



FACULTAD DE DERECHO

**ANÁLISIS JURÍDICO DE LA LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL
DE CONTRATACIÓN PÚBLICA RELACIONADA AL SECTOR DE LA
CONSTRUCCIÓN**

**Trabajo de Titulación presentado en conformidad a los requisitos
establecidos para optar por el título de
Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República**

**Profesor Guía
Dr. José Alcívar Bernal**

**Autor
Cristina Yaniva Tapia González**

2009

RESUMEN

El presente trabajo, cuyo título es “Análisis jurídico de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública relacionada al sector de la Construcción”, es un estudio jurídico de los principios y normas que regulan la contratación pública en nuestro país. Principios como el de Legalidad, Concurrencia, Transparencia, Vigencia Tecnológica, Igualdad, Generalidad y Universalidad.

Dando a conocer además las nuevas definiciones y herramientas del sistema, con el fin realizar una diferenciación con el anterior ordenamiento jurídico y los principios legales aplicados a los contratos con el Estado; para así determinar las ventajas y desventajas de la ejecución del nuevo sistema en los contratos públicos de construcción.

Además se analizan las normas comunes a los procedimientos de contratación pública y los procedimientos dinámicos con el fin de establecer sus beneficios y perjuicios en los contratos relacionados al sector de la construcción.

Se han comentado las irregularidades que existen en el sistema de contratación relacionadas con nuestra Constitución, tal como ocurre en la solicitud de garantías, adjudicación de los contratos y liquidación tardía de estos, así como los mecanismos de reclamo que la ley los estipula en ciertos casos, mientras que en otros los deja sin establecer norma alguna.

El presente trabajo concluye estableciendo recomendaciones a la administración pública especialmente al Instituto Nacional de Contratación Pública con el fin de pulir aspectos no normados en la ley ni en su reglamento, con el fin de mejorar la contratación pública en nuestro país.

ABSTRACT

This work, whose title is " Legal Analysis of the Organic Law of the National Procurement related to the construction sector", is a legal study of the principles and governing public procurement in our country, like: Legality, Concurrence, Transparency, Effective Technology, Equality, Generality and Universality.

In his intent to let know the addition the new definitions and system tools, with to make a differentiation with the previous legal system and the legal principles applied to the contracts with the State, to determine the advantages and disadvantages of implementing the new system in the public construction contracts. Furthermore, he analyses the common rules for public procedures and dynamic procedures in order to establish their profits and losses on contracts related to construction.

Have been commented the irregularities that exist in the system of contracting related to our Constitution, such as in the request of guarantees, adjudication of the contracts and late liquidation of these, as well as the mechanisms of claim that the law stipulates in certain cases, whereas in others it leaves them without establishing any norm.

It has been said that there are irregularities in the procedure system related to our Constitution, such as in the application of safeguards, procurement and settlement of these late and complaint mechanisms that the law provides in certain cases, while others are left without setting any standards.

This work concludes by setting recommendations to the government, especially the Institute of Public Procurement in order to improve areas not regulated in the law nor its regulation in order to improve public procurement in our country.

“Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con la estudiante, orientando sus conocimientos y competencias para un eficiente desarrollo del tema y tomando en cuenta la Guía de Trabajos de Titulación correspondiente.”

Dr. José Alcívar Bernal
C.C: 170687979-6

“Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que se han citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes”

Cristina Yaniva Tapia González
C.C: 171528563-9

AGRADECIMIENTO

Deseo mostrar mi más sincero agradecimiento a todos aquellos maestros que con sus conocimientos y experiencia aportaron una semilla para que este trabajo haya salido a la luz y en especial:

En primer lugar, al Dr. José Alcívar Bernal, director de esta tesis, el cual dirigió mi trabajo realizado con mucho esfuerzo, para lo cual dedicó su tiempo personal y aportó con su experiencia a la producción de esta tesis.

Al Dr. Juan Pablo Velasco Franco, Jefe del Departamento Jurídico de la Cámara de la Construcción de Quito, por su apoyo y amistad incondicional, así como por los conocimientos compartidos ya que fue una gran motivación y un soporte muy importante para la ejecución de este trabajo.

Al Dr. Pablo Zambrano Albuja por su amistad y apertura completa e incondicional a lo largo de mi vida estudiantil.

DEDICATORIA

Dedico esta tesis a mi Dios quien ha bendecido cada parte de este trabajo, estoy segura que sin su bendición mis esfuerzos hubieran sido en vano.

A mis padres por haberme apoyado totalmente en cada momento que sentí desmayar, porque con su amor y paciencia han forjado un espíritu de trabajo, dedicación y superación en mi, enseñándome que todo en la vida requiere un sacrificio, un trabajo continuo y honesto si se quiere triunfar y marcar la diferencia.

A mi hermana por ser un gran ejemplo de constancia en cada momento de mi vida.

ÍNDICE

	Introducción	1
1.	Capítulo I	1
1.1	Historia de la Ley de Contratación Pública en el Ecuador	4
1.2	Aspectos Generales	8
2.	Capítulo II	10
2.1	Análisis de la Nueva Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública 2008, comparación con la Ley anterior, Ventajas, Desventajas, Problemática presente en el Sector de la Construcción y sus Posibles Soluciones	10
2.1.1	Nuevas Definiciones Básicas	14
2.1.2	Nuevo Sistema Nacional de Contratación Pública	25
2.1.3	Órganos del Sistema de Contratación Pública	25
2.1.4	Control del Sistema Nacional de Contratación Pública	29
2.1.5	Nuevas Herramientas del Sistema Nacional de Contratación Pública	31
2.1.5.1	Registro Único de Proveedores	31
2.1.6	Nuevo Sistema Informático de Compras Públicas	34
2.1.7	Nuevas Normas Comunes de los Procedimientos de Contratación Pública	35
2.1.8	Procedimientos Dinámicos	48
2.1.8.1	Convenios Marco	48
2.1.8.2	Subasta Inversa	49
2.1.8.3	Licitación	51
2.1.8.4	Cotización y Menor Cuantía	52
2.1.8.5	Menor Cuantía	53
2.1.8.6	Contratación Integral por Precio Fijo	57
2.1.8.7	Contrataciones en Situaciones de Emergencia	58
2.1.8.8	De la Adquisición de Bienes Inmuebles	60
2.1.8.9	De los Contratos	60
2.1.8.9.1	De las Capacidades, Inhabilidades y Nulidades	60
2.1.8.9.2	De los Requisitos y Forma de los Contratos	62
3.	Capítulo III	65
3.1	De las Garantías sus Problemas en los Contratos de Construcción	65
3.1.1	De la Sesión y Subcontratación	68
3.1.2	De la Administración del Contrato	70
3.1.3	Recepción y Liquidación	71

3.1.4	Reajuste de Precios	73
3.1.5	De los Contratos Complementarios	78
3.1.6	Terminación de los Contratos	80
4.	Capítulo IV	84
4.1	Del Registro de los Contratos y los Proveedores	84
4.1.1	Responsabilidades	85
4.1.2	De las Reclamaciones	87
4.1.3	De la Solución de Controversias	89
4.1.4	Disposiciones Generales	89
4.1.5	Reforma a la Ley General de Seguros	90
5.	Capítulo V	93
5.1	Conclusiones y Recomendaciones	93
	Bibliografía	99
	Anexos	101

Análisis Jurídico de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública relacionada al Sector de la Construcción

Capítulo I

1. Introducción

“La contratación pública fue descrita en la etapa de mayor auge de la tesis ‘ius administrativa del contrato, como un sistema totalmente opuesto al de la contratación privada’¹, sin tomar en cuenta el hecho que lo público y lo privado muchas veces se relacionan y así van formando conceptos jurídicos relativos, los cuales mantienen su independencia y se complementan.

Los contratos públicos tienen una gran vinculación con el Estado como ente contratante, pero su principal interés es el bien común a través de los órganos estatales mediante la ejecución de funciones administrativas, las mismas que están reguladas por el derecho interno mediante la figura del contrato administrativo, cuya existencia data del legatario *arrête terrier*, cuando el Consejo de Estado francés sostuvo que *“todo lo que concierne a la organización y funcionamiento de los servicios públicos, propiamente dichos, ya actúe la Administración por vía de contrato, ya lo haga por vía de autoridad, constituye una operación administrativa, que es, por su naturaleza, del dominio de la jurisdicción administrativa”².*

“Las causas de la trascendencia que ha cobrado la categoría jurídica del contrato administrativo son conocidas y van desde el crecimiento de necesidades colectivas a la aparición de nuevas tecnologías, hasta la idea de la colaboración de los sujetos privados con la

¹Juan Cassagne; “El Contrato Administrativo”; 2da edición; 2005; Buenos Aires- Argentina; pág. 13.

²García de Enterría; Eduardo Fernández; Tomas R; “Curso de Derecho Administrativo”; tomo I; 10ª edic.; Edit. Civitas; Madrid; 2000; págs. 677 y ss.

Administración Pública quienes asumen cargas y obligaciones que no encajan en el molde del derecho privado, que tampoco resulta compatible para regular el conjunto específico de derechos y garantías que vienen a compensar, de algún modo, las prerrogativas públicas del Estado”³.

Tanto las instituciones públicas como las técnicas de contratación administrativas siempre van de la mano con la evolución del Estado y con los mecanismos que éste utiliza con el fin de cumplir sus objetivos, éstos varían de Estado a Estado y de gobierno a gobierno, es así que nuestro país tiene una nueva Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, y para su ejecución cuenta con el portal www.compraspublicas.gov.ec, demostrando un gran implemento tecnológico vigente el cual está en aplicación y es de uso obligatorio para todo proveedor y Entidades del Estado.

“El contrato administrativo, como categoría jurídica típica del derecho público, es una creación del Consejo de Estado francés y responde a la idea de que los particulares colaboren con la misión que persigue la administración mediante la institución contractual que, sucesivamente, le garantiza al contratista privado la intangibilidad de sus derechos económicos”⁴.

Es así que la Administración intenta satisfacer un interés público importante, el cual debe ser ejecutado inmediata o directamente establecido en un objeto del contrato.

Durante muchos años en Francia se relacionó el contrato administrativo con la idea de servicio público, y el Consejo de Estado consideró que el contrato administrativo es tal cuando se le ha confiado al contratista la ejecución de un servicio público de manera directa, sin embargo esta idea es errónea ya que con la concesión de servicios públicos y sus diferentes modos de ejecutarlos mediante empresas privadas, ha generado que en Francia y en el resto del mundo se dé un espacio importante al contrato administrativo como tal.

³ Juan Carlos Cassagne; *“El contrato administrativo”*; 2da edic.; 2005; Bs. As. - Argentina; pág. 16.

⁴ *Idem*, pág. 21.

La mayoría de los contratos públicos tienen efectos sobre terceros ya sea de manera vinculada o no al objeto del contrato, este principio es notorio en la concesión de servicios públicos y en la concesión de obras públicas, donde pueden nacer derechos, cargas y obligaciones a favor o como responsabilidad de terceros que no son parte del contrato, ejemplo las tasas que pagan los usuarios por un contrato de concesión entre concedente y concesionario.

Por esto el Estado ha visto la necesidad de modificar el régimen de contratación pública en el Ecuador por lo que con la publicación de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento se reemplaza el anterior sistema ineficiente de contratación, obteniendo un nuevo sistema más moderno tecnológicamente.

Un gran aporte en el cual se basa el Sistema Nacional de Contratación Pública es el portal www.compraspublicas.gov.ec, el que tiene que ser utilizado por todas las entidades contratantes y por los proveedores para la adjudicación correcta de determinados proyectos públicos.

Para la utilización de este portal, el Instituto Nacional de Contratación Pública ha realizado las capacitaciones a los proveedores para que tengan el entrenamiento debido y sepan el uso correcto del portal, siendo un aspecto muy interactivo para los usuarios.

Sin duda alguna con la implementación del portal, la contratación pública en el Ecuador ha avanzado notablemente, a pesar de los errores que se han presentado todavía, pues permite la participación objetiva e igualitaria de los proveedores en los procesos de contratación pública.

La ejecución de obras públicas, determinan que todos los contratos adjudicados deben tener como fin primordial el desarrollar elementos que satisfagan las necesidades de la comunidad, beneficien a los ciudadanos directa o indirectamente ya sea con proyectos viales, de vivienda o hidroeléctricos, entre otros, que mueven y dinamicen la economía interna de

nuestro país, es por esto que todos los procesos contractuales se deben dar apegados a la Ley y los principios morales y éticos, porque puede existir un gran portal de compras públicas; pero si el ente regulador no controla o evade los procesos de auditoría, no se verán los “cambios” realizados a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento.

1.1 Historia de la Ley de Contratación Pública en el Ecuador

El 20 de febrero de 1989, se promulgó la Ley 15, publicada en el Registro Oficial 136 del 24 de febrero de ese mismo año, el 14 de agosto de 1990, se expidió la Ley 95, promulgada en el Registro Oficial 501 el 16 de agosto del mismo año, llamándola “Ley de Contratación Pública”. Estas leyes pretendían regular los contratos públicos en una administración centralizada. Tales leyes se inspiraron en el sistema de organización de un Estado con planificación centralizada.

“Posteriormente se expidieron seis leyes que reformaron las normativas iniciales, que evidencian permanentes cambios, que han afectado a la seguridad jurídica y al principio de la generalidad legal. Dichas modificaciones constan en las siguientes Leyes:

1. 112, publicada en el Registro Oficial 612, del 28 de enero de 1991;
2. 157, publicada en el Registro Oficial 969, del 1 de julio de 1992;
3. 02, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 22, del 9 de Septiembre de 1992;
4. Decreto Ley 02, publicado en el Suplemento del Registro Oficial 289, del 4 de Octubre de 1993;
5. 48, publicada en el Registro Oficial 337, del 15 de diciembre de 1993; y,
6. 121, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 963, del 10 de junio de 1996⁵.

A más de tales reformas, pueden citarse la Ley 45 que contiene la “Ley Especial de la Empresa Estatal de Petróleos del Ecuador y sus Empresas Filiales”⁶, publicada en el Registro Oficial 283, del 26 de septiembre de 1989, y

⁵ www.ingenieroscivilesloja.com/download

⁶ www.ingenieroscivilesloja.com/download

la Ley 133, "*Ley Reformatoria a la Ley Constitutiva de la Empresa Estatal de Aviación Transportes Aéreos Militares Ecuatorianos*"⁷, publicada en el Registro Oficial 1002, del 2 de agosto de 1996, las que establecen regímenes de contratación especial, y la Ley 94, "*Ley Reformatoria a la Ley Especial de Telecomunicaciones, publicada en el Registro Oficial 770, del 30 de agosto de 1995, amén de otras derogatorias tácitas contenidas en varias leyes para proyectos específicos, en las que se exonera de los procedimientos precontractuales. Estas disposiciones legales ocasionaron que las entidades del sector público apliquen la Ley de Contratación en un porcentaje reducido*"⁸.

Al existir gran cantidad de leyes, con el pasar del tiempo se ha generado contradicción entre éstas, creando confusión, entre los sectores público y privado.

"La restricción permanente de los ámbitos de aplicación de las Leyes 15 y 95 originó agobio de la iniciativa privada, el desperdicio de recursos de diversa índole y las constantes controversias sin solución, produciendo el debilitamiento de la administración pública y de los mecanismos de control. Por otra parte, la Ley de Consultoría se expidió en forma autónoma e independiente de la Ley que regía a los contratos de ejecución de obras en esa fecha, la adquisición de bienes y la prestación de servicios, la cual tenía instituciones jurídicas similares, específicamente en los aspectos relativos a la terminación anticipada y unilateral, a la terminación por mutuo acuerdo y a las controversias derivadas de su ejecución, por lo que resulta necesaria su fusión"⁹.

En nuestro ordenamiento jurídico con la Ley de Contratación Pública expedida en el año 1990 se implementó de cierta manera con mecanismos y procedimientos jurídico – administrativos que permitían una oportuna y adecuada actuación entre el Contratista y la Entidad Contratante, dentro del procedimiento pre-contractual y contractual, pese a la serie de reformas legales y reglamentarias que se han presentado durante varios períodos, empezando con la Ley de Licitaciones y Concurso de Ofertas, Ley de Contratación Pública,

⁷ *Idem.*

⁸ *Ibidem.*

⁹ www.ingenieroscivilesloja.com/download

y a la vigencia de la actual Codificación la Ley Orgánica del Sistema de Contratación Pública, con la cual se podido colaborar al desarrollo de nuestro ordenamiento jurídico.

Con la Ley de Contratación Pública en parte se había establecido un ejercicio práctico de la actividad contractual pública ya que, existía un procedimiento jurídico y administrativo a seguir, el cual aparentemente permitía la ejecución de la normativa en áreas de la contratación pública, como en la contractual de servicios, en donde la licitación y el concurso público, técnicamente han desarrollado como mecanismos propios de actividades comerciales o constructivas, no presentando una estructura jurídica y administrativa adecuada para ser aplicados, por ejemplo, en la prestación de servicios no regulados por la Ley de Consultoría.

Con la anterior Ley la Entidad Contratante debía velar que los procedimientos jurídicos y administrativos sean correctos y eficientes, con el fin de que la adjudicación de la ofertas fueran hechas a los contratistas que cumplieran con los requisitos de experiencia e idoneidad, garantizando así la ejecución de los contratos, como de la correcta utilización de los fondos públicos destinados para la ejecución de los proyectos en beneficio del país, aspectos que no se cumplían por lo que, los contratistas especialmente constructores, se sentían frustrados ante actuaciones de las Entidades Públicas que los perjudicaban en los proyectos adjudicados.

La Ley de Contratación Pública anterior “era excesivamente reglamentaria y no establecía conceptos ni principios. Como su texto era demasiado amplio se dificultaba su aplicación, pues constaba de 122 artículos, más las disposiciones transitorias y generales. La Ley de Consultoría contaba con 45 artículos, más sus disposiciones transitorias y finales”¹⁰.

La ley anterior era discrecional, sin formato alguno, el proceso de contratación pública era oneroso y complicado para el proveedor ya que este debía cancelar

¹⁰ www.ingenieroscivilesloja.com/download

ciertos valores para obtener certificaciones necesarias para presentar en cada entidad que deseaba participar.

Es importante indicar que el sistema de contratación anterior era obsoleto porque, no existía una base única, universal y pública de registro de los proveedores, en la actualidad el Estado se ha modernizado con el uso del portal www.compraspublicas.gov.ec, a través del Registro Único de Proveedores RUP, en el cual consta toda la información unificada de cada proveedor, por lo que cada entidad pública puede acceder a esta y ver los datos de cada proveedor.

Otro punto relevante es que no existía una política nacional de contratación, es decir, que las entidades del Estado no publicaban sus proyectos en el *contratanet* sistema antiguo, sin base legal, muy poco utilizado, por lo que varios proveedores no conocían de las ofertas en las que podían aplicar y participar; en la actualidad toda entidad pública y todo proveedor del Estado debe estar registrados en el RUP, excepto para los contratos de menor cuantía, creando en esto una discriminación para los proveedores.

En la actualidad al existir un control por parte del Instituto Nacional de Contratación Pública en todos los procesos de adjudicación de contratos entre las Entidades del Estado y los proveedores, se puede tener un mayor cuidado de los gastos que efectúa cada entidad ya que dependiendo de la oferta que se haga y la que escojan el Estado cuida y justifica sus inversiones y la calidad de éstas, situación que con la anterior Ley de Contratación Pública no se daba.

“La ley anterior tenía un número excesivo de procedimientos - licitación, concurso público de ofertas, concurso público de precios, concurso privado de precios y contratación directa para ejecución de obras y adquisición de bienes, y concurso público, concurso privado, y contratación directa para consultoría, más procedimientos especiales y excepcionales”¹¹.

¹¹ www.ingenieroscivilesloja.com/download

Por ello, el día lunes 4 de agosto de 2008, en el Suplemento del Registro Oficial No. 395, se publicó la nueva Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCP), un anhelo que desde hace ya más de diez años persiguieron los proveedores, pero especialmente los profesionales y empresas dedicadas a la construcción de obras públicas, ya que la anterior Ley de Contratación Pública presentaba ineficiencia, improductividad, era incongruente e disfuncional y sobre todo presentaba evidentes mecanismos que demostraban falta de transparencia, en gran medida por su vigencia temporal, ya que fue expedida en el año 1991 y codificada con las reformas de la Ley de Transformación Económica del Ecuador, en marzo del 2001.

Cuatro días después de expedida la Ley se expidió y publicó el Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, el día viernes 8 de agosto de 2008, en el Suplemento del Registro Oficial No. 399, cuerpo normativo preparado rápidamente que mostraba serios vacíos y errores conceptuales, jurídicos y técnicos, por lo que mediante Decreto N° 1331 del 16 de septiembre de 2008, se expiden algunas reformas al Reglamento General de la Ley, las mismas que son publicadas en el Suplemento N° 427 del 17 de septiembre de 2008, este Reglamento se lo derogó y modificó el 30 de abril de 2009, mediante cuerpo normativo publicado en Registro Oficial 588 del 12 de mayo, teniendo así muchas correcciones con las que se pretende llenar el gran espacio legal que existía con el anterior Reglamento, para cumplir con los objetivos de la Ley, es decir para ser un medio eficaz, uniforme, justo y transparente, que permita no sólo la satisfacción de las necesidades sociales, sino la generación de riqueza, empleo y productividad nacional.

1.2 Aspectos Generales

El ámbito de aplicación la nueva Ley de Contratación Pública es general, así lo afirma la Dra. Inés María Baldeón, indicando que tanto la Ley como el Reglamento poseen esta característica ya que hay aspectos que no están detallados y traen confusión para los contratistas, por lo que se deja una serie

de decisiones y actuaciones a discreción de cada una de las entidades contratantes, por ejemplo en el Art. 2 de la Ley sobre el Régimen Especial se determina que en estos procesos de contratación, "...la máxima autoridad de la entidad contratante de considerar de manera motiva que no pueden aplicarse los procedimientos precontractuales previstos en dicho cuerpo legal determinará los procedimientos especiales que se observarán para la selección de los proveedores y para la celebración de los contratos respectivos de acuerdo a los criterios determinados en los pliegos". A pesar de esto el sistema descarta la potestad reglamentaria que tenía cada institución para determinar, prescribir y aplicar a su modo los procedimientos de menor cuantía, pero dejando de lado la aplicación de la LOSNCP, y por lo tanto dando lugar a procesos y contrataciones especiales en el cual los proveedores no saben cómo se adjudicaron ni bajo qué parámetros.

CAPITULO II

2.1 Análisis de la Nueva Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública 2008, comparación con la Ley anterior, Ventajas, Desventajas, Problemática Presente en el Sector de la Construcción y sus Posibles Soluciones

La contratación Pública es de gran importancia para el progreso del Estado Ecuatoriano y para el cumplimiento de sus fines y proyectos sociales, por lo que, la anterior Ley de Contratación Pública en todos estos años que tuvo vigencia no demostró tener eficiencia en sus procedimientos para la ejecución en las obras y requerimientos de bienes y servicios de las entidades estatales, en donde no se optimizaron oportuna y eficientemente los recursos públicos de la manera debida.

Está muy claro que en el sector de la construcción se han dado casos de corrupción, paralización de obras, dotación de bienes y servicios de mala calidad e incumplimiento de las necesidades de la población, en particular de los sectores más vulnerables.

La ley anterior se aplicaba única y exclusivamente a los ministerios y entidades seccionales, cabe destacar que las contrataciones de grandes cuantías, estuvieron fuera de su entorno porque se aplicaban leyes que determinaban regímenes especiales de contratación, también porque la contratación de diversas instituciones y empresas, cuyo capital accionario es propiedad del Estado, se había reglado por regímenes distintos, autónomos, en el que primaron cierta reserva y abuso en la toma de decisiones.

Esto ha demostrado que en nuestro país existe inseguridad jurídica ya que, todos los procesos de contratación cuyos valores eran menores a los determinados para el concurso público de ofertas se sometían a una especial

reglamentación de cada entidad contratante, dando como resultado más inseguridad jurídica, caos y aplicación incompleta de la ley de contratación pública.

La Ley de Contratación Pública anterior tenía procesos precontractuales muy complejos y lentos, principal elemento para que se diga que dicha ley no permitía la aplicación eficiente y total de la norma en todos los procesos de contratación.

La lentitud e ineficiencia de los procesos de contratación normal son producto de la falta de conocimiento de la ley y de capacitación de los Comités de Contrataciones, los cuales no realizaban la planificación de los proyectos y de las contrataciones que debían hacerse.

Antes la Contraloría y la Procuraduría emitían informes previos para la contratación de cualquier proceso, que se creía eran efectivos pero, resultaban todo lo contrario, ya que había un gran retraso en la emisión de informes, costos que no anulaban la corrupción, demostrando ineficiencia y debilidad en los procesos de contratación pública; actualmente se pretende agilizar los procesos pre-contractuales. Sin embargo el control de las contrataciones será previo, concurrente y posterior a través del portal dispuesto para el efecto.

En la anterior ley no se utilizaban medios informáticos ni electrónicos, siendo el Ecuador un país atrasado en su sistema de contratación pública, por lo que no existía la oportunidad de aprovechar los beneficios de la tecnología como la eficacia, la eficiencia, rapidez que se obtiene al contratar en línea.

A pesar de que existía la opción pero no la obligación de la difusión electrónica de convocatoria para contratación pública, éste había sido adoptado por algunos entes de contratación, pertenecientes al Ejecutivo, pero no existía en si una política nacional que obligue a que se adopte de forma definitiva y eficaz en este proceso.

El CONTRATANET fue un medio de publicación electrónica de las compras públicas en el Ecuador, que se desarrolló de cierta manera pero no cumplió con la meta esperada, porque se limitó a publicaciones de avisos de contratación en el que no constaban los participantes y en el cual el proceso no se desarrolló nunca en línea.

Un aspecto que retrasaba y ponía trabas a los contratistas en los procesos de contratación era que todos los proveedores debían presentar los mismos documentos habilitantes para cada proceso en todas las entidades públicas en las que iban a participar, siendo esto un costo alto para los proveedores, además que era un doble esfuerzo económico y personal.

En la anterior Ley de Contratación Pública no existían mecanismos determinados para la contratación de bienes y servicios, ni los de consultoría, los cuales tienen puntos similares que debieron estar en un único cuerpo legal específico.

Existía un gran vacío para la ejecución de los procesos de compras públicas al no existir un órgano que regule la contratación pública en nuestro país, no había una planificación ni control del sistema de compras con medios informáticos, que manejen datos de todos los proveedores a nivel nacional, y lo más importante no había un organismo que recepte los reclamos de los oferentes.

Anteriormente no se tenía una garantía total y segura de la corrección e imparcialidad de todo el proceso de contratación, porque la opción de reclamo se debía ejecutar con la presentación previa de una garantía del 7% del monto de la oferta, pero dicho reclamo lo tenía que resolver la entidad adjudicataria del contrato, siendo juez y parte peligrosamente.

Con la ley anterior una gran limitación a la participación de los competidores era la exigencia de las garantías, ya que se las pedían antes de la adjudicación disminuyendo así los proveedores para la competencia.

En la actualidad es necesario la emisión de garantías que en su totalidad completan el 12% del valor de la oferta (o contrato) sin tomar en cuenta que tiene que entregarse la garantía por buen uso del anticipo. Es muy notorio que uno de los mayores inconvenientes de la contratación pública ha sido la falta de planificación, lo que ha permitido que algunos proyectos de gran escala se definan a puertas cerradas sin reglas de competencia, o que se realicen proyectos no necesarios para el país, y esto se ha dado por la falta de control total en los procesos de contratación.

Ante el sistema obsoleto, ineficiente y corrupto que presentaba con la Ley de Contratación Pública, la nueva Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública es un gran cambio total, transformador, que tiene como una gran ventaja la planificación y la organización del Estado, con el buen uso de los recursos públicos, con normas limitadas y definidas para contratar con el Estado, eliminando así la desorganización normativa, porque la ley establece uniformidad para todas las contrataciones de las entidades estatales, teniendo un organismo regulador con el cual se ejecuta un proceso dinámico de contratación al utilizar el catálogo electrónico, convenios marco, subasta inversa, compras corporativas, confiando en la capacidad de los micro y pequeños proveedores y artesanos para la provisión de bienes con las ferias inclusivas.

En la nueva Ley Orgánica del Sistema de Contratación Pública se establecen reglas uniformes dentro de las cuales todos los proveedores deben inscribirse en el registro único de proveedores, mediante el cual se controla la ejecución de los contratos, además este mecanismo al ser claro e innovador establece fuertes sanciones para los infractores, éste nuevo sistema es una gran herramienta eficiente en la actualidad y en el futuro se pulirá más.

Existen varios aspectos determinados en la ley que perjudican de una u otra manera a los proveedores y contratistas en el sector de la construcción por lo que se detallarán estos puntos posteriormente.

2.1.1 Nuevas Definiciones Básicas

“Art. 1.- Ámbito.- se sujetarán a las disposiciones de la ley el Estado y las entidades del sector público según las define la Constitución Política en su Art.118 - que contraten la ejecución de obras, la adquisición de bienes, así como la prestación de servicios no regulados por la Ley de Consultoría”¹².

Lo que se pretende con este artículo es que toda entidad pública y privada que manipule recursos públicos se someta a las disposiciones de la ley, sin excepción alguna, así esta ley demuestra más eficiencia y transparencia, demostrando igualdad entre los proveedores para celebrar contratos con el Estado.

“Art. 2.- Régimen Especial.- Se someterán a la normativa específica que para el efecto dicte el Presidente de la República en el Reglamento General a la Ley, bajo criterios de selectividad, los procedimientos precontractuales de las siguientes contrataciones:

9.- Los que celebran las instituciones del sistema financiero y de seguros en las que el Estado o sus instituciones son accionistas únicos o mayoritarios; y, los que celebren las subsidiarias de derecho privado de las empresas estatales o públicas o de las sociedades mercantiles de derecho privado en las que el Estado o sus instituciones tengan participación accionaria o de capital superior al cincuenta (50%) por ciento, exclusivamente para actividades específicas en sectores estratégicos definidos por el Ministerio del Ramo”¹³.

La aplicación de este último inciso deja abierta una opción muy delicada, para el incumplimiento de los principios de generalidad y universalidad que buscaba la ley, así como del control, supervisión, transparencia y no difusión normativa, porque con esta norma obligada, se mantiene la discrecionalidad de contratar

¹² Art. 12. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Corporación de Estudios y Publicaciones Quito. 2008.

¹³ Art. 2, numeral 9. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. 2008.

toda actividad que al parecer por pronunciación del Ministerio del Ramo, se llegue a considerar estratégica, además para este tipo de contratación no existen montos mínimos y máximos.

“El Art. 4 trata de principios para la aplicación de la ley y de los contratos que de ella deriven, se observarán los principios de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad; y, participación nacional”¹⁴.

Principio de Legalidad: Todo el proceso desde la convocatoria hasta la adjudicación deben realizarse por los medios establecidos por la ley y se deben cumplir los términos y plazos estipulados, además de cumplir con la LOSNCP y su Reglamento durante la adjudicación y ejecución del contrato. En derecho público no se puede omitir lo que claramente estipula la ley.

Principio de concurrencia: *“Lo debido por el Estado en una relación de justicia distributiva, siempre que sea posible lograr la concurrencia de ofertas o cuando se trata de contrataciones standard o en igual sentido, conduce a la observancia por parte de la Administración del procedimiento de licitación pública u otro similar aún cuando no haya texto expreso que lo prescriba. Cuando la administración promueve la concurrencia del mayor número posible de ofertas, ésta persigue la obtención de un menor precio (eficiencia) o un procedimiento que asegure la realización de la obra en el tiempo que demanda la necesidad pública (eficacia), lo que no impide la observancia integral de los principios de igualdad, salvo determinadas circunstancias que justifican la elección libre del contratista”¹⁵.*

Al ejecutarse este principio, se da igual oportunidad a los proveedores para que participen para adjudicación de ciertos contratos.

Principio de Transparencia: En la LOSNCP los procedimientos de licitación pública, y demás realizados a través del portal permiten ejecutar una mayor

¹⁴ Art. 4. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. 2008.

¹⁵ Juan Carlos Cassagne, *Op.cit.*, pág. 72, 73.

transparencia y verificar las decisiones de las autoridades administrativas, ya que existen varios proveedores que están pendientes de la legalidad y adjudicación de la oferta, al proveedor registrado que ha obtenido un puntaje más alto ya sea por oferta económica o experiencia. Para que un proceso de contratación cuente con transparencia absoluta es necesario que se de publicidad y difusión en el portal y medios públicos, puntos importantes para que exista promoción de la concurrencia de los proveedores interesados.

El principio de transparencia incluye difusión por el portal, las convocatorias, los estudios de los proyectos, los pliegos correspondientes, adjudicaciones y toda la información relativa al proceso de adjudicación.

Principio de Vigencia Tecnológica: Todo contrato debe ser adjudicado con el fin de que las obras a realizarse sean ejecutadas y usando la mejor tecnología de acuerdo a las necesidades establecidas. Por tal motivo a pesar de la discrecionalidad que se dé en la adjudicación del contrato, no se puede ignorar la proporción entre necesidad y tecnología en un contrato de construcción. Este principio se relaciona con el de calidad ya que si un proveedor usa tecnología de punta y personal calificado para su manejo, la obra ejecutada será de muy buena calidad porque el personal humano y tecnológico fueron los adecuados.

Principio de Igualdad: Esto implica que todos los proveedores registrados reciban una adecuada información y trato igualitario relativos al proceso de información, participación y selección, además de permitir la intervención competitiva de todos los proveedores registrados de acuerdo a la oferta presentada. Este principio se relaciona con el trato justo, ya que todo proveedor ya sea nacional y extranjero tiene los mismos derechos de participación en procesos de contratación pública, y tienen el derecho de exigir que su calificación sea respetada y en caso de ser el ganador se adjudique el contrato.

Por eso para que se apliquen los principios de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad y participación nacional debería existir una comisión que controle el sistema manejado por el INCOP, con la finalidad de dar seguridad a los proveedores que participan en el portal.

En la ley se protegen los principios de generalidad y universalidad, evitando que los organismos, entidades, instituciones, personas jurídicas, fundaciones, corporaciones y sociedades mercantiles del sector público exceptúen su sometimiento y aplicación a las normas de un cuerpo legal que debe ser de aplicación universal para todo el sector público.

Es de gran importancia señalar que la generalidad de la aplicación de la Ley elimina la discrecionalidad permitida en leyes especiales y reglamentos de entidades como corporaciones, fundaciones, etc., las cuales actualmente manejan recursos públicos, pero contratan obras bajo el régimen privado.

De igual manera es notoria la inconveniencia e ilegitimidad de contratación, bajo principios de igualdad y competencia con Entidades del Sector Público: Lastimosamente la Ley, no considera ningún tipo de excepción o prohibición a este tipo de contrataciones, como las que se realizaba con el Cuerpo de Ingenieros del Ejército, el Instituto Geográfico Militar y otros, quienes han competido de manera desleal con el sector privado, en contratos de adquisiciones de bienes, prestación de servicios y construcción, convocados por entidades del sector público, en todas las provincias, sin importar la naturaleza de dichos contratos.

“Art.5.- Interpretación.- Los procedimientos y los contratos sometidos a la 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”¹⁶.

¹⁶Art. 5. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. 2008.

Lamentablemente las entidades públicas no aplican lo referente a la interpretación, ya que existen muchos contratos en los cuales violan las normas con el fin de favorecer a la entidad, perjudicando de manera total al contratista, este artículo no solo debería cuidar los intereses públicos sino también el de los proveedores y luego el de los contratistas del Estado.

“Art.6.- Definiciones”¹⁷.

“1. Adjudicación: Acto administrativo por el cual la máxima autoridad o el órgano competente otorga derechos y obligaciones al oferente seleccionado”¹⁸.

En la anterior ley el comité era el órgano encargado de resolver sobre la licitación o el concurso público de ofertas , y se realizaba la adjudicación del contrato al proponente que presentaba la oferta más conveniente a los intereses nacionales e institucionales.

Con la ley actual al momento de haberse realizado la adjudicación de un contrato se debe verificar el cumplimiento de la obra por parte del contratista, pero de igual manera se debe controlar que la Entidad Contratante ejecute a tiempo el pago de las planillas correspondientes, ya que en la mayoría de casos los contratistas han cumplido fielmente con su obra pero la entidad contratante no cancela a tiempo sus planillas o únicamente ha otorgado el monto de anticipo para la obra o trabajo contratado.

“3. Catálogo Electrónico: Registro de bienes y servicios normalizados publicados en el portal www.compraspublicas.gov.ec para su contratación directa como resultante de la aplicación de convenios marco”¹⁹.

En la Ley de Contratación Pública anterior, las Instituciones no ponían a disposición del público en general, todos los documentos precontractuales para

¹⁷ Art. 6. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. 2008.

¹⁸ Art. 6, numeral 1. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. 2008.

¹⁹ Art. 6, numeral 3. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. 2008.

su revisión previa a su adquisición; el costo de dichos documentos no tenían parámetros objetivos de valoración, teniendo regularmente un techo de entre el 0.01% del monto referencial no pudiendo ser inferior a cincuenta dólares (USD 50.00) ni superior a mil dólares (USD. 1.000,00), pero en estos procesos sólo podían participar los proveedores que habían cancelado la inscripción a través de la compra de los documentos precontractuales.

Con la ley actual es necesario que los proveedores se registren en el RUP y publiquen los bienes y servicios que brindan, ofertando a varias instituciones sin tener que cancelar el valor de documentos precontractuales, ya que toda la información del proveedor está cargada en el portal.

“4. Compra de Inclusión: Estudio realizado por la Entidad Contratante que propicia la participación local de artesanos de la micro y pequeñas empresas, acorde con la normativa y metodología dada por el Instituto Nacional de Contratación Pública, las conclusiones de esta compra se deberán incluir en los Pliegos”²⁰.

Los profesionales, artesanos, micro, pequeñas y medianas empresas ahora cuentan con un orden de prelación claramente establecido para ser contratados por el Estado lo cual beneficia a los proveedores ecuatorianos, permitiendo su participación en diversas áreas.

“13. Feria Inclusiva: Evento en el que las Entidades Contratantes presentan sus demandas de bienes y servicios, que generan oportunidades a través de la participación incluyente, de artesanos, micro y pequeños productores para adquisición de bienes y servicios, de conformidad con el Reglamento”²¹.

En el último inciso del Reglamento se establece que las ferias inclusivas observarán el procedimiento de contratación que para el efecto dicte el INCOP, el cual establecerá el proceso para la adjudicación de los contratos, aspecto no muy claro para los artesanos, micro y pequeños productores.

²⁰ Art. 6, numeral 4. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. 2008.

²¹ Art. 6, numeral 13. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. 2008.

“14. Instituto Nacional de Contratación Pública: Órgano técnico rector de la Contratación Pública”²².

El INCOP es un organismo que funciona exclusivamente como regulador y controlador del portal, ya que cuando existen quejas de los constructores indicando cierto incumplimiento por parte de las entidad públicas, este organismo ha indicado que todo reclamo se lo debe realizar de manera directa a la entidad pública pertinente para que trámite el reclamo, demostrando a los contratistas que no cumple a cabalidad su función de órgano rector en la contratación pública.

Si bien es cierto se detalla el rol de los organismos de control para reforzar su acción con el fin de evitar demoras para el desarrollo del Estado o sus empresas, pero es necesario que sea un mecanismo eficiente de control que asegure la transparencia de los procesos, para eso está el INCOP el cual contará con departamentos técnicos que controlen el fiel cumplimiento de la ley en cada entidad estatal, pero esos departamentos no existen todavía en nuestro país.

Creemos que es importante que sea el INCOP el que debería recibir todos los reclamos existentes dados en cualquier parte del proceso de invitación, adjudicación, ejecución de los contratos públicos con el fin de hacer cumplir la ley y emitir la información pertinente a la Procuraduría o Contraloría en caso de incumplimiento para así, sancionar a los responsables y evitar que se perjudique a los contratistas que necesitan de las obras que ha proyectado del Estado.

“15. Local: Jurisdicción cantonal donde se ejecutará la obra o se destinarán los bienes y servicios objeto de la contratación pública”²³.

²² Art. 6, numeral 14. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. 2008.

²³ Art. 6, numeral 15. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. 2008.

Esta disposición es totalmente discriminatoria e inconstitucional porque no se puede determinar que la adjudicación de los contratos se debe dar de acuerdo por el lugar de residencia u origen, ya que la contratación debería ser a nivel nacional, permitiendo que cualquier proveedor y/o contratista puedan contratar en cualquier lugar del país.

“18. Mejor Costo en Obras, o en Bienes o Servicios No Normalizados: Oferta que ofrezca las mejores condiciones presentes y futuras técnica, financiera y legalmente, sin que el precio más bajo sea el único parámetro de selección. Los parámetros deberán estar obligatoriamente en los Pliegos”²⁴.

En el ámbito de la contratación de obras, al adjudicar a la oferta más depreciada económicamente hablando, se está incumpliendo de manera efectiva y técnica notoriamente con el objetivo real, social y jurídico del proyecto pues en la mayoría de los casos, estas contrataciones no permiten una igualdad y democratización en los compromisos y contratos, así como tampoco se llega a la feliz culminación de las obras, en los plazos, términos y condiciones, económicas especialmente, pues mientras las ofertas se presentan por valores muy reducidos, las obras finalmente terminan costando mucho más allá de los valores presupuestados en el precio referencial establecido en las convocatorias; limitando adicionalmente el desarrollo profesional y empresarial, lo que incide negativamente en la necesidad inmediata que requiere el país, de llevar a cabo procesos de innovación tecnológica y progreso industrial.

Nos parece una gran ventaja que se hayan establecido parámetros para la determinación del Mejor Costo de Obras a la oferta que ofrezca las mejores condiciones técnicas, financieras y legales sin que el precio más bajo sea el único parámetro de selección y la obligación de que los parámetros de selección consten en los documentos precontractuales, lo que sin duda permitirá resolver un grave problema que existe en la contratación pública, toda vez que la adjudicación a la oferta más baja, en la mayoría de casos, afecta no

²⁴ Art. 6, numeral 18. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. 2008.

solo a la entidad contratante, sino al mismo contratista, impidiendo, entre otros aspectos, el desarrollo profesional o empresarial.

“21. Origen Nacional: Obras, bienes y servicios que agreguen un componente nacional en los porcentajes definidos por el Ministerio de Industrias y Competitividad, de acuerdo al Reglamento de la Ley”²⁵.

Se privilegia obligatoriamente la contratación de bienes y servicios nacionales con el fin de querer incentivar a la producción nacional para generar fuentes de empleo y nuevas empresas tanto por la democratización del acceso al gran comprador como por la normalización de lo que el Estado comprará. Para poder participar en estos procesos se establecerá como requisito básico constar en el Registro de Proveedores.

“22. Participación Local: Participantes inscritos en el Registro Único de Proveedores cuyo domicilio sea el cantón donde se realiza la contratación”²⁶.

Este aspecto es limitante ya que no es posible que los proveedores únicamente puedan ofertar en el cantón donde se encuentran domiciliados, esto va en contra de libertad de escoger un trabajo lo cual está estipulado en la Constitución Política del Ecuador en el *“Art. 33.- El trabajo es un derecho y un deber social, y un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía. El Estado garantizará a las personas trabajadoras el pleno respeto a su dignidad, una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas y el desempeño de un trabajo saludable y “libremente escogido o aceptado”²⁷.*

Entonces, de acuerdo a este numeral 22, sólo se adjudicará el contrato a los proveedores domiciliado en el cantón de la contratación, existiendo de manera

²⁵ Art. 6, numeral 21. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. 2008

²⁶ Art. 6, numeral 22. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. 2008.

²⁷ Art. 33. Constitución Política de la República del Ecuador. Corporación de Estudios y Publicaciones Quito. 2008.

notoria discriminación y violación a la norma constitucional, además hay que tomar en cuenta que existen cantones que no cuentan con el personal calificado ni la maquinaria necesaria para realizar las obras ofertadas, siendo necesario la participación de proveedores no domiciliados en cierto cantón.

“29. Registro Único de Proveedores.- RUP: Base de Datos de los proveedores de obras, bienes y servicios, incluidos los de consultoría, idóneos para participar en los procedimientos establecidos en la Ley, administrado por el Instituto Nacional de Contratación Pública y necesario para contratar con las Entidades Contratantes”²⁸.

Existe un gran logro al establecer un Sistema Único de Calificación y Registro RUP, figura adoptada con grandes logros en varios países latinoamericanos.

Por lo que existe una gran ventaja en la utilización de sistemas modernos dinámicos y electrónicos de contratación ya utilizados en el mundo hace muchos años, *“con el fin de generar generar eficiencia, ahorro, productividad y sobre todo transparencia en las contrataciones”²⁹*, beneficiando los procesos de contratación pública, ya que, permite la eliminación de los trámites ineficaces de calificación de los proveedores en cada una de las entidades públicas; esto gracias a la creación del Registro Único de Proveedores (RUP), el cual posibilita la sistematización y agilidad en los procesos de contratación.

Al sistematizar la Contratación Pública, se deja de considerar a la contratación estatal, únicamente como el conjunto de procedimientos independientes y autónomos que cada Institución realiza, para llevar a cabo la contratación y consumación de actos para satisfacer necesidades públicas.

Con la utilización del portal www.compraspublicas.com.ec, se prefieren los métodos de contratación electrónica y se establecen nuevas figuras como los convenios marco, las subastas inversas y las compras por Internet de bienes y

²⁸ Art. 6, numeral 29. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. 2008.

²⁹ Cámara de la Construcción de Quito, “Revista Construcción”; No. 200; Quito-Ecuador; pág. 21.

servicios normalizados. Entramos de lleno en el Gobierno Electrónico y la Sociedad de la Información.

Además los proveedores con un solo registro lo hacen para todas las entidades del sector público, porque todos sus datos se encuentran cargados en el portal, facilitando el acceso a la información por parte de las entidades contratantes y evitando a los proveedores un gasto significativo que era la compra de las bases para los procesos de contratación pública, entre otros gastos, así los proveedores al ingresar al portal e imprimir el documento de registro e ir al INCOP personalmente, una sola vez están registrados, siempre y cuando consten en la lista blanca del SRI.

“31. Situaciones de Emergencia: Son sucesos 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 emergente es concreta, inmediata, imprevista, probada y objetiva”³⁰.

En este artículo se pormenoriza las situaciones de emergencia por lo que sería muy importante que la declaración de situaciones de emergencia se apliquen única y exclusivamente para estos casos, porque no es emergente la contratación sino la ejecución de obras en situaciones emergentes.

Se debe tomar en cuenta que a una situación de emergencia se puede llegar por varias causas, algunas ajenas al Estado y otras producto de su accionar directo, lo que siempre sucede en las diferentes situaciones de emergencia es el hecho que su origen deriva, fundamentalmente de actos de los poderes públicos, ya que se reconocen situaciones reales dadas, las cuales producen efectos jurídicos. Existen situaciones catalogadas o no como de emergencia que deben ser transitorias y no permanentes ni definitivas, esta gran confusión de que lo normal sea catalogado como emergencia es lo ilógico de las entidades públicas que en casos normales declaran emergencia y adjudican

³⁰ Art. 6, numeral 31. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. 2008.

contratos sin realizar todos los procedimientos precontractuales necesarios para la adjudicación del contrato. Por eso es necesario que la norma de emergencia sea esencialmente transitoria.

Para evitar la declaratoria de situaciones de emergencia es importante y necesario que todas las entidades del Estado ejerzan acciones de mantenimiento de los proyectos de infraestructura ejecutados, por lo que es primordial que se diseñen planes estratégicos para enfrentar los posibles riesgos y cuando estos se presenten, y así el análisis de riesgos se incluya en la fase de estudios del proyecto, y cuando se tengan los resultados respectivos de los estudios sobre vulnerabilidades y amenazas asociadas con los proyectos, se incorporen a dichos resultados, todo esto con el fin de crear medidas preventivas para reducir riesgos y planificar los recursos a utilizarse en su prevención y mitigación, con el fin de poder planear de mejor manera los costos del proyecto a realizarse.

2.1.2. Nuevo Sistema Nacional de Contratación Pública

Respecto al Art.7, en donde se nos habla del Sistema Nacional de Contratación Pública SNCP, ver anexo No. 1.

2.1.3 Órganos del Sistema de Contratación Pública

“Art.8.- Órganos competentes: El Instituto Nacional de Contratación Pública junto con las instituciones y organismos públicos que efectúen presupuestos, planificación, control y contratación pública, son parte del Sistema Nacional de Contratación Pública, en el ámbito de sus competencias”³¹.

El Instituto Nacional de Contratación Pública es el órgano controlador de la aplicación de la norma para la Contratación Pública en nuestro país, ya sea como parte del gobierno central como del seccional.

³¹ Art. 8. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. 2008.

A más de ser el principal órgano en la contratación, debería tener un carácter técnico y estar capacitado específicamente para el control legal y técnico en la adjudicación de todos los proyectos que tenga el Estado.

Un defecto que existe del Instituto Nacional de Contratación Pública es que este posee una independencia relativa, ya que es un ente adscrito al Ministerio de Industrias, Competitividad y Producción, demostrando un control absoluto del Ejecutivo, para establecer las políticas de contratación pública en el país.

Lamentablemente no se da una intervención total por parte del INCOP en los procesos de adjudicación de los contratos de obras públicas, ya que existen varios casos reales en los cuales los proveedores con mejor puntaje no han sido adjudicados para los contratos, existiendo gran discrecionalidad por parte de las entidades públicas e incumpliendo la ley de manera clara en el otorgamiento de contratos al proveedor que contaba con menor experiencia, menor costo del proyecto, pero no se dan cuenta que estos parámetros hacen que la calidad del proyecto varíe y el Estado es el más perjudicado porque ya sea que la obra no cumple con su tiempo de vida útil o desde el principio hay que terminar el contrato con el contratista por incumplimiento o por fallas técnicas evidentes.

“Art.9.- Objetivos del Sistema: Los objetivos prioritarios del Estado, para la contratación pública, son los siguientes:”³².

“6. Agilizar, simplificar y adecuar los procesos de adquisición a las distintas necesidades de las políticas públicas y a su ejecución oportuna”³³;

Toda entidad pública cuando requiera realizar una contratación ya sea para ejecución de obra, mantenimiento, consultoría, entre otras debe ingresar al portal y colocar su oferta de manera ágil y rápida, evitando pérdida de tiempo

³² Art. 9. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. 2008.

³³ Art. 9, numeral 6. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. 2008.

en su proceso de publicación y adjudicación para ejecutar ciertas prioridades que requiere el Estado.

“7. Impulsar la participación social a través de procesos de veeduría ciudadana que se desarrollen a nivel nacional, de conformidad con el Reglamento”³⁴;

El desarrollar una veeduría ciudadana organizada es un ideal por lo que la participación social es imposible dentro de los procesos de contratación pública, hay que tomar en cuenta que en la anterior Ley de Contratación Pública existían los Comités de contratación, en los que participaba un delegado de los colegios profesionales, hoy no se da eso.

Este numeral nos remite al Reglamento para aplicar este inciso, pero en este no hay ningún artículo que trate sobre la participación ciudadana, mucho menos sobre las veedurías.

En este artículo debería incluirse como objetivo principal el garantizar la seguridad jurídica en el proceso de contratación, así se demostraría la transparencia y honestidad en todos los procesos de contratación.

Para que se dé una correcta y transparente aplicación del Ley actual es necesario que se incluya un delegado de los sectores productivos, técnicos, periciales y privados del país de los diferentes sectores que participan en la contratación pública, para que conjuntamente con el INCOP vigilen los procesos y procedimientos bajo las normas establecidas, de esta manera los contratistas podrán saber que en los todos procesos de contratación pública se cumple a cabalidad con la Ley.

En nuestra experiencia con contratistas de la construcción es importantísimo la aplicación de veedurías, por lo que la Cámara de la Construcción de Quito ha firmado un convenio con el INCOP para vigilar los contratos de construcción

³⁴ Art. 9, numeral 7. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. 2008.

que se dan a nivel nacional y que en algunos casos perjudican a los contratistas.

“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”³⁵;

Se determina la obligatoriedad para las instituciones de contar con la planificación y estudios de las obras antes de contratar, lo cual permite la optimización y racionalización del uso de los recursos del Estado. Y al eliminar la improvisación se posibilita mejorar la calidad de las obras en beneficio de la sociedad.

Toda entidad pública que desee contratar cierto proyecto debe contar con los respectivos estudios de ingeniería, los cuales incluyen planos estructurales, instalaciones, equipamiento y servicios, siendo estos necesarios para la licencia de construcción, licencia ambiental, incluyendo especificaciones técnicas para el proyecto, rigiéndose a los parámetros dados por el INEN y en un futuro por el Código Ecuatoriano de la Construcción.

“10. Garantizar la permanencia y efectividad de los sistemas de control de gestión y transparencia del gasto público”³⁶;

Con este numeral se pretende controlar y priorizar el gasto que tienen las entidades públicas, ya que en ciertas ocasiones existen obras de mayor importancia y necesidad que no son tomadas en cuenta por ejecutar otras de vana importancia para la sociedad, por lo que si se promulga un sistema eficiente y con normativa adecuada, los órganos de control podrán efectuar una mejor vigilancia de los actos y contratos de las entidades del Estado.

³⁵ Art. 9, numeral 8. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. 2008.

³⁶ Art. 9, numeral 10. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. 2008.

“11. Incentivar y garantizar la participación de proveedores confiables y competitivos en el SNCP”³⁷;

Existe una gran oposición al “*garantizar la participación de proveedores confiables*”, porque se puede dar el caso de que participen y se adjudique los contratos a proveedores que no estén inscritos en RUP, incumpliendo así las exigencias necesarias para ser habilitados. Entonces el incentivar la participación de proveedores confiables se queda únicamente en la ley mas no se lo cumple realmente, un claro ejemplo son los procesos de menor cuantía en los que el proveedor necesariamente no debe estar inscrito en el RUP, así como se puede garantizar que es un proveedor confiable.

En el Art.11 de la ley se establecen los miembros del directorio del INCOP, el cual está integrado por el Ministro de Industrias y Competitividad, de Finanzas, máxima autoridad del Organismo de Planificación, un Alcalde designado por la Asociación de Municipalidades del Ecuador, un Prefecto designado por el CONCOPE, y el Director del INCOP quien actuará como secretario, sin duda en este artículo se concentran en el gobierno central todas las competencias, ya que no se toma en cuenta la participación del Régimen Seccional Autónomo, ni a las Cámaras, ni a los Colegios como gremios profesionales, los cuales desarrollan funciones muy importantes en el desarrollo del país.

2.1.4 Control del Sistema Nacional de Contratación Pública

“Art.14.- Alcance del Control del SNCP: El control del Sistema Nacional de Contratación Pública será intensivo, e incluirá la fase precontractual, la de ejecución del contrato y la evaluación del mismo.

El Instituto Nacional de Contratación Pública cumplirá la Ley, su consecuencia y verificación de:”³⁸

³⁷ Art. 9, numeral 11. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. 2008.

³⁸ Art. 14. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. 2008.

“3. El cumplimiento de las políticas emitidas por el Directorio del INCOP y los planes y presupuestos institucionales en materia de contratación pública”³⁹;

Este numeral hace referencia a la vigilancia de los planes, presupuestos institucionales, y estrategias del INCOP, y de todas las instituciones que forman el sistema, incluidas las seccionales pertenecientes a contratación pública.

“6. ...Para ejercer el control del Sistema, el INCOP podrá exigir información a entidades públicas o privadas que crea conveniente, las que deberán proveerla en forma obligatoria y gratuita en un término máximo de 10 días de producida la solicitud”⁴⁰.

En cada entidad pública debería existir una unidad de supervisión encargada de vigilar la ejecución de los contratos y de mantener informados periódicamente a los organismos de control sobre el cumplimiento de las obligaciones contractuales, ya que el INCOP no cuenta con la capacidad para controlar de manera eficaz ni eficiente todos los procesos que se dan a diario a nivel nacional.

“Art. 15.- Atribuciones de los Organismos de Control: Corresponde a los organismos de control del Estado, dentro del marco de sus facultades, controlar posteriormente los procedimientos de contratación efectuados por las Entidades Contratantes. Es obligación del INCOP informar a la Contraloría General del Estado y a la Procuraduría General del Estado cada vez que conozca de infracciones a lo dispuesto en la ley”⁴¹.

En la Ley de Contratación Pública anterior, se establecía que previo a la celebración de los contratos adjudicados siguiendo todos los trámites de licitación o concurso público de oferta necesitaban los informes del Contralor General del Estado y del Procurador General del Estado, los cuales eran obligatorios para la suscripción de los contratos cuyo monto iguale o exceda la base para el concurso público de ofertas, aunque no hubieren sido licitados o concursados, excepto en los de menor cuantía. En la actualidad estos

³⁹ Art. 14, numeral 3. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. 2008.

⁴⁰ Art. 14, numeral 6. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. 2008.

⁴¹ Art. 15. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. 2008.

organismos ya no emiten ningún informe para la adjudicación, pero si lo hacen en caso de que exista un perjuicio para el Estado.

2.1.5 Nuevas herramientas del Sistema Nacional de Contratación Pública

2.1.5.1. Registro Único de Proveedores

“Art.16.- Registro Único de Proveedores: Sistema público de información y habilitación de las personas naturales y jurídicas, nacionales y extranjeras, con capacidad para contratar según la Ley, administrado y categorizado por el INCOP; el cual será dinámico, y actualizado automática y permanentemente”⁴².

Evidentemente la creación del RUP es un gran avance para la contratación, un punto muy transformador ya que de esta manera el proceso de calificación es más rápido, y moderno, es importante señalar que no es necesaria la calificación del proveedor en cada entidad, agilizando todo el proceso de una manera eficiente y eficaz.

En la Ley de Contratación Pública anterior se expidió un decreto ejecutivo que incluía el Reglamento General a LCP, la creación del Registro Único de Proveedores y Contratistas, dependiente de la Contraloría General del Estado, el cual al no tener base legal, fue derogado.

El Art. 8 del Reglamento indica el procedimiento a seguir para la inscripción en el RUP.

Al ser el RUP un requisito obligatorio correspondería cumplirse sin excepciones, si se trata de cumplir con los principios mencionados en el Art. 4 de la Ley.

“Art.17.- Publicidad de la Información: La información del RUP será pública y estará disponible en el Portal COMPRASPUBLICAS.

⁴² Art. 16. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. 2008.

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...⁴³.

Un aspecto muy positivo para los proveedores es que toda la información proporcionada al INCP o también denominado INCOP por única vez salva el presentar información ya concedida.

Pero un incumplimiento muy notorio es que existen ciertas entidades que solicitan a los proveedores en los pliegos documentación ya presentada para la inscripción del RUP.

“Art.18.- Obligatoriedad de Inscripción: El proveedor o los proveedores tienen que constar en el RUP como proveedor habilitado. Excepto, los oferentes que intervengan en procesos de menor cuantía podrán no estar inscritos en el RUP; pero deberán inscribirse en el RUP antes de la suscripción de sus respectivos contratos⁴⁴.

“Las entidades contratantes tienen la obligación de registrarse en el portal de acuerdo al Art. 12 del Reglamento⁴⁵.

“El portal no aceptará más de un registro por entidad contratante, de tener unidades descentralizadas, cada una deberá obtener un RUC independiente para registrarse en el RUP, de acuerdo al Art. 13 del Reglamento⁴⁶.

Cada proveedor al inscribirse en el RUP será categorizado técnicamente de acuerdo a su experiencia, objeto de la contratación, especialidad que goza, todo esto determina la capacidad económica y legal del proveedor, de esta manera se controla la calidad de los servicios y los materiales que serán utilizados en los proyectos del sector público.

Un punto negativo es que existe una gran discriminación para los proveedores ya que, quienes participan en procesos de menor cuantía no necesitan

⁴³ Art. 17. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. 2008.

⁴⁴ Art. 18. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. 2008.

⁴⁵ Art. 12. Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito. 2009.

⁴⁶ Art. 13. Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. 2009.

inscribirse en el RUP, sin tomar en cuenta que estas personas pueden ser grandes proveedores del Estado con la celebración de varios contratos calificados de menor cuantía, evadiendo la ley varias veces.

“El Art. 10 del Reglamento indica que la entidad contratante como proveedor de obras, bienes o servicios tiene que estar registrada en el RUP cumpliendo con todos los requerimientos para las personas jurídicas”⁴⁷.

La inscripción obligatoria en el RUP tiene sus ventajas, pero un punto no muy positivo son las excepciones que se aplican para los contratos de menor cuantía en los que no se requiere estar registrado en el RUP, dándose así desigualdades en la obligatoriedad de inscripción en el Registro Único de Proveedores: con lo que se pretende que los oferentes en contratos de menor cuantía, los oferentes extranjeros de licitaciones, así como los consultores extranjeros no requieran su registro en el RUP, lo que generaría una situación de discriminación y desigualdad, así como no permitiría cumplir adecuada y eficientemente con las finalidades y objetivos de implementación de un registro único, que perdería su naturaleza y objetividad.

Se supone que la ley es de aplicación y ejecución para todos los proveedores que deseen contratar con las entidades públicas y con esta excepción antes mencionada, se da preferencia a los artesanos, pequeños y medianos empresarios, ya que estos no se deben inscribir en el RUP dando lugar a desigualdad entre los proveedores que si cumplen con todos los requerimientos.

“Art. 19.- Causales de Suspensión del RUP:

- 1. Por ser contratista incumplido o adjudicatario fallido, durante el tiempo de cinco (5) años y tres (3) años.*
- 2. No actualizar la información requerida para su registro por el INCOP. y*

⁴⁷ Art. 10. Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. 2009.

3. Haber sido inhabilitado de conformidad a lo previsto en los incisos segundo y tercero del Art.100 de la Ley.

Una vez cumplido el tiempo de sanción o superada la causa el Instituto Nacional de Contratación Pública rehabilitará al proveedor de forma automática y sin más trámite”⁴⁸.

Al detallar con precisión las causales y tiempos de suspensión del RUP en la ley da a conocer a los proveedores los motivos para suspensión del RUP, aspecto muy importante, porque así como se determina el porqué de la suspensión, también se da a conocer que cumplida la sanción automáticamente se rehabilitará al proveedor inmediatamente, sin que se tengan los problemas de la ley anterior que determinaban que era la entidad contratante la que debía oficiar a la Contraloría General del Estado, la rehabilitación o cumplimiento del tiempo del fallido o incumplido.

2.1.6 Nuevo Sistema Informático de Compras Públicas

“Art.21.- Portal de “compraspublicas”: Es obligatorio el uso del Sistema Oficial de Contratación Pública del Ecuador COMPRASPUBLICAS para las entidades sometidas a la Ley, el cual contendrá el RUP, Catálogo electrónico, el listado de las instituciones y contratistas del SNCP, informes de las Entidades Contratantes, estadísticas, contratistas incumplidos, la información sobre el estado de las contrataciones públicas; siendo el único medio empleado para realizar todo procedimiento electrónico relacionado con un proceso de contratación pública”⁴⁹.

El portal de compras públicas posee toda la información agrupada de los proveedores por lo que el público puede acceder a esta ingresando al portal www.compraspublicas.gov.ec.

El Art. 8 y 11 del Reglamento establecen que todo proveedor habilitado en el RUP se someterá expresamente al acuerdo de responsabilidad que el sistema le pide que acepte.

⁴⁸ Art. 19. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. 2008.

⁴⁹ Art.21. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. 2008.

2.1.7 Nuevas Normas Comunes de los Procedimientos de Contratación Pública

“Art.22.- Plan Anual de Contratación: Las Entidades Contratantes, para cumplir con los objetivos del Plan Nacional de Desarrollo, sus objetivos y necesidades institucionales, formularán el Plan Anual de Contratación (PAC) con el presupuesto correspondiente de acuerdo a la planificación plurianual de la Institución, asociados al Plan Nacional de Desarrollo (PND) y a los presupuestos del Estado, este plan se publicará obligatoriamente en la página Web de la Entidad Contratante dentro de los quince (15) días del mes de enero de cada año e inter-operará con el portal COMPRASPUBLICAS”⁵⁰.

“Existe una gran ventaja la cual es la obligatoriedad de efectuar ejercicios de Planificación Anual como requisito indispensable para llevar a cabo contrataciones, las Entidades contratantes deberán anualmente presentar su planificación sobre gastos corrientes, inversiones, etc.”⁵¹, así se podrá controlar y auditar de manera más rápida y eficaz la utilización de fondos de las entidades públicas, debiendo éstas justificar los contratos adjudicados en situaciones de emergencia y demás procesos de menor cuantía, los cuales deben estar en el plan anual de contratación de cada entidad.

Cada institución al momento de realizar su PAC y por ende al establecer sus proyectos, está en la obligación de efectuar los estudios técnicos correspondientes de manera seria, profesional y real, con el fin de que al momento de adjudicar el contrato al proveedor, este tenga la certeza de que todo el estudio técnico necesario sea la base sobre la que se ejecutará cierto proyecto, ya que en la mayoría de contrataciones las entidades públicas o bien no tienen hechos los estudios técnicos correspondientes o éstos están mal realizados, perjudicando así al contratista económica y técnicamente.

En nuestro país es muy importante que cada entidad contratante al momento de elaborar la planeación de su presupuesto anual y su PAC incluya planes de mantenimiento rutinario y periódico para las diferentes obras públicas que

⁵⁰ Art.22. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. 2008.

⁵¹ Cámara de la Construcción de Quito; “Revista Construcción”; No. 200; Quito-Ecuador; pág. 21.

existen en el país, con el fin de mantener estándares de operación y de mantenimiento dependiendo de la infraestructura que se quiera tener, esto se lograría con la realización de inspecciones periódicas a los diferentes proyectos de construcción por parte de los técnicos de cada entidad.

El Art. 25 del Reglamento indica que “la máxima autoridad aprobará el plan anual de contratación, hasta el 15 de diciembre del año inmediatamente anterior...y de conformidad a lo dispuesto en el Art.25 de la Ley.

La máxima autoridad tiene la facultad de modificar el plan anual de contratación a través de resolución debidamente motivada, la misma que junto con el plan reformado serán publicados en el portal”⁵².

Es un aspecto muy innovador y ágil de información el hecho de que exista en la programación de obras, una planificación que tenga relación con la planificación plurianual de la entidad y relacionado al Plan Nacional de Desarrollo.

La SENPLANDES realizará el Plan Nacional de Desarrollo, por lo que, los gobiernos seccionales tienen que adaptarse e incluirse en el mismo, aunque estos son los que conocen las necesidades primordiales y urgentes de cada región.

El Art. 26 del Reglamento indica que “el PAC estará vinculado con los objetivos del Plan Nacional de Desarrollo o de los planes regionales, provinciales, locales o institucionales”⁵³.

“Art.23.- Estudios: La entidad antes de contratar deberá contar obligatoriamente con los estudios y diseños completos, definitivos actualizados, planos y cálculos, especificaciones técnicas, debidamente aprobados por las instancias correspondientes, vinculados al PAC de la entidad.

Existe responsabilidad solidaria por parte de la máxima autoridad de la entidad contratante y de los funcionarios que elaboraron los

⁵² Art. 25. Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. 2009.

⁵³ Art.26. Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. 2009.

*estudios, la contratación y aprobación, junto con los consultores o contratistas, si fuere del caso, por la validez de sus resultados y por los eventuales perjuicios que pudieran ocasionarse en su posterior aplicación*⁵⁴.

En este artículo se establece la responsabilidad solidaria de la máxima autoridad, funcionarios, consultores y empleados, la cual será determinada y sancionada por la Contraloría General del Estado, de acuerdo a la primera disposición general de la Ley, un punto positivo para los proveedores como para las entidades, solo así los mecanismos de control evitarán el incumplimiento de los proyectos planteados o que los recursos sean mal utilizados en todo el proceso de contratación. Además es importante que las sanciones sean detalladas y que sean de conocimiento de las entidades y empleados, porque al no planificar debidamente un proyecto o al modificar su estudio, no toman en cuenta el perjuicio que trae a la mayoría de contratistas, implicando nuevos rubros y tiempo para la terminación del proyecto.

*“Art.24.- Presupuesto.- Las entidades previamente a la convocatoria, deberán certificar la disponibilidad presupuestaria y la existencia presente o futura de recursos suficientes para cubrir las obligaciones derivadas de la contratación”*⁵⁵.

Con la finalidad de mostrar seriedad y cumplimiento toda entidad pública debería respetar los contratos adjudicados y mantener congelados los recursos con que cuenta para cierto proyecto, porque lo que normalmente sucede es que se adjudican varios contratos y cuando se da el cambio de autoridades estas no quieren cancelar los valores adeudados o aducen que no hay dinero para cumplir con sus obligaciones, dándose un retraso de la obra e incumpliendo con el pago de planillas al contratista.

“Las entidades previamente a la convocatoria, certificarán la disponibilidad presupuestaria y la existencia presente o futura de recursos suficientes para cubrir las obligaciones derivadas de la

⁵⁴ Art.23. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. 2008.

⁵⁵ Art.24. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. 2008.

*contratación, de acuerdo al Art. 27 del Reglamento indica que el Director Financiero o quien haga sus veces será el responsable*⁵⁶.

Sin duda alguna no se debería solicitar una certificación presupuestaria ya que como su nombre lo indica son montos a tener en un futuro, pero cuando se da una certificación de disponibilidad de recursos esta es real, se está legitimando el dinero con el que cuenta la entidad pública.

*“Art.25.- Participación Nacional: Indica el contenido de los pliegos: criterios de valoración que incentiven y promuevan la participación local y nacional, preferentemente para los proveedores de obras, bienes y servicios, incluidos la consultoría de origen local y nacional, de acuerdo a los parámetros determinados por el Ministerio de Industrias y Competitividad”*⁵⁷.

Este artículo es ilegal porque hay discriminación, la cual está prohibida por la Constitución en el Art. 11 numeral 2, así como en el Art. 66 numeral 4. Además va en contra del Art. 4 de la ley que dice “...se observarán los principios de legalidad, trato justo e igualdad...”⁵⁸, es notoria la discriminación ya que se relaciona con la contratación por el lugar de residencia.

En la Ley de Contratación Pública no se daba esta distinción, pero este artículo actual afecta claramente a los profesionales, ya que los títulos obtenidos son otorgados con el fin de que puedan desempeñar su carrera a nivel nacional sin restricciones.

“Art.26.- Asociación para ofertar: Los oferentes inscritos en el RUP, sean personas naturales o jurídicas, podrán presentar sus ofertas individualmente, asociadas, o con compromiso de asociación o consorcio.

*La participación de la consultoría extranjera, sea ésta de personas naturales o jurídicas, se realizará si no existe capacidad técnica o experiencia total o parcial de la consultoría nacional, determinadas por el INCOP*⁵⁹.

⁵⁶ Art. 27. Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. 2009.

⁵⁷ Art.25. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. 2008.

⁵⁸ Art.4. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. 2008

⁵⁹ Art.26. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. 2008.

Al limitar la participación de la consultoría extranjera se está dando prioridad a los profesionales ecuatorianos que nuestro país los tiene y que están capacitados para consultorías; claro que existen consultorías que requieren de conocimientos especializados y muy técnicos para ciertas áreas no muy comunes en construcción como por ejemplo represas hidroeléctricas que necesitan de consultores extranjeros que posean gran experiencia y conocimiento para su ejecución.

“Art.27.- Modelos Obligatorios: Son obligatorios los modelos y formatos de documentos precontractuales, la documentación mínima requerida para la realización de un procedimiento precontractual y contractual, elaborados y oficializados por el INCOP...”⁶⁰.

Con esta norma todos los formatos a utilizarse son estándares y únicos lo cual evita confusiones y retrasos en el registro de los contratistas con las entidades estatales.

“Art.28.- Uso de Herramientas Informáticas: Todos los procedimientos establecidos en la ley, se tramitarán preferentemente utilizando herramientas informáticas, de acuerdo a lo señalado en el Reglamento de la Ley.

El Portal COMPRASPUBLICAS deberá tener seguridades informáticas que garanticen su correcto funcionamiento, con las pistas de auditoría correspondientes”⁶¹.

Los procedimientos se pueden realizar con herramientas informáticas, pero también se deja abierta la posibilidad de que no se usen dichas herramientas de acuerdo al Reglamento de la Ley, pero en este no hay norma al respecto.

El Portal debe tener un sistema seguridad muy confiable, ya que en el constan toda la información de todas las entidades públicas a nivel nacional y también de los proveedores, por lo que su capacidad debe ser soportado por tecnología

⁶⁰ Art.27. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. 2008.

⁶¹ Art.28. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. 2008.

de punta, aspecto necesario para aplicar una auditoria adecuada cuando se presente algún inconveniente.

Con el registro en el sistema se da una actualización automática y permanente, por tal motivo cuando el contratista o proveedor quiere cambiar sus datos lo puede hacer y el sistema guarda dicha información.

Para evitar la imposibilidad de guardar las actualizaciones de los proveedores registrados el sistema del portal debería tener un excelente soporte técnico con el fin de poder actualizar los datos ingresados ya que hay personas registradas las cuales no pueden aceptar los procesos a los que son invitados, existiendo un gran problema con la capacidad del sistema y el nivel tecnológico que se pretende utilizar.

“Art.29.- Compras Corporativas: Para obtener mejores condiciones de contratación y aprovechar economías de escala, dos o más entidades podrán firmar convenios interinstitucionales para realizar un procedimiento de selección único, para la adquisición de bienes, ejecución de obras de interés común o prestación de servicios incluidos los de consultoría; tomando en cuenta los modelos de uso obligatorio desarrollados por el INCOP, finalizado el proceso de selección se suscribirán contratos independientes entre cada entidad y el o los adjudicatarios”⁶².

Las compras corporativas son un aspecto nuevo que permitirá mejores costos en la contratación pública, por lo que las entidades interesadas en aplicar este modelo, deberán coordinar sus PAC para que coincidan con los procesos.

“Art.30.- Vigencia de la Oferta: Las ofertas se entenderán vigentes durante el tiempo que para el efecto prevean los Pliegos precontractuales, de no preverse el plazo de vigencia se entenderá que la oferta está vigente hasta la fecha de celebración del contrato, pudiendo prorrogarse el plazo previsto por disposición de la Entidad Contratante”⁶³.

⁶² Art.29. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. 2008.

⁶³ Art.30. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. 2008.

Esta norma tiene una gran desventaja para los oferentes porque en la mayoría de los procesos de contratación, las entidades públicas se demoran en la adjudicación, por lo que al momento de iniciar el proyecto por parte del futuro contratista, este saldría perjudicado al no tener el mismo nivel financiero, porque hay que tomar en cuenta que si no consta el reajuste de precios en el contrato, que ya no es obligatorio, el contratista trabajaría con cierto margen de pérdida, y esto se daría por la norma que permite prorrogar el plazo de vigencia de la oferta por parte de la entidad contratante.

Así Las entidades públicas pueden extender el plazo de vigencia de la oferta conforme a su decisión, lo cual perjudica a los proveedores, ya que si el proceso tiene un límite debe cumplirse, no puede ser posible que los proveedores registrados tengan que esperar a que la entidad decida cuándo termina la vigencia de la oferta por decisión propia y sin causa motivada que es lo más preocupante.

“Art.31.- Divulgación, Inscripción, Aclaraciones y Modificaciones de los Pliegos: Los Pliegos contendrán toda la información requerida para participar en un proceso de provisión de obras, bienes o servicios, incluidos los de consultoría, los cuales contendrán toda la información técnica, económica y legal requerida en un proceso como planos, estudios, especificaciones técnicas, condiciones económicas, legales y contractuales, los cuales son públicos y su acceso es gratuito...”⁶⁴.

Este aspecto es nuevo y se trata en el Art. 23 del Reglamento: que señala que “si existen errores de forma estos pueden ser ratificados por el oferente a pedido de la entidad contratante dentro de un término de hasta 48 horas, contados a partir de la notificación. El pedido de convalidación será notificado a todos los oferentes calificados, a través del Portal de COMPRASPUBLICAS.

Se entenderán por errores los siguientes: errores tipográficos, de foliado, sumilla o certificación”⁶⁵.

⁶⁴ Art.31. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. 2008.

⁶⁵ Art. 23. Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. 2009.

El Reglamento permite que dentro del periodo de convalidación los oferentes podrán subsanar las omisiones sobre su capacidad legal, técnica o económica, aspecto que contraviene el Art. 4 de la ley ya que se estaría dando cierta ventaja a ciertos oferentes que pueden rectificar sus faltas.

Como medida correctiva de gran importancia para los proveedores del campo de la construcción, el INCOP debería realizar un seguimiento exhaustivo a cada proceso de adjudicación de los contratos, sin importar el proceso utilizado, ya que existen muchos casos en los que los pliegos tienen requisitos violatorios a ley, perjudicando de manera muy evidente a los proveedores y evitando así su participación, incumpliendo con el derecho constitucional del trabajo.

“Art.32.- Adjudicación: La máxima autoridad de la Institución de acuerdo al tipo de contratación, adjudicará el contrato, al oferente cuya propuesta signifique el mejor costo, de acuerdo a lo definido en los números 17, 18 y 19 del Art. 6 de la Ley; y, a los parámetros objetivos de evaluación previstos en cada procedimiento”⁶⁶.

Está muy claro que la adjudicación en forma indirecta se dará a la oferta de menor costo, que en la ley se define como mejor costo a la oferta que ofrezca a la entidad las mejores condiciones presentes y futuras en los aspectos técnicos, financieros, y legales sin que el precio más bajo sea el factor de selección único.

La Ley de Contratación Pública trataba de una oferta más favorable a los intereses nacionales e institucionales y por recelo a los organismos de control se adjudicaba a las ofertas más baratas, que daban como resultado cumplimiento de obras de pésima calidad para el Estado.

De acuerdo a la experiencia contractual pública, es lamentable conocer que existen casos en que los proponentes llegan a ofertar valores excesivamente bajos, *“llegando incluso a reducir en sus propuestas hasta un 40% del*

⁶⁶ Art.32. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. 2008.

*presupuesto referencial, lo que sin duda, genera inseguridad e incertidumbre de que se puedan ejecutar eficientemente las obras planificadas, con parámetros de calidad y eficacia en obediencia a los estudios realizados*⁶⁷; por otra parte, ante la carencia de oportunidades de trabajo para la gran mayoría de personas naturales y empresas pequeñas y medianas de construcción, algunos oferentes presentan ofertas demasiado bajas, que, al ser adjudicados corren el riesgo de incumplimiento o pérdida. Siendo este aspecto un gran inconveniente relacionado al método de adjudicación de los contratos de adjudicación de obra.

Es un deber del Estado el procurar que el sistema de contratación de la obra pública vele por el cumplimiento de proyectos bien ejecutados con altos niveles de calidad, y el constructor debe ser merecedor a obtener una utilidad razonable que le permita su desarrollo personal y empresarial.

Otra notoria desventaja es que la Ley sigue dejando a la discrecionalidad y subjetividad, el proceso de adjudicación de los contratos de ejecución de obra, señalando que se adjudicará *"...a la oferta que ofrezca a la entidad las mejores condiciones presentes y futuras en los aspectos técnicos, financieros y legales, sin que el precio más bajo sea el único parámetro de selección"*⁶⁸.

Un aspecto negativo es el que cuando se estipula que la oferta con menor costo es la que se tomará en cuenta para la adjudicación de obras, no se evita que se den ofertas incorrectas y precipitadas ya que al final de la obra la entidad contratante tendrá que reconocer un buen porcentaje en el reajuste de precios reales y vigentes por intentar ahorrarse realizando una adjudicación más barata.

"Art.35.- Adjudicatarios Fallidos: Si el o los adjudicatarios no celebraren el contrato por causas que les sean imputables, la máxima autoridad de la entidad, declarará fallido al oferente o a los oferentes y notificará al INCOP; e adjudicatario fallido será

⁶⁷ Cámara de la Construcción de Quito, "Revista Construcción", No. 203; 2009; Quito-Ecuador; pág. 30

⁶⁸ Art.6, numeral 18. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. 2008.

*inhabilitado del RUP por el plazo de tres (3) años, y no podrá subcontratar con los contratistas que contraten con las entidades de acuerdo al Art. 79 de la Ley*⁶⁹.

Las sanciones por ser adjudicatario fallido se mantienen, además se detalla la fecha en la que se aplica la suspensión al igual que su rehabilitación inmediata después de cumplir con su tiempo de suspensión.

*“Art.36.- Expediente del Proceso de Contratación: Las Entidades Contratantes deberán formar y conservar un expediente por cada contratación con 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, de acuerdo al Art. 13 del Reglamento que establecerá las normas sobre su contenido, conformación y en relación al Art. 31 del Reglamento que indica que esta información será publicada a través del portal de www.compraspublicas.gov.ec”*⁷⁰.

Toda la información relacionada con el proceso de cada contratación debe ser guardada y publicada en el portal, aspecto que normaliza y mejora el acceso a la información y su disponibilidad para el público.

En la ley de contratación pública se tenía todo el proceso en expedientes obsoletos, que no eran la mejor manera de almacenar la información importante de cada proceso.

“Art.37.- Ejercicio de la Consultoría: Será ejercida por personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras que, para celebrar contratos con las entidades sujetas a la presente Ley, deberán inscribirse en el RUP. La participación de consultores extranjeros, en los procesos de contratación pública, sean naturales o jurídicas, se dará cuando no exista capacidad técnica o experiencia nacional,...si en treinta (30) días de solicitada dicha expresión de interés no existen interesados nacionales, o los que manifiesten su interés no cumplen con la capacidad técnica o experiencia solicitada, entonces autorizará a la entidad el concurso de prestadores de servicios de consultoría extranjeros. Esta autorización no impide que una vez

⁶⁹ Art.35. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. 2008.

⁷⁰ Art.36. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. 2008.

*iniciado el proceso contractual una persona natural o jurídica nacional participe del mismo*⁷¹.

Esta norma permite de manera preferente a los profesionales ecuatorianos capacitados el participar en consultorías, siempre y cuando los parámetros dados en los pliegos no exageren con la experiencia de los profesionales, situación que si beneficiaría a los extranjeros.

“Art.38.- Personas Naturales que pueden ejercer la Consultoría: Los consultores individuales, nacionales o extranjeros, deberán tener por lo menos título profesional de tercer nivel conferido por una institución de Educación Superior del Ecuador, o del extranjero, en cuyo caso deberá estar reconocido en el país conforme a la Ley.

*Los consultores individuales extranjeros cuyos títulos no se encuentren registrados en el Ecuador que celebren contratos de consultoría cuyo plazo sea de hasta seis meses; deberán presentar el título profesional conferido por una entidad de educación superior del extranjero, lo mismo se aplica para el consultor individual nacional que haya obtenido el título de tercer nivel o cuarto nivel en el extranjero*⁷².

Una gran desventaja para los consultores nacionales es que cuando un consultor extranjero en caso de un contrato menor a seis meses, no requiere que su título extranjero sea avalado por institución ecuatoriana alguna, existiendo discriminación ya que todos los consultores ecuatorianos deben tener su título reconocido en el país.

Por lo que vemos necesario que se exija un título profesional equivalente a un tercer nivel, con esto se garantiza que el profesional que realizará la consultoría tiene los conocimientos necesarios, básicos para desarrollar su trabajo.

“Art.39.- Personas Jurídicas que pueden ejercer la Consultoría: Para que una empresa nacional pueda ejercer actividades de consultoría, las personas jurídicas extranjeras deberán constituirse y domiciliarse en el Ecuador bajo la Ley de Compañías y tener en su objeto social incluida esta actividad, estar facultadas legalmente en el país de su

⁷¹ Art.37. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. 2008.

⁷² Art.38. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. 2008.

constitución para ejercer y prestar servicios de consultoría; estas compañías extranjeras registradas como consultoras en el RUP sólo pueden ejercer la consultoría en el en que se registraron...”⁷³.

Es de gran importancia dar prioridad a los profesionales ecuatorianos, que según la ley se definirá este punto en Reglamento, pero no hay norma alguna al respecto, por lo que se aplican las leyes de los colegios profesionales.

“Art. 40.- Montos y Tipos de Contratación: Tipos de contratación.”⁷⁴.

“1.- Contratación directa: Ver anexo No.4,... La selección, calificación, negociación y adjudicación la realizará la máxima autoridad de la Entidad Contratante de acuerdo al procedimiento previsto en el Art. 36 del Reglamento a la Ley...”⁷⁵.

En este sistema la entidad contratante tiene una facultad muy potestativa porque es la responsable de la selección, invitación y adjudicación del contrato, aspecto que va en contra del Art. 9 de la ley, numeral 3 en el que indica que uno de los objetivos del sistema es evitar la discrecionalidad.

“2.- Contratación mediante lista corta”⁷⁶: Ver anexo No. 4.

El “Art. 37 del Reglamento indica que la entidad contratante invitará, a través del Portal www.compraspublicas.gov.ec, a un máximo de 6 y un mínimo de 3 consultores registrados en el RUP que reúnan los requisitos previstos en los pliegos, para que presenten sus ofertas técnicas y económicas...”⁷⁷.

En este tipo de contratación se determina cual es el proceso a seguir para la selección del o los contratistas, ya que puede ser que la entidad contratante, representada por su máxima autoridad los elija directamente o un delegado para la selección. Lo que se pretende tener son varias ofertas con el fin de

⁷³ Art. 39. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. 2008.

⁷⁴ Art.40. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. 2008.

⁷⁵ Art. 40, numeral 1. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. 2008.

⁷⁶ Art.40, numeral 2 Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. 2008.

⁷⁷ Art. 37. Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. 2009.

seleccionar la mejor, pero este modelo limita la selección de los profesionales, contradiciendo a los Arts. 4 y 9 de la ley.

“3.- Contratación mediante concurso público”⁷⁸: Ver anexo No. 4

Para que las empresas extranjeras participen en la contratación pública deben domiciliarse en el país, y justificar su consultoría, de acuerdo al Art. 39 de la ley.

“Art. 41.- Criterios de selección para la consultoría: Los servicios de consultoría serán seleccionados sobre la base de criterios de calidad y costo entre consultores de la misma naturaleza...”⁷⁹.

La calificación técnica está entre 80 y 90, y la económica entre 10 y 20 puntos lo que da una ponderación de 100, pero para la segunda calificación no existen los parámetros a tomarse en cuenta para obtener dicho puntaje.

La adjudicación se realizará conforme lo indica el Art.32 de la ley.

Al realizar la selección entre consultores de la misma naturaleza hay una gran ventaja que no haya confusiones y todos tengan los mismos criterios uniformes de acuerdo a su formación académica.

“Art. 42.- La Comisión Técnica: Para la realización de concursos públicos y contratación por lista corta, la dependencia, entidad conformará, una Comisión Técnica que tome a su cargo y responsabilidad el llevar adelante los procesos previstos para cada concurso, la que deberá actuar de conformidad con los pliegos aprobados para el efecto. De ser necesario se podrá conformar una o más subcomisiones de apoyo a la Comisión Técnica...”⁸⁰.

⁷⁸ Art.40, numeral 3. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. 2008.

⁷⁹ Art.41. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. 2008.

⁸⁰ Art.42. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. 2008.

Un punto importante es que la entidad contratante para adjudicar un contrato se basa en los informes de la comisión técnica, ya que en esta no está incluida la máxima autoridad, dejando todo el estudio técnico y financiero en manos de la comisión.

2.1.8 Procedimientos Dinámicos

2.1.8.1 Convenios Marco

“Art. 43 Convenios Marco.- El Instituto Nacional de Contratación Pública efectuará periódicamente procesos de selección de proveedores con quienes se celebrará Convenios Marco en virtud de los cuales se ofertarán en el catálogo electrónico bienes y servicios normalizados a fin de que sean adquiridos o contratados de manera directa por las Entidades Contratantes, sobre la base de parámetros objetivos establecidos en la normativa que para el efecto dicte el Instituto Nacional de Contratación Pública”⁸¹.

“Los convenios marco son acuerdos en los cuales se establecen precios y condiciones de compra determinados durante un período de tiempo determinado, con el fin de obtener condiciones más ventajosas para los servicios u obras públicas, ya que al concitar varias entidades que tienen una misma necesidad, y exponer su demanda por determinados productos o servicios, se genera requerimiento más atractivo para el proveedor, quien ofrece mejores precios y condiciones para el comprador”⁸².

“Una norma nueva en los procesos de contratación pública que se aplicará para la adquisición de bienes y servicios normalizados, con los que tendrá ahorro de tiempo, por ende de dinero, plazos de entrega más convenientes y redistribución de recursos”⁸³.

“Art. 44.- Catálogo Electrónico del INCP.- Como producto del Convenio Marco, el INCOP creará un catálogo electrónico disponible en el Portal COMPRASPUBLICAS, desde el cual las Entidades Contratantes podrán realizar sus adquisiciones en forma directa”⁸⁴.

⁸¹ Art.43. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. 2008.

⁸² <http://hasp.axesnet.com/contenido/documentos/Convenios%20Marco.pdf>

⁸³ <http://hasp.axesnet.com/contenido/documentos/Convenios%20Marco.pdf>

⁸⁴ Art.44. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. 2008.

Como la norma lo establece el uso del catálogo electrónico es sólo para adquirir bienes y servicios normalizados, existiendo una gran ventaja para las instituciones públicas que desean dichos bienes y servicios para realizar de manera directa sus adquisiciones rápidamente y con gran eficacia.

“Art.45.- Obligaciones de los Proveedores: Los adjudicatarios tienen que proveer los bienes y los servicios normalizados de conformidad con las condiciones de plazo, precio, calidad, lugar de entrega y garantía establecidas para el período de duración del Convenio Marco, pudiendo mejorar en el Convenio”⁸⁵.

La garantía que tiene como obligación de presentar el proveedor, no se ha determinado pero se puede considerar que es la de fiel cumplimiento del contrato estipulado en el Art. 73 y 74 de la Ley.

“Art.46.- Obligaciones de las Entidades Contratantes: Las Entidades Contratantes deberán consultar el catálogo electrónico previamente a establecer procesos de adquisición de bienes y servicios. Solo si el bien o servicio requerido no se está catalogado se podrá realizar otros procedimientos de selección para la adquisición de bienes o servicios, de acuerdo con la Ley”⁸⁶.

Con esta norma se garantiza la obligatoriedad de uso del catálogo electrónico para la adquisición de ciertos bienes o servicios normalizados que dependen de un convenio marco celebrado con el INCOP, con el fin de que la entidad contratante pueda escoger los productos catalogados.

2.1.8.2 Subasta Inversa

“Art. 47.- Subasta Inversa: Es un procedimiento precontractual para la adquisición de bienes y servicios normalizados que no consten en el catálogo electrónico, las Entidades Contratantes deberán realizar subastas inversas en las cuales los proveedores de bienes y servicios equivalentes, “llegan a una fase de puja en la que se adjudicará la adquisición del bien normalizado al proveedor que oferte el menor precio”⁸⁷, en acto público o por medios electrónicos a

⁸⁵ Art.45. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. 2008.

⁸⁶ Art.46. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. 2008.

⁸⁷ Inés María Baldeón.; “La Subasta Inversa en la Contratación Pública”; 200; Quito-Ecuador; pág. 21.

través del Portal de COMPRASPUBLICAS⁸⁸.

Esta forma nueva de contratación no ofrece la selección del menor precio por la calidad, porque lo que se pretende estandarizar las características técnicas de un bien o servicio. La ley permite que la subasta inversa se realice de manera presencial o electrónica, esta segunda alternativa de subasta tiene ciertas ventajas y son de acuerdo la Dra. Baldeón, las siguientes:

- “- Importantes ahorros para la entidad contratante por reducción del precio: en el cual la entidad contratante puede adjudicar el contrato a un precio absolutamente menor al presupuesto referencial.*
- Disminución de tiempo del proceso contractual: un proceso de contratación por subasta inversa podría conllevar un total unas dos o tres semanas, desde que se inicia el proceso hasta su adjudicación, tiempo inferior a los que se manejan en procesos normales de contratación, por lo general se ahorra no menos de 50 por ciento en la etapa de preparación, y uno 95 por ciento en el proceso de cotización y adquisición.*
- Confidencialidad garantizada entre los participantes: en los procesos de subasta inversa es complicado conocer quiénes participan como oferentes.*
- Adjudicación inmediata: Esta se realiza al final del acto de la puja y de forma totalmente objetiva, pues se adjudica el contrato quien terminó ofertando el precio más bajo.*
- Transparencia y publicidad: Todos los procesos de subasta inversa en especial los de subasta inversa electrónica son conocidos por todos los que tengan interés, así se garantizan los procesos de veeduría ciudadana.*
- Aumenta el espectro de potenciales proveedores porque se puede invitar a oferentes alejados geográficamente.*
- Reduce los errores de las ofertas.*
- Despersonaliza la oferta: evitando posibles tratos de favor con el proveedor habitual⁸⁹.*

Desde el Art. 44 al 48 del Reglamento se establecen los procedimientos para la subasta inversa electrónica, desde el inicio hasta la adjudicación, los requisitos, actas, Comisión técnica.

⁸⁸ Art.47. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. 2008.

⁸⁹ Idem; pág. 24,25.

En el Art. 45 del Reglamento se estipula la calificación de participantes y oferta económica inicial, en el Art. 46 se establece la hora y fecha para la puja, el Art. 47 trata la adjudicación y el Art.48 trata la declaratoria de desierto del procedimiento.

En las disposiciones generales del Reglamento a la ley se establece una excepción para la subasta inversa la cual es la subasta presencial, que es pública y directa.

2.1.8.3 Licitación

“Art.48.- Procedencia”⁹⁰: Ver anexo No. 3.

Esta norma tiene relación con el Art. 50 y 51 de la ley.

“Artículo 49.- De las Fases Preparatoria y Precontractual: La fase preparatoria de todo procedimiento licitatorio comprende la conformación de la Comisión Técnica para la tramitación de la licitación y para la elaboración de los pliegos...”⁹¹.

La comisión técnica está conformada por la autoridad máxima de la entidad, en esta nueva ley se elimina el delegado de los colegios profesionales, participación que era muy importante por las decisiones y opiniones con que aportaban, siendo la actual comisión técnica la que tiene todas las facultades y poderes para tomar decisiones.

Art.49 del Reglamento trata sobre la convocatoria, Art. 50 la recepción de las ofertas, el Art. 51 el contenido de las ofertas, el Art. 52 el término entre convocatoria y apertura de ofertas el Art. 53. El Art. 54 establece el método de evaluación de las ofertas y el Art. 55 el término para la evaluación de las ofertas.

⁹⁰ Art.48. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. 2008.

⁹¹ Art.49. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. 2008.

2.1.8.4 Cotización y Menor Cuantía

“Art.50.- Procedimientos de Cotización”⁹²: Ver anexo No. 3.

Este artículo se aplica a los procedimientos mediante compras por catálogo y subasta inversa, siempre y cuando se cumpla con que los presupuestos referenciales dentro del rango mencionado.

En los procesos de cotización para contratar la ejecución de obras, se debería adoptar un sistema objetivo, ágil y eficiente que determine adecuadamente que se debe entender por “mejor costo en obras”, pues es álgida la preocupación que mantiene el sector constructor, ante la experiencia contractual pública, en la cual se conoce que dentro de las ofertas en los procesos de ejecución de obras, los proponentes llegan a ofertar valores excesivamente bajos, llegando incluso a reducir en sus propuestas hasta un 40% del presupuesto referencial, generando duda de que se puedan ejecutar eficientemente las obras planificadas con parámetros de calidad y eficacia en relación a los estudios realizados.

Lamentablemente, un porcentaje considerable de las obras adjudicadas por parte de muchas entidades públicas, en la práctica no cumplían con su planificación y correcta ejecución, debido por una parte al desfinanciamiento económico que se llegó a presentar en el desarrollo de su ejecución, teniendo como parámetros, la relación valor contractual frente al valor realmente ejecutado, y por otra, debido a la disminuida calidad técnica que se presentaba por ofertar costos irreales, lo que indudablemente no permitía el cumplimiento de los objetivos institucionales y nacionales.

⁹² Art.50. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. 2008.

Este procedimiento permite a los oferentes poder acceder al ejercicio del derecho a un medio idóneo al trabajo y a la contratación, que son garantizados constitucionalmente, y así mismo democratizar la contratación pública.

“Art. 56 del Reglamento - Convocatoria: En este procedimiento la invitación a presentar ofertas a cinco (5) proveedores elegidos mediante sorteo público se lo realizará de forma aleatoria a través del Portal, de entre los proveedores que cumplan los parámetros de contratación preferente e inclusión (tipo de proveedor y localidad), de acuerdo a lo que establece los Arts. 50 y 52 de la Ley”⁹³.

El reglamento establece que la elección por sorteo será pública, pero se contradice estableciendo que el sorteo se dará a través del portal de forma aleatoria, entonces ya no es pública.

“En los pliegos se determinará un sistema de calificación para que los proveedores invitados por sorteo obtengan una puntuación adicional por el hecho de haber salido favorecidos; sin perjuicio del margen de preferencia que se deberá establecer en los pliegos para los demás proveedores locales que participen sin ser invitados por sorteo”⁹⁴.

Los cinco proveedores elegidos por sorteo entre los inscritos en el RUP, de acuerdo a la contratación preferente son los establecidos dentro de la localidad cantonal, demostrando una exclusión opuesta a los principios de igualdad y trato justo establecidos en el Art. 4 de la Ley.

El Art. 57 del Reglamento trata el término entre convocatoria y apertura de ofertas.

2.1.8.5 Menor Cuantía

“Art.51.- Contrataciones de Menor Cuantía”⁹⁵. Ver anexo No 2.

⁹³ Art. 56. Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. 2009.

⁹⁴ Art. 56. Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. 2009.

⁹⁵ Art.51. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. 2008.

Este procedimiento pretende eliminar la discrecionalidad en la contratación y dignifica el ejercicio profesional y empresarial, ya que la contratación para obras de cuantías menores permitía mayor corrupción y clientelismo político.

Sin duda alguna *“se reduce considerablemente de la dispersión normativa, de acuerdo a la iniciativa, se elimina la potestad reglamentaria de cada institución, para determinar, prescribir y aplicar a su antojo los procedimientos de menor cuantía”*⁹⁶.

Una solución correcta con el fin de evitar la discriminación entre proveedores, es que todos los contratos de obras deberían darse bajo un concurso público sin importar la cuantía, con el fin de cumplir los principios de igualdad y legalidad, solicitando que todos los proveedores se registren en el RUP, de esta manera se podrá seleccionar la mejor oferta y garantizar el cumplimiento del proyecto y también su calidad, tanto del profesional que ejecuta la obra como de esta misma.

*“Art.60 del Reglamento-Contrataciones de ínfima cuantía: 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 PIE se las realizará de forma directa con un proveedor seleccionado por la entidad contratante sin necesidad que éste conste inscrito en el RUP...”*⁹⁷.

La gran desventaja en el procedimiento de menor cuantía es que existen preferencias discriminatorias:

“Toda preferencia y privilegio, ya sea para lo que más, como para lo que menos, de grupos, sectores o personas, dispuesto en materia legal, ya sea por condiciones de nacimiento, edad, sexo, etnia, color, origen social, domicilio, idioma, religión, filiación política, posición económica, orientación sexual; estado de salud, discapacidad, o diferencia de cualquier otra índole, violenta el principio universal de igualdad y no discriminación, que es garantizado en toda Constitución de la Republica. La actual Ley

⁹⁶ Cámara de la Construcción de Quito, “Revista Construcción”; No. 200; 2009; Quito-Ecuador, pág. 21

⁹⁷ Art. 60. Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. 2009.

*establece la preferencia y privilegio que en la contratación de menor cuantía, que tienen los profesionales, micro, pequeñas y medianas empresas del cantón en el que se ejecutará el contrato, estableciéndose que únicamente en el caso de que no existiera oferta de proveedores en dicha jurisdicción, se podría contratar con otro tipo de proveedores*⁹⁸.

*“Estas contrataciones no podrán emplearse como medio de elusión de los procedimientos...”*⁹⁹.

Al realizar la adjudicación del contrato por sorteo se da la oportunidad de participar a todos los proveedores de manera igualitaria, pero al mismo tiempo existe una gran diferenciación para la adquisición de bienes y servicios, todos estos en relación con la ejecución de obras, porque en el numeral 1 y 3 para contratar bajo el método de menor cuantía no se requiere registro en RUP, contradiciendo a los principios de igualdad y trato justo del Art. 4 de la Ley, dando preferencia a los micro empresarios y artesanos residentes en el lugar de la obra o contrato.

Al otorgar contrataciones por ínfima cuantía se contraviene la ley, pues no existe este procedimiento legalmente establecido, así mismo todo proveedor debería estar inscrito en el RUP y para este los proveedores no lo están, se debe tomar en cuenta qué pasaría si el contratista no cumple o la calidad de los bienes y servicios perjudican al Estado, que sanciones impone, además en este tipo de adjudicación no hay garantías.

A pesar de lo determinado por las disposiciones de la Ley Orgánica, el Reglamento General incorpora un procedimiento denominado de Ínfima cuantía, que según el articulado procederá para 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 para el año 2008, realizándolas de forma directa

⁹⁸ Cámara de la Construcción de Quito, “Revista Construcción”; No. 1998; 2009; Quito-Ecuador, pág. 52

⁹⁹ Art. 60. Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. 2009.

con un proveedor seleccionado por la entidad contratante sin que sea necesario que éste conste inscrito en el RUP. Estas contrataciones se formalizarían con la entrega de la correspondiente factura y serían autorizadas por el responsable del área administrativa 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. No obstante lo plausible de esta incorporación, es que permite una operatividad económica y lógica a las entidades contratantes, para llevar a cabo con agilidad este tipo de contrataciones, de muy baja cuantía; la misma que no es concordante con la Ley, por lo que, sería necesario que se agregue, la obligatoriedad de que los contratistas, en este tipo de procesos, se encuentren debidamente registrados en el RUP, pues con ello, se puede mantener un estado de control y vigilancia de la utilización de todos los recursos públicos, así sean estos de ínfima cuantía.

“Art.52.- Contratación Preferente: ... Para las contrataciones de obra que se seleccionan por procedimientos de cotización y menor cuantía se privilegiará la contratación con profesionales, micro y pequeñas empresas que estén calificadas para ejercer esta actividad, y preferentemente domiciliados en el cantón en el que se ejecutará el contrato.

Solamente en caso de que no existiera oferta de proveedores que acrediten las condiciones indicadas en los incisos anteriores, se podrá contratar con proveedores de otros cantones o regiones del país”¹⁰⁰.

Sin duda alguna es positivo que se tome en cuenta a las micros y pequeñas empresas, profesionales y artesanos para concursar, pero este artículo va en contra de nuestra Constitución ya que se les da preferencia por el lugar de domicilio en el que se encuentran y ningún proveedor foráneo a esa localidad puede participar, pero si lo puede hacer cuando no hay personas calificadas, siendo un aspecto violatorio a los principios de trato justo, igualdad del Art. 4 de la ley.

¹⁰⁰ Art.52. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. 2008.

El Art. 52 de la Ley es discriminatorio ya que de manera clara infringe el Art. 11, numeral 2 y Art. 66, numeral 4, de la Constitución Política de la República, aprobada mediante referéndum público, el día 28 de septiembre del 2008, los cuales prohíben todo tipo de discrimen, y/o preferencia personal, por razones sociales, raciales, culturales, económicas, demográficas, sexuales, establece la preferencia de personas contra personas, por su establecimiento domiciliario demográfico, lo que adicionalmente implica la ejecución de una prescripción que violentaría los principios de igualdad, productividad, eficiencia y calidad que rigen y deben acatar todo tipo de contratación pública.

“El Art.67 del Reglamento habla sobre las ferias inclusivas: las cuales están previstas en el Art.6 numeral 13 de la Ley son procedimientos que desarrollarán las entidades contratantes, sin consideración de montos de contratación, para fomentar la participación de artesanos, micro y pequeños productores prestadores de servicios”¹⁰¹.

Las ferias inclusivas como su nombre lo indica contienen ofertas de trabajo para beneficio de los artesanos, micro y pequeños productores, generando trabajo en diferentes lugares de nuestro país, pero no se toma en cuenta que se puede adjudicar contratos a estos posibles proveedores sin considerar los montos de contratación, aspecto que perjudicaría al Estado porque no se sabe si ese proveedor seleccionado está en la capacidad económica y técnica de cumplir con el proyecto.

2.1.8.6 Contratación Integral Por Precio Fijo

“Art.53.- Procedencia: Para celebrar contratos de obra, podrá acordarse mediante resolución razonada de la máxima autoridad de la entidad, la celebración del Contrato Integral por precio fijo, cuando se cumplan de forma conjunta los requisitos establecidos en la Ley.

...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.

¹⁰¹ Art.67. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. 2008.

*Los contratistas asumen todos los riesgos y responsabilidades por el cumplimiento del objeto del contrato en las condiciones acordadas*¹⁰².

En el campo de la construcción los contratos a precio fijo son más costosos que los contratos por precios unitarios, porque el contratista debe proveer todos los recursos necesarios en caso de cualquier incidente, además existe mayor acumulación de responsabilidades por parte del contratista ya que, si se realiza el contrato con un solo contratista para la ejecución del proyecto se concentran todos los servicios de provisión de equipo, construcción, puesta en operación, aspectos financieros, siendo este punto negativo, ya que en todo contrato siempre es necesaria la realización de los reajustes de precio por el sistema económico e inflacionario que vive nuestro país; no se toma en cuenta que para grandes obras de infraestructura se precisa de gran conocimiento técnico por la complejidad constructiva que reflejan algunos planes, incluyendo gran aportación de capital.

2.1.8.7 Contrataciones en situaciones de emergencia

“Art.57.- Procedimiento: Para atender las situaciones de emergencia definidas en el número 31 del Art.6 de la ley, previamente a iniciarse el procedimiento, el Ministro de Estado o en general la máxima autoridad de la entidad deberá emitir resolución motivada que declare la emergencia, para justificar la contratación.

*La entidad podrá contratar de manera directa..., podrá, inclusive, contratar con empresas extranjeras sin requerir los requisitos previos de domiciliación ni de presentación de garantías; los cuales se cumplirán una vez suscrito el respectivo contrato...”*¹⁰³.

Para realizar contratación en situaciones de emergencia la entidad contratante debería tener todos los estudios técnicos elaborados para determinado proyecto por más emergencia que sea, ya que al adjudicar un contrato de este

¹⁰² Art.53. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. 2008.

¹⁰³ Art.57. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. 2008.

tipo se omiten requisitos indispensables para la contratación, permitiendo a la entidad contratante tener un justificativo ante sus incumplimientos.

En la ley lamentablemente no se prevé situaciones críticas antes de llegar a situaciones de emergencia, y cuando suceden estas por ejemplo, la emergencia vial que tuvo el país el año 2008 fue una notoria indicación que no existen planes de seguimiento en determinadas aéreas que pueden evitar una declaratoria de emergencia.

La máxima autoridad tiene la potestad de contratar con quien le parezca conveniente, y en algunas ocasiones se olvidan de los proveedores nacionales que pueden realizar ciertos trabajos de manera inmediata para arreglar situaciones de emergencia.

En el área de la construcción cada proyecto tiene sus propias particularidades y especificaciones técnicas por lo que es muy importante que los estudios técnicos realizados sean apegados a las normas técnicas y legales para poder cumplir con su construcción y debida operación, ya que no puede ser que existan proyectos ejecutados y que no funcionen o tengan ciertos problemas.

Por lo que una alternativa de solución sería que el Estado debería incluir en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, una normativa de mantenimiento de obras públicas con el fin de prevenir y evaluar desastres en el área de la construcción, ya que es más complicado tener pérdidas humanas, impactos al medio ambiente, altos costos de servicios públicos y de salud, costos de atención en corto y mediano plazo a damnificados, efectos sociales, etc., que tener un seguimiento de la obra pública emergente y su mantenimiento respectivo.

Es muy importante la limitación que se establece para las situaciones de emergencia, salud y seguridad.

2.1.8.8 De la Adquisición de Bienes Inmuebles

“Art. 58.- Procedimiento: Cuando la máxima autoridad de la institución pública haya resuelto adquirir un determinado bien inmueble, por necesidad pública, procederá a la declaratoria de utilidad pública o de interés social de acuerdo con la Ley...”¹⁰⁴.

Al declarar un bien de interés social los ciudadanos deberían conocer los motivos que llevaron a la autoridad a realizar tal acto administrativo, porque puede existir abuso de autoridad.

2.1.8.9 De los Contratos

2.1.8.9.1 De las capacidades, inhabilidades y nulidades

“Art.61.- Delegación: Si la máxima autoridad de la Entidad Contratante decide delegar la suscripción de los contratos a funcionarios o empleados de la entidad u organismos adscritos a ella o bien a funcionarios o empleados de otras entidades del Estado, deberá emitir la resolución respectiva sin que sea necesario publicarla en el Registro Oficial,... esta delegación no excluye las responsabilidades del delegante”¹⁰⁵.

Cuando una autoridad delega la suscripción de un contrato a cualquier empleado, es un punto muy importante el hecho de que al delegante no se lo exime de las responsabilidades que tiene, ya que con este acto administrativo los trámites y su ejecución son más eficaces y eficientes, no es necesario que esté la máxima autoridad para la celebración de un contrato, agilizando el proceso de contratación.

En todo contrato de construcción debe constar detalladamente las cantidades de obra y presupuesto del proyecto, en los cuales se incluyen los rubros de construcción necesarios para ejecutar la obra, con los precios unitarios de

¹⁰⁴ Art. 58. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. 2008.

¹⁰⁵ Art. 61. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. 2008.

cada uno de ellos, dando como resultado el presupuesto referencial definitivo, el cual se tiene que reflejar en el costo real del proyecto, incluyendo medidas estructurales y no estructurales establecidas en el diseño.

“...Para la suscripción de un contrato adjudicado no se requerirá de autorización previa alguna”¹⁰⁶.

El Art. 62 y 63 de la Ley establecen las inhabilidades generales y especiales de las personas para la contratación, de manera muy clara, dando un listado taxonómico el cual debe respetarse y no incumplirse.

“Art.64.- Contratos Celebrados contra Expresa Prohibición: Si se celebrare un contrato contra expresa prohibición de la ley, la máxima autoridad de la Entidad Contratante podrá declarar en forma anticipada y unilateral la terminación del contrato, sin que proceda reconocer indemnización alguna al contratista. A partir de la fecha en que se declare la terminación unilateral, la institución contratante se abstendrá de realizar cualquier pago en razón del contrato, salvo el que resultare de la liquidación que se practicará...”¹⁰⁷.

Este artículo debería ser más estricto y en lugar de decir que la entidad contratante podrá declarar en forma anticipada y unilateral la terminación del contrato, tendría que ser decir que la entidad contratante tiene la obligación de dar por terminado en contrato cuando se ha celebrado un contrato que tenía prohibición.

“Art.66.- Denuncias: La denuncia sobre contratos celebrados con personas inhábiles o sobre aquellos que recayera alguna causa de nulidad, podrá presentarla cualquier persona al Procurador General del Estado acompañando los documentos probatorios del caso, para que se analice la procedencia de demandar la nulidad del contrato sin perjuicio de que se inicien las demás acciones civiles o penales a las que hubiere lugar”¹⁰⁸.

Es complicado que la persona que denuncia tenga todos los documentos

¹⁰⁶ Art. 61. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. 2008.

¹⁰⁷ Art.64. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. 2008.

¹⁰⁸ Art. 66. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. 2008.

probatorios del caso, por eso muchos casos de corrupción quedan en la impunidad por la falta de pruebas, ya que un contratista no espera que los empleados o autoridades de las entidades públicas soliciten ciertos porcentajes cuando un contrato le ha sido adjudicado, quedando así indefenso ante la corrupción que está latente en la adjudicación de contratos de obras públicas y que la viven a diario los contratistas.

Por eso sería muy importante que el INCOP tenga comités de contratación pública dedicados a investigar y resolver las denuncias presentadas por los contratistas y este debería ayudarse de la información que pueden proveer la Contraloría o la Procuraduría.

2.1.8.9.2 De los Requisitos y Forma de los Contratos

“Art.70.- Administración del Contrato: Los contratos contendrán estipulaciones específicas relacionadas con las funciones y deberes de los administradores del contrato, así como de quienes ejercerán la supervisión o fiscalización.

En el expediente se hará constar los hechos, actuaciones y documentación relacionados con pagos; contratos complementarios; terminación del contrato; ejecución de garantías; aplicación de multas y sanciones; y recepciones”¹⁰⁹.

Es ineludible que en todo contrato se cuente con un administrador, para que de esta manera el contratista en caso de querer solicitar algo o denunciar algún problema e inconveniente en la obra se dirija directamente al administrador y no a ningún funcionario público, evitando el retraso de los procedimientos pertinentes.

“Art. 121 del Reglamento.- Administrador del contrato: ...Si el contrato es de ejecución de obras, prevé y requiere de los servicios de fiscalización, el administrador del contrato velará porque ésta actúe

¹⁰⁹ Art. 70. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. 2008.

*de acuerdo a las especificaciones constantes en los pliegos o en el propio contrato*¹¹⁰.

Es muy importante que se determinen las obligaciones y responsabilidades de los administradores en los contratos, pero también es necesario que éstas sean personas calificadas y especializadas en las diferentes áreas de construcción para la contratación pública para que los proyectos sean correctamente controlados y fiscalizados por personal idóneo.

Por lo que es de gran beneficio para las partes el tener un administrador, al cual dirigirse en caso de cualquier inconveniente, facilitando los trámites, el avance de la obra, solución de problemas e inconvenientes o ya sea para reclamos respectivos.

Los fiscalizadores que trabajan para las entidades contratantes o son parte de estas, son quienes realizan las actas de entrega – recepción, por lo que es primordial que este personal tenga la debida capacitación técnica para realizar su trabajo de manera profesional y correcta, demostrando que las entidades públicas son las responsables directas de la selección del personal técnico que realizará las fiscalizaciones necesarias.

En los contratos de fiscalización los fiscalizadores tienen la facultad para paralizar de manera parcial o total la obra, hasta que los aspectos vulnerables del proyecto sean resueltos, con el fin de reducir los riesgos y lograr un éxito funcional del proyecto a ejecutarse, por lo que este personal debe ser altamente calificado, ya que ellos emiten criterios muy técnicos, que en algunos casos al no tener los suficientes fundamentos técnicos perjudican a los contratistas en el avance de las obras.

“Art.71.- Cláusulas Obligatorias: En los contratos sometidos a la ley

¹¹⁰ Art. 121. Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. 2009.

se estipulará obligatoriamente cláusulas de multas, así como una relacionada con el plazo en que la entidad deberá proceder al pago del anticipo, en caso de haberlo; el que no podrá exceder del término de treinta (30) días.

Las multas se impondrán por retardo en la ejecución de las obligaciones contractuales conforme al cronograma valorado, por incumplimientos de las demás obligaciones contractuales, las que se determinarán en relación directa con el monto total del contrato y por cada día de retraso.

Las multas impuestas al contratista pueden ser impugnadas en sede administrativa, a través de los respectivos recursos, o en sede judicial o arbitral¹¹¹.

En la práctica las multas son establecidas de acuerdo al valor total del contrato siendo estas demasiado altas ya que las mismas se deben tomar en cuenta desde la parte del proyecto que no se cumplió de acuerdo a los cronogramas.

¹¹¹ Art. 71. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. 2008.

CAPÍTULO III

3.1 De las Garantías y sus Problemas en los Contratos de Construcción

“Art.73.- Formas de garantías.- En los contratos a que se refiere la ley, los contratistas podrán rendir algunas formas de garantías...”¹¹².

Por ser reformatoria de la Ley, en su Art. 73, y por lo tanto antijurídica, se debe eliminar del Art. 117 del Reglamento, la disposición que señala que será la Entidad Contratante quien elija la forma de garantía a entregarse dentro de un proceso precontractual, pues la Ley es clara al señalar que el contratista es quien puede, a su elección, presentar cualquiera de las formas de garantía establecidas legalmente determinando que el adjudicatario podrá presentar cualquiera de las garantías establecidas en la Ley, pero el Reglamento contradice estableciendo que la entidad pública puede escoger el tipo de garantía, lo que podría provocar problemas para la participación y/o contratación de proveedores.

“Art.117 del Reglamento.- Combinación de garantías: Las garantías a que se refiere el Art.73 de la Ley, podrán constituirse por combinación de ellas. La elección de la forma de garantía queda a opción de la entidad contratante, conforme se lo determine en los pliegos...”¹¹³.

Existe un incumplimiento en relación al Art. 73 de la Ley, la cual determina los tipos de garantías a otorgarse, siendo el contratista el que pueda escogerlas.

El Art.118 del Reglamento trata la devolución de Garantías.

¹¹² Art.73. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. 2008.

¹¹³ Art. 117. Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. 2009.

“Art.74.- Garantía de Fiel Cumplimiento: ...En los contratos de obra, así como en los contratos integrales por precio fijo, esta garantía se constituirá para garantizar el cumplimiento del contrato y las obligaciones contraídas a favor de terceros y para asegurar la debida ejecución de la obra y la buena calidad de los materiales, asegurando con ello las reparaciones o cambios de aquellas partes de la obra en la que se descubran defectos de construcción, mala calidad o incumplimiento de las especificaciones, imputables al proveedor...”¹¹⁴.

Lamentablemente la Ley no determina el momento en el que se debe presentar la garantía, dando lugar a que funcionarios públicos de manera osada soliciten dicha garantía previa al inicio del trámite de contratación, cuando esta se debería otorgar en la fecha de celebración del contrato.

Esta garantía tácitamente abarca la garantía de calidad de materiales a más de establecer una opción de que se ejecuten multas, aspectos que no convienen a los contratistas en general.

“... Con cargo a la garantía de fiel cumplimiento se podrá efectivizar las multas que le fueren impuestas al contratista”¹¹⁵.

Si se cobran las multas del monto de la garantía de fiel cumplimiento el contrato queda totalmente desprotegido, hay que tomar en cuenta que lo lógico sería que las multas se descuenten de los valores pendientes a realizarse en las panillas, pero si no existen valores pendientes se debería solicitar la cancelación de estas al contratista y si no las cancela ahí si efectivizar las multas del monto de la garantía de fiel cumplimiento de acuerdo al Art. 125 del Reglamento.

¹¹⁴ Art. 74. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. 2008.

¹¹⁵ Art. 74. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. 2008.

“Art.75.- Garantía por Anticipo: Si por la forma de pago establecida en el contrato, la Entidad Contratante debiera otorgar anticipos de cualquier naturaleza, sea en dinero, giros a la vista u otra forma de pago, el contratista para recibir el anticipo, deberá rendir previamente garantías por igual valor del anticipo, que se reducirán en la proporción que se vaya amortizando aquél o se reciban provisionalmente las obras, bienes o servicios...; el monto del anticipo lo regulará la Entidad Contratante en consideración de la naturaleza de la contratación”¹¹⁶.

La ley no establece la fecha en la que debe darse esta garantía, la cual debería otorgarse en el momento de cobro del anticipo, porque los funcionarios públicos la solicitan previo al inicio del trámite de contratación, perjudicando al contratista, quien debe realizar egresos extemporáneos en los cuales ni siquiera ha recibido el anticipo.

Un aspecto positivo de la nueva ley son las eliminaciones de la garantía de seriedad de oferta, la garantía de buena calidad de materiales, la garantía para reclamaciones, así como entre otros beneficios, la eliminación de costos de documentos precontractuales, contribución a la Procuraduría General del Estado y la disposición de únicamente protocolizar los documentos ante un notario público para los contratos de cuantías superiores a la base de licitación, pues reducen costos indirectos de las obras y coadyuvan a racionalizar la contratación, eliminando restricciones económicas para la participación de los oferentes y proveedores.

En el Art. 118 del Reglamento se determinan los tiempos en los que serán devueltas las garantías.

Una desventaja relacionada con las garantías es que en caso de que se disponga la efectivización injustificada de una garantía no existe el derecho de repetición por dicho pago, por lo que los contratistas están desprotegidos al no estipular este aspecto en la Ley, es así que las aseguradoras podrían tomar

¹¹⁶ Art. 75. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. 2008.

precauciones ante la facilidad de ejecución de las garantías, perjudicando a los contratistas directamente.

3.1.1 De la Cesión y Subcontratación

“Art.78.- Cesión de los Contratos: El contratista está prohibido de ceder los derechos y obligaciones emanados del contrato”¹¹⁷.

Con esta normativa el contratista es el responsable directo frente a la entidad contratante, ya que al firmar el contrato adquiere derechos y obligaciones inmediatas, que las debe cumplir aquella persona que firmó el contrato y no otra persona.

Un punto relevante a tomar en cuenta es el Decreto Ejecutivo No. 1793, el cual esté en el anexo No. 5, el cual fue emitido el 20 de junio de 2009, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 621 de 26 de junio de 2009, reformado el 2 de diciembre de 2009, que entró en vigencia desde el 19 de noviembre de 2009, el cual establece que luego de cumplidos los requisitos constitucionales y legales, el Director Ejecutivo del INCOP, inmediatamente se digne incorporar a lo modelos obligatorios de pliegos las disposiciones siguientes:

“- Para la calificación como proveedor y habilitación como oferente de persona jurídica, se debe detallar claramente sus accionistas, partícipes o asociados con el fin de establecer si están dentro de las inhabilidades descritas en los Arts. 62, 63 y 64 de la ley, y 110 y 111 del reglamento respectivo, además se determina de manera arbitraria que si los accionistas o asociados de las personas jurídicas cuyo domicilio sea en “paraísos fiscales” serán descalificados inmediatamente.

- Cuando una persona jurídica contratista del Estado quiera transferir, ceder, enajenar bajo cualquier modalidad, de las acciones, participaciones cualquier otra forma de expresión de asociación y no notifique a la entidad contratante estos actos serán

¹¹⁷ Art. 78. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. 2008.

causal para dar por terminado el contrato de manera unilateral y anticipadamente, además esto también se puede dar cuando la entidad contratante no ha dado autorización alguna para transferencia, cesión, capitalización, fusión, absorción, transformación o cualquier otra forma de expresión de asociación que sea del 25 por ciento o más del capital de la persona jurídica o consorcio contratista del Estado”¹¹⁸.

Es muy notorio que este decreto es inconstitucional porque va en contra de los derechos establecidos en la Constitución en sus Arts. 11, 33, 66 numeral 2 y 13, además es importante indicar que un decreto ejecutivo nunca puede reformar una ley orgánica como la del Sistema Nacional de Contratación Pública, por lo que es inaplicable para el área de la construcción en nuestro país, ya que la realidad que vive el sector de la construcción es muy diferente a la que piensa el Ejecutivo, porque si tomamos en cuenta la gran cantidad de obras públicas ejecutadas en nuestro país tales como vialidad, ejecución de proyectos hidroeléctricos, petroleros, entre otros los han realizado personas jurídicas extranjeras, que con este decreto tienen una gran limitación de participación en proyectos estatales que requieren del conocimiento técnico de personas jurídicas o consorcios extranjeros, perjudicando directamente el desarrollo, producción y la inversión en nuestro país.

Un punto negativo determinado en el decreto 1793, es que las personas jurídicas domiciliadas en paraísos fiscales determinados por el SRI serán descalificados, realmente no se ha tomado en cuenta que el tema tributario es muy aparte de la LOSNCP ya que si se pretende regular este aspecto se debería dar una reforma a la Ley de Compañías y a la Ley de Régimen Tributario Interno, sin duda alguna este aspecto perjudica al sector de la construcción en el campo público y privado, porque en nuestro país podrán existir profesionales excelentes, quienes lamentablemente no poseen el conocimiento técnico ni el capital necesario para la ejecución de obras de gran amplitud, por lo que una vez más se impide y pone trabas a la inversión extranjera que mueve mano de obra y producción nacional en la contratación

¹¹⁸ Correa Delgado Rafael. Decreto Ejecutivo No. 1793.20 de Junio de 2009.

pública.

De acuerdo a nuestra experiencia en el área de la construcción las grandes empresas que están domiciliadas en paraísos fiscales lo hacen en estos países, ya que los consorcios o personas jurídicas acceden a préstamos a bajos intereses, lo cual les permite obtener capital para la ejecución de grandes proyectos de construcción, ya sean públicos o privados, beneficiando el progreso de los diferentes estados en donde ejecuten sus obras.

3.1.2 De la Administración del Contrato

“Art.80.- Responsable de la Administración del Contrato: El supervisor y el fiscalizador del contrato son responsables administrativa, civil y penalmente de la toma de las medidas necesarias para su adecuada ejecución, con estricto cumplimiento de sus cláusulas, programas, cronogramas, plazos y costos previstos...”¹¹⁹.

El fiscalizador y el supervisor al momento de establecer un retraso en la ejecución de la obra deben ser lo suficientemente profesionales e informar a la entidad contratante las causas de los atrasos y sus costos, de la misma manera si la entidad contratante incumple con las cláusulas de pago de planillas estipulados en el contrato, tienen que llamar la atención a la entidad y dejar constancia de sus incumplimientos, ya que existen casos en que los constructores presentan atrasos en su cronograma de trabajo porque la entidad solicita obras adicionales, extras del proyecto, perjudicando económicamente al contratista al igual que en el tiempo de ejecución.

“Art.121 del Reglamento establece: Administrador del contrato.-...El administrador adoptará las acciones que sean necesarias para evitar retrasos injustificados e impondrá las multas y sanciones a que hubiere lugar...”¹²⁰.

¹¹⁹ Art.80. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. 2008.

¹²⁰ Art. 121. Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. 2009.

Con el fin de que el fiscalizador y el supervisor cumplan sus funciones dentro de la competencias que determina la ley, aunque no están detalladas; es necesario que estos sean personas muy capacitadas y con gran experiencia en área de trabajo que desempeñan sus funciones, para que así los contratistas se sientan respaldados ante cualquier inconveniente que se presente en los proyectos.

Por eso, así como se establecen multas y sanciones para los contratistas, también deberían determinarse las responsabilidades que tienen el supervisor y el fiscalizador, y en caso de incumplimiento de estos aplicar sanciones respectivas, ya que existe gran cantidad de contratos en los cuales el fiscalizador nunca revisa la obra y cuando se va a realizar la recepción provisional o definitiva solicita cambios, perjudicando económicamente a los contratistas y retardando la recepción del proyecto.

3.1.3 Recepción y Liquidación

“Art.81.- Clases de Recepción: ...En los contratos de consultoría, existirá una sola recepción, que tendrá los efectos de recepción definitiva...; en los contratos de ejecución de obra, así como en los contratos integrales por precio fijo existirán una recepción provisional y una definitiva”¹²¹.

“Art.122 del Reglamento.- Negativa a recibir: La entidad contratante podrá, dentro del término de 10 días contados a partir de la solicitud de recepción del contratista, negarse a recibir la obra, bien o servicio, por razones justificadas, relacionadas con el cumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por el contratista. La negativa se notificará por escrito al contratista y se dejará constancia de que la misma fue practicada.

Vencido el término previsto en el inciso primero de este artículo, sin que la entidad contratante objetare la solicitud de recepción ni formulare observaciones al cumplimiento del contrato, operará, sin más trámite, la recepción de pleno derecho, para lo cual el contratista

¹²¹ Art. 81. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. 2008.

*notificará por intermedio de un Juez de lo Civil o un Notario Público*¹²².

Este es un aspecto muy positivo y beneficioso para los contratistas, pues determina un juez competente de manera clara, lo que no ocurría con la legislación anterior, lamentablemente el Reglamento a la ley no establece el procedimiento que deberían seguir los contratistas, procedimiento que si lo había en el reglamento a la anterior ley de contratación pública, por lo que con esta norma nueva se pretende que a través del Juez de lo Civil o un Notario Público simplemente se notifique la recepción presunta a la entidad contratante, sin establecer requisitos taxativos, lo que podría provocar un abuso indiscriminado en su aplicación, por lo que nos parece necesario que se detalle el procedimiento a seguir para que así los jueces y los notarios cumplan a cabalidad lo establecido en la ley.

Con esta norma las entidades públicas tienen la responsabilidad de motivar su inconformidad con la solicitud de recepción y si no lo hacen, el contratista tiene la facultad de acudir a las autoridades competentes para ejercer sus derechos, porque existen casos en los que el retraso en la aceptación de recepción se da por incumplimiento de las labores que tienen que realizar los funcionarios públicos.

“Art.123 del Reglamento.- Recepción definitiva: En los contratos de obra, la recepción definitiva procederá una vez transcurrido el término previsto en el contrato, que no podrá ser menor a seis meses, a contarse desde la suscripción del acta de recepción provisional total o de la última recepción provisional parcial, si se hubiere previsto realizar varias de éstas.

*El acta de recepción definitiva será suscrita por las partes, en el plazo previsto en el contrato, siempre que no existan observaciones pendientes en relación con los trabajos de consultoría y el informe final definitivo del estudio o proyecto*¹²³.

¹²² Art. 122. Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. 2009.

¹²³ Art. 123. Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. 2009.

La recepción en los contratos de obras de construcción es un gran problema, ya que los funcionarios públicos no cumplen con la recepción definitiva, perjudicando a los contratistas de manera directa porque se solicitan la vigencia de las garantías, por esto es necesario que opere de manera inmediata la recepción presunta dada por la notificación de un juez de lo Civil o Notario Público con el fin de cumplir la ley establecida.

El Art.124 del Reglamento establece el contenido de las actas.

“Art.125 del Reglamento.- Liquidación del contrato: ...Los valores liquidados deberán pagarse dentro de los diez días siguientes a la liquidación; vencido el término causarán intereses legales y los daños y perjuicios que justificare la parte afectada”¹²⁴.

En relación a este artículo que no se cumple a cabalidad, porque en la realidad existen liquidaciones de varios contratos con entidades públicas que no se cancelan a tiempo, y después de tanta insistencia y gestión por parte de los contratistas, la entidad paga lo adeudado sin intereses legales, únicamente siendo un logro que el contratista recupere su inversión por la cual trabajó, a pesar de que la ley obliga a la entidad contratante a liquidar los valores pendientes con agilidad.

Los contratistas al desconocer su derecho a cobrar los valores adeudados dentro de los diez días posteriores a la liquidación pierden su saldo pendiente, por lo que es válido y justo que este incumplimiento se repita en contra de los funcionarios públicos que tienen a cargo el pago y liquidación de los contratos.

3.1.4 Reajuste de Precios

“Art.82.- Sistema de Reajuste: Los contratos de ejecución de obras,

¹²⁴ Art. 125. Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. 2009.

adquisición de bienes o de prestación de servicios, cuya forma de pago corresponda al sistema de precios unitarios, se sujetarán al sistema de reajuste de precios de conformidad con lo previsto en el Reglamento a la ley. Serán también reajustables los contratos de consultoría que se suscribieran bajo cualquier modalidad”¹²⁵.

Lamentablemente por la falta de regulación expresa en el reglamento de la Ley, se ha considerado no reconocer un derecho, que la anterior legislación, los principios jurídicos de la materia y la legislación comparada determinaban irrenunciable, pues pretende equilibrar la relación contractual; especialmente porque, en una economía inestable e inflacionaria como la ecuatoriana, es justo y necesario guardar estabilidad y equilibrio económico en la relación contractual entre las partes.

Las entidades contratantes deben tomar en cuenta que las obras de construcción no se las puede realizar de un día para otro, ya que es por este motivo que en la mayoría de las contrataciones se reflejan anomalías detectadas en la ejecución del proyecto, porque las entidades con lo anteriormente dicho pretenden que los proyectos se los realice rápido y a menor costo, sin duda esto incrementa terriblemente los costos, la planificación técnica del proyecto, y vulnerabilidad de la ejecución.

“Art.128 del Reglamento.- Fórmulas contractuales: Las entidades contratantes deberán hacer constar en los contratos la o las fórmulas aplicables al caso con sus respectivas cuadrillas tipo, que se elaborarán sobre la base de los análisis de precios unitarios de la oferta adjudicada, definiendo el número de términos de acuerdo con los componentes considerados como principales y el valor de sus coeficientes...”¹²⁶.

Para obtener la fórmula de reajuste de precios se utiliza el análisis de precios unitarios de la oferta adjudicada al contratista.

¹²⁵ Art.82. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. 2008.

¹²⁶ Art.128. Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. 2009.

El Art.129 del Reglamento explica la aplicación de la fórmula de reajuste de precios.

El Art.130 del Reglamento trata la mora del contratista.

“Art.131 del Reglamento.- Liquidación del reajuste.- Tan pronto se disponga de los índices definitivos de precios, se realizará la liquidación y pago final del reajuste, considerando las fechas de pago de las planillas y aplicando las fórmulas contractuales.

Como el derecho a percibir el reajuste es de aquellos que se pueden renunciar, tal situación podrá establecerse en los documentos correspondientes”¹²⁷.

Este aspecto muy importante del reajuste de precios, lamentablemente no consta en la ley, por lo que puede acontecer que en los pliegos se dé una renuncia implícita al reajuste, perjudicando a los contratistas que requieran de este derecho que lo da la Ley; en nuestro país las funcionarios públicos tienen la errada idea que el reajuste de precios es un beneficio para el contratista lo cual no es así, pues su finalidad es evitar que su trabajo no sea compensado económicamente o sea realizado a pérdida, pues se debe reconocer que el incremento de los costos en los materiales de construcción en nuestro país, por los índices inflacionarios para este sector, varían día a día.

El principio del equilibrio contractual, sobre todo para el contratista, se constituye en el verdadero fundamento de su interés para celebrar un contrato; ya que, mientras para la administración su interés al contratar es satisfacer alguna necesidad colectiva o interna, para el contratista es obtener algún beneficio o lucro económico legítimo, ello sin duda forma parte de la naturaleza bilateral de la contratación. Este principio económico es justificado en la nueva Constitución Política del Ecuador que garantiza a través de su articulado el derecho a recibir una remuneración por el trabajo realizado en los Arts. 33, 326 numeral 4, 66 numeral 17, prohibiendo toda coercitividad para efectuar labores

¹²⁷ Art. 131. Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. 2009.

gratuitas o forzosas, deplorando el enriquecimiento aún del Estado sin causa justa.

Es dentro de la característica que se presenta en el contenido de este principio y derecho a recibir el reajuste de los costos productivos, que debemos considerar a la conservación y establecimiento del equilibrio financiero económico de las partes, puesto que una vez suscrito el contrato, la voluntad y finalidad de ellas, consiste en recibir un beneficio económico o social, sin causar perjuicio económico a su contraparte.

Por otro lado, tanto legal como doctrinariamente los contratos siempre se deben ejecutar de buena fe y por consiguiente obligan no solo a lo expresado en ellos, sino a todas las prescripciones que emanen de la naturaleza de ella, por lo que se deben ejecutar las estipulaciones contractuales con equidad tanto para el contratante, como para el contratista, aplicando irrestrictamente los principios y normas jurídicas que son propias de su esencia.

Siendo evidentemente una gran desventaja para los contratistas de la construcción que dentro de las cláusulas contractuales de un contrato de obra pública, las entidades pueden establecer de manera perjudicial la renuncia al reajuste de precios, la cual no consta en la Ley pero sí en el Reglamento, esto puede traer grandes problemas a los contratistas, ya que en nuestro país la inflación no posee índices estables, y sobre todo en el campo de la construcción nada está asegurado, por lo que los contratistas tienen derecho a que se realice el reajuste de precios, y de manera voluntaria pueden renunciar, pero no puede ser impuesta la renuncia por una entidad pública, ya que irían en contra de del principio constitucional que todo trabajo debe ser remunerado.

De acuerdo a nuestra experiencia en contratación pública vemos que es preocupante “la eliminación del Principio de Irrenunciabilidad del Reajuste de Precios”, pues lastimosamente el Reglamento general de la Ley, señala en el inciso segundo del Art. 131, que “...*Como el derecho a percibir el reajuste es*

de aquellos que se pueden renunciar, tal situación podrá establecerse en los documentos correspondientes, permitiendo, como en efecto sucederá, que la mayoría de entidades públicas aprovecharán esta disposición para no reconocer un derecho, que de acuerdo a la anterior legislación, así como a los principios jurídicos de la materia y a la legislación comparada, era irrenunciable”¹²⁸.

“Pues en efecto, el reajuste de precios tiene por objeto compensar las variaciones de precios producidas desde la fecha de presentación de la oferta hasta la fecha de ejecución de los contratos. El reajuste de precios se consagraba como un derecho irrenunciable del contratista, pues pretendía equilibrar la diferencia y desigualdad en que se desenvuelve la relación contractual; especialmente porque, en una economía inestable e inflacionaria como la ecuatoriana, era justo y necesario, para guardar estabilidad en la relación contractual entre las partes, que se procedan a reajustar los precios de los contratos. De igual manera, la misma Ley de Contratación Pública, establecía la obligatoriedad del pago de reajuste de precios, motivo por el cual cualquier cláusula que determinaba lo contrario o expresaba renuncia se entendía como letra no escrita por violación tácita de la Ley.

Por lo que el reajuste de precios no se trata de un beneficio adicional para el contratista, ya que como lo manifiesta el reconocido jurista Dr. Iván Rengel Espinosa, “...el reajuste de precios constituye el mecanismo mediante el cual se persigue mantener el equilibrio económico – contractual, que podría verse afectado a consecuencia del fenómeno inflacionario”, mismo que podrá ser originado en elementos y condiciones internacionales y/o locales, y por ende constituye un derecho más no un beneficio”¹²⁹.

“Art.140 del Reglamento.- Reajuste en contratos de prestación de servicios que no sean de consultoría: En los contratos de prestación de servicios que no sean de consultoría sujetos a la Ley y cuya forma de pago corresponda al sistema de precios unitarios, se estipularán la fórmula o fórmulas de reajuste de precios, sobre la base de los componentes del servicio, las mismas que serán elaboradas por la propia entidad, siguiendo igual procedimiento que para el contrato de ejecución de obra”¹³⁰.

¹²⁸ Cámara de la Construcción de Quito, “Revista Construcción”; No. 200; Quito-Ecuador; pág. 22.

¹²⁹ Cámara de la Construcción de Quito, “Revista Construcción”; No. 200; Quito-Ecuador; pág. 22.

¹³⁰ Art.140. Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. 2009.

Los contratos de consultoría adjudicados directamente no son susceptibles de reconocimiento de reajuste de precios.

3.1.5 De los Contratos Complementarios

“Art.85.- Obras y Servicios Complementarios: En el caso de que fuere necesario ampliar, modificar o complementar una obra o servicio determinado por causas imprevistas o técnicas, debidamente motivadas, presentadas con su ejecución, el Estado o la Entidad Contratante podrá celebrar con el mismo contratista, sin licitación o concurso, contratos complementarios que requiera, manteniendo los precios de los rubros del contrato original, reajustados a la fecha de celebración del respectivo contrato complementario”¹³¹.

Se solicita el informe de fiscalización para justificar la celebración de un contrato complementario.

“Art.87.- Normas Comunes a los Contratos Complementarios: La suma total de las cuantías de los contratos complementarios referidos en los artículos 85 y 86, no podrá exceder del treinta y cinco (35%) por ciento del valor actualizado o reajustado del contrato principal a la fecha en que la Entidad Contratante resuelva la realización del contrato complementario. Esta actualización se hará aplicando la fórmula de reajuste de precios que consten en los respectivos contratos principales. El valor de los contratos complementarios de consultoría no podrá exceder del setenta (70%) por ciento del valor actualizado o reajustado del contrato principal.

El contratista deberá rendir garantías adicionales de conformidad con la ley...”¹³².

La ley pone un límite a los contratos complementarios, protegiendo así los recursos públicos, ya que en casos muy necesarios y debidamente justificados se deben celebrar estos; debemos recordar que estos se producen por errores ya sea de derecho o técnicos que son producto de quienes efectúan los estudios. No es procedente que un contrato, tenga más de un 70% de variaciones, (35% de contrato complementario, 25% de

¹³¹ Art.85. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. 2008.

¹³² Art.87. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. 2008.

aumento de cantidades en rubros contractuales y 10% en obras bajo la modalidad de costo más porcentaje), pues ello implicaría que los estudios fueron defectuosamente realizados.

“Art.88.- Diferencia en Cantidades de Obra: Si al ejecutarse la obra de acuerdo con los planos y especificaciones del contrato se establecieren diferencias entre las cantidades reales y las que constan en el cuadro de cantidades estimadas en el contrato, la entidad podrá ordenar y pagar directamente sin necesidad de contrato complementario, hasta el veinticinco (25%) por ciento del valor reajustado del contrato, siempre que no se modifique el objeto contractual..., si se sobrepasa el mencionado porcentaje será necesario tramitar un contrato complementario”¹³³.

La anterior ley no ponía límite para el porcentaje establecido por diferencia en cantidades de obra, por lo que se incrementaban notablemente los montos de los contratos, ahora con este tope las entidades realizan sus planificaciones anuales y saben los montos de financiamiento que deben tener para disposición de los proyectos que ejecutan.

“El Art.145 del Reglamento detalla la modalidad de costo más porcentaje y en el numeral 6 establece: El uso de herramientas menores no será pagado, porque se considera incluido en los costo de mano de obra”¹³⁴.

Bajo ningún parámetro se puede confundir la mano de obra con el uso de herramientas menores, ya que su uso debe ser pagado por la depreciación constante que tienen estas herramientas en la ejecución de contratos de la construcción.

“Art.90.- Certificación de Recursos: Para todos aquellos casos en que la Entidad Contratante decida contraer obligaciones de erogación de recursos por efecto de contratos complementarios, obras adicionales u órdenes de trabajo, de manera previa a su autorización deberá contarse con la respectiva certificación de

¹³³ Art.88. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. 2008.

¹³⁴ Art. 145. Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. 2009.

*existencia de recursos para satisfacer tales obligaciones*¹³⁵.

A más de la certificación de recursos que queda solo en papel, debería darse la disponibilidad y congelamiento de esos recursos para proyectos adjudicados evitando una posible desfinanciación de éstos.

3.1.6 Terminación de los Contratos

“Art.95.- Notificación y Trámite: Antes de proceder a la terminación unilateral, la Entidad Contratante notificará al contratista, con la anticipación de diez (10) días término, sobre su decisión de terminarlo unilateralmente. Remitiendo los informes técnico y económico, referentes al cumplimiento de las obligaciones de la Entidad Contratante y del contratista...”

... Si el contratista no justificare la mora o no remediare el incumplimiento, en el término concedido, la Entidad Contratante podrá dar por terminado unilateralmente el contrato, mediante resolución de la máxima autoridad de la Entidad Contratante,... la resolución de terminación unilateral no se suspenderá por la interposición de reclamos o recursos administrativos, demandas contencioso administrativas, arbitrales o de cualquier tipo o de acciones de amparo de parte del contratista.

*Los contratistas no podrán aducir que la Entidad Contratante está en mora del cumplimiento de sus obligaciones económicas en el caso de que el anticipo que les fuere entregado en virtud del contrato no se encontrare totalmente amortizado...”*¹³⁶.

La aplicación de los últimos incisos de este artículo, tiende a ser ilegítimo, porque prácticamente prohíbe la aplicación del Art. 1568 del Código Civil, el cual trata la “mora purga la mora”. Sin tomar en cuenta que cuando las entidades contratantes incumplen los pagos y si el contratista solicita la terminación unilateral del contrato éstas no lo aceptan; un punto negativo para los contratistas es el que se da en caso de que la Entidad resuelve dar por terminado el contrato, basado en causas imputables al contratista, estableciendo un estado de indefensión evidente. La conceptualización de la

¹³⁵ Art.90. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. 2008.

¹³⁶ Art.95. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. 2008.

figura de la amortización del anticipo está distorsionada, pues en un caso práctico ideal, dicha *“amortización se realiza hasta la última planilla de avance de obra”*¹³⁷, y en los casos reales estableciendo un aumento máximo permitido de montos, con 5 ó 6 planillas mensuales, la amortización del anticipo se realiza en la última planilla, teniendo el contratista que financiar la obra, únicamente con el valor entregado en anticipo.

En esta disposición legal no se toman en cuenta aspectos que influyen en la mora de la Entidad Contratante como la falta entrega de estudios y planos de construcción, del terreno o lugar donde se efectúan las obras, la provisión de elementos técnicos, equipos e insumos necesarios e indispensables para culminar la obra contratada, de conformidad con su particular especialidad; elementos que constituyen para el contratista objetos necesarios para el cumplimiento del contrato.

Debemos recordar que de acuerdo a nuestra legislación contractual, *“En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora, dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumple por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos.”*¹³⁸; la inaplicación de este principio universal del derecho, produciría adicionalmente la violación del precepto constitucional que garantiza la libertad de trabajo y remuneración al establecer que ninguna persona podrá ser obligada a realizar un trabajo gratuito, forzoso o a pérdida.

Criterios históricos de la Procuraduría General del Estado señalan por ejemplo que el plazo actúa para la administración y para el contratista, y por lo tanto origina obligaciones para ambos; para el contratista, el plazo dice relación con el período del tiempo ofertado para el cumplimiento de las obligaciones contractuales en las condiciones estipuladas, mientras que para la Entidad Contratante tiene conexión con la cancelación del pago acordado oportunamente en las fechas determinadas contractual o legalmente, y en

¹³⁷ Oficio No 13681 PGE: 28-Julio-2000

¹³⁸ Art. 1568. Código Civil Ecuatoriano. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito 2005

muchos casos la entrega de materiales o bienes requeridos para el desarrollo de las obras; lo contrario significaría que el contratista, a más de cumplir con el objeto del contrato, tenga que cumplir obligaciones no constructivas e incluso llegar a financiar las mismas, lo cual no sería procedente, sin el reconocimiento justo, económico y jurídico pertinente.

Así esta disposición desconoce que en muchos casos, otros elementos inciden en la mora de la contratante que no tienen nada que ver con el pago del anticipo contractual, como la falta de estudios correctamente realizados, entre otros aspectos; por lo que, esta disposición, que violenta principios jurídicos universales, como el de “Mora purga la mora”, que debe ser analizada y en lo posible derogada; así como, y por los mismos fundamentos, debe ser derogado el último inciso del Art. 96 de la Ley.

El Art.146 del Reglamento establece la notificación de terminación unilateral del contrato.

“...Solo se aducirá mora en el cumplimiento de las obligaciones económicas de la Entidad Contratante cuando esté amortizado totalmente el anticipo entregado al contratista, y éste mantenga obligaciones económicas pendientes de pago...”¹³⁹.

La aplicación de este aspecto es indebido, porque no es correcto que el contratista necesariamente tenga que haber devengado en obra, todo el anticipo recibido para considerar que la entidad se encuentra en mora, las entidades públicas tienen la obligación de cumplir con sus obligaciones establecidas en el contrato celebrado y si no lo hacen deben ser sancionadas porque van contra el principio de norma expresa que es la obligatoriedad de cumplirla.

¹³⁹ Art.95. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. 2008.

“Art.96.- Terminación por Causas Imputables a la Entidad Contratante.- El contratista podrá demandar la resolución del contrato, por varias causas imputables a la Entidad Contratante dentro de las cuales:

3. Cuando los diseños definitivos sean técnicamente inejecutables o no se hubieren solucionado defectos de ellos, en este caso, la Entidad Contratante iniciará las acciones legales que correspondan en contra de los consultores por cuya culpa no se pueda ejecutar el objeto de la contratación”¹⁴⁰;

Los consultores deben realizar con total responsabilidad y profesionalismo la planificación de los diseños técnicos, caso contrario la entidad contratante tomará acciones legales contra ellos, aspecto muy positivo para los contratistas, ya que de esta manera si sucede alguna incompatibilidad para la ejecución del proyecto se debe ir a la raíz del problema y sancionar.

“En ningún caso se considerará que las Entidades Contratantes se hallan en mora del pago, si el anticipo entregado no ha sido devengado en su totalidad”¹⁴¹.

Es preciso que el contratista haya devengado el anticipo recibido para poder establecer la mora del pago por parte de la entidad contratante, siendo así esta norma injusta porque cuando se celebra un contrato este es ley para las partes, por lo que si el contratante incumple debería ser sancionado, demostrando así un incumplimiento del criterio legal de obligatoriedad de cumplimiento.

¹⁴⁰ Art.96, numeral 3. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. 2008.

¹⁴¹ Art.96. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. 2008.

CAPITULO IV

4.1 Del Registro de los Contratos y los Proveedores

Art.97 establece el registro público electrónico de contratos.

El Art.147 del Reglamento determina las obligaciones de la entidad contratante, y el Art.149 de las entidades contratantes.

“Art.98.- Registro de Incumplimientos: Las entidades remitirán obligatoriamente al INCOP la nómina de todos aquellos contratistas o proveedores que hubieren incumplido sus obligaciones contractuales o se hubieren negado a suscribir contratos adjudicados, acompañando los documentos probatorios correspondientes, a fin de que sean suspendidos en el RUP por cinco (5) y tres (3) años, respectivamente. En consecuencia, la actualización del registro será responsabilidad del INCOP, procurando la interconexión e interoperabilidad de sus sistemas de información y bases de datos”¹⁴².

Un punto muy ventajoso es que con la nueva ley se obliga al compartimiento de información entre las instituciones del Estado para asegurar un sistema de información de contratación pública que a su vez facilite la acción de los órganos de control y el cruce de información entre instituciones para los fines de su competencia (Aduanas, SRI, etc.), siempre y cuando la información sea veraz, correcta y oportuna, evitando causar perjuicios a los proveedores y contratistas.

“...El Reglamento establecerá la periodicidad, requisitos, plazos y medios en que se remitirá la información...”¹⁴³.

Esta disposición no consta en el Reglamento, como la mayoría de los artículos, los cuales se remiten a este y no hay norma alguna, por lo que está claro que

¹⁴² Art.98. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. 2008.

¹⁴³ Art.98. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. 2008.

la Ley es excesivamente reglamentaria.

“...El Registro de incumplimientos será información pública que constará en el Portal COMPRASPUBLICAS”¹⁴⁴.

4.1.1 Responsabilidades

“Art.99.- Responsabilidades: En todos los procedimientos precontractuales previstos en la Ley, los oferentes participarán a su riesgo.

Los miembros de la asociación o consorcio contratista serán responsables solidaria e indivisiblemente por el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la oferta y del contrato..., siendo la ejecución del contrato es indivisible y completa para los asociados, a efectos de determinar su experiencia y cumplimiento.

La máxima autoridad de la entidad, así como los funcionarios o servidores de la misma que hubieren intervenido en cualquiera de las etapas de los procedimientos precontractuales de preparación, selección, contratación así como en la ejecución misma de los contratos serán personal y pecuniariamente responsables por el cumplimiento de las disposiciones de la ley, sin perjuicio, de ser el caso, de la responsabilidad penal a que hubiere lugar.

Los contratistas o proveedores podrán demandar o recurrir contra el o los funcionarios o empleados por cuya acción u omisión, la entidad incumplió sus obligaciones contractuales”¹⁴⁵.

Los funcionarios o empleados públicos cuando no cumplen con sus funciones correctas o las omiten, es lógico que se los sancione, pero en la ley no se determina cuales son las diferentes sanciones por cada incumplimiento.

De acuerdo al último inciso de este artículo el contratista no debería demandar al funcionario o empleado de la Entidad Pública, sino a la Entidad con la cual firmó el contrato, y esta debería aplicar el derecho de repetición en contra del funcionario que perjudicó al Estado, por lo que este debe ser reformado, bajo el principio establecido por las disposiciones constitucionales, sobre la

¹⁴⁴ Art.98. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. 2008.

¹⁴⁵ Art.99. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. 2008.

Repetición de pago y Responsabilidad de las autoridades, funcionarios y servidores públicos, en el sentido de que debe ser la misma Entidad Contratante quien ejerza obligatoriamente el derecho de repetición, frente a los funcionarios o empleados por cuya acción u omisión, la entidad incumplió sus obligaciones legales y/o contractuales, y no sean los contratistas o proveedores, pues estos, en virtud de los principios y dogmas jurídicos a quien debe demandar un incumplimiento es a su contratante y no a las personas que lo representan.

La Entidad contratante, obligatoriamente demandaría en contra de el o los funcionarios o empleados por cuya acción u omisión, la entidad debió indemnizar a contratistas o proveedores, por el incumplimiento de sus obligaciones contractuales o legales.

“Art.100.- Responsabilidad de los Consultores: Los consultores nacionales y extranjeros son legal y económicamente responsables de la validez científica y técnica de los servicios contratados y su aplicabilidad, dentro de los términos contractuales, las condiciones de información básica disponible y el conocimiento científico y tecnológico existente a la época de su elaboración. Esta responsabilidad prescribe en el plazo de cinco años, contados a partir de la recepción definitiva de los estudios.

...En el caso de ejecución de obra, asimismo serán suspendidos del RUP por el plazo de cinco (5) años, sin perjuicio de su responsabilidad civil, los consultores que elaboraron los estudios definitivos y actualizados,... para la comparación se considerará el presupuesto referencial y los rubros a ejecutar según el estudio, frente al precio final de la obra sin reajuste de precio”¹⁴⁶.

Los contratistas al ejecutar un proyecto mal planificado científica y técnicamente, pueden acudir ante la máxima autoridad de la entidad contratante para que el consultor sea sancionado por la vía arbitral, el cual es un método alternativo de solución de conflictos, rápido y efectivo o por la vía judicial, evitando así la impunidad de las malas acciones de los consultores.

¹⁴⁶ Art.100. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. 2008.

“Art.101.- Retención Indevida de Pagos: El funcionario o empleado al que incumba el pago de planillas u otras obligaciones de una Entidad Contratante que retenga o retarde indebidamente el pago de los valores correspondientes, en relación al procedimiento de pago establecido en los contratos respectivos, será destituido de su cargo por la autoridad nominadora y sancionado con una multa no menor de 10 salarios básicos unificados, que podrá llegar al diez (10%) por ciento del valor indebidamente retenido, sin perjuicio de las acciones civiles y penales a que hubiere lugar...”¹⁴⁷.

Lamentablemente las entidades públicas retardan el pago de las panillas, generando malestar y perjuicios a los contratistas que tienen derecho a recibir sus pagos a tiempo, por eso es muy importante que el INCOP vigile de manera exhaustiva el cumplimiento de esta disposición.

Por esto es necesario que en los estudios técnicos deben estar incluidas las etapas de ejecución del proyecto y sus tiempos de realización, puntos que deben ser cumplidos a cabalidad no sólo con el fin de que la obra tenga éxito sino para que el contratista reciba a tiempo el pago de sus planillas conforme al avance del trabajo realizado, y las recepciones provisionales y definitivas se den en el tiempo exacto.

4.1.2 De las Reclamaciones

“Art.102.- Reclamaciones y Recursos Administrativos: Los oferentes que se consideren afectados por actos administrativos emitidos por las entidades previstas en el Art.1 de la Ley por asuntos relacionados con su oferta, respecto al trámite precontractual o de la adjudicación, tendrán el derecho de presentar las reclamaciones y los recursos administrativos de los que se crean asistidos, de conformidad con la Ley.

La reclamación o recurso presentado no suspende la ejecución del acto impugnado”¹⁴⁸.

Únicamente se establece que los oferentes están reconocidos para realizar reclamaciones, sin tomar en cuenta que también se debería permitir a los

¹⁴⁷ Art.101. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. 2008.

¹⁴⁸ Art.102. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. 2008.

contratistas relacionados por asuntos relativos con la ejecución contractual, el ejercer las reclamaciones y recursos administrativos en ellos determinados, bajo dicho procedimiento y sus alcances.

El Art.158 del Reglamento establece la suspensión de la ejecución.

Así el Art.150 del Reglamento estipula el derecho a reclamar, el Art.151 el recurso de reposición, el Art.152 determina los términos, y el Art. 153 los requisitos para la interposición del reclamo o recurso, el Art.154 trata la aclaración y complementación y el Art. 155 del impulso.

“Art.156 del Reglamento.- Informes: Cuando se requieran informes se los solicitará en forma directa a la autoridad u órgano que deba proporcionarlo. Salvo disposición legal expresa en contrario, los informes serán facultativos para la autoridad que deba decidir y no tendrán efectos vinculantes para los reclamantes o recurrentes”¹⁴⁹.

Si no hay informes no se puede alegar causal para suspensión de la solicitud realizada, por lo que debe existir una respuesta al trámite, ya que la ley da la libertad de elección a la autoridad competente de tomar en cuenta o no los informes.

“Ningún procedimiento administrativo podrá suspenderse por la falta de informes debiendo considerarse su omisión como un informe favorable, bajo la responsabilidad de quienes debían informar y no lo hicieron oportunamente”¹⁵⁰.

“Art.103.- Términos para Deducir la Impugnación y para Resolver: Exclusivamente para deducir la impugnación prevista en la Ley, los oferentes tendrán el término de cinco (5) días contados desde la notificación de la adjudicación, la Entidad Contratante en el término de cinco (5) días calificará el recurso como procedente o mandará a ampliarlo, debiendo expedir, de manera motivada, su resolución en un término no mayor a quince (15) días contados a partir de la

¹⁴⁹ Art. 156. Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. 2009.

¹⁵⁰ Art. 156. Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. 2009.

providencia de calificación del recurso presentado”¹⁵¹.

Este artículo se relaciona con los artículos, 150, 152, 154, 158 del Reglamento a la Ley.

Dentro de las disposiciones de los Arts. 102 y 103 de la Ley, se debe permitir que las reclamaciones y recursos administrativos en ellos determinados, puedan ser utilizados bajo dicho procedimiento y sus alcances, no sólo a los oferentes sino también a los contratistas por asuntos relacionados con la ejecución contractual, para lo cual, se debe reformar la ley en tal sentido.

4.1.3 De la Solución de Controversias

“Art.105.- Instancia Única: De surgir controversias en que las partes no concuerden someterlas a los procedimientos de mediación y arbitraje y decidan ir a sede judicial, el procedimiento se lo ventilará ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo aplicando la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa”¹⁵².

Con la limitación de la ley competente a aplicarse en casos de controversias, los contratistas tienen ya definido el proceso inmediato a seguir.

4.1.4 Disposiciones Generales

“Primera.- Infracciones a la Ley.- Toda infracción a la presente Ley cometida por autoridades, funcionarios, empleados públicos o privados o cualquier persona que actúe o haya intervenido en el procedimiento de contratación a nombre de las Entidades Contratantes será sancionada por la Contraloría General del Estado y en el plazo de treinta (30) días”¹⁵³.

En esta disposición no se establece cuales serán las sanciones a aplicarse.

“Segunda.- Prohibiciones.- Se prohíbe que las entidades contraten

¹⁵¹ Art.103. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. 2008.

¹⁵² Art.105. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. 2008.

¹⁵³ Disposición General. Primera. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. 2008.

a través de terceros, intermediarios, delegados o agentes de compra.

El objeto de la contratación o la ejecución de un proyecto no podrán ser subdivididos en cuantías menores con el fin de eludir los procedimientos establecidos en esta Ley...¹⁵⁴.

Las Instituciones del Estado pueden contratar proyectos de menor cuantía los cuales hayan sido incluidos en el plan de cada Entidad, y evitar de esa forma la participación de los proveedores en el sistema, adjudicando a dedo las obras de menor cuantía.

“Quinta.- Seguridades Informáticas.- Para la realización de los procedimientos electrónicos, se emplearán métodos actualizados y confiables - para garantizar el correcto funcionamiento del portal y el uso eficiente y seguro de las herramientas informáticas”¹⁵⁵.

La seguridad del portal no se refleja al momento de utilizar el sistema, por lo que varios proveedores deben acudir al soporte del portal para recibir ayuda y registrar las modificaciones en el sistema.

4.1.5 Reforma a la Ley General de Seguros

“Primera.- El último inciso del artículo 42 de la Ley General de Seguros, dirá:

Tratándose de pólizas de seguros de fiel cumplimiento del contrato y de buen uso del anticipo que se contrate en beneficio de las entidades previstas en el artículo 1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, las empresas de seguros deben emitirlas cumpliendo la exigencia de que sean incondicionales, irrevocables y de cobro inmediato, por lo que tienen la obligación de pagar el valor del seguro contratado, dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes al pedido por escrito en que el asegurado o el beneficiario le requieran la ejecución...¹⁵⁶.

¹⁵⁴ Disposición General. Segunda. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. 2008.

¹⁵⁵ Disposición General. Quinta. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. 2008.

¹⁵⁶ Reforma a la Ley General de Seguros. Primera. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. 2008.

El término temporal es totalmente corto e impracticable por la realidad del sistema nacional de seguros y reaseguros del país, además ha provocado la reducción y en muchos casos la supresión de la entrega de dichas pólizas a los contratistas, por parte de las compañías aseguradoras, que no encuentran viabilidad, ni rentabilidad, ni confiabilidad para emitir este tipo de garantías, o para entregarlas sin los debidos y suficientes avales que gocen de la proporcionada y adecuada liquidez, que les permita cubrir estas obligaciones.

Es inaplicable la disposición introducida por la nueva legislación, como reformatoria a la Ley General de Seguros, que señala textualmente lo siguiente: “...*Tratándose de pólizas de seguros de fiel cumplimiento del contrato y de buen uso del anticipo que se contrate en beneficio de las entidades previstas en el Art.1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, las empresas de seguros deben emitirlas cumpliendo la exigencia de que sean incondicionales, irrevocables y de cobro inmediato, “por lo que tienen la obligación de pagar el valor del seguro contratado, dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes al pedido por escrito en que el asegurado o el beneficiario le requieran la ejecución. ...”*¹⁵⁷; término temporal considerado que es totalmente exiguo e impracticable por la realidad del sistema nacional de seguros y reaseguros del país, además de provocar la reducción y en muchos casos la supresión de la entrega de dichas pólizas a los contratistas, por parte de las compañías aseguradoras, que no encontrarán ni viabilidad, ni rentabilidad, ni confiabilidad para emitir este tipo de garantías, o para entregarlas sin los debidos y suficientes avales que gocen de la proporcionada y adecuada liquidez, que les permita cubrir estas obligaciones.

Esta disposición afecta a todos los contratistas, sin excepción, pero de manera especial a la gran mayoría de profesionales y micro, pequeñas y medianas empresas que carecen de un patrimonio que les permita garantizar mediante hipotecas, prendas o similares, conseguir que las compañías aseguradoras

¹⁵⁷ *Reforma a la Ley General de Seguros. Primera. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. 2008.*

emitan en su nombre y responsabilidad dichas fianzas, necesarias para celebrar los contratos con las instituciones públicas contratantes.

Por estas razones, se considera que esta norma debe ser reformada aumentando el plazo determinado para el pago de los valores garantizados, en al menos 35 días, debiendo adicionalmente, la entidad contratante presentar obligatoriamente para la respectiva ejecución de las fianzas, por lo menos los sustentos documentales jurídicos que justifiquen dicha acción, es decir presenten la resolución o acto administrativo que posibilite, de conformidad con los Arts. 74 y 75 de la Ley, la ejecución de la garantía entregada.

CAPÍTULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

1. El sistema elimina de manera total la facultad reglamentaria que tenían cada institución con el fin de determinar, prescribir y aplicar de acuerdo a su conveniencia los procedimientos de menor cuantía, ya que cada entidad en el plan anual debe hacer constar todos los proyectos que realizará en el año, en el que es muy importante que consten sus gastos corrientes, inversiones y cuando se realicen las auditorías respectivas se justifiquen legalmente los gastos de los proyectos realizados, de esta manera se evita la contratación innecesaria y no planificada, aspecto que ha perjudicado a los contratistas, ya que al no poseer los estudios técnicos completos o bien efectuados hay obras que tienen que modificarse técnica y económicamente.

2. Los proveedores al momento de firmar un contrato de adjudicación de obra, son quienes tienen la responsabilidad de exigir la incorporación de criterios de reducción de riesgos incluida en el estudio técnico del proyecto con el fin estar seguros de ser capaces de cumplir con la construcción del proyecto.

3. La Ley intenta evitar que los organismos, entidades, instituciones, personas jurídicas, fundaciones, corporaciones y sociedades mercantiles del sector público omitan su sometimiento y aplicación a las normas de un cuerpo legal, que debe ser de aplicación universal para todo el sector público. Pero hay un problema evidente ya que las entidades contratantes imponen sus metodologías de construcción, cronogramas imposibles de cumplir, valoraciones o especificaciones técnicas muy complejas, por lo que demuestra que las entidades públicas no aplican un sistema único para la adjudicación de contratos especialmente de la construcción.

4. El RUP es el único mecanismo y medio de calificación exclusiva, en el cual existen categorías de especialidades, niveles de experiencia e información

de la situación económica de cada proveedor, siendo este sistema de registro rápido para los proveedores, sin embargo hay inconvenientes en lo que respecta al cruce de información entre las entidades públicas y el sistema del portal, ya que hay casos de proveedores que van a entregar la documentación para habilitar el RUP y resulta que no constan en la lista blanca del SRI, entonces para que la eficacia y uso de la tecnología sea completa y deje satisfechos a los proveedores y contratistas es necesario que el soporte del portal se actualice a diario, para evitar la pérdida de tiempo que genera el ir de una institución a otra para solicitar certificaciones tediosas que son necesarias para el registro del proveedor.

5. El país ha dado un gran paso con la incorporación del portal www.compraspublicas.gov.ec, que si es utilizado de la manera correcta y de acuerdo a la ley, puede generar ahorro para el Estado, eficiencia, productividad y lo más importante para todos los proveedores y contratistas transparencia en las contrataciones, por esto es primordial que el organismo de control el INCOP realice correctamente su trabajo para que todos los proveedores y futuros contratistas del mayor contratante que es el Estado, confíen en el sistema y estén seguros que los procesos se realizan apegados a la normativa existente, calificando y adjudicando los contratos a los proveedores más idóneos, capacitados técnica y económicamente para el cumplimiento de ciertos proyectos.

6. Un proyecto de construcción debe pasar por la fase de pre-inversión, inversión y operación con el fin de que el proyecto adjudicado y luego ejecutado cumpla con la factibilidad, diseño, construcción planificados, y así se dé una operación correcta y un mantenimiento adecuado de la obra realizada, ya que puede ser una obra perfectamente terminada, pero si no se dan la medidas de mantenimiento y cuidado debido, ella no podrá cumplir con el objetivo para la cual fue creada.

7. La entidad contratante deberá garantizar al contratista que los estudios técnicos sean reales, precisos y bien realizados, así el contratista se registrará al tiempo, cronograma y análisis de precios unitarios concedido por dicho estudio, permitiendo al contratista aplicar sus conocimientos profesionales, recalcando que es complementario el apoyo entre la entidad contratante al otorgar un estudio técnico serio y el conocimiento y destreza que ejecute el contratista en la obra.

8. En nuestro país es muy notorio la inobservancia de la ley y sus responsabilidades por parte de los funcionarios públicos de las entidades contratantes, quienes debido a la inexistencia de información o estudios técnicos, dan a entender que no existen amenazas en ciertos proyectos, situación que no va acorde con nuestra realidad, ya que todo proyecto tiene un cierto grado de riesgo natural o técnico que debe ser perfectamente planeado, en el cual no tienen que existir errores de ningún tipo.

9. Cuando los estudios técnicos no están completos, existen problemas para el constructor y fiscalizador, quienes tienen que tomar decisiones técnicas acerca del proyecto que se está ejecutando, y es aquí en donde no se cuentan con los soportes adecuados, ya sea porque la entidad contratante no los realizó por falta de tiempo, por desconocimiento o por abaratar costos, dando lugar al final a que el proyecto quiebre o por otro lado que aumente notablemente su costo, por eso es primordial un correcto estudio de diseño de ingeniería, además de poseer todos los cálculos necesarios y estudios complementarios para poder realizar los análisis de precios unitarios correctos aplicables al proyecto.

10. Cuando en un contrato los diseños se han ejecutado equívocamente o con falencias notorias a más de poner en riesgo la seguridad del proyecto esto puede causar una variación de los precios reales con relación a los del presupuesto referencial, y si no existen contratos complementarios para garantizar la ejecución total del proyecto se puede paralizar la obra o se puede

ejecutar sin cumplimiento de los parámetros técnicos, por lo que es importante que todo contrato se lo realice apegado a las normas legales y técnicas evitando así problemas futuros para la entidad contratante como para el contratista.

11. Un constructor responsable debe ser capaz de detectar de manera técnica todos los errores y puntos no tomados en cuenta en el proyecto o bien determinar los detalles que hacen que este se infle económica y técnicamente, para así poder reducir posibles riesgos que sin duda alguna podrían perjudicar al contratista y a la entidad contratante.

12. El espíritu de la Ley pretendía que no existan excepciones para su aplicación en los procesos de contratación pública, lo cual no se cumple ya que en la contratación bajo régimen especial, por menor e ínfima cuantía, entre otros se exonera e incumplen los principios legales de manera evidente y clara, cuando se debería hacer cumplir que todo contrato público sea sometido a esta legislación y a todos los parámetros y principios determinados para la contratación pública, especialmente el de igualdad.

Así se evitarían las contrataciones a dedo y los procesos gozarían de transparencia total, ya que el régimen especial, menor e ínfima cuantía se constituyen en capas que cubre los contratos que ya se tienen planificados a quien se van a otorgar, perjudicando al Estado ya que no existen garantías de que el contratista "ganador" sea el idóneo técnica y económicamente para ejecutar el proyecto dado.

13. Cuando existan situaciones de emergencia en las cuales sea necesario adjudicar contratos inmediatamente se lo tiene que realizar bajo el mandato de la ley, tomando en cuenta que por más situación de emergencia se debe respetar el Estado de Derecho, los principios que rigen la sociedad y las leyes que amparan la propiedad en situaciones normales, por lo que, las situaciones

de emergencia no tienen porque destruir o eliminar el derecho reglamentado, privándolo de eficacia práctica.

14. En toda sociedad es necesario y preciso que a pesar de las situaciones de crisis mundial por la que se atravesase, se pongan en práctica los principios morales y éticos los cuales vienen de Dios, ya que el hombre en su humanidad es corruptible, solo con temor de Dios la sociedad cambiará y aplicará las tantas leyes que existen en nuestro país, los tiempos cambiarán más la honradez, el respeto, la puntualidad, la honestidad, el amor, la sinceridad, valores que nunca cambiarán, y al ponerlos en práctica la sociedad dará un giro positivo total, el cual hará la diferencia de nuestro país en relación con otros, permitiendo así competir de manera igualitaria y justa, sabiendo que todo los procesos realizados en la entidades públicas son serios y se rigen por principios morales y éticos que el hombre necesita para marcar la diferencia entre la prosperidad y la pobreza, entre la guerra y la paz, entre la justicia y la injusticia.

15. Se permite la subcontratación parcial de los contratos adjudicados en los cuales el contratista ejecutor del proyecto es responsable por las obras de sus subcontratados, siendo este aspecto importante, ya que puede ayudar a los constructores a ejecutar detalles pequeños del proyecto que lo pueden realizar otras personas y el dedicarse a los aspectos técnicos principales e importantes.

16. Es muy notorio y penoso que a pesar de existir una LOSNCP no muy completa pero suficiente para tener que cumplirla, existan entidades públicas que en sus contratos incluyan cláusulas exorbitantes, cuyo fin es imponer a los contratistas obligaciones extrañas a su naturaleza, tales como la obligación de renunciar al reajuste de precios, la cual según los mismos funcionarios del INCOP debe ser voluntaria, consensuada y bilateral, no obligatoria, y es ahí cuando los funcionarios públicos deben cumplir con la ley a cabalidad.

17. Todo contrato de obra pública tiene un fin específico y este no está relacionado únicamente con la obligatoriedad del Estado para ejecutar obras, sino también se relaciona con el verdadero interés público, el cual no es sólo el del usuario actual sino también el del potencial e incluso el de los usuarios de futuras generaciones, que no es justo que soporten los desequilibrios de las concesiones o licencias mal otorgadas y administradas por las políticas populistas de turno.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

- **BALDEÓN**, Inés María, La subasta inversa en la contratación pública, Quito, 2008, p. 96.
- **CASSAGNE**, Juan Carlos, El Contrato Administrativo, Segunda Edición. Editorial, Abelardo Perrot, Buenos Aires, 2005, p. 623.
- **GARCÍA DE ENTERRÍA**, Eduardo Fernández. Curso de Derecho Administrativo, Madrid, 2000, p. 700.

LEGISLACIÓN

- **CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR**, 2005, p. 440.
- **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR**, 2008, p. 144.
- **LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA**, Reglamento, 2008, p. 50.
- **REGLAMENTO GENERAL DE LA LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA**, 2009, p.55.

PÁGINAS WEB

- **Colegio de Ingenieros Civiles de Loja**, www.ingenieroscivilesloja.com/download, 2008, 06-06-2009.
- **Sistema de Compras Públicas y Contratación Pública de Chile**, <http://hasp.axesnet.com/contenido/documentos/Convenios%20Marco.pdf>, 2008, 06-06-2009.

PRONUNCIAMIENTOS

- **Criterio Técnico de la Procuraduría General del Estado**, Oficio No 13681 PGE. 2000, p.1.

REVISTAS

- **Cámara de la Construcción de Quito**, El Proyecto de Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública: ¿El remedio es peor que la enfermedad? Revista “Construcción” No. 198, Mayo 2008.
- **Cámara de la Construcción de Quito**, Conozca la nueva ley de contratación pública y su reglamento, Revista “Construcción” No. 200, Septiembre-Octubre 2008.
- **Cámara de la Construcción de Quito**, Ley de Contratación Pública preocupa a los constructores, Revista “Construcción” No. 203, Marzo-Abril 2009.

ANEXOS

ANEXO No. 1¹⁵⁸



¹⁵⁸ www.compraspublicas.gov.ec

ANEXO No. 2¹⁵⁹



¹⁵⁹ www.compraspublicas.gov.ec

ANEXO No. 3¹⁶⁰



¹⁶⁰ www.compraspublicas.gov.ec

ANEXO No. 4¹⁶¹



¹⁶¹ www.compraspublicas.gov.ec

ANEXO NO. 5

Decreto Ejecutivo No. 1793¹⁶²
RAFAEL CORREA DELGADO
PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPUBLICA
CONSIDERANDO:

Que uno de los pilares fundamentales del sistema nacional de contratación pública es la transparencia, por ello, es necesario contar con la información de los accionistas, partícipes o asociados de una persona jurídica contratista para salvaguardar a la economía ecuatoriana de lavado de activos, actos de corrupción o cualquier tipo de mecanismos de distracción de recursos financieros públicos o privados;

Que de conformidad con el artículo 78 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública la cesión del contrato público está prohibida y por ello es necesario prevenir que una simulación de cesión del contrato público no se verifique mediante la transferencia de acciones, participaciones o cualquier otra modalidad de asociación de la persona jurídica contratista;

Que para evitar la dispersión normativa y operativa, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en su artículo 10 numeral 8 estableció la atribución del Director Ejecutivo del Instituto Nacional de Contratación Pública para que expida los modelos obligatorios para el proceso precontractual, es decir, para el proceso de determinación de la contraparte del Estado;

Que el Instituto Nacional de Contratación Pública ejerce la rectoría del sistema y que de conformidad con la disposición transitoria sexta de la Ley y las más claras atribuciones conferidas por los artículos 5 y 6 del Reglamento a la Ley, es necesario aclarar el régimen de calificación de los co contratantes del Estado;

En ejercicio de las atribuciones que le confiere los numerales 3 y 5 del artículo 147 de la Constitución Política de la República;
DECRETA:

Artículo 1.- Disponer que luego de cumplidos los requisitos constitucionales y legales, el Director Ejecutivo del Instituto de Contratación Pública, inmediatamente, se digno incorporar a los modelos obligatorios de pliegos las siguientes disposiciones:

I. PARA LA CALIFICACIÓN COMO PROVEEDOR Y HABILITACION COMO OFERENTE DE PERSONA JURIDICA.

Será requisito previo a la calificación como proveedor y habilitación como oferente de una persona jurídica la determinación clara de sus accionistas, partícipes o asociados mayoritarios sean personas naturales o jurídicas, e inclusive de ellas; y así hasta tener la identificación plena de las personas naturales que participan de la persona jurídica, para los efectos de las inhabilidades establecidas en los artículos 62, 63 y 64 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; 110 y 111 del Reglamento a la indicada Ley.

¹⁶² R.O 20 junio de 2009, R.O 19 de noviembre de 2009

El Instituto Nacional de Contratación Pública podrá definir la proporción que signifique la mayoría en relación con la integración de accionistas, partícipes o asociados de las personas jurídicas, en los casos concretos.

Si en la determinación de los accionistas, partícipes o asociados o cualquier forma de participación se llegare a determinar que tienen la calidad de personas jurídicas con domicilio en los denominados “paraísos fiscales” determinados por el Servicio de Rentas Internas de la República del Ecuador; esta situación será causa de descalificación inmediata.

La persona jurídica que no cumpla con este requerimiento significará que no desea convertirse en un contratante del Estado.

II. NOTIFICACION Y AUTORIZACION PARA LA CESION DE ACCIONES, PARTICIPACIONES O CUALQUIER OTRA FORMA DE ASOCIACION DE LA PERSONA JURÍDICA CONTRATISTA DEL ESTADO.

Para evitar la simulación jurídica de la cesión del contrato público, situación prohibida por el artículo 78 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, se constituirá como causal de terminación unilateral y anticipadamente del contrato, prevista en ese instrumento, el que no se notifique a la entidad contratante la transferencia, cesión, enajenación, bajo cualquier modalidad, de las acciones, participaciones o cualquier otra forma de expresión de la asociación.

Además, será de causa para la terminación unilateral y anticipada del contrato, prevista en ese instrumento, la falta de autorización de la entidad contratante de la transferencia, cesión, capitalización, fusión, absorción, transformación o cualquier otra forma de tradición de las acciones, participaciones o cualquier otra forma de expresión de la asociación que represente el veinticinco por ciento (25%) o más del capital de la persona jurídica o consorcio contratista del Estado.

Las disposiciones de los numerales I y II de este artículo, que anteceden, no se aplicarán a las personas jurídicas cuyas acciones o participaciones se cotizan en las bolsas de valores nacionales o extranjeras.

Artículo 2.- Estas disposiciones serán aplicables a toda contratación, inclusive a las establecidas en el artículo 2 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Artículo 3.- Una vez cumplidos los requisitos constitucionales y legales que correspondan, el Director Ejecutivo del Instituto de Nacional Contratación Pública, incorporará de forma inmediata en los modelos obligatorios de pliegos las disposiciones contenidas en este decreto ejecutivo.

DISPOSICION FINAL.- El presente decreto entrará en vigencia a partir de la presente fecha sin perjuicio de su publicación en el Registro Oficial Dado en Cochasqui, Provincia de Pichincha, el día de hoy 20 de junio de 2009.

Rafael Correa Delgado

PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA

ANEXO NO. 6**REFORMAS AL DECRETO EJECUTIVO No. 1793****DECRETO No. 144¹⁶³****Rafael Correa Delgado****PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA****Considerando:**

Que uno de los pilares fundamentales del sistema nacional de contratación pública es la transparencia, por ello, es necesario contar con la información de los accionistas, partícipes o asociados de una persona jurídica contratista para salvaguardar a la economía ecuatoriana del lavado de activos, actos de corrupción o cualquier tipo de mecanismos de distracción de recursos financieros públicos o privados;

Que el artículo 78 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública prohíbe la cesión del contrato público; y por ello, es necesario prevenir que una simulación de cesión del contrato público no se verifique mediante la transferencia de acciones, participaciones o cualquier otra modalidad de cesión de la persona jurídica contratista;

Que para evitar la dispersión normativa y operativa, el numeral 8 del artículo 10 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública establece como atribución del Director Ejecutivo del Instituto Nacional de Contratación Pública la expedición de modelos obligatorios de documentos precontractuales aplicables a las diferentes modalidades y procedimientos de contratación pública, en los que entre otros aspectos, se deben definir los requisitos que deben cumplir los oferentes;

Que el Instituto Nacional de Contratación Pública ejerce la rectoría del sistema; y, que de conformidad con la Disposición Transitoria Sexta de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y las más claras atribuciones conferidas por los artículos 5 y 6 del reglamento general a la referida ley, es necesario aclarar el régimen de calificación de los oferentes y contratistas del Estado;

Que mediante Decreto Ejecutivo 1793 de 20 de junio del 2009, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No.

621 de 26 del mismo mes y año, se requirió del señor Director Ejecutivo del Instituto Nacional de Contratación Pública incorporar algunas políticas públicas de transparencia en los modelos obligatorios de pliegos para los procesos de contratación pública del Ecuador;

Que es necesario incorporar mayores precisiones a las indicadas disposiciones para obtener mayor eficiencia en las contrataciones públicas; y,

¹⁶³ R.O 79, 2 de diciembre de 2009

En ejercicio de las atribuciones que le confiere los numerales 3 y 5 del artículo 147 de la Constitución Política de la República,

Decreta:

REFORMAS AL DECRETO EJECUTIVO No. 1793 DE 20 DE JUNIO DEL 2009, PUBLICADO EN EL SUPLEMENTO DEL REGISTRO OFICIAL No. 621 DE 26 DE JUNIO DEL 2009.

Artículo 1.- En el primer inciso del numeral I del artículo 1 del Decreto Ejecutivo No. 1793 de 20 de junio del 2009, añádese luego de las palabras: “accionistas, partícipes o asociados” la expresión “mayoritarios” e inmediatamente después inclúyase el siguiente inciso:

“El Instituto Nacional de Contratación Pública podrá definir la proporción que signifique la mayoría en relación con la integración de accionistas, partícipes o asociados de las personas jurídicas, en los casos concretos.”.

Artículo 2.- Incorpórese como inciso final del artículo 1 del Decreto Ejecutivo No. 1793 de 20 de junio del 2009, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 621 de 26 del mismo mes y año, el siguiente texto:

“Las disposiciones de los numerales I y II de este artículo, que anteceden, no se aplicarán a las personas jurídicas cuyas acciones o participaciones se cotizan en las bolsas de valores nacionales o extranjeras.”.

Artículo 3.- Una vez cumplidos los requisitos constitucionales y legales que correspondan, el Director Ejecutivo del Instituto de Nacional Contratación Pública, incorporará de forma inmediata en los modelos obligatorios de pliegos las disposiciones contenidas en este decreto ejecutivo.

DISPOSICIÓN FINAL.- El presente decreto entrará en vigencia a partir de la presente fecha sin perjuicio de su publicación en el Registro Oficial.

Dado en el Palacio Nacional, en San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, el día de hoy 19 de noviembre del 2009.

f.) Rafael Correa Delgado, Presidente Constitucional de la República.

Es fiel copia del original.- Lo certifico.- Quito, 19 de noviembre del 2009.

f.) Ab. Oscar Pico Solórzano, Subsecretario Nacional de la Administración Pública.