de los objetivos del Sistema Nacional de Contratación Pública.

### **2.2.1 HERRAMIENTAS DEL SISTEMA.**

De acuerdo a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, son herramientas del Sistema: el Registro Único de Proveedores y el Portal COMPRASPÚBLICAS.

#### **Registro Único de Proveedores RUP.**

El Registro Único de Proveedores RUP, según el Art. 6, numeral 29, de la LOSNCP, “es la base de datos de los proveedores de obras, bienes y servicios, incluidos los de consultoría, habilitados para participar en los procedimientos establecidos en esta Ley. Su administración está a cargo del Instituto Nacional de Contratación Pública y se lo requiere para poder contratar con las entidades contratantes”<sup>38</sup>.

En términos generales, el RUP contiene precios de bienes y servicios que la Administración Pública compra y contrata regularmente, para hacerlos fácilmente identificables y que se puedan constatar, para lo cual los cataloga electrónicamente. Allí se encuentra también la información sobre los proveedores y los precios a los cuales ellos ofrecen esos bienes y servicios.

---

<sup>38</sup> CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Quito-Ecuador. Pág. 7.

Visto desde esta perspectiva, el RUP constituye una herramienta de consulta que permite averiguar por los bienes ofrecidos a los organismos estatales estableciendo los mejores precios del mercado, quiénes los ofrecen y en dónde se ofrecen; uno de los requisitos fundamentales que debe cumplir una persona natural o jurídica para participar en cualquier procedimiento de contratación, es que se halle inscrito en el RUP, en dónde deberá constar como proveedor habilitado.

Las Entidades Contratantes están prohibidas de llevar registros adicionales al RUP, e igualmente no podrán exigir a sus oferentes o proveedores documentos que ya fueron solicitados para la obtención del RUP. La información que contiene este Registro es pública, gratuita y deberá publicarse obligatoriamente en el portal COMPRASPUBLICAS, para que esté disponible a cualquier persona que quiera acceder a ella.

El Art. 8 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, señala que el proveedor que desee registrarse en el RUP observará el procedimiento que para el efecto dicte el INCOP.

Así pues, mediante Resolución INCOP 046-2010, publicada en el R.O. 322: 17-nov-2010, se establece el “Procedimiento Administrativo del Registro Único de Proveedores RUP; Registro de Contratistas Incumplidos y adjudicatarios fallidos; y Registro de Entidades Contratantes”, que derogó la “Resolución INCOP 012-09 expedida el 5 de marzo de 2009”, que determinaba el anterior procedimiento de inscripción en el RUP.

Según, el Art. 1 de esta Resolución, las personas naturales y jurídicas, nacionales y extranjeras pueden participar individualmente o en asociación a través de un compromiso de asociación o consorcio de conformidad con las normas pertinentes; y, seguidamente señala que para habilitarse en el Registro Único de Proveedores RUP, el proveedor seguirá el siguiente procedimiento:

- a) Ingresar y registrar toda la información solicitada en el Portal [www.compraspublicas.gov.ec](http://www.compraspublicas.gov.ec);
- b) Entregar en las oficinas del INCOP, la información requerida;
- c) El INCOP verificará la situación legal del proveedor, sobre la base de la

documentación que deberá ser presentada;

- d) Una vez aprobada la información, el INCOP conferirá al proveedor el estatus de habilitado.

Es obligación de la Entidad Contratante verificar en el Portal el estatus de habilitado del proveedor en todas las etapas precontractuales de cualquier procedimiento de contratación pública, sin solicitar físicamente ningún documento, ni certificaciones de encontrarse como proveedor habilitado.

Luego de registrados en el INCOP, se verificará la situación legal, técnica y financiera, así como la experticia del proveedor en base a la documentación presentada; para que el proveedor sea declarado habilitado deberá presentar la constancia de pago de derechos, mantener actualizado su información y así mismo, podrá registrarse en más de una categoría según su formación profesional, experticia y actividad económica. Cabe resaltar que existe un régimen especial en el que no se requiere el registro único de proveedores, dejando al criterio de la máxima autoridad de la entidad contratante que determine los requisitos que se deberá cumplir en dichos procesos, y lo mismo se aplicará en la adquisición de bienes en los que se comprobare que son únicos en el mercado y que tienen un solo proveedor.

### **El Sistema Informático COMPRASPUBLICAS**

El internet desde sus orígenes en 1969 con la ARPANET del gobierno norteamericano, se ha convertido en un instrumento para el desarrollo de los países, constituyéndose en la principal herramienta de la información y la comunicación. Esa realidad no podía permanecer aislada en la Contratación Pública, de allí que la creación de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública es un acierto, pues no solamente que adapta su normativa a la realidad contemporánea sino hace que los procedimientos de contratación sean más transparentes y eficaces.

El portal COMPRASPUBLICAS [www.compraspublicas.gov.ec](http://www.compraspublicas.gov.ec) es un sistema electrónico constituido por una serie de recursos informáticos que permiten disponer

de toda la información y servicios en tiempo real y en línea, contiene y permite la consulta sobre los procesos contractuales de la Administración Pública. Este Sistema Electrónico permite hacer seguimiento a todas las etapas inherentes al proceso de contratación, desde la fase precontractual, de ejecución incluida la etapa pos contractual. El principal objetivo del Portal es proponer la transparencia, eficiencia y uso de tecnologías en la publicación por internet de las adquisiciones públicas para el beneficio de empresarios, organismos públicos y de la ciudadanía en general, así como mejorar las formas de acceso a la información respecto de lo que compra y contrata el Estado.

Con el Portal se busca proporcionar una herramienta tecnológica para la gestión contractual de las Entidades Públicas que permita llevar a cabo los procesos de contratación par la adquisición de bienes y servicios, dentro de lo cual se encuentra la realización de procesos de selección a través de medios electrónicos, permitir la gestión de los contratos en línea, adjudicar contratos en forma electrónica, así como permitir el seguimiento a los contratos que celebren las entidades públicas.

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

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

### **2.2.2 CONTRATACIÓN BAJO EL RÉGIMEN ESPECIAL.**

Según el Art. 2 de la LOSNCP, los siguientes contratos deben regirse bajo régimen especial:

1. Las de adquisición de fármacos que celebren las entidades que presten servicios

- de salud, incluido el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social;
2. Las calificadas por el Presidente de la República como necesarias para la seguridad interna y externa del Estado, y cuya ejecución esté a cargo de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional;
  3. Aquellas cuyo objeto sea la ejecución de actividades de comunicación social destinadas a la información de las acciones del Gobierno Nacional o de las entidades contratantes;
  4. Las que tengan por objeto la prestación de servicios de asesoría y patrocinio en materia jurídica requeridas por el Gobierno Nacional o las entidades contratantes;
  5. Aquellas cuyo objeto sea la ejecución 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 a cargo de las entidades contratantes, siempre que los mismos no se encuentren incluidos en el Catálogo Electrónico del portal de COMPRASPUBLICAS;
  7. Los de transporte de correo internacional y los de transporte interno de correo, que se regirán por los convenios internacionales, o las disposiciones legales y reglamentarias dictadas para el efecto, según corresponda;
  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.*

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

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

*La determinación de giro específico y común le corresponderá al Director Ejecutivo del Instituto Nacional de Contratación Pública.*

9. Los que celebran las instituciones del sistema financiero y de seguros en las que el Estado o sus instituciones son accionistas únicos o mayoritarios; y, los que celebren las subsidiarias de derecho privado de las empresas estatales o públicas o de las sociedades mercantiles de derecho privado en las que el Estado o sus instituciones tengan participación accionaria o de capital superior al cincuenta (50%) por ciento, exclusivamente para actividades específicas en sectores estratégicos definidos por el Ministerio del Ramo.

### **Procedimiento.**

Los procedimientos precontractuales de las contrataciones previstas en el Art. 2 de la LOSNCP, observarán la normativa prevista en el Capítulo VII “Régimen Especial”, de su Reglamento y en el caso de que no se describa o detalle algún procedimiento o acción concreta que sean indispensables para realizar contratos de bienes, obras o servicios, se observará en forma supletoria los procedimientos o disposiciones establecidos en el régimen general de la Ley, del Reglamento o de la reglamentación que para el efecto dicte el Presidente de la República.

De acuerdo a la naturaleza de la contratación será necesario disponer de los documentos técnicos que justifiquen dicha contratación y contar con estudios completos, especificaciones técnicas y presupuesto actualizado, aunque por motivos de complejidad o nivel de especificidad del proyecto, puedan ser mejorados por los oferentes al presentar su propuesta técnica. En caso que la entidad contratante no hubiere realizado el procedimiento de régimen especial a través del portal [www.compraspublicas.gov.ec](http://www.compraspublicas.gov.ec), la máxima autoridad o su delegado posterior a realizar la contratación debe publicar la información relevante de cada proceso, de acuerdo a lo que establece el Art. 13 del Reglamento en lo que fuere aplicable.

Cabe señalar, que las contrataciones que se realizan mediante régimen especial, también podrán ser declaradas emergentes, en cuyo caso se estará a lo dispuesto en el Art. 57 de la LOSNCP.

En todo caso, es importante anotar que “varios procedimientos de régimen especial poseen criterios de selectividad variados (contratación directa, listas cortas, subastas

inversas, etc.) que, si bien no se realizan a través del Portal [www.compraspublicas.gob.ec](http://www.compraspublicas.gob.ec), por mandato expreso del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, se deben publicar en el citado portal los actos administrativos esenciales de cada compra, para cumplir con los principios de transparencia y publicidad previstos en el Art. 4 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública -LOSCP- (más allá de que toda esa información debe ponerse a consideración de la ciudadanía, de requerirse, conforme a la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, LOTAIP: “Información completa y detallada sobre los procesos precontractuales, contractuales, de adjudicación y liquidación, de las contrataciones de obras, adquisición de bienes, prestación de servicios, arrendamientos mercantiles, etc., celebrados por la institución con personas naturales o jurídicas, incluidos concesiones, permisos o autorizaciones”)<sup>39</sup>.

### **Comentario.**

Considero que este régimen de contratación pública denominado “especial”, en la práctica resulta complejo, toda vez que dentro de este régimen existen varios subsistemas de procedimiento y selección que debería ser puntuales por tratarse a la especialidad a la que se refiere; sin embargo, se dice que en caso de que no se detalle algún procedimiento o acción concreta se observará los procedimientos o disposiciones establecidos en el régimen general. Lo que resulta poco comprensible y desnaturaliza la especialidad.

Por lo tanto considero pertinente que se deben realizar reformas en el sentido de que, dentro de este régimen especial se establezcan disposiciones comunes y en lo posible evitar que en cada contrato existan distintas formas de contratar.

### **Contratos Financiados con Préstamos y Cooperación Internacional**

En los contratos que se financien, previo convenio, ya sea con:

---

<sup>39</sup> BID, Evaluación del Sistema Nacional de Contratación Pública del Ecuador –SNCP-metodología OCDE-CAD, Mayo 2011, Pág. 37.

- Con fondos provenientes de organismos multilaterales de los cuales el Ecuador sea miembro;
- En contratos que se financien con fondos reembolsables o no reembolsables provenientes de financiamiento de gobierno a gobierno; o,
- Con organismos internacionales de cooperación.

Se debe observar lo acordado en los respectivos convenios y lo no previsto en dichos convenios se regirá por las disposiciones de esta Ley, independientemente que el financiamiento internacional sea parcial o total.

En pocas palabras estos contratos quedan a voluntad de las partes contratantes. No obstante, estos procedimientos se realizarán tomando en cuenta el objeto, la naturaleza, el monto o cuantía del contrato. Sin embargo, es importante saber qué requisitos deben cumplir tanto la entidad contratante como el contratista, al momento de realizar un contrato público.

### **2.2.3 CONTRATACIONES BAJO EL PROCEDIMIENTO ESPECIAL.**

#### **Contratación integral por precio fijo.**

Dentro de los procedimientos especiales encontramos la contratación integral por precio fijo, contenido en el artículo 53 de la LOSNCP, que textualmente señala:

“Procedencia.- Para celebrar contratos de obra, podrá acordarse mediante resolución razonada de la máxima autoridad de la entidad, la celebración del Contrato Integral por Precio Fijo, cuando se cumplan de forma conjunta los siguientes requisitos:

1. Si del análisis previo a la resolución de la máxima autoridad, resulta más ventajosa esta modalidad con respecto a la contratación por precios unitarios;
2. Si se tratare de la ejecución de proyectos de infraestructura en los que fuere evidente el beneficio de consolidar en un solo contratista todos los servicios de provisión de equipo, construcción y puesta en operación;

3. Si el presupuesto referencial de dicha contratación sobrepasa el valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,1% por el monto del Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico; y,
4. Que la Entidad Contratante cuente con los estudios completos, definitivos y actualizados.”.

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

Los contratistas de esta modalidad contractual asumen todos los riesgos y responsabilidades por el cumplimiento del objeto del contrato en las condiciones acordadas.”<sup>40</sup>.

Por lo tanto se determina que este tipo de contratos procede para la contratación de obras, debiendo reunir ciertos requisitos, a más de los establecidos para su plena validez, como la aplicación acertada de esta modalidad de contratos, en un solo contratista para la ejecución del proyecto a que se refiera, así como la base económica sobre la cual se va a consolidar la obra, siendo importante además los estudios necesarios, actualizados y determinantes.

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

Según el Art. 54 de la LOSNCP, la selección del contratista para la celebración de este tipo de contratos, se realizará por el procedimiento de Licitación previsto en el

---

<sup>40</sup> CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Quito-Ecuador. Pág. 23.

Capítulo III del Título III de esta Ley, sin que se puedan aplicar procedimientos especiales o de excepción.

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

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

De acuerdo al Art. 55 de la LOSNP en esta modalidad todos los componentes del proyecto deben contratarse bajo la modalidad de contrato integral por precio fijo.

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

La terminación por mutuo acuerdo de estos contratos procederá exclusivamente por causas de fuerza mayor o caso fortuito aducidas por el contratista y aceptadas por la Entidad Contratante; o señaladas por esta última. No se admitirán como causales de terminación por mutuo acuerdo circunstancias imprevistas, técnicas o económicas.

La Entidad Contratante declarará la terminación unilateral y anticipada de estos contratos en caso de incumplimiento del contratista; o cuando ante circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito señaladas por la Entidad Contratante, el contratista no aceptare la terminación de mutuo acuerdo, siendo necesario que existan los componentes propios de este tipo de contratos con las consideraciones ya descritas. Por otra parte, la vigilancia de los contratos está a cargo de las empresas contratantes que velarán por el cumplimiento de la obra, respecto de lo cual el Art.

56 de la LOSNCP, establece que este tipo de contratos estarán sujetos a la supervisión de la Entidad Contratante, que podrá ser realizada por sí misma o por terceros.

La supervisión vigilará que el contratista se rijan a las especificaciones técnicas requeridas y a las obligaciones en cuanto a calidad y origen de los componentes de la obra, establecidos en el contrato. Es decir, es responsabilidad de quienes contratan el control de fiel cumplimiento, tomando en consideración los procesos técnicos determinados en el contrato, y en las condiciones y bajo la modalidad establecidas en éste. Además la entidad contratante tiene la atribución de designar a terceros para el encargo del control de la ejecución de la obra.

### **Contratación en situaciones de emergencia.**

El Art. 57 de la LOSNCP, establece el procedimiento para atender las situaciones de emergencia definidas en el número 31 del artículo 6 de esta Ley, previamente a iniciarse el procedimiento, el Ministro de Estado o en general la máxima autoridad de la entidad deberá emitir resolución motivada que declare la emergencia, para justificar la contratación. Dicha resolución se publicará en el Portal COMPRASPUBLICAS.

La entidad podrá contratar de manera directa, y bajo responsabilidad de la máxima autoridad, las obras, bienes o servicios, incluidos los de consultoría, que se requieran de manera estricta para superar la situación de emergencia. Podrá inclusive contratar con empresas extranjeras sin requerir los requisitos previos de domiciliación ni de presentación de garantías; los cuales se cumplirán una vez suscrito el respectivo contrato.

En todos los casos, una vez superada la situación de emergencia, la máxima autoridad de la entidad contratante publicará en COMPRASPUBLICAS un informe que detalle las contrataciones realizadas y el presupuesto empleado, con indicación de los resultados obtenidos.

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

Pues, el Art. 6 numeral 31 de la LOSNCP, sintetiza que las situaciones de emergencia “Son aquellas generadas por acontecimientos graves tales como accidentes, terremotos, inundaciones, sequías, grave conmoción interna, inminente agresión externa, guerra internacional, catástrofes naturales, y otras que provengan de fuerza mayor o caso fortuito, a nivel nacional, sectorial o institucional. Una situación de emergencia es concreta, inmediata, imprevista, probada y objetiva”<sup>41</sup>.

Por lo que corresponde a la autoridad de la entidad pública que pretenda realizar este tipo de contratos, establecer mediante resolución debidamente motivada las condiciones por las cuales se ha de realizar el contrato, para superar las situaciones de emergencia que requieran de una acción rápida y prioritaria. La declaratoria de emergencia, implica una mayor responsabilidad para las autoridades de entidades públicas pues superada la emergencia deberán responder por sus actos u omisiones.

Para la contratación en situaciones de emergencia se debe tomar en cuenta los siguientes procedimientos determinados en el Art. 57 de la LOSNCP, que se pueden resumir en lo siguiente:

- La existencia de resolución motivada por parte de la autoridad de la entidad pública que justifique la contratación en situación de emergencia.
- Este tipo de contratación se puede realizar de manera directa, a fin de superar la emergencia, ya sea obras, bienes y servicios, bajo responsabilidad de la máxima autoridad de la entidad pública contratante. De igual forma estos contratos se pueden celebrar con empresas extranjeras, sin requerir previamente la domiciliación ni la presentación de garantías, las cuales se presentarán con la suscripción del contrato.

---

<sup>41</sup> CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Quito-Ecuador. Pág. 8.

- Finalmente la máxima autoridad deberá publicar un informe en el portal COMPRASPUBLICAS, sobre las contrataciones originadas producto de la situación de emergencia así como el presupuesto, y los resultados derivados de dicha contratación.

Este tipo de contratos han sido ampliamente cuestionados en diferentes instituciones del Estado; por ejemplo el Asambleísta Galo Lara, mediante Oficio Nro. AN-GL-2010-777, de fecha 01 de julio de 2010, solicitó al Presidente de la Asamblea Nacional, El inicio del Enjuiciamiento Político, al ex Ministro de Transporte y Obras Públicas, Ing. Jorge Manuel Marún Rodríguez, por supuestas causales de incumplimiento de funciones; entre otras: ARBITRARIEDAD EN DECLARATORIAS DE EMERGENCIA SIN REAL MOTIVACIÓN NI JUSTIFICACIÓN LEGAL, LO QUE PERMITIÓ EVADIR PROCESOS PRECONTRACTUALES EN BENEFICIO DE LOS CONTRATISTAS. En la misma demanda hace referencia a más treinta declaratorias de emergencia, dictas en su período de gestión (dic-2007 – jun-2009), por ejemplo:

- Resolución de Emergencia 3151-DM del 10 de junio del 2008, del Contrato de Rehabilitación y Mantenimiento de la Carretera Calceta – Tosagua de 12 Kilómetros de longitud, provincia de Manabí, a favor de la Compañía ACCYEM PROYECTOS CIA LTDA. Por un monto de USD \$ 4,905.513,08. Justificación la fuerte estación invernal.
- Resolución de Emergencia #148-DM del 5 de junio del 2008, del Contrato de Rehabilitación y Mantenimiento de la carretera Santo Domingo –Esmeraldas, a favor de Herdoiza Crespo Construcciones S.A. por USD 432,309,639,61. Justificación la fuerte estación invernal y la falta de operatividad.
- Declaratoria de Emergencia # 146-DM del 4 de junio del 2008, del Contrato de Rehabilitación y Mantenimiento de la Carretera “Y” de Tababuela-San Lorenzo, Esmeraldas y Manabí, a favor de la Compañía Técnica General de Construcciones S.A, por USD. \$78.193,326,06. Justificación la fuerte estación invernal y la falta de operatividad.

Esta es la constante en muchas instituciones del Estado que se camuflan en este tipo de contrataciones para evadir procedimientos precontractuales y contratar de forma directa, De estos contratos sólo se conoce la resolución de la máxima

autoridad de la entidad contratante; no se conoce el procedimiento precontractual, los antecedentes del contratista ni de la liquidación del contrato.

Finalmente, podemos apreciar en el Art. 57 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, incongruencias que se presentan debido a la facilidad que se les da a los extranjeros, que ni siquiera se les exige los requisitos previos como garantías, domiciliación, e incluso de inscribirse en el RUP, dándoles un tiempo para hacerlo por lo que se genera un vacío jurídico; y, desigualdad con respecto a los oferentes nacionales.

### **2.3 LA CONTRALORÍA GENERAL DEL ESTADO**

El Art. 211 de la Constitución de la República, señala que la Contraloría General del Estado es un organismo técnico encargado del control de la utilización de los recursos estatales, y la consecución de los objetivos de las instituciones del Estado y de las personas jurídicas de derecho privado que dispongan de recursos públicos.

Seguidamente, el Art 212, Ibídem sintetiza que serán funciones de la Contraloría General del Estado, además de las que determine la ley:

1. Dirigir el sistema de control administrativo que se compone de auditoría interna, auditoría externa y del control interno de las entidades del sector público y de las entidades privadas que dispongan de recursos públicos.
2. Determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal, relacionadas con los aspectos y gestiones sujetas a su control, sin perjuicio de las funciones que en esta materia sean propias de la Fiscalía General del Estado.
3. Expedir la normativa para el cumplimiento de sus funciones.
4. Asesorar a los órganos y entidades del Estado cuando se le solicite.

La Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, su Reglamento General, Reglamento de Determinación de Responsabilidades señalan como facultad de la Contraloría General del Estado, realizar el seguimiento y control continuos de las obras públicas en sus diferentes fases o etapas o en cada una de ellas, hasta su

ejecución total; de los ingresos, gastos e inversiones; utilización de recursos; de la administración y custodia de bienes que tengan carácter público. Tal clase de control por ningún concepto constituirá participación o autorización de actos administrativos, los cuales son de responsabilidad de la institución o entidad sujeta a examen.

Sin embargo, la Contraloría General del Estado, en cualquier momento puede efectuar el control, tanto a la obligación de las entidades de contar con los estudios completos, para dar inicio al trámite precontractual, verificar la legalidad de los mismos, como efectuar el control a la ejecución de los contratos públicos.

En efecto, la ejecución del sistema de control, fiscalización y auditoría del Estado se realizará por medio de:

1. El control interno, que es de responsabilidad administrativa de cada una de las instituciones del Estado a las que se refiere el artículo 2 de la LOGGE; y,
2. El control externo que comprende:
  - a) El que compete a la Contraloría General del Estado; y,
  - b) El que ejerzan otras instituciones de control del Estado en el ámbito de sus competencias.

Es importante fiscalizar a las instituciones estatales porque a través de los respectivos exámenes a más de brindar los elementos que permiten establecer la forma cómo se está desarrollando la administración de la cosa pública, y en base a aquello si se llegare a establecer responsabilidades civiles, administrativas o determinar el indicio de responsabilidad penal, permite emitir las conclusiones y recomendaciones con el objeto de que las autoridades y demás servidores públicos ejerzan un correcto manejo de los recursos públicos.

Por lo tanto es necesario ejercer un mejor control a las acciones de la administración pública en materia de contratación pública en lo referente al régimen y procedimiento especial toda vez que conforme se encuentran establecidas estas disposiciones, se deja la puerta abierta para que el funcionario competente ejerza este tipo de contratación con total discrecionalidad.

Cabe mencionar que el Sistema Nacional de Contratación Pública “cuenta con un marco jurídico consolidado que, sin embargo, es perfectible, sobre todo a la hora de marcar aspectos procedimentales que permitan un mejor control del ente rector, una mayor coordinación con los entes auditores, y una más transparente y abierta supervisión por parte de las entidades contratantes. El marco institucional posee un ente rector moderno, que está acompañado por la tecnología de la información para su funcionamiento pero que posee credibilidad y reputación y está abierto a acompañarse del concurso complementario de entidades hermanas en cuanto al sistema que debe regular, como la Contraloría General del Estado, la Secretaría Nacional de Planificación, el Ministerio de Finanzas, los ministerios coordinadores y sectoriales, y los gobiernos nacional y locales. Así también existe credibilidad y apropiación interna por parte del público y la sociedad civil en torno al proceso de reformas que sigue el país y en particular el Sistema Nacional de Contratación Pública de Ecuador”<sup>42</sup>.

El control debe tener como finalidad coadyuvar al cumplimiento de los objetivos estatales dentro del sistema de contratación pública en el Ecuador, a través de un control oportuno y eficaz, mediante el aval o autorización para hacer efectiva la contratación que se realiza bajo el régimen y procedimiento especial.

#### **2.4. EL AVAL OTORGADO POR LA CONTRALORÍA GENERAL DEL ESTADO Y SU INCIDENCIA EN LA CONTRATACIÓN BAJO EL RÉGIMEN Y PROCEDIMIENTO ESPECIAL.**

Avalar acción de otorgar aval significa “Hacerse responsable de la manera de obrar de una persona”<sup>43</sup>, “Ofrecer garantía de buena calidad y servicio”<sup>44</sup>. En derecho la figura del aval existe cuando un tercero apoya física o moralmente el proceder de una persona.

---

<sup>42</sup> BID. Evaluación del Sistema Nacional de Contrataciones Públicas, Metodología OECD, Octubre 2011. Quito-Ecuador. Pág. 38.

<sup>43</sup> <http://es.thefreedictionary.com/aval>.

<sup>44</sup> <http://es.wiktionary.org/wiki/aval>

Las compras y contrataciones públicas “constituyen un factor clave para que las instituciones estatales puedan cumplir con sus importantes misiones (educación, salud, justicia, defensa, etc). Por esta razón, y dada la gran incidencia que las compras públicas tienen en el gasto del Estado, resulta crucial que se promueva la transparencia en esos procedimientos, no sólo para investigar y sancionar eventuales hechos de corrupción sino también, y fundamentalmente, para prevenir que esos hechos sucedan. Así, se optimiza el gasto y se utilizan más eficientemente los recursos de los ciudadanos”<sup>45</sup>.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública no contiene normas específicas para avalar la contratación pública en el régimen y procedimiento especial, por lo cual, siguiendo el sentido de preminencia y agilidad que se requiere en este tipo de contratación, es necesario realizar un control concurrente para evitar la discrecionalidad en los actos administrativos preparatorias de estos contratos y en la selección de los proveedores.

Se aplica el aval por parte de la Contraloría General del Estado para la contratación pública en el régimen y procedimiento especial y se asegura su concordancia con los principios rectores de la contratación pública; y, se evita el abuso y la discrecionalidad en este tipo de contratación.

El Estado está obligado a re-conceptualizar su papel en función de las necesidades en cuanto a la contratación bajo procedimientos especiales o de excepción, en donde la Contraloría General del Estado como el organismo rector encargado del control de los recursos públicos y del aporte para la consecución de los objetivos estatales emita un informe que certifique la pertinencia para contratar a través de estos procedimientos.

Consecuentemente la Contraloría General del Estado en coordinación con el INCOP, establecerán canales informáticos que permitan que los funcionarios encargados del control emitan el aval por estos medios electrónicos sin que esto signifique retraso o pérdida de tiempo.

---

<sup>45</sup> MUÑOZ . Juan C., Dr., “EL SISTEMA DE CONTRATACIÓN EN EL ECUADOR”, Vol. II, Editorial Don Bosco, Quito-Ecuador, Año 2010, Pág. 45.

Ante la necesidad de ejercer un control adecuado dentro de la Administración Pública, la Contraloría General del Estado deberá implementar modernas técnicas de evaluación, control y auditoría, pero a la vez crear una nueva cultura organizacional, potenciar el recurso humano mediante la capacitación continua y la búsqueda permanente de la excelencia profesional.

Para lograr estos objetivos es importante e inminente se emprenda en la aplicación de la Auditoría de Gestión, como instrumento básico de medición de la gestión pública y como una respuesta más eficaz para combatir la corrupción administrativa, pero también es necesario que simplifique procedimientos y agilite el trámite para la determinación de responsabilidades derivadas de su actividad de control gubernamental; y así evitar que se despilfarren los recursos públicos.

## **2.5 LA IDONEIDAD Y EL AVAL OTORGADO POR LA CONTRALORÍA GENERAL DEL ESTADO, A LOS PROVEEDORES CONTRATADOS BAJO EL RÉGIMEN Y PROCEDIMIENTO ESPECIAL.**

La idoneidad, significa “Reunión de las condiciones necesarias para desempeñar una función”<sup>46</sup>.

Idóneo hace referencia que la persona tiene que ser: Apto. / Capaz. / Competente. / Dispuesto. / Suficiente con aptitud legal para ciertos actos por no estar incurso en ningunas de las incapacidades por la ley previstas.

La idoneidad demanda una actitud o disposición interna como una sólida competencia y compromiso con la sociedad. La Contraloría General del Estado ha venido buscando la idoneidad moral y profesional de sus servidores a través de la capacitación y del aprendizaje con el contexto social; sin embargo, es necesario que esa misma idoneidad se exija a las personas que contratan con el Estado, es decir a las personas que administran recursos públicos y estatales. Pues en los procedimientos especiales y de excepción se ha dejado la puerta abierta para que se contrate de forma directa a personas naturales o jurídicas que no se conoce su trayectoria, su capacidad científica, técnica y operativa.

---

<sup>46</sup> <http://www.wordreference.com/definicion/idoneidad>

La LOSNCP ni el Reglamento General cuentan con disposiciones legales que califiquen la idoneidad de los proveedores cuando éstos son contratados de forma directa como sucede en los procesos de excepción.

Por lo tanto, en las contrataciones que se realicen a través de procedimientos de especiales o de excepción que permiten realizar contrataciones directas sin que medie ningún proceso de selección se debería de implementar la calificación del proveedor que garantice su idoneidad, es decir, que haya certeza en lo que realmente es capaz de proveer. Circunstancia que debemos corregir pues, así, quien adjudique el contrato, lo hará por idoneidad, y no por amistad.

## **2.6 EL RÉGIMEN Y PROCEDIMIENTO ESPECIAL Y LA DISCRECIONALIDAD EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.**

Es importante que exista un sistema de control para responsabilizar a las entidades contratantes por sus acciones y para poder corregir o suspender los actos incorrectos o corruptos en los cuales incurran. Igualmente, incluye la posibilidad de que los particulares puedan presentar quejas contra la Administración.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, establece el Sistema Nacional de Contratación Pública, que tiene entre sus objetivos principales garantizar la transparencia y evitar la discrecionalidad de la contratación pública.

Sin embargo, como hemos podido observar este objetivo no se cumple, pues existen casos en los que se aprecia discrecionalidad, como sucede con la dispensa del Registro Único de Proveedores, para quienes son contratados por las entidades del Estado bajo el régimen y procedimiento especial, dejando a voluntad de la máxima autoridad de la entidad contratante la estipulación de los requisitos que deberá cumplir el contratista en dichos procesos. Cuando incluso existen determinadas normas que permiten a la autoridad actuar y obras con libertad absoluta; sin embargo "todos los actos de la administración pública deben estar sujetos al control"<sup>47</sup>.

---

<sup>47</sup> MORALES TOBAR, Marco. (2010). Manual de Derecho Procesal Administrativo. Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones. Primera Edición. Quito Ecuador. Pág. 38.

En la Evaluación del Sistema Nacional de Contrataciones Públicas, realizado en octubre de 2011, por el Banco Interamericano de Desarrollo BID, se determina que quizá “un espacio donde se pueda mejorar, es en algunas entidades contratantes, que no han adecuado aún sus procedimientos administrativos en función del nuevo marco regulatorio de la contratación pública, manteniendo conductas y tendencias en las cuales todavía la discrecionalidad permea la realización de procesos de compra. Por otro lado, no existe un sistema de acreditación respecto de los funcionarios encargados de la contratación pública”<sup>48</sup>.

Por lo tanto como podemos apreciar ya no solo es necesario garantizar la calidad de los contratistas; la calidad de bienes, obras o servicios que contraten las instituciones públicas, sino incluso se debe acreditar a los funcionarios encargados de la contratación pública, pues al ser uno de los medios por el cual se vale el Estado para proveer servicios que satisfagan necesidades colectivas y por el cual se manejan grandes cantidades recursos económicos deben ser tratado con absoluta responsabilidad.

---

<sup>48</sup> BID. *Evaluación del Sistema Nacional de Contrataciones Públicas*, Metodología OECD, Octubre 2011. Quito-Ecuador. Pág. 90.

## **CAPÍTULO III**

# **INVESTIGACIÓN DE CAMPO**

### **3.1. ANÁLISIS Y PRESENTACIÓN DE LOS RESULTADOS.**

En la presente investigación jurídica, se ha tomado en consideración la metodología a seguirse de acuerdo al proyecto de investigación debidamente aprobado, en este aspecto, es necesario aplicar instrumentos metodológicos que precisen la recolección de la información, como son la encuesta y la entrevista; y, en este caso se aplicó treinta encuestas y cinco entrevistas, que fueron absueltas con el valioso criterio de: abogados en libre ejercicio profesional, funcionarios y empleados del sector público, contratistas, como de funcionarios de la Regional 4 de la Contraloría General del Estado; todos vinculados con el sector público respecto de la contratación que realizan las instituciones estatales; y, en consecuencia con la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

En base al trabajo realizado, he creído conveniente presentar los resultados de las interrogantes planteadas a través de la encuesta y entrevista y con esta información hacer el respectivo análisis a los resultados obtenidos a través de cuadros estadísticos y gráficos que nos permitan presentar dicha información.

La encuesta y entrevista fueron diseñadas y elaboradas tomando en consideración la problemática, los objetivos y la hipótesis planteada, de la cual se pudieron establecer seis interrogantes, que a continuación señalamos:

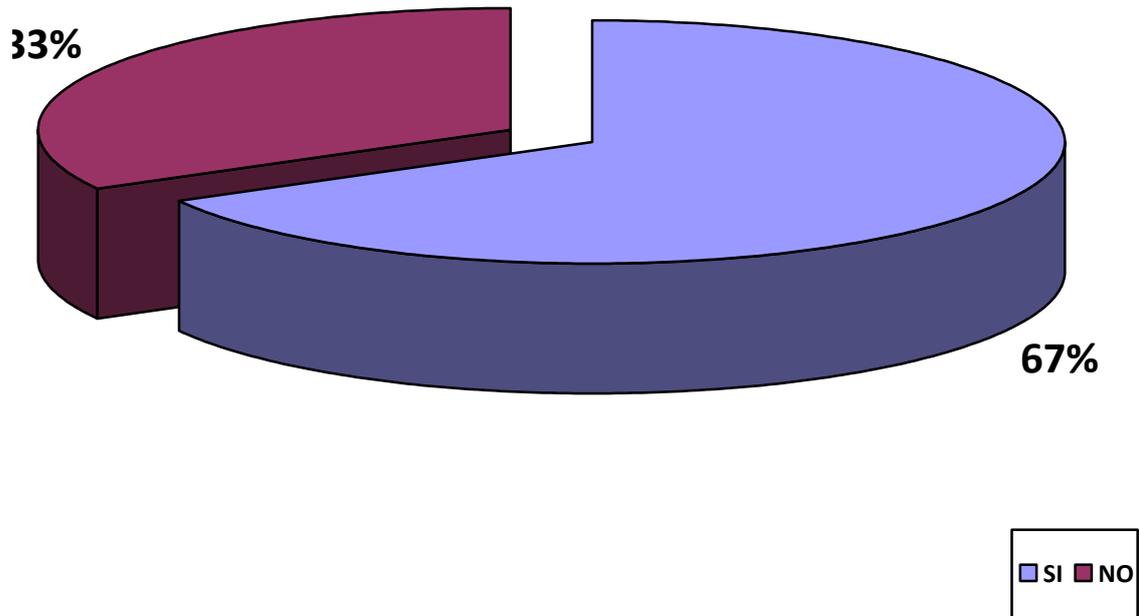
1.- ¿Considera Ud., que con la vigencia del Sistema Nacional de Contratación Pública, se garantiza la calidad del gasto público y su ejecución en concordancia con el Plan Nacional de Desarrollo?

**CUADRO N° 1**  
GARANTÍA AL SISTEMA DE CONTRATACION PÚBLICA BAJO EL REGIMEN ESPECIAL

ITEM	VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
1	SI	20	67
2	NO	10	33
	TOTAL	30	100%

FUENTE: Abogados y Doctores en Jurisprudencia, Funcionarios Estatales, Contratistas.  
ELABORACIÓN: El Autor

**GRÁFICO N° 1**



### **ANÁLISIS:**

De acuerdo a la primera interrogante, puedo manifestar que de los 30 encuestados, 20 de ellos responden que con la vigencia del Sistema Nacional de Contratación Pública, se garantiza la calidad del gasto público y su ejecución en concordancia con el Plan Nacional de Desarrollo; lo que representa el 67%; y, 10 de ellos responden que no se cumple dicho proceso en el sistema de contratación respecto de las obras contratadas, lo que representa el 33%, del total de la muestra.

### **INTERPRETACIÓN:**

De lo expuesto, se puede apreciar, que la mayoría de los encuestados manifiestan que con la vigencia del Sistema Nacional de Contratación Pública en el Ecuador, en cuanto a los contratos que realizan los entes estatales con los particulares para la ejecución de obras, adquisición o arrendamiento de bienes y prestación de servicios, garantiza la calidad del gasto público y su ejecución en concordancia con el Plan Nacional de Desarrollo, pues se evidencia que la ejecución de obras que están contempladas dentro de la planificación nacional y local en varios frentes como salud, educación, justicia, infraestructura vial, saneamiento ambiental, etc.; sin embargo, existen casos en donde se ha evidenciado arbitrariedad y corrupción en materia de contratación pública, por lo tanto, es necesario que se realice un análisis respecto de la ejecución y liquidación de los contratos, toda vez que muchas obras quedan inconclusas o sufren daños al poco tiempo de haberlas recibido, lo que causa malestar en la ciudadanía. No obstante, cabe mencionar que la vigencia del Sistema Nacional de Contratación Pública, es relativamente corta y ha demostrado cambios significativos en este tipo de contratación, sin embargo es necesario realizar ciertas reformas para corregir las falencias existentes.

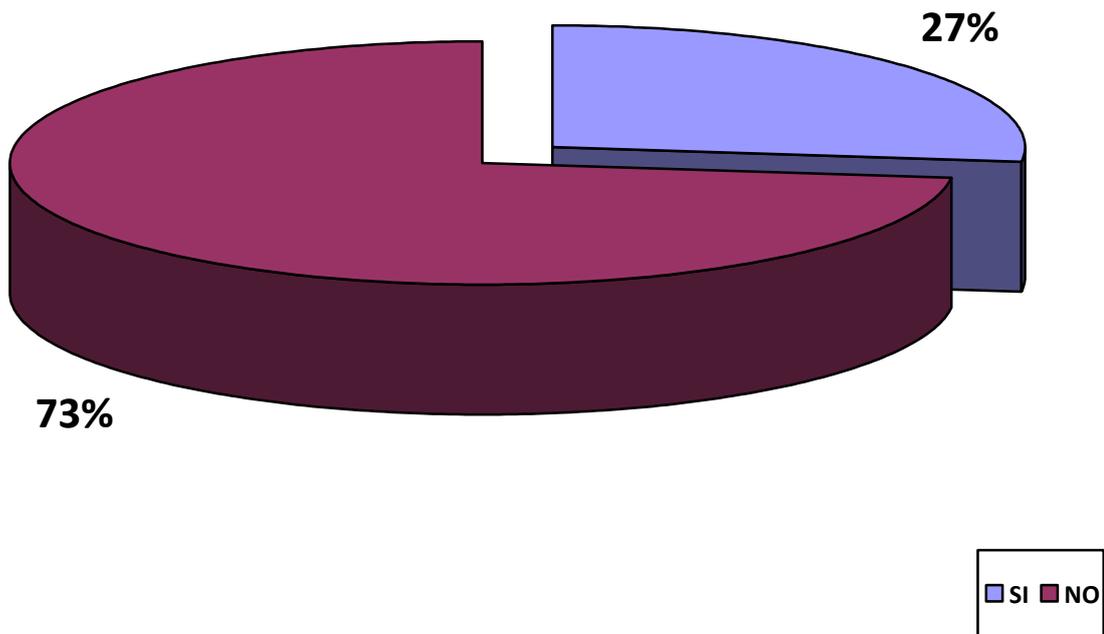
- 2.- ¿Considera Ud., que se garantiza el principio de igualdad de los proveedores frente a los procesos de contratación pública que realizan las instituciones del Estado, bajo el Régimen y Procedimiento Especial?

**CUADRO N° 2**  
**GARANTÍA AL SISTEMA DE CONTRATACION PÚBLICA BAJO EL REGIMEN ESPECIAL**

ITEM	VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
1	SI	8	27
2	NO	22	73
	TOTAL	30	100%

FUENTE: Abogados y Doctores en Jurisprudencia, Funcionarios Estatales, Contratistas.  
ELABORACIÓN: El Autor

**GRÁFICO N° 2**



### **ANÁLISIS:**

De acuerdo a la segunda interrogante, puedo manifestar que de los 30 encuestados, 22 de ellos responden que no se garantiza el principio de igualdad de los proveedores frente a los procesos de contratación pública que realizan las instituciones del Estado, bajo el régimen y procedimiento especial, lo que corresponde al 73%; mientras que una minoría, esto es 8 de los encuestados responden que si se garantiza este principio lo que corresponde al 27%.

### **INTERPRETACIÓN:**

El criterio y manifestación de los encuestados hace referencia a que los contratos exceptuados o exonerados de los procedimientos precontractuales tal como se encuentra establecidos en ciertos casos del régimen y procedimiento especial en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación, no garantiza el principio de igualdad porque no existe un procedimiento mínimo de selección que regula la participación de los proveedores. Incongruencias que se presentan en algunos procedimientos de excepción en los cuales a los proveedores ni siquiera se les exige los requisitos previos como garantías, domiciliación, e incluso de inscribirse en el RUP, dándoles un tiempo adicional para hacerlo lo que contradice el principio de igualdad y libre concurrencia que a su vez genera un vacío en la actual LOSNCP; Cuando en toda contratación pública debe primar el equilibrio, la libertad y la igualdad de quienes se encuentran inscritos en el RUP o forman parte de un sistema. Por lo tanto, se debe trabajar en una reforma que establezca que esta designación no quede exclusivamente en manos de la máxima autoridad de la entidad contratante, sin que medie ningún tipo de proceso de selección de los proveedores ni de negociación de las ofertas de las contrataciones a realizar, más cuando se trata de recursos públicos a los que hay que administrar con absoluta responsabilidad y transparencia para que no se deriven responsabilidades ulteriores. Finalmente es de manifestar que resulta más eficiente realizar un control preventivo que en la práctica sería más sencillo y económico para evitar que se produzcan inconsistencias en la contratación pública que a su vez realizar un control posterior a través de un examen especial o de auditoría.

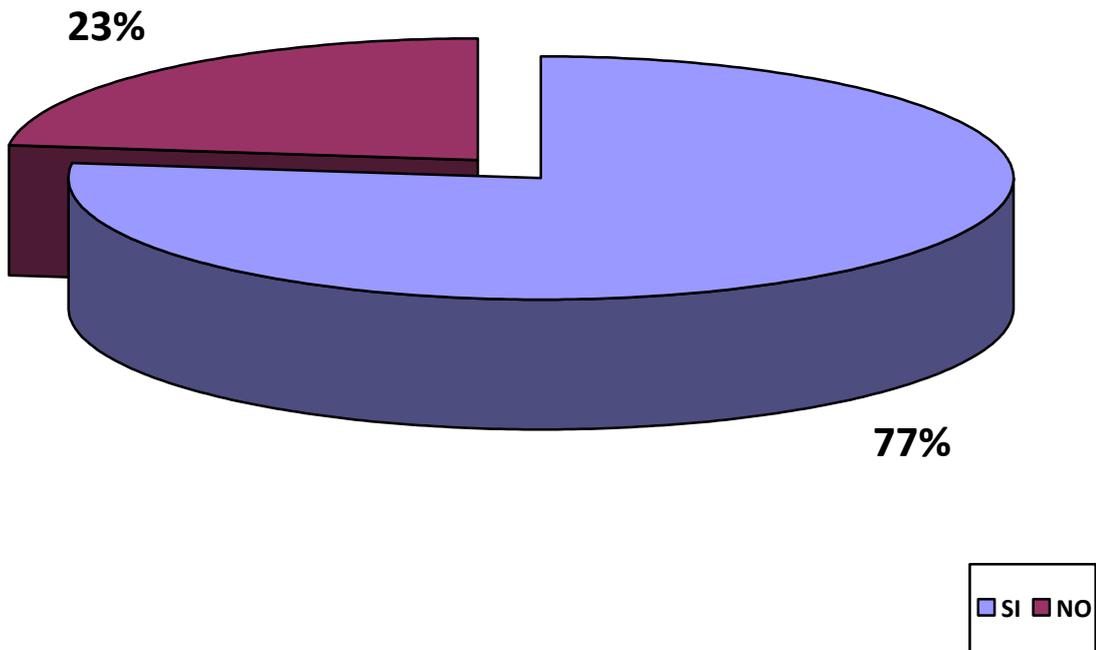
3.- ¿Considera Ud., que se debe garantizar la ejecución plena de los contratos y la aplicación efectiva de las normas contractuales, bajo el Régimen Especial y Procedimiento Especial, a través del aval otorgado por la Contraloría General del Estado?

**CUADRO N° 3**  
**GARANTÍA AL SISTEMA DE CONTRATACION PÚBLICA BAJO EL REGIMEN ESPECIAL**

ITEM	VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
1	SI	23	77
2	NO	7	23
	TOTAL	30	100%

FUENTE: Abogados y Doctores en Jurisprudencia, Funcionarios Estatales, Contratistas.  
ELABORACIÓN: El Autor

**GRÁFICO N° 3**



### **ANÁLISIS:**

De acuerdo a la tercer interrogante, puedo manifestar que de los 30 encuestados, 23 de ellos responden que se debe garantizar la ejecución plena de los contratos y la aplicación efectiva de las normas contractuales, bajo el Régimen Especial y Procedimiento Especial, a través del aval otorgado por la Contraloría General del Estado, lo que representa el 77%; y, 7 de ellos responden que no es necesario garantizar la ejecución de los contratos a través del aval emitido por el organismo de control, lo que representa el 23%, del total de la muestra.

### **INTERPRETACIÓN:**

Los encuestados consideran que debe garantizarse la ejecución plena de los contratos y la aplicación efectiva de las normas contractuales, bajo el Régimen Especial y Procedimiento Especial, a través del aval otorgado por la Contraloría General del Estado, porque al ser contratos que surgen de la improvisación, de situaciones emergentes o fortuitas o para prevenir el cometimiento de una tragedia, evaden cierto tipo de procedimientos precontractuales debido a su urgencia, lo que genera que las máximas autoridades tomen decisiones inmediatas, entonces emerge la necesidad que el Ente rector en materia de control emita el aval respecto del tipo de contratación y del proveedor que forman parte de este proceso. Por otro lado, el aval que emita el Organismo de control, de acuerdo a los encuestados vendría a ser una limitante para aquellas autoridades que han convertido este tipo de contrataciones en un pretexto para evadir los procedimientos establecidos con la finalidad de adjudicar contratos a determinados proveedores. Por lo tanto, resulta importante y a la vez interesante que la Contraloría General del Estado empiece a cambiar la visión de ejercer el control, ya no concentrándose en controles posteriores sino en controles preventivos o previos a los contratos exceptuados o exonerados de los procedimientos precontractuales con el propósito de evitar que se realicen contrataciones arbitrarias e inconsistentes y lo que es más importante que los recursos públicos sean bien invertidos. Finalmente se colige, que el aval o cualquier otra forma de mecanismo que se aplique para garantizar la ejecución de los contratos debe ser un mecanismo ágil que no se convierta en un talón de Aquiles para la contratación pública; por lo tanto debe ser el Estado quien genere los canales adecuados para que la información que se genere en estos casos fluya en doble vía de manera rápida para garantizar el principio de eficiencia administrativa.

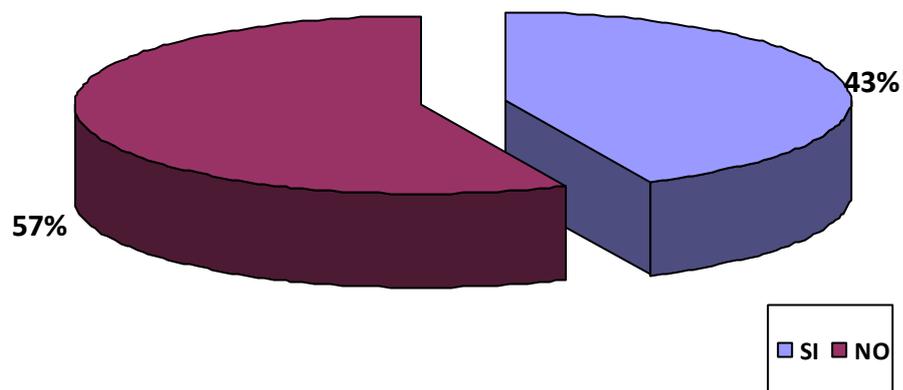
- 4.- ¿Considera Ud., que en el marco de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, se garantiza la transparencia en la contratación pública, cuando se realiza bajo el Procedimiento y Régimen Especial?

**CUADRO N° 4**  
GARANTÍA AL SISTEMA DE CONTRATACION PÚBLICA BAJO EL REGIMEN ESPECIAL

ITEM	VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
1	SI	13	43
2	NO	17	57
	TOTAL	30	100%

FUENTE: Abogados y Doctores en Jurisprudencia, Funcionarios Estatales, Contratistas.  
ELABORACIÓN: El Autor

**GRÁFICO N° 4**



### **ANÁLISIS:**

De acuerdo a esta pregunta, de los 30 encuestados, 13 responden que en el marco de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, se garantiza la transparencia en la contratación pública, cuando se realiza bajo el procedimiento y régimen especial, lo que representa el 43%; y, 17 de los encuestados consideran que actual marco legal de contratación pública en el Ecuador en cuanto al régimen y procedimiento especial, no garantiza la transparencia con respecto a la contratación pública, lo que representa el 57% del total de muestra.

### **INTERPRETACIÓN:**

Los encuestados manifiestan que la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en cuanto a los procedimientos especiales y de excepción no garantiza la transparencia toda vez que la transparencia no significa únicamente publicar los resultados de contrataciones realizadas a través de estos procedimientos porque lo que evidencia es lo que se ha hecho en determinado tiempo sin establecer la posibilidad de cuestionar, fiscalizar o impugnar los actos administrativos que se derivan de dichas contrataciones, limitando a los ciudadanos a conocer si los procedimientos se realizaron dentro de los parámetro legales o si se cometieron irregularidades, para que posteriormente sean los organismo competentes quienes determinen esta situación. Igualmente señalan los encuestados que en el caso de declaratorias de emergencia, para que exista una verdadera transparencia debe publicarse en el portal COMPRASPUBLICAS, en forma concurrente todos los actos y documentos que se deriven de este procedimiento, pues esto de ninguna manera retardaría la contratación sino más bien revelaría la veracidad de las actuaciones. Por lo tanto, se torna necesario aplicar normas que regulen este tipo de contrataciones de forma adecuada con el propósito de evitar algún tipo de arbitrariedad o discrecionalidad; asimismo, sería interesante que, en cada instituciones del Estado se conforme algún tipo de veeduría ciudadana para que ejerza su pleno derecho de fiscalizar los actos del poder público, con muchas más razón si en esta rama de la administración se contratan las obras, bienes y servicios que benefician a la colectividad.

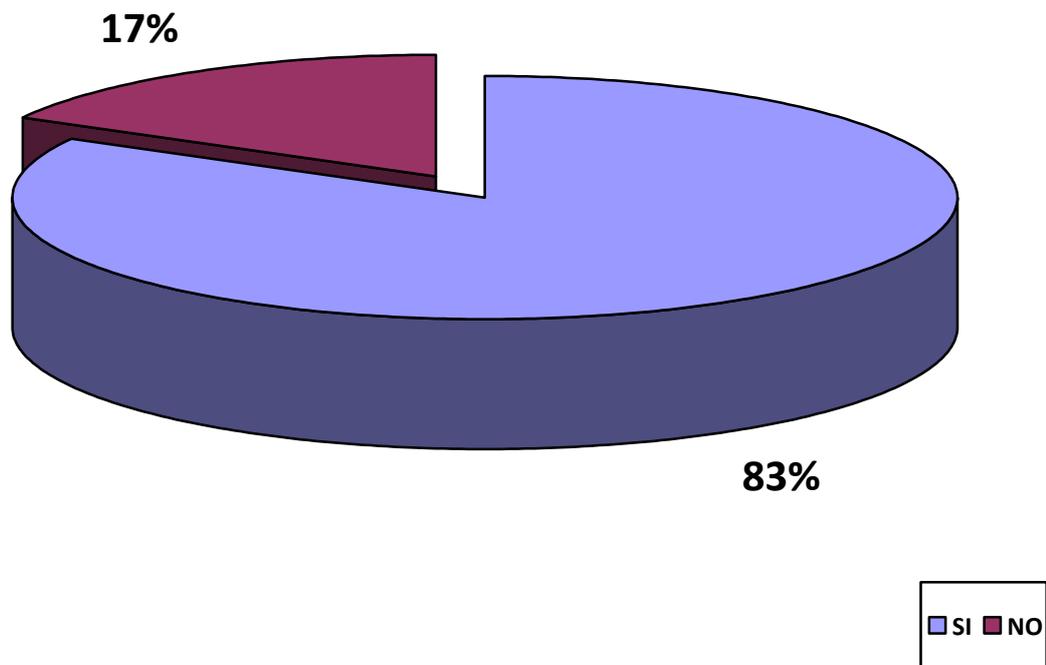
- 5.- ¿Considera Ud., que la falta de mecanismos de control eficientes; y, del aval realizado por la Contraloría General del Estado, frente a la contratación bajo el Régimen y Procedimiento Especial, genera discrecionalidad en la contratación pública en el Ecuador?

**CUADRO N° 5**  
GARANTÍA AL SISTEMA DE CONTRATACION PÚBLICA BAJO EL REGIMEN ESPECIAL

ITEM	VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
1	SI	25	83
2	NO	5	17
	TOTAL	30	100%

FUENTE: Abogados y Doctores en Jurisprudencia, Funcionarios Estatales, Contratistas.  
ELABORACIÓN: El Autor

**GRÁFICO N° 5**



### **ANÁLISIS:**

De acuerdo a la quinta interrogante, manifiesto que de los 30 encuestados, 25 responden que la falta de mecanismos de control eficientes; y, del aval otorgado por la Contraloría General del Estado, frente a la contratación bajo el régimen y procedimiento especial, genera discrecionalidad en la contratación pública en el Ecuador, lo que representa el 83%; mientras que 5 de los encuestados manifiestan que este tipo de contratación no genera discrecionalidad, lo que representa el 17% del total de la muestra.

### **INTERPRETACIÓN:**

Los encuestados manifiestan que la contratación pública bajo el régimen y procedimiento especial, atraviesa por un vacío legal ya que al no existir disposiciones que regulen de forma adecuada este tipo de procedimientos permite que se realicen contrataciones de forma directa dejando a criterio de las máximas autoridades de las entidades contratantes determinar los requisitos que deben cumplir los proveedores, así como seleccionar con cual de ellos contratar. Asimismo se señala que se genera discrecionalidad por la ausencia de un informe que viabilice o certifique que el procedimiento al cual se va a someter la contratación es por razones de excepcionalidad. No obstante que la importancia de la actividad preliminar o de planeación en los contratos de la administración, es que ésta constituye la base fundamental y soporte del contrato, pues permite que el contrato se ajuste a las necesidades del Ente Estatal. Por tanto, impide que el proceso de contratación entendido en todas sus etapas: preliminar, selección del contratista, celebración de contrato, ejecución y liquidación del mismo se improvisen, exigiendo que los funcionarios de la Administración se sujeten a procedimientos legales y cumplan las directrices técnicas y presupuestales de manera oportuna; sin embargo por causas extraordinarios ciertos contratos deben someterse a regímenes y procedimientos especiales obviando procedimientos preliminares; y, que en nuestra legislación carecen de controles oportunos y permiten que se genere discrecionalidad en los actos administrativos que emiten los funcionarios públicos. Por ello la importancia de contar con el aval que emita la Contraloría General del Estado, para garantizar la pertinencia de estos procedimientos, transparentar las actuaciones administrativas, evitar que los recursos económicos sean mal utilizados y evitar que se genere subjetividad en la contratación pública.

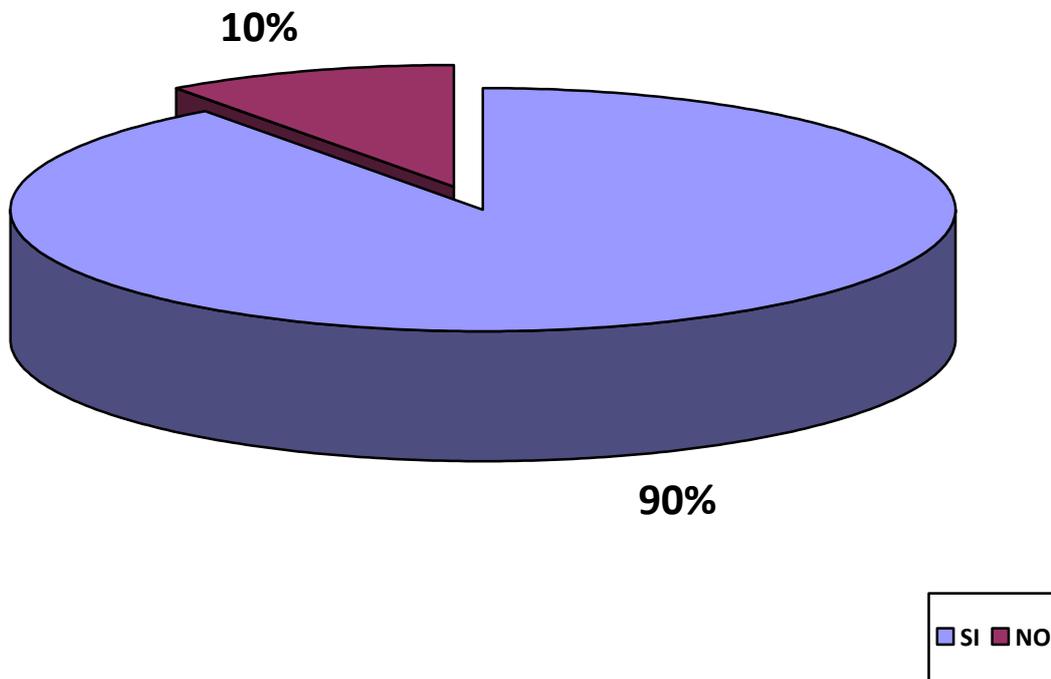
6.- ¿Considera Ud., que es necesario establecer una reforma a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que permita implementar mecanismos de control eficaces; y establecer el aval de la idoneidad de los proveedores y el cumplimiento de los contratos realizados bajo el Régimen y Procedimiento Especial, respecto del informe emitido por Contraloría General del Estado?

**CUADRO N° 6**  
**GARANTÍA AL SISTEMA DE CONTRATACION PÚBLICA BAJO EL REGIMEN ESPECIAL**

ITEM	VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
1	SI	27	90
2	NO	3	10
	TOTAL	30	100%

FUENTE: Abogados y Doctores en Jurisprudencia, Funcionarios Estatales, Contratistas.  
 ELABORACIÓN: El Autor

**GRÁFICO N° 6**



**ANÁLISIS:**

De acuerdo a la sexta interrogante, manifiesto que de los 30 encuestados, 27 de ellos responden que es necesario establecer una reforma a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que permita implementar mecanismos de control eficaces; y establecer el aval de la idoneidad de los proveedores y el cumplimiento de los contratos públicos bajo el Régimen y Procedimiento Especial, respecto del informe emitido por Contraloría General del Estado, lo que representa el 90%; mientras que 3, manifiestan que no es necesario, lo que representa el 10% del total de la muestra.

**INTERPRETACIÓN:**

Los encuestados manifiestan que es necesario reformar la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que permita por un lado implementar mecanismos de control previo; y, por otro lado, determinar la idoneidad de los proveedores, porque es la Entidad a través de sus funcionarios quien tiene la obligación de verificar la idoneidad del contratista. Esta verificación se la debe efectuar con absoluta responsabilidad toda vez que su inobservancia acarrea responsabilidades administrativas, civiles y penales, según corresponda. Por tanto, en los contratos realizado bajo el régimen y procedimiento especial, es necesario que se cuente con un informe emitido por Contraloría General del Estado, que avale estas actuaciones administrativas, con sujeción estricta a la Ley y a las cláusulas establecida; el objeto del contrato debe ser ejecutado en la forma y tiempo convenidos, ésta es la principal obligación del contratante del Estado y, sino se conoce su aptitud se pone en riesgo los recursos públicos. La Administración debe actuar con diligencia y oportunidad, eso es indudable, porque el interés público y la Ley así lo exigen.

## **RESULTADOS DE LA ENTREVISTA.**

Como parte de las técnicas de recolección de la información de campo me he valido de la entrevista, la misma que me ha permitido recolectar información de personas especializadas en la rama del derecho y personas vinculadas a la problemática objeto del presente estudio. Para mejor ilustración presento las respuestas obtenidas de las preguntas realizadas a los entrevistados.

- 1.- ¿Considera Ud., que en el marco de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, se garantiza la transparencia en la contratación pública, cuando se realiza bajo el procedimiento y régimen Especial?**

### **ANÁLISIS:**

Los entrevistados, consideran que se debe implementar políticas de orden estructural, organizacional y operativo, en cuanto al cumplimiento eficaz de las obras que han sido contratadas por el Estado, en especial, que en el marco de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, se garantice la transparencia en la contratación pública, cuando se realiza bajo el procedimiento y régimen especial, que no afecte el interés gubernamental como social, porque ya se prevé un tiempo estimado en que se ejecutará tal o cual obras; que el incumplimiento de éstas causa inconvenientes de orden económico y social al país; que al ser el Estado quien contrata, éste debe corregir los procedimientos y mecanismos que sean absolutamente exigentes a los contratistas, respecto del cumplimiento del contrato. Asimismo, señalan que toda actividad contractual del Estado es de carácter público, ya sea contratación directa, licitación, compras por catálogo, subasta inversa o concurso de méritos. En estos procesos los interesados tendrán la oportunidad de conocer y controvertir los informes, conceptos y decisiones que se realicen o adopten. Por lo cual es necesario que se establezcan etapas que permitan el conocimiento de dichas actuaciones y otorguen la oportunidad de expresar observaciones, toda vez que las actuaciones de las autoridades son públicas y los expedientes que los contengan estarán abiertos al público permitiendo el ejercicio del principio constitucional de publicidad.

**2.- ¿Considera Ud., que la falta de mecanismos de control eficientes; y, del aval otorgado por la Contraloría General del Estado, frente a la contratación bajo el régimen y procedimiento especial, genera discrecionalidad en la contratación pública en el Ecuador?**

**ANÁLISIS:**

Los entrevistados responden que es necesario tener presente que en un proceso contractual por parte del Estado para con los contratistas, ha de cumplirse en los términos del contrato como de la normativa legal; pese a los inconvenientes que la falta de mecanismos de control eficientes; y, del aval realizado por la Contraloría General del Estado, frente a la contratación bajo el régimen y procedimiento especial, genera discrecionalidad en la contratación pública en el Ecuador. En una primera apreciación se sintetiza que, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública eliminó los informes obligatorios de la Procuraduría y Contraloría General del Estado, que en forma previa a la suscripción del contrato debían obtener las Entidades Contratantes; por lo tanto y en la actualidad según lo dispone el Art. 15 de la Ley, corresponde a los Organismos de Control del Estado, dentro del marco de sus atribuciones, realizar los controles posteriores a los procedimientos de contratación. Una segunda apreciación surge al tratarse de un factor de negocio plurilateral lleva implícita la administración del recurso público, no debe escapar ni ser ajeno al consecuente control por parte de los organismos previstos para el efecto y de la ciudadanía en general. No obstante, que al existir en nuestra legislación procedimientos que permiten contrataciones obviando procedimientos propios de la contratación pública y con pocas regulaciones que las controlen dejando a manos de los funcionarios públicos resolver sobre la selección de los procesos de contratación y de los particulares que las realicen sin el mínimo control de los organismos competentes genera discrecionalidad en esta materia. Por ello es necesario que se establezcan mecanismos idóneos y efectivos para que los contratistas cumplan a cabalidad con el fin que persigue el Estado en la búsqueda de una sociedad más justa, equitativa y transparente.

- 3.- **¿Considera Ud., que es necesario establecer una reforma a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que permita implementar mecanismos de control eficaces; y establecer el aval de la idoneidad de los proveedores y el cumplimiento de los contratos realizados bajo el Régimen y Procedimiento Especial, respecto del informe emitido por Contraloría General del Estado?**

**ANÁLISIS:**

Los entrevistados, responden que la intención de que se revise la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que permita implementar mecanismos de control eficaces; y establecer el aval de la idoneidad de los proveedores y el cumplimiento de los contratos públicos bajo el régimen y procedimiento especial, respecto del informe emitido por Contraloría General del Estado. En primer lugar, partiendo de que el Estado como cualquier contratante, tiene el derecho legítimo de obtener de los particulares las mejores condiciones en la contratación, las más económicas, las más eficientes, las que cumplan las especificaciones y requerimientos técnicos y las que ofrezcan mayores garantías de seriedad para su realización; sin embargo al contemplarse en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, contrataciones directas sin que medie ningún proceso de calificación o selección del proveedor, por ello se torna necesario implementar mecanismos sencillos pero eficaces de calificación de la idoneidad de los proveedores contratados bajo estos procedimientos que permita la participación de cualquier persona que cumpla con las bases y requisitos exigidos por la Ley; y, por otro lado garantizar el cumplimiento de los contratos de ejecución de obras, adquisición de bienes o prestación de servicios incluidos los de consultoría que son contratados bajo el régimen y procedimiento especial en los cuales ha de tomarse muy en cuenta la eficacia del control por parte del organismo encargado de control gubernamental, y que éste debe cumplirse en los términos de la negociación del contrato, lineamientos, procedimientos y/o mecanismos que prevean que el contratista se compromete a que dicha obra cumpla con el tiempo de duración determinado, por lo tanto es necesario emprender en una reforma a la Ley, para garantizar que las contrataciones realizadas por el Estado cumplan su función en beneficio de la sociedad ecuatoriana.

### **3.2. VERIFICACIÓN DE OBJETIVOS.**

En el marco de la presente investigación he propuesto tres objetivos: un general y dos específicos. Los objetivos propuestos y a los que más adelante hago referencia se han verificado y demostrado en toda la investigación, así tenemos:

#### **OBJETIVO GENERAL:**

- Realizar un estudio crítico, doctrinario y jurídico a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contracción Pública, con relación a la eficacia de los contratos públicos otorgados mediante el régimen especial; y, su garantía por parte del Estado, a través de la Contraloría General del Estado.

Este objetivo propuesto, una vez desarrollado el marco teórico, como de los resultados tanto de las encuestas como de las entrevistas, el aporte de las mismas, se ha considerado que en el Ecuador, existe debilidad en cuanto a la aplicación tanto de la normativa, como del procedimiento y mecanismos en la efectividad de las obras contratadas por el Estado específicamente en lo relacionado a las contrataciones bajo el régimen y procedimiento especial, y que se lo ha determinado en la presente investigación, por lo tanto amerita de acuerdo al estudio realizado, que se instituya un procedimiento más eficaz para que la contratación pública en el Ecuador, cumpla con su cometido como lo es el desarrollo de nuestros pueblos; por lo tanto, considero que este objetivo fue alcanzado al momento de realizar y desarrollar este trabajo investigativo, en que se hacen manifiesto los derechos, garantías y preceptos legales en cuanto al procedimiento del sistema de Régimen Especial de Contratación Pública en el Ecuador.

#### **OBJETIVOS ESPECÍFICOS:**

- Determinar jurídicamente la necesidad de garantizar la ejecución de obras, adquisición o arrendamiento de bienes y prestación de servicios incluidos los de consultoría, contratados por el Estado bajo el régimen y procedimiento especial, a través del aval otorgado por la Contraloría General del Estado.

Este objetivo fue planteado para conocer en qué forma el Estado determina en el marco legal y jurídico en el que los contratistas garanticen y convaliden sus obras ejecutadas para con la sociedad ecuatoriana, para evitar en el mejor de los casos el que se paralicen las obras, y aún más preocupante que sean abandonadas las mismas, lo que trae consigo consecuencias de orden económico, político y social; ante ello es necesario se estructuren nuevos mecanismos de control para la eficacia y seguimiento continuo de los contratos específicamente los realizados bajo el régimen y procedimiento especial y que éstos sean avalados por parte de la Contraloría General del Estado, con excelencia y eficacia, por lo tanto este objetivo se verificó acertadamente.

- Establecer la necesidad de incorporar en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, disposiciones legales para avalar la idoneidad de los proveedores contratados bajo el régimen y procedimiento especial a través de un informe emitido por la Contraloría General del Estado.

Este objetivo se lo planteó para conocer si es necesario realizar una reforma a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que establezca la creación de un sistema eficaz, sea vía procedimiento, o mediante mecanismos, que nos lleven a convalidar que los contratos y los proveedores que contrate el Estado bajo el régimen y procedimiento especial, sean de calidad y cumplan de conformidad con lo dispuesto en la Ley y en los términos contractuales, procedimiento que garantice su cumplimiento con los preceptos legales, así como del contenido del contrato, en función de un desarrollo eficaz del Estado. De acuerdo a los resultados de la investigación de campo y de la información contenida en el marco teórico, se pudo determinar la necesidad de reformar la LOSNCP, en lo referente al control y selección de los proveedores que el Estado contrata en estos regímenes de excepción; por lo tanto se verificó afirmativamente este objetivo.

### **3.3 CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS.**

La hipótesis formulada como una conjetura antes de investigarla estuvo planteada de la siguiente manera:

- La falta de mecanismos de control; y, del aval proporcionado por la Contraloría General del Estado, en el marco de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, para la contratación bajo el régimen y procedimiento especial, genera discrecionalidad en la contratación pública en el Ecuador.

Así como los objetivos fueron alcanzados satisfactoriamente, de la misma forma se contrastó nuestro supuesto, con los resultados de la investigación de campo debidamente sustentables y fundamentados con los contenidos teóricos jurídicos detalladamente expuestos en los distintos capítulos de los que se compone la presente investigación, se evidencia que la ausencia de mecanismos de control previos y concurrentes en las contrataciones que se realizan bajo el régimen y procedimiento especial generan discrecionalidad en las actuaciones administrativas de los funcionarios públicos; por lo que el control posterior que realizan los Organismo de Control, únicamente sirven para determinar las responsabilidades administrativas, civiles y penales que se derivan de la contratación pública; por ello es necesario que la Contraloría General del Estado como el organismo técnico encargado del control de la utilización de los recurso públicos y de la consecución de los objetivos del Estado, ejercite un control preventivo y concurrente a este tipo de contrataciones, así como de las personas que serán las encargadas de ejecutar dichos contratos generando corresponsabilidad entre las entidades que conforman el Sistema Nacional de Contratación Pública.

### **3.4 FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA Y DOCTRINARIA QUE SUSTENTA LA REFORMA.**

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, vigente desde el 2008, en el corto plazo transcurrido desde su implantación, ha impactado sobre la situación de Ecuador en comparación con otros países.

En el presente trabajo de investigación jurídica, al realizar el estudio y análisis de los aspectos inherentes a la contratación pública, se determina que el Sistema Nacional de Contratación Pública, aún es ineficiente en cuanto no cumple con las disposiciones relativas al procedimiento de contratación pública, por lo que falta implementar y corregir algunos elementos sustanciales en cuanto al régimen y procedimiento especial, que las entidades del Estado, al considerar de manera motivada que no pueden aplicarse los procedimientos precontractuales previstos en la ley, determinan procedimientos especiales que se observan para la selección de los proveedores y para la celebración de los contratos respectivos, de acuerdo a los criterios determinados en los Pliegos.

El Sistema Nacional de Contratación Pública establece procesos de alta concurrencia de proveedores respecto de los denominados bienes y servicios normalizados (aquellos cuyas especificaciones y características técnicas permiten una comparación en igualdad de condiciones), que son tanto el Catálogo Electrónico como la Subasta Inversa, ambos con características propias de una licitación; respecto de bienes y servicios no normalizados, de ejecución de obra y de consultoría, la Ley mencionada prevé procedimientos que van desde la contratación directa hasta la licitación, dependiendo del monto de la contratación -los montos significativos se licitan-. Los procedimientos de régimen especial pueden ser de contratación directa con una o más condiciones, de invitación a un número restringido de proveedores o de convocatoria abierta y pública. No obstante, el régimen especial aplica únicamente respecto de ciertos bienes y servicios enumerados taxativamente en la LOSNCP. El régimen común contempla los siguientes procedimientos de contratación “ampliamente concursables”: Catálogo Electrónico y Subasta Inversa Electrónica (bienes y servicios normalizados); Licitación y Cotización de bienes y servicios no normalizados; Licitación, Cotización

y Menor Cuantía de ejecución de obra; Concurso Público en Consultoría; y, Licitación de Seguros.

Según la evaluación del Sistema Nacional de Contratación Pública, realizado en el año 2011, “Los procedimientos ampliamente concursables han sido utilizados para realizar adquisición de bienes, contratación de servicios -incluidos los de consultoría- y ejecución de obras, en un porcentaje equivalente al cincuenta y uno por ciento del presupuesto nacional de compra (dos mil ochocientos dieciocho millones, catorce mil cuatrocientos veinte dólares de los Estados Unidos de América) en el lapso comprendido entre mayo de 2009 y mayo de 2010. El cuarenta y nueve por ciento restante, se refiere a contrataciones realizadas a través de procedimientos que no son considerados internacionalmente como ampliamente concursables, así como a contrataciones en situaciones de emergencia declaradas a través de un procedimiento legalmente previsto, y procedimientos especiales dentro del régimen general de contratación.”<sup>49</sup>.

En todo caso, es importante anotar que varios procedimientos de régimen especial poseen criterios de selectividad variados (contratación directa, listas cortas, subastas inversas, etc.) que, si bien no se realizan a través del Portal [www.compraspublicas.gob.ec](http://www.compraspublicas.gob.ec), por mandato expreso del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, se deben publicar en el citado portal los actos administrativos esenciales de cada compra, para cumplir con los principios de transparencia y publicidad previstos en el Art. 4 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

No obstante, más allá de que toda esa información debe ponerse a consideración de la ciudadanía, de requerirse, conforme a la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, LOTAIP, esta Información completa y detallada sobre los procesos precontractuales, contractuales, de adjudicación y liquidación, de las contrataciones de obras, adquisición de bienes, prestación de servicios, arrendamientos mercantiles, etc., celebrados por la institución con personas naturales o jurídicas, incluidos concesiones, permisos o autorizaciones.

---

<sup>49</sup> BID, Evaluación del Sistema Nacional de Contratación Pública del Ecuador –SNCP-metodología OCDE-CAD, Mayo 2011, Pág. 36-37.

Por otro lado, en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, no hay restricción para la habilitación de proveedores extranjeros en el RUP. En el caso de consultoría, el proveedor extranjero podrá participar siempre y cuando no exista capacidad nacional certificada por el INCOP a través de un procedimiento público previsto en la Ley.

Otro factor importante de analizar es que la contratación mediante procedimientos especiales o de selección ha servido para muchas instituciones públicas con argumentaciones como “la fuerte estación invernal”, hayan contratado de forma directa gran cantidad de obras, prestación de servicios, consultorías e incluso compra de maquinaria que bien pudo haber sido contratado bajo procedimientos comunes; sin embargo han sido utilizados para evadir ciertos procedimientos.

Por ello, se torna necesario implementar mecanismos sencillos pero eficaces de calificación de la idoneidad de los proveedores contratados bajo el régimen y procedimiento especial que permita la participación de cualquier persona que cumpla con las bases y requisitos exigidos por la Ley; y, por otro lado garantizar el cumplimiento de los contratos de ejecución de obras, adquisición de bienes o prestación de servicios incluidos los de consultoría que son contratados bajo estos procedimientos en los cuales ha de tomarse muy en cuenta la eficacia del control por parte del organismo encargado de control gubernamental, y que éste debe cumplirse en los términos de la negociación del contrato, lineamientos, procedimientos y/o mecanismos que prevean que el contratista se compromete a que dicha obra cumpla con el tiempo de duración determinado.

Por las razones anotadas es imperioso emprender en una reforma a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, para garantizar que las contrataciones realizadas por el Estado cumplan su función en beneficio de la sociedad ecuatoriana, pues la administración pública, también es institucional, por lo tanto es una rama de los servicios generales del Estado que se han desprendido de su organización para erigirse en entidades dotadas con personería jurídica, autonomía propia, patrimonio independiente y grado de especialidad y responsabilidad, en este sentido la institución pública representa el grado más alto de descentralización por servicio.

## **CAPÍTULO IV**

# **CONCLUSIONES, RECOMENDACIONES Y PROPUESTA**

## 4.1 CONCLUSIONES.

Luego de realizar el trabajo teórico y desarrollar la investigación de campo, he arribado a las siguientes conclusiones.

**PRIMERA.-** La contratación pública es un mecanismo por el cual se vale el Estado de los particulares para prestar un servicio público, en sentido general, para satisfacer las necesidades colectivas.

**SEGUNDA.-** Los contratos del Estado, realizado a través del Sistema Nacional de Contratación Públicas, surten los efectos jurídicos contractuales, en relación a las necesidades que el Estado, así como las necesidades que la población requiere para su desarrollo local, regional y nacional.

**TERCERA.-** El Estado ecuatoriano, y los contratistas son elementos dinamizadores del desarrollo productivo, administrativo, operativo y financiero de nuestra economía como de su desarrollo social, pero que aún los sistemas de control son insuficientes en cuanto a una verdadera fiscalización contractual.

**CUARTA.-** En los procedimientos relacionados con la contratación que realiza el Estado, a través del régimen y procedimiento especial, se evidencia falencias y vacíos legales debido a la carencia de mecanismos de control para las mismas.

**QUINTA.-** Que ciertas entidades públicas han abusado de los contratos sometidos al régimen y procedimiento especial que muchas veces se han realizado sin la motivación que justifique su procedencia, sino se ha realizado para evadir procedimientos precontractuales.

**SÉXTA.-** Los funcionarios competentes del Organismo de Control como es la Contraloría General del Estado, Procuraduría General del Estado, vigilen en forma periódica la ejecución de las obras contratadas por el Estado, sin perjuicio del seguimiento continuo de la Institución que contraten obras, bienes y servicios a favor de la nación.

**SÉPTIMA.-** Es necesario que en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que se establezca un control previo y otorgar el aval por parte de la Contraloría General del Estado que permita que este organismo de control, realice controles preventivos y que su aval garantice la calidad del proveedor y la eficacia de los contratos adjudicados bajo el procedimiento y régimen especial.

**OCTAVA.-** Que las disposiciones que regulan el procedimiento para la contratación bajo el régimen y procedimiento especial permite la presentación de información en forma extemporánea lo que contradice el principio de transparencia.

**NOVENA.-** Es necesario emprender en reformas tanto a la LOSNCP como a su Reglamento que permitan corregir las falencias que se originan en el régimen y procedimiento especial; que no por ser procedimientos de excepción pueden contradecir disposiciones constitucionales y legales.

## 4.2 RECOMENDACIONES.

Luego de la investigación tanto teórica como de campo y con el valioso aporte de los criterios emitidos en las encuestas así como en la entrevista, he arribado a las siguientes recomendaciones:

**PRIMERA.-** Que se instituya un sistema de corresponsabilidad entre los organismos competentes en materia de contratación pública y los contratistas, a fin de que se establezcan los mejores procedimientos para un seguimiento técnico, jurídico y social en cuanto al desarrollo de las obras, servicios y bienes contratados por el Estado.

**SEGUNDA.-** Que las Universidades, y en especial las carreras de Derecho, otorguen asesoramiento permanente a todos los contratistas, a través de los medios de comunicación, seminarios, charlas, simposios, para que se enteren de sus derechos y obligaciones relacionados con la contratación pública.

**TERCERA.-** Que las entidades públicas conformen unidades especializada con funcionarios calificados para llevar adelante los procesos de contratación en todos sus niveles, a fin de que este tipo de unidades realice un trabajo eficiente y vertical en materia de contratación pública y no permitan que los recursos públicos destinados a estos fines sean mal invertidos o, recibir obras, bienes o servicios de deficiente calidad.

**CUARTA.-** Reformar la Ley Orgánica del Sistema Nacional, en cuanto a establecer un control previo para garantizar la calidad del proveedor y la eficacia de las contrataciones que se realizan a través del régimen y procedimiento especial; y, que estas contrataciones reciban el aval otorgado por parte de la Contraloría General del Estado para evitar la arbitrariedad y discrecionalidad que se genera en este tipo de contratación.

**QUINTA.-** Revisión exhaustiva a las obras, bienes y servicios contratados por el Estado, a través de los procedimientos de excepción para garantizar que estas contrataciones sean realizadas cuando sea estrictamente necesario y no se las use

como pretexto para evadir procedimientos.

**SEXTA.-** Que el Instituto Nacional de Contratación Pública en coordinación con la Contraloría General del Estado, emprendan en una capacitación masiva al sector público, respecto de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su incidencia en el desarrollo socio-económico del país y de la importancia que representa para la administración pública en el Ecuador.

### **4.3 PROPUESTA DE REFORMA.**

#### **EXPOSICIÓN DE MOTIVOS:**

La contratación pública es uno de los medios de los cuales se vale el Estado para ejecutar obras adquirir bienes y contratar servicios que satisfagan las necesidades de interés general; por esta razón la contratación pública se ha convertido en una actividad de gran importancia para el país, es aquí en donde se armoniza el Derecho Público y el Derecho Privado, el interés público y el interés privado.

El Sistema Nacional de Contratación Pública en el Ecuador a pesar de ser relativamente nuevo ha generado cambios profundos; sin embargo, existen situaciones que aún no se han podido superar como la corrupción, la falta de transparencia, la desigualdad y otros aspectos negativos que tienen que ser corregidos.

Estas falencias se presentan principalmente en el régimen y procedimiento especial, que de acuerdo a la evaluación realizada al Sistema en el año 2011 por el Banco Interamericano de Desarrollo, bordean el 49% del total de los recursos empleados en la contratación pública en el Ecuador; y, que de acuerdo a este mismo informe estos procedimientos no son considerados internacionalmente como ampliamente concursables, lo que contraviene al principio de libre competencia señalado en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Esta situación deriva en la desigualdad que se evidencia en ciertos procesos en los que la Ley, admite que se realicen contrataciones directas, que no contemplan ningún tipo de selección entre los proveedores inscritos en el RUP, lo que genera que se realicen selecciones “a dedo” como se dice en el argot popular. Esta realidad, no permite realizar un control previo que garantice la calidad de los proveedores; y, que la ejecución de los contratos se realice conforme lo dispone la Ley y las cláusulas establecidas.

Por lo expuesto, se pone a consideración la **LEY REFORMATIVA A LA LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.**

## **EL PLENO DE LA ASAMBLEA NACIONAL**

### **CONSIDERANDO:**

**Que**, el Art. 288, de la Constitución de la República del Ecuador, señala que las compras públicas cumplirán con criterios de eficiencia, transparencia, calidad, responsabilidad ambiental y social. Se priorizarán los productos y servicios nacionales, en particular los provenientes de la economía popular y solidaria, y de las micro, pequeñas y medianas unidades productivas;

**Que**, según el Art. 66, numeral 16, de la referida Constitución se reconoce y garantizará a las personas el derecho a la libertad de contratación. Este derecho debe ejercerse previo cumplimiento de los requisitos establecidos en la respectiva Ley;

**Que**, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, estable el régimen y procedimiento especial para contrataciones con características específicas que por esta condición se permiten contrataciones directas y la presentación posterior de la información relevante de estos procesos; y, que es necesario transparentar en cumplimiento de principios constitucionales;

**Que**, es necesario incorporar en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, mecanismos que permitan garantizar que la ejecución de contratos realizados a través del régimen y procedimiento especial se cumplan de acuerdo a los plazos y especificaciones técnicas establecidas;

**Que**, es necesario incorporar en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, normas para viabilizar un control previo y otorgar el aval por parte de la Contraloría General del Estado a las contrataciones realizadas bajo el procedimiento y régimen especial; y,

En uso de las facultades legales y constitucionales que le confiere el numeral seis, artículo ciento veinte de la Constitución de la República del Ecuador, expide la

siguiente:

**LEY REFORMATORIA A LA LEY ORGÁNICA DEL  
SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA**

**Artículo Único.- Incorpórese a continuación del artículo 57, el siguiente artículo: El aval otorgado por la Contraloría General del Estado.-** Todo contrato público realizado bajo el régimen y procedimiento especial, deberá contar con el aval de la idoneidad de los proveedores a través de un informe emitido por la Contraloría General del Estado.

**Artículo Final.-** La presente Ley estará en vigencia a partir de la fecha de su publicación en el Registro Oficial.

Dada en la sala de sesiones de la Asamblea Nacional, en el Distrito Metropolitano de la ciudad de Quito, a los.....del mes de ..... del 2012.

**PRESIDENTE  
ASAMBLEA NACIONAL**

**SECRETARIO  
ASAMBLEA NACIONAL**

## BIBLIOGRAFÍA

- Constitución de la República del Ecuador. (2011) R.O. N° 449. Quito Ecuador.
- Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. (2008). R.O. N° 395. Quito – Ecuador.
- Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. (2009). R.O. N° 588. Quito – Ecuador.
- Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado. (2002). R.O. N° 595. Quito – Ecuador.
- Reglamento General de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado. (2002) R.O. N° 622. Quito – Ecuador.
- Ley de Contratación Pública. (2001). R.O. N° 272. Quito – Ecuador.
- Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización. (2011). R.O. N° 303. Quito – Ecuador.
- Código Civil. (2005). R.O. N° 46. Quito – Ecuador.
- ALVARADO DE PAZ Y MIÑO. Haydeé, (2011). Concesiones, Consultorías y Otros Contratos. Editorial UTPL. Primera edición. Loja – Ecuador.
- CABANELLAS DE TORRES. Guillermo, (2003). Diccionario Jurídico Elemental. Editorial Heliasta. Buenos Aires – Argentina.
- GARCÍA FALCONÍ. José, (2009). Los Principios Rectores y Disposiciones Fundamentales que se Deben Observar en la Administración de Justicia en el Ecuador según el Código Orgánico de la Función Judicial. Editorial RODIN. Primera edición. Quito – Ecuador.
- GUERRERA RAMOS. Carlos, MONTESINOS GUARNIZO. Otto, (2011). Responsabilidad Contractual y Extracontractual del Estado. Editorial UTPL. Primera edición. Loja – Ecuador.
- JARAMILLO ORDÓÑEZ. Herman, (2005). Manual de Derecho Administrativo. Editorial UNL. Quinta edición. Loja – Ecuador.
- LÓPEZ ARÉVALO, William, (2012). Tratado de Contratación Pública. Tomo I. Editorial Jurídica del Ecuador. Segunda edición. Quito Ecuador.
- LÓPEZ ARÉVALO, William, (2012). Tratado de Contratación Pública. Tomo II. Editorial Jurídica del Ecuador. Segunda edición. Quito Ecuador.
- MORALES TOBAR. Marco, (2010). Manual de Derecho Procesal Administrativo. Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones. Primera

edición. Quito – Ecuador.

- MUÑOZ. Juan Carlos, (2010). El Sistema de Contratación en el Ecuador, Vol. II, Editorial Don Bosco. Primera edición. Quito-Ecuador.
- PÉREZ. Efraín, (2010). Manual de Derecho Administrativo. Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito – Ecuador.
- RICAUTE MARTÍNEZ. Marco, (2011). Contratación Pública. Editorial UTPL. Primera edición. Loja – Ecuador.
- SECAIRA DURANGO. Patricio, (2010). Derecho Administrativo. Editorial UTPL. Primera edición. Loja – Ecuador.
- YOUNES MORENO. Diego, (2007). Curso de Derecho Administrativo. Editorial Temis. Octava edición. Bogotá – Colombia.

[www.derechoecuador.com](http://www.derechoecuador.com)

[www.contratacionpublica](http://www.contratacionpublica)

[www.funciónejecutiva.org.ec](http://www.funciónejecutiva.org.ec)

[www.derechoadministrativo.com](http://www.derechoadministrativo.com)

[www.dnp.gov.co](http://www.dnp.gov.co)

<http://contratacionpublica.wikispaces.com/La+contrataci%C3%B3n+p%C3%BAblica>.

<http://servicios.elpais.com/diccionarios/castellano/control>.

<http://es.thefreedictionary.com/avalar>.

<http://es.wiktionary.org/wiki/avalar>

<http://www.wordreference.com/definicion/idoneidad>

# **ANEXOS**



**UNIVERSIDAD TECNICA PARTICULAR DE LOJA**  
*La Universidad Católica De Loja*

**MODALIDAD ABIERTA Y A DISTANCIA**

**MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO**

**ENCUESTA**

Señor Abogado, mucho agradeceré se sirva contestar la presente encuesta, emitiendo su valioso criterio, lo que permitirá obtener información, sobre el tema **“LA GARANTÍA DEL SISTEMA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA BAJO EL RÉGIMEN ESPECIAL, FRENTE A LA VIGILANCIA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DEL ESTADO”**.

1.- ¿Considera Ud., que con la vigencia del Sistema Nacional de Contratación Pública, se garantiza la calidad del gasto público y su ejecución en concordancia con el Plan Nacional de Desarrollo?

SI ( ) NO ( )

.....  
.....  
.....

2.- ¿Considera Ud., que se garantiza el principio de igualdad de los proveedores frente a los procesos de contratación pública que realizan las instituciones del Estado, bajo el Régimen y Procedimiento Especial?

SI ( ) NO ( )

.....  
.....  
.....

3.- ¿Considera Ud., que se debe garantizar la ejecución plena de los contratos y la aplicación efectiva de las normas contractuales, bajo el Régimen Especial y

Procedimiento Especial, a través del aval otorgado por la Contraloría General del Estado?

SI ( ) NO ( )

.....  
.....  
.....

4.- ¿Considera Ud., que en el marco de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, se garantiza la transparencia en la contratación pública, cuando se realiza bajo el Procedimiento y Régimen Especial?

SI ( ) NO ( )

.....  
.....  
.....

5.- ¿Considera Ud., que la falta de mecanismos de control eficientes; y, del aval realizado por la Contraloría General del Estado, frente a la contratación bajo el Régimen y Procedimiento Especial, genera discrecionalidad en la contratación pública en el Ecuador?

SI ( ) NO ( )

.....  
.....  
.....

6.- ¿Considera Ud., que es necesario establecer una reforma a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que permita implementar mecanismos de control eficaces; y establecer el aval de la idoneidad de los proveedores y el cumplimiento de los contratos realizados bajo el Régimen y Procedimiento Especial, respecto del informe emitido por Contraloría General del Estado?

SI ( ) NO ( )

.....  
.....  
.....

GRACIAS POR SU COLABORACIÓN.