



UNIVERSIDAD DE LAS AMÉRICAS
Laureate International Universities

FACULTAD DE DERECHO

“EL CATÁLOGO ELECTRÓNICO Y LA SUBASTA INVERSA ELECTRONICA COMO
PROCEDIMIENTOS DINÁMICOS EN LA LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE
CONTRATACIÓN PÚBLICA Y SU CORRECTA APLICACIÓN”

Trabajo de Titulación presentado en conformidad con los requisitos establecidos
para optar por el título de Abogado de los Juzgados y Tribunales de la Republica.

Profesor Guía:

Dr. Pablo Zambrano Albuja.

Autor:

Pedro Andrés Crespo Cabrera

Año:

2013

DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA

“Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con el estudiante, orientando sus conocimientos y competencias para un eficiente desarrollo del tema escogido y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación”

.....

Pablo Zambrano Albuja.

Abogado y Doctor en Jurisprudencia

1707216220

DECLARACION DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE

“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”

.....
Pedro Andrés Crespo Cabrera

1714137005

AGRADECIMIENTOS

*A Dios,
Por guiar mí camino en cada
instante*

*A mis padres, Pedro y Rocío,
Que han sido mi sustento, mi
apoyo y
a quienes debo lo que soy.*

*A mi tutor, Dr. Pablo Zambrano A.
Por su tiempo y colaboración.*

DEDICATORIA

A mis padres, Pedro y Rocío que en todo momento han sido mi referente y modelo a seguir.

RESUMEN

El presente trabajo de investigación se basa en un análisis general de los procedimientos dinámicos, específicamente el catálogo y la subasta inversa electrónica, determinados en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y en su reglamento de aplicación, con el fin de especificar su correcto funcionamiento y la manera adecuada de llevar a cabo los procedimientos de contratación. Para este fin hemos detallado en el primer capítulo la definición de contrato administrativo, las partes intervinientes en un contrato público, los principios que deben regir tanto la celebración como la ejecución de los contratos administrativos, así como los elementos que existen en un contrato público y una breve reseña histórica de cómo se ha llevado a cabo la contratación pública en el Ecuador. El segundo capítulo se trata el procedimiento para la adquisición de bienes que se encuentran catalogados en el portal de compras públicas del Instituto Nacional de Contratación Pública, así como el mecanismo a través del cual el estado escoge los proveedores que van a ofertar sus bienes y servicios en el mencionado catálogo. En el tercer capítulo se define la subasta inversa y se detalla diferentes tipos de subastas mencionadas tanto en la doctrina como en la ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. En el cuarto capítulo se detalla la subasta inversa electrónica con sus características, especificaciones y su procedimiento. En el quinto capítulo se analiza los bienes normalizados y su incidencia en la legislación Ecuatoriana.

Descriptores: Derecho Administrativo, Procedimientos Dinámicos.

ABSTRACT

The present research is based on an overall analysis of dynamic processes, specifically the catalog and electronic reverse auction, certain of Law of the National System of Public Procurement and its implementing regulations, in order to specify the correct operation and the proper way to carry out procurement procedures. To this end we have detailed in the first chapter the definition of contract, the parties to a public contract, the principles that should govern both the conclusion and implementation of administrative contracts, as well as those existing in a public contract and a brief history of how it was carried out procurement in Ecuador. The second chapter deals with the procedure for the acquisition of goods that are listed on the procurement portal of the National Institute of Government Procurement, and the mechanism through which the state chooses suppliers who will offer their goods and services in that catalog. In the third chapter defines the reverse auction and auction details mentioned types both in doctrine and in the Organic Law of the National System of Public Procurement. In the fourth chapter the electronic reverse auction with its features, specifications and procedure. In the fifth chapter analyzes standardized goods and their impact on Ecuadorian law.

Descriptors: Administrative Law, Dynamic Procedures.

ÍNDICE

INTRODUCCION	1
CAPÍTULO I	2
EL CONTRATO ADMINISTRATIVO	2
1.1. ¿Qué es el Contrato Administrativo?	2
1.2. Las Partes	5
1.3. Clases de Contratos Administrativos	6
1.3.1. El Contrato de obra pública:	6
1.3.2.- Contratos de adquisición de bienes:	10
1.3.3. Contratos de Prestación de Servicios	11
1.3.4. Contratos de Consultoría	12
1.4. Principios	13
1.4.1. Limitación a la libre voluntad de las partes	16
1.4.2. Desigualdad jurídica de las partes	16
1.4.3. Legalidad	18
1.4.4. Mutabilidad	18
1.4.5.- Libre concurrencia	19
1.5. Elementos	21
1.5.1. Sujetos	21
1.5.2. La Capacidad	22
1.5.3. El Consentimiento	26
1.5.4. Objeto	28
1.5.5. Causa	29
1.5.6. Forma	30
1. 6. Antecedente histórico normativo de la Contratación Pública en el Ecuador	31

CAPÍTULO II	42
EL CATÁLOGO ELECTRÓNICO Y EL CONVENIO MARCO	42
2.1. El Procedimiento de Compras por Catálogo	42
2.2. Naturaleza	43
2.3. Procedimiento y Aplicación	44
2.4. Particularidades	47
2.5. Definición de Catálogo Electrónico	47
2.6. Convenios Marco	49
2.7. Comentarios respecto de la aplicación del Catálogo Electrónico	50
CAPÍTULO III	52
SUBASTA INVERSA	52
3.2.2. Subasta inversa electrónica	56
3.2.3. Subasta inversa corporativa	56
1.2.4. Subasta Inversa Institucional	58
CAPÍTULO IV	64
SUBASTA INVERSA ELECTRÓNICA	64
4.1. La Subasta Inversa Electrónica:	64
4.1.1 Características	64
4.4. Comentarios sobre la utilización de la Subasta Inversa Electrónica en el Ecuador	75
4.4.1. Estadísticas y beneficios según el INCOP	75
4.4.2. Comentarios respecto de la Subasta Inversa Electrónica	77

CAPÍTULO V	80
BIENES Y SERVICIOS NORMALIZADOS	80
5.1. Bienes y Servicios Normalizados	80
5.2. Bienes y Servicios Normalizados	82
5.3. Problemática sobre la conceptualización de los bienes y servicios normalizados y su incidencia en la contratación pública ecuatoriana	82
CAPÍTULO VI	85
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	85
Conclusiones	85
Recomendaciones	87
REFERENCIAS	91

INTRODUCCION

En los últimos años, específicamente a partir del año 2008, debido a la publicación de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, posteriormente en el año 2009 su respectivo Reglamento de aplicación, se ha suscitado un importante cambio y evolución en la forma de adquirir los bienes y servicios por parte del Estado, con la inclusión de diferentes procedimientos que le han dado celeridad a los procesos de contratación administrativa y han igualado las condiciones entre pequeñas, medianas y grandes empresas.

Es menester por lo tanto analizar en este trabajo de titulación como se ha venido dando en la práctica las contrataciones, específicamente, en el caso de la Subasta Inversa Electrónica y el Catálogo Electrónico, desde que se promulgó la mencionada Ley y el Reglamento, haciendo una comparación entre lo que dice la normativa al respecto, como se están manejando en la práctica determinados procedimientos y describiendo cuál sería su correcta aplicación. Para lograr este objetivo se ha estudiado con detenimiento la normativa pertinente comparándola con la anterior, se ha entrevistado a algunos funcionarios para apreciar como se están llevando a cabo estos procedimientos.

CAPÍTULO I

EL CONTRATO ADMINISTRATIVO

1.1. ¿Qué es el Contrato Administrativo?

El Estado tiene entre una de sus obligaciones atender las necesidades de sus habitantes, esa es quizá el objetivo primordial del Estado, más si como proclama la Constitución de la República del Ecuador estamos en un Estado de Derechos y de Justicia, pues el solventar tales necesidades garantiza de manera directa e indirecta al desarrollo de sus integrantes.

La Contratación Administrativa es una institución jurídica proporcionada al Estado para lograr sus fines, es una herramienta poderosa por medio de la cual se acuerda pactar con un particular la prestación de un servicio, la provisión de bienes o la realización de una obra que el Estado no puede llevar a cabo ya que de una parte, no tiene la capacidad para hacerlas; por ello el aparato estatal encarga o delega a personas naturales o jurídicas privadas su realización, en virtud de los innumerables y complejos asuntos que debe atender.

La Contratación Pública es vital para el funcionamiento del Estado, con su aplicación se evita caer en un estancamiento casi imposible de revertir, pues el Estado tendría que ampliar enormemente su planta de personal y recursos (ingenieros, arquitectos, profesionales planificadores, obreros; adquirir maquinaria, equipo pesado, mediano y pequeño; adquirir directamente los materiales, etc.) lo que desviaría la atención de los ministerios, organismos autónomos, organismos adscritos, municipalidades, consejos provinciales, entre otros, a las acuciantes necesidades de la población, únicamente consideremos la necesidad de los entes estatales de abastecerse de combustible para sus medios de transporte, papelería para las oficinas y otras entidades que financien sus actividades con fondos provenientes del estado, la dotación de servicios de limpieza, guardianía de sus instalaciones, el servicio

de transporte para personal, entre otras necesidades propias de la Administración; o, la construcción de hospitales, establecimientos educativos, o de mega obras como carreteras, autopistas, puentes, centrales hidroeléctricas, por lo que para poder llevar a cabo estas obras el Estado recurre a particulares o a otras entidades del sector público, de las que obtiene lo que requiere para el desempeño de sus actividades o poder atender las necesidades colectivas, actividad que, de otra parte, dinamiza la economía de los países pues propende a fomentar la productividad, incrementa el empleo desde lo privado, en fin propende a mejorar el nivel de vida y bienestar de la población.

La Contratación Administrativa, de este modo es una rama del Derecho Administrativo y esta disciplina a su vez se deriva del Derecho Público, siendo su expresión el Contrato Administrativo que se rige por una normativa y regulaciones especiales.

El contrato administrativo constituye un acuerdo entre las partes, que genera relaciones jurídicas, es decir derechos y obligaciones, en donde una de las partes está ejerciendo la gestión administrativa.

El Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, publicado en el Registro Oficial 536 de 18 de Marzo del 2002, define al contrato público como:

“Art 11.- Un acuerdo de voluntades generador de efectos jurídicos en el que una de las partes es el Estado y que está ejerciendo la función administrativa. Función que conlleva un conjunto de competencias otorgadas a un órgano público por ley”.

A su vez la doctrina define al contrato administrativo así:

“Contrato administrativo es toda declaración bilateral o de voluntad común, productora de efectos jurídicos entre dos personas, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa” (Dromi, 2006, p. 475).

Por lo tanto podríamos decir, que el contrato es el instrumento por medio del cual dos o más personas naturales o jurídicas, o asociaciones de estas se obligan entre sí, a realizar algo en beneficio mutuo.

Cuando existe un contrato en el sentido jurídico de la palabra, existe un acuerdo que debe ser aceptado por los contratantes en primer lugar, y por los indirectamente relacionados; en segundo lugar, por consiguiente el vínculo jurídico que se desprende de un contrato, generará las obligaciones y prestaciones correspondientes a su esencia y naturaleza.

El contrato administrativo no está regido por el Derecho Civil, como el Código Civil (CC) y demás leyes generales, sino por el Derecho Administrativo, rama del Derecho Público.

En los contratos públicos, tanto las potestades de la voluntad individual como los ámbitos de ella, se encuentran estrictamente limitados a lo que haya previsto y establecido la normativa legal, debido al principio jurídico-doctrinario universal:

“En el Derecho Público solamente se puede hacer lo que está autorizado expresamente por la ley” Postulado que se encuentra recogido en la Constitución de la República en su Art. 226, promulgada el año 2008.

De manera que en un contrato realizado con la Administración del Estado no se pueden estipular condiciones que no se encuentren previstas en la convocatoria del procedimiento concursal, o en las bases técnicas de una contratación y no se puede hacer otro tipo de pactos, convenciones o acuerdos

que rebasen los ámbitos de lo previsto en los señalados pliegos, menos aún han de consignarse valores aleatorios e indeterminados a pagar.

En la República del Ecuador estos contratos, en su ámbito, están regidos por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su Reglamento General de Aplicación, las Resoluciones emitidas por el Instituto Nacional de Contratación Pública INCOP y por determinados cuerpos legales especiales como la Ley de Hidrocarburos.

En base a esto, podemos concluir diciendo que la Contratación Pública es una actividad jurídica de la Administración Pública la cual se lleva a cabo a través del Contrato Administrativo, que es en primer lugar un contrato y en segundo lugar es público, es decir que el género es el contrato y la especie es el carácter público del instrumento.

1.2. Las Partes

“Cualquiera de los tres órganos (legislativo, ejecutivo y judicial) puede celebrar contratos administrativos. Los órganos estatales intervinientes pueden corresponder a la Administración Central o entes descentralizados. Pero también celebran contratos administrativos los entes públicos no estatales y los entes privados que ejercen técnicamente la función administrativa por delegación estatal” (Dromi, 2006, p.475).

Una de ellas debe ser necesariamente la Administración Pública, ya sea esta el Estado o una entidad o empresa de Derecho Público, la otra parte puede ser otra entidad o empresa pública o un particular regido por el Derecho Privado.

El contrato público no constituye igualdad de situaciones jurídicas entre las partes, dándose más bien una relación de subordinación por parte del particular respecto del ente contratante, dada la existencia de cláusulas exorbitantes, que

son aquellas que se establecen en virtud del objetivo que se persigue con la contratación, que se traduce en la satisfacción de una necesidad de interés público o social.

A pesar de que estas cláusulas constituyen un gravamen o carga para el contratista, la finalidad que persiguen estos contratos es regularmente la satisfacción de necesidades públicas, situación que diferencia a éste del contrato regido por el derecho civil donde se da una relación de coordinación entre las partes, donde prevalece el principio de autonomía de la voluntad, ya que ellas actúan en igualdad de condiciones.

1.3. Clases de Contratos Administrativos

La Ley Orgánica del Sistema de Contratación Pública, clasifica a los Contratos Administrativos dependiendo de su objeto en:

- Contratos de obra
- Contratos de provisión de bienes
- Contratos de Prestación de servicios
- Contratos de Consultoría

1.3.1. El Contrato de obra pública:

“Es un procedimiento mediante el cual el Estado o las Entidades Públicas no estatales, indirectamente, a través de terceros, llevan a cabo la mencionada obra. El contrato de obra pública no implica necesariamente la existencia de la obra pública. Puede que a través de él se realice una obra que no está destinada a la utilidad general o colectiva. Por otra parte, la obra pública no supone necesariamente un contrato de obra pública, ya que existen los otros modos para su ejecución como la concesión de obra pública o la realización directa por la administración” (Dromi, 2006, p.606).

De la definición anterior se infiere que esta especie de emprendimientos pueden tener por objeto la edificación en un inmueble para el funcionamiento de un ente estatal desde el cual no se preste un servicio directo o atención alguna a los ciudadanos; como también que la institución pública ejecute una determinada obra, por ejemplo el Ministerio de Obras Públicas que con personal y equipo caminero propio construya una carretera o caminos vecinales, lo que supone su realización por administración directa; la contratación con personas naturales o jurídicas privadas, sean nacionales o extranjeras o en asociación, para la construcción de hospitales, establecimientos educativos, carreteras, etc., caso en el que nos encontramos con el contrato administrativo típico; y, la modalidad del contrato de concesión de obra pública, al que me referiré más adelante, que también puede tener sus modalidades: una, la de que el o la concesionaria se encargue de la construcción de una carretera nueva, mantenimiento y administración durante un determinado tiempo, a cambio de una tarifa como sería el establecimiento de un peaje, culminado el cual transfiere el bien dado en concesión al ente público concedente; otra, en la que el o la concesionaria se encargue de una carretera ya construida, su mantenimiento, ampliación y administración durante un determinado tiempo, igualmente a cambio del establecimiento de un peaje, culminado el cual devuelve el bien dado en concesión al ente público concedente; o, el de la construcción de la obra civil, equipamiento, entrada en funcionamiento, operación y administración de una central de generación de energía hidroeléctrica (obra que puede incluir la elaboración de los estudios, planos, diseños definitivos del proyecto con sus especificaciones por parte del concesionario, en base de los estudios preliminares hechos por la administración), en la que la concesionaria recupera su inversión y una razonable utilidad a través del reconocimiento por parte del Estado del pago del kilowatio entregado al precio o tarifa establecido por el ente público concedente.

“Los contratos administrativos, con las especificidades que los distinguen, admiten tipos que se ajustan a las formas en que el interés

público debe ser satisfecho. Así es posible distinguir entre contratos de primera generación o de colaboración, de segunda generación o de integración y de tercera generación o de transformación” (Dromi, 2006, p.487).

“De colaboración: son de asistencia, son tipos de contratos de la Administración o con la Administración, los contratos de obra pública, provisión o suministro, locación. (...) Constituye una técnica de colaboración de los administrados con la administración en la materialización de las prestaciones públicas; el contratista participa de los esfuerzos comunes, adhiere al fin de bien común que encierra el contrato, ...es un colaborador voluntario aunque no desinteresado, con interés incluso pecuniario pero no necesariamente opuesto al del Estado. En tal sentido el contrato público es una herramienta auxiliar de la economía, y como técnica de colaboración asiste sin sustituir al Estado, haciendo cosas “para” el Estado y no “por “el Estado” (Dromi, 2006, p.487).

“De integración: son el instrumento de la economía de los “mercados comunes”, que se desarrollan en el marco de las “comunidades económicas” que viabilizan la superación de las barreras nacionales. Conllevan una integración económica, geográfica y cultural. Estos contratos resultan también la expresión de una nueva forma de Estado: el Estado Integrado, el Estado en comunidad con otros Estados.” (Dromi, 2006, pp.487 y 488)

Estos contratos se suscriben al amparo de los Convenios y Tratados de Integración, específicamente en el caso de la Comunidad Andina de Naciones, Comunidad Económica Europea, MERCOSUR, CARCOM, etc. y constituyen una técnica de integración, pues, no obstante que el contrato en su esencia es estatal, es decir Administrativo, es trasladado posteriormente al contexto de la comunidad, con indudable efecto integrador.

“De transformación: En estos contratos el Estado es sustituido por el contratista particular, instrumentándose el traspaso de cometidos del Estado a manos privadas, implican sustitución de funciones, reemplazo de sujetos prestadores y transferencia de prerrogativas, recayendo la prestación en sujetos no estatales, a través de concesiones de servicios y de obras públicas.

El Estado al ser sustituido por sujetos no estatales en la prestación de los servicios públicos, da paso al Estado subsidiario, que abandona la gestión directa y retiene la regulación y el control, subsistiendo su responsabilidad subsidiaria.

Estos contratos producen efectos que se extienden a terceros y pueden ser invocados por éstos, en tanto lo convenido entre la Administración y su contratista es la ley a la cual debe sujetarse los usuarios” (Dromi, 2006, pp.488 y 489).

El Contrato de Concesión

“Es el que otorga la Administración Pública a favor de particulares o de empresas, bien sea para apropiaciones o aprovechamientos privados en el dominio público. Es además, un contrato para encomendar a los particulares la prestación de determinados servicios públicos; esto sucede por la enorme cantidad de tareas que el Estado tiene atribuidas para lograr sus fines y le es imposible cumplir de manera directa” (Tribunal de Justicia Electoral y Administrativo del Estado de Chiapas, 2013, p.44).

El Contrato de Concesión le faculta al particular, por encargo o delegación, realizar actividades que deberían ser ejecutadas por el Estado, ya que buscan satisfacer una necesidad o servicio público. La esencia de este tipo de contratos es que el concesionario, por ser quien presta el servicio, se encarga

de hacer el cobro respectivo, por lo tanto los particulares pagan el precio del contrato a través de una tarifa o tasa que sostiene la prestación del servicio, el devengamiento de la inversión efectuada por el concesionario y una razonable utilidad por la misma. Además de esto cabe indicar que el Estado no paga por los servicios prestados al contratista, el beneficio que obtiene el mismo es que los bienes vuelven a su dominio una vez terminado el contrato.

Los contratos de concesión, al amparo de nuestra legislación, pueden ser: 1.- De Obra Pública; 2.- De Servicio Público; 3.- De Recursos Naturales y Subsuelo, los que deben otorgarse mediante el sistema de licitación pública.

1.3.2.- Contratos de adquisición de bienes:

“El Contrato de provisión es el típico contrato administrativo por el cual la Administración se provee de los elementos necesarios para su desenvolvimiento. Por tratarse de adquisiciones de la administración este contrato tiene particularidades propias. Concepto: En general, hay contrato de suministro, de abastecimiento o de provisión cuando la administración pública conviene con una persona o entidad en que éstos la provean de ciertos electos mediante un precio que les abonará. Es el contrato realizado entre el estado y una persona física o jurídica, en virtud del cual esta se encarga por su cuenta y riesgo, y mediante una remuneración pagada por la administración, de proporcionar prestaciones mobiliarias. Es una compra de efectos necesarios para el desenvolvimiento de la administración; por ejemplo, la provisión de combustibles para aeronaves del Estado; de elementos alimenticios para un regimiento, suministros de armas, ropas, mercaderías, forrajes, etc.” (Dromi, 2006, p.702).

Esta clase de contratos, en especial lo que tiene que ver con la adquisición de bienes inmuebles, tiende a beneficiar a la comunidad en forma directa, como sería la construcción de carreteras en las cuales es indispensable que el ente

estatal competente adquiriera a particulares los predios para su implantación, la misma que comprende no solamente la superficie donde se asienta el pavimento o espejo de la vía, sino también las áreas adyacentes o de la franja de retiro en donde está prohibida cualquier edificación que no sean cunetas y la instalación de señales de tránsito, por ello el artículo 58 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, publicada el año 2008, establece que la máxima autoridad de la Administración Contratante, antes de celebrarlo, expida la declaratoria de utilidad pública o interés social para un determinado inmueble:

“Para la transferencia de dominio de bienes inmuebles entre entidades del sector público, siempre y cuando llegaren a un acuerdo sobre aquella, no se requerirá de declaratoria de utilidad pública o de interés social, ni en el caso de donación de insinuación judicial; la transferencia se la podrá realizar por compraventa, permuta, donación, compensación de cuentas, traslado de partidas presupuestarias o de activos.”

De no existir consenso, la Ley no establece con precisión como debe procederse pues solo se remite a su Reglamento General de aplicación, artículos 61 al 63. A criterio del autor de este trabajo de titulación debe procederse con la declaratoria de utilidad pública resuelta por la máxima autoridad institucional, que tenga la aptitud y facultad para emitir la mencionada declaratoria de utilidad pública, mediante acto motivado, es decir debidamente fundamentado, en el que constarán en forma obligatoria la especificación del bien o bienes requeridos y para que se los utilizará, acompañando de manera obligatoria a la declaratoria el correspondiente certificado del registrador de la propiedad debidamente avalado por el mismo.

1.3.3. Contratos de Prestación de Servicios

“Se celebra con terceros que ofrecen un servicio, al igual que el caso de los contratos de obra pública pero, por lo regular, su cuantía es inferior a

los de obra, de tal suerte que no se celebra por escritura pública a menos que las circunstancias lo ameriten” (Rivas, 2012, párr. 3).

A este respecto es necesario precisar como norma general, conforme lo dispuesto en el artículo 69 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, publicada el año 2008 que:

“Los contratos que por su naturaleza o expreso mandato de la Ley lo requieran se formalizarán en escritura pública dentro del término de quince (15) días desde la notificación de la adjudicación. Los contratos cuya cuantía sea igual o supere la base establecida para licitación se protocolizarán ante Notario Público. Los gastos derivados del otorgamiento del contrato son de cuenta del contratista.”

Esta clase de contratos están referidos a la prestación de servicios que requiere la administración para su funcionamiento, como son los de transporte, guardianía, limpieza, mantenimiento, etc.

1.3.4. Contratos de Consultoría

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, publicada el año 2008, en su Art. 6. numeral 8, al referirse a esta clase de contratos establece:

“Se refiere a la prestación de servicios profesionales especializados no normalizados, que tengan por objeto identificar, auditar, planificar, elaborar o evaluar estudios o proyectos de desarrollo, en sus niveles de pre factibilidad, factibilidad, diseño u operación. Comprende además la supervisión, fiscalización, auditoría y evaluación de proyectos ex ante y ex post, el desarrollo de software o programas informáticos así como los servicios de asesoría y asistencia técnica, consultoría legal que no forme parte del régimen especial indicado en el número 4 artículo 2,

elaboración de estudios económicos, financieros, de organización, administración, auditoría e investigación.”

De la descripción transcrita se entiende que mediante el contrato de consultoría, el ente público o contratante pretende proveerse del dictamen o del mejor asesoramiento que pueda brindarle una persona natural o jurídica, o asociación de estas, para la ejecución de un determinado proyecto o de un asunto de su interés.

En esta clase de contratos, existen determinadas prohibiciones, que tienen que ver con llevar a cabo las obras o ser parte de las mismas cuando el o los consultores hayan prestado asesoría para la elaboración de los estudios y diseños de las mencionadas obras.

Además la normativa contempla la posibilidad de servicios de apoyo a la consultoría. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, publicada el año 2008, en el Art. 6, numeral 30 determina:

“Es indispensable tener en consideración que son servicios de apoyo a la consultoría los auxiliares que no implican dictamen o juicio profesional, tales como los de contabilidad, topografía, cartografía, la realización de ensayos y perforaciones geotécnicas sin interpretación, la computación, el procesamiento de datos y el uso auxiliar de equipos especiales.”

1.4. Principios

La contratación administrativa es un tejido jurídico compuesto de hechos, actos y el contrato público como tal, por lo que, tratadistas como Cassagne, señalan a efectos de discernir si las actuaciones de la Administración Pública se encasillan en tal o cual categoría, que es necesario concentrarse en la naturaleza de las manifestaciones que emanan de la función administrativa como tal, estas son las *potestades públicas* que:

“Según Cassagne tienen el carácter de irrenunciables, imprescriptibles, inalienables, intransferibles; y las prerrogativas, que son facultades, derechos y atribuciones que nacen directamente del poder de imperium, inherente al Estado. Las potestades públicas, son: 1. La Legislativa, el poder que tiene el Estado para promulgar la constitución y las leyes de la república, la cual esta reservada al parlamento. Congreso o asamblea nacional en nuestro caso. Es la capacidad de instituir o modificar la estructura jurídica del Estado, en ejercicio de la soberanía; 2. La Reglamentaria, es decir en la capacidad de expedir reglamentos, a fin de darle aplicación a la Ley, reservada al Ejecutivo o delegada a otras instituciones públicas, y sirve de complemento al ordenamiento jurídico; 3.- La Controladora, para controlar y regular las actividades públicas o privadas y se orienta a lograr una efectividad eficiente que garantice el bien común. Supervisa la legalidad y la aplicación técnica de las operaciones administrativas; 4.- La Jurisdiccional: el poder del Estado para administrar justicia, por parte de los órganos que integran la Función Judicial; 5.- Sancionadora: la facultad que tiene el Estado para tipificar infracciones a la ley, determinar las penas e imponer las sanciones correspondientes, sea en el orden administrativo, civil o penal, potestad donde existen la potestades correctivas y disciplinarias; 5.1. las correctivas consisten en la capacidad de ordenar las rectificaciones indispensables a fin de que la ley sea debidamente cumplida y la entidad pública alcance los mayores grados de eficacia, eficiencia y oportunidad; 5.2. Las Disciplinarias; 6.- De administración o de mando: La potestad de mando, tiene en la función ejecutiva, la forma mas representativa de esta potestad, que consiste en la manifestación del poder estatal por medio del cual la administración pública está capacitada para tomar decisiones, imponerlas a los administrados y hacer que estas sean debidamente cumplidas.

Dentro de las prerrogativas de la Administración Pública, están:

a) La Creación unilateral de deberes y vínculos obligacionales: conforme sostiene el tratadista Cassagne, se basan en la presunción de legitimidad, en lo que de manera unilateral los órganos que ejecutan la actividad estatal, puedan crear por sobre otros deberes y vínculos obligacionales, con los cuales los administrados se constituyen en deudores de las respectivas prestaciones;

b) La presunción de validez o legitimidad de los actos administrativos: según Cassagne este principio, presupone que el acto dictado por un órgano estatal se ha emitido de conformidad con el ordenamiento jurídico y en ella se basa el deber u obligación del administrado de cumplir el acto, y agrega que es una presunción necesaria, ya que de no ser así todo acto estatal bien podría ser no solo cuestionado sino desobedecido, con las obvias consecuencias de la ineficacia estatal e incumplimiento de los fines públicos;

c) Principio de la ejecutoriedad: esta prerrogativa, según Cassagne, “habilita a los órganos que ejercen la función materialmente administrativa para disponer la realización o cumplimiento del acto sin intervención judicial, apelando excepcionalmente al uso de la coacción dentro de los límites dispuestos por el ordenamiento jurídico;

d) Prerrogativas relativas con la ejecución de los contratos administrativos. Estas prerrogativas, a la que nos referiremos más adelante, ponen de manifiesto la desigualdad que en favor de la administración se mantiene en la ejecución de sus contratos, Cassagne señala a manera de ejemplo: “1) las de dirección y control que la Administración ejerce en el cumplimiento del contrato; 2) La modificación unilateral o potestas variandi 3) la potestad sancionatoria; 4) la ejecución directa del contrato” (Cassagne, 1982, pp.21, 22, 116,117, 328).

Los principios de validez o legitimidad y de ejecutoriedad de los actos administrativos se encuentran desarrollados en el artículo 68 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, publicado en el Registro Oficial 536 de 18 de marzo del 2002, en que se determina claramente que los actos administrativos se presumen legítimos y deben cumplirse desde que se emitan y se notifiquen, de ser el caso.

Estas prerrogativas dentro del contrato administrativo deben ser estipuladas obligatoriamente en él; sin embargo, si no se las incluye no se impide la facultad del organismo público contratante para ejercerlas, como es el caso de la terminación unilateral y anticipada del contrato por retardo exagerado e incumplimiento del contrato por parte del contratista.

1.4.1. Limitación a la libre voluntad de las partes

La administración pública no tiene la libertad ni para elegir la persona de su co contratante, ni para decidir la forma en que ha de concertar el contrato, ya que la ley determina el sistema que ha de seguirse: ya sea la licitación privada, la subasta inversa electrónica, el catálogo electrónico, licitación pública, etc.

El principio existente en el derecho privado que trata sobre la autonomía de la voluntad de las partes, queda limitado en el contrato administrativo ya que este pertenece al Derecho Público. Dentro del mismo debe seguirse prácticamente al pie de la letra las formas y mecanismos que constan en la ley para poder celebrar los contratos. Esto engloba todos los aspectos del contrato, es decir: sujetos del contrato, el procedimiento para contratar, y el objeto en relación al cual se va a hacer el contrato, además de otros aspectos técnicos.

1.4.2. Desigualdad jurídica de las partes

“Las partes contratantes están en un plano desigual. En los contratos administrativos desaparece el principio de igualdad entre las partes, que

es uno de los principios básicos de los contratos civiles. La Administración aparece en una situación de superioridad jurídica respecto del particular que contrata con aquella” (Dromi, 2006, p. 484).

Esta situación se da ya que una de las partes contratantes es la Administración, que está investida de ciertas prerrogativas lo que le da la posibilidad de imponer condiciones a la parte que está contratando con ella.

La administración logra la imposición de sus condiciones a través de “cláusulas exorbitantes” las cuales rompen con el principio básico de la igualdad de las partes.

“Cláusulas exorbitantes son cláusulas derogatorias del derecho común, inadmisibles en los contratos privados, o que incluidas en un contrato de Derecho común resultarían “ilícitas”, por exceder el ámbito de la libertad contractual y contrariar el orden público. Estas estipulaciones tienen por objeto crear en las partes derechos y obligaciones extraños” (Dromi, 2006, p.484).

En aplicación de este tipo de cláusulas, la Entidad Contratante, observando la juridicidad de la actividad administrativa, puede dar instrucciones a la otra parte, por ejemplo delegar al contratista para que gestione y tramite las indemnizaciones a particulares, previa justa valoración y fijación del precio, en caso de expropiación de terrenos para la construcción de una carretera, obviamente que la declaratoria de utilidad corresponderá a la máxima autoridad del ente público expropiante; modificar unilateralmente las condiciones del contrato; rescindir o terminar unilateralmente el contrato por motivos de conveniencia estatal; dirigir o controlar la ejecución del contrato; establecimiento de multas, garantías, cobro y efectivización de las mismas.

1.4.3. Legalidad

El principio de legalidad se observa en el momento en que la Administración establece los parámetros mediante los cuales va a contratar con los particulares, ya que tales directrices deberán obligatoriamente ceñirse a las normas específicas que regularán la contratación, debiendo adaptarse el contenido de los mencionados parámetros a lo prefijado al ordenamiento jurídico, que al fin y al cabo es la única verdadera garantía para todos aquéllos que quieren contratar con la Administración.

“Actualmente, en cambio, se considera que es el Derecho el que condiciona y determina, de manera positiva, la acción administrativa, la cual no es válida si no responde a una previsión normativa actual. El principio de legalidad opera entonces como una cobertura legal previa de toda potestad: cuando la Administración actúa con ella, su actuación es legítima (*doctrina de la vinculación positiva*)” (García de Enterría, 2011, p. 110).

1.4.4. Mutabilidad

“La administración puede ejercer sobre su contratista un control de alcance excepcional, modificar unilateralmente las condiciones del contrato, dar directivas a la otra parte, declarar extinguido el contrato por sí y ante sí, imponer sanciones contractuales, etcétera” (Dromi, 2006, p.484).

Dicho principio se deriva del interés público, por lo tanto y bajo esa premisa al variar los requerimientos y estipulaciones existentes dentro del contrato únicamente se podrá modificar dichos requerimientos y estipulaciones para asegurar el interés público sin que el contratante pueda oponer el principio “*pacta sunt servanda*”, el cual se traduce como “lo pactado obliga”.

La posibilidad de variar o alterar lo pactado debe obedecer a una armonización entre la finalidad y los términos del contrato, lo que permitirá que la Administración introduzca modificatorias a los contratos ante el cambio de circunstancias únicamente con el propósito de cumplir con la finalidad perseguida, lo cual entonces nos lleva a concluir que la introducción de modificaciones será justa y lícita únicamente cuando fueran objetivamente necesarias y debidamente justificadas, de tal manera que no se altere el equilibrio económico contractual, evitando la discrecionalidad y el abuso.

1.4.5.- Libre concurrencia

Este principio se deriva de otro, que es la igualdad ante la ley. Se refiere a que la Administración y las leyes permitirán que todos aquellos que tengan interés en poder participar en la contratación administrativa lo puedan hacer sin restricción de ningún tipo, ni la presencia de obstáculo alguno, así como sin la concesión de ventaja alguna, participando por lo tanto en igualdad de condiciones.

Este principio se logra alcanzar en la práctica mediante la adecuada publicidad de la convocatoria en la contratación a realizarse y a través de la aplicación de los diferentes procedimientos de selección de los contratistas que constan en la Ley Orgánica del Sistema Nacional Público con el fin de escoger al contratista idóneo.

El artículo 28 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, publicada el año 2008, preceptúa que:

“Los procedimientos establecidos en dicho cuerpo legal se tramitarán preferentemente utilizando herramientas informáticas; para el efecto el portal compraspublicas.gov.ec deberá contar con seguridades

informáticas que garanticen su correcto funcionamiento, con las pistas de auditoría correspondientes.”

Para efectos de publicidad de los procedimientos de contratación en el Portal www.compraspublicas.gov.ec, el Reglamento General de la Ley Orgánica de Contratación Pública, promulgado el 2009, Art 13, establece que se entenderá como información relevante la siguiente:

- “1. Convocatoria;
2. Pliegos;
3. Proveedores invitados;
4. Preguntas y respuestas de los procedimientos de contratación;
5. Ofertas presentadas por los oferentes, con excepción de la información calificada como confidencial por la entidad contratante conforme a los pliegos;
6. Resolución de adjudicación;
7. Contrato suscrito, con excepción de la información calificada como confidencial por la entidad contratante conforme a los pliegos;
8. Contratos complementarios, de haberse suscrito;
9. Ordenes de cambio, de haberse emitido;
10. Cronograma de ejecución de actividades contractuales;
11. Cronograma de pagos; y,
12. Actas de entrega recepción, o actos administrativos relacionados con la terminación del contrato.
13. En general, cualquier otro documento de las fases preparatoria, pre contractual, contractual, de ejecución o de evaluación que defina el INCOP mediante resolución para la publicidad del ciclo transaccional de la contratación pública.”

Sobre el particular, no se tiene conocimiento o información pormenorizada del Instituto de Contratación Pública respecto del cumplimiento cabal por parte de las entidades contratantes sometidas a la Ley Orgánica del Sistema Nacional

de Contratación Pública sobre la publicidad que dan a los procedimientos precontractuales por medio del portal www.compraspublicas.gov.ec, el funcionamiento de las pistas de auditoría que señala la Ley, como tampoco en lo referente a la carga al sistema de la referida información relevante.

1.5. Elementos

Tanto el Contrato entre particulares como el Contrato Administrativo están conformados por varios elementos que los configuran y los distinguen entre ambos, estos elementos son de carácter objetivo subjetivo y formal, que deben concurrir de una forma específica en cada caso para que se constituyan como válidos. En este trabajo de titulación es conveniente analizar los elementos que deben converger en el Contrato administrativo, mencionando también que en estos instrumentos para que sean válidos se requiere la reunión de elementos esenciales, los cuales los mencionaremos a continuación:

1.5.1. Sujetos

Son las partes del que intervienen en un contrato las personas jurídicas privadas o públicas y las personas naturales, es decir las personas físicas. Cabe mencionar que las personas públicas pueden ser estatales o no estatales.

En este tipo de contratos obligatoriamente va a ser una de las partes la Administración Pública en cualquiera de sus grados o clases.

“Son sujetos de los contratos de la administración todas las personas públicas, es decir: Estado Nacional, provincias, municipios, empresas del Estado, corporaciones públicas, consorcios públicos, juntas vecinales públicas y personas privadas, que en el caso ejerzan funciones administrativas las cuales deben ser otorgadas por delegación estatal. Cabe recalcar que en todos los casos las reglas son análogas, los

principios aplicables son los mismos, ya que siempre será parte un órgano estatal o en casos específicos un órgano no estatal pero siempre en ejercicio de la función administrativa” (Antiati, 2012, párr. 2).

Cabe recalcar que en todos los casos las reglas son análogas, los principios aplicables son los mismos, ya que siempre será parte un órgano estatal o en casos específicos un órgano no estatal pero siempre en ejercicio de la gestión administrativa.

- Los contratistas:

“Los contratistas de la Administración Pública son las personas privadas, físicas o jurídicas, nacionales o extranjeras, domiciliadas dentro o fuera del territorio de la República, las personas públicas estatales y las personas públicas no estatales. En el contrato de empleo público será siempre una persona física; en el contrato de concesión de servicios públicos, obra pública, suministro, etc., generalmente se tratará de una persona jurídica, aunque nada obsta para que sea una persona física” (Dromi, 2006, p. 476).

1.5.2. La Capacidad

Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, de conformidad con el del Código Civil, Art. 1461 codificación 2005 es necesario:

- “1o.- Que sea legalmente capaz;
- 2o.- Que consienta en dicho acto o declaración, y su consentimiento no adolezca de vicio;
- 3o.- Que recaiga sobre un objeto lícito; y,
- 4o.- Que tenga una causa lícita.”

Respecto de la capacidad, el prenombrado código sustantivo, codificado el año 2005 en su Art. 1462 determina:

“Toda persona es legalmente capaz, excepto las que la ley declara incapaces.”

Así, la capacidad es la regla general y sus excepciones, es decir las incapacidades, deben estar señaladas en la ley:

“Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito. Sus actos no surten ni aun obligaciones naturales, y no admiten caución. Son también incapaces los menores adultos, los que se hallan en interdicción de administrar sus bienes, y las personas jurídicas. Pero la incapacidad de estas clases de personas no es absoluta, y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes.

Además de estas incapacidades hay otras particulares, que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos” (Código Civil, 2005, Art. 1463).

Cabe indicar que cuando se trata de particulares, específicamente cuando se trata de personas jurídicas, no basta sólo tener capacidad de ejercicio, sino que los representantes de la persona jurídica deben acreditar su personalidad o personería.

Con relación a la Administración Pública, además de la capacidad de sus personeros para contratar, debe asegurarse la competencia de cada organismo o entidad para contratar, conforme la reconoce la Constitución de la República del Ecuador, publicada el año 2008, en su Art. 249:

"Será responsabilidad del Estado la provisión de servicios públicos de agua potable y de riego, saneamiento, fuerza eléctrica,

telecomunicaciones, vialidad, facilidades portuarias y otros de naturaleza similar. Podrá prestarlos directamente o por delegación a empresas mixtas o privadas, mediante concesión, asociación, capitalización, traspaso de la propiedad accionaria o cualquier otra forma contractual, de acuerdo con la ley. Las condiciones contractuales acordadas no podrán modificarse unilateralmente por leyes u otras disposiciones”

Por su parte, la Ley Orgánica el Sistema Nacional de Contratación Pública, publicada en el año 2008 en su Art. 1 preceptúa:

“Esta Ley establece el Sistema Nacional de Contratación Pública y determina los principios y normas para regular los procedimientos de contratación para la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultoría, que realicen:

1. Los Organismos y dependencias de las Funciones del Estado.
2. Los Organismos Electorales.
3. Los Organismos de Control y Regulación.
4. Las entidades que integran el Régimen Seccional Autónomo.
5. Los Organismos y entidades creados por la Constitución o la Ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado.
6. Las personas jurídicas creadas por acto legislativo seccional para la prestación de servicios públicos.
7. Las corporaciones, fundaciones o sociedades civiles en cualquiera de los siguientes casos:
 - a) Estén integradas o se conformen mayoritariamente con cualquiera de los organismos y entidades señaladas en

los números 1 al 6 de este artículo o, en general por instituciones del Estado; o,

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

El alcance de ésta disposición es que las entidades del sector público deben adecuar los procedimientos para la contratación de obras, bienes y servicios, sea cuando actúe como co-contratante de la Administración una persona natural o jurídica, particular, o consorcio u asociación de aquellos; u, otra entidad o institución del propio Estado ecuatoriano.

1.5.3. El Consentimiento

“Es la manifestación recíproca del acuerdo entre las partes; el consentimiento va precedido de ciertos requisitos legales y reglamentarios que deben cumplirse, como la convocatoria al procedimiento concursal (llámese licitación, concurso de ofertas, subasta inversa electrónica, etc.) según corresponda, la adjudicación, su notificación y la firma del contrato, según el caso” (Torres, 2004, Consentimiento).

Es decir estamos ante un procedimiento reglado que gobierna las actuaciones tanto del entre contratante como del contratista.

Por lo que la coincidencia de voluntades en el derecho administrativo varía a la coincidencia de voluntades del derecho privado, es más compleja en el primero, ya que únicamente la capacidad (en el derecho privado) define si una persona natural o jurídica es apta para ser sujeto activo o pasivo de relaciones jurídicas, en lo que respecta al ente público contratante:

“Es el conjunto de facultades que se le han atribuido; es la competencia para la Administración Pública lo que la capacidad es para los particulares. Esto se explica porque las entidades del Estado no pueden contratar libremente, sino dentro de la esfera señalada por las leyes administrativas, careciendo, por lo tanto, de eficacia aquellos contratos en que la entidad administrativa contratante no tuviera facultades para conocer lo pactado en los mismos. Existen además un conjunto de

circunstancias que pueden alterar las manifestaciones de la voluntad que se expresan en el consentimiento de las partes, privando de validez al mismo al ocasionar la formación de una voluntad distinta a la que debió formarse y que hubiera sido la verdadera voluntad del sujeto, estas son: Error, Violencia o Dolo” (Torres, 2004, capacidad).

- **Error:**

“El error puede ser de hecho y de derecho; existe error de hecho cuando existe equivocación en la materia o circunstancia que determina la declaración de voluntad” (Aguilar, 2008, p. 32).

“Art. 1469.- El error de hecho vicia el consentimiento cuando recae sobre la especie de acto o contrato que se ejecuta o celebra, como si una de las partes entendiese empréstito, y la otra donación; o sobre la identidad de la cosa específica de que se trata, como si, en el contrato de venta, el vendedor entendiese vender cierta cosa determinada, y el comprador entendiese comprar otra” (Código Civil, 2005).

- **Fuerza:**

La fuerza, es definida por el Art.1472 del Código Civil, codificación 2005 en los siguientes términos:

“La fuerza no vicia el consentimiento, sino cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición. Se mira como fuerza de este género todo acto que infunde a una persona justo temor de verse expuesto a ella, su cónyuge o alguno de sus ascendientes o descendientes, a un mal irreparable y grave.

El temor reverencial, esto es, el solo temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto, no basta para viciar el consentimiento”.

- **Dolo:**

El dolo se define como:

“Engaño, simulación, fraude” (Osiris, 1990, p.560).

Siendo determinado su alcance por el Art. 1474 del Código Civil, codificación 2005:

“El dolo no vicia el consentimiento sino cuando es obra de una de las partes, y cuando, además, aparece claramente que sin él no hubieran contratado.

En los demás casos el dolo da lugar solamente a la acción de perjuicios contra la persona o personas que lo han fraguado o que se han aprovechado de él; contra las primeras por el valor total de los perjuicios, y contra las segundas, hasta el valor del provecho han reportado del dolo”

1.5.4. Objeto

“Todo contrato requiere un elemento objetivo sobre el cual puede recaer la voluntad, el objeto es el propósito de las partes de generar los derechos y las obligaciones, el objeto de los contratos administrativos es un requisito esencial, que sin él no se concibe la existencia, ni se pueden tener por consiguiente, eficacia ni validez legal. El contenido de los contratos administrativos está constituido por la prestación o conjunto de prestaciones a que den lugar. El objeto de éstos contratos ha de ser desde la ejecución de obras hasta la gestión de servicios al Estado o la prestación de suministros al mismo; sostiene la doctrina que el elemento

objetivo del contrato viene a estar determinado por todas las finalidades comprendidas dentro de la competencia de la administración y que quedará asegurada la validez de un contrato celebrado por un organismo administrativo, en lo que al objeto corresponde, siempre que dicho organismo sea competente por razón de la materia, para llevar a cabo la actividad a cuyo desarrollo se contrata” (Torres, 2004, objeto).

Cuando el artículo 1461 de la Codificación del Código Civil preceptúa que toda declaración de voluntad debe recaer sobre un objeto lícito, no se refiere al objeto material del contrato sino al de las obligaciones que surgen de éste, es decir, a lo que el deudor debe, esto es una prestación de dar o hacer, o una abstención, no hacer.

Un negocio jurídico, realizado sobre un objeto que constituya objeto ilícito es absolutamente nulo, conforme al artículo 1698 del Código Civil.

Consecuentemente no podrá existir o celebrarse un contrato cuyo objeto afecte al orden público y a las buenas costumbres, o de cosas que estén fuera del comercio, por ejemplo, los bienes de uso público, plazas, calles, sustancias estupefacientes, etc.

1.5.5. Causa

“En los contratos administrativos, la idea de causa o motivo determinante tiene más importancia que en los contratos de Derecho Privado, porque presupone que el interés público o el objetivo de la institución a que se refiere son inherentes a esos contratos. Constituye el fin en virtud del cual una persona se obliga ante otra. Obviamente, cada uno de los contratantes tendrá diversas razones para obligarse, por un lado, el particular busca obtener un lucro como causa determinante de su actuación, mientras que la Administración tendrá como causa

fundamental satisfacer una necesidad de la propia entidad o de la comunidad o atender el interés público” (Torres, 2004, causa).

El artículo 1461 del Código Civil, codificación 2005, no admite la posibilidad de la existencia de una obligación sin causa.

La causa es el fin o el móvil que lleva a las partes a celebrar un negocio jurídico, y por ello es lógico suponer que todo negocio jurídico debe tener una causa, de modo que la falta de ésta conduce a la inexistencia o nulidad de los negocios.

Así en los negocios onerosos la causa es la contraprestación de la otra parte, en tanto que en lo gratuitos el ánimo de beneficencia, sin que ello signifique para los mismos que la causa sea exclusivamente el objeto de la contraprestación, sino que hay un motivo vinculado a la obligación.

1.5.6. Forma

Los contratos administrativos conforme al Art. 69 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, deben ser celebrados mediante escritura pública si por su naturaleza se exigiere de dicha formalidad, como es el caso de la compraventa de inmuebles; y, si exceden en su cuantía del valor establecido para la licitación se protocolizarán.

Las diferencias existentes entre contrato y acto administrativo responden principalmente a la naturaleza bilateral de los contratos.

“Como jurídicamente los actos preparatorios del contrato (actos, actuaciones inter administrativas, hechos y reglamentos) son separables, cabe aplicarles las normas propias contenidas en las respectivas leyes del procedimiento” (Dromi, 2006, p.476).

Cabe entonces referirse al acto administrativo como "toda declaración unilateral de voluntad realizada en el ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma inmediata" (Gordillo, 1982, párr. 3).

De lo anterior podemos advertir que el acto administrativo se diferencia de otras actuaciones administrativas, de una parte, por su carácter unilateral y, por el hecho de generar efectos jurídicos específicos o de carácter particular sobre los administrados.

En la tradición administrativa ecuatoriana, lo que tiene eco en el Derecho Administrativo, los actos administrativos y los contratos públicos, se plasman por escrito, compartiendo, en base de los principios de la teoría general, los mismos elementos para que existan y tengan validez jurídica, esto es que los sujetos que actúan deben estar investidos de competencia y capacidad, voluntad o consentimiento, objeto y causa lícita y forma.

1. 6. Antecedente histórico normativo de la Contratación Pública en el Ecuador

El antecedente más remoto de la actual Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en la legislación ecuatoriana, es la Ley Orgánica de Hacienda de 1863, que estuvo vigente hasta 1927; este cuerpo legal disponía, por ejemplo, en su penúltimo artículo que el Poder Ejecutivo, antes de celebrar cualquier contrato, debía publicarlo por el periódico oficial o registro oficial o en una hoja suelta, el incumplimiento de esta disposición provocaba la nulidad del contrato.

La Ley Orgánica de Hacienda de 1927 crea la Dirección de Suministros en el Ministerio de Hacienda, que era el organismo encargado de adquirir y proveer a los departamentos correspondientes los materiales y suministros que se requerían para el funcionamiento de las oficinas del gobierno. El artículo 62

ibídem exigía al Poder Ejecutivo el requisito de licitación para todo contrato que exceda de cierta cuantía.

La Ley Orgánica de Hacienda de 1863 es posteriormente reemplazada en 1927. En estas nuevas leyes se sigue manteniendo determinados artículos, sin embargo existieron cambios significativos como por ejemplo, se creó la Dirección de Suministros en el Ministerio de Hacienda, para encargarse de adquirir y suministrar a los Departamentos y Oficinas los materiales que se necesiten para el uso del gobierno y se exigió al Poder Ejecutivo el requisito de licitación para todo contrato que exceda de una determinada cuantía.

La Ley de 1960 contempla ciertos requerimientos que, por ser procedentes, se los toma en cuenta hasta hoy como son:

- Contar con una partida presupuestaria y disponibilidad de fondos, previo a la celebración de un contrato, esta disposición consta en los Arts. 64 y 65 de la mencionada Ley.
- El procedimiento de licitación para todo contrato que exceda de doscientos mil sucres y la publicación de las bases aprobadas por la Junta de Licitaciones, esta disposición consta en los Arts. 377-379.

La primera Ley de Licitaciones, de la legislación ecuatoriana, se expide en 1964 a la que le sucede la segunda Ley de Licitaciones promulgada el año 1965. A la mencionada Ley en el transcurso de los años se le aplicó varias reformas y modificaciones lo que produjo que en el año 1974 se promulgue la Ley de Licitaciones y Concurso de Ofertas. En el año de 1990, se crea la primera Ley de Contratación Pública, basada obviamente en la Ley de Licitaciones y Concurso de Ofertas pero con varias modificaciones y la incorporación de nuevos artículos. Cabe mencionar además que en el año de 1989 se expide una ley de carácter específico para la contratación de estudios, llamada la Ley de Consultoría

Además de las normas propias de los Bancos Interamericano de Desarrollo y Mundial que se aplican en los contratos financiados por estas instituciones internacionales de crédito, así como normas específicas internas que aplican unas cuantas instituciones públicas, existen leyes para contrataciones especiales, como la Ley de Hidrocarburos que regula todo lo relacionado con lo que a contrataciones de exploración y explotación de petróleo se refiere.

“Existen otras normas específicas para los contratos que pueden celebrar diferentes entidades y dependencias del Estado de: aprovechamiento forestal, servicios personales, seguros, endeudamiento público, venta de valores y negocios fiduciarios, sociedad y arrendamiento mercantil, etc.” (Lagualpillo, 2012, párr. 6).

Sobre la disposición de bienes del Estado, desde el siglo XIX ha correspondido al Congreso Nacional la enajenación o la aplicación de uso públicos de los bienes nacionales y arreglar su administración. Posteriormente, se otorgó la facultad al Congreso para decretar o autorizar la enajenación o hipoteca de los bienes del Estado. La Constitución de 1.946 dispuso que la venta de bienes muebles se debía someter a lo dispuesto por la ley.

La Constitución Política del año 1.979, en su artículo 113, suprime tales atribuciones del Congreso y otorga a la Contraloría competencia para:

“Controlar el manejo de los recursos públicos y la normatividad y consolidación contable de los mismos, el control sobre bienes de propiedad de las entidades del sector público.”

Dichas atribuciones también se contempla en la actual Constitución de la República del Ecuador, promulgada el año 2008, en su Art. 211.

En cuanto a los procedimientos dinámicos que son materia de este trabajo de investigación, no existen antecedentes en la legislación ecuatoriana, siendo por

tanto una novedad su incorporación mediante la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, y un aporte de la Asamblea Constituyente de Montecristi, que constituye una innovación a nuestro sistema contractual y que indudablemente agilitan los procesos precontractuales y que bien utilizados podría implicar un mejoramiento en la calidad de los bienes, obras y servicios y por supuesto un ahorro en tiempo y en dinero para el Estado ecuatoriano.

Antecedentes jurídicos: Es importante hacer una breve referencia a los antecedentes doctrinarios y de la teoría jurídica respecto a la contratación pública ecuatoriana y en concreto a los procedimientos dinámicos.

Influencias doctrinales en la contratación pública ecuatoriana:

Las nuevas corrientes sobre la contratación pública en el Ecuador, tienen su origen, por una parte, en la influencia del nuevo derecho administrativo europeo y, por otra, en la creciente influencia de la normativa del "common law" -el derecho común sajón- y de la contratación pública global -incluyendo la contratación de la Unión Europea-, que llegan a través de los contratos modelos del Banco Mundial (BIRF) y del Banco Interamericano de Desarrollo (BID).

En la Ley de Contratación Pública ecuatoriana, anterior, junto a la tradicional figura de las "cláusulas exorbitantes" del derecho administrativo, como lo es la "terminación unilateral y anticipada del contrato", vigentes desde la Ley de Licitaciones y Concurso de Ofertas, existía una jurisdicción privativa para el conocimiento de los conflictos suscitados dentro de la contratación administrativa.

Hasta la vigencia de la Ley de Contratación Pública, anterior, se encuentra también, una jurisdicción exclusivamente judicial y civil, que se manifiesta por ejemplo, en el artículo 38 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa

Privada; en su redacción original, hoy modificada, se dispuso que: “Las controversias sobre contratos suscritos o producidos por el Estado y otras entidades del sector público se deben sujetar a la jurisdicción administrativa”.

Sin embargo, la Ley de Contratación Pública anterior establecía, que los conflictos ocasionados por la contratación pública, con excepción de la expropiación de inmuebles a los particulares, que continúa tratándose en la jurisdicción civil y el grueso de los conflictos motivados en la contratación pública, se tramitarán por la vía contencioso administrativa.

Cabe señalar, en el ámbito jurídico, que la ley reguladora de la contratación pública ecuatoriana, debido al nuevo tratamiento que se le ha dado, obedeciendo a la gran importancia que ha tomado la Contratación Pública, se la ascendió a la categoría de ley orgánica, ya que el 21 de febrero del año 2001 se derogó la Ley de Contratación Pública y dejó su categoría de ley general u ordinaria que tenía en ese entonces; y, además actualmente a la contratación pública, debido a la creación del portal de compras públicas, se la considera como un sistema integrado por una dinámica de procedimientos, con aplicación de diferentes modalidades para la adquisición de bienes y servicios, que deben manejarse a través de medios electrónicos vigentes.

A decir de algunos proveedores y de juristas entendidos en la materia, con la expedición la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, al crearse al Instituto Nacional de Contratación Pública, organismo técnico rector de la contratación administrativa, con competencia exclusiva para dirigir, dictar políticas, ejecutarlas y controlar todo el sistema de la contratación pública, se ha apartado a la Contraloría General del Estado y a la Procuraduría General del Estado del control previo a la celebración de contratos administrativos, relegando el control de estos organismos sólo a la etapa posterior a la celebración de los contratos administrativos, con lo cual se ha eliminado el efecto preventivo de la ocurrencia de irregularidades y prácticas inapropiadas que eran detectadas cuando se revisaban los procedimientos precontractuales,

aumentándose la discrecionalidad de los funcionarios públicos encargados de las compras gubernamentales.

El INCOP utiliza dos herramientas importantes que son el Registro Único de Proveedores que se encuentra en la Sección I del Capítulo III del Título II de la Ley y artículo 8 del Reglamento de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, publicado en el Registro Oficial el año 2009 y el Portal de Compras Públicas, descrito en el Art. 21 de la Ley y Sección III del Capítulo II del Título II del mencionado Reglamento, al cual se puede acceder a través de la página www.compraspublicas.gob.ec.

“El Registro Único de Proveedores –RUP-, es un instrumento de gran ayuda para el INCOP. La Ley lo creó para ser fuente de información oficial de los proveedores a ser contratistas de la administración pública y, a la vez, es un instrumento que los habilita para tener tal calidad, de tal suerte que nadie que no esté registrado podrá ser oferente o proponente en un procedimiento precontractual y menos será un contratista, salvo el caso de procedimiento precontractual de menor cuantía; no obstante, la ley exige que una vez que se le adjudique el contrato, el proveedor no inscrito deberá obtener el RUP antes de celebrarlo (Art. 18 de la Ley)” (Rivas, 2012, párr 4).

El objetivo de contar con el RUP es contar con un registro público que cuente con todos los proveedores y contratistas del estado ecuatoriano así como sus Instituciones.

El INCOP suspende el RUP al proveedor que cae en cualquiera de las tres situaciones prescritas en el Art. 19 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, publicada en el Registro Oficial el año 2008 y que son:

- “1) por haber sido contratista incumplido o adjudicatario fallido;
- 2) por no actualizar la información requerida por el INCOP; y,

3) por haber sido declarado inhabilitado”

Antes de la vigencia de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, la convocatoria a un procedimiento precontractual se publicaba por la prensa lo que demandaba la erogación de ingentes recursos públicos, y en el proceso de transición a la aplicación de la LOSNCP, se requirió la publicación en la página web de cada institución y en el Sistema Oficial de Contratación Pública y de Consultoría del Ecuador www.compraspublicas.gov.ec.

“Actualmente, por disposición de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, de manera obligatoria, dicha convocatoria debe realizarse a través del portal electrónico www.compraspublicas.gob.ec. Con este procedimiento, se produjo la revolución publicitaria y de comunicación entre la entidad convocante y los oferentes, hasta la adjudicación del contrato, colocando a nuestro país en el siglo XXI, en cuanto a contratación pública se refiere” (Rivas, 2012, párr 8).

En la práctica aún el sistema presenta fallas, pues funcionarios de las entidades contratantes y proveedores han reportado que el sistema colapse constantemente, mientras se están desarrollando los procesos de contratación pública, cortando continuidad a las secuencias precontractuales, lo que ha provocado quejas y denuncias reiteradas de oferentes que se han considerado perjudicados, que el INCOP no ha logrado solucionar.

“Con el portal electrónico, la informática es la base de los procedimientos precontractuales y así, la ley trata de lograr la aplicación efectiva de los principios de igualdad, transparencia, concurrencia, vigencia tecnológica y publicidad que ella promueve en su artículo 4” (Rivas, 2012 párr 9).

La Contratación Pública en la aplicación de la Ley anterior

La Codificación de la Ley de Contratación Pública, cumplió su ciclo como herramienta de adquisiciones del Estado. Los resultados no fueron satisfactorios sino más bien deplorables, esto se debió a varios factores como la discrecionalidad, el abuso de poder, la falta de transparencia, las prácticas de corrupción, la debilidad de los controles, la falta de planificación, la ineficiente y mala utilización de los recursos financieros, la improvisación, la falta de capacitación, así como la dispersión normativa, aspectos que, a decir de sus propulsores han servido como fundamento y justificativo para la expedición de la ley en vigencia, la cual fue publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 395, de 4 de agosto del 2008; este cuerpo normativo, según sus defensores, exige una transformación radical, que pretende erradicar de manera definitiva, las prácticas monopólicas, las contrataciones “a dedo”, la institucionalidad de los cobros de comisiones en la adjudicación de los contratos, que han ocasionado graves perjuicios a la economía nacional.

Debido a su rigidez procesal y temporal, la Ley anterior, estaba desactualizada, con poca o casi ninguna utilización de herramientas informáticas que permitan transparencia y participación mayoritaria de un vasto sector de producción y provisión de servicios a nivel nacional, lo que ha generado que exista un pedido generalizado de reformas acorde al avance tecnológico y en base a los nuevos requerimientos tanto de las entidades contratantes e instituciones del sector público, como por parte de los actores del sector privado y de los gremios profesionales, a tal punto que durante largo tiempo estas organizaciones venían demandando la expedición de una nueva Ley.

El Gobierno Nacional, recogiendo esta necesidad, sumada al proyecto político propio, resolvió emprender en la formulación de una propuesta totalmente diferente para nuestro medio, y puso en vigencia una nueva Ley de Contratación Pública, cuyos resultados, es de esperar, satisfagan las expectativas de varios

sectores involucrados en el quehacer económico y productivo y las necesidades de la población de nuestro país.

Con la implementación de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, vigente desde el 4 de agosto de 2008, se pretende privilegiar la planificación y organización del Estado, optimizando el uso de los recursos públicos mediante la eficiente correspondencia con una ejecución presupuestaria racional y oportuna, que se podrán determinar a través de indicadores de gestión y control del gasto público.

Este nuevo sistema establece reglas claras y uniformes para contratar con el Estado, eliminando la dispersión normativa y el caos que generaba la proliferación de reglamentos que no correspondían a lógica alguna.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública apuesta por escenarios de contratación dinámica; un único portal en el que se realizarán las transacciones, un único registro de proveedores a nivel nacional, subasta inversa, compras por catálogo, convenios marco con proveedores calificados, compras corporativas, licitación electrónica, incentivando la participación nacional, dando preferencia a la participación de micro empresas, pequeñas industrias y artesanos, contratación preferente de profesionales, artesanos y empresas del sector donde se requiera bienes, la ejecución de obras o la prestación de servicios.

Razones que motivaron a la derogatoria de la Ley anterior y la expedición de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

La Ley de Contratación Pública, expedida el 16 de agosto de 1990 y codificada el 22 de febrero de 2001, no brindó una respuesta oportuna y eficiente a los requerimientos de obras, bienes y servicios de las entidades contratantes con parámetros de calidad, tiempo oportuno y costo; así como tampoco constituyó una herramienta que permita optimizar los recursos públicos. En consecuencia,

daba lugar a la paralización de las obras, encarecimiento de las mismas y entrega de servicios de mala calidad; en definitiva, desatención oportuna y eficiente a las necesidades y requerimientos de la ciudadanía, de manera particular de los sectores sociales vulnerables.

Sin embargo, cabe precisar que la paralización de los servicios y la falta o mala calidad de los bienes entregados, no necesariamente obedecen a la Ley; en la mayoría de los casos, las causas principales obedecieron a los estudios (de prefactibilidad y factibilidad), diseños y especificaciones mal elaborados; al incumplimiento de los plazos, programas y costos previstos, así como a una deficiente fiscalización; a la falta de pago oportuno a los contratistas, entre otras razones.

La Ley de Contratación Pública tenía un reducido ámbito de aplicación, debido a la proliferación de un gran número de reglas de similar o menor jerarquía sobre el mismo ámbito. En la práctica de la Ley anterior, sólo se aplicaba a los ministerios y a determinados organismos seccionales. Sin embargo las grandes contrataciones normalmente han estado exentas de su ámbito, tanto por la creación de leyes que determinan regímenes especiales de contratación, como en que han primado la discrecionalidad y abuso en la toma de decisiones. La denominada “fuga del derecho administrativo” se hizo evidente con la práctica imperante en los últimos años de “inventar” figuras a través de la creación de sectores de poder exentas de control y de la falta de aplicación de reglas generales que precautelen los recursos públicos. El panorama expuesto se complicó aún más y generó un ámbito mayor de inseguridad jurídica por cuanto los procesos de contratación de montos menores a los determinados para concurso público de ofertas se sometían a la reglamentación especial de cada ente contratante.

Lo anterior generó inseguridad jurídica; y, la dispersión de la normativa aplicable a la contratación administrativa. La Ley de Contratación Pública, derogada, no tenía aplicación general, debido a la promulgación de leyes especiales y a

disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias tanto para las empresas públicas, como para organismos especiales (Petroecuador, Andinatel, Copefen, fundaciones, etc.).

CAPÍTULO II

EL CATÁLOGO ELECTRÓNICO Y EL CONVENIO MARCO

2.1. El Procedimiento de Compras por Catálogo

Uno de los nuevos procedimientos que contempla la actual Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, es el de Compras por Catálogo Electrónico, cuyo mecanismo se canaliza a través de la utilización de herramientas del sistema informático.

Este Procedimiento está determinado como la primera alternativa de aplicación precontractual, para las Instituciones públicas que requieran contratar bienes o servicios normalizados, dada las ventajas que ofrece la tecnología en la actualidad a través del Internet, especialmente en lo que tiene que ver con agilidad dinamismo y transparencia.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, publicada en el año 2008, en su Art. 43, dispone:

“El Instituto Nacional de Contratación Pública es el encargado de efectuar 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 éstos sean adquiridos o contratados de manera directa por las Entidades Contratantes”

Así mismo, como producto de los Convenios Marco celebrados, el INCOP crea el catálogo electrónico para que esté disponible en el Portal COMPRASPÚBLICAS, en donde las Entidades Contratantes están habilitadas para efectuar las adquisiciones que necesiten de forma directa.

Las Entidades Contratantes previo a establecer procesos de adquisición de bienes y servicios deberán consultar el catálogo electrónico, y solo en el caso de que estos bienes o servicios requeridos no se encuentren catalogados, podrán realizar otros procedimientos de selección.

Es importante resaltar que este procedimiento, por su naturaleza es más ágil que el de Subasta Inversa Electrónica y de los demás procedimientos establecidos en la LOSNCP, sin embargo su aplicación podría generar ciertas desventajas derivadas de aspectos tecnológicos y de mercado.

Respecto del uso de la tecnología de la informática, en este caso el internet no está al alcance de todos los proveedores, ya que su manejo es relativamente nuevo y en algunos sectores alejados de nuestro país, todavía no hay acceso a este servicio.

En lo que tiene que ver con la oferta y como está concebido en la Ley este Procedimiento, cabe precisar a modo de comentario que las mejores condiciones de comercialización y venta promueve la actividad de las grandes empresas, dejando muchas veces en desventaja a las medianas y pequeñas empresas para participar en igualdad de condiciones en un mercado globalizado.

2.2. Naturaleza

La característica esencial que determina la naturaleza del Procedimiento de Compras por Catálogo, se fundamenta en los siguientes aspectos:

Es un procedimiento expedito, libre de obstáculos, que está determinado por la agilidad y prontitud, lo que le convierte en la primera alternativa de aplicación que deben utilizar las instituciones públicas, que emprenden procesos de contratación de bienes o servicios normalizados.

Su manejo y aplicación es de carácter eminentemente tecnológico a través del internet, es decir un canal de distribución mediante la utilización de las herramientas del sistema informático que se encuentra disponible en el catálogo del Sistema Nacional de Compras, creado por el Instituto Nacional de Contratación Pública.

La naturaleza ágil y dinámica del catálogo electrónico permite a los proveedores de bienes y servicios, responder de forma rápida a las condiciones cambiantes del mercado y a las necesidades de las contratantes, lo que trae como resultado que el catálogo electrónico supere las limitaciones de espacio y tiempo de otro tipo de procedimientos lo que beneficia al mercado globalizado.

Estas ventajas del catálogo electrónico llevan a que sea un canal de conexión entre entidades contratantes con proveedores, clientes, o cualquier otra entidad que formen parte de este mercado, sumándole a esto la intervención del Estado, como ente regulador, lo que en condiciones de transparencia trae un beneficio al interés público.

2.3. Procedimiento y Aplicación

En lo que respecta al Procedimiento de Compras por Catálogo Electrónico, debemos señalar que existen dos ejes básicos en los que se fundamenta su efectiva aplicación, esto es: LOS CONVENIOS MARCO celebrados entre el INCOP y los proveedores; y, EL CATÁLOGO ELECTRÓNICO creado por el INCOP donde se ofertan bienes y servicios normalizados.

A diferencia del resto de procedimientos que contempla la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, las compras por Catálogo, se efectúan sin límite de cuantía.

“Art 46.- Las Entidades Contratantes deberán consultar el catálogo electrónico previamente a establecer procesos de adquisición de bienes

y servicios. Solo en caso de que el bien o servicio requerido no se encuentre catalogado se podrá realizar otros procedimientos de selección para la adquisición de bienes o servicios, de conformidad con la presente Ley y su Reglamento”

Al igual que los demás procedimientos, para iniciar con la contratación de bienes o servicios normalizados que constan en el catálogo electrónico, previa planificación, debe constar la necesidad de la contratación en el Plan Anual de Contrataciones –PAC- y contar con los fondos, en una partida presupuestaria establecida para el proceso de contratación.

La máxima Autoridad aprueba los pliegos y autoriza en inicio de la contratación requerida mediante resolución.

En el Portal, se visualizan los bienes y servicios organizados por Categorías, una vez escogido el producto, el sistema despliega las sub categorías, donde se debe escoger específicamente lo que se requiere contratar, desplegándose entonces el bien o servicio que fue objeto de la selección.

“La Entidad Contratante puede descargar los Convenios Marco a fin de revisar los términos contractuales acordados entre el INCOP y el proveedor, que deberán observarse en la contratación” (Instituto Nacional de Contratación Pública, 2011, p. 7).

Luego se despliegan las condiciones relacionadas con la entrega de los productos por parte del Proveedor, los descuentos por volumen, el precio, costo de traslado dependiendo del lugar y el tiempo que se demorará en entregar.

Concluidos los pasos señalados, con la descripción exacta de lo que se requiere comprar, se procede a generar la orden de compra, la cual debe ser autenticada y aceptada para proceder con el pedido.

Luego el sistema muestra los datos ingresados que tienen que ver con la persona que autoriza la contratación, es decir del representante legal de la Entidad, si son correctos deben ser confirmados y se coloca el número de la Resolución de compra.

A continuación se despliega en la pantalla el resumen de lo que se pretende adquirir con las principales condiciones de contratación, la cual una vez Confirmada, se remite al Proveedor, sin opción de retorno.

Para concluir, el sistema despliega el nombre de los Proveedores, listado del cual se debe proceder a escoger al que fue seleccionado, entonces aparece la orden de compra que se ha generado, la misma estará determinada por las condiciones que previamente se pactaron en el Convenio Marco; y en algunas ocasiones la Entidad conseguirá mejoras que también constarán.

En este Procedimiento las contrataciones se efectúan de forma directa, no se aplica la suscripción de contrato escrito, sino más bien se formalizan con la orden de compra y en el momento mismo en que la entidad recibe físicamente los bienes o se lleva a cabo el servicio contratado, se suscribe el acta de entrega/recepción.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en el año 2008 en su Art. 46 determina:

“Si cualquiera de las Entidades Contratantes obtuviere ofertas de mejor costo que las que consten publicadas en el catálogo electrónico, deberán informar al Instituto Nacional de Contratación Pública para que éste conozca y confirme que la oferta es mejor y adopte las medidas necesarias que permitan extender tales costos, mediante la celebración de Convenios Marco, al resto de Entidades Contratantes”.

2.4. Particularidades

El Procedimiento de Compras por Catálogo, se caracteriza por las siguientes particularidades:

El catálogo electrónico creado en el sistema por el INCOP, es el único canal de acceso para que las Instituciones públicas realicen sus adquisiciones de bienes o servicios normalizados y catalogados.

Este Procedimiento es la primera alternativa de aplicación precontractual para las instituciones públicas.

Las condiciones contractuales, están previstas en el Convenio Marco, celebrado entre el INCOP y los proveedores.

No está supeditado a la suscripción de contrato escrito, se formaliza con la orden de compra electrónica y el acta de entrega recepción.

Este procedimiento no está limitado a ningún tipo de cuantía.

Es el Procedimiento más ágil y dinámico que contiene la LOSNCP.

2.5. Definición de Catálogo Electrónico

“Apuntar por orden libros, manuscritos, objetos de arte, etc.” (Osiris, 1990, p. 321).

Se infiere entonces que siempre existió la tendencia por la creación de los catálogos en virtud de la necesidad de organizar e individualizar datos, para lograr una ubicación más ágil y dinámica; sin embargo el mayor uso de la catalogación en esas épocas se daba para el manejo y organización de las bibliotecas.

A finales del siglo XX con el avance de la tecnología de la informática y el apareamiento del internet, surge el catálogo electrónico, que no es otra cosa que una publicación online, es decir:

“(...) Es una interfaz gráfica, generalmente una página en la que se muestran los productos y servicios ofrecidos por compañías, empresas, etc. Los catálogos digitales pueden almacenar grandes cantidades de artículos y permiten organizarlos y clasificarlos de distintas maneras para que los usuarios puedan realizar búsquedas rápidas y efectivas, tienen como objetivo la publicidad, venta y distribución y la atención al cliente; constituyen la representación digital de una compañía y una forma poderosa de comercio. Los catálogos digitales pueden almacenar grandes cantidades de artículos y permiten organizarlos y clasificarlos de distintas maneras para que los usuarios puedan realizar búsquedas rápidas y efectivas, tienen como objetivo la publicidad, venta y distribución y la atención al cliente; constituyen la representación digital de una compañía y una forma poderosa de comercio” (Catalogue designers, 2008, párr. 1).

La utilización del catálogo electrónico es la forma más eficaz de brindar información entre una compañía y sus clientes, convirtiéndose en una poderosa herramienta de marketing, que acoplada al auge de la nueva política de la globalización de mercados, es cada día más utilizada por las distintas empresas, organizaciones, instituciones comerciantes, personas naturales, etc.

La rápida difusión de la tecnología de la informática en el mundo a través del Internet, ha transformado la economía mundial, es así que la mayoría de países, incluido el Ecuador, han considerado necesario, utilizar la tecnología digital como herramienta, tanto para la ubicación del mercado de provisión de bienes y servicios, así como el manejo de los procedimientos de contratación.

En este sentido, se puede definir al catálogo electrónico como la base de datos publicados en el sistema electrónico, donde se ofertan bienes y servicios normalizados, que son el resultado de un convenio marco.

2.6. Convenios Marco

Para conocer sobre el Convenio Marco como figura establecida en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento General, es necesario primero referirse a su significado, entendiéndoselo como un acuerdo o pacto escrito, a través del cual se obligan las partes entre si, respecto de una cosa o materia determinada y a cuyo cumplimiento pueden ser compelidas.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, promulgada el año 2008 al respecto dispone:

“Art 43.- 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 éstos 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”

“Art. 45.- Los adjudicatarios quedarán obligados a proveer bienes y servicios normalizados de conformidad con las condiciones de plazo, precio, calidad, lugar de entrega y garantía establecidas para el período de duración del convenio marco. No obstante, los adjudicatarios podrán mejorar las condiciones establecidas, siguiendo el procedimiento que para el efecto se hayan previsto en el Convenio Marco”

Es así que las entidades contratantes una vez que hayan efectuado la selección de los productos o servicios en el catálogo electrónico, y se emita la orden de adquisición electrónica, en lo posterior las contrataciones que se

realicen se sujetan a las estipulaciones y condiciones determinadas en el convenio marco, así como a las mejoras que obtenga la entidad.

Los Convenios Marco que se encuentran en la LOSNCP son el mecanismo contractual que utiliza como medio el INCOP con el objetivo de poner a disposición de las entidades públicas bienes o servicios, a efecto de facilitar la adquisición y lograr que se lleve a cabo de una manera ágil, transparente y rápida, cuyo fin primordial es maximizar el aprovechamiento en la mejora de costos y precios por parte de los oferentes en provisiones a escala con el consiguiente beneficio al interés público.

2.7. Comentarios respecto de la aplicación del Catálogo Electrónico

Según el Reporte Anual 2011 del INCOP, en el ejercicio presupuestario 2011, se ejecutaron un total de 24.158 procesos mediante la modalidad de Catálogo Electrónico, por un monto de US\$ 198,148,654.66, siendo el segundo mecanismo más utilizado después de la Subasta Inversa Electrónica.

En la práctica aún se observa que una gran cantidad de bienes no han sido catalogados debido a que las entidades contratantes no informan al INCOP los productos que faltan incluirse en el Catálogo Electrónico con sus presentaciones, unidades y demás características; así como no existe una consolidación de las adquisiciones que es uno de los objetivos previstos en la LOSNCP, tarea que debe emprender el INCOP de modo imperativo, lo que incide en un dispendio de los recursos públicos pues, de una parte la no normalización u homologación de varios bienes permite el manejo discrecional de los agentes encargados de las compras gubernamentales para optar por diversas modalidades de contratación en la que se denotan todavía prácticas irregulares; y, de otra, la falta de consolidación de las órdenes de compra de las entidades contratantes por producto imposibilita el acceso a mayores descuentos por el volumen de la adquisición.

Los funcionarios que integran las unidades de compras de los entes contratantes en muchos casos no planifican adecuadamente la adquisición, así como no revisan los Convenio Marco con la anticipación y análisis que se requiere previo a la generación de la orden de compra correspondiente, lo que ha provocado que los plazos y condiciones acordadas para la provisión no se cumplan afectando el uso de los recursos públicos; igualmente, los servidores públicos a quienes se designe para la entrega-recepción, deben verificar de manera obligatoria que los bienes cumplan con las características técnicas establecidas en los Convenios Marco, de modo que si no cumplen exijan a los proveedores que cambien los productos y entreguen bienes que satisfagan los requerimientos de la institución.

CAPÍTULO III

SUBASTA INVERSA

Para comprender mejor la definición de subasta inversa, es necesario conocer la definición de subasta o subasta pública, proporcionada por Guillermo Cabanellas en su Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual.

“En Derecho Administrativo, la subasta o subasta pública, es uno de los medios de que la administración se vale para otorgar los contratos de obras públicas o de prestación de servicios públicos, cuando no los realiza o explota por sí, sino por cuenta del que, ajustándose al pliego de condiciones, ofrece costo menor en las unas y prima mayor en los otros”.
(Cabanellas, G., 1983, p. 524)

De acuerdo a lo previsto en el Art. 47 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, publicada el 2008:

“La Subasta Inversa, consiste en la puja hacia la baja del precio ofertado, por parte de los proveedores de bienes y servicios normalizados equivalentes, en acto público o por medios electrónicos a través del portal www.compraspublicas.gob.ec.”

Otra definición manifiesta que:

“La subasta es un mecanismo de transacción económica por el que se determina la asignación de recursos (ya sea un bien o servicio), tomándose como referencia el precio, el cual aumentará o disminuirá en función a las pujas efectuadas por los potenciales compradores o vendedores. La subasta es un mecanismo de transacción económica por el que se determina la asignación de recursos (ya sea un bien o servicio), tomándose como referencia el precio, el cual aumentará o disminuirá en función a las pujas efectuadas por los potenciales

compradores o vendedores definiendo sus características y especificaciones técnicas, sobre los que los potenciales vendedores ofertarán su mejor precio, efectuándose la puja hacia la obtención del precio más bajo posible.” (Vistin, 2012, párr 5).

Las entidades contratantes utilizan la subasta inversa, para conseguir el precio más bajo de los bienes o servicios normalizados, que quieren contratar, en virtud que se invierte el papel de comprador y vendedor, con el objetivo principal de impulsar los precios de compra hacia la baja.

Además, se verifica que en una subasta ordinaria (también conocida como subasta a plazo), o en una subasta inversa, los compradores compiten para obtener un bien o servicio; y, en una subasta inversa, los vendedores compiten para obtener negocios.

3.1. Procedencia:

Según el Art. 47 de la Ley de la materia, procede la subasta inversa en el caso de adquisición de bienes y servicios normalizados que no consten el catálogo electrónico.

Para poder participar en la subasta inversa, los oferentes necesariamente deberán estar inscritos en el Registro Único de Proveedores –RUP-, y los resultados de los procesos de adjudicación por subasta inversa serán publicados en el portal www.compraspublicas.gob.ec, para que se realicen las auditorías respectivas.

3.2. Clases de subastas:

En la legislación ecuatoriana, existen cuatro clases de subastas:

- Subasta inversa presencial

- Subasta inversa electrónica
- Subasta corporativa
- Subasta inversa institucional

3.2.1. Subasta inversa presencial.-

De acuerdo con la Disposición Transitoria Quinta del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, expedido en el año 2009:

“Si por causas técnicas debidamente justificadas y acreditadas por el INCOP no fuera posible realizar la adquisición de bienes y servicios normalizados a través de catálogo electrónico o de subasta inversa electrónica, se realizará un proceso de adquisición a través de una oferta pública presencial y directa, sin utilizar el portal www.compraspublicas.gob.ec, observando para el efecto el siguiente procedimiento:

1. En lo que sea aplicable, se observará lo dispuesto en el artículo 44 y siguientes de este Reglamento General que regulan la Subasta Inversa Electrónica.
2. Oferta económica inicial.- Los oferentes calificados presentarán su propuesta económica inicial por escrito en el lugar establecido en la convocatoria, en un sobre debidamente cerrado y hasta las 15h00 del día fijado en la convocatoria. El término entre la convocatoria y la presentación de la oferta económica inicial no será menor a cinco días. Una hora más tarde de la fijada para la presentación de la propuesta económica inicial, se realizará de forma pública la subasta inversa presencial.

3. Acreditación.- En la puja podrán intervenir exclusivamente los oferentes previamente acreditados. No se admitirá la intervención en la puja de oferentes no acreditados.

Si los oferentes fueren personas naturales deberán intervenir directamente o a través de un apoderado especial. En el primer caso, el oferente presentará su cédula de identidad; y, en el caso del apoderado especial presentará copia del poder otorgado con su cédula de identidad.

Si los oferentes fueren personas jurídicas deberán intervenir a través del correspondiente representante legal o de un apoderado especial. En el primer caso, el oferente presentará su cédula de identidad junto con la copia de su nombramiento vigente, debidamente inscrito en el Registro Mercantil del cantón correspondiente. Si el oferente interviniera a través de un apoderado especial, presentará la copia del poder otorgado junto con su cédula de ciudadanía.

4. Puja.- El período durante el cual se efectúe la puja será de mínimo (15) minutos y máximo de sesenta (60) minutos contados a partir de la hora establecida en la convocatoria; en atención a la complejidad del objeto del contrato y al presupuesto referencial del procedimiento.

Todos los oferentes acreditados pueden realizar durante el período de puja, las ofertas sucesivas a la baja que consideren necesarias, las mismas que se presentarán por escrito en las hojas entregadas por la entidad contratante para el efecto, las mismas que serán leídas en alta voz por la máxima autoridad de la entidad, o su delegado, al momento de recibirlas.”

3.2.2. Subasta inversa electrónica

Conforme al Reglamento General de Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, promulgado en el 2009, en su Art. 44:

“La subasta inversa electrónica procede, cuando las entidades contratantes requieran adquirir bienes y servicios normalizados cuya cuantía supere el monto equivalente al 0,0000002 del presupuesto inicial del Estado, que no se puedan contratar a través del procedimiento de compras por catálogo electrónico y en la que los proveedores de dichos bienes y servicios, pujan hacia la baja el precio ofertado por medios electrónicos a través del portal www.compraspublicas.gob.ec”.

3.2.3. Subasta inversa corporativa

La adquisición de fármacos que requieran las entidades públicas que brinden servicios de salud, entre las que se incluye el Instituto Ecuatoriano de seguridad Social, deben sujetarse a la normativa especial que dicte el Presidente de la República, observando para el efecto un proceso de selección, en atención a lo previsto en el At. 2 numeral 1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, publicado el año 2008.

De acuerdo con lo previsto en el Art. 77 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, publicado el año 2009:

“La adquisición de fármacos bajo régimen especial se debe realizar mediante subastas inversas corporativas y/o subastas inversas institucionales, de conformidad a los procedimientos que se detallan a continuación”

El Procedimiento especial para subasta inversa corporativa se contempla en el Art. 78 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, publicado el año 2009 que dispone:

“El INCOP conjuntamente con las entidades contratantes, consolidará la demanda potencial de las entidades contratantes, para poder realizar subastas inversas corporativas, en las cuales los proveedores de fármacos, debidamente habilitados, conforme a lo dispuesto en el Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, pujan hacia la baja el precio ofertado, que siempre deberá ser inferior a su oferta económica inicial, por medios electrónicos a través del portal www.compraspublicas.gob.ec. Esto se da con la finalidad de suscribir convenios que permitan a las entidades contratantes la adquisición directa de fármacos, lo cual se lleva a cabo a través del repertorio de medicamentos, entendido éste como el catálogo de medicamentos normalizados publicados en el portal www.compraspublicas.gob.ec.

El INCOP elabora conjuntamente con las entidades contratantes los pliegos requeridos para realizar las subastas inversas corporativas. Los pliegos, a más de los requisitos de carácter legal, económico y financiero, deberán contener fichas técnicas específicas sobre los fármacos a contratar.

El INCOP conjuntamente con las entidades contratantes, deben conformar una comisión técnica responsable de las fases de aclaraciones y calificación de los proveedores y sus ofertas; esta comisión estará integrada por:

- 1.- Un delegado del Director Ejecutivo del INCOP, quien la presidirá y tendrá voto dirimente;

- 2.- Un delegado técnico del Ministerio de Salud Pública, en su calidad de máxima autoridad del sistema nacional de salud;
 - 3.- Un delegado técnico del Director General del IESS;
 - 4.- Un delegado técnico del Director General del ISSFA; y,
 - 5.- Un delegado técnico del Director General del ISSPOL.
- Actuará como Secretario de la Comisión Técnica el Director Jurídico del INCOP o su delegado.”

1.2.4. Subasta Inversa Institucional

De conformidad con el Art. 2, numeral 1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, y los Arts. 79 y 80 del Reglamento General de la misma Ley: este procedimiento de régimen especial, tiene una marcada diferencia con la Subasta Inversa Corporativa, se da exclusivamente cuando hay necesidad de la adquisición de fármacos, siempre y cuando los mencionados productos no estén disponibles en el repertorio de medicamentos y necesariamente debe haber más de un proveedor o fabricante.

El procedimiento que debe observarse para el efecto, es el previsto en el Reglamento General de Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, publicado el año 2009:

“Art. 79.- La máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado aprobarán los pliegos en los términos y condiciones previstos en el Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, el cronograma del proceso y dispondrá el inicio del procedimiento especial.

Los pliegos, a más de los requisitos de carácter legal, económico y financiero, deberán contener fichas técnicas específicas sobre los fármacos a contratar.

Para la calificación de las ofertas intervendrá una comisión técnica, la misma que estará integrada por:

- a. El delegado de la máxima autoridad de la entidad contratante;
- b. El titular del área requirente o su delegado; y,
- c. Un funcionario o servidor nombrado por la máxima autoridad que tenga conocimiento de la adquisición que se vaya a realizar. Actuará como secretario un funcionario o servidor designado por la comisión técnica de fuera de su seno”.

Para realizar una subasta inversa institucional o corporativa, existe un procedimiento común que se deberá seguir según el Art. 80 inciso tercero del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, publicado el año 2009, este procedimiento se deberá llevar a cabo previo el cumplimiento de los procedimientos especiales establecidos para cada una de ellas y es el siguiente:

“Para el caso de realizarse una subasta inversa corporativa o una subasta inversa institucional, debe nombrarse una comisión técnica, quien podrá designar subcomisiones de apoyo, según la complejidad del proceso de contratación, las mismas que actuarán de conformidad con lo previsto en el artículo 19 del Reglamento General

La comisión técnica podrá sesionar válidamente con la presencia de tres de sus miembros, de los cuales, el Presidente deberá estar presente en forma obligatoria. Las decisiones se adoptarán por mayoría simple.

Los miembros de la comisión técnica no podrán tener conflictos de intereses con los oferentes; de haberlos, será causa de excusa.

La comisión técnica elaborará su informe dirigido a la máxima autoridad de la entidad contratante o a su delegado, en el que constarán los

criterios técnicos y la recomendación expresa de adjudicación del contrato o de declaratoria de desierto del proceso.

Las subcomisiones de apoyo, designadas por la comisión técnica, presentarán los criterios técnicos que se requieran para la toma de decisiones de la Comisión técnica. Los informes de la subcomisión, que incluirán las recomendaciones que se consideren necesarias, serán utilizados por la comisión técnica como ayudas en el proceso de calificación y selección y por ningún concepto serán asumidas como decisorias. La comisión técnica obligatoriamente deberá analizar dichos informes y corroborar o rectificar la totalidad de los mismos; sin perjuicio de las responsabilidades que asuman los miembros de las subcomisiones sobre el trabajo realizado.”

Cabe aclarar que para realizarse una subasta inversa corporativa o una subasta inversa institucional a mas de nombrarse la comisión técnica debe cumplirse con determinados requisitos sanitarios, esto se da con el objetivo de garantizar la calidad de los medicamentos, para lo cual los oferentes deberán presentar, entre otros documentos, el certificado sanitario de provisión de medicamentos emitido por la autoridad sanitaria nacional (Ministerio de Salud Pública), con el cual se garantiza el cumplimiento de condiciones técnicas y sanitarias exigidas en la Ley Orgánica de Salud y sus reglamentos.

Tramitación:

El Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Publicado el 2009, en el Art. 80 preceptúa:

“El INCOP o la entidad contratante publicará la convocatoria a través del portal www.compraspublicas.gob.ec, y que como mínimo contendrá:

El cronograma del proceso;

La fecha máxima para formular preguntas;

La fecha y hora para ingresar al portal www.compraspublicas.gob.ec, la oferta técnica y documentación habilitante;

Los requerimientos mínimos que deberá tener la documentación técnica y sanitaria de la oferta;

La fecha y hora en que los oferentes calificados ingresarán al portal www.compraspublicas.gob.ec, la oferta económica inicial;

La fecha y hora en la que se iniciarán las pujas a la baja a través del referido portal y el tiempo de duración de las mismas; y,

La fecha estimada de adjudicación”.

Posteriormente a esto se deberá cumplir con determinados plazos y términos que son:

“Art 80.- Hasta dentro de un término de cinco (5) días contados a partir de la fecha tope fijada para la formulación de preguntas, la comisión técnica, responderá las preguntas y formulará las aclaraciones o modificaciones que considere pertinentes a los pliegos por propia iniciativa o en respuesta a las preguntas de los participantes, a través del portal www.compraspublicas.gob.ec, siempre que estas modificaciones no alteren el objeto del contrato.

El término entre la convocatoria y la presentación de la oferta técnica no será menor a diez (10) días ni mayor a treinta (30) días. En la fecha y hora señaladas para el efecto, a través del portal www.compraspublicas.gob.ec, se procederá a la recepción de las ofertas técnicas de los oferentes.

Hasta dentro de un término de quince (15) días contados a partir de la recepción de las ofertas técnicas, la comisión técnica procederá a calificar a los participantes que hubieren cumplido con las condiciones definidas en los pliegos conforme al proceso antes señalado.

Para el procedimiento de la subasta se observarán las disposiciones de los Arts. 44 a 48 del Reglamento General de la LOSNCP.

Los procesos de subastas inversas podrán realizarse por ítems, individuales o agrupados, siguiendo para el efecto lo previsto en los respectivos pliegos.

El INCOP o la máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado, una vez concluido el período de puja o de negociación, de ser el caso adjudicará el convenio o contrato, mediante resolución, a la oferta de menor precio o declarará desierto el procedimiento de conformidad con la Ley; el INCOP o la entidad contratante, según el caso, celebrará el convenio o contrato respectivo con el o los oferentes ubicados en el primer lugar de prelación. Para el caso de tratarse de Subasta Inversa Corporativa los fármacos adjudicados se publicarán en el repertorio de medicamentos.

El INCOP o la entidad contratante publicarán en el portal www.compraspublicas.gob.ec, la información relevante del proceso, de acuerdo al artículo 13 del Reglamento General de la LOSNCP.

En los respectivos convenios, se incluirá la obligatoriedad de los adjudicados de presentar a las entidades contratantes, previo a la entrega recepción de los fármacos adquiridos mediante la orden de compra respectiva, el certificado de control de calidad del lote o lotes a entregar; y, el compromiso de cancelar el costo del análisis de control de calidad post registro cuando la autoridad sanitaria nacional lo realice, sea en los lugares de fabricación, almacenamiento, transporte, distribución o expendio (...).

Cualquier irregularidad en las condiciones de calidad que se detectare, implicará la suspensión inmediata del respectivo convenio y la aplicación de las sanciones previstas en el texto del convenio y la Ley”.

“En los casos en que el proceso precontractual para la adquisición de fármacos hubiere sido desarrollado mediante subasta inversa institucional y se hubiere declarado desierto el mismo, la máxima autoridad de la entidad contratante podrá, mediante resolución debidamente motivada respecto de la inconveniencia de efectuar otro proceso similar, disponer el inicio de un proceso precontractual de contratación directa observando el mecanismo previsto en el artículo 81 del Reglamento General de la LOSNCP o de considerarlo pertinente y según su monto iniciar otro mecanismo previsto en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, pudiendo utilizar en ambos casos documentación o parte de los pliegos iniciales elaborados por la institución o formular nuevos pliegos.” (Decreto 401, Registro Oficial 230 (2010)).

CAPÍTULO IV

SUBASTA INVERSA ELECTRÓNICA

4.1. La Subasta Inversa Electrónica:

“Art 47.- La subasta inversa electrónica consiste en la puja hacia la baja del precio ofertado, por parte de los proveedores de bienes y servicios normalizados equivalentes, por medios electrónicos a través del portal www.compraspublicas.gob.ec.” (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2009).

Por medio de la subasta inversa electrónica las entidades contratantes realizan la adquisición de bienes y servicios normalizados, a través del internet, en el cual, observándose un proceso de selección de amplia participación, el postor que salga favorecido o gane será el que cumpla con las condiciones y especificaciones técnicas establecidas en los pliegos y ofrezca el menor precio.

La subasta inversa electrónica es una estrategia utilizada por muchas organizaciones administrativas gubernamentales de América Latina como Chile, Colombia, Perú, para la adquisición de bienes y servicios normalizados.

4.1.1. Características:

La subasta inversa electrónica tiene las siguientes características:

Es el segundo procedimiento que debe elegirse, cuando las contrataciones sean para la adquisición de bienes o prestación de servicios normalizados. La cuantía debe igualar o superar el monto equivalente que resulte al multiplicar el 0,0000002 por el presupuesto inicial del Estado.

Se utiliza una herramienta informática que interactúa con los dos actores de la contratación pública, la entidad contratante y los proveedores.

Cumple con uno de los objetivos que persigue la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, pues la subasta inversa electrónica se constituye en una herramienta para fomentar la producción nacional, ya que posibilita la participación de micro, pequeñas y medianas empresas nacionales.

Las disposiciones de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, son concordantes con la disposición constitucional en materia de compras públicas, por cuanto en el Art. 288 de la Constitución de la República del Ecuador, establece que:

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

Cabe mencionar que la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública mediante la aplicación de la herramienta informática, es decir el Portal de compras públicas, toma en cuenta la aplicación de márgenes de preferencia:

“En la puja normal el sistema no da ningún porcentaje de preferencia si participan diferentes tipos de proveedores entre ellos micros, pequeños, medianos o grandes empresas, el sistema sólo valida que ganará el proveedor que envíe la oferta más baja. Mientras que en una puja con márgenes de preferencia el sistema dará un porcentaje de preferencia por el tipo de proveedor, y no siempre ganará en la puja la oferta más baja.” (Instituto Nacional de Contratación Pública, 2010, pregunta 25).

Procedimiento: Según el Art. 44 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública:

“La subasta inversa electrónica se realizará cuando las entidades contratantes requieran adquirir bienes y servicios normalizados cuya cuantía supere el monto equivalente al 0,0000002 del presupuesto inicial del Estado, esto es (USD 5.221,85 correspondiente al período fiscal 2012), que no se puedan contratar a través del procedimiento de compras por catálogo electrónico, y en la que los proveedores de dichos bienes y servicios, pujan hacia la baja el precio ofertado por medios electrónicos, a través del portal www.compraspublicas.gob.ec.”.

Según la Resolución No. 039 del año 2010 del INCOP, en sus Arts. 1 al 6, la contratación por subasta inversa electrónica se realizará bajo el siguiente procedimiento:

“La entidad contratante publicará la convocatoria junto con los pliegos en el portal www.compraspublicas.gob.ec.

En la convocatoria se deberá establecer al menos lo siguiente:

Fecha de publicación en el portal www.compraspublicas.gob.ec;

El presupuesto referencial;

Fecha límite de preguntas, dentro del término entre 1 a 3 días, contado a partir de la fecha de publicación; en este período, los oferentes pueden formular preguntas sobre los pliegos a la entidad contratante;

Fecha límite de respuestas, que comprende el término entre 1 a 3 días, contado a partir de la fecha límite para recibir las preguntas, en esta etapa, la entidad contratante, emitirá las respuestas o aclaraciones a través del portal www.compraspublicas.gob.ec, las mismas que serán conocidas por todos los participantes. Las respuestas o aclaraciones podrán modificar los pliegos, sin que estas modificaciones alteren el objeto del contrato y el presupuesto referencial;

Fecha máxima de entrega de la propuesta técnica, que no debe ser menor a cinco (5) días entre la publicación y la entrega de la propuesta técnica; en los pliegos precontractuales, se debe especificar claramente, el lugar y hora exacta donde se debe entregar la propuesta técnica en físico;

Fecha máxima de convalidación de errores, en el término entre dos (2) a cinco (5) días, contado a partir de la fecha de notificación. En esta etapa, la entidad contratante si observa que la oferta técnica presentada contiene errores de forma, solicita al oferente su convalidación;

Fecha límite de calificación, la que señale la entidad contratante;

Fecha límite para la presentación de la oferta económica a través del portal www.compraspublicas.gob.ec, no puede ser menor a siete (7) días, contados entre la publicación y la presentación de la oferta económica inicial;

Fecha y tiempo para la puja, la que señale la entidad contratante, que puede ser entre quince (15) y sesenta (60) minutos; y,

Fecha estimada de adjudicación.”

Tabla 1

Lo que se resume en el cuadro siguiente:

ACTIVIDADES	TÉRMINOS
FECHA DE PUBLICACIÓN	
FECHA LÍMITE DE PREGUNTAS	1 A 3 DÍAS
FECHA LÍMITE DE RESPUESTAS	1 A 3 DÍAS
FECHA MÁXIMA DE ENTREGA DE LA PROPUESTA TÉCNICA	NO MENOR A 5 DÍAS ENTRE LA PUBLICACIÓN Y LA ENTREGA PROPUESTA TÉCNICA
FECHA MÁXIMA DE CONVALIDACIÓN DE ERRORES	ENTRE 2 A 5 DÍAS

FECHA LÍMITE DE CALIFICACIÓN	DE LA ESTABLECIDA POR LA ENTIDAD CONTRATANTE
PRESENTACIÓN DE LA OFERTA ECONÓMICA	NO INFERIOR A 7 DÍAS ENTRE LA PUBLICACIÓN Y LA PRESENTACIÓN DE LA OFERTA ECONÓMICA INICIAL
PUJA	ENTRE 15 Y 60 MINUTOS
FECHA ESTIMADA DE ADJUDICACIÓN	

Calificación de participantes y oferta económica inicial:

“Art 45.- Numeral 1. La máxima autoridad o su delegado en el caso de subastas inversas cuyo presupuesto referencial exceda el monto previsto en el primer inciso del artículo 44 de este reglamento general y sea de hasta el monto que resulte de multiplicar el coeficiente 0.000002 por el Presupuesto Inicial del Estado, o,

2. Por una Comisión Técnica integrada de conformidad con lo previsto en el Art. 18 de este reglamento general.” (Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2009).

La comisión técnica estará integrada de la siguiente forma:

“Art 18.- Numeral 1. Un profesional designado por la máxima autoridad, quien la presidirá;

2. El titular del área requirente o su delegado; y,

3. Un profesional afín al objeto de la contratación designado por la máxima autoridad o su delegado.

Los miembros de la Comisión Técnica serán funcionarios o servidores de la entidad contratante.

Si la entidad no cuenta en su nómina con un profesional afín al objeto de la contratación, podrá contratar uno para que integre de manera puntual y específica la respectiva Comisión Técnica; sin perjuicio de que, de ser el caso, pueda contar también con la participación de asesoría externa especializada.” (Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2009).

“Art 45.- Procede la calificación de participantes y de la oferta económica inicial, por parte de la máxima autoridad o de su delegado, en el caso de subastas inversas cuyo presupuesto referencial exceda el monto previsto en el primer inciso del artículo 44 del Reglamento General de la LOSNCP y sea de hasta el monto que resulte de multiplicar el coeficiente 0.000002 por el presupuesto inicial del Estado, esto es de USD 5.221,85 hasta los USD 52.218,50, para el período fiscal 2011.” (Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2009).

Según se manifiesta en los Arts. 44 y siguientes del Reglamento de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, publicado en el año 2009:

“En el día y hora señalados para el efecto, la máxima autoridad o su delegado, o la comisión técnica, según corresponda procederán a calificar las ofertas técnicas de los participantes que hubieren cumplido las condiciones definidas en los pliegos; de todo lo cual se dejará constancia en un acta.

Si la calificación ha sido realizada por la máxima autoridad o su delegado, o en el caso de que la calificación realizada por la comisión

técnica haya sido aceptada por la máxima autoridad o su delegado, esta dispondrá que los oferentes calificados presenten sus ofertas económicas iniciales a través del portal www.compraspublicas.gob.ec, las mismas que deberán ser menores al presupuesto referencial.

La notificación a los proveedores calificados para la presentación de las ofertas económicas iniciales se la realizará a través del portal www.compraspublicas.gob.ec, sin que se dé a conocer el nombre ni el número de oferentes calificados, ni el monto de la oferta económica inicial.

Las ofertas económicas iniciales presentadas a través del portal www.compraspublicas.gob.ec, obligan al oferente a cumplir las condiciones técnicas y económicas ofertadas en el caso de resultar adjudicado, aun cuando no participe en el acto de la puja.

De no cumplir con las obligaciones que le corresponden en su calidad de adjudicatario, se aplicarán las sanciones previstas en el Art. 19 numeral 1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Quienes intervengan en el proceso de calificación guardarán absoluta confidencialidad y asumirán las responsabilidades que se generen en el caso de que violaren dicho principio” (Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2009).

Casos de negociación única:

“Art 47.- No se realizará la puja y en su lugar se realizará una única sesión de negociación, entre la entidad contratante y el oferente, en los siguientes casos:

Cuando exista una sola oferta técnica calificada; y, Si, luego de la calificación técnica un solo proveedor habilitado presenta la oferta económica inicial en el portal www.compraspublicas.gob.ec. La sesión de negociación se realizará entre la entidad contratante y el único proveedor habilitado para presentar su oferta económica, en el día y hora que se señale para el efecto, dentro de un término no mayor a tres días contados desde la fecha establecida para la realización de la puja. El objeto de la negociación será mejorar la oferta económica del único oferente calificado.

En el proceso de negociación, la entidad contratante deberá disponer de información respecto de las condiciones de mercado del bien o servicio a adquirir, para lo cual tomará en cuenta, sin que sean exclusivos, los siguientes elementos:

1. Precios de adjudicación de bienes o servicios similares realizados a través del portal www.compraspublicas.gov.ec.
2. Proformas de otros proveedores del bien o servicio a contratar.
3. Información sobre el precio del bien o servicio que se pueda obtener de otras fuentes como cámaras o bolsas de productos, internet, entre otras.
4. En todo caso el oferente deberá rebajar su oferta económica en al menos el cinco por ciento (5%) del presupuesto referencial de la subasta inversa convocada.

Este procedimiento de verificación de las condiciones de mercado del bien a contratar es de absoluta responsabilidad de la entidad contratante, la que en caso de omitir el mismo estará sujeta a las responsabilidades que establezcan las entidades de control.

De la negociación se dejará constancia en un acta que se publicará en el portal www.compraspublicas.gov.ec.

La negociación alcanzada no significa adjudicación de contrato” (Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2009).

Declaración de desierto el procedimiento:

Al amparo de lo previsto en el Art. 33 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, publicada el año 2008:

“La máxima autoridad de la entidad contratante, siempre antes de resolver su adjudicación, puede declarar desierto el procedimiento de subasta inversa electrónica de manera total o parcial, en los siguientes casos:

- Por no haberse presentado oferta alguna;
- Por haber sido inhabilitadas las ofertas presentadas por incumplimiento de las condiciones o requerimientos establecidos en los pliegos; y,
- Por considerarse inconvenientes para los intereses nacionales o institucionales todas las ofertas o la única presentada. La inconveniencia deberá estar sustentada en razones económicas, técnicas o jurídicas”

La declaratoria de procedimiento desierto podrá ser parcial o total, parcial en el caso de que se haya hecho la convocatoria por ítems o adjudicaciones parciales, es decir que puedan desagregarse las ofertas.

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, publicada en el año 2008, en el Art. 33 preceptúa:

“Una vez declarado desierto el procedimiento, la máxima autoridad puede disponer su archivo o su reapertura. La declaratoria definitiva de desierto cancelará el proceso de contratación y por consiguiente se archivará el expediente. (...) La declaratoria de desierto o cancelación no dará lugar a ningún tipo de reparación o indemnización a los oferentes”.

Adjudicación:

Una vez concluido el período de puja o la negociación única, la máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado, mediante resolución motivada de conformidad con la ley, de ser el caso, adjudicará el contrato, observando para el efecto lo definido en el numeral 17 del Art. 6 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, esto es:

“Oferta que cumpliendo con todas las especificaciones y requerimientos técnicos, financieros y legales exigidos en los documentos precontractuales, oferte el precio más bajo”, y, además, observando los parámetros objetivos de evaluación previstos en los pliegos.

La resolución motivada expedida por la máxima autoridad de la entidad contratante, consiste en fundamentar con razones técnicas, financieras y legales, el por qué de la adjudicación, de tal manera que se explicita y se transparente el proceso precontractual.

Adjudicación fallida:

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, publicada el año 2008, en el Art. 35 dispone:

“Si el adjudicatario o los adjudicatarios no firmaren el contrato dentro de los plazos establecidos, por causas que les sean imputables, la máxima autoridad de la entidad contratante, declarará fallido al oferente o a los

oferentes y notificará de esta condición al Instituto Nacional de Contratación Pública.”

La sanción que se aplicará, según el mencionado artículo 35 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, publicada el año 2008:

“El adjudicatario fallido será inhabilitado del Registro Único de Proveedores (RUP), por el plazo de (3) tres años, tiempo durante el cual no podrá contratar con las entidades previstas la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública”

Conclusión del proceso precontractual y firma del contrato:

Una vez concluido el procedimiento precontractual, y establecida la mejor oferta y resuelta la adjudicación del contrato el personero de la entidad contratante, que tenga capacidad y competencia para obligar a la misma, procederá a celebrar el contrato, “dentro del término de quince (15) días contados, desde la notificación de la adjudicación” (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008. Art. 69).

Formalización de los contratos:

“Los contratos cuya cuantía sea igual o superior a la base prevista para la licitación, se protocolizarán ante un Notario Público. Los gastos derivados del otorgamiento del contrato serán de cuenta del contratista. Los demás contratos se otorgarán por documento suscrito entre las partes sin necesidad de escritura pública” (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, publicada en el año, 2008, Art. 69).

Para la suscripción del contrato, se observará las exigencias y formas que establece la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, para cada tipo de contrato.

Expediente del proceso de contratación:

“Art 36.-Las entidades contratantes deberán formar y mantener un expediente por cada contratación, en el que constarán los documentos referentes a los hechos y aspectos más relevantes de sus etapas de preparación, selección, contratación, ejecución, así como en la fase post contractual” (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, publicada en el año, 2008).

Por consiguiente, se agregarán al contrato mediante anexos, las particularidades del proceso precontractual, como son: las especificaciones generales y técnicas, el proyecto de contrato y los formularios que deben ser completados por los oferentes, resoluciones de la máxima autoridad, actas de negociación, datos que también serán difundidos en el portal www.compraspublicas.gob.ec.

4.4. Comentarios sobre la utilización de la Subasta Inversa Electrónica en el Ecuador

4.4.1. Estadísticas y beneficios según el INCOP

Según el Boletín de Prensa No. 017-09-12 del INCOP, sobre los “Resultados obtenidos con la aplicación de la Ley Orgánica del Sistema Nacional Contratación Pública”, en rueda de prensa realizada el miércoles 19 de septiembre en Quito:

“La Ministra de Industrias y Productividad, Verónica Sión, y el nuevo Director Ejecutivo del INCOP, Juan Aguirre Ribadeneira, coincidieron en que el Gobierno Nacional busca motivar a los diversos proveedores del país a fortalecer el desarrollo de la producción nacional, con mayores índices de calidad y altos niveles de competitividad.

La Ministra Sión recordó que desde el 2008 el monto contratado a través del Portal COMPRASPUBLICAS sobrepasó los 5 mil millones de dólares, a partir de la aprobación, en ese año, de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. “De estos 5 mil millones de dólares, sin contar con procesos de Régimen Especial, aproximadamente el 70%, es decir 3.350 millones dólares, corresponden a contrataciones en las que participaron actores y proveedores de la Economía Popular y Solidaria y MIPYMES (micro, pequeños y medianos empresarios), lo que demuestra resultados claros de las políticas públicas en cuanto a la democratización de los procesos de contratación”.

En el mismo boletín se añade: “Cabe destacar que solo en el 2011 el Estado ecuatoriano ahorró con el sistema de Contratación Pública 340 millones de dólares; y hasta agosto de 2012, 381 millones de dólares; es decir, entre estos dos años el ahorro es de aproximadamente 720 millones de dólares”

Según el Reporte Anual 2011 del INCOP, en el ejercicio presupuestario 2011, se ejecutaron un total de 28.670 procesos de contratación mediante el sistema de subasta inversa electrónica, con una presupuesto referencial inicial de US\$ 1,367,494,570.85, adjudicándose por US\$ 1.179,286,.531.51, obteniéndose una rebaja presupuestaria de US\$ 188,208,039,24, es decir existió un descuento en las ofertas de dos ofertas del 14% en relación con el presupuesto inicial, de esta manera, el procedimiento de subasta inversa electrónica se ha convertido en el proceso más utilizado por las entidades contratantes.

De los referidos procesos: 14.888, con un presupuesto inicial de US\$ 751,527,524.53, se adjudicaron mediante subasta electrónica con puja por US\$ 609,394,201.11, con una rebaja presupuestaria de US\$ 142,133,323.42, esto es con un descuento en las ofertas del 19% en relación con el

presupuesto inicial, lo que ha permitido la participación de miles de proveedores, en igualdad de condiciones, con un precio justo para el Estado.

Mediante el proceso de subasta inversa electrónica con negociación, se ejecutó 13.782 procesos, con un presupuesto referencial inicial de US\$ 615,697,046.32, adjudicándose por US\$ 569,892,330.40, con una rebaja presupuestaria del 7 %, por un monto de US\$ 46,074,715.92, herramienta electrónica que se usa cuando existe una sola oferta técnica calificada, mecanismo que permitió obtener una rebaja mayor al 5% previsto en el artículo 47 del Reglamento General de la LOSNCP, que establece que el oferente debe rebajar su oferta económica en al menos 5% del presupuesto inicial de la subasta convocada.

4.4.2. Comentarios respecto de la Subasta Inversa Electrónica

Si bien mediante la aplicación del procedimiento de subasta inversa electrónica conforme se señala en el numeral anterior se han obtenido ostensibles descuentos por parte de los oferentes, sin embargo persisten algunos problemas, especialmente en lo atinente a la participación nacional y los márgenes de preferencia.

Conforme está diseñado el sistema por el INCOP, en la puja normal el sistema no asigna ningún porcentaje de preferencia si participan diferentes tipos de proveedores entre ellos micros, pequeños, medianos o grandes empresas, el sistema únicamente valida que ganará el proveedor que envíe la oferta más baja. Mientras que en una puja con márgenes de preferencia el sistema dará un porcentaje de preferencia por el tipo de proveedor, y no siempre ganará en la puja la oferta más baja.

Porque en BIENES, si el sistema encuentra ofertas calificadas para participar en la puja y que cumplen con el 40% o más en el agregado nacional, el sistema

da preferencia a estas ofertas, mientras que si existen ofertas que también califican para participar en la puja y que tienen un agregado menor al 40%, el sistema las deshabilita, pero no por no cumplir con las especificaciones técnicas, sino porque existen ofertas que califican y cumplen con el agregado nacional.

La Entidad contratante no evalúa el agregado nacional del bien o servicio, pero si verificará que el proveedor sustente el valor del agregado a través del formulario 6 y 6A, según lo dispuesto en la Resolución 44 emitida por el INCOP”, contestación a preguntas 25, 26 y 28 de proveedores.

Según el doctor Jorge Luis González Tamayo, ex – Director del INCOP, en entrevista concedida al Diario el Comercio, el 6 de agosto del 2012:

“una de las características del sistema es dar preferencia a lo nacional. Hicimos un formulario sobre los elementos que agregan valor, como la mano de obra o materias primas del país. Y ahí vemos que muchos proveedores mienten en contubernio con los funcionarios públicos. Por ejemplo, en un concurso participaban cinco proveedores y descalificaban a cuatro. Y encima, el que quedaba, mentía respecto al valor nacional porque, en realidad, era un bien importado. No podíamos hacer más que exigirle a la entidad que corrija, pero cuando la entidad no quería, no pasaba nada y pasábamos el caso a la Contraloría.”

De lo anterior se infiere que no existe una verdadera verificación por parte de las entidades contratantes respecto del valor agregado que consignan los oferentes en los formularios correspondientes; el INCOP no cuenta con capacidad legal para efectuar el control o supervigilancia respecto del cumplimiento de dichos requisitos y los organismos de control tampoco han efectuado un seguimiento minucioso sobre el particular, desconociéndose si existe determinación de responsabilidades, con lo que los objetivos previstos en la ley para incentivar la producción nacional, así como promover la

participación de micro, pequeñas y medianas empresas no se han cumplido como era de esperarse.

De otra parte, aún subsiste la práctica de los funcionarios encargados de la elaboración de pliegos, en lo que atañe al detalle las especificaciones técnicas que se dirigen a favorecer de manera desembozada a determinadas marcas.

También los sistemas o métodos de calificación utilizadas por las entidades contratantes, que de una parte establecen en los criterios para la valoración de ofertas determinados puntajes que sólo pueden cumplir una pocas empresas, así como la presencia de errores en las calificaciones de las ofertas. Existe abuso por quienes califican las propuestas pues, se evidencia que no obstante que las ofertas cumplen con lo exigido en los pliegos de condiciones, se las descalifica por meros asuntos de forma y, lo que es aun más grave, se modifica la metodología inicialmente prevista al momento de la calificación.

Asimismo, no obstante que existe informe favorable de la comisión evaluadora para que se proceda con la adjudicación del contrato a un oferente cuya propuesta cumple con lo establecido en las bases, a pretexto de que dicho informe no es vinculante, la máxima autoridad declara desierto el proceso, y en ocasiones de manera reiterada, hasta que la oferta sea de un proveedor de su agrado.

Prácticas como éstas afectan la credibilidad del sistema ya que evidencian la discrecionalidad con que actúan los funcionarios de las entidades contratantes, inobservando los principios de transparencia, igualdad de trato, libre concurrencia, preferencia por lo nacional y participación de las MYPES.

CAPÍTULO V

BIENES Y SERVICIOS NORMALIZADOS

5.1. Bienes y Servicios Normalizados

Antes de enunciar la definición de bienes y servicios normalizados, es importante señalar algunas conceptualizaciones sobre normalización:

“Normalización o Estandarización es la redacción y aprobación de normas que se establecen para garantizar el acoplamiento de elementos construidos independientemente, así como garantizar el repuesto en caso de ser necesario, garantizar la calidad de los elementos fabricados y la seguridad de funcionamiento y para trabajar con responsabilidad social.

La Normalización es el proceso de elaborar, aplicar y mejorar las normas que se aplican a distintas actividades científicas, industriales o económicas con el fin de ordenarlas y mejorarlas.

La Asociación Estadounidense para Pruebas de Materiales (ASTM), define la normalización como: El proceso de formular y aplicar reglas para una aproximación ordenada a una actividad específica para el beneficio y con la cooperación de todos los involucrados. Según la ISO (International Organization for Standardization) *la Normalización es la actividad que tiene por objeto establecer, ante problemas reales o potenciales, disposiciones destinadas a usos comunes y repetidos, con el fin de obtener un nivel de ordenamiento óptimo en un contexto dado, que puede ser tecnológico, político o económico.* ” (Lira, Marín, López, Anguiano, Martínez, 2012).

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, Normalizar es: “Regularizar o poner en orden lo que no lo estaba. Hacer que algo se establezca en la normalidad.”

En lo que respecta a los bienes y servicios normalizados, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, publicada el año 2008 en su Art. 6 Numeral 2, los define como: “(...) Objeto de contratación cuyas características o especificaciones técnicas se hallen homologadas y catalogadas.”

En complemento de lo señalado, el Reglamento General de la antes citada Ley, publicado el año 2009, en su Art. 42, es más explícito al definir a los bienes y servicios normalizados como: “aquellos cuyas características o especificaciones técnicas han sido estandarizadas u homologadas por la entidad contratante; y en consecuencia, dichas características o especificaciones son homogéneas y comparables en igualdad de condiciones.”

Además en el antes señalado Reglamento, se utilizan algunos términos para referirse a este tipo de bienes como son: “estandarizados”, “homologados”, “normalizados”, “categorizados” o “catalogados”.

De lo expuesto en los párrafos anteriores se considera, que la definición de bienes y servicios normalizados, se ha podido encontrar únicamente en Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento General, dado que es un tema de carácter especial que se ha incluido en la Legislación ecuatoriana, con la intención de dinamizar y transparentar los procesos de contratación pública, fomentar la demanda interna de bienes y servicios, e incentivar una mayor participación de proveedores, en igualdad de condiciones.

5.2. Importancia

Como se ha venido analizando en el presente capítulo, la normalización, es un tema de carácter mundial, que abarca un ámbito sumamente amplio, cuya importancia está determinada en función de las elevadas sumas de dinero que los países desarrollados invierten en los organismos normalizadores, tanto nacionales como internacionales, así tenemos:

“Los Organismos Internacionales de Normalización:

- ISO - Organización Internacional para la Estandarización,
- IEC - International Electrotechnical Commission.
- IEEE - Institute of Electrical and Electronics Engineers.
- ITU - Unión Internacional de Telecomunicaciones (engloba CCITT y CCIR).
- IATA - International Air Transport Association.

Los Organismos Regionales de Normalización:

- AMN - Asociación Mercosur de Normalización.
- APEC - Asia-Pacific Economic Cooperation.
- CAN - Red de Normalización Andina.
- CARICOM - Caribbean Community Standardization.
- CENELEC - *Comité Européen de Normalisation Electrotechnique* - Comité Europeo de Normalización Electrotécnica.
- CEN - Organismo de estandarización de la Comunidad Europea para normas EN.
- COPANT - Comisión Panamericana de Normas Técnicas.

Los Organizaciones Privadas de Normalización:

- ACI - American Concrete Institute.
- API - American Petroleum Institute.

ASCE - American Society of Civil Engineering.
ASME - American Society of Mechanical Engineers.
ASTM - ASTM International. HL7 - Health Level Seven Inc.
IAPMO - International Association of Plumbing and Mechanical Officials.
NEMA - National Electrical Manufacturers Association.
NFPA - National Fire Protection Association.
NSF - NSF International.
UL - Underwriters Laboratories Inc.” (Lira, Marín, López, Anguiano, Martínez, 2012).

Los Organismos Nacionales de Normalización que conforman la ISO lo conforman por 28 países a nivel mundial, dentro de los cuales está el Ecuador.

El objetivo primordial por lo tanto en la Normalización es el de quedarse con los modelos necesarios que permitan la intercambiabilidad tanto a nivel nacional como internacional, para esto mediante la normalización se trata de reducir los modelos y así lograr que se queden únicamente los mas necesarios.

La figura de la normalización o estandarización de bienes y servicios, para iniciar las contrataciones que se realizan a través de los procedimientos Dinámicos de Compras por Catálogo y Subasta Inversa Electrónica, es muy importante por la intencionalidad que conlleva, sin embargo para obtener los resultados esperados, se considera necesario la implementación de un sistema de normalización técnica.

5.3. Problemática sobre la conceptualización de los bienes y servicios normalizados y su incidencia en la contratación pública ecuatoriana

De conformidad con el Art. 42 del Reglamento General de la Ley Orgánica Sistema Nacional Contratación Pública, publicado el 2009:

“Los bienes y servicios normalizados se adquieren, en su orden, por procedimientos de Catálogo Electrónico y de Subasta Inversa; y, solo en el caso de que no se puedan aplicar dichos procedimientos o hayan sido declarados desiertos, se optará por los demás procedimientos de contratación previstos en la Ley”

Como se ha analizado en los capítulos anteriores, los bienes y servicios normalizados son los que determinan la iniciación de los procedimientos Dinámicos, esto significa que debería existir una normativa técnica, en cuya conceptualización se identifique de forma clara y específica las características de estos bienes.

Sin embargo de lo señalado, el Reglamento General de la Ley Orgánica de Contratación Pública, otorga la responsabilidad de la estandarización de los bienes y servicios a las entidades contratantes, las que para el efecto, deben observar en el caso de existir, la reglamentación técnica o normativa técnica nacional o internacional aplicable al bien o servicio normalizado o estandarizado.

Es importante recalcar en este sentido, que al no existir en la legislación ecuatoriana una normativa técnica que regule a los bienes y servicios normalizados, las entidades contratantes tienen la potestad discrecional, para establecer la categorización de los bienes o servicios que se requieren contratar; por lo que esta categorización vendría a constituir el resultado del criterio subjetivo del funcionario o funcionarios encargados de la dependencia, unidad, departamento, etc., donde se genera la necesidad de la contratación.

Así mismo quedaría abierta la posibilidad de direccionar los procedimientos, en función de intereses ajenos a la institución, cuyo perjuicio sería entre otros, que los bienes o servicios que se adquieran no se ajusten a la necesidad real de la entidad contratante.

CAPÍTULO VI

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Conclusiones

La Contratación Pública es una poderosa herramienta para el control del Gasto Público, tiene como propósito redistribuir la riqueza de un Estado a través de la inversión de los recursos públicos en obras, bienes y servicios que, en definitiva, sirven para satisfacer necesidades públicas y la demanda de servicios de la Colectividad.

De otra parte, los procedimientos dinámicos materia de este trabajo de investigación constituyen medios idóneos que permiten optimizar la inversión de ingentes recursos que el Estado destina en compras gubernamentales, para satisfacer las necesidades de la Sociedad ecuatoriana, así como aseguran a los particulares que intervienen en dichos procedimientos competir en igualdad de condiciones, coadyuvan a mejorar la participación de personas y empresas nacionales en la reactivación productiva del país, promueven la creación de fuentes de empleo.

El catálogo electrónico constituye una modalidad que presta seguridad y agilidad en las compras públicas que debería ser utilizada con mayor frecuencia por los entes contratantes; sin embargo, su uso aún es incipiente, por cuanto el INCOP no ha desarrollado una amplia gama de productos catalogados, pues en la actualidad únicamente se han categorizado como tales los vehículos, suministros de oficina, suministros de limpieza y equipos informáticos.

Una gran cantidad de bienes no han sido catalogados debido a que las entidades contratantes no informan al INCOP los productos que faltan incluirse en el Catálogo Electrónico con sus presentaciones, unidades y demás

características; así como no existe una consolidación de las adquisiciones que es uno de los objetivos previstos en la LOSNCP, tarea que debe emprender el INCOP de modo imperativo, lo que incide en un dispendio de los recursos públicos pues, de una parte la no normalización u homologación de varios bienes permite el manejo discrecional de los agentes encargados de las compras gubernamentales para optar por diversas modalidades de contratación en la que se denotan todavía prácticas irregulares; y, de otra, la falta de consolidación de las órdenes de compra de las entidades contratantes por producto imposibilita el acceso a mayores descuentos por el volumen de la adquisición.

El procedimiento de subasta inversa electrónica, permite a las entidades y empresas públicas disponer de una gran cantidad de ofertas de productos normalizados que no consten en el catálogo electrónico, escoger la mejor propuesta desde el punto de vista tecnológico y del mejor precio, la que resulte más conveniente para los intereses de la institución y del Estado; por la publicidad que demanda se entendería que el procedimiento ofrece transparencia en la contratación pública y tiende a reducir la posibilidad de prácticas corruptas; sin embargo, la discrecionalidad con la que aún se manejan los funcionarios públicos, la insuficiente verificación del valor agregado que consignan los oferentes, la elaboración de pliegos con determinadas especificaciones y otros manejos inadecuados, sumada a las deficiencias en la conectividad y en el sistema informático, obstaculizan una mayor transparencia, por cuanto la suspensión de los procesos ha producido en no pocas ocasiones susceptibilidades y denuncias de oferentes que se han considerado perjudicados.

La falta de formación en el manejo de la herramienta tecnológica, dificulta igualmente la participación de potenciales oferentes en los procesos precontractuales, dificultando a las entidades y empresas públicas contar con ofertas de significativa importancia, que incidirían aún más en la reducción de los precios y mejorarían la calidad de los productos.

Existe una reducida participación de la micro y pequeña empresa en los procedimientos que convocan las entidades y empresas públicas contratantes, puesto que aun cuando se ha promovido una política de compra nacional, las adjudicaciones si bien se hacen a proveedores de determinadas localidades aún se concentran en medianas y grandes empresas con mayor poder de provisión.

La participación de la ciudadanía como observadora o veedora en los procedimientos de contratación pública es escasa sino inexistente. En la reglamentación del INCOP, respecto de las veedurías, se restringe la participación ciudadana al exigir que los veedores sean representantes de los gremios, disposición que sería inconstitucional y reduce el control efectivo ciudadano sobre los procesos de contratación a fin de combatir prácticas corruptas.

El procedimiento de subasta inversa corporativa para la adquisición de fármacos bajo el régimen especial, admite la participación de varias entidades contratantes, con la finalidad de cubrir la demanda potencial de fármacos, conseguir mejores precios, suscribir convenios con los proveedores, a fin de que los entes contratantes adquieran directamente fármacos a través del repertorio de medicamentos, conforme lo dispuesto en el Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, entendido éste como el catálogo de medicamentos normalizados publicados en el portal www.compraspublicas.gob.ec.

Recomendaciones

Es imperativo que se apliquen los procedimientos precontractuales establecidos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública a fin de agilizar los procesos de adquisición, fundamentalmente los de Licitación, Compras por Catálogo, Subasta Inversa, Cotización y Menor

Cuantía, Contratación Integral por Precio Fijo, combatiendo por una parte la discrecionalidad por el uso excesivo de los procesos de excepción; así como eliminando ciertas prácticas corruptas y abuso o desviación de poder por parte de los funcionarios del Estado que en lugar de incentivar la participación de oferentes serios, los ahuyenta, como por ejemplo el uso inapropiado de las herramientas informáticas o las adjudicaciones a dedo. Por ello, es indispensable hacer una sustancial inversión para que se generalice el uso de los medios electrónicos y telemáticos, y el acceso al portal www.compraspublicas.gob.ec. para un mejor desarrollo de las compras gubernamentales.

Es importante que el Registro Único de Proveedores, RUP, se constituya en un auténtico registro de contratistas idóneos, tanto por capacidad legal, económica-financiera, como técnica y moral, a fin de que el Estado contrate con personas naturales o jurídicas serias, o asociaciones de éstas, solventes y capaces que provean los bienes, ejecuten las obras o servicios, cumpliendo las especificaciones y requerimientos de las entidades contratantes y dentro de los plazos establecidos para el efecto.

Es indispensable que el INCOP emprenda en una catalogación agresiva y amplíe la gama de productos normalizados que requieren las entidades contratantes, las mismas que deben colaborar con el prenombrado Instituto proporcionando el detalle de las presentaciones, unidades y demás características de cada bien; y que suscriba Convenios Marco con una mayor cantidad de empresas y oferentes, para facilitar la contratación pública directa e inmediata, a través del catálogo electrónico, herramienta que debe ser utilizada con mayor frecuencia por la dinamía y seguridad que ofrece a los agentes públicos encargados de las compras gubernamentales.

El INCOP, en base del Programa Anual de Contrataciones de las Entidades del sector público contratantes, debe consolidar las adquisiciones por tipo de

productos, a efecto de obtener mayores descuentos en compras a escala, con el consiguiente ahorro de los recursos públicos.

El INCOP y la Contraloría General del Estado deben supervigilar que las adquisiciones que realicen las Entidades Contratantes respondan a una planificación adecuada, en base de justificar con la documentación de sustento correspondiente la necesidad del área usuaria, que los bienes a adquirirse sean realmente indispensables para la Institución y de buena calidad, teniendo el suficiente cuidado en revisar los Convenio Marco previo a la generación de la orden de compra correspondiente, a fin de que se cumplan los plazos y condiciones acordadas para la provisión.

Debería mejorarse la conectividad y la capacidad tecnológica de la herramienta informática, a fin de garantizar efectivamente la diafanidad, objetividad y seriedad de la contratación pública.

Es necesario se incentive y se logre una mayor participación de la micro y pequeña empresa, a través de propiciar la asociatividad o el establecimiento de “clusters”, que les permita tener un mayor poder de provisión, lo que abarataría los costos e incidiría en la presentación de ofertas más convenientes para el interés público.

Mejorar la capacitación de los micro, pequeños y medianos oferentes y empresas en el uso de la herramienta tecnológica, para facilitar el oportuno conocimiento de los requerimientos de contratación de obras, bienes y servicios por parte de las entidades y empresas públicas y el buen manejo del proceso precontractual por parte los mismos oferentes, lo que les podría garantizar el éxito de haber presentado la mejor oferta.

Incrementar la promoción de los requerimientos del sector público entre una mayor cantidad de oferentes de los bienes y servicios locales y regionales exigiendo la integración a las ofertas de un mayor componente del contenido

nacional en bienes y servicios, para incentivar la producción y el empleo en esos sectores.

Es fundamental que las autoridades del INCOP reformen la resolución que regula la participación ciudadana, de tal manera que se evite toda forma de discriminación para los ciudadanos comunes que puedan actuar como observadores en los procesos de veeduría ciudadana, facilitando el acceso del público a efectos de garantizar la observación imparcial, mediante la creación de mecanismos de participación realmente diáfanos, lo que facilitará el control de la contratación, del buen uso y la inversión adecuada de los recursos públicos, evitando la preferencia injustificada a ciertos proveedores y la erradicación progresiva de la corrupción.

El Reglamento General y las resoluciones del INCOP, deben ajustarse sin ningún tipo de dilación o subterfugio a los mandatos constitucionales y no reemplazar al legislador implantando vía reglamento verdaderas reformas a la ley, que pretenden llenar vacíos o que contradicen al mismo texto legal.

REFERENCIAS

- Aguilar, L. (2004). La Materia Transigible en la Mediación del Sector Público. Recuperado el 24 de febrero del 2013 de <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/516/1/T-577-MDE-Aguilar-La%20materia%20transigible%20en%20la%20mediaci%C3%B3n%20de%20sector%20p%C3%ABlico.pdf>.
- Antiati, A. (2011). Contratos Administrativos. Recuperado el 2 de noviembre del 2012 de <http://www.buenastareas.com/ensayos/Contratos-Administrativos/3032128.htm>.
- Cabanellas, G. (2003). *Diccionario enciclopédico de derecho usual* (8 tomos, 25ª edición). Buenos Aires: Heliasta.
- Cassagne, J. (1994). Derecho Administrativo, Tomos I y II. Buenos Aires. Editorial Abeledo-Perrot.
- Cassagne, J., 1982, En Torres, H. (2004). Teoría General del Contrato Administrativo. Recuperado el 23 de febrero del 2013 de <http://www.monografias.com/trabajos16/contrato-administrativo/contrato-administrativo.shtml>.
- Catalogue designers. (2008). Catálogo electrónico. Recuperado el 10 de noviembre del 2012 de <http://www.catalogue-designers.com/Catalogo-Electronico.aspx>.
- Constitución de la República del Ecuador. (2008). Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Decreto 401. (2010). Quito, Ecuador: Registro Oficial.
- Dromi, R. (1979). *Derecho Administrativo Económico*. Tomo 1. Buenos Aires: Astrea.
- Dromi, R. (1980). *Derecho Administrativo Económico*. Tomo 2. Buenos Aires: Astrea.
- Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. (2002). Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- García de Enterría, E. (2011). *Curso de Derecho Administrativo I*. Madrid. Civitas Ediciones.

- Gordillo, A. (1982). *Contratos Administrativos*, Tomo II. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Gordillo, A. (1982). Acto Administrativo en España. Recuperado el 3 de marzo del 2013 de http://es.wikipedia.org/wiki/Acto_administrativo_en_Espa%C3%B1a.
- Instituto Nacional de Contratación Pública. (2010). Manual subasta inversa electrónica proveedores. Recuperado el 17 de noviembre del 2012 de http://www.compraspublicas.gob.ec/compraspublicas/index.php?option=com_content&view=article&id=38:subasta-inversa-electronica&catid=5:preguntas-frecuentes&Itemid=30.
- Instituto Nacional de Contratación Pública. (2011). Manual de usuario catálogo electrónico. Recuperado el 3 de noviembre del 2012 de <http://www.scribd.com/doc/31093919/catalogo-electronico>.
- Lagualpillo, H. (2012). Antecedentes históricos de la contratación pública. Recuperado el 3 de noviembre del 2012 de <http://hlagualpillo.blogspot.com/2012/02/antecedentes-historicos-contratacion.html>.
- Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. (2008). Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Lira, A., Marín, M., López, G., Anguiano, E., Martínez, R. (2012). Organismos de Normalización y Certificación. Recuperado el 4 de junio de <http://prezi.com/dx6ct0lytom3/organismos-de-normalizacion-y-certificacion/>.
- Ministerio de Coordinación de la Producción, Empleo y Competitividad, (2009). Manual de contratación pública. Recuperado el 6 de noviembre de 2012 de <http://www.scribd.com/doc/80856667/Farmacos>.
- Osiris Editores S.A. (1990). Diccionario Enciclopédico Ilustrado ENCAS. Colombia.
- Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. (2009). Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.

- Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. (2009). En Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. (2008). Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Resolución INCOP No. 035-09, Oficialízanse los modelos de pliegos de uso obligatorio para los procedimientos de catálogo electrónico, menor cuantía, cotización y licitación de obras, bienes y servicios, y aquellos relacionados con la contratación de consultoría, en todas sus formas, Registro Oficial No. 65, Suplemento, de 12 de noviembre del 2010, Quito, Ecuador.
- Rivas, J. (2012). Contratación pública. Recuperado el 3 de noviembre del 2012 de http://juliorivaschica1971.blogspot.com/2012_02_01_archive.html.
- Rivas, L., y López, N., Dr. (2009). *Interrogantes y respuestas sobre la nueva Ley de Contratación Pública*, II edición, I Tomo. Quito, Ecuador: Talleres de NINA Comunicaciones.
- Rivas, M. (2012). El control de los contratos administrativos. Recuperado el 2 de noviembre del 2012 de http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=166&Itemid=74.
- Silva, E. (1993). *Derecho Administrativo Chileno y comparado. Introducción y Fuentes*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Sión, V. (2012). Resultados obtenidos con la aplicación de la Ley Orgánica del Sistema Nacional Contratación Pública. Boletín de Prensa No. 017-09-12 del INCOP.
- Torres, H. (2004). *Cátedra de Derecho Administrativo III*. San Salvador, El Salvador: Universidad Centroamericana "José Simón Cañas" UCA.
- Tribunal de justicia electoral y administrativo del Estado de Chiapas. (2013). Clasificación de los contratos. Recuperado el 10 de febrero del 2013 de http://www.tjeachiapas.gob.mx/documentos/clasificacion_contrato.pdf.
- Vistin, C. (2012). Base legal de la subasta inversa. Recuperado el 7 de Noviembre del 2012 de

<http://cristianvistinmoya.blogspot.com/2012/01/base-legal-de-la-subasta-inversa.html>.