



UNIVERSIDAD TÉCNICA PARTICULAR DE LOJA
La Universidad Católica de Loja

ARÉA SOCIO HUMANISTICA

TÍTULO DE MAGÍSTER EN DERECHO ADMINISTRATIVO

El régimen de garantías en los procesos de contratación pública.

TRABAJO DE TITULACION

AUTOR: Mera Gómez, Fabricio Fernando.

DIRECTOR: Blacio Aguirre, Galo Stalin, Ph.D

CENTRO UNIVERSITARIO GUAYAQUIL

2017



Esta versión digital, ha sido acreditada bajo la licencia Creative Commons 4.0, CC BY-NY-SA: Reconocimiento-No comercial-Compartir igual; la cual permite copiar, distribuir y comunicar públicamente la obra, mientras se reconozca la autoría original, no se utilice con fines comerciales y se permiten obras derivadas, siempre que mantenga la misma licencia al ser divulgada. <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/deed.es>

Septiembre, 2017

APROBACIÓN DEL DIRECTOR DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

Doctor

Galo Stalin Blacio Aguirre. Ph.D

DOCENTE DE LA TITULACIÓN

De mi consideración:

El presente trabajo de titulación: “El Régimen de garantías en los procesos de Contratación Pública”, realizado por, Mera Gómez, Fabricio Fernando, ha sido orientado y revisado durante su ejecución, por cuanto se aprueba la presentación del mismo.

Guayaquil, octubre de 2017

f)

DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y CESIÓN DE DERECHOS

Yo, Mera Gómez, Fabricio Fernando, declaro ser autor del presente trabajo de fin de maestría: “El Régimen de garantías en los procesos de Contratación Pública”, de la Titulación Maestría en Derecho Administrativo, siendo el Dr. Galo Stalin Blacio Aguirre, Ph.D director del presente trabajo; y eximo expresamente a la Universidad Técnica Particular de Loja y a sus representantes legales de posibles reclamos o acciones legales. Además certifico que las ideas, concepto, procedimientos y resultados vertidos en el presente trabajo investigativo, son de mi exclusiva responsabilidad.

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

f.

Autor: Mera Gómez, Fabricio Fernando

Cédula: 0920624087

DEDICATORIA

A Dios, a mi familia, en especial a mis padres, esposa e hijos, porque con su cariño, apoyo incondicional y entrega me han sabido ayudar para no desistir en el camino.

AGRADECIMIENTO

Expreso mi agradecimiento a la Universidad, en especial al Dr. Galo Stalin Blacio Aguirre, Ph.D Coordinador Académico de la Maestría en Derecho Administrativo y Director de mi Tesis, quien con sus conocimientos, sabiduría y entrega, me ha sabido guiar de la mejor manera en el desarrollo de la presente tesis, y poder culminar con satisfacción.

Mera Gómez, Fabricio Fernando

INDICE DE CONTENIDOS

CARATULA.....	i
APROBACIÓN DEL DIRECTOR DEL TRABAJO DE TITULACIÓN.....	ii
DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y CESIÓN DE DERECHOS.....	iii
DEDICATORIA.....	iv
AGRADECIMIENTO.....	v
INDICE DE CONTENIDOS.....	vi
RESUMEN.....	1
ABSTACT.....	2
INTRODUCCIÓN.....	3
CAPÍTULO I.....	5
1. EL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.....	6
1.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.....	8
1.2. EN EL ESTADO ECUATORIANO.....	10
1.3. DEFINICIÓN.....	10
1.4. NORMATIVA LEGAL.....	15
1.5. PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.....	15
1.6. PLAN ANUAL DE CONTRATACIONES.....	21
1.7. LOS OBJETIVOS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.....	22
1.8. LAS FASES DE LOS PROCESOS DE CONTRATACIÓN.....	23
1.9. TIPOS DE PROCEDIMIENTOS CONTRACTUALES.....	27
1.9.1. PROCEDIMIENTOS DE RÉGIMEN COMÚN.....	27
1.9.1.1. PROCEDIMIENTOS DINÁMICOS.....	27
1.9.1.2. PROCEDIMIENTOS COMUNES DE BIENES Y SERVICIOS.....	28
1.9.1.3. PROCEDIMIENTOS ESPECIALES DENTRO DEL RÉGIMEN COMÚN.....	29
1.9.1.4. OBRAS.....	32
1.9.1.5. CONSULTORIA.....	34
1.9.1.6. ÍNFIMA CUANTÍA.....	35
2. LAS GARANTÍAS CONTRACTUALES.....	35
3. DE LOS PERJUICIOS DE LA FALTA DE GARANTÍAS.....	36
4. LA FINALIDAD DE LAS GARANTÍAS.....	38
5. TIPOS DE GARANTÍAS.....	38
6. LAS CONTRATACIONES DE ÍNFIMA CUANTÍA.....	40
7. EL RÉGIMEN ESPECIAL.....	41

CAPITULO II	42
2.- MATERIALES Y MÉTODOS.....	42
2.1.- METODOLOGÍA.....	43
2.2.- MÉTODOS.....	43
2.3. PROCEDIMIENTOS Y TÉCNICAS.....	44
CAPÍTULO III.....	45
3.1. GARANTÍA DE ANTICIPO.....	46
3.2. GARANTÍA TÉCNICA.....	47
3.3. GARANTÍA DE FIEL CUMPLIMIENTO.....	48
3.4. LA DEVOLUCIÓN DE LAS GARANTÍAS.....	50
3.5. LAS GARANTÍAS IMPLEMENTADAS EN LA ACTUALIDAD EN LOS PROCESOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.....	52
CAPÍTULO IV	55
4.1. RESULTADOS DE LAS ENCUESTAS.	56
4.2. ANTEPROYECTO DE LEY REFORMATORIA A LA LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA Y AL REGLAMENTO GENERAL DE LA LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, RESPECTO AL RÉGIMEN DE GARANTÍAS.....	63
4.3. ANTEPROYECTO SOBRE EL REGLAMENTO.....	65
4.4. CONCLUSIONES.....	67
4.5. RECOMENDACIONES.....	69
4.6. BIBLIOGRAFÍA.....	70
4.7. ANEXOS.....	72

RESUMEN

El título del presente trabajo es: “El Régimen de garantías en los procesos de Contratación Pública”.

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

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

La investigación será exploratoria donde identificaremos los problemas existentes. Se realizará una encuesta con preguntas a expertos en la contratación pública.

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

PALABRAS CLAVE: Contratación Pública, sistemas de garantías, administración, artesanos, pequeñas empresas, aval bancario.

ABSTRACT

The title of the present work is: "The Regime of guarantees in the processes of Public Procurement".

To cover the expectations of this work, the main objective will be to design and propose a Draft Reform Bill and the General Regulation to the Organic Law of the National System of Public Contracting, regarding the regime of guarantees.

This thesis will identify the problems of the current Public Procurement Law and its Regulations with respect to the guarantees required of contractors and can be answered.

The research will be exploratory where we will identify the existing problems. A survey will be conducted with questions to public procurement experts.

As a result, a draft bill will be drafted to correct all the shortcomings encountered and to respond to the needs that the public expects from public procurement.

KEY WORDS: Public Procurement, guarantee systems, administration, artisans, small companies, bank guarantee.

INTRODUCCIÓN

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, determina los principios, normas y procedimientos de contratación para la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluso los de consultoría, creada con el fin de innovar la contratación mediante procedimientos ágiles, transparentes, eficientes y tecnológicamente actualizados, que impliquen ahorro de recursos y que faciliten las labores de control tanto de las entidades contratantes como de los propios proveedores de obras, bienes y servicios y de la ciudadanía en general.

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

Con estos antecedentes, resulta indispensable reformar la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento, respecto al régimen de garantías.

Los objetivos específicos son:

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

Para ello, se analizarán las generalidades y conceptos en el entorno de la contratación pública y de la LOSNCP. También se analizarán las garantías en los procesos de

contratación. Realizaremos una encuesta a expertos jurídicos sobre el portal de contratación pública, para conocer los problemas y necesidades.

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

CAPÍTULO I
LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

1. El Sistema Nacional de Contratación Pública.

Es necesario destacar que con el Sistema Nacional de Contratación Pública (SNCP) lo que se busca es que se garantice la calidad de los recursos económicos destinados al gasto público, para que estos fondos del Estado sean utilizados en el bienestar de los derechos colectivos de los ciudadanos. Así mismo, el SNCP tiene como finalidad vigilar todas las etapas de los procesos de contratación y de adquisición que realizan las entidades públicas, en los cuales intervienen tanto las entidades que requieren de las contrataciones y los proveedores de los bienes y servicios.

Hay que aclarar que este sistema según la Ley del SNCP es la única forma en la que las entidades públicas y gobiernos autónomos descentralizados pueden adquirir bienes, servicios y contratar obras y consultorías. Según Susana Obando¹ (2011), este SNCP constituye un camino que se encuentra fundamentado en algunos retos que se pretenden cumplir, tales como:

- * La planificación de las entidades contratantes, con el fin de cortar la discrecionalidad con la que se definía los requerimientos, compras y proveedores.
- * Transparentar los procedimientos de selección, que es la principal garantía de un comportamiento ético de los agentes.
- * Agilidad y modernidad con procedimientos preferentemente electrónicos, en apoyo al desarrollo del país.
- * Ahorro y empleo eficiente de los recursos públicos, a través de una aplicación técnica de la formulación de presupuestos de contratación y la eliminación de procedimientos innecesarios que ocupaban recursos.
- * Participación ciudadana en la vigilancia y monitoreo de todas las contrataciones realizadas con recursos del Estado.
- * Dinamización de la economía nacional, a través de la preferencia a los productos de fabricación nacional, por tanto reducción del consumo de equipos importados adquiridos por las entidades contratantes.
- * Apoyo a los productores, comerciantes y prestadores de servicios locales y nacionales, a través de márgenes de preferencia en su participación.
- * Desarrollo de programas de apoyo a los artesanos, micro y medianos empresarios con criterios de compras de inclusión.

¹ Obando, Susana. (2011). *Incidencia de la Ley Orgánica del SNCP en la optimización del gasto de los recursos del Estado ecuatoriano*. Quito, Ecuador: Universidad Politécnica Salesiana.

Otro de los componentes del SNCP es precisamente el Instituto Nacional de Contratación Pública (INCOP), cuya importancia radica en que es el que se encarga de dirigir las contrataciones, con el fin de que se cumplan los propósitos del sistema, principalmente la calidad de las adquisiciones y contrataciones, bajo el principio de la oportunidad.

Obando² (2011), agrega que: “Dentro de los componentes del INCOP está la definición de propuesta de valor hacia las partes interesadas, entendiéndose como parte interesada a los proveedores, entidades contratantes, funcionarios del INCOP, al Estado y a la Sociedad”. (p. 11).

Vale decir que la propuesta de valor significa que el INCOP busca que a través de la entrega de las adquisiciones y contrataciones se satisfagan a todos los grupos de interés antes citados. El hecho que se puedan definir los indicadores y la infraestructura de las adquisiciones, es un punto clave para que se puedan identificar los procesos internos para la contratación, lo que permitirá cumplir con los objetivos del SNCP.

Obando³ (2011), también considera que: El INCOP tiene una estructura estratégica cuyos objetivos están entrelazados por la relación causa efecto, sus perspectivas buscan entregar una propuesta de valor al sistema con una perspectiva nacional para satisfacer al estado y a la ciudadanía, una perspectiva de los usuarios satisfaciendo a los proveedores y entidades contratantes para alcanzar resultados con éxito, para que esta perspectiva se cumpla es necesario el cumplimiento de los cuatro procesos internos que tiene el INCOP: excelencia operativa, relacionamiento con usuarios, innovación de servicios y cobertura y comunicación e imagen institucional. (p. 12).

Se puede finalizar este punto estableciendo que la operación y desarrollo de del SNCP se fundamenta principalmente en el cumplimiento de los principios y procesos establecidos en la Ley, los cuales serán descritos y analizados en lo posterior, debido a que lo que se busca es que todas las partes satisfagan sus necesidades: el Estado a

² Obando, Susana. (2011). *Incidencia de la Ley Orgánica del SNCP en la optimización del gasto de los recursos del Estado ecuatoriano*. Quito, Ecuador: Universidad Politécnica Salesiana.

³ Obando, Susana. (2011). *Incidencia de la Ley Orgánica del SNCP en la optimización del gasto de los recursos del Estado ecuatoriano*. Quito, Ecuador: Universidad Politécnica Salesiana.

través de sus instituciones públicas o GAD'S, los proveedores, el INCOP y la ciudadanía a través de la prestación de los servicios públicos.

1.1. Antecedentes históricos.

Adriana Maldonado⁴ (2014), determina que: Para lograr el desarrollo de los pueblos el Estado tiene la facultad de contraer obligaciones y por ello se encuentra su historial en varios lugares del mundo, en el Derecho Romano de la época de la República se creó un mecanismo para gestionar los servicios públicos, mediante el ente llamado "Societas Publicanorum". (p. 7).

Así mismo, en el Estado francés el reconocimiento de la contratación pública surgió a inicios del siglo XX, en el cual se pueden identificar hubo tres situaciones que generaron la imposición de obligaciones tanto para el Estado como para los particulares. La autora Maldonado⁵ (2014), determina que estas tres razones fueron:

1. Regularizar un organismo formado por miembros particulares llamados "Corps des ingénieurs des ponts et chaussées" que se financiaban con el cobro de peajes;
2. Proteger los bienes públicos; y,
3. Las del Estado con los particulares, un caso en específico fue el servicio de telefonía en los años 1879 a 1889, servicio de ferrocarriles energía eléctrica, entre otros. (p. 8).

Como se denota en Francia el establecimiento de las obligaciones para las partes contractuales, tuvieron como fundamento la protección de la adquisición de los bienes públicos, tendientes a ser utilizados en la prestación de servicios públicos.

En cambio, en Alemania se fue desarrollando la jurisprudencia respecto a los contratos públicos, la cual permitió que se hiciera una diferenciación en la normativa respecto a los contratos públicos de los privados, dándole mayor importancia a la contratación pública por lo cual se expidió una ley que regula el sistema de adquisiciones y contrataciones que realizan las instituciones públicas.

⁴ Maldonado, Adriana. (2011). *Principales contradicciones y vacíos de las resoluciones emitidas por el Servicio Nacional de Contratación Pública*. Quito, Ecuador: Universidad Central del Ecuador.

⁵ Maldonado, Adriana. (2011). *Principales contradicciones y vacíos de las resoluciones emitidas por el Servicio Nacional de Contratación Pública*. Quito, Ecuador: Universidad Central del Ecuador.

Maldonado⁶ (2014), define los hechos históricos relevantes en Italia, donde: Sus avances en Contratación Pública, se debió a la regularización de los trabajadores públicos mediante “Contrattivevidenza pubblica” de la Ley 2245 de 1865, Los demás contratos se los realizaba paralelamente con el derecho privado y por el derecho administrativo, la mayoría de concesiones fueron hechas al servicio ferroviario rigiéndose a dos leyes, la Ley2245 de 1865 y a la Ley 2 de 1905, años posteriores se decreta en 1926 la Ley 526, en 1926 la Ley 100 y en 1928 la Ley 2783, las cuales determinaban la selección de contratistas y un concurso. (p. 8).

Como se evidencia la contratación pública en Italia surgió con el reconocimiento de una ley que regulaba la contratación de trabajadores. Sin embargo, de acuerdo al desarrollo de la prestación de los servicios públicos, se fueron creando normativas que tenían como objetivo la regulación de la adquisición de bienes y servicios para las instituciones públicas, en donde se instituyó el concurso público para la selección de los contratistas.

Mientras que, como comenta Maldonado⁷ (2014), en Inglaterra: “Los contratos realizados por la Corona, se regían por el derecho común y tribunales ordinarios, pero con la creación de un organismo arbitral llamado “Review Boardfor Government Contracts”. (p. 9). Es decir, no existía una ley que en la materia, sin embargo se creó ese tribunal arbitral que tenía como objetivo que las partes solucionaran las controversias surgidas a partir de la ejecución de los contratos, lo que fue considerado en lo posterior para incluir a la mediación y arbitraje dentro de las leyes que regulaban la contratación pública.

1.2. En el Estado ecuatoriano.

Una vez que ha sido expuesto el fundamento histórico de la contratación pública en general, es preciso definir el origen de la misma en el Estado ecuatoriano, el cual se remonta al año de 1830, cuando el Ecuador fue declarado República.

A partir de allí la contratación pública fue desarrollándose jurídicamente en el Estado ecuatoriano, teniendo como primer regulación la Ley de Licitaciones de 1964, la misma

⁶ Maldonado, Adriana. (2011). *Principales contradicciones y vacíos de las resoluciones emitidas por el Servicio Nacional de Contratación Pública*. Quito, Ecuador: Universidad Central del Ecuador.

⁷ Maldonado, Adriana. (2011). *Principales contradicciones y vacíos de las resoluciones emitidas por el Servicio Nacional de Contratación Pública*. Quito, Ecuador: Universidad Central del Ecuador.

que fue derogada por la Ley de Licitaciones y Concurso de Ofertas de 1976, que a su vez quedó sin vigencia por la expedición de la Ley de Consultoría de 1989 y de la Ley de Contratación Pública de 1990. Lo que evidencia que en el país la necesidad de regular las contrataciones que hiciera la Administración Pública surgió desde tiempos remotos a su reconocimiento como República y ha ido evolucionando de acuerdo a los requerimientos de la contratación pública.

Sin embargo, la Ley de Contratación Pública de 1990 fue la normativa con mayor relevancia respecto a todas las que habían existido, puesto que su eficacia se traducía a regular de mejor forma la contratación pública, la misma que fue reformada en el año del 2003 y derogada por la actual Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Castro Cuenca⁸ (2010), indica que: La LOSNCP fue aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente de Montecristi y publicada en el Registro Oficial N° 395 del 4 de agosto del 2008, constituyéndose como una normativa cuya finalidad es establecer regular el Sistema Nacional de Contratación Pública. Por sus facultades reglamentarias, el Presidente de la República del Ecuador, emite el Reglamento General de la LOSNCP mediante el Decreto Ejecutivo N° 1700, que fue promulgado en el Registro Oficial 588 de 12 de mayo de 2009. El desarrollo social y el progreso económico cada vez más avanzado, requerían de un cambio inminente en los procesos de contratación, con el fin de poder responder a los nuevos retos que debía asumir el Estado a nivel nacional e internacional; con la expedición de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 395, el 4 de agosto de 2008, se creó un sistema de contratación que armonice el proceso de contratación pública desde la planificación, programación, presupuesto, control, administración y ejecución de los contratos ya sean estos, de bienes, servicios, consultoría, obras entre otros que se efectúen con dineros públicos por parte de las entidades y organismos estatales. Lo novedoso de esta nueva Ley es, que todos los procesos de contratación pública, deben obligatoriamente publicarse en el portal electrónico www.compraspublicas.gob.ec de acuerdo a los principios de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. (p. 23).

⁸ Castro Cuenca, Carlos. (2010). *La Contratación Estatal: Teoría General, Perspectiva Comparada y Regulación Internacional*. Bogotá, Colombia: ASEUG.

Hay que aclarar que otra innovación incorporada por la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública, es el Registro Único de Proveedores (RUP), el cual es un requisito esencial para poder ser calificado como proveedor. Sin embargo, todo el sistema de contratación pública reconocido en la referida ley constituye un cambio trascendental en la materia y sobre todo en la finalidad que posee: mejorar la calidad de los bienes, servicios y obras.

1.3. Definición.

El artículo 1453 del Código Civil ecuatoriano⁹ (2005), dispone que: “Contrato o convenio 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”. (p. 591). Siendo así, que la definición dada por el CC no se encuentra apartada al derecho público, puesto que gira en torno de las partes contractuales en todos los ámbitos. Como bien lo afirma Marco Boada Márquez¹⁰: “La institución jurídica del contrato, no es una figura exclusiva del Derecho Privado, pues, se aparta frecuentemente del estricto ámbito del Código Civil y da paso hacia otros campos para extenderse también a la esfera del Derecho Público”. (2005, p. 34).

Según Otto Mayer¹¹ (1982): No existen actos bilaterales sino unilaterales de la Administración, actos administrativos, que son o no aceptados por los particulares, que dicha aceptación no puede ser equiparada con una relación contractual desde el momento mismo que no existe un plano de igualdad entre las partes, por lo que no lo considera un contrato. (p. 231).

El criterio del citado autor es muy acertado puesto que cuando una persona jurídica o natural contrata con la Administración Pública no puede sugerir cláusulas contractuales ni mucho menos imponerlas, lo que si hace la administración, por lo que realmente como tal no existe la denominada bilateralidad que caracteriza a los contratos de manera general.

Una de las concepciones más recogidas por los autores administrativos es que en materia contractual le atribuyen a la administración el carácter unilateral de su

⁹Congreso Nacional. (2005). *Código Civil*. Quito: Registro Oficial Suplemento 46 de 24-jun-2005.

¹⁰ Boada Márquez, Marco. (2005). *Los contratos de la Administración Pública*. Quito, Ecuador: Instituto de Altos Estudios Nacionales.

¹¹ Mayer, Otto. (2012). *Derecho administrativo alemán: poder de policía y poder tributario*. Parte especial, Volumen 2, Buenos Aires. Edit. Delpalma.

actuación, puesto que el contratista se adhiere a lo que dispone el órgano público y no sociabilizan las cláusulas del contrato, como sucede cuando entre particulares lo celebran.

Marienhoff¹² sostiene que hay contrato administrativo: En razón del objeto del contrato, y en ese caso se caracterizará por contener cláusulas exorbitantes al derecho común, cosa que también sucede cuando, sin serlo por su objeto, contiene expresamente cláusulas exorbitantes al derecho privado, lo que hace que no estén en pie de igualdad. (1965, p. 234).

El autor citado comparte la idea de que la contratación pública se caracteriza por la relación de subordinación entre la Administración Pública y el administrado, muy por el contrario en los contratos privados, donde se celebran en el marco de los acuerdos y relaciones entre las partes.

Miguel Bercatiz¹³ retoma los diferentes lineamientos sobre los contratos administrativos ensayando un concepto: Por su naturaleza, aquellos celebrados por la Administración Pública con un fin público, circunstancia por la cual pueden conferir al cocontratante derechos y obligaciones frente a terceros, o que, en su ejecución, pueden afectar la satisfacción de una necesidad pública colectiva, razón por la cual están sujetos a reglas de derecho público, exorbitantes del derecho privado, que colocan al cocontratante de la Administración Pública en una situación de subordinación jurídica. (1980, p. 189).

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública fue expedida con el fin de regular a las entidades del sector público en cuanto a las contrataciones que realicen, sean fundamentadas en la ejecución de obras, adquisición de bienes y prestación de servicios. Por la existencia de la mencionada ley, se entiende que en la contratación pública existe una bilateralidad limitada a lo que determinan las normas de derecho público, a diferencia de lo que determina el derecho privado.

Los principios que regulan la contratación pública, se encuentran reconocidos tanto en la Constitución ecuatoriana como en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de

¹² Marienhoff, Miguel. (1965). *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo II, Buenos Aires, Argentina: Editorial Abeledo-Perrot.

¹³ Bercatiz, Miguel Angel. (1980). *Teoría General de Los Contratos Administrativos*. Segunda Edición, Buenos Aires, Argentina: Edit. Depalma.

Contratación Pública¹⁴ (2008), y son: “el de legalidad, el voluntad soberana, el de orden público y el de interés general” (p. 2). Estos principios también se encuentran establecidos en otras leyes que contienen normas en las que también se encauza la contratación pública, como son: la Ley de Administración Financiera y Control, la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, la Ley de Modernización, la Ley de Presupuestos del Sector Público y Reglamentos Especiales.

De conformidad con el Art. 1561 del Código Civil ecuatoriano¹⁵: “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para las partes contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento y por causas legales”. (Libro IV, p. 29).

El ERJAFE¹⁶ en su art. 75 determina la definición jurídica del contrato administrativo, estableciendo que 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”. (2002, p. 28). Además, en el siguiente artículo determina que: En la formación de los contratos administrativos hay dos fases: la precontractual y la contractual o de ejecución. A estas fases concurre también todo potencial contratista desarrollando determinadas actividades jurídicas.

Los actos, los hechos, los reglamentos y los actos de simple administración, producidos, dictados o ejecutados en la preparación de la voluntad administrativa contractual se consideran incorporados unitariamente, aunque de manera separable, al procedimiento administrativo de conformación de dicha voluntad. A ellos son aplicables en consecuencia las normas de procedimiento administrativo tanto para la formación de la voluntad administrativa como su impugnación. (p. 29).

Los contratos administrativos se encuentran regulado en las normas antes mencionadas, sin embargo la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, por su jerarquía es la que regula todo el proceso de contratación en el sector

¹⁴ Asamblea Nacional Constituyente. (2008). *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*. Montecristi, Ecuador: Registro Oficial Suplemento 395 de 04-ago-2008, última modificación: 14-oct-2013.

¹⁵ Congreso Nacional del Ecuador. (2005). *Código Civil: libro IV*. Quito, Ecuador: Registro Oficial Suplemento 46 de 24-jun-2005, última modificación: 03-dic-2012

¹⁶ Decreto Ejecutivo 2428. (2002). *Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva*. Quito, Ecuador: Registro Oficial 536 de 18-mar-2002, última modificación: 09-jun-2014.

público del Estado ecuatoriano, que debe hacerse bajo el Portal de Compras Públicas (sistema digitalizado para ofertar y contratar con el Estado ecuatoriano).

El Artículo 7 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública¹⁷ (2008), establece que: El Sistema Nacional de Contratación Pública (SNCP) es el conjunto de principios, normas, procedimientos, mecanismos y relaciones organizadas orientadas al planeamiento, programación, presupuestos, control, administración y ejecución de las contrataciones realizadas por las Entidades Contratantes. Forman parte del SNCP las entidades sujetas al ámbito de esta Ley. (p. 6).

De la disposición transcrita se puede establecer que el SNCP es el conjunto de todas las normas y principios que disponen tanto los procedimientos como los mecanismos, para que el Estado a través de sus entidades pueda llevar a cabo las contrataciones necesarias para cumplir con sus objetivos. Es decir el SNCP es un conjunto de normas tendientes a que las entidades públicas puedan planificar, programar, presupuestar y ejecutar contrataciones, determinando los procedimientos y mecanismos necesarios para controlar dichas actuaciones.

Por disposición de la LOSNCP y su reglamento, el órgano rector del Sistema Nacional de Contratación Pública es el INCOP, el mismo que se encuentra atribuido de capacidad normativa con la finalidad de ejercer sus atribuciones.

De lo expuesto se puede definir que los contratos públicos constituyen un acuerdo de voluntades que realizan dos partes, el Estado a través de una institución pública o GAD's y una persona natural o jurídica de derecho privado, mediante el cual adquieren derechos y obligaciones para la compraventa de un bien o servicio o la contratación de una obra.

1.4. Normativa Legal.

La LOSNCP nace con la necesidad de crear un sistema de contratación pública que fuera capaz de armonizar todas las instancias y organismos públicos en la necesidad de planificar, programar y ejecutar las adquisiciones de bienes, de los servicios y la ejecución de obras públicas. La ausencia de políticas de compras públicas articuladas

¹⁷ Asamblea Nacional Constituyente de la República del Ecuador. (2008). *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*. Montecristi, Ecuador: Registro Oficial Suplemento 395 de 04-ago.-2008, última modificación el 12 de septiembre de 2014.

de manera general produjo en el pasado la discrecionalidad de las adjudicaciones y el desperdicio de recursos públicos, tal como lo ratifica el Considerando de la LOSNCP. (LOSNCP, 2008, reformada el 14 de octubre de 2013)

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

- * Organismos y dependencias de las Funciones del Estado
- * Organismos Electorales
- * Organismos de Control y Regulación
- * Entidades del Régimen Seccional Autónomo
- * Organismos creados por la Constitución
- * Personas jurídicas seccionales para prestación de servicios públicos
- * Corporaciones, fundaciones o sociedades integradas por instituciones del Estado
- * Compañías mercantiles que administren bienes del Estado (LOSNCP, 2008, reformada el 14 de octubre de 2013).

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

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

1.5. Principios de la Contratación Pública.

Según el art. 4 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública¹⁸ (1008), los principios son los siguientes: "...legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad; y, participación nacional". (p. 3).

Legalidad. También de primacía de la ley, donde toda administración pública deberá ejercitarse conforme a la ley y a su jurisdicción. "Desde la perspectiva de la ciencia política, la legalidad es un requisito y un atributo del poder que supone ciertos límites al ejercicio del mismo" (Salazar Ugarte, 2000, pág. 389).

El tratadista Diego Fernández¹⁹ se refiere a este principio atribuyendo que éste: Determina que toda estipulación, orden, facultad o prerrogativa a la que se deben sujetar la administración o su contraparte, deben estar comprendidas dentro de la legislación vigente, es decir que ninguna cláusula convenida por las partes es válida si se aparta de lo lícito y de lo jurídico. (200, p. 12).

Por lo que la legalidad como principio rector de la contratación pública implica que todas las actuaciones del INCOP, entidad contratante y contratista, deben estar apegadas estrictamente a lo que establece la LOSNCP y su reglamento, con observancia de todos procedimientos previstos. Es decir que la contratación y adquisición tanto de bienes, servicios, arrendamiento y ejecuciones de obras, tienen procedimiento que debe ser cumplido en apego a la ley.

Trato justo. Para el tratadista Fernández²⁰, antes citado, el principio de trato justo tiene relación al principio de imparcialidad contractual y analiza que:

Se traduce en la apropiada aplicación y valoración de la actividad contractual, sea esta previa o post-ejecutiva. En cuanto al accionar de la administración debemos considerar que su imparcialidad es relativa, en cuanto a que por su capacidad jerárquicamente superior es a la vez juez y parte, sin embargo debe estar presente, por ejemplo, en la valoración de ofertas. (p. 14).

¹⁸ Asamblea Nacional Constituyente de la República del Ecuador. (2008). *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*. Montecristi, Ecuador: Registro Oficial Suplemento 395 de 04-ago.-2008, última modificación el 12 de septiembre de 2014.

¹⁹ Fernández, Diego Orlando. (2000). *Manual de Derecho Público*. Quito, Ecuador: Ediciones Azpiazu.

²⁰ Fernández, Diego Orlando. (2000). *Manual de Derecho Público*. Quito, Ecuador: Ediciones Azpiazu.

Relacionando lo expuesto en materia de contratación pública es evidente que éste principio trato justo garantiza la igualdad de condiciones en la participación de los oferentes, sin que bajo ninguna circunstancias se pueda beneficiar a determinadas personas o no otorgar las adjudicaciones a quienes bajos los parámetros y procedimientos normados hayan tenido la oferta ganadora en el concurso público.

Igualdad. Principio que ante situaciones iguales otorga que se aplique el mismo trato. *“Supone el reconocimiento de un mismo estatuto jurídico para todos los ciudadanos, lo que implica la garantía de la paridad de trato en la legislación y en la aplicación del derecho”* (Pérez Luño, 2007, pág. 19).

La igualdad en cambio supone tratar por igual a los ofertantes que postulen para contratar con el Estado a través de sus entidades. En tal sentido, tanto la igualdad material como la igualdad formal conlleva una obligación para las entidades públicas al imponerle el trato igualitario para todos salvo casos especiales en los que se podrán establecer condiciones diferentes por tratarse de situaciones distintas pero sólo en los casos en que la Ley lo permita bajo criterios de razonabilidad.

Calidad. La contratación pública debe ser una vía a través de la cual la entidad contratante debe garantizar calidad tanto del gasto público, al realizarse en forma eficiente y eficaz, como del objeto de contratación, al cumplir con los estándares y especificaciones técnicas requeridas que garanticen de la mejor manera el cumplimiento de los objetivos que persiga dicha contratación.

La LOSNCP y su reglamento, además de sentar las bases y los procedimientos para que se realicen las contrataciones públicas, también pretende que lo que va adquirir o contratar el Estado Ecuatoriano, es decir los bienes, servicios u obras sean de excelente calidad y tecnológica, para que se pueda dar el uso respectivo a los cuales están destinados y de tal manera cumplir con las necesidades del Estado y sus ciudadanos. Es decir el principio de calidad tiene como finalidad garantizar que los bienes, servicios u obras que contraten las entidades públicas cumplan estándares de calidad y correspondan a un justo precio.

Vigencia tecnológica. Este principio pretende garantizar que los bienes, servicios u obras a contratar, cumplan con requisitos tecnológicos necesarios para la eficacia de

su uso. Siendo así que la vigencia tecnológica implica que lo que se contrate goce de las características tecnológicas indispensables por un determinado tiempo.

Basado en la modernidad y tecnología adecuada para el acceso de todas las personas, de manera que cumplan los fines para los que son requeridos. En tal circunstancia se construyó el Portal de Compras Públicas, como un acceso de vanguardia que posibilita la recepción de todas las ofertas sin necesidad de desplazamientos burocráticos. El SERCOP promueve el uso intensivo de tecnologías para simplificar los procedimientos de contratación legalmente establecidos, democratizar el uso de la información y transparentarla gratuitamente. Pero también significa para las entidades contratantes que deben cuidar que el objeto materia de la contratación respondan a criterios de una permanente vigencia tecnológica, de desempeño óptimo de los bienes y equipos durante su vida útil, que es otra forma de preservar los recursos públicos.

Oportunidad. Para Lerner²¹ el principio de oportunidad: Determina la actividad administrativa. Los órganos administrativos actúan en un determinado ámbito de mayor o menor libertad según la ponderación de los fines a cumplir en cada caso singular. Finalidad y libertad, condicionan pues el principio de oportunidad de la actuación administrativa, los que vinculados al tiempo o momento de actuación definen el principio. Lo oportuno significa lo conveniente hoy, pudiendo quizás ser perjudicial mañana. (p. 46).

Significa que todos los procedimientos de contratación pública, deben ejecutarse de manera oportuna y eficiente, atendiendo las necesidades de las entidades contratantes y guardando relación con la programación establecida, lo que implica tener en cuenta el lucro cesante en la inversión pública, y alcanzar un mejor rendimiento de los recursos del Estado.

Concurrencia. Este principio permite la participación de las diferentes administraciones públicas, como son la central, la institucional y la autónoma descentralizada, de acuerdo a las competencias atribuidas a cada una; así como la involucración de la sociedad para cumplir con la finalidad de la prestación de los servicios públicos a cargo del Estado ecuatoriano.

²¹ Lerner, Michelle Stiven. (2008). *La administración pública*. México DF: Editorial ABC.

Los procedimientos de contratación, deben garantizar la más amplia oportunidad de participación de los miembros de la sociedad, ejerciendo su derecho de ser proveedor del Estado. Es un mecanismo útil tanto para la promoción de la competencia en la contratación pública, como para la obtención de una oferta adecuada y óptima para la Administración Pública. A través de este principio, se está asegurando la no discrecionalidad en la decisión de la administración pública, y a la posibilidad de tener un contratista que asegure de forma más fiable el cumplimiento del objeto del contrato con miras al interés general.

Publicidad. Es uno de los pilares fundamentales para el correcto funcionamiento del Sistema Nacional de Contratación Pública, constituye una buena práctica prever una buena publicidad previa a la adjudicación, una publicidad de convocatoria y una publicidad posterior a la adjudicación del contrato. Con la publicación se cumple tanto con la exigencia normativa y además se garantiza que las invitaciones o las convocatorias, y en sí mismo el procedimiento de contratación en sus diferentes fases y etapas, sean de conocimiento de todos los interesados y de la sociedad en general, haciendo de la información un medio de propiedad pública y gratuita a la que se puede ingresar a través del portal institucional www.compraspublicas.gob.ec.

El Art. 17 de la LOSNCP, dispone la publicidad de la Información, en los siguientes términos: “La información del RUP será pública y estará disponible en el Portal COMPRASPUBLICAS.- Las Entidades Contratantes no podrán llevar registros adicionales ni exigir a sus oferentes o proveedores la presentación de los documentos ya solicitados para la obtención del RUP.

Los proveedores serán responsables de la veracidad, exactitud y actualidad de la información entregada para la obtención del RUP y deberán informar al Servicio Nacional de Contratación Pública sobre cualquier cambio o modificación en los plazos que señale el Reglamento”.

Art. 36 ibídem “Expediente del Proceso de Contratación.- Las Entidades Contratantes deberán formar y mantener un expediente por cada contratación en el que constarán los documentos referentes a los hechos y aspectos más relevantes de sus etapas de preparación, selección, contratación, ejecución, así como en la fase pos contractual. El Reglamento establecerá las normas sobre su contenido, conformación y publicidad a través del portal de COMPRASPUBLICAS”.

Participación nacional. El artículo 6, numeral 23, define como: “Aquel o aquellos participantes inscritos en el Registro Único de Proveedores cuya oferta se considere de origen nacional” (LOSNC, 2008, reformada el 14 de octubre de 2013).

Este principio enmarcado en la contratación pública involucra que los pliegos deberán contener criterios de valoración de tal manera que incentiven y promuevan tanto la participación local como la participación nacional, mediante condiciones de preferencia para los ofertantes de origen local y nacional, considerando los parámetros determinados para el efecto.

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

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

EFICIENCIA: Este principio implica obtener los mejores resultados con el mayor ahorro de costos y el uso racional de los recursos humanos, materiales, tecnológicos y financieros.

1.6. Plan anual de contrataciones.

El Art. 22 de la LOSNC, establece el **Plan Anual de Contratación**, toda entidad contratante con la finalidad de llevar a efecto los objetivos del Plan Nacional de Desarrollo, sus objetivos y necesidades institucionales, elaborarán el Plan Anual de Contratación con el presupuesto correspondiente, el cual debe estar acorde a la planificación plurianual de cada entidad contratante, que a su vez deben estar asociados al Plan Nacional de Desarrollo y a los presupuestos del Estado.

Es obligación anual de toda entidad contratante publicar en su página Web hasta el día quince de enero, con el respectivo enlace al portal COMPRASPUBLICAS. Cada

reforma que se haga al Plan Anual de Contratación debe también publicarse en el mismo medio.

El Reglamento de la LOSNCP, Art. 25 dispone "... la máxima autoridad de cada entidad contratante o su delegado, aprobará y publicará el Plan Anual de Contratación (PAC), el mismo que contendrá las obras, bienes o servicios incluidos los de consultoría que se contratarán durante ese año, en función de sus respectivas metas institucionales y de conformidad a lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley.

El Plan Anual de Contratación podrá ser reformado por la máxima autoridad o su delegado, mediante resolución debidamente motivada, la misma que junto con el plan reformado serán publicados en el portal www.compraspublicas.gov.ec. Salvo las contrataciones de ínfima cuantía o aquellas que respondan a situaciones de emergencia, todas las demás deberán estar incluidas en el PAC inicial o reformulado.

Los procesos de contrataciones deberán ejecutarse de conformidad y en la oportunidad determinada en el Plan Anual de Contratación elaborado por cada entidad contratante, previa consulta de la disponibilidad presupuestaria, a menos que circunstancias no previstas al momento de la elaboración del PAC hagan necesario su modificación. Los formatos del PAC serán elaborados por el SERCOP y publicados en el Portal www.compraspublicas.gov.ec."

Cabe señalar que el Plan Anual de Contratación debe ser concordante con los objetivos del Plan Nacional de Desarrollo o de los planes regionales, provinciales, locales o institucionales, debiendo contener como mínimo la siguiente información estipulada en el Art. 26 del Reglamento General de la LOSNCP:

- “1. Los procesos de contratación que se realizarán en el año fiscal;
2. Una descripción del objeto de las contrataciones contenidas en el Plan, suficiente para que los proveedores puedan identificar las obras, bienes, servicios o consultoría a contratarse;
3. El presupuesto estimativo de los bienes, servicios u obras a adquirir o contratar; y,
4. El cronograma de implementación del Plan.

Sin perjuicio de lo anterior, en el caso de entidades contratantes que realicen actividades empresariales o de carácter estratégico, en coordinación con el SERCOP,

establecerán el contenido del PAC que será publicado en el Portal, con la finalidad de que dicha información no afecte el sigilo comercial y de estrategia necesario para el cumplimiento de los fines y objetivos de dichas entidades”.

1.7. Los objetivos de la contratación pública.

Son objetivos prioritarios del Estado, en materia de contratación pública, según el art. 9 de la LOSNCP, 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.

1.8. Las fases de los procesos de contratación.

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

a) Fase o etapa preparatoria.

Esta es la fase interna del proceso de contratación, en la cual, el órgano de Contratación va configurando su voluntad para contratar. Como bien lo define Cecilia Tobar²² (2014): “La fase preparatoria es el proceso de diseño y selección de objetivos, metas, acciones acordes a la visión para el logro de los resultados. Su producto es un plan que contiene películas, programas, cronogramas, presupuestos”. (p. 22).

Esta fase preparatoria es considerada esencial e importante debido a que sobre ella se sentará las bases sobre la cual se fundamentará el contrato y el trámite de la contratación pública, permitiendo que se ajuste a las necesidades de la Administración Pública, siendo el contrato el instrumento para el cumplimiento de tal finalidad. Es por ello, que en la consecución de esta etapa es indispensable la información detallada que sea correcta, concreta y confiable, la misma que podrá ser útil indistintamente a varios contratos.

En términos generales, en la etapa preparatoria se debe hacer o cumplir los siguientes requisitos establecidos por Tobar²³ (2014):

- * Registro en el Sistema Nacional de Contratación Pública
- * Elaboración y aprobación de pliegos
- * Determinar y obtener los permisos, requisitos, licencias y autorizaciones requeridos para proceder de ser necesario
- * Determinar el impacto social ambiental si hay lugar
- * Consulta sobre impuestos
- * Análisis de mercado
- * Elaboración de presupuestos
- * Determinación del Sistema de Precios
- * Selección de la forma de Pago
- * Estimación de los costos por ajustes e imprevistos
- * Verificación y certificación presupuestal
- * Programación de la contratación
- * Programación del desarrollo del contrato (p. 23)

²² Tobar, Cecilia. (2014). *Adquisición de bienes inmuebles en el sector público*. Quito, Ecuador: Universidad Central del Ecuador.

²³ Tobar, Cecilia. (2014). *Adquisición de bienes inmuebles en el sector público*. Quito, Ecuador: Universidad Central del Ecuador.

Como se denota en la etapa preparatoria se establecen los objetivos, así como las metas y todas las acciones que se deriven de las contrataciones y que tienen que estar acciones acordes a la visión para el logro de los resultados.

b). Fase o etapa precontractual.

Para el tratadista Willam López²⁴ (2010), en su libro Tratado de Contratación Pública conceptualiza como: Fase externa del proceso de contratación, ya que al procedimiento administrativo preliminar desplegado por el ente estatal, se integra el accionar del futuro contratista a través de sus diversas actividades.

Esta etapa constituye la realización del proceso de selección con base en los pliegos de condiciones, en lo que se ha establecido el objeto del contrato, las condiciones del contrato a realizar y los criterios objetivos para la escogencia del contratista. (p. 125).

El desarrollo de la fase precontractual es el siguiente:

Convocatoria

Las aclaraciones y modificaciones a los pliegos

Las ofertas

La adjudicación

Las notificaciones

Terminación del procedimiento precontractual

Según la doctrina y la Ley establecen que el procedimiento precontractual termina por dos causas: por no haber ofertantes o por cumplir una de las siguientes: por no persistir la necesidad, por cambiar el objeto de la contratación y por nulidad del procedimiento.

c) Fase contractual.

Para López²⁵ (2010), argumenta que esta fase: “Es la fase en la cual surgen las obligaciones de las partes contratantes, porque aquí converge el acuerdo de voluntades que se eleve a escrito y se formaliza conforme a ley”. (p. 131).

²⁴ López, Willam. (2010). *Tratado de Contratación Pública, Teoría, Práctica y Jurisprudencia*. Tomo I. Quito, Ecuador: Editorial Jurídica del Ecuador.

²⁵ López, Willam. (2010). *Tratado de Contratación Pública, Teoría, Práctica y Jurisprudencia*. Tomo I. Quito, Ecuador: Editorial Jurídica del Ecuador.

Las partes contratantes dan a conocer explícitamente su acuerdo en relación con los términos del contrato y lo suscribe, así, la concurrencia de la voluntad tanto del contratante como del contratista da origen a los derechos y deberes que se plasman en el texto contractual y que les corresponden recíprocamente a partir de la relación contractual.

El desarrollo de la etapa contractual empieza de la siguiente manera:

- a) Plazo para la suscripción del contrato
- b) Verificación de la aptitud legal del contratista
- c) Verificación de los documentos que integran el contrato
- d) Las garantías
- e) La celebración o formalización del contrato
- f) La administración del contrato, la supervisión la fiscalización

d) La fase de ejecución.

Es la etapa en la que debe cumplirse el objeto del contrato conforme a las cláusulas del mismo.

El desarrollo de la etapa de ejecución es de la siguiente manera:

- a) El plazo, suspensiones y prórrogas
- b) Las acciones del administrador, supervisor y fiscalizador
- c) El pago y el anticipo
- d) Retención indebida de pagos
- e) El acta de inicio
- f) El libro de obra
- g) La cesión y subcontratación
- h) El reajuste de precios
- i) Las multas
- j) Los contratos modificatorios
- k) Los contratos complementarios
- l) Las ordenes de cambio
- m) Las ordenes de trabajo
- n) Las recepciones y liquidaciones del contrato
- o) La terminación del contrato

e) La fase post contractual.

Corresponde al período en el cual se evalúan finalmente los resultados de la ejecución del contrato y se resuelven los desacuerdos que existieren respecto de tales resultados.

Constituye el conjunto de actuaciones posteriores a la terminación del contrato. Generalmente versan sobre temas accesorios de la contratación misma.

El desarrollo de esta etapa es de la siguiente manera:

- a) De las responsabilidades
- b) Los reclamos y controversias
- c) El recurso de reposición
- d) La solución de controversias
- e) Los organismos de Control
- f) Adjudicatarios fallidos y contratistas incumplidos
- g) Mantenimiento de la obra

Es decir, las etapas o fases de la contratación pública son de vital importancia, porque nos permite conocer paso a paso lo que las entidades públicas deben hacer para cumplir a cabalidad con la Ley y su Reglamento, la Constitución y lograr cumplir con la finalidad última de la Administración Pública, satisfacer las necesidades nacionales e institucionales.

1.9. Tipos de procedimientos contractuales.

1.9.1. Procedimientos de Régimen Común.

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

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

a) Catálogo Electrónico.- El procedimiento para las contrataciones mediante Compras por Catálogo, es la primera opción que deben utilizar las Entidades Contratantes para el caso de bienes o servicios normalizados. Se trata de una compra realizada a través del Portal institucional www.sercop.gob.ec, utilizando el “carrito de compra”, típico para este tipo de transacciones vía Internet. *“Con su aplicación, se busca reducir los tiempos y fases de contratación, de bienes y servicios de mayor demanda en el mercado”* (Pérez, López, & Aguilar, 2011, pág. 119). Por tanto, se reducen también los costos y los plazos de entrega de los bienes o servicios así integrados.

b) Subasta Inversa Electrónica.- La subasta inversa electrónica está normada en la Sección II y sirve para las adquisiciones que no consten en el catálogo electrónico, *“se realizará cuando las entidades contratantes requieran adquirir bienes y servicios normalizados cuya cuantía supere el monto equivalente al 0,0000002 del Presupuesto Inicial del Estado”* (Asamblea Nacional, 2009). Con lo cual, la cuantía variará cada año dependiendo de estos Presupuestos. Si tenemos en cuenta que para el 2016 el Presupuesto aprobado por la Asamblea es de 29.835 millones de dólares (El Universo, 2015).

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

1.9.1.2. Procedimientos Comunes de Bienes y Servicios.- Procedimientos “comunes” de bienes y servicios, que están relacionados con los objetos de contratación: bienes y servicios no normalizados, y obras. Corresponde a los procedimientos de Menor cuantía, Cotización y Licitación. También son aplicables de manera subsidiaria respecto de bienes y servicios normalizados, si aquellos no constan en el catálogo electrónico y su adquisición a través del procedimiento de Subasta Inversa Electrónica ha sido declarada desierta.

a) Menor Cuantía Bienes y Servicios.- Para las contrataciones previstas en los numerales 1 y 3 del Art. 51 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública LOSNCP, cuya cuantía no exceda el monto equivalente al 0,000002 del presupuesto inicial del Estado, la máxima autoridad o su delegado podrá seleccionar directamente y adjudicar al proveedor que cumpla con los requerimientos de la

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

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

1. Si fuera imposible aplicar los procedimientos dinámicos previstos en el Capítulo II de este Título o, en el caso que una vez aplicados dichos procedimientos, éstos hubiesen sido declarados desiertos; siempre que el presupuesto referencial oscile entre 0,000002 y 0,000015 del Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico;
2. La contratación para la ejecución de obras, cuyo presupuesto referencial oscile entre 0,000007 y 0,00003 del Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente Ejercicio Económico; y,
3. La contratación para la adquisición de bienes y servicios no normalizados, exceptuando los de consultoría, cuyo presupuesto referencial oscile entre 0,000002 y 0,000015 del Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente Ejercicio Económico.

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

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

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

a) Licitación.- Licitación es un procedimiento de contratación cuyos elementos que lo caracteriza, se encuentran prescritos en los Arts. 48 y 49 de la LOSNCP; respecto a su procedimiento para la aplicación los Arts. 49 al 55 del Reglamento General, describen los pasos con absoluta claridad, y por último tenemos la Resolución INCOP No. 22.

1.9.1.3. Procedimientos Especiales dentro del Régimen Común.- El Capítulo V de la LOSNCP regula los procedimientos especiales, divididos en diferentes secciones.

a) Contratación integral por precio fijo

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

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

Dentro de las prohibiciones sobre el precio fijo, el artículo 53 dispone lo siguiente: “se prohíbe en esta clase de contratos la celebración de contratos complementarios, la inclusión de fórmulas de reajustes de precios o cualquier otro mecanismo de variación de precios” (Asamblea Constituyente, 2008).

a) Contratación en situaciones de emergencia

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

En el artículo 6 numeral 31 de la LOSNCP determina sobre las situaciones de emergencia, lo siguiente: “Son aquellas generadas por acontecimientos graves tales como accidentes, terremotos, inundaciones, sequías, grave conmoción interna, inminente agresión externa, guerra internacional, catástrofes naturales, y otras que provengan de fuerza mayor o caso fortuito, a nivel nacional, sectorial o institucional. Una situación de emergencia es concreta, inmediata, imprevista, probada y objetiva”.

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 artículo 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.

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

b) La adquisición de bienes inmuebles

Para formalizar la adquisición de bienes inmuebles se deberá realizar previamente una declaratoria de utilidad pública de acuerdo con la Ley. Seguidamente se buscará un acuerdo entre las partes por un tiempo máximo de noventa días. El precio quedará fijado por el avalúo de la Dirección de Avalúos y Catastros de la Municipalidad que

corresponda. El precio convenido no podrá exceder del 10% de este avalúo. En el supuesto de no llegar a un acuerdo se procederá a juicio de expropiación, tal como lo previene el Código de Procedimiento Civil.

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

c) El arrendamiento de bienes inmuebles

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

d) Feria Inclusiva

Este procedimiento se utiliza para la adquisición de “obras, bienes y servicios de producción nacional, catalogados o normalizados, no catalogados o no normalizados” (Asamblea Constituyente, 2008). En este mismo sentido, la Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria del Sistema Financiero, en su artículo 132, numeral 1, segundo inciso, dicta que la Feria Inclusiva será uno de los procedimientos de contratación “para priorizar la adquisición de obras, bienes o servicios normalizados o no normalizados” (Asamblea Nacional, 2011).

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

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

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

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

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

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

b) Cotización de obras.- La cotización de obras se aplica según lo prescrito en el Art. 50 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública LOSNCP, en armonía con lo prescrito en los Arts. 56 y 57 del Reglamento General; y, Resolución INCOP No. 39. Corresponde la contratación para la ejecución de obras bajo el procedimiento de cotización, a través del Portal institucional www.sercop.gob.ec, cuyo presupuesto referencial oscile entre 0,000007 y 0,00003 del Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico.

c) Licitación de obras.- Este procedimiento se aplicará a través del Portal institucional www.sercop.gob.ec para contratar la ejecución de obras, cuando su presupuesto referencial sobrepase el 0,00003 del monto del Presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico, procedimiento que se lo debe ejecutar en estricto cumplimiento de lo prescrito en los Art. 48 y 49 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública LOSNCP, en concordancia con lo ordenado en los Arts. 9 al 55 del Reglamento General; y, Resoluciones del INCOP Nos. 22 y 31.

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

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

a) Contratación Directa.- Conforme al artículo 40 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública LOSNCP; y, artículo. 36 del Reglamento General, cuando el presupuesto referencial sea inferior o igual al 0,000002 del presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico, la máxima autoridad de la entidad o su delegado, seleccionará e invitará a un consultor habilitado en el RUP a través del Portal institucional www.sercop.gob.ec, adjudicará el contrato respectivo si la oferta del consultor invitado reúne los requisitos previstos en los pliegos.

b) Contratación Mediante Lista Corta.- Se aplica cuando el presupuesto referencial del proyecto supere el valor del 0,000002 del ejercicio económico, institucional www.sercop.gob.ec. La entidad contratante escogerá e invitará, a través del Portal institucional www.sercop.gob.ec, a un máximo de 6 y un mínimo de 3 consultores habilitados en el RUP, que reúnan los requisitos previstos en los pliegos, para que presenten sus ofertas técnicas y económicas, acorde con lo prescrito en el artículo 40 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública LOSNCP, en concordancia con lo ordenado en el artículo 37 del Reglamento General.

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

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

2. Las Garantías Contractuales.

Arturo Romero²⁶ (2014), establece que: “Una garantía es un medio jurídico-institucional que la propia ley señala para hacer posible la vigencia de los derechos y libertades reconocidos y otorgados”. (p. 5).

Jorge Machiado²⁷ (2013), sostiene que: “Es una institución de Derecho Público de seguridad y de protección a favor del individuo, la sociedad o el Estado que dispone de medios que hacen efectivo el goce de los derechos subjetivos frente al peligro o riesgo de que sean desconocidos. Es una protección frente a un peligro o riesgo”. (párr. 1).

Manuel Enríquez y Carmen Murillo²⁸ (2011), comentan que: El término garantía contiene en esencia la finalidad de brindar seguridad, protección o certeza sobre algo. En este contexto, la Ley y su Reglamento, normas que tienen como objetivo principal lograr la contratación eficiente de bienes, servicios y obras para que las Entidades del Sector Público puedan cumplir con sus funciones encomendadas

²⁶ Romero, Arturo. (2009). *Garantías jurídicas*. Quito, Ecuador: Universidad Central de Quito.

²⁷ Machiado, Jorge. (2013). *Nociones generales de los principios*. Bogotá, Colombia: Ed. Apuntes Jurídicos.

²⁸ Enríquez, Manuel., Murillo, Carmen. (2011). *Las garantías en la ejecución contractual y penalidades*. Lima, Perú: OSCE.

frente a la comunidad, ha regulado las garantías que los postores y/o contratistas deben presentar durante un proceso de contratación pública. (p. 15).

Es decir de manera general, una garantía no es un principio jurídico, al contrario un principio es el fundamento que rige la emisión de una garantía. Así mismo es importante señalar que una garantía no es un derecho subjetivo, ya que éste es una facultad o poder reconocido a una persona por la ley vigente y que le permite realizar o no ciertos actos.

De allí puede deducirse que una garantía constituye un medio a través del cual se pone en movimiento a la autoridad para que restablezca el derecho subjetivo que ha sido transgredido.

3. De los perjuicios de la falta de garantías.

Para hablar acerca de los perjuicios por falta de garantías en los contratos públicos en nuestro país, es importante conceptualizar que significa perjuicios. Un perjuicio a la acción que consiste en provocar un detrimento a alguien o algo. Por lo tanto, este es lo que sufre una persona o una entidad cuando es víctima de un daño.

Desde el derecho, el daño puede ser producto de dolo, de culpa o de caso fortuito, es decir, según el grado de malicia, negligencia o casualidad entre el autor y el efecto. Y es aquí precisamente donde otro elemento de mi interés se constituye: la reparación; pues en principio, el daño doloso obliga al resarcimiento y tiene como consecuencia una sanción penal; el daño culposo lleva consigo una indemnización, y el fortuito exime de responsabilidad a quien lo causa en casi todos los casos.

Para Arturo Alessandri, citado por José García Falconí²⁹ (2010), daño es: Todo detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia que sufre un individuo en su persona, bienes, libertad, honor, crédito, afectos, creencias. El daño supone la destrucción o disminución por insignificante que sea, de las ventajas o beneficios patrimoniales o extra patrimoniales de los que goza el individuo. Su cuantía y la mayor o menor dificultad para acreditarlo y apreciarlo son diferentes, la ley no las considera. (pp. 199-200).

²⁹ García Falconí, José. (2010). *La demanda civil de daños y perjuicios y daño moral con responsabilidad subjetiva en contra de los jueces, fiscales y defensores públicos*. Quito: La Justicia.

Se puede decir también, que la legislación ecuatoriana no define expresamente lo que es el daño; sin embargo, en el artículo 2214 del Código Civil³⁰ (2005), al referirse a los efectos de un hecho ilícito, se dispone: “El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito”. (p. 456).

Para Francisco Zúñiga Urbina³¹ (2009), el daño está directamente relacionado con el concepto de responsabilidad, así: Existe responsabilidad cada vez que una persona debe reparar el perjuicio o daño sufrido por otra. En términos genéricos, entonces, la responsabilidad requiere de la concurrencia de cuatro elementos o condiciones: el daño, la culpa o dolo, una relación de causalidad entre dolo o culpa y el daño, y la capacidad delictual. Toca al autor del daño o perjuicio indemnizar o resarcir el perjuicio específico. (p. 193)

Para Humberto Abarca Galeas³² (2010): “Los daños se los puede infringir contra derechos patrimoniales y contra derechos extrapatrimoniales”. (p. 212).

Hay un daño material y un daño moral. En la división de cada uno de los anteriores hay un consenso entre los juristas al dividir al daño material en lucro cesante y daño emergente; y el daño moral, en daño moral subjetivo.

En lo que tiene que ver con el daño material, debe tenerse en cuenta que la indemnización de daños y perjuicios comprende no sólo el valor de la pérdida sufrida (daño emergente), sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor (lucro cesante) a consecuencia del daño causado. Así, daño emergente es la merma o deterioro patrimonial directo y efectivo sufrido por el acreedor, mientras que lucro cesante es la ganancia que deja de obtener el acreedor a consecuencia del incumplimiento contractual o de la acción u omisión generadora de la responsabilidad extracontractual. Es importante en este punto resaltar el carácter de cuantificable del daño.

³⁰ Congreso Nacional. (2005). *Código Civil*. Quito: Registro Oficial Suplemento 46 de 24-jun-2005.

³¹ Zúñiga, Francisco, (2009). *La acción de indemnización por error judicial. Reforma constitucional y regulación infraconstitucional*. Uruguay: Fundación Konrad-Adenauer.

³² Abarca Galeas, Humberto. (2010). *El daño moral y su reparación en el Derecho Positivo*. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador.

Guillermo Ponce³³ (2014), afirma que: En lo referente a los detrimentos, daños que están causando o pueden causar los contratistas al momento de no presentar garantías porque así lo manifiesta la nueva ley de contratación pública o porque fueron derogadas, puede ser un factor grave para el estado, para lo cual me permito recordar los cambios con relación a la normativa derogada y los perjuicios que esto puede estar ocasionando actualmente a las diferentes entidades públicas que realizan contratos públicos. (p. 55).

Es decir, el daño que se ocasiona al no establecerse como obligación la presentación de la garantía de fiel cumplimiento es que si el contratista no cumple con las condiciones establecidas en el contrato (características del bien o servicio, tiempo de entrega, calidad), se afectan los derechos de la Administración Pública y sobre todo de vulneran los principios establecidos en la Ley que rigen el SNCP.

4. La Finalidad de las Garantías.

La garantía de fiel cumplimiento tiene como finalidad garantizar las obligaciones asumidas por el contratista, su ejecución es siempre total, no interesando si el contrato se encuentra en su etapa inicial o final, teniéndose como única excepción el caso en que en una liquidación de un contrato exista un saldo a favor de la entidad y este no sea cubierto, en este caso se ejecutara la garantía parcialmente por el saldo no cubierto.

La garantía de fiel cumplimiento cumple una doble función: compulsiva y resarcitoria. Es compulsiva por cuanto lo que pretende es compeler u obligar al contratista a que cumpla sus obligaciones contractuales, pues de lo contrario se haría merecedor de las penalidades establecidas en el contrato la Ley y el Reglamento, y, en su caso, a la ejecución de las garantías presentadas por él.

Es resarcitoria, pues lo que se pretende a través de su ejecución es indemnizar a la Entidad por los eventuales daños y perjuicios que haya sufrido debido al incumplimiento del contratista.

La garantía de fiel Cumplimiento de Contrato tiene como objeto asegurar el cumplimiento de las condiciones establecidas en el contrato, generalmente

³³ Ponce, Guillermo. (2014). *La garantía de fiel cumplimiento en la Contratación Pública*. Loja, Ecuador: Universidad Técnica Particular de Loja.

corresponde al 10% del contrato y permanece vigente por el 100% del monto asegurado hasta la recepción definitiva.

5. Tipos de Garantías.

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

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

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

La LOSNCP establece tres tipos de garantías:

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

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

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

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

6. Las contrataciones de ínfima cuantía.

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

Se deben cumplir los siguientes requisitos:

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

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

El artículo 52.1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, sobre las contrataciones de ínfima cuantía dispone que: *“(...) Se podrá contratar bajo*

este sistema en cualquiera de los siguientes casos: (...) 2.- Las contrataciones para la adquisición de bienes o prestación de servicios normalizados, exceptuando los de consultoría, que no consten en el catálogo electrónico y cuya cuantía sea inferior a multiplicar el coeficiente 0,0000002 del presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico; y, (...) Las contrataciones previstas en este artículo se realizarán de forma directa con un proveedor seleccionado por la entidad contratante, sin que sea necesario que esté habilitado en el Registro Único de Proveedores... (...).”

El artículo 60 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, dispone que: *“(...) Las contrataciones para la ejecución de obras, adquisición de bienes o prestación de servicios, cuya cuantía sea igual o menor a multiplicar el coeficiente 0,0000002 del Presupuesto Inicial del Estado se las realizará de forma directa con un proveedor seleccionado por la entidad contratante sin que sea necesario que éste conste inscrito en el RUP. Dichas contrataciones se formalizarán con la entrega de la correspondiente factura y serán autorizadas por el responsable del área encargada de los asuntos administrativos de la entidad contratante, quien bajo su responsabilidad verificará que el proveedor no se encuentre incurso en ninguna inhabilidad o prohibición para celebrar contratos con el Estado... (...).”*

La **RESOLUCIÓN INCOP No. 062-2012** dispone que éste tipo de procesos se darán cuando el presupuesto referencial de contratación sea igual o menor al valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,0000002 por el Presupuesto Inicial del Estado vigente, para lo cual establece circunstancias, las mismas que no son concurrentes, así como casuísticas. No procede en consultoría.

7. El régimen especial.

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

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

- 1) La adquisición de fármacos
- 2) Las calificadas como necesarias para la seguridad interna y externa del Estado
- 3) Las aquellas cuyo objeto sea la ejecución de actividades de comunicación social destinadas a la información de las acciones del Gobierno Nacional o de las Entidades Contratantes
- 4) Las que tengan por objeto la prestación de servicios de asesoría y patrocinio en materia jurídica
- 5) Las que tengan como objeto la creación de una obra artística literaria o científica
- 6) Las de adquisición de repuestos o accesorios que se requieran para el mantenimiento de equipos y maquinarias y que no se encuentren incluidos en el Catálogo Electrónico del Portal de Compras Públicas
- 7) Los de transportes de correo interno o internacional
- 8) Los que celebren el Estado con entidades del sector público, éstas entre sí, o aquellas con empresas públicas o empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en el cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público o sus subsidiarias; y las empresas entre sí (Asamblea Constituyente, 2008).
- 9) Las instituciones del sistema financiero y de seguros donde el Estado o sus instituciones son accionistas únicos o mayoritarios.
- 10) Los de contratación que requiera el Banco Central del Ecuador previstas en el artículo 37 del Código Orgánico Monetario y Financiero

CAPITULO II

2.- MATERIALES Y MÉTODOS:

2.1.- Metodología.

De conformidad a lo establecido desde la fase de proyección, el presente trabajo en lo principal se orienta por la metodología científica de la investigación, y por ello, parte del planteamiento de las hipótesis general e hipótesis específica, basado a este se ha construido toda una amplia recolección de información teórico y empírico que permitió su verificación como requisito indispensable para la validación del presente trabajo. El proceso investigativo presente, este trabajo se caracteriza por la observación pormenorizada de la problemática relacionada para luego de desarrollado el proceso investigativo, se ha procedido a la redacción del trabajo final, contemplando los lineamiento metodológicos idóneos para el efecto, así como la normativa vigente en la Universidad Católica de Loja.

2.2.- Métodos.

La práctica de la investigación científica presupone el concurso de una serie de métodos y técnicas que permitan el abordaje adecuado de la problemática de investigación y el desarrollo sistemático del conocimiento que permita la comprobación de las hipótesis generales y específica propuesta así como la verificación de los objetivos generales y específicos planteados. Por la naturaleza de la presente investigación, ésta en lo principal se acoge al método científico, pues como se puede observar se parte del planteamiento de una hipótesis y de un objetivo general y tres específicos, en torno a los cuales se ha desarrollado toda una base teórica, así como el estudio de campo, que permitan los elementos de juicio necesarios para su contrastación y verificación. La presente investigación es jurídica, ya que se concreta en las garantías en los procesos de Contratación Pública. Dentro de los métodos que se utilizarán está el método científico que permitirá abordar los problemas de las vías alternativas de solución de las garantías de fiel cumplimiento a partir de la inducción y deducción, del análisis y de la síntesis de cada uno de sus componentes, y el exegético analítico de encuesta

Como métodos auxiliares se utilizarán a la deducción, la inducción, la síntesis y el método descriptivo. Además para el tratamiento de los datos obtenidos en el campo de investigación serán de singular importancia los métodos analítico y sintético.

Para ilustrar de mejor forma los resultados de la investigación de campo se presentarán a través de tablas porcentuales, de análisis comparativos y de gráficos estadísticos.

2.3. Procedimientos y Técnicas.

Dada la naturaleza teórica y fáctica de la presente investigación, se requiere de un complejo proceso de recopilación de elementos conceptuales, doctrinarios, normativos y analíticos, con respecto a la problemática de investigación, para la recolección y organización de los cuales ha sido indispensable la utilización de bibliográficas y hemerográficas, en las que se ha sistematizado el universo de información recopilada, para ser usada conforme a los requerimientos en el desarrollo de este trabajo. En cuanto a la metodología de presentación del trabajo final, esta se rige en general por los lineamientos que determina la metodología de la investigación científica.

En cuanto al instrumento que se utilizó fue la encuesta y la mismo se aplicó a Juristas expertos en la materia.

CAPÍTULO III
ANÁLISIS A LAS GARANTÍAS EN LOS PROCESOS DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA.

3.1. Garantía de anticipo.

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

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

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

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

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

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

Por lo tanto, le corresponde al adjudicatario rendir garantías de igual valor al anticipo realizado, el cual se regulará por la entidad contratante en relación a la naturaleza de la contratación.

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

3.2. Garantía técnica.

La garantía técnica está regulada en el marco del artículo 76 de la LOSNCP. Ésta garantía es requerida por la entidad contratante en los contratos de adquisición, provisión o instalación de equipos, maquinaria o vehículos, o de obras que contemplen aquella provisión o instalación, para asegurar la calidad y buen funcionamiento de los mismos.

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

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

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

Por consiguiente, estas garantías entrarán en vigencia a partir de la entrega recepción del bien.

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

Por tanto, la garantía técnica deberá sujetarse a lo establecido en el artículo 76 de la LOSNCP, o en caso de poder hacerlo, se reemplazará la garantía exigida por las señaladas en el artículo 73 de la LOSNCP, alcanzando en ese caso, el valor total de los bienes referidos en la oferta técnica.

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

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

creación otro tipo de garantía adicional a las tres antes mentadas, conforme lo desarrollaré más adelante.

3.3. Garantía de fiel cumplimiento.

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

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

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

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

El artículo 74 de la LOSNCP, en su inciso tercero, especifica que para la formación de la garantía, solo se puede constituir mediante la garantía incondicional e irrevocable de un banco o entidad financiera; la fianza instrumentada en una póliza de seguros; o, a través del certificado de depósito a plazo emitido por banco o institución financiera. Por

consiguiente, queda excluidas las otras formas de constitución de garantía (primera hipoteca de bienes raíces; depósitos de bonos del Estado).

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

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

3.4. La devolución de las garantías.

La legislación ecuatoriana ofrece un simple párrafo sobre la devolución de las garantías en el artículo 77 de la LOSNCP, donde expresa: *“En los contratos de ejecución de obras, la garantía de fiel cumplimiento se devolverá al momento de la entrega recepción definitiva, real o presunta. En los demás contratos, las garantías se devolverán a la firma del acta recepción única o a lo estipulado en el contrato”* en coordinación con lo que establece el artículo 118 del Reglamento General, que establece: *“Las garantías serán devueltas cuando se han cumplido todas las obligaciones que avalan.*

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

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

La garantía técnica observará las condiciones en las que se emite”.

Sin embargo, en la normativa enunciada no se explica cuál es el procedimiento para la devolución, ni tampoco si será notificada previamente al interesado. Es lógico pensar

que previa a la devolución, se notificara por escrito al contratista, sin embargo debería reformarse al respecto, ya que los servidores públicos deben cumplir con el principio de legalidad contemplado en el artículo 226 de la Constitución de la República que establece: *“Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución”*.

3.5. Las garantías implementadas en la actualidad en los procesos de Contratación pública.

Una vez analizados los artículos correspondientes a las garantías en la contratación pública, se ha podido detectar ciertas falencias o inconsistencias que se podría subsanar realizando una reforma legal de la LOSNCP y su Reglamento General.

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

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

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

El numeral 5 del artículo antes enunciado, posibilita la creación de garantías sobre certificados de depósito a plazo emitidos por bancos o entidades financieras. Este numeral se podría suprimir por dos razones: en primer lugar, porque la institución del

aval es una manera más práctica y común para garantizar el cobro de éste; y, por otro lado, el depósito a plazos deberá incluir una cláusula de endoso por ejecución de la garantía irrevocable e inmediato que puede ser confuso o mal interpretado por la entidad bancaria.

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

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

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

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

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

ser a través de una declaración juramentada ante Notario Público?, estamos frente a otra falencia.

Considero que efectivamente que existen otros bienes que requieren garantía técnica y que debe considerarse para que asegure la calidad y buen funcionamiento de los bienes adquiridos, se exigirá, además, al momento de la suscripción del contrato y como parte integrante del mismo. Estas garantías son independientes y subsistirán luego de cumplida la obligación principal, ya que su vigencia rige a partir de la entrega recepción del bien. De no presentarse esta garantía, el contratista entregará una de las previstas en esta Ley por igual valor del bien a suministrarse, de conformidad con lo establecido en los pliegos y en el contrato.

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

La legislación ecuatoriana ofrece un simple párrafo sobre la devolución de las garantías en el artículo 77 de la LOSNCP, en concordancia con lo que establece el artículo 118 del Reglamento General; sin embargo, en la normativa enunciada no se explica cuál es el procedimiento para la devolución, ni tampoco si será notificada previamente al interesado. Es lógico pensar que previa a la devolución, se notificara por escrito al contratista, sin embargo debería reformarse al respecto, ya que los servidores públicos deben cumplir con el principio de legalidad contemplado en el artículo 226 de la Constitución de la República que establece: *“Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución”*.

Por consiguiente considero que se debe añadir al escueto texto del artículo 77 de la LOSNCP, que una vez comprobada y aprobada la liquidación del contrato o transcurrido el plazo de la garantía, sin no hubieran responsabilidades, multas o sanciones, la entidad contratante devolverá la garantía o se autorizará la cancelación

de dicha garantía, por escrito a las entidades emisoras correspondientes en un término de hasta 15 días.

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

CAPÍTULO IV
INVESTIGACIÓN DE CAMPO Y PROPUESTA

4.1. Resultados de las encuestas.

Es importante conocer las diferentes opiniones que giran en torno a las garantías en las contrataciones públicas. Para ello se elaboró un cuestionario de cinco preguntas para personas cualificadas en el ámbito de las contrataciones públicas, como juristas y altos funcionarios de la administración, entre otros.

La encuesta está formada por trescientos ochenta y cuatro personas que respondieron a las 5 preguntas.

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

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

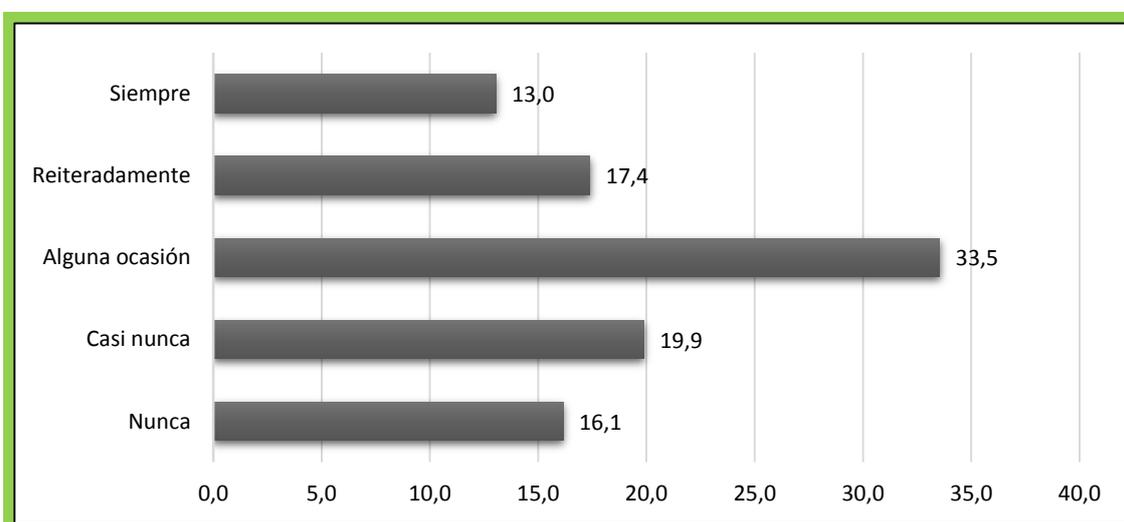
Pregunta 1:

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

Tabla 1. ¿Las garantías son suficientes para el cumplimiento de los términos y especificaciones del contrato?

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

Elaborado por Fabricio Mera



Elaborado por Fabricio Mera

Gráfico 1. ¿Las garantías son suficientes para el cumplimiento de los términos y especificaciones del contrato?

Los resultados de las personas que creen que son suficientes las garantías para cumplir los términos y las especificaciones técnicas son el 30,4%. No son suficientes en alguna ocasión, casi nunca o nunca para el resto (69,6%). Lo cual demuestra que hay una gran parte de los usuarios de las compras públicas que ven en las garantías actuales un obstáculo para poder cumplir los términos o las especificaciones particulares.

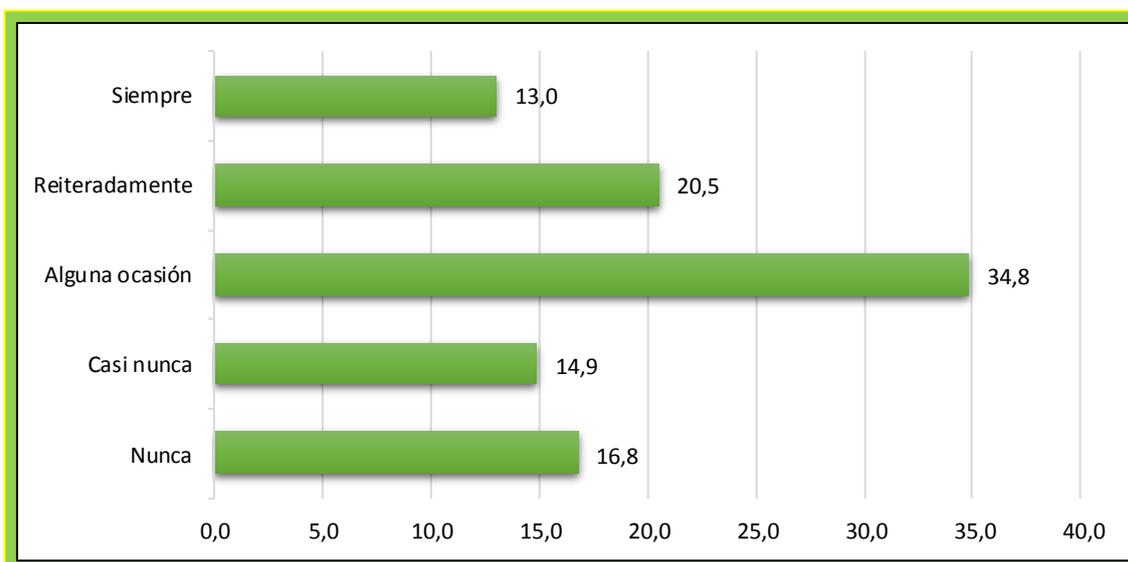
Pregunta 2:

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

Tabla 2. ¿Son eficientes y eficaces?

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

Elaborado por Fabricio Mera



Elaborado por Fabricio Mera

Gráfico 2. ¿Son eficientes y eficaces?

Las garantías son eficiente de manera reiterada o siempre, para el 33,5%, lo cual significa que para el resto (alguna ocasión, casi nunca o nunca) el 66,5%, tiene razones para pensar que el instrumento de la garantía en las compras públicas no son

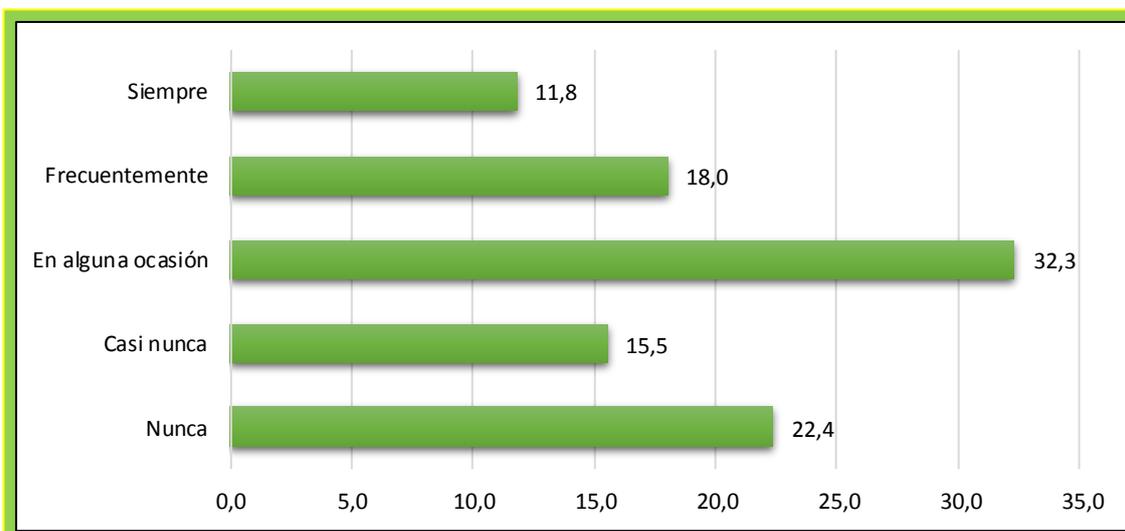
eficientes ni eficaces, lo que hace pensar que hay una gran parte de los usuarios que ven las garantías (en su estado actual) como un obstáculo a sus aspiraciones en la contratación.

Pregunta 3:

¿En la actualidad, cree usted que la contratación pública es un sistema igualitario, incluyente y social?

Tabla 3. ¿Es un sistema igualitario, incluyente y social?

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



Elaborado por Fabricio Mera.

Gráfico 3. ¿Es un sistema igualitario, incluyente y social?

La mayoría de los encuestados se pronunciaron que en alguna ocasión (32,3%) el sistema de contratación es igualitario incluyente y social. Vemos que los que aún apoyan más radicalmente esta postura (casi nunca y nunca) forman el 37,9%, lo que nos ofrece un resultado mayoritario de personas que opinan desfavorablemente sobre

la contratación, en el sentido de que no ve el público usuario un sistema igualitario, es decir, no hay un equilibrio de oportunidades entre todos los participantes, siendo los más acaudalados, las empresas con mayor capital e infraestructuras los mejor acondicionados para asumir las cargas que se establecen en las garantías, mientras que los pequeños empresarios y los artesanos de una manera más individual no pueden tener las mismas posibilidades.

Por otro lado, el público piensa que no es incluyente ni social, dado que las oportunidades que se ofrecen solo son alcanzables a las empresas más capitalizadas, siendo las comunidades indígenas y los grupos tradicionalmente marginados los que les debe costar más el poder competir con los demás grupos bien situados y capitalizados, con infraestructuras preparadas para acaparar los contratos uno detrás de otro, avasallando a los menos favorecidos.

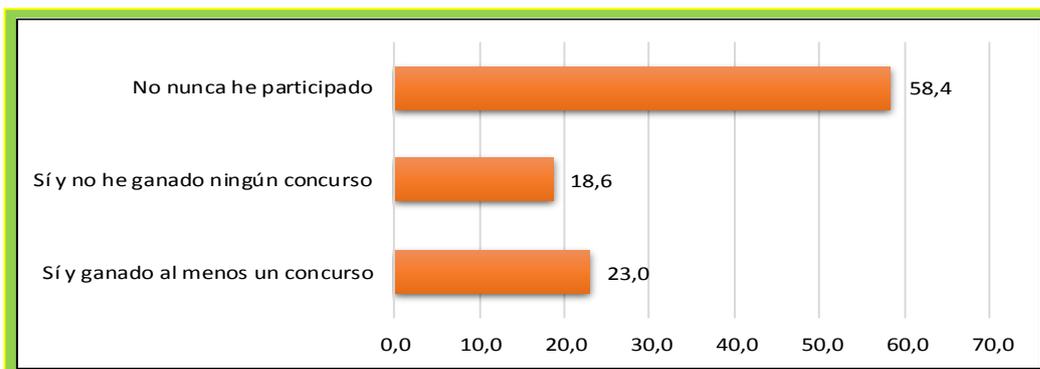
Pregunta 4:

¿Usted ha utilizado el portal de compras públicas?

Tabla 4. Utilización del portal de compras públicas

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

Elaborado por Fabricio Mera



S

Elaborado por Fabricio Mera

Gráfico 4. Utilización del portal de compras públicas.

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

Vemos que los siguientes resultados son muy cercanos cuantitativamente. Son usuarios que sí han participado, pero que no han alcanzado ningún concurso (18,6%), de manera contraria, han participado y sí han ganado un concurso (23%), estos dos resultados hacen pensar que hay una gran cantidad de ciudadanos que intentan acceder a los concursos, pero que no tienen la posibilidad de alcanzarlos debido a que las garantías son excesivas o que no dan una posibilidad igualitaria entre todos.

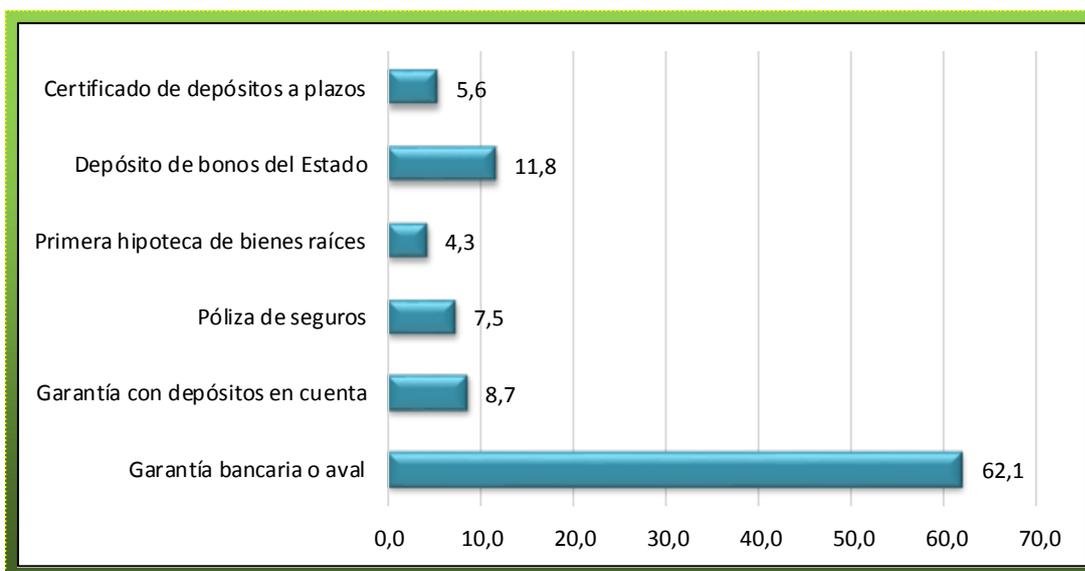
Pregunta 5:

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

Tabla 5. ¿Qué aspecto debería cambiar para lograr mayor agilidad?

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

Elaborado por Fabricio Mera



Elaborado por Fabricio Mera

Gráfico 5 ¿Qué aspecto debería cambiar para lograr mayor agilidad?

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

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

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

Texto actual de la LOSNCP	Propuesta de reforma
<p>Art. 73: En los contratos a que se refiere esta Ley, los contratistas podrán rendir cualquiera de las siguientes garantías:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Garantía incondicional, irrevocable y de cobro inmediato, otorgada por un banco o institución financiera establecidos en el país o por intermedio de ellos; 2. Fianza instrumentada en una póliza de seguros, incondicional e irrevocable, de cobro inmediato, emitida por una compañía de seguros establecida en el país; 3. Primera hipoteca de bienes raíces, siempre que el monto de la garantía no exceda del sesenta (60%) por ciento del valor del inmueble hipotecado, según el correspondiente avalúo catastral correspondiente; 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 	<p>Modificar los numerales de la siguiente forma:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Mediante aval, prestado por alguno de los bancos, cooperativas de ahorros, entidades de crédito, establecimientos financieros autorizados para operar en el Ecuador. 2. Fianza instrumentada en una póliza de seguros, incondicional e irrevocable, de cobro inmediato, emitida por una compañía de seguros establecida en el país y con autorización para operar como tal. 3. Depósitos de bonos del Estado, de las municipalidades y de otras instituciones del Estado, certificaciones de la Tesorería General de la Nación, cédulas hipotecarias, bonos de prenda, Notas de crédito otorgadas por el Servicio de Rentas Internas, o valores fiduciarios que hayan sido calificados por el Directorio del Banco Central del Ecuador. Su valor se computará de acuerdo con su cotización en las bolsas de valores del país, al momento de constituir la garantía. Los intereses que se produzcan en el

<p>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.</p>	<p>elemento pasivo pertenecerán al proveedor.</p> <p>4. depósito en efectivo. Se generará un interés a favor del contratado cuyo interés se establecerá a través de las tasas de interés pasivas efectivas promedio por instrumento sobre depósitos monetarios que publique el Banco Central del Ecuador.</p>
<p>Art. 77: Devolución de las Garantías.</p> <p>En los contratos de ejecución de obras, la garantía de fiel cumplimiento se devolverá al momento de la entrega recepción definitiva, real o presunta. En los demás contratos, las garantías se devolverán a la firma del acta recepción única o a lo estipulado en el contrato.</p>	<p>Art. 77: Devolución de las Garantías.</p> <p>La garantía será devuelta cuando se haya producido el vencimiento del plazo de garantía y cumplido en los términos que se especifiquen en los pliegos del contrato, o cuando se declare la resolución de éste sin culpa del contratista.</p> <p>Si no resultaren responsabilidades se devolverá la garantía constituida o se cancelará el aval o seguro de caución, una vez aprobada la liquidación del contrato y transcurrido el plazo de garantía.</p> <p>La devolución deberá notificarse al interesado en el plazo máximo de un mes desde la finalización del plazo de garantía.</p> <p>En el momento de la devolución, la administración deberá abonar al contratista la cantidad adeudada incrementada con el interés legal si se realizó en depósito de efectivo, tal como lo expresa el numeral 4 del artículo 73, calculado desde la fecha de entrega hasta la fecha de finalización del plazo de garantía, o en la fecha de devolución efectiva en los casos en que se hubiera demorado la efectividad por causas</p>

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

4.3. Anteproyecto sobre el Reglamento.

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

Texto actual del Reglamento	Propuesta de reforma
<p>Art. 118: Devolución de Garantías.</p> <p>Devolución de Garantías.- Las garantías serán devueltas cuando se han cumplido todas las obligaciones que avalan.</p> <p>La garantía de fiel cumplimiento del contrato se devolverá cuando se haya suscrito el acta de entrega recepción definitiva o única.</p> <p>La garantía de buen uso del anticipo se devolverá cuando éste haya sido devengado en su totalidad.</p> <p>La garantía técnica observará las condiciones en las que se emite.</p>	<p>Art. 118: Devolución de Garantías.</p> <p>Devolución de Garantías.- Las garantías serán devueltas cuando se han cumplido todas las obligaciones que avalan.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. La garantía de fiel cumplimiento del contrato se devolverá cuando se haya suscrito el acta de entrega recepción definitiva o única. 2. La garantía de buen uso del anticipo se devolverá cuando éste haya sido devengado en su totalidad. 3. La garantía técnica observará las condiciones en las que se emite. <p>Las garantías emitidas por terceros serán devueltas a éstos en los términos especificados anteriormente. En los casos de seguros de caución, la responsabilidad durará hasta la finalización del contrato o del uso del bien aplicado.</p>

CONCLUSIONES.

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

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

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

RECOMENDACIONES.

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

BIBLIOGRAFÍA.

- Agencia de Regulación y Control Hidrocarburo. (2014). *Procedimiento para la contratación de bienes y servicios mediante el proceso de ínfima cuantía*. Agencia de Regulación y Control Hidrocarburo.
- Asamblea Constituyente. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449.
- Asamblea Constituyente. (2008). *Contitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial, nº 449.
- Asamblea Constituyente. (2008). *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*. Registro Oficial Suplemento 395.
- Asamblea Constituyente. (2008). *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*. Registro Oficial Suplemento nº 395.
- Asamblea Nacional. (2009). *Ley Orgánica de Empresas Públicas*. Registro oficial Suplemento 48.
- Asamblea Nacional. (2009). *Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*. Registro Oficial, Suplemento 588.
- BBVA. (2010). *¿En qué consiste un aval bancario?* Obtenido de <http://www.bbvacontuempresa.es/a/funcionan-los-avales-bancarios>
- Bernad, L., Buigues, G., Espinosa, J., & Gómez, E. (2011). Lección XIV. Contrato de compaventa. En L. Bernard, & G. Buigues, *Lecciones de derecho romano* (págs. 159-172). Valencia, España: Universitat de Valencia.
- Bohórquez de Sevilla, M. (4 de abril de 2008). *Características de las garantías en la Contratación Pública*. Obtenido de Derecho Ecuador. com: <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechoadm inistrativo/2005/11/24/caracteristicas-de-las-garantias-en-la-contratacion-publica>
- Congreso Nacional. (1966). *Ley Notarial*. Registro Oficial, nº 158.
- Congreso Nacional. (1999). *Ley de Compañías*. Registro Oficial, nº 312.
- Congreso Nacional. (2002). *Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva*. Registro Oficial, nº 536.
- Congreso Nacional. (2005). *Código Civil*. Registro Oficial, Suplemento 46.
- Congreso Nacional. (2005). *Código de Procedimiento Civil*. Registro Oficial, Suplemento 58.
- Congreso Nacional. (2006). *Ley de arbitraje y mediación*. Registro Oficial, nº 417.

- de Prada, M., & Carabante, J. (2010). Introducción. En J. Rodríguez Arana Muñoz, & M. de Prada Rodríguez, *La mediación. Presente, pasado y futuro de una institución jurídica* (págs. 21-22). Madrid, España: Netbiblo.
- Delgado Pinos, P. (abril de 2015). Entrevista a los profesionales. (P. Matovelle, Entrevistador)
- El Universo. (24 de noviembre de 2015). Asamblea aprobó el presupuesto de \$29.835 millones para 2016. *El Universo*, pág. Noticias.
- Gutiérrez Calvo, M. (diciembre de 2013). Problemas jurídicos derivados de la aplicación del principio de calidad del dato por parte de las Administraciones Públicas. *REDUR*, 169-198.
- INCOP. (2010). *Resolución 039-2010*. Registro Oficial, Suplemento 169.
- INEC. (2013). *Manual de procesos de contratación pública*. Obtenido de Manual de procedimientos de contratación pública del Instituto Nacional de Estadística y Censos:
http://www.ecuadorencifras.gob.ec/LOTAIP/2015/DIJU/enero/LA3_ENE_DIJU_ManConPu.pdf
- Mancero Luzuriaga, M. (abril de 2016). Entrevista a los profesionales. (P. Matovelle, Entrevistador)
- Mora Andrade, E. (abril de 2014). Entrevista a los profesionales. (P. Matovelle, Entrevistador)
- Olivo Martínez, H. (2015). *El principio de transparencia en la Contratación Pública*. Quito: Estudio Jurídico Puenta & Asociados.
- Pérez Luño, A. (2007). *Dimensiones de la igualdad* (2ª ed.). Madrid, España: Dykinson.
- Pérez, A. J., López, D., & Aguilar, J. L. (2011). *Manual de Contratación Pública*. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Pillaga Defaz, R. (abril de 2016). Entrevista a los especialistas. (P. Matovelle, Entrevistador)
- Salazar Ugarte, P. (2000). Legalidad. En L. Baca, J. Bokser, F. Catañeda, & I. Cisneros, *Léxico de la política* (págs. 389-390). México: Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales.
- Salcedo Castro, M. (2006). *El arbitraje en los contratos concluidos por la administración: estudio de derecho comparado francés y colombiano*. Bogotá, Colombia: Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia.

Tú Europa. (2016). *Contratos Públicos*. Obtenido de Normas y procedimientos:

http://europa.eu/youreurope/business/public-tenders/rules-procedures/index_es.htm

Vaca Núñez, C. (2015). *Fundamentos de la contratación pública*. Quito, Ecuador:

Corporación de estudios y publicaciones.

ANEXOS.

Anexo 1

Cuestionario para trabajo de investigación

Escuela de Derecho

Maestría en Derecho Administrativo

Línea de investigación: Régimen de garantías en la contratación Pública

Pregunta 1:

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

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

Pregunta 2:

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

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

Pregunta 3:

¿En la actualidad, cree usted que la contratación pública es un sistema igualitario, incluyente y social?

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

Pregunta 4:

¿Usted ha utilizado el portal de compras públicas?

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

No, nunca he participado ()

Pregunta 5:

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

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

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