



**FACULTAD DE DERECHO**

**“VULNERABILIDAD EN EL ÁMBITO DE LA CAPACIDAD CONTRACTUAL  
DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA Y DE SU  
PROCEDIMIENTO”**

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

Profesor Guía  
**Dr. Gonzalo Muñoz Sánchez**

Autora  
**CINDY FERNANDA ESPÍN PALACIOS**

**Año  
2012**

### **DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA**

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

Gonzalo Muñoz Sánchez  
Doctor en Jurisprudencia  
C.C. 170509279-7

### **DECLARACIÓN 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”.

Cindy Fernanda Espín Palacios  
C.C.171351526-8

## **AGRADECIMIENTO**

Agradezco a Dios por guiarme y protegerme en el transcurso de estos años de carrera universitaria.

De igual manera mi mayor gratitud a mis padres; sin su apoyo total, amor y consejos sabios no hubiera logrado completar con éxito mi mayor propósito.

A mis maestros, por su gran conocimiento impartido y especialmente al Dr. Gonzalo Muñoz por su paciencia y sabiduría en todo momento al guiar este trabajo de titulación; mi profundo agradecimiento para todos.

## **DEDICATORIA**

Dedico este Trabajo de Titulación, a mis padres y a mi hermana; motores de mi vida. Por apoyarme en todo momento a pesar de encontrarnos lejos durante estos años, sin ustedes nada hubiera sido posible.

## RESUMEN

Este trabajo de titulación dedica sus capítulos al estudio del actual sistema de contratación pública ecuatoriano, enfocándose principalmente en la capacidad contractual y el procedimiento; lo positivo, lo negativo y cuáles son sus debilidades, y como de existir las mismas produciría como efecto una vulnerabilidad del proceso contractual.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; vigente desde el año 2008, es la norma encargada de regular los preceptos de la contratación pública en nuestro país, por tal razón; será la norma de principal análisis dentro de cada uno de los capítulos desarrollados en este trabajo.

Así mismo; usaremos normas como el Código Civil ecuatoriano, la Constitución de la República y el Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, con el fin de desarrollar los objetivos de esta tesis. Los mismos que van desde clarificar la capacidad contractual y explicar el proceso de contratación pública, hasta exponer las debilidades que se puedan producir dentro de estos y como reducirlas.

## **ABSTRACT**

This dissertation and its work is dedicated to the study of the present public ecuadorian contractual system, whose principal focus is the contractual capacity and the procedure; the positive and negative as well as its weaknesses, which if existent may evoke vulnerability onto the contractual process.

The Organic Law of the National System of Public Contracts; enforced since 2008, is the guideline norm used to regulate and enforce the laws of public contracts in our country, for this reason; it will be the standard norm for principal analysis within each of the chapters developed in this dissertation.

As well, we will use legal norms such as the ecuadorian Civil Code, The Constitution of the Republic, and the Regulations of the Organic Law of the National System of Public Contracts, with the intention of developing the objectives of this dissertation. Likewise these legal norms define contractual capacity and explain the procedures of public contracts, while simultaneously exposing the weaknesses that can arise throughout the process and how to reduce them.

## ÍNDICE

<b>INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>1</b>
<b>CAPITULO I.....</b>	<b>3</b>
<b>HISTORIA – DIFERENCIAS – CONCEPTOS BASICOS ..</b>	<b>3</b>
1.1 HISTORIA DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN ECUADOR .....	3
1.2 DIFERENCIAS ENTRE LA ANTERIOR LEY DE CONTRATACIÓN PÚBLICA Y LA ACTUAL .....	6
1.3 ANÁLISIS DE LO POSITIVO Y NEGATIVO EN LO RELATIVO AL PROCEDIMIENTO Y LA CAPACIDAD EN LA NUEVA LEY.....	13
1.3.1 PROCEDIMIENTO.....	13
1.3.2 CAPACIDAD.....	15
1.4 CONCEPTOS BASICOS.....	16
1.4.1 ESTADO.....	16
1.4.2 ADMINISTRACIÓN PÚBLICA .....	17
1.4.3 CONTRATACIÓN PÚBLICA .....	17
1.4.4 CONCEPTOS LEY ÓRGANICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.....	18
<b>CAPITULO II.....</b>	<b>23</b>
<b>CAPACIDAD CONTRACTUAL .....</b>	<b>23</b>
2.1 ANÁLISIS DE LA CAPACIDAD CONTRACTUAL DENTRO DE LA  CONTRATACIÓN PÚBLICA.....	23
2.2 CAPACIDAD DENTRO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL ECUADOR.....	25
2.3 INHÁBIILES PARA CELEBRAR CONTRATOS PÚBLICOS Y LAS SANCIONES A AQUELLOS INHÁBIILES QUE CONTRATAN SEGÚN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA .....	29
2.4 LEGISLACIÓN COMPARADA: CAPACIDAD.....	31

2.4.1 ARGENTINA .....	31
2.4.2 CHILE.....	34
2.4.3 ESPAÑA.....	36
2.4.4 PERÚ .....	40
2.4.5 COLOMBIA .....	43
<b>CAPITULO III.....</b>	<b>47</b>
<b>PROCEDIMIENTO CONTRACTUAL .....</b>	<b>47</b>
3.1 ETAPAS DEL PROCESO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL ECUADOR.....	47
3.1.1 ETAPA PREPARATORIA.....	47
3.1.2 ETAPA PRECONTRACTUAL .....	57
3.1.3 ETAPA CONTRACTUAL.....	62
3.1.4 ETAPA DE EJECUCIÓN.....	68
3.2 LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA SEGÚN LA LEY ÓRGANICA DEL SISTEMA ACTUAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA .....	79
3.2.1 PROCEDIMIENTOS DINÁMICOS.....	79
3.2.2 PROCEDIMIENTOS ESPECIALES.....	80
3.2.3 PROCEDIMIENTOS POR LA CUANTÍA DEL CONTRATO.....	83
3.2.4 PROCEDIMIENTOS POR LA NATURALEZA DE LA CONTRATACIÓN .....	86
3.3 AGILIDAD Y EFICACIA EN EL PROCEDIMIENTO CONTRACTUAL .....	89
3.4 LEGISLACIÓN COMPARADA: PROCEDIMIENTO CONTRACTUAL .....	92
3.4.1 ARGENTINA .....	92
3.4.2 CHILE.....	94
3.4.3 PERÚ .....	96
3.4.4 COLOMBIA .....	97
<b>CAPITULO IV.....</b>	<b>102</b>

<b>CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES .....</b>	<b>102</b>
4.1 CONCLUSIONES .....	102
4.1.1 CAPACIDAD .....	102
4.1.2 PROCEDIMIENTO .....	102
4.2 RECOMENDACIONES.....	103
4.2.1 CAPACIDAD .....	103
4.2.2 PROCEDIMIENTO .....	104
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>108</b>

## INTRODUCCIÓN

Ya que los contratos públicos equivalen a uno de los motores principales llevados por el Estado ecuatoriano; es de suma importancia realizar un análisis enfocado al ámbito de la contratación pública en el Ecuador, en especial si hablamos de la capacidad de las personas para contratar tanto como del procedimiento motivo del contrato.

Marienhoff define al contrato administrativo como "Acuerdo de voluntades generador de obligaciones, celebrado entre un órgano del Estado en ejercicio de las funciones administrativas que le competen, con otro órgano administrativo o con un particular o administrado, para satisfacer necesidades públicas" (Marienhoff, 1993, p.317).

Remitiéndonos a tal definición, es entendible la existencia de al menos dos partes, en este caso una de las partes es el sector público y la otra parte puede ser una entidad pública o a su vez un particular. Dicha teoría ha generado discusión ya que el hecho de que el Ente Estatal genere y acepte obligaciones dentro de un contrato realizado por él y para él debería tratarse de un acuerdo más no un contrato.

Miguel Ángel Bercaitz menciona que "un acuerdo colectivo o complejo no constituye un contrato cuando las voluntades que lo generen no son opuestas" (Bercaitz, 1980, párr.4).

Una posición distinta a la de Miguel Marienhoff que establece como posibles partes del contrato administrativo tanto a un particular como a un ente estatal.

La capacidad del contratante es uno de los requisitos esenciales para que se pueda celebrar el contrato, de no existir capacidad el contrato no sería válido. Así mismo el proceso contractual debe contar con procedimientos ágiles y transparentes que permitan un ahorro para el Estado y reflejen un beneficio para los administrados en general, tal como se encuentra reflejado en la Ley

Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (2008, 04 de Agosto) la misma que establece que es necesario innovar los procesos de contratación mediante procedimientos ágiles, transparentes, eficientes y tecnológicamente actualizados que impliquen ahorro de recursos.

En el primer capítulo analizaremos desde los preceptos de la contratación pública en el Ecuador hasta la actualidad; para luego realizar un estudio profundo sobre las diferencias de la Ley de Contratación Pública y la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, finalizando con conceptos básicos relacionados con el proceso de contratación.

El análisis de la capacidad contractual dentro del proceso de contratación pública tendrá lugar en el segundo capítulo; extendiéndolo específicamente al Ecuador por medio de normas como el Código Civil, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento.

Las inhabilidades especiales y generales y las prohibiciones para contratar serán algunos de los puntos que también tendrán lugar en este capítulo, para terminar con legislación comparada en el ámbito de la capacidad contractual. A su vez el proceso contractual, los procedimientos de la contratación contemplados actualmente y legislación comparada de países como Argentina, Chile, Perú y Colombia nos permitirán tener un mayor enfoque sobre los procesos contractuales alrededor del mundo y especialmente en nuestro país. Como punto final encontraremos un enfoque sobre las conclusiones y recomendaciones pertinentes del sistema de contratación pública ecuatoriana.

Al realizar un análisis jurídico sobre la contratación pública en general; desde sus antecedentes históricos, derecho comparado, capacidad, las etapas de los procesos de contratación y los procedimientos de la contratación; podremos determinar las vulnerabilidades que se puedan generar dentro de los contratos públicos.

## **CAPITULO I**

### **HISTORIA – DIFERENCIAS – CONCEPTOS BASICOS**

#### **1.1 HISTORIA DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN ECUADOR**

Dada la importancia de la contratación pública y siendo la base fundamental de esta tesis, es pertinente mirar hacia sus antecedentes y efectuar un análisis de las distintas etapas de esta rama del Derecho Administrativo en el Ecuador.

La principal influencia de la Administración Pública ecuatoriana va desde la época de la colonia hasta el surgimiento de Ecuador como República (1830).

Las primeras disposiciones legales dentro de la contratación pública en el Ecuador aparecieron en la Ley de Hacienda en el siglo XIX hasta mediados del siglo XX, tiempo en el cual se promulga la Ley de Licitaciones y Concurso de Ofertas (Pérez, 2008, p.14).

Dichas disposiciones se desarrollaron en el tiempo de la siguiente manera; (1837) se autoriza al ejecutivo para que pueda celebrar contratos con particulares para construcciones tales como las de caminos y repartos, en dichas construcciones se dispuso la contratación de un ingeniero hasta terminar la obra.

En esta época también se establecen las bases para celebrar un contrato, el procedimiento del mismo iba desde la impresión y la publicación de carteles en lugares públicos y una vez que se recibían las propuestas se las publicaba en la imprenta para solicitar mejores ofertas; si a los veinte días no existía una mejor oferta se sometía al Consejo de Gobierno la decisión.

La Ley Orgánica de Hacienda (1863) disponía dentro de su articulado que el Poder Ejecutivo antes de celebrar cualquier tipo de contrato, este debía ser publicado sea mediante periódico oficial o de una hoja suelta. La falta de este requisito producía la nulidad del contrato (Pérez, 2008, p.14).

A su vez, la Ley Orgánica de Hacienda (1927) da pie al nacimiento de la Dirección de Suministros en el Ministerio de Hacienda, "entre las funciones de dicho Ministerio se encontraban las de adquirir y suministrar a los

Departamentos los materiales que se necesiten para el uso del gobierno dentro de sus actividades diarias" (Pérez, 2008, p.14).

En el Art. 62 de la mencionada ley se generan avances en el perfeccionamiento de la figura, ya que exige al Poder Ejecutivo la licitación para todo contrato que sobrepase una cuantía determinada.

Se dispone la intervención de un Contralor (1958), el mismo que tiene como función revisar aquellos contratos en los cuales su objeto refleje egresos de fondos públicos, así mismo su función se extiende a temas de licitación (Pérez, 2008, p.14) Posteriormente la Constitución (1979) ratifica a la Contraloría su competencia para controlar los ingresos y gastos realizados por el Estado respaldando lo establecido por medio de la intervención del Controlador ya mencionada.

Posteriormente se expide la Ley de Licitaciones y Concurso de Ofertas (1974) la cual luego de varias reformas fue reemplazada por la Ley de Contratación Pública (1990).

Se expide la Ley de Consultoría (1989), la cual era en concepto una legislación específica para estudios. Así mismo nacieron las normas del Banco Interamericano de Desarrollo y Banco Mundial; normas aplicables en los contratos que reciben financiamiento de las ya nombradas instituciones financieras, a su vez también normas específicas internas que aplican a las instituciones públicas.

De esta forma se generó la existencia de leyes para contrataciones especiales como las contrataciones petroleras, las mismas que se encuentran sujetas a la Ley de Hidrocarburos, Ley de Petroecuador y "otras normas específicas para la contratación de la ampliación del oleoducto transecuatoriano" (Pérez, 2008, p.14).

La Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la iniciativa privada (1993) y cuyo "Reglamento permiten

que aparezca la figura de contratos de concesión de obra y servicio público” (Pérez, 2008, p.1).

Finalmente en agosto (2008) se expidió la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento General; norma legal que sirve como base de este análisis.

La actual ley busca establecer la publicidad, transparencia, igualdad, eficiencia, como principios fundamentales de la Contratación Pública ecuatoriana.

Hemos podido observar que desde los principios de la contratación pública en nuestro país en el transcurso del tiempo se realizaron varios cambios en su normativa. Estos cambios han permitido que tengamos como resultado la Ley Orgánica de Contratación Pública actual, sin embargo dichos cambios no han sido completamente profundos como para modificar los lineamientos generales plasmados desde los principios mismos de la contratación pública, que permitan generar un aire de confianza en el sistema.

Uno de los factores que buscan por medio de la actual ley desterrar las prácticas obsoletas que en muchas ocasiones llevaban a los contratistas a perder interés en la participación de los procesos de contratación pública es el establecimiento de procedimientos electrónicos. Esto permite dar paso a la tecnología, la misma que es tan necesaria dentro de este mundo desarrollado en todos sus campos y con enfoque global actual.

Este hecho según William López “No solamente moderniza la Contratación Administrativa, sino que se adapta a la realidad de la sociedad moderna y al sistema de globalización y la eliminación de barreras comerciales, lo que promueve y facilita la participación de más contratistas, mejora los procesos y fomenta la eficiencia y economía del Estado” (López, 2011, p.34).

Cabe mencionar también que las nuevas propuestas de reforma de la contratación pública se ven en gran parte reflejadas en el nuevo Derecho Administrativo Europeo, así como en el Common Law y la Contratación Pública Internacional (Pérez, 2008, p.4).

## 1.2 DIFERENCIAS ENTRE LA ANTERIOR LEY DE CONTRATACIÓN PÚBLICA Y LA ACTUAL

- La primera diferencia entre la Ley de Contratación Pública y la actual ley es el carácter de Orgánica que se le atribuye a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; lo cual le permite prevalecer sobre leyes de menor jerarquía y leyes de los organismos de control, dicho carácter orgánico no existía en la ley anterior.
- La nueva Ley (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008, Art.1) habla sobre el objeto y ámbito del Sistema Nacional de Contratación Pública y establece los procedimientos de contratación para la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultoría. La diferencia con la anterior ley radica en que en la actual se da una lista detallada de las instituciones que realizan dichos procedimientos, a diferencia de la anterior en la cual solo menciona a las Instituciones del Estado y se remite a la Constitución para especificarlas.
- En el Art. 2 régimen especial; se habla al igual que en la anterior ley de la normativa que dicta el Presidente de la República en casos especiales; aunque existen en la nueva ley contrataciones que no aparecen en la anterior; como es el caso de:
  1. Las calificadas por el Presidente de la República como necesarias para la seguridad interna y externa del Estado, y cuyo ejercicio pertenezca a las Fuerzas Armadas a la Policía Nacional.
  2. Las que tengan por objeto principal la ejecución de servicios de asesoría legal requeridas por el Gobierno Nacional o Entidades Contratantes.
  3. Las que tengan por objeto la realización de una obra artística, literaria o científica.
  4. Obtención de repuestos para el mantenimiento de la maquinaria a cargo de las Entidades Contratantes, en caso de

que no se encuentren incluidos en el Catálogo Electrónico del Portal de Compras Públicas.

5. Las de transporte de correo internacional y correo interno regidos por convenios internacionales o disposiciones legales.

6. Las que celebre el Estado entre sí con instituciones del sector público; empresas que su capital pertenezca al menos en un 50% a entidades de derecho público; empresas públicas de Estados de la Comunidad Internacional.

7. Los contratos celebrados por instituciones del sistema financiero y de seguros en las que el Estado es accionista mayoritario o único (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008, Art.2).

- Una notable diferencia con la anterior ley es la que permite en la norma actual la enunciación de los principios que rigen la Contratación Pública, tales como los de: Legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad y participación nacional. Así también se proporcionan definiciones de términos que son empleados comúnmente dentro del Sistema.
- La nueva ley establece todo un capítulo dedicado al Sistema Nacional de Contratación Pública, en donde se crea y se establece como órgano competente al Instituto Nacional de Contratación Pública el mismo que cuenta con personalidad jurídica propia y enumera los objetivos prioritarios del Estado en dicha materia.
- Así mismo establece un capítulo para el control, monitoreo y evaluación del Sistema de Contratación Pública (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008, Art.14) el mismo que no existía en la ley anterior. También crea un capítulo dedicado a las herramientas utilizadas por el sistema; tales como el Registro Único de Proveedores que es conformado por el Registro de Contratos, Registro de Incumplimientos y Registro de Entidades Contratantes y el portal de Compras Públicas. Estos registros deben ser llevados de forma obligatoria por el Sistema Nacional de Contratación Pública.

- En la nueva ley, se establece un capítulo dedicado a las normas comunes a todos los procedimientos de contratación pública en lo relativo a la contratación para la elaboración de obras, adquisición de bienes y prestación de servicios. En lo ya señalado se establece como obligatorio la elaboración de un Plan anual de contratación, el mismo que deberá ser publicado anualmente en el portal Compras Públicas. También antes de iniciar un procedimiento precontractual se requiere la existencia de estudios aprobados por las entidades correspondientes de acuerdo a la naturaleza del contrato, es necesario a su vez que exista un presupuesto (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008, Art. 22).

Además de que se genera criterios de valoración para incentivar la participación nacional mediante un margen de preferencia, entre otros factores que deben ser realizados dentro de las normas comunes a los procedimientos en lo relativo a contratación para elaboración de obra, adquisición de bienes y prestación de servicios encontramos la asociación para ofertar; modelos obligatorios; uso de herramientas informáticas; compras corporativas; vigencia de la oferta; divulgación, aclaración, inscripción y modificaciones de los pliegos; adjudicación; declaratoria de procedimiento desierto; cancelación del procedimiento; adjudicatarios fallidos; y expediente del proceso de contratación.

A su vez en la contratación de consultoría se establece que debe ser realizada sea por personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras. Las mismas que deberán estar inscritas en el RUP (Registro Único de Proveedores) en donde es claramente establecida la prioridad con la que deben contar los nacionales sobre los extranjeros en todo tipo de contratación de consultoría.

- La ley de Contratación Pública a diferencia de la nueva ley menciona tres tipos de contratación siendo estos la licitación, el concurso público de ofertas y las contrataciones de menor cuantía, las cuales se rigen a la normativa interna de las instituciones con carácter público. La nueva ley establece otros tipos de procedimientos como:

Procesos de consultoría, que se divide según el Art. 40 de la Ley Orgánica en contratación directa, contratación mediante lista corta, y contratación mediante concurso público.

1. Procedimientos dinámicos, tales como; compras por catálogo y subasta inversa.
  2. Procedimiento de excepción, aquí encontramos a la licitación.
  3. Procedimientos de cotización y menor cuantía; los cuales se realizan mediante invitaciones por lo menos a cinco proveedores, registrados en el Registro Único de Proveedores. Siempre y cuando haya sido imposible la realización de procedimientos dinámicos.
  4. Manera directa; este tipo de contratación es dada en los casos de bienes y servicios no normalizados y que su cuantía sea inferior a 0,000003; obras con cuantía menor a 0,00001 y cuando la cuantía es inferior a 0,000003 y se declare desierto el procedimiento.
  5. Procedimientos especiales; como la Contratación integral por precio fijo, Contratación en situaciones de emergencia, Adquisición de bienes inmuebles; y Arrendamiento de bienes inmuebles (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008, Art.40).
- En la ley anterior el procedimiento regla era la licitación; En la norma Orgánica actual la licitación es un procedimiento de excepción en casos en los cuales los bienes, obras, servicios no pueden estar dentro de los otros procedimientos, especialmente de los procedimientos dinámicos.
  - En lo relativo a la capacidad existen cambios en las inhabilidades generales y especiales; al hablar de las inhabilidades generales en la nueva ley se ha incluido como inhabilidad general quienes consten suspendidos del RUP; a su vez existe un cambio en el numeral 6 el cual menciona "Los deudores morosos del Estado y sus instituciones" (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008, Art.62) mientras que la anterior ley veía como inhábiles generales

exclusivamente a los morosos del Banco Nacional de Fomento; y por último en el numeral 3 de la actual ley se incluye a los funcionarios públicos como inhábiles generales.

En el caso de las inhabilidades especiales no se han realizado mayores cambios, pero podemos observar la variación en el último inciso el cual en la ley anterior menciona "si se comprobare la intervención de una oferta inhábil , este quedará eliminado del respectivo proceso precontractual, sin reclamo alguno" mientras que la actual ley menciona "Si la celebración del contrato causare perjuicio económico a la Entidad Contratante, serán responsables solidarios el contratista y los funcionarios que hubieren tramitado y celebrado el contrato, sin perjuicio de la sanción administrativa y penal a que hubiere lugar" (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008, Art. 64).

- En la nulidad del contrato, en la ley actual se eliminan los literales b, c, d y e; los mismos que se encontraban en el Art. 58 de la ley anterior; y a su vez se incluyen los siguientes casos:

"1. Por haberse prescindido de los procedimientos y las solemnidades legalmente establecidas.

2. Por haber sido adjudicados o celebrados por un órgano manifiestamente incompetente" (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008, Art.62).

- En el Art. 67 de la actual ley se incluye la capacidad de participar dentro de cualquier proceso precontractual a los consorcios o asociaciones, sean constituidos o estén por constituirse; lo cual no estuvo incluido en la normativa anterior.

"Entiéndase por consorcios, asociaciones en cuenta de participación o joint ventures, las figuras comerciales sin personería jurídica distinta a la de sus miembros, lo cual provoca determinados efectos relevantes cuando se produce la contratación pública" (Zumárraga, 2012).

- En los requisitos y forma de los contratos la nueva ley establece claramente como requisitos la competencia del órgano de contratación, la capacidad del adjudicatario, la existencia de disponibilidad

presupuestaria, los recursos financieros necesarios para el cumplimiento de obligaciones y la formalización del contrato; mientras que la ley anterior habla de informes que deben ser realizados por la Contraloría y Procuraduría del Estado (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008, Art.68).

En la formalización de los contratos se añaden en la nueva ley factores como las contrataciones que se realicen por medio del sistema de catálogo se formalizarán con la orden de compra y el acta de entrega. También podemos encontrar figuras como las cláusulas obligatorias y los contratos modificadores, los cuales sirven para realizar enmendaduras en caso de errores.

- En el capítulo de las Garantías también se han visto modificaciones, las clases de garantía de la actual ley son: Garantía de fiel cumplimiento, Garantía por anticipo, y Garantía técnica (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008, Art.73). Se han suprimido garantías de la anterior ley tales como Garantía de seriedad de la propuesta y Garantía por la debida ejecución de la obra.
- En la normativa anterior encontrábamos un capítulo denominado "Prohibiciones". En la actual ley existen partes de dicho capítulo dentro del capítulo IV "De la cesión y subcontratación" el cual en lo referente a la cesión no ha cambiado su concepto, pero ahora toca el tema de la subcontratación mientras anteriormente se hablaba de la subdivisión.
- En la nueva ley se determina un capítulo a la administración de los contratos y se nombra como responsable de la administración del contrato a el supervisor y fiscalizador. La responsabilidad puede ser civil, administrativa e incluso penal (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008, Art. 80).
- En la recepción podemos encontrar en la nueva ley como clases: única, provisional la cual puede ser total o parcial, definitiva y de pleno derecho (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008, Art.81). En la anterior ley existían figuras como la recepción definitiva presunta y la recepción parcial provisional.

- En el capítulo de la terminación del contrato dentro de los casos por los cuales se dan por terminados los contratos se agrega el numeral 7, que menciona:

La Entidad Contratante también podrá declarar terminado anticipada y unilateralmente el contrato cuando ante circunstancias técnicas o económicas imprevistas o de caso fortuito o fuerza mayor, debidamente comprobadas, el contratista no hubiere accedido a terminar de mutuo acuerdo el contrato. En este caso, no se ejecutará la garantía de fiel cumplimiento del contrato ni se inscribirá al contratista como incumplido (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008, Art.92).

- La actual ley implementa todo un capítulo al registro de los contratos y los proveedores; en la ley anterior existía el registro de incumplimientos. Así mismo en las responsabilidades de los proveedores se establece al Instituto Nacional de Contratación Pública como el órgano regulador; organismo que como ya se expresó con anterioridad no existía en la anterior ley.
- La implementación de mecanismos tecnológicos es una de las diferencias más marcadas entre lo que dispone la ley anterior y la actual, se busca por medio de estos socializar los requerimientos de las Entidades Contratantes y la participación del mayor número de personas naturales y jurídicas en los procesos contractuales que el Estado Ecuatoriano emprenda; así mismo se garantiza que la selección sea objetiva lo cual permite que el proceso sea más transparente.
- A diferencia de la anterior ley la actual permite que exista una interacción entre los contratantes, contratistas, la misma comunidad y los órganos de control; Además elimina el concurso público de ofertas.

### **1.3 ANÁLISIS DE LO POSITIVO Y NEGATIVO EN LO RELATIVO AL PROCEDIMIENTO Y LA CAPACIDAD EN LA NUEVA LEY**

Han saltado a la luz dentro de la nueva ley los distintos cambios que resaltan aspectos diferentes con la anterior normativa; dichos cambios merecen ser analizados para llegar a determinar lo negativo y lo positivo en lo relativo a la capacidad y procedimiento, los puntos más relevantes a analizar dentro del Sistema Actual de Contratación Pública ecuatoriano en esta tesis.

#### **1.3.1 PROCEDIMIENTO**

- En el Art. 2 (Ley Orgánica de Contratación Pública, 2008) referente al ámbito especial del Presidente de la República para dictar normas en casos específicos encontramos como uno de los casos implementados los que tengan por objeto principal la ejecución de servicios de asesoría legal requeridas por el Gobierno Nacional o Entidades Contratantes. Esto claramente vulnera el procedimiento ya que es difícil entender porque razón el Presidente de la República sea quien tenga que disponer por medio de normas impuestas por él quien asesore legalmente al Estado e incluso a las Entidades Contratantes; puede ser tomado claramente como algo negativo ya que todas las personas sean naturales o jurídicas deben tener la misma oportunidad dentro de los procesos de contratación.
- Es importante el hecho de que ahora se tomen en cuenta dentro del procedimiento principios tales como los de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad y participación nacional y que los mismos sean establecidos en la misma ley; hecho positivo digno de resaltar en la nueva ley.
- Además también es un punto positivo la implementación en la ley de los conceptos básicos utilizados en la contratación pública, los cuales se encuentran en el Art. 6 (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008). Esto puede facilitar la aplicación del procedimiento ya que permite entender desde lo que dispone la ley definiciones base en los contratos públicos.

- Otro de los puntos nuevos que merece ser analizado dentro del proceso de contratación pública es la creación del Instituto Nacional de Contratación Pública; dicho organismo es el encargado de regular el Sistema Nacional de Contratación Pública, este ente además cuenta con personalidad jurídica propia.

Puede ser analizado desde el punto de vista positivo ya que al ser la contratación pública un tema tan importante dentro del Estado y que al ser bien utilizada, dentro de un proceso transparente puede generar ganancias para el Gobierno y a su vez para sus administrados, un ente regulador el cual permita llegar a esa transparencia por medio de procesos claros y veraces puede permitir que el Sistema se agilite y mejore.

- Uno de los puntos más discutidos dentro del procedimiento ha sido el portal Compras Públicas; la implementación de la tecnología es un gran avance dentro del sistema de contratación pública nacional ya que si es utilizada de forma correcta se puede llegar a clarificar el proceso y generar confianza en los administrados. Así mismo puede llegar a ser vulnerado ya que no todas las personas lo ven accesible, lo cual contradice un poco su función de accesibilidad para todos.
- A su vez la creación de un RUP, es un punto positivo ya que es importante que el nuevo registro de proveedores sea más claro, organizado que el registro que se llevaba con la ley anterior; lo cual le da agilidad al proceso de contratación pública.
- En lo relativo a la contratación para la elaboración de obras, adquisición de bienes y prestación de servicios se establece como obligatorio la elaboración de un Plan anual de contratación, un presupuesto preestablecido, estudios, modelos obligatorios; también se generan criterios de valoración los cuales permiten incentivar la participación nacional con márgenes de preferencia, uso de herramientas informáticas, entre otros.

Le da un esquema más organizado al procedimiento en lo que respecta a la elaboración de obras, adquisición de bienes y prestación de servicios.

Vale la pena mencionar que el incentivar la participación nacional dando márgenes de preferencia a los nacionales sobre los extranjeros es un punto positivo ya que permite que exista mayor posibilidad de que quienes logren contratar con el Estado sean ecuatorianos, lo cual impulsa el crecimiento económico del país.

- En la contratación de consultoría también se establece una clara prioridad con la que cuentan los nacionales sobre los extranjeros lo cual al igual que en la contratación de elaboración de obras y prestación de servicios es positivo.
- En la ley anterior la licitación era el procedimiento, en la actualidad la licitación pasa a ser un procedimiento de excepción en casos en los cuales los bienes, obras, servicios no pueden estar dentro de los otros procedimientos, especialmente de los procedimientos dinámicos. Esto es positivo ya que se están buscando alternativas para que el proceso sea más ágil.

### **1.3.2 CAPACIDAD**

- En lo relativo a la capacidad no existieron mayores cambios que permitan evitar que se vulnere el Sistema actual de contratación pública. Se incluyeron dentro de la ley inhabilidades generales como la impuesta a quienes se encuentren suspendidos del RUP y a los funcionarios públicos.

En las inhabilidades especiales, a pesar de que existió un cambio claro en el último inciso el cual en la ley anterior solo mencionaba que si se comprobare la intervención de una oferta inhábil se elimina del proceso precontractual, en la actual normativa se habla de si existe perjuicio económico para la Entidad Contratante son responsables el contratista y funcionarios de forma solidaria incluyendo que puede existir el caso de sanciones administrativas y penales, no es aun lo que se buscaría para

perfeccionar el tema de la capacidad dentro del proceso. No debería basarse el hecho de imponer una sanción administrativa o penal solo en el caso de que exista perjuicio económico para la Entidad Contratante, esto debería darse siempre que se vaya en contra de los preceptos de capacidad puestos en la misma Ley Orgánica de Contratación Pública. Una normativa más severa en tema de capacidad podría evitar que la misma se vulnere.

- Se puede extraer como algo positivo de la actual ley el incluir la capacidad de participar dentro de cualquier proceso precontractual a los consorcios o asociaciones.
- Dentro de los requisitos del contrato se nombra claramente a la capacidad como uno de los requisitos fundamentales; lo cual le da un poco más de valor al ser enunciada por la ley.
- La capacidad de contratar es tanto de nacionales como de extranjeros; pero la ley establece principios de preferencia a nacionales lo cual es un punto positivo.

## **1.4 CONCEPTOS BASICOS**

### **1.4.1 ESTADO**

Nicolás Maquiavelo en su obra "El Príncipe" expresa su concepto de Estado mencionando que "Los Estados y soberanías que han tenido y tienen autoridad sobre los hombres fueron y son, o repúblicas o principados" (1513, párr.5).

Para Aristóteles el Estado existe por naturaleza, por lo tanto es anterior al hombre.

Para San Agustín el Estado se encuentra constituido por una comunidad de hombres unida por la igualdad de los derechos y la comunidad de intereses.

William López menciona que "El Estado es la sociedad jurídica y políticamente organizada con independencia y autodeterminación. Es la sociedad organizada política y jurídicamente, establecida soberanamente en un territorio determinado, con órganos de gobierno y administración, que persiguen fines comunes y concretos" (López, 2011, p. 22).

Luego de ver las distintas definiciones dadas de Estado por distintos jurisprudencistas podemos aportar qué Estado es una sociedad política y jurídica que tiene el poder de regular la vida de los administrados dentro de un territorio determinado.

#### **1.4.2 ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

La palabra administrar proviene del latín "ad-ministrare"; "ad" ir hacia y "ministrare" servir, cuidar.

Para García de Enterría "la Administración Pública se encuentra totalmente organizada y los funcionarios son simples agentes de esta organización. La Administración Pública no es representante de la comunidad, sino una organización puesta a su servicio, lo cual es en esencia distinto" (Enterría, 2008, p.8).

Refiriéndonos a nuestra Constitución de la República podemos encontrar en su Art. 227 que la Administración Pública "constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación" (2008, Art.227).

Aportando con una definición personal de Administración Pública, podemos decir que es el conjunto de organizaciones que realizan una función administrativa y de gestión poniendo en práctica las decisiones tomadas por el gobierno y sus entes.

#### **1.4.3 CONTRATACIÓN PÚBLICA**

Para Roberto Dromi el 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, 1987, p.171).

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública define a la contratación pública como:

Todo procedimiento concerniente a la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras públicas o prestación de servicios incluidos los de consultoría. Se entenderá que cuando el contrato implique la fabricación, manufactura o producción de bienes muebles, el procedimiento será de adquisición de bienes. Se incluyen también dentro de la contratación de bienes a los de arrendamiento mercantil con opción de compra (Ley orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008, Art. 6).

#### **1.4.4 CONCEPTOS LEY ÓRGANICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA**

La ley Orgánica de Contratación Pública nos entrega en su Art. 6 Definiciones utilizadas dentro del contrato administrativo ecuatoriano, las mismas que son enunciadas a continuación:

Art. 6.- Definiciones.-

Adjudicación: Es el acto administrativo por el cual la máxima autoridad o el órgano competente otorga derechos y obligaciones de manera directa al oferente seleccionado, surte efecto a partir de su notificación y solo será impugnable a través de los procedimientos establecidos en esta Ley.

Bienes y Servicios Normalizados: Objeto de contratación cuyas características o especificaciones técnicas se hallen homologados y catalogados.

Catálogo Electrónico: Registro de bienes y servicios normalizados publicados en el portal [www.compraspublicas.gov.ec](http://www.compraspublicas.gov.ec) para su contratación directa como resultante de la aplicación de convenios marco.

Compra de Inclusión: Estudio realizado por la Entidad Contratante en la fase pre contractual que tiene por finalidad propiciar la participación local de artesanos, de la micro y pequeñas empresas en los procedimientos regidos por esta Ley, acorde con la normativa y metodología definida por el Instituto Nacional de Contratación Pública en coordinación con los

ministerios que ejerzan competencia en el área social. Las conclusiones de la Compra de Inclusión se deberán reflejar en los Pliegos.

**Contratación Pública:** Se refiere a todo procedimiento concerniente a la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras públicas o prestación de servicios incluidos los de consultoría. Se entenderá que cuando el contrato implique la fabricación, manufactura o producción de bienes muebles, el procedimiento será de adquisición de bienes. Se incluyen también dentro de la contratación de bienes a los de arrendamiento mercantil con opción de compra.

**Contratista:** Es la persona natural o jurídica, nacional o extranjera, o asociación de éstas, contratada por las Entidades Contratantes para proveer bienes, ejecutar obras y prestar servicios, incluidos los de consultoría.

**Consultor:** Persona natural o jurídica, nacional o extranjera, facultada para proveer servicios de consultoría, de conformidad con esta Ley.

**Consultoría:** Se refiere a la prestación de servicios profesionales especializados no normalizados, que tengan por objeto identificar, auditar, planificar, elaborar o evaluar estudios y proyectos de desarrollo, en sus niveles de pre factibilidad, factibilidad, diseño u operación. 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 constituya parte del régimen especial indicado en el número 4 del artículo 2, elaboración de estudios económicos, financieros, de organización, administración, auditoría e investigación.

**Convenio Marco:** Es la modalidad con la cual el Instituto Nacional de Contratación Pública selecciona los proveedores cuyos bienes y servicios serán ofertados en el catálogo electrónico a fin de ser adquiridos o contratados de manera directa por las Entidades Contratantes en la forma, plazo y demás condiciones establecidas en dicho Convenio.

**Desagregación Tecnológica:** Estudio pormenorizado que realiza la Entidad Contratante en la fase pre contractual, en base a la normativa y metodología definida por el Instituto Nacional de Contratación Pública en coordinación con el Ministerio de Industrias y Competitividad, sobre las características técnicas del proyecto y de cada uno de los componentes objeto de la contratación, en relación a la capacidad tecnológica del sistema productivo del país, con el fin de mejorar la posición de negociación de la Entidad Contratante, aprovechar la oferta nacional de bienes, obras y servicios acorde con los requerimientos técnicos demandados, y determinar la participación nacional. Las recomendaciones de la Desagregación Tecnológica deberán estar contenidas en los Pliegos de manera obligatoria.

**Empresas Subsidiarias:** Para efectos de esta Ley son las personas jurídicas creadas por las empresas estatales o públicas, sociedades mercantiles de derecho privado en las que el Estado o sus instituciones tengan participación accionaría o de capital superior al cincuenta (50%) por ciento.

**Entidad o Entidades Contratantes:** Los organismos, las entidades o en general las personas jurídicas previstas en el artículo 1 de esta Ley.

**Feria Inclusiva:** Evento realizado al que acuden las Entidades Contratantes a presentar sus demandas de bienes y servicios, que generan oportunidades a través de la participación incluyente, de artesanos, micro y pequeños productores en procedimientos ágiles y transparentes, para adquisición de bienes y servicios, de conformidad con el Reglamento.

**Instituto Nacional de Contratación Pública:** Es el órgano técnico rector de la Contratación Pública. La Ley puede referirse a él simplemente como "Instituto Nacional".

**Local:** Se refiere a la circunscripción cantonal donde se ejecutará la obra o se destinarán los bienes y servicios objeto de la contratación pública.

**Máxima Autoridad:** Quien ejerce administrativamente la representación legal de la Entidad Contratante. Para efectos de esta Ley, en las

municipalidades y consejos provinciales, la máxima autoridad será el Alcalde o Prefecto, respectivamente.

**Mejor Costo en Bienes o Servicios Normalizados:** Oferta que cumpliendo con todas las especificaciones y requerimientos técnicos, financieros y legales exigidos en los documentos precontractuales, oferte el precio más bajo.

**Mejor Costo en Obras, o en Bienes o Servicios No Normalizados:** Oferta que ofrezca a la entidad las mejores condiciones presentes y futuras en los aspectos técnicos, financieros y legales, sin que el precio más bajo sea el único parámetro de selección. En todo caso, los parámetros de evaluación deberán constar obligatoriamente en los Pliegos.

**Mejor Costo en Consultoría:** Criterio de “Calidad y Costo” con el que se adjudicarán los contratos de consultoría, en razón de la ponderación que para el efecto se determine en los Pliegos correspondientes, y sin que en ningún caso el costo tenga un porcentaje de incidencia superior al veinte (20%) por ciento.

**Oferta Habilitada:** La oferta que cumpla con todos los requisitos exigidos en los Pliegos Pre contractuales.

**Origen Nacional:** Se refiere a las obras, bienes y servicios que incorporen un componente nacional en los porcentajes que sectorialmente se definan por parte del Ministerio de Industrias y Competitividad, de conformidad a los parámetros y metodología establecidos en el Reglamento de la presente Ley.

**Participación Local:** Se entenderá aquel o aquellos participantes inscritos en el Registro Único de Proveedores que tengan su domicilio en el cantón donde se realiza la contratación.

**Participación Nacional:** Aquel o aquellos participantes inscritos en el Registro Único de Proveedores cuya oferta se considere de origen nacional.

**Pliegos:** Documentos precontractuales elaborados y aprobados para cada procedimiento, que se sujetarán a los modelos establecidos por el Instituto Nacional de Contratación Pública.

Portal Compras públicas: ([www.compraspublicas.gov.ec](http://www.compraspublicas.gov.ec)): Es el Sistema Informático Oficial de Contratación Pública del Estado Ecuatoriano.

Por Escrito: Se entiende un documento elaborado en medios físicos o electrónicos.

Presupuesto Referencial: Monto del objeto de contratación determinado por la Entidad Contratante al inicio de un proceso precontractual.

Proveedor: Es la persona natural o jurídica nacional o extranjera, que se encuentra inscrita en el RUP, de conformidad con esta Ley, habilitada para proveer bienes, ejecutar obras y prestar servicios, incluidos los de consultoría, requeridos por las Entidades Contratantes.

Registro Único de Proveedores.- RUP: Es la Base de Datos de los proveedores de obras, bienes y servicios, incluidos los de consultoría, habilitados para participar en los procedimientos establecidos en esta Ley. Su administración está a cargo del Instituto Nacional de Contratación Pública y se lo requiere para poder contratar con las Entidades Contratantes.

Servicios de Apoyo a la Consultoría: Son aquellos servicios auxiliares que no implican dictamen o juicio profesional especializado, tales como los de contabilidad, topografía, cartografía, aerofotogrametría, la realización de ensayos y perforaciones geotécnicas sin interpretación, la computación, el procesamiento de datos y el uso auxiliar de equipos especiales.

Situaciones de Emergencia: Son aquellas generadas por acontecimientos graves tales como accidentes, terremotos, inundaciones, sequías, grave conmoción interna, inminente agresión externa, guerra internacional, catástrofes naturales, y otras que provengan de fuerza mayor o caso fortuito, a nivel nacional, sectorial o institucional. Una situación de emergencia es concreta, inmediata, imprevista, probada y objetiva.

Sobre: Medio que contiene la oferta, que puede ser de naturaleza física o electrónica (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008, Art. 6).

## **CAPITULO II CAPACIDAD CONTRACTUAL**

### **2.1 ANÁLISIS DE LA CAPACIDAD CONTRACTUAL DENTRO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA**

La capacidad contractual es dentro de un proceso de contratación pública una de las bases sustanciales para que el mismo pueda ser válido.

Según Miguel Marienhoff (1993, párr.3), la capacidad en el Derecho Administrativo está ligada al campo civil en materia de personas naturales y jurídicas. Menciona que:

El individuo, considerado como "administrado", entra en relación con la Administración Pública sobre la base de la capacidad que le reconoce o asigna el derecho privado. El "administrado" y la persona individual del derecho privado constituyen un mismo y único sujeto que actúa en dos campos distintos: el del derecho público y el del derecho privado. Pero en ambos casos el sujeto es el mismo (Marienhoff, 1993, párr.3).

Desde el punto de vista de Marienhoff el administrado comienza una relación con el Estado teniendo a la capacidad como base, dicha capacidad es dada por el derecho privado; pero esta capacidad actúa tanto en el derecho público como en el derecho privado.

Para Roberto Dromi; los conceptos "competencia" y "capacidad" integran el elemento sujeto dentro de un contrato; así menciona que "la capacidad y la competencia son situaciones que constituyen el presupuesto de las distintas relaciones, las cuales establecen el derecho entre los sujetos. Son, por ello, aptitudes o posibilidades abstractas y potenciales" (Dromi, 1987, p.363).

De no existir capacidad jurídica no podría existir ninguna relación entre el Estado y el contratista de la Administración que tengan como fin celebrar un contrato público ya que se exige que los sujetos contratantes sean aptos legalmente tanto para celebrar como para ejecutar el contrato.

Dromi (1987, p.364) acota ciertas restricciones sobre la capacidad jurídica del contratista; las mismas que van desde las penales en el caso de procesados y

condenados, económicas para los quebrados, concursados e interdictos, administrativas en casos de culpables de la rescisión de contratos administrativos, hasta las éticas en las cuales existe participación de funcionarios públicos en el proceso de contratación.

A su vez realiza una especificación dentro de la capacidad jurídica del contratista; indicando que "Podrán ser contratistas las personas naturales o jurídicas que se hallen en plena posesión de su capacidad jurídica y de obrar" (Dromi, 1987, p.363).

No podrán contratar los incapaces absolutos y los incapaces relativos en casos que se les encuentre prohibido; de no ser así podrán contratar a través de sus representantes legales. Se encuentran imposibilitados de contratar:

Agentes y funcionarios públicos y a las firmas integradas por los mismos; las personas física o jurídica en estado de concurso, quiebra o liquidación; los inhibidos; los condenados en causa criminal; los evasores y deudores morosos impositivos o previsionales (Dromi, 1987, p.363).

Los contratos celebrados por particulares se rigen por el Derecho Administrativo relacionándose directamente con el derecho civil en el ámbito de capacidad. Para Juan Carlos Cassagne "la capacidad es un elemento subjetivo dentro de un contrato administrativo" (Cassagne, 2007, p.23).

Dicho proceso contractual deberá iniciarse por un acuerdo de voluntades entre la administración y la persona natural o jurídica y debe existir la capacidad del particular para celebrar el contrato. Este concepto como ya lo mencionamos para Cassagne (2007,p.23), proviene del código civil para regular la aptitud del contratista privado que tenga como objetivo celebrar un contrato.

Al analizar lo mencionado por estos tres autores podemos encontrar relaciones entre los mismos. Por ejemplo la primera relación es la forma en la cual el Derecho Civil se encuentra vinculado directamente con el Derecho Administrativo en el ámbito de la capacidad, cuando se refiere a los contratos

administrativos; Tanto Marienhoff, Dromi y Cassagne dan una relativa importancia al ámbito civil y su influencia dentro de la contratación pública.

Así mismo, la capacidad es vista de forma subjetiva dentro de un proceso de contratación; tiene que estar siempre vinculada con la voluntad y la competencia en el sujeto.

No se puede dejar de lado el hecho de que la capacidad es esencial para la validez de un contrato; de no existir la misma cualquier tipo de contrato que se celebre sin capacidad de los contratantes carecerá de validez alguna.

Para Agustín Gordillo en el caso de las personas naturales la capacidad administrativa es mayor que la civil; el menciona que "La capacidad para actuar ante la Administración Pública es no ya solamente igual sino que mayor que la capacidad civil" (Gordillo, 2006, p.4).

Así mismo "todos los sujetos de derecho (sean personas físicas o jurídicas: asociaciones, cooperativas, federaciones, fundaciones, corporaciones, etc.) con capacidad civil pueden ser partes en el procedimiento administrativo" (Gordillo, 2006, p.5).

Hablando específicamente de personas jurídicas; habla sobre una vinculación a la legitimación; debe existir aptitud para poder formar parte del procedimiento.

La capacidad dentro de cualquier procedimiento administrativo; incluida la contratación pública es de suma importancia, como ya lo mencionamos anteriormente, ya que de esta depende la validez con la que contará el procedimiento, sin validez no puede existir contrato.

## **2.2 CAPACIDAD DENTRO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL ECUADOR**

Para estudiar la capacidad contractual dentro de la contratación pública en el Ecuador es oportuno empezar desde la norma específica en el ámbito de contratación pública.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública menciona que no podrán celebrar contratos en su Art. 62, primer inciso quienes:

“Se hallaren incursos en las incapacidades establecidas por el Código Civil, o en las inhabilidades generales establecidas en la Ley” (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008, Art.62).

A su vez el Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación pública expone:

Art. 109 Para los efectos de la Ley, tienen capacidad para contratar los ministros y máximas autoridades administrativas de las entidades contratantes, así como los representantes legales de las entidades de derecho privado sometidas por la ley.

Para la suscripción de un contrato adjudicado mediante los procedimientos previstos en la Ley, no se requerirá, de ninguna autorización previa de funcionario, organismo o cuerpo colegiado del ministerio o entidad pública.

Los ministros de Estado y los representantes legales de las entidades del sector público podrán delegar la celebración de los contratos a funcionarios de la entidad o dependencia a su cargo de entidades u organismos a ella adscritos; o de otras entidades del sector público si los contratos deben celebrarse en un lugar en el que la Entidad Contratante no tenga oficinas permanentes (Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2009, Art.109).

Lo que podemos extraer de este artículo es que el Ente que forma parte del Estado que tiene como fin contratar, no solo deberá tener competencia para poder iniciar el proceso, sino su representante debe contar con capacidad legal; si no existe esta capacidad legal del representante no será válido el proceso de contratación.

Remitiéndonos al Código Civil, en lo referente a capacidad encontramos:

Art. 518 Son incapaces de toda tutela o curaduría:

1. Los ciegos;
2. Los mudos;
3. Los dementes, aunque no estén bajo interdicción;

4. Los fallidos, mientras no hayan sido rehabilitados;
5. Los que están privados de administrar sus propios bienes, por disipación;
6. Los que carecen de domicilio en la República;
7. Los que no saben leer ni escribir;
8. Los de mala conducta notoria;
9. Los condenados judicialmente a una pena, aunque se les haya indultado de ella;
10. El cónyuge que haya dado causa para el divorcio, según el artículo 110, menos en el caso de los numerales 8 y 11,
11. El que ha sido privado de ejercer la patria potestad,
12. Los que, por torcida o descuidada administración, han sido removidos de una guarda anterior, o en el juicio subsiguiente a esta han sido condenados, por fraude o culpa grave a indemnizar al pupilo (Código Civil, 2005, Art.518).

Art. 519 Son así mismo incapaces de toda tutela o curaduría:

1. Los individuos de la Fuerza Pública, que se hallen en actual servicio, incluso los comisarios, médicos, cirujanos y demás personas adictas a los cuerpos de línea o a las naves del Estado; y,
2. Los que tienen que ejercer por largo tiempo, o por tiempo indefinido, un cargo o comisión pública, fuera del territorio ecuatoriano (Código Civil, 2005, Art.519).

Art. 520 No pueden ser tutores o curadores los que no hayan cumplido 18 años. Sin embargo, si es llamado a una tutela o curaduría el ascendiente o descendiente que no ha cumplido dieciocho años, se aguardará que los cumpla para conferirle el cargo, y se nombrará un interino para el tiempo intermedio. Se aguardará de la misma manera al tutor o curador testamentario que no haya cumplido dieciocho años. Pero será inválido el nombramiento del tutor o curador menor, cuando, llegando a los dieciocho, solo tendría que ejercer la tutela o curaduría por lo menos de dos años (Código Civil, 2005, Art. 520).

La Ley Orgánica del Sistema Actual de Contratación Pública tanto como su Reglamento, se remiten de forma directa al Código Civil al hablar de la capacidad con la que cumplirán los contratantes dentro de un proceso de contratación, lo cual no diferencia mucho a la legislación ecuatoriana en su punto de vista de la capacidad con el de otras legislaciones.

Como ya lo analizamos en el tema anterior con autores como Marienhoff y Dromi, la capacidad en cualquier procedimiento es vinculada directamente con la expresa en el Código Civil.

En este caso el Código Civil ecuatoriano hace su enfoque general en la incapacidad con la que cuentan los ciegos, mudos, dementes, fallidos no rehabilitados, los disipados, los que no tengan su domicilio en el Ecuador, los que no saben leer ni escribir, los de mala conducta, los menores de 18 años.

Estas incapacidades serán aplicadas no solo para quienes busquen celebrar un contrato con el Estado sino para todo aquel que desee celebrar cualquier tipo de contrato, aquí se basa su enfoque general.

También el Código Civil realiza una enumeración de incapacidades que pueden ser consideradas como especiales. Se trata de reglas relativas a los profesionales, empleados de cargos públicos; en lo cual se basa parte del enfoque de esta tesis en lo referente a la vulnerabilidad en la capacidad en la contratación pública, en la relación de los funcionarios con el contrato administrativo.

Para Aurelio Garófalo Salazar, quien aporta su punto de vista de la legislación ecuatoriana; "El contrato administrativo nace al igual que los convenios privados por el acuerdo de voluntades" (Garófalo, 2003, p.16).

A su vez, "el contrato administrativo tiene los mismos elementos esenciales en relación a los contratos privados: Capacidad, consentimiento, causa y objeto lícito" (Garófalo, 2003, p. 16).

El define a la capacidad administrativa de la siguiente manera: "La capacidad administrativa es la medida de la potestad que corresponde a cada órgano administrativo" (Garófalo, 2003, p.16).

La capacidad administrativa forma parte de los elementos esenciales de los contratos; además de que nace por el acuerdo de voluntades de las partes al momento de celebrar el mismo. El órgano administrativo o Ente Estatal no contaría con ningún tipo de potestad de no existir la capacidad.

### **2.3 INHÁBIILES PARA CELEBRAR CONTRATOS PÚBLICOS Y LAS SANCIONES A AQUELLOS INHÁBIILES QUE CONTRATAN SEGÚN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA**

Las inhabilidades no son otra cosa que los impedimentos legales para ejercer determinado cargo u oficio. Las inhabilidades e incompatibilidades, constituyen una limitación de la capacidad para contratar con el Estado o sus instituciones, que se sustentan en la falta de aptitud, o la carencia de una cualidad, calidad o requisito del sujeto que pretende contratar, que lo incapacita para ser parte de una relación contractual con las entidades estatales, en razón del interés público que persiguen las contrataciones administrativas, en donde deben imperar los principios constitucionales de imparcialidad, eficacia, eficiencia, honestidad y transparencia (López, 2011, p.127).

Vale decir de lo señalado que ninguna persona inhábil podrá mantener una relación con el Estado y sus entes ya que se afectaría a principios constitucionales.

La Ley Orgánica del Sistema Actual de Contratación Pública en su Capítulo I; De las Capacidades, Inhabilidades o Nulidades, determina así a aquellos inhábiles dividiéndolos en generales y especiales:

Art. 62 Inhabilidades generales: No podrán celebrar contratos previstos en esta Ley con las Entidades Contratantes:

1. Quienes se hallaren incurso en las incapacidades establecidas por el Código Civil, o en las inhabilidades generales establecidas en la Ley;
2. El Presidente, el Vicepresidente de la República, los ministros y secretarios de Estado, el Director Ejecutivo y demás funcionarios del Instituto Nacional de Contratación Pública, los legisladores, los

presidentes o representantes legales de las Entidades Contratantes previstas en esta Ley, los prefectos y alcaldes; así como los cónyuges o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, de los dignatarios, funcionarios y servidores indicados en este numeral;

3. Los servidores públicos, esto es, funcionarios y empleados, que hubieren tenido directa o indirectamente vinculación en cualquier etapa del procedimiento de contratación o tengan un grado de responsabilidad en el procedimiento o que por sus actividades o funciones, se podría presumir que cuentan con información privilegiada;

4. Quienes consten suspendidos en el RUP;

5. Los que, no habiendo estado inhabilitados en el procedimiento precontractual, al momento de celebrar el contrato, lo estuvieren; y,

6. Los deudores morosos del Estado o sus instituciones (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008, Art. 62).

Art. 63 Inhabilitaciones especiales: No podrán celebrar contratos con la Entidad Contratante:

1. Los consejeros provinciales, los concejales municipales y los vocales de las juntas parroquiales, en su respectiva jurisdicción;

2. Las personas naturales o jurídicas, incluidos sus representantes legales, que hubieren realizado los estudios, los diseños y los proyectos de ingeniería o arquitectura, que presenten algún tipo de vinculación respecto a los ejecutores de las obras; y, los que hubieren elaborado las especificaciones de los bienes a adquirirse; salvo que el contrato se refiera a fiscalización, supervisión, o actualización de los estudios, diseños o proyectos;

3. Los miembros de directorios u organismos similares o de la Comisión Técnica de la entidad convocante, sus cónyuges o parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad;

4. Los funcionarios, servidores o empleados que hayan intervenido en la etapa precontractual o contractual y que con su acción u omisión pudieren resultar favorecidos, su cónyuge o sus parientes hasta el cuarto

grado de consanguinidad o segundo de afinidad, así como las personas jurídicas de derecho privado o sociedades de hecho en las que los indicados funcionarios, servidores o empleados, su cónyuge o sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad tengan participación, aún en el caso de que los referidos funcionarios, servidores o empleados hubieren renunciado a sus funciones; y,

5. Los que de manera directa hayan estado vinculados con la elaboración, revisión o aprobación de los pliegos, relacionados con el contrato a celebrarse (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008, Art.63).

El mismo artículo antes mencionado señala en su último inciso la sanción que se aplica a aquellas personas que intervienen en el proceso de contratación.

“Si se comprobare la intervención de un oferente inhábil, éste quedará eliminado del respectivo proceso precontractual, sin derecho a reclamo alguno” (2008, Art.63).

## **2.4 LEGISLACIÓN COMPARADA: CAPACIDAD**

Dada la importancia de la capacidad dentro del proceso de contratación pública, es pertinente realizar el análisis de cómo es esta vista en países como Argentina, Chile, España, Perú y Colombia.

### **2.4.1 ARGENTINA**

En Argentina la norma que rige las contrataciones públicas lleva por nombre Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional; dicha norma tiene por objeto el desempeño eficiente de la administración.

En el Art. 10 referente a la anticorrupción dicha norma expresa:

Será causal determinante del rechazo sin más trámite de la propuesta u oferta en cualquier estado de la licitación o de la rescisión de pleno derecho del contrato dar u ofrecer dinero o cualquier dádiva a fin de que:

A) Funcionarios o empleados públicos con competencia referida a una licitación o contrato hagan o dejen de hacer algo relativo a sus funciones.

B) O para que hagan valer la influencia de su cargo ante otro funcionario o empleado público con la competencia descrita, a fin de que estos hagan o dejen de hacer algo relativo a sus funciones.

Serán considerados sujetos activos de esta conducta quienes hayan cometido tales actos en interés del contratista directa o indirectamente, ya sea como representantes administradores, socios, mandatarios, gerentes, factores, empleados, contratados, gestores de negocios, síndicos, o cualquier otra persona física o jurídica.

Las consecuencias de estas conductas ilícitas se producirán aun cuando se hubiesen consumado en grado de tentativa (Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, 2000, Art. 10).

Además dicha norma legal cuenta con un artículo en el que habla de las personas no habilitadas; y las enuncia de la siguiente manera:

No podrán contratar con la Administración Nacional:

A) Las personas físicas o jurídicas que se encontraren sancionadas.

B) Los agentes y funcionarios del Sector Público Nacional y las empresas en las cuales aquellos tuvieren una participación suficiente para formar la voluntad social.

C) Los fallidos, concursados e interdictos, mientras no sean rehabilitados.

D) Los condenados por delitos dolosos, por un lapso igual al doble de la condena.

E) Las personas que se encontraren procesadas por delitos contra la propiedad, o contra la Administración Pública Nacional, o contra la fe pública o por delitos comprendidos en la Convención Interamericana contra la Corrupción.

F) Las personas físicas o jurídicas que no hubieran cumplido con sus obligaciones tributarias y previsionales, de acuerdo con lo que establezca la reglamentación.

G) Las personas físicas o jurídicas que no hubieran cumplido en tiempo oportuno con las exigencias establecidas (Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, 2000, Art.28).

Como podemos ver, la norma argentina es muy similar a la ecuatoriana al hablar de la capacidad; pero así mismo existen puntos en los cuales los legisladores argentinos han profundizado más y le han dado más realce al término.

La primera diferencia existente es nombrar un artículo como "anticorrupción", y señalar como determinante del rechazo en cualquier estado de la licitación el dar u ofrecer dinero a funcionarios públicos para que hagan o dejen de hacer algo relativo a sus funciones o para que hagan valer como influencia su cargo en interés directo o indirecto del contratista. En la normativa ecuatoriana no existe un artículo que expresamente trate de corrupción enfocándolo a los actos realizados por los funcionarios públicos.

Vale aclarar que en ambas normas se establece a los funcionarios públicos como inhábiles para realizar contratos con el Ente Estatal.

La normativa ecuatoriana menciona como una inhabilidad para contratar el haber sido suspendido del RUP (Registro Único de Proveedores); lo cual no encontramos dentro de la norma argentina.

Otra notoria diferencia es que el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional Argentina inhabilita para celebrar contratos públicos a las personas que cometan delitos comprendidos en la Convención Interamericana contra la Corrupción, mientras que la norma ecuatoriana no cuenta con dicha aclaración o inhabilidad.

### **2.4.2 CHILE**

La normativa chilena que rige los contratos del Estado es conocida como Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

En el Capítulo II de dicha ley se encuentran descritos los requisitos para contratar con la Administración del Estado, dicho así, podemos determinar la forma en la cual está tomada la capacidad en los contratos administrativos en Chile enunciando los incisos más relevantes de dicho artículo.

Art 4. Podrán contratar con la Administración las personas naturales o jurídicas, chilenas o extranjeras, que acrediten su situación financiera e idoneidad técnica conforme lo disponga el Reglamento, cumpliendo con los demás requisitos que éste señale y con los que exige el derecho común, Quedarán excluidos quienes, al momento de la presentación de la oferta, de la formulación de la propuesta o de la suscripción de la convención, según se trate de licitaciones públicas, privadas o contratación directa, hayan sido condenados por prácticas anti sindicales o infracción a los derechos fundamentales del trabajador, dentro de los anteriores dos años.

En caso de que la empresa que obtiene la licitación o celebre convenio registre saldos insolutos de remuneraciones o cotizaciones de seguridad social con sus actuales trabajadores o con trabajadores contratados en los últimos dos años, los primeros estados de pago producto del contrato licitado deberán ser destinados al pago de dichas obligaciones, debiendo la empresa acreditar que la totalidad de las obligaciones se encuentran liquidadas al cumplirse la mitad del período de ejecución del contrato, con un máximo de seis meses.

Cada entidad licitante podrá establecer, respecto del adjudicatario, en las respectivas bases de licitación, la obligación de otorgar y constituir, al momento de la adjudicación, mandato con poder suficiente o la constitución de sociedad de nacionalidad chilena o agencia de la extranjera, según corresponda, con la cual se celebrará el contrato y

cuyo objeto deberá comprender la ejecución de dicho contrato en los términos establecidos en esta ley.

Ningún órgano de la Administración del Estado y de las empresas y corporaciones del Estado o en que éste tenga participación, podrá suscribir contratos administrativos de provisión de bienes o prestación de servicios con los funcionarios directivos del mismo órgano o empresa, ni con personas unidas a ellos por los vínculos de parentesco, ni con sociedades de personas de las que aquéllos o éstas formen parte, ni con sociedades comanditas por acciones o anónimas cerradas en que aquéllos o éstas sean accionistas, ni con sociedades anónimas abiertas en que aquéllos o éstas sean dueños de acciones que representen el 10% o más del capital, ni con los gerentes, administradores, representantes o directores de cualquiera de las sociedades antedichas (Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, 2003, Art.4).

La Legislación Chilena establece como capaces para contratar a las personas naturales o jurídicas, chilenas o extranjeras, siempre y cuando mantengan acreditada su situación financiera e idoneidad según el Reglamento a la misma norma, a su vez la norma ecuatoriana encuentra regida a la capacidad por la expresa en el código civil Ecuatoriano, el cual también establece como capaces a las personas naturales o jurídicas. La gran diferencia radica en que la norma chilena menciona el mantener acreditada la situación financiera sin especificar si esta situación es con la Administración Pública o con una entidad privada; en la normativa ecuatoriana se expresa que no debe existir ningún tipo de obligaciones pendientes con ningún órgano estatal, o a su vez relacionado con la Administración.

La norma relativa a la contratación pública chilena también establece como incapaces a aquellas personas que hayan sido condenadas por prácticas anti sindicales o infracción a los derechos fundamentales del trabajador dentro de los anteriores 2 años a celebrarse el contrato. Esta no es una inhabilidad para contratar dentro de la normativa ecuatoriana; aquí podemos notar que en Chile

se le da mucha más importancia a los trabajadores y a sus derechos que incluso llega a ser una condición para celebrar contratos con el Estado el infringir contra los derechos fundamentales de los trabajadores.

Una similitud entre ambas normas es que ningún órgano de la administración del Estado puede contratar con funcionarios, directivos o alguna persona con algún parentesco.

En la normativa Chilena se menciona incluso a las Sociedades anónimas y se establece a dichos actos como nulos.

### **2.4.3 ESPAÑA**

En España, la Ley de Contratos Públicos nos señala primero en su Art. 32 las causas de nulidad de Derecho Administrativo.

Dentro de estas causas podemos encontrar en el inciso b) a la capacidad, mencionando así:

Son causas de nulidad de Derecho Administrativo las siguientes:

B) La falta de capacidad de obrar o de solvencia económica, financiera, técnica o profesional, debidamente acreditada, del adjudicatario, o el estar este incurso en alguna de las prohibiciones para contratar señaladas (Ley de Contratos del Sector Público, 2007, Art. 32).

A su vez la norma española en su Art. 43 expresa las condiciones de aptitud de los contratantes de forma detallada como lo veremos a continuación:

Art. 43 Condiciones de aptitud.

1. Solo podrán contratar con el sector público las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar, no estén incurso en una prohibición de contratar, y acrediten su solvencia económica, financiera y técnica o profesional o, en los casos en que así lo exija esta Ley, se encuentren debidamente clasificadas.
2. Los empresarios deberán contar, asimismo, con la habilitación empresarial o profesional que, en su caso, sea exigible para la

realización de la actividad o prestación que constituya el objeto del contrato.

El contratista deberá acreditar su solvencia y no podrá estar incurso en la prohibición de contratar (Ley de Contratos del Sector Público, 2007, Art.43).

Así mismo establece las prohibiciones para contratar en su Art. 49:

Art. 49 Prohibiciones de contratar.

1. No podrán contratar con el sector público las personas en quienes concurra alguna de las circunstancias siguientes:

A) Haber sido condenadas mediante sentencia firme por delitos de asociación ilícita, corrupción en transacciones económicas internacionales, tráfico de influencias, cohecho, fraudes y exacciones ilegales, delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, delitos contra los derechos de los trabajadores, malversación y receptación y conductas afines, delitos relativos a la protección del medio ambiente, o a pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio. La prohibición de contratar alcanza a las personas jurídicas cuyos administradores o representantes, vigente su cargo o representación, se encuentren en la situación mencionada por actuaciones realizadas en nombre o a beneficio de dichas personas jurídicas, o en las que concurran las condiciones, cualidades o relaciones que requiera la correspondiente figura de delito para ser sujeto activo del mismo.

B) Haber solicitado la declaración de concurso, haber sido declaradas insolventes en cualquier procedimiento, hallarse declaradas en concurso, estar sujetas a intervención judicial o haber sido inhabilitadas, sin que haya concluido el periodo de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación del concurso.

C) Haber sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia de disciplina de mercado, en materia profesional o en materia de integración laboral y de igualdad de oportunidades y no discriminación

de las personas con discapacidad o por infracción muy grave en materia social, incluidas las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales, o en materia medioambiental.

D) No hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias o de Seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes, en los términos que reglamentariamente se determinen.

E) Haber incurrido en falsedad.

F) Estar incurso la persona física o los administradores de la persona jurídica en algún conflicto de interés de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado. La prohibición alcanzará a las personas jurídicas en cuyo capital participen, en los términos y cuantías establecidas, el personal y los altos cargos de cualquier Administración Pública, así como los cargos electos al servicio de las mismas. La prohibición se extiende igualmente, en ambos casos, a los cónyuges, personas vinculadas con análoga relación de convivencia afectiva y descendientes de las personas a que se refieren los párrafos anteriores, siempre que, respecto de los últimos, dichas personas ostenten su representación legal.

G) Haber contratado a personas que hayan pasado a prestar servicios en empresas o sociedades privadas directamente relacionadas con las competencias del cargo desempeñado durante los dos años siguientes a la fecha de cese en el mismo. La prohibición de contratarse se mantendrá durante el tiempo que permanezca dentro de la organización de la empresa la persona contratada con el límite máximo de dos años a contar desde el cese como alto cargo (Ley de Contratos del Sector Público, 2007, Art.49).

La legislación española al igual que la ecuatoriana y la Chilena, menciona que son capaces de contratar con el Estado las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras que posean capacidad de obrar y acrediten solvencia sea esta económica, financiera, técnica o profesional.

La diferencia radica en la clasificación que realiza al mencionar como capaces a los empresarios con habilitación empresarial, empresas no comunitarias, empresas comunitarias, personas jurídicas y uniones de empresarios.

Estas figuras no pueden ser observadas dentro de la legislación ecuatoriana y más aún si nos enfocamos en las empresas comunitarias y las no comunitarias. Estos términos tienen relación directa con la Unión Europea; serán empresas comunitarias las que a pesar de no ser españolas provengan de países miembros de la Unión Europea, y las no comunitarias son aquellas empresas provenientes de países que no forman parte de la Unión Europea. Al ser España miembro de la Unión Europea es lógica la clasificación de empresas comunitarias y no comunitarias que se incluye en esta norma.

A su vez la Ley Española de Contratos Públicos expresa claramente a quienes se encuentran prohibidos de realizar contratos con el Estado.

Dentro de esta clasificación podemos encontrar a los condenados con sentencia en firme por asociación ilícita, corrupción, cohecho, fraudes, delitos contra los derechos de los trabajadores, delitos relativos al medio ambiente, entre otros.

Esta prohibición se extiende también a las personas jurídicas cuando los administradores de las mismas se encuentren en alguna de las situaciones mencionadas y que hayan actuado en beneficio o en nombre de la empresa.

También se encuentran prohibidos los declarados insolventes en un proceso; aquellos que hayan cometido una infracción muy grave en materia social incluidas las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales y el no encontrarse al día con las obligaciones tributarias o de seguridad social.

Podemos ver que las prohibiciones son más detalladas y específicas que en la Ley Orgánica de Contratación Pública ecuatoriana; también se diferencia claramente en todo momento si la prohibición será solo para personas naturales o si también se extiende a las personas jurídicas en los casos que sean necesarios.

Es claro que la norma española le da una gran importancia a los derechos de los trabajadores prohibiendo así a quienes hayan ejercido una infracción en

materia de prevención de riesgos laborales el poder contratar con el Estado, esto también pudo ser visto dentro de la Ley de Contratos Públicos chilena la cual también le da una suma importancia a los trabajadores y sus derechos.

El contratar a personas que se encontraban prestando servicios en entes estatales, y que la competencia de su cargo haya estado directamente relacionado con la actividad que va a ejercer en la nueva empresa es un motivo más de prohibición dentro de la legislación española. Se puede contratar a una persona de estas características siempre y cuando hayan transcurrido dos años del cese de sus funciones.

La prohibición se extenderá mientras la persona permanezca dentro de la empresa hasta que se cumplan los dos años. Esta prohibición es específicamente impuesta sobre los trabajadores públicos; en la ley ecuatoriana no se encuentra enfocada de esta forma. Se encuentran prohibidos los trabajadores de tener relación con la persona natural o jurídica contratante, pero no se habla de lo que sucede luego de que el trabajador público haya terminado de ejercer sus funciones y quiera formar parte de otra entidad, en este caso privada. Si se tomara en cuenta esta prohibición y se la incluyera dentro de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública ayudaría en gran manera a evitar que se vulnere el proceso contractual por parte de los propios funcionarios públicos.

#### **2.4.4 PERÚ**

Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado es el nombre que lleva la norma encargada de regir los contratos públicos en Perú.

En uno de sus primeros artículos menciona de forma detallada los impedimentos impuestos para el contratista o también conocido como postor.

Art. 9 Impedimentos para ser postor y/o contratista

Están impedidos de ser postores y/o contratistas:

A) El Presidente y los Vicepresidentes de la República, los representantes al Congreso de la República, los Ministros y Viceministros de Estado, los vocales de la Corte Suprema de Justicia de

la República, los titulares y los miembros del órgano colegiado de los organismos constitucionales autónomos, hasta un año después de haber dejado el cargo;

B) Los titulares de instituciones o de organismos públicos descentralizados, los presidentes y vicepresidentes regionales, los consejeros de los Gobiernos Regionales, los alcaldes, los regidores, los demás funcionarios y servidores públicos, los directores y funcionarios de las empresas del Estado; y, en general, las personas naturales contractualmente vinculadas a la Entidad que tengan intervención directa en la definición de necesidades, especificaciones, evaluación de ofertas, selección de alternativas, autorización de adquisiciones o pagos;

C) El cónyuge, conviviente o los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad de las personas a que se refieren los literales precedentes;

D) Las personas jurídicas en las que las personas naturales a que se refieren los literales a), b) y c) tengan una participación superior al cinco por ciento del capital o patrimonio social, dentro de los veinticuatro meses anteriores a la convocatoria;

E) Las personas jurídicas o naturales cuyos apoderados o representantes legales sean cónyuge, conviviente o parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad de las personas a que se refieren los literales a) y b) precedentes;

F) Las personas naturales o jurídicas que se encuentren sancionadas administrativamente con inhabilitación temporal o permanente en el ejercicio de sus derechos para participar en procesos de selección y para contratar con Entidades, de acuerdo a lo dispuesto por la presente Ley y su Reglamento;

G) Las personas jurídicas cuyos socios, accionistas, participacionistas o titulares hayan formado parte de personas jurídicas sancionadas administrativamente con inhabilitación temporal o permanente para participar en procesos de selección y para contratar con el Estado, o que habiendo actuado como personas naturales se encontrarán con los

mismos tipos de sanción; conforme a los criterios señalados en la Ley y en el Reglamento; y,

H) La persona natural o jurídica que haya participado como tal en la elaboración de los estudios o información técnica previa que da origen al proceso de selección y sirve de base para el objeto del contrato, salvo en el caso de los contratos de supervisión (Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, 2004, Art.9).

Al hablar de la legislación peruana existen muchas similitudes con las inhabilidades impuestas en la Ley Orgánica de Contratación Pública ecuatoriana; entre estas encontramos a la prohibición de contratar con el Estado impuesta al presidente, vicepresidente, ministros, titulares de instituciones o de organismos públicos; funcionarios públicos, entre otros.

También se expresa que las personas naturales o jurídicas que hayan participado en la elaboración de estudios o información técnica, que serviría de base para el proceso objeto del contrato, no se encuentran habilitadas para celebrar el mismo, esto esta expreso tanto en la legislación ecuatoriana como en la peruana.

Ambas normas impiden contratar a quienes se encuentren inhabilitados; en Perú se expresa que las personas naturales o jurídicas que hayan sido sancionadas con la inhabilidad sea esta temporal o permanente, no podrán celebrar contratos con el Estado. A su vez esto se extiende a las personas naturales o jurídicas que formaron parte de una persona jurídica que fue sancionada con inhabilitación temporal o permanente. En Ecuador solo se menciona que no podrán contratar los que a pesar de que en el proceso precontractual no se encontraban inhabilitados al momento de celebrar el contrato lo estén.

La norma peruana no expresa como inhabilidad el encontrarse en mora con alguna entidad estatal, esta es una diferencia marcada con la norma ecuatoriana, ya que en esta se expresa que se prohíbe contratar con el Estado a aquellos que se encuentren en mora con alguna institución pública.

### 2.4.5 COLOMBIA

En Colombia el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública es la norma encargada de regir los contratos públicos; al igual que en la norma peruana, se encuentran claramente expresas las inhabilidades para realizar contratos con el Estado entre sus primeros artículos.

Art. 8 De las Inhabilidades e incompatibilidades para Contratar.

1. Son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales:

A) Las personas que se hallen inhabilitadas para contratar por la Constitución y las leyes.

B) Quienes participaron en las licitaciones o concursos o celebraron los contratos de que trata el literal anterior estando inhabilitados.

C) Quienes dieron lugar a la declaratoria de caducidad.

D) Quienes en sentencia judicial hayan sido condenados a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas y quienes hayan sido sancionados disciplinariamente con destitución.

E) Quienes sin justa causa se abstengan de suscribir el contrato estatal adjudicado.

F) Los servidores públicos.

G) Quienes sean cónyuges o compañeros permanentes y quienes se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con cualquier otra persona que formalmente haya presentado propuesta para una misma licitación o concurso.

H) Las sociedades distintas de las anónimas abiertas, en las cuales el representante legal o cualquiera de sus socios tenga parentesco en segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el representante legal o con cualquiera de los socios de una sociedad que formalmente haya presentado propuesta, para una misma licitación o concurso.

I) Los socios de sociedades de personas a las cuales se haya declarado la caducidad, así como las sociedades de personas de las que aquellos formen parte con posterioridad a dicha declaratoria.

Las inhabilidades a que se refieren los literales c), d) e i) se extenderán por un término de cinco años contado a partir de la fecha de ejecutoria del acto que declaró la caducidad, o de la sentencia que impuso la pena, o del acto que dispuso la destitución; las previstas en los literales b) y e), se extenderán por un término de cinco años contado a partir de la fecha de ocurrencia del hecho de la participación en la licitación o concurso, o de la de celebración del contrato, o de la de expiración del plazo para su firma.

2. Tampoco podrán participar en licitaciones o concursos ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva:

A) Quienes fueron miembros de la junta o consejo directivo o servidores públicos de la Entidad Contratante. Esta incompatibilidad solo comprende a quienes desempeñaron funciones en los niveles directivo, asesor o ejecutivo y se extiende por el término de un año, contado a partir de la fecha del retiro.

B) Las personas que tengan vínculos de parentesco, hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil con los servidores públicos de los niveles: directivo, asesor, ejecutivo o con los miembros de la junta o consejo directivo, o con las personas que ejerzan el control interno o fiscal de la Entidad Contratante.

C) El cónyuge, compañero o compañera permanente del servidor público en los niveles directivo, asesor, ejecutivo, o de un miembro de la junta o consejo directivo, o de quien ejerza funciones de control interno o de control fiscal.

D) Las corporaciones, asociaciones, fundaciones y las sociedades anónimas que no tengan el carácter de abiertas, así como las sociedades de responsabilidad limitada y las demás sociedades de personas en las que el servidor público en los niveles directivo, asesor o ejecutivo, o el miembro de la junta o consejo directivo, o el cónyuge, compañero o compañera permanente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, afinidad o civil de cualquiera de ellos, tenga participación o desempeñe cargos de dirección o manejo.

E) Los miembros de las juntas o consejos directivos. Esta incompatibilidad sólo se predica respecto de la entidad a la cual prestan sus servicios y de las del sector administrativo al que la misma esté adscrita o vinculada (Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, 1993, Art.8).

La normativa colombiana expresa de manera clara cuales son las inhabilidades para contratar; a raíz de estas podemos extraer una comparación con la legislación ecuatoriana.

En nuestra norma se sobre entiende que deben estar facultados por la Constitución todos aquellos que deseen celebrar un contrato con el Estado, pero en Colombia se encuentra expresado en la ley de contratación pública, que en este caso sería un Estatuto.

Podemos observar también que el haberse abstenido de suscribir un contrato con el Estado es una causa de inhabilidad; en la legislación ecuatoriana aquel que ha sido declarado adjudicatario fallido durante el tiempo de tres años queda suspendido del Registro Único de Proveedores y el Estado tiene la facultad de ejercer otras acciones sobre él.

Una similitud con la ley ecuatoriana es la inhabilidad que se les impone a los servidores públicos de celebrar contratos con el Estado, también se extiende esto a sus cónyuges o compañeros permanentes.

En la normativa colombiana se encuentra especificado que no podrán contratar con el Estado las corporaciones, sociedades anónimas que no tengan carácter de abiertas; a su vez también se inhabilita a los socios de sociedades a las cuales se haya declarado caducidad. Estas especificaciones no se encuentran en la normativa ecuatoriana.

Como hemos podido ver, a pesar de que todas las leyes que rigen la contratación pública en distintos países tienen sus similitudes generales bien marcadas; existen aspectos referentes a la capacidad que son aportados según el país del cual provenga la ley. Esto nos permite tener un sentido más amplio de cómo es aplicada la contratación pública desde el enfoque específico

de capacidad en nuestro país, a comparación de los otros países los cuales profundizan y detallan en algunos casos más que nuestra norma.

## CAPITULO III

### PROCEDIMIENTO CONTRACTUAL

#### 3.1 ETAPAS DEL PROCESO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL ECUADOR

Para que un proceso de contratación sea realizado de forma correcta debe contar con un conjunto organizado de etapas, las mismas que deben desarrollarse con responsabilidad y eficacia para poder darle un necesario y correcto uso a los fondos del Estado, los mismos que serán utilizados en beneficio de los administrados.

Los fines y metas que se buscan concretar al finalizar el proceso deben ser claros y precisos, respetando en todo momento la norma encargada de regir la contratación pública en nuestro país, La ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

En el Ecuador las fases o etapas que forman parte del proceso de contratación pública son las siguientes:

1. Preparatoria o de planeación;
2. Precontractual;
3. Contractual;
4. Ejecución;
5. Pos Contractual.

##### 3.1.1 ETAPA PREPARATORIA

Etapa también conocida como de preparación; como su nombre lo indica en esta etapa se desarrollará la fase interna del proceso de contratación. Se establecerá la necesidad de requerir celebrar un contrato y así mismo se configurará la voluntad de la administración para contratar.

Para Aurelio Garófalo (2003, p.25), esta etapa "Es interna y en ella se gesta la intención de la Institución para contratar; para esto la máxima autoridad debe contar con estudios completos".

En esta etapa se diseña y se seleccionan los objetivos para enfocarse en el logro de resultados. Como resultado final de esta fase se realiza un plan, el

mismo que contendrá políticas, cronogramas y todo lo necesario para proyectar la necesidad y la viabilidad del objeto del contrato.

Si la planeación es realizada de forma correcta puede ayudar a determinar el objeto, plazo, valor, riesgos, y el proceso de selección adecuado para cada tipo de contrato.

La importancia de esta etapa radica en que servirá de base para el contrato; determinará si celebrar el mismo es necesario. Si es realizado de forma correcta y responsable puede ahorrarle gastos al Estado de forma segura.

La correcta realización de esta etapa también sirve para que los funcionarios de la administración cumplan de forma correcta sus roles, sean técnicos o presupuestales ya que el control que se busca ejercer es superior al que se imponía en la Ley de Contratación Pública anterior.

En esta etapa es requerimiento completar un número de requisitos para que pueda ser completada de forma correcta:

- Estudios previos
- Registro en el Sistema Nacional de Contratación Pública
- Elaboración y aprobación de los pliegos
- Determinar y obtener permisos, autorizaciones necesarias
- Determinar impacto social ambiental de ser necesario
- Determinar los impuestos que tendrán a lugar
- Análisis de mercado
- Elaboración del presupuesto
- Determinar el sistema de precios
- Forma de pago y su selección
- Estimación de costos por imprevistos
- Procedimiento de selección del contratista
- Verificación del presupuesto
- Programación de la contratación
- Programación del desarrollo del contrato

Dentro del desarrollo de la fase preparatoria debe existir un plan anual de contratación de la Entidad Estatal; el mismo que es anterior a la contratación.

En este se señalan las prioridades de acción de la Entidad para realizar las estrategias proyectos y programas que se señalan en el Plan Nacional de Desarrollo.

Es obligación de todas las Entidades Estatales formular el Plan Anual de Contratación asociados al Plan Nacional de Desarrollo y yendo de la mano con el presupuesto del Estado.

Los formatos del Pan Anual de Contratación son elaborados por el Instituto Nacional de Contratación Pública, así mismo deben ser publicados en el portal Compras Públicas; incluso sus reformas deben ser publicadas en el portal, con excepción de las contrataciones de ínfima cuantía o de emergencia.

En el Art. 26 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública se señala lo que contendrá el Plan Anual:

Art. 26:

1. Los procesos de contratación que se realizarán en el año fiscal;
2. Una descripción del objeto de las contrataciones contenidas en el Plan, suficiente para que los proveedores puedan identificar las obras, bienes, servicios, o consultoría a contratarse;
3. El presupuesto estimativo de los bienes, servicio u obras a adquirir o contratar;
4. El cronograma de implementación del Plan” (Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2009, Art.26).

### **3.1.1.1 ESTUDIOS**

Para William López, “los estudios permitirán establecer independientemente de la naturaleza de la contratación si esta es conducente, pertinente y conveniente a los intereses de la Entidad Estatal y por ende al interés público” (López, 2011, 148).

Por medio de los estudios se puede llegar a determinar el objeto del contrato, el plazo, valor del mismo.

El Art. 23. de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública establece sobre los estudios:

Antes de iniciar un procedimiento precontractual, de acuerdo a la naturaleza de la contratación, la entidad deberá contar con los estudios y diseños completos, definitivos y actualizados, planos y cálculos, especificaciones técnicas, debidamente aprobados por las instancias correspondientes, vinculados al Plan Anual de Contratación de la Entidad.

Los estudios y diseños incluirán obligatoriamente como condición previa a su aprobación e inicio del proceso contractual, el análisis de desagregación tecnológica o de Compra de Inclusión, según corresponda, los que determinarán la proporción mínima de participación nacional o local de acuerdo a la metodología y parámetros determinados por el Instituto Nacional de Contratación Pública.

La máxima autoridad de la Entidad Contratante y los funcionarios que hubieren participado en la elaboración de los estudios, en la época en que estos se contrataron y aprobaron, tendrán responsabilidad solidaria junto con los consultores o contratistas, si fuere del caso, o por validez de sus resultados y por los eventuales perjuicios que pudieran ocasionarse en su posterior aplicación (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008, Art.23).

### **3.1.1.2 DESAGREGACIÓN TECNOLÓGICA**

Como analizamos en el punto anterior, los estudios deben contener la desagregación tecnológica de forma obligatoria.

Esto nos remite al Art.6 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública que en su numeral 10 señala sobre la desagregación tecnológica que:

Desagregación Tecnológica es el estudio pormenorizado que realiza la Entidad Contratante en la fase pre contractual, en base a la normativa y metodología definida por el Instituto Nacional de Contratación Pública en

coordinación con el Ministerio de Industrias y Competitividad, sobre las características técnicas del proyecto y de cada uno de los componentes objeto de la contratación, en relación a la capacidad tecnológica del sistema productivo del país, con el fin de mejorar la posición de negociación de la Entidad Contratante, aprovechar la oferta nacional de bienes, obras y servicios, acorde con los requerimientos técnicos demandados, y determinar la participación nacional. Las recomendaciones de la Desagregación Tecnológica deberán estar contenidas en los pliegos de manera obligatoria (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008, Art.6).

### **3.1.1.3 COMPRA DE INCLUSIÓN**

Con el fin de beneficiar a los ecuatorianos artesanos y dueños de micro y pequeñas empresas, se ha implementado la compra de inclusión, estudio obligatorio dentro del proceso de contratación, sea en la fase preliminar o preparatoria.

Así mismo, el Art. 6 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública define a la Compra de Inclusión de la siguiente manera:

Estudio realizado por la Entidad Contratante en la fase pre contractual que tiene por finalidad propiciar la participación local de artesanos, de la micro y pequeñas empresas en los procedimientos regidos por esta Ley, acorde con la normativa y metodología definida por el Instituto Nacional de Contratación Pública en coordinación con los ministerios que ejerzan competencia en el área social. Las conclusiones de la Compra de Inclusión se deberán reflejar en los pliegos (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008, Art.6).

A pesar de que en la ley se menciona que este estudio debe ser realizado en la fase pre-contractual, en la práctica es realizado en la fase preparatoria.

#### **3.1.1.4 PRESUPUESTO**

Según la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública" Las entidades previamente a la convocatoria, deberán certificar la disponibilidad presupuestaria y la existencia presente o futura de recursos suficientes para cubrir las obligaciones derivadas de la contratación" (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008, Art.24).

Todo aquel acto o contrato que comprometa recursos económicos del Estado debe contar con certificados de disponibilidad que garanticen la existencia de los recursos suficientes para cumplir el contrato.

Es sumamente importante la disponibilidad presupuestal ya que sin esta no podría iniciarse ningún proceso.

#### **3.1.1.5 PLIEGO DE CONDICIONES**

Según la Ley Orgánica de Contratación Pública (2008, Art. 6) los pliegos son "documentos precontractuales elaborados y aprobados para cada procedimiento, que se sujetarán a los modelos establecidos por el Instituto Nacional de Contratación Pública".

El pliego de condiciones es un acto administrativo de carácter general, producido por parte de la Administración de manera unilateral, que surten efectos jurídicos propios en todas las etapas del proceso de contratación. Constituyen los documentos precontractuales elaborados unilateralmente por el Ente Estatal en la etapa de planeación, que reglamentan las relaciones entre la Entidad Contratante y quienes participan en el proceso de contratación, y además son fuente de interpretación de las cláusulas que se acuerda y ejecutan (López, 2011, p.154).

Para Roberto Dromi:

El pliego de condiciones es el conjunto de cláusulas formuladas unilateralmente por el licitante. Las cláusulas especifican el suministro, la obra o el servicio que se licita (objeto), las pautas que regirán el contrato a celebrarse, los derechos y obligaciones de los oferentes y del futuro

contratista (relación jurídica) y las condiciones a seguir en la preparación y la ejecución del contrato procedimiento (Dromi, 2006, p.512).

Los pliegos en sí, se encargan de señalar las obligaciones del contrato; también se los conoce como la ley del contrato porque de este dependerá como se vaya desarrollando el mismo. Todo contrato debe contar con condiciones claras, concretas a las que se sometan las partes en el proceso de contratación.

#### **3.1.1.6 COMISIONES TÉCNICAS Y SUBCOMISIONES DE APOYO**

Las comisiones técnicas son conformadas por profesionales con conocimiento en materia del objeto de la contratación, designados para actuar en un proceso determinado.

El Art. 18 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública establece los procedimientos en los cuales será necesaria la conformación de comisiones técnicas en la etapa preliminar.

Se conformará la correspondiente comisión técnica en los siguientes procesos de contratación:

1. Consultoría por la lista corta o por concurso público;
2. Subasta inversa, cuyo presupuesto referencial sea superior al valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0.000002 por el monto del Presupuesto inicial del Estado;
3. Licitación;
- 4 .Cotización (Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2009, Art.18).

Así mismo si es necesario la Comisión Técnica puede integrar subcomisiones de apoyo para analizar las ofertas técnicas presentadas.

#### **3.1.1.7 DETERMINACIÓN DEL PROCESO DE SELECCIÓN**

Los tipos de procesos de selección que existen según la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública son varios, los mismos que

dependen desde el tipo de bien o servicio que se requiere contratar hasta el monto del contrato.

El proceso que será el utilizado en el contrato debe ser establecido por la Administración en la etapa preliminar.

Los hay de tipo:

1. Procedimientos dinámicos;
2. Procedimientos especiales;
3. Procedimientos por la cuantía del contrato;
4. Procedimientos por la naturaleza de la contratación.

### **3.1.1.8 EXPEDIENTE DE CONTRATACIÓN**

Ya que el proceso de contratación inicia en la etapa preparatoria, es necesario que el expediente de la contratación deba empezar a conformarse desde este punto. El expediente no es otra cosa que el conjunto de actos que se incorporan en las etapas del proceso.

Según el Art. 13 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, el expediente debe contener la siguiente información:

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 (Reglamento General de la ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2009, Art.13).

### **3.1.1.9 PROHIBICIONES**

Todo contrato que sea válido y a favor del interés público debe ser realizado por la administración, siempre y cuando este se encuentre en todo momento dentro del marco de la Ley.

Según la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (2008, Disp.II) "se prohíbe que las entidades contraten a través de terceros, intermediarios, delegados o agentes de compra."

No puede existir subdivisión en cuantías menores con el fin de evadir los procedimientos establecidos en la ley; además de que se establecen sanciones, tales como remover del cargo a los funcionarios que tomaren la decisión dando paso también a responsabilidades civiles y penales si hubiere lugar.

### **3.1.1.10 LICENCIAS O PERMISOS**

Licencia es la "facultad o permiso para hacer una cosa" (RAE, let: L). Partiendo desde este concepto podemos señalar que para que algunos contratos puedan llegar a realizarse es necesario obtener ciertas licencias y permisos durante el proceso; es importante que estas se traten de obtener en la etapa preliminar para que no existan interrupciones una vez que ya se esté ejecutando el contrato.

Dado que el Estado no se encuentra exento de dar cumplimiento al ordenamiento jurídico, es su deber poseer los permisos, licencias, autorizaciones necesarias antes de que se inicien los procesos de selección o la firma del contrato.

### **3.1.1.11 COMPRAS CORPORATIVAS**

La LOSNCP menciona que:

Con el objeto de conseguir mejores condiciones de contratación y aprovechar economías de escala, dos o más entidades podrán firmar convenios interinstitucionales con el fin de realizar en forma conjunta un procedimiento de selección único, para la adquisición de bienes, ejecución de obras de interés común o prestación de servicios incluidos los de consultoría.

Se observaran los procedimientos correspondientes de acuerdo al monto y naturaleza de la contratación.

Para la elaboración del convenio se observaran los modelos de uso obligatorio desarrollados por el Instituto Nacional de Contratación Pública. Una vez culminado el proceso de selección, si la contratación fuera divisible, se suscribirán contratos independientes entre cada entidad y el o los adjudicatarios (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008, Art. 29).

Así se faculta para que dos o más entidades puedan formar convenios con el fin de realizar de manera conjunta un procedimiento con el fin de conseguir mejores condiciones de contratación y aprovechar economías de escala.

### **3.1.1.12 INCOP Y ORGANISMOS DE CONTROL**

Tanto el INCOP como las demás instituciones que ejerzan funciones en materia de presupuestos, planificación, control y contratación pública forman parte del Sistema Nacional de Contratación Pública.

El INCOP, Instituto Nacional de Contratación Pública, es el Ente encargado de regular los procesos de contratación. Definido por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (2008, Art.6) como "Órgano técnico rector de la Contratación Pública."

Se encuentra encargado de informar a la Procuraduría y Contraloría General del Estado sobre el cometimiento de infracciones a las normas de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento General.

### **3.1.2 ETAPA PRECONTRACTUAL**

En esta etapa inicia la fase externa del proceso de contratación, ya que es aquí donde la Administración exterioriza su voluntad de celebrar un contrato determinado, respetando en todo momento las condiciones establecidas en los pliegos.

“Comprende todo acto, reglamento o acto de simple administración dictado durante el proceso de formación de la voluntad administrativa” (Garófalo, 2003, p.25)

Esta fase se desarrolla en seis puntos los cuales detallaremos a continuación.

#### **3.1.2.1 CONVOCATORIA**

Para el Diccionario de la Real Academia de la Lengua convocatoria es el “Anuncio o escrito con que se convoca ” (RAE, let.C).

Es en este momento en el cual la Administración demuestra su voluntad de contratar al realizar un llamado público a todos los interesados a participar en el proceso de contratación, para que puedan presentar sus ofertas.

Es una obligación que la convocatoria sea publicada en el portal Compras Públicas; con la información necesaria base del proceso de contratación, respetando en todo momento lo establecido en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en los pliegos de condiciones y lo que determine el INCOP.

#### **3.1.2.2 ACLARACIONES Y MODIFICACIONES A LOS PLIEGOS**

En el Art. 31 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública encontramos la divulgación, inscripción, aclaraciones y modificaciones de los pliegos; mencionando así:

Los Pliegos contendrán toda la información requerida para participar en un proceso de provisión de obras, bienes o servicios, incluidos los de consultoría.

Los Pliegos contendrán toda la información técnica, económica y legal requerida en un proceso como planos, estudios, especificaciones técnicas, condiciones económicas, legales y contractuales.

Los Pliegos son públicos y su acceso es gratuito para cualquier persona a través del portal de COMPRASPÚBLICAS.

En ningún proceso de contratación, sea cual sea su monto o modalidad, se cobrará valor alguno por derecho de inscripción. Exclusivamente el oferente adjudicado una vez recibida la notificación de adjudicación, pagará a la entidad el valor previsto en forma previa en los pliegos, y con el cual se cubra exclusivamente los costos de levantamiento de textos, reproducción y edición de los Pliegos, de ser el caso.

Los interesados podrán realizar preguntas y solicitar aclaraciones sobre los pliegos a la entidad convocante. Las preguntas, las aclaraciones, las respuestas y las modificaciones a los pliegos, en caso de existir, se publicarán en el portal Compras Públicas.

Los Pliegos establecerán el plazo y los procedimientos para formular las preguntas y aclaraciones y para obtener las respuestas correspondientes. En los Pliegos deberá incluirse obligatoriamente un plazo de convalidación de errores de forma de la oferta, de conformidad con lo establecido en el Reglamento (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008, Art. 31).

Los pliegos establecen el plazo y los procedimientos para formular las preguntas y aclaraciones requeridas en el proceso.

En el caso de que existan aclaraciones, preguntas y modificaciones; estas deben ser publicadas de forma obligatoria en el portal Compras Públicas para conocimiento general.

### **3.1.2.3 OFERTAS**

Es la forma en la cual los particulares pueden expresar su voluntad de celebrar un contrato con el Estado.

“Se ha dicho que la propuesta u oferta constituye una instancia del procedimiento de selección cuyo reflejo es el derecho a ser admitido como licitador y, al propio tiempo, una auténtica oferta del contrato” (Diez, 1980, párr. 4).

Estas ofertas pueden ser de tipo técnicas y económicas:

- Técnicas: Se refieren al compromiso del oferente de respetar lo establecido por el Ente Estatal en los pliegos de condiciones, los mismos que también incluyen el tiempo de validez de las ofertas.
- Económicas: Se refieren al precio que se oferta con la intención de poder celebrar el contrato.

Es requisito para ser oferente el constar inscrito en el Registro Único de Proveedores como proveedor habilitado, exceptuando los procesos de menor cuantía, en donde no es necesario encontrarse inscrito en el RUP.

La oferta habilitada se encuentra conceptualizada en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (2008, Art.6) como " La oferta que cumpla con todos los requisitos exigidos en los Pliegos Pre contractuales. "

Así mismo; existe la oferta fallida la cual se produce cuando el oferente ganador no celebra el contrato por causas que demuestran irresponsabilidad del mismo, produciendo como consecuencia ser inhabilitado del RUP durante tres años.

#### **3.1.2.4 ADJUDICACIÓN**

"La decisión de contratar con un determinado oferente se lleva a cabo a través de un acto administrativo que recibe el nombre de adjudicación, la viene a perfeccionar el acuerdo de voluntades con la Administración" (Cassagne, 2007, p.105).

Mediante ésta, la Entidad Contratante acepta una oferta, naciendo así derechos y obligaciones mutuas entre el particular y la Administración.

Para la LOSNCP es: "Acto administrativo por el cual la máxima autoridad o el órgano competente otorga derechos y obligaciones de manera directa al oferente seleccionado, surte efecto a partir de su notificación y solo será impugnable a través de los procedimientos establecidos en esta Ley" (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008, Art.6).

Podemos señalar la existencia de dos tipos de adjudicatarios:

- Adjudicatario hábil: Es aquel adjudicatario que se encuentra habilitado en el RUP y está completamente facultado para celebrar el contrato con la Entidad Estatal contratante.
- Adjudicatario Fallido: Es aquel oferente que se encuentra inhabilitado del RUP, por no haber celebrado un contrato que le haya sido adjudicado, remitiéndose a causas a él imputables.

En el caso de que una persona sea notificada con la adjudicación, y no celebre el contrato por causas que le sean imputables, será declarado fallido, suspendiendo así su actividad en el RUP.

De existir este caso el proceso será declarado desierto, puede ser de forma parcial o total; siempre y cuando no sea posible adjudicar el contrato al oferente en segundo lugar.

### **3.1.2.5 NOTIFICACIONES**

La notificación es la "Acción y efecto de notificar; documento en que consta la resolución comunicada" (RAE, let.N).

El Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública expresa en su Art. 17:

Todas las notificaciones que deban efectuarse en virtud de las disposiciones de la Ley y del presente Reglamento General, incluso respecto de la resolución de adjudicación, se entenderán realizadas, desde que la entidad publique en el portal Compras Públicas el documento, acto o resolución objeto de la notificación, para lo cual debe existir los registros informáticos correspondientes salvo que fuese imposible notificar electrónicamente, en cuyo caso, esta se realizara por medios físicos ( Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008, Art.17).

Las notificaciones tienen gran importancia dentro de un proceso contractual, ya que por medio de estas se da aviso a las partes; en este caso al adjudicatario sobre la resolución de la adjudicación.

Es obligación que se realicen las publicaciones en el portal Compras Públicas; pero en caso de que exista un impedimento para esto, se deberá notificar de manera física.

### **3.1.2.6 TERMINACIÓN DEL PROCEDIMIENTO PRECONTRACTUAL**

Existen dos causas por las cuales un procedimiento precontractual puede llegar a su fin.

- Declaratoria de procedimiento desierto: La declaratoria de procedimiento desierto tiene como resultado la cancelación del proceso de contratación llevando al archivo del expediente del mismo; las causas para que se produzca se encuentran en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública:

Art. 33

1. Por no haberse presentado oferta alguna;
  2. Por haber sido inhabilitadas las ofertas presentadas por incumplimiento de las condiciones o requerimientos establecidos en los pliegos;
  3. Por no celebrarse el contrato por causas imputables al adjudicatario, siempre que no sea posible adjudicar el contrato a otro oferente;
  4. Por considerarse inconvenientes para los intereses nacionales o institucionales todas las ofertas o la única presentada. La declaratoria de inconveniencia deberá estar sustentada en razones económicas, técnicas o jurídicas (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008, Art. 33).
- Cancelación de procedimiento:  
Acto administrativo por el cual, la máxima autoridad de la Entidad Contratante, en la etapa comprendida entre la convocatoria y veinticuatro horas antes de la presentación de las ofertas, declara

mediante resolución motivada cancelado el procedimiento de contratación sin derecho a indemnización alguna, por concurrir una o más causas legales (López, 2011, p.176).

La cancelación del procedimiento es el acto administrativo por el cual un proceso se cancela por no cumplir con los requerimientos de las normas pertinentes.

A su vez, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública también contempla las causales para la declaratoria de cancelación de procedimiento:

Art. 34 cualquier momento entre la convocatoria y 24 horas antes de la fecha de presentación de las ofertas, la máxima autoridad de la entidad podrá declarar cancelado el procedimiento, sin que dé lugar a ningún tipo de reparación o indemnización, mediante acto administrativo motivado, en los siguientes casos:

1. De no persistir la necesidad, en cuyo caso se archivará el expediente;
2. Cuando sea necesario introducir una reforma sustancial que cambie el objeto de la contratación; en cuyo caso se deberá convocar a un nuevo procedimiento; y,
3. Por violación sustancial de un procedimiento precontractual (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008, Art. 34).

### **3.1.3 ETAPA CONTRACTUAL**

Para Aurelio Garófalo Salazar (2003, p.27) la etapa contractual es aquella etapa que "Comprende lo relativo a las garantías, recepción de obras, reajuste de precios, impuestos".

Es la etapa en la cual el contrato se llega a formalizar conforme a la ley, mediante la suscripción del acuerdo de voluntades de las partes; en otras palabras es en esta etapa en donde se realizará la firma del contrato para darle cumplimiento por las partes.

### **3.1.3.1 PLAZO PARA LA SUSCRIPCIÓN DEL CONTRATO**

El plazo es:

Periodo de tiempo que se fija para el cumplimiento de una obligación; la obligación puede ser pura o simple o sujeta a condicionantes.

También se puede definir al plazo como el periodo de tiempo en el que al cumplirse la obligación no se incurre en indemnización alguna, porque no causa ningún daño mutuamente (Garófalo, 2003, p.55).

La Entidad Contratante cuenta con un plazo de quince días para realizar todos los trámites que se requieran para la suscripción del contrato.

Así mismo es la obligación del contratista de hacerlo dentro de los términos establecidos en la ley y en los pliegos de condiciones, al igual que la Entidad Contratante hasta los quince días de la adjudicación del contrato.

En caso de que la administración no cumpla dentro del plazo establecido, el oferente mediante comunicación escrita le expresa el incumplimiento para que en un nuevo término de diez días se pueda realizar la suscripción. Si el incumplimiento por parte de la Administración persiste, el oferente puede solicitar se deje sin efecto la adjudicación, con la facultad de poder demandar por los daños y perjuicios generados por el Ente Contratante.

### **3.1.3.2 VERIFICACIÓN DE LA APTITUD LEGAL DEL CONTRATISTA**

El contratista debe encontrarse apto legalmente al momento de la suscripción del contrato; esto nos permite remitirnos directamente a la capacidad ya que si el contratista no se encuentra capacitado o se encuentra dentro de alguna de las causales de inhabilidad del Art. 62 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, no podrá suscribir el contrato.

La Entidad Contratante por medio de sus funcionarios es la encargada de verificar la capacidad del contratista al cual se le adjudicará el contrato. De no realizarse correctamente esta verificación puede acarrear consecuencias civiles y penales.

### **3.1.3.3 VERIFICACIÓN DE LOS DOCUMENTOS QUE INTEGRAN EL CONTRATO**

El Art. 112 del Reglamento General expresa que:

El contrato está conformado por el documento que lo contiene, los pliegos y la oferta ganadora. Los documentos derivados del proceso de selección que establezcan obligaciones para las partes y que hayan sido expresamente señalados en el contrato, también forma parte de este (Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2009, Art.112).

Es obligación de la Administración verificar correctamente la existencia de todos los documentos descritos en el Reglamento, para que el contrato pueda ser celebrado según el principio de legalidad.

### **3.1.3.4 GARANTÍAS**

Las garantías "Son obligaciones accesorias, de modo para que existan es necesario que también exista una obligación principal. Si no hay la obligación principal no puede haber la obligación accesoria" (Garófalo, 2003, p.63).

Los tipos de garantías las encontramos en el Art. 73 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública:

En los contratos a que se refiere esta Ley, los contratistas podrán rendir cualquiera de las siguientes garantías:

1. Garantía incondicional, irrevocable y de cobro inmediato, otorgada por un banco o institución financiera establecidos en el país o por intermedio de ellos;
2. Fianza instrumentada en una póliza de seguros, incondicional e irrevocable, de cobro inmediato, emitida por una compañía de seguros establecida en el país;
3. Primera hipoteca de bienes raíces, siempre que el monto de la garantía no exceda del sesenta (60%) por ciento del valor del inmueble hipotecado, según el correspondiente avalúo catastral correspondiente;

4. Depósitos de bonos del Estado, de las municipalidades y de otras instituciones del Estado, certificaciones de la Tesorería General de la Nación, cédulas hipotecarias, bonos de prenda, Notas de crédito otorgadas por el Servicio de Rentas Internas, o valores fiduciarios que hayan sido calificados por el Directorio del Banco Central del Ecuador. Su valor se computará de acuerdo con su cotización en las bolsas de valores del país, al momento de constituir la garantía. Los intereses que produzcan pertenecerán al proveedor; y,

5. Certificados de depósito a plazo, emitidos por una institución financiera establecida en el país, endosados por valor en garantía a la orden de la Entidad Contratante y cuyo plazo de vigencia sea mayor al estimado para la ejecución del contrato.

No se exigirán las garantías establecidas por la presente Ley para los contratos referidos en el número 8 del artículo 2 de esta Ley.

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

Las garantías otorgadas por bancos o instituciones financieras y las pólizas de seguros establecidas en los numerales 1 y 2 del presente artículo, no admitirán cláusula alguna que establezca trámite administrativo previo, bastando para su ejecución, el requerimiento por escrito de la entidad beneficiaria de la garantía. Cualquier cláusula en contrario, se entenderá como no escrita (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008, Art.73).

Características de las garantías:

- Accesorias
- Consustanciales
- Incondicionales
- Irrevocables
- Unilaterales
- De cobro o ejecución inmediata

- Preferentes
- Inembargables
- Independientes

Clases de garantías:

- Garantía de fiel cumplimiento
- Garantía por anticipo
- Garantía técnica

Las garantías son aquellas que aseguran el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el contrato.

Estas garantías son constituidas por el contratista a favor de la Entidad Contratante, para prevalecer el buen manejo e inversión del anticipo, pago de obligaciones a favor de terceros, efectivización de multas, fiel cumplimiento, la calidad y el correcto funcionamiento de los bienes y equipos.

La garantía que se empleará será elegida por la Entidad Contratante y debe encontrarse claramente especificada en los pliegos de condiciones.

### **3.1.3.5 CELEBRACIÓN DEL CONTRATO**

Al llegar a este momento dentro del proceso, es necesario que haya existido el cuidado necesario al momento de verificar tanto la capacidad del contratante, como todos los documentos requeridos que deben estar incluidos para poder celebrar el contrato.

Así mismo se requiere que se hayan completado todos los procedimientos establecidos por la ley y por los pliegos de condiciones, sin dejar de lado a las garantías correspondientes por parte del contratista hacia la administración.

Nos remitimos a la norma en su Art. 69 sobre la suscripción de contratos:

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 superior a la base prevista para la licitación se protocolizarán ante Notario Público. Los gastos derivados del otorgamiento del contrato son de cuenta del contratista.

Las contrataciones que se realicen por el sistema de catálogo se formalizarán con la orden de compra y el acta de entrega.

Las contrataciones de menor cuantía se instrumentarán con la factura correspondiente, sin perjuicio de que se puedan elaborar documentos que contengan las obligaciones particulares que asuman las partes.

Los demás contratos se otorgarán por documento suscrito entre las partes sin necesidad de escritura pública.

Para la suscripción del contrato, será requisito previo la rendición de las garantías correspondientes.

Cuando por causas imputables al adjudicatario no se suscriba el contrato dentro del término correspondiente, la entidad deberá declararlo como adjudicatario fallido y disponer su suspensión del RUP. De existir ofertas habilitadas, la entidad, de convenir a sus intereses, adjudicará el contrato al oferente que hubiera presentado la siguiente oferta de mejor costo.

Si el contrato no se celebrare por causas imputables a la Entidad Contratante, el adjudicatario podrá demandar la correspondiente indemnización de los daños y perjuicios o reclamar administrativamente los gastos en que ha incurrido, siempre que se encuentren debida y legalmente comprobados. La entidad a su vez deberá repetir contra el o los funcionarios o empleados responsables.

En ningún caso se podrá iniciar la ejecución del contrato sin la previa celebración o formalización de los instrumentos expuestos en este artículo (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008, Art.69).

Como ya habíamos visto con anticipación; cuando el adjudicatario no suscribe el contrato dentro del término correspondiente es declarado como adjudicatario fallido teniendo como consecuencia la suspensión del RUP.

Ya que ningún acto de la Administración puede ser verbal, se necesita la respectiva formalización de todos los instrumentos empleados en la ejecución

del contrato, de no existir esta formalización el contrato no existiría, no sería válido.

### **3.1.3.6 ADMINISTRACIÓN DEL CONTRATO, SUPERVISIÓN Y FISCALIZACIÓN**

El Art. 70 de la LOSNCP sobre la administración del contrato expresa que:

Los contratos contendrán estipulaciones específicas relacionadas con las funciones y deberes de los administradores del contrato, así como de quienes ejercerán la supervisión o fiscalización.

En el expediente se hará constar todo hecho relevante que se presente en la ejecución del contrato, de conformidad a lo que se determine en el Reglamento. Especialmente se referirán a los hechos, actuaciones y documentación relacionados con pagos; contratos complementarios; terminación del contrato; ejecución de garantías; aplicación de multas y sanciones; y, recepciones (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008, Art. 70).

Las veces de administrador las tendrá el funcionario público determinado por la Administración para velar por el cumplimiento de todas las obligaciones, para que así no exista ningún tipo de vulnerabilidad dentro del proceso y poder evitar a tiempo sanciones y retrasos al momento de la ejecución.

A su vez el fiscalizador será aquel profesional contratado por la Entidad Contratante que se encargará de asegurar el cumplimiento del objeto del contrato; los contratos de ejecución de obras requerirán de los servicios de fiscalización.

### **3.1.4 ETAPA DE EJECUCIÓN**

Es el cumplimiento de los términos contractuales. La ejecución supone que una u otra parte cumplan con lo previsto en el contrato, para lo cual disponen del plazo previamente convenido.

La forma como se ha de ejecutar el contrato deviene de la naturaleza misma del contrato (Garófalo, 2003, p.67).

Etapa en la cual como su nombre lo indica se ejecuta el contrato; se da cumplimiento al objeto del contrato según lo establecido en sus cláusulas.

Es necesario para que esta etapa se desarrolle correctamente, el control por parte de la Administración; esto también permitirá determinar el incumplimiento por parte del contratista y aplicar las sanciones correspondientes en caso de que existieran.

#### **3.1.4.1 PLAZO, SUSPENSIONES Y PRORROGAS**

Según el Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (2008, Art.116), "para el cómputo del plazo de duración del contrato se contará todos los días y correrá desde el día siguiente de su suscripción o desde el día siguiente de cumplirse las condiciones establecidas en los pliegos, en el Reglamento o en el contrato".

El objeto contractual debe ser ejecutado en el plazo establecido sin ninguna interrupción. De existir interrupción se generaría una falta la cual daría lugar a sanciones por parte de la Administración, incluso la terminación unilateral del contrato. Es justificada la interrupción en casos de fuerza mayor o caso fortuito. En caso de que se produzca una interrupción justificada, debe ser compensada con la prórroga del plazo siempre bajo constancia escrita de que se la realizó.

#### **3.1.4.2 ACCIONES DEL ADMINISTRADOR, SUPERVISOR O FISCALIZADOR**

Por medio del administrador, supervisor o fiscalizador determinado para cada caso, la Administración está facultada a ejercer control sobre el cumplimiento del objeto del contrato y las cláusulas establecidas en el mismo realizando actas e informes claros que determinen el estado del proceso.

El contratista se encuentra obligado a ejecutar las órdenes que se le fueron impartidas por la Administración, pero a su vez se encuentra facultado a pedir aclaraciones cuando crea conveniente.

De existir incumplimiento en los deberes de control, se podrían generar sanciones administrativas, civiles y penales según corresponda.

Para Aurelio Garófalo:

La fiscalización es el control de la ejecución del contrato (obra). La fiscalización se cumple a través de un fiscalizador que controla que las obras se ejecuten de acuerdo a lo especificado en el contrato. Este control permite la recepción del objeto contractual. Para esto, es necesario intervenir durante la ejecución del mismo (Garófalo, 2003, p.58).

#### **3.1.4.3 PAGO Y ANTICIPO**

El contratista se encuentra obligado una vez que suscribe el contrato a cumplirlo de forma cabal y según los requerimientos que le impuso la Administración; pero a su vez el Ente Contratante se encuentra obligado de realizar los pagos correspondientes y anticipos según el modo de pago que escogió.

El anticipo es un mecanismo de financiación del contratista al momento de ejecutar el contrato, la Administración le entrega parte del dinero pactado en el contrato para que comience a ejecutarlo.

El pago del anticipo no puede superar los treinta días a partir de la fecha de suscripción del contrato.

#### **3.1.4.4 ACTA DE INICIO**

"El acta no es otra cosa que la constancia escrita que dejan las partes contratantes sobre un determinado hecho o suceso" (López, 2011, p.199).

El acta de inicio es el documento por medio del cual empieza a correr el plazo contractual, es aquí en donde las partes comienzan la ejecución del objeto materia del contrato.

Dicha acta contiene datos como lugar, fecha, partes y otros aspectos del contrato y se suscribirá según lo establecido en el mismo.

### **3.1.4.5 LIBRO DE OBRA**

Expediente de la fase de ejecución del contrato, que se compone de las actuaciones, observaciones, criterios y recomendaciones hechas por la supervisión y también por el contratista, desde el inicio de la ejecución de la obra hasta su culminación (López, 2011, p.200).

Es el libro en el cual se deja constancia de la ejecución de la obra; descansan las observaciones, recomendaciones realizadas por supervisores o administradores y el contratista desde el inicio de la ejecución de la obra hasta el final. Es un libro de control de la obra.

### **3.1.4.6 CESIÓN Y SUBCONTRATACIÓN**

La subcontratación y la cesión de derechos se encuentran prohibidas dentro de los contratos celebrados con la administración.

Existen excepciones en las cuales puede existir subcontratación; siempre y cuando sea aprobada por el Ente Estatal y mientras sea parcial sin superar el treinta por ciento del monto del contrato.

Las obligaciones del contratista no se extinguen al momento de subcontratar, siguen intactas siendo este responsable en todo momento de cualquier inconveniente que surja producto de la subcontratación.

Marienhoff expresa que:

Como corolario o reflejo de que tanto la "obligación" o el "derecho" del cocontratante derivados de un contrato administrativo, les corresponden personalmente a él, cuadra afirmar:

1. Salvo el supuesto de que el contrato lo autorice "ab initio", sin autorización expresa de la Administración Pública el cocontratante no puede "ceder" o "transferir" el contrato introduciendo o colocando a un "tercero" en lugar suyo.
2. Igual prohibición rige para el cocontratante respecto a la "subcontratación", pues, sin autorización expresa de la Administración Pública, no puede sub-contratar recibiendo la colaboración de un tercero.

Las expresadas limitaciones o prohibiciones a la actividad del cocontratante, se imponen como principio en la materia: corresponden a la naturaleza de los contratos administrativos. Existen por sí mismas, sin que para ellos sea necesario incluirlas en el contrato (Marienhoff, 1993, p.317).

#### **3.1.4.7 REAJUSTE DE PRECIOS**

Para Aurelio Garófalo en lo relativo al reajuste de precios; "existen dos formas de concebir las obligaciones: préstamo y pago. El reajuste de precios de determina en función de sus componentes básicos considerados en los diferentes precios unitarios" (Garófalo, 2003, p.66).

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en su Art. 82 sobre el sistema de reajuste menciona:

Los contratos de ejecución de obras, adquisición de bienes o de prestación de servicios, a que se refiere esta Ley, cuya forma de pago corresponda al sistema de precios unitarios, se sujetarán al sistema de reajuste de precios de conformidad con lo previsto en el Reglamento a esta Ley. Serán también reajustables los contratos de consultoría que se suscribieran bajo cualquier modalidad ( Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008, Art.82).

El reajuste de precios es realizado mediante índices, formulas determinadas por el órgano competente del Estado, en este caso el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos; operando sobre los precios unitarios de la ejecución de la obra, adquisición de bienes, prestación de servicios o suministro, y contratos de consultoría objeto del contrato. Los contratos integrales por precio fijo no son reajustables.

Las formulas e índices que se utilizarán en el reajuste de precios deben incluirse en el contrato de manera obligatoria por parte de la Entidad Contratante.

#### **3.1.4.8 MULTAS**

“La multa es la estimación anticipada que hacen las partes del perjuicio que sufriría una de ellas por el incumplimiento de la obligación. El incumplimiento de la obligación puede causar daño a la otra parte y ese daño debe repararse” (Garófalo, 2003, p.56).

Es la sanción pecuniaria impuesta por la Administración de manera unilateral, en caso de incumplimiento de las obligaciones por parte del contratista.

El Art. 71 de la LOSNCP establece como cláusula obligatoria que:

En los contratos sometidos a esta Ley se estipulará obligatoriamente cláusulas de multas, así como una relacionada con el plazo en que la entidad deberá proceder al pago del anticipo, en caso de haberlo; el que no podrá exceder del término de treinta (30) días (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008, Art.71).

Las multas requieren de tres requisitos para su validez:

- Encontrarse establecidas en el contrato
- Incumplimiento del contratista
- El contrato debe encontrarse en la etapa de ejecución.

#### **3.1.4.9 CONTRATOS MODIFICATORIOS**

Son aquellos contratos por medio de los cuales las partes pueden enmendar errores involuntarios expresados en el contrato.

Se tratan de contratos modificatorios, ya que como su nombre lo indica modifican el contrato.

“Es un contrato accesorio que suscriben las partes contratantes para enmendar errores manifiestos de hecho” (López, 2011, p.213).

#### **3.1.4.10 CONTRATOS COMPLEMENTARIOS**

“Es un contrato accesorio que pueden convenir las partes contratantes sin licitación o concurso, cuando por causas imprevistas o técnicas sea necesario ampliar, modificar o complementar una determinada obra o servicio” (López, 2011, p.214).

Es así, que los contratos complementarios son aquellos contratos accesorios que pueden ser celebrados por las partes en caso de que se requiera ampliar o completar una obra o servicio.

Los requisitos para celebrar contratos complementarios son:

- Haber sido autorizados mediante resolución de la Entidad Contratante previa a la celebración del contrato.
- Se requieren exclusivamente en causas imprevistas o técnicas.
- Las causas para celebrar los contratos complementarios pueden ser solicitadas por ambas partes, pero solo la Administración puede calificarlas.
- Se los debe celebrar entre las mismas partes del contrato principal.
- Los rubros del contrato principal se deben mantener.
- Para realizar pagos nuevos se utilizarán los precios referenciales de la Entidad Contratante.
- Además de las garantías rendidas en el contrato principal, el contratista debe rendir también garantías en el contrato complementario.
- No se puede celebrar contratos complementarios en los contratos de adquisición de bienes ni en los contratos integrales por precio fijo.

#### **3.1.4.11 ORDENES DE CAMBIO**

Orden realizada por la Entidad Contratante hacia el contratista para que sin necesidad de celebrar un contrato complementario realice cambios; si al momento de ejecutarse la obra existen diferencias entre las cantidades del contrato y las reales.

#### **3.1.4.12 ORDENES DE TRABAJO**

“Disposición que da la Administración directamente al contratista y sin necesidad de contrato complementario para que ejecute rubros nuevos que sean necesarios para la ejecución de la obra ” (López, 2011, p.217).

La orden de trabajo es dada por la Entidad Contratante, la misma que dispone la ejecución de rubros nuevos que sean necesarios en la obra.

Al igual que en las ordenes de cambio, se trata de una orden impuesta por la Administración sobre el contratista.

#### **3.1.4.13 RECEPCIONES Y LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO**

La recepción es el acto por el cual la Administración recibe el objeto contractual; se declara que la prestación realizada por el contratista se ha completado según lo establecido en el contrato.

“La recepción es la aceptación expresa que hace el contratante del objeto del contrato. La recepción jurídicamente equivale al pago, a la prestación efectiva y por ende, extingue la obligación ” (Garófalo, 2003, p.59).

Para esto, se nombra una comisión conformada por un conjunto de profesionales técnicos para realizar las recepciones de obras, bienes o servicios.

Clases de recepción:

- Única
- Provisional
- Definitiva
- De pleno derecho.

La liquidación del contrato no debe ser entendida como una imposición de la Administración hacia el contratista; se realizará en caso de que sea requerida para terminar un acuerdo bilateral.

“La obligación de liquidar en contrato, es de origen legal, y tiene por objeto que una vez terminado el contrato las partes definan los saldos que a favor o en contra de cada una de ellas resulten” (López, 2011, p.224).

Los valores resultado de la liquidación deben pagarse dentro de los diez días siguientes a la misma.

#### **3.1.4.14 TERMINACIÓN DEL CONTRATO**

Existen dos formas de concluir un contrato:

- Regular: Cuando las partes han cumplido sus obligaciones y se ha logrado ejecutar el objeto del contrato.

- Irregular: Culminación del contrato de manera abrupta, sea por incumplimiento del contrato por medio de las partes, quiebra, insolvencia, entre otros.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en su Art. 92. Sobre la terminación de los contratos expresa que los contratos terminan:

1. Por cumplimiento de las obligaciones contractuales;
2. Por mutuo acuerdo de las partes;
3. Por sentencia o laudo ejecutoriados que declaren la nulidad del contrato o la resolución del mismo a pedido del contratista;
4. Por declaración unilateral del contratante, en caso de incumplimiento del contratista; y,
5. Por muerte del contratista o por disolución de la persona jurídica contratista que no se origine en decisión interna voluntaria de los órganos competentes de tal persona jurídica (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008, Art.92).

### **3.1.5 ETAPA POS CONTRACTUAL**

Es la etapa posterior a la celebración y ejecución del contrato, en donde se evalúan los resultados del mismo, y se analizan los problemas que surgieron en él.

La etapa pos contractual es el "conjunto de actuaciones posteriores a la terminación del contrato. Generalmente versa sobre temas accesorios de la contratación misma" (López, 2011, p.227).

#### **3.1.5.1 RESPONSABILIDADES DE LOS SUJETOS QUE FORMAN PARTE DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS**

Las partes dentro del contrato están obligadas a actuar en todo momento con responsabilidad, transparencia y diligencia para evitar sanciones establecidas por la Ley en caso de incumplimiento.

La Constitución en su Art. 233 establece que:

Ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones, y serán responsables administrativa, civil, y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos (Constitución de la República, 2008, Art. 233).

Ambas partes son responsables de sus actos dentro del proceso de contratación; el contratante será responsable en caso de incumplimiento o mala ejecución del contrato y a su vez los funcionarios públicos serán sujetos a sanciones si no realizan sus funciones de forma correcta y tal como lo establece la ley.

### **3.1.5.2 RECLAMOS, RECURSOS Y CONTROVERSIA**

Los reclamos y recursos son aquella herramienta por la cual el contratista busca que se enmiende algún error cometido por la Administración.

Los recursos son los medios de impugnación que tienen como fin obtener la modificación, revocación o invalidación de una resolución Administrativa; se encuentran motivados en la ley.

“Los recursos administrativos pueden definirse como los distintos medios que el derecho establece para obtener que la Administración, en vía administrativa, revise un acto y lo confirme, modifique o revoque” (Sayagues, 2002, p.470).

Encontramos a los siguientes tipos de recursos:

- Reclamo Administrativo: es el derecho dado por la ley a las partes para impugnar un acto que considere está afectando sus derechos.
- Recurso de Reposición: Es aquel recurso que se interpone para que la Administración reforme o sustituya algún acto que considere está vulnerando algún derecho del contratante.
- Solución de Controversias: Se puede realizar por medio de la vía judicial y a su vez también por mediación y arbitraje en caso de requerir mayor agilidad en el proceso.

### **3.1.5.3 ORGANISMOS DE CONTROL**

Es obligación de los organismos de control del Estado realizar los controles posteriores a la ejecución del contrato, para determinar que no se generó ningún conflicto y en mayor parte tratar de proteger los intereses de los administrados.

Como ya lo mencionamos el INCOP es el Ente Estatal encargado de controlar los procesos de contratación pública en el Ecuador ya que se eliminaron con la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública los informes de la Procuraduría y Contraloría General del Estado.

### **3.1.5.4 ADJUDICATARIOS FALLIDOS Y CONTRATISTAS INCUMPLIDOS**

El contratista incumplido se diferencia del adjudicatario fallido en que habiendo celebrado el contrato incumplió una o más cláusulas del mismo.

El contratista incumplido tiene una sanción de suspensión del RUP por cinco años a partir de la notificación de la resolución de terminación unilateral del contrato dada por la Administración.

El adjudicatario fallido tendrá una sanción de tres años de suspensión del Registro Único de Proveedores, a partir de la notificación de resolución en la que fue declarado adjudicatario fallido.

En caso de que el incumplimiento del contrato sea por parte de una persona jurídica, tendrá una suspensión del RUP de cinco años.

Tanto los adjudicatarios fallidos como los contratistas incumplidos serán registrados en el Registro de Incumplimientos.

### **3.1.5.5 MANTENIMIENTO DE LA OBRA**

Ya que una obra luego de su ejecución necesita de mantenimiento para poder seguir sirviendo conforme a los intereses de los administrados; es obligación del Estado prestar el mantenimiento requerido con el fin de evitar su desgaste y mal uso.

## **3.2 LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA SEGÚN LA LEY ÓRGANICA DEL SISTEMA ACTUAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA**

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (2008) ha establecido según el objeto de la contratación y los montos o cuantía de la misma los siguientes procedimientos:

1. Procedimientos Dinámicos;
2. Procedimientos Especiales;
3. Procedimientos por la cuantía del contrato;
4. Procedimientos por la naturaleza de la contratación.

### **3.2.1 PROCEDIMIENTOS DINÁMICOS**

Dentro de los procedimientos dinámicos encontramos a las compras por catálogo y la subasta inversa.

#### **3.2.1.1 COMPRAS POR CATÁLOGO**

El Art. 44 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública menciona que:

Como producto del Convenio Marco, el Instituto Nacional de Contratación Pública creará un catálogo electrónico disponible en el Portal COMPRASPÚBLICAS, desde el cual las Entidades Contratantes podrán realizar sus adquisiciones en forma directa (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008, Art.44).

Es un procedimiento de contratación elaborado de forma electrónica entre el Estado y los proveedores seleccionados para contratar directamente sin límite de montos los bienes y servicios que consten en el catálogo.

#### **3.2.1.2 SUBASTA INVERSA**

La subasta es una venta pública que se realiza al mejor postor; a su vez la subasta inversa es un proceso de selección a través del portal Compras Públicas o subastas inversas públicas, en donde los proveedores pujan hacia la baja del precio ofertado.

Los resultados deben ser publicados de forma obligatoria en el portal Compras Públicas.

La LOSNCP en su Art. 47 menciona que:

Para la adquisición de bienes y servicios normalizados que no consten en el catálogo electrónico, las Entidades Contratantes deberán realizar subastas inversas en las cuales los proveedores de bienes y servicios equivalentes, pujan hacia la baja el precio ofertado, en acto público o por medios electrónicos a través del Portal de COMPRASPÚBLICAS.

Los resultados de los procesos de adjudicación por subasta inversa serán publicados en el Portal COMPRASPÚBLICAS para que se realicen las auditorías correspondientes.

El Reglamento a la presente Ley establecerá los procedimientos y normas de funcionamiento de las subastas inversas.

Para participar de cualquier mecanismo electrónico en el portal se tiene que estar registrado en el RUP (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008, Art.47).

### **3.2.2 PROCEDIMIENTOS ESPECIALES**

Dentro de los procedimientos especiales señalados en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública encontramos a los siguientes:

#### **3.2.2.1 CONTRATACIÓN INTEGRAL POR PRECIO FIJO**

Procedimiento especial de selección mediante el cual se acuerda por resolución de la autoridad máxima del Ente Estatal contratar la ejecución de obras según lo que establece la ley.

Quienes asumirán el riesgo en este tipo de contratación serán los contratistas.

La norma expresa que:

Para celebrar contratos de obra, podrá acordarse mediante resolución razonada de la máxima autoridad de la entidad, la celebración del

Contrato Integral por precio fijo, cuando se cumplan de forma conjunta los siguientes requisitos:

1. Si del análisis previo a la resolución de la máxima autoridad, resulta más ventajosa esta modalidad con respecto a la contratación por precios unitarios;
2. Si se tratare de la ejecución de proyectos de infraestructura en los que fuere evidente el beneficio de consolidar en un solo contratista todos los servicios de provisión de equipo, construcción y puesta en operación;
3. Si el presupuesto referencial de dicha contratación sobrepasa el valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,1% por el monto del Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico; y,
4. Que la Entidad Contratante cuente con los estudios completos, definitivos y actualizados.

Se prohíbe en esta clase de contratos la celebración de contratos complementarios, la inclusión de fórmulas de reajustes de precios o cualquier otro mecanismo de variación de precios. El plazo de ejecución no será sujeto a modificaciones salvo exclusivamente en los casos de fuerza mayor o caso fortuito. Los contratistas de esta modalidad contractual asumen todos los riesgos y responsabilidades por el cumplimiento del objeto del contrato en las condiciones acordadas (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008, Art. 53).

### **3.2.2.2 CONTRATACIONES EN SITUACIONES DE EMERGENCIA**

Procedimiento especial en el cual se realiza una contratación de obras, bienes o servicios en el cual la Administración solo podrá exceptuar el proceso de selección por situaciones de emergencia.

Se debe cumplir tanto como corresponda con la etapa de planeación y de forma obligatoria con la etapa contractual, de ejecución y pos contractual.

La LOSNCP establece que:

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

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

En todos los casos, una vez superada la situación de emergencia, la máxima autoridad de la Entidad Contratante publicará en el Portal COMPRASPÚBLICAS un informe que detalle las contrataciones realizadas y el presupuesto empleado, con indicación de los resultados obtenidos (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008, Art.57).

### **3.2.2.3 ADQUISICIÓN DE BIENES INMUEBLES**

La adquisición de bienes inmuebles en otras palabras responde a la figura de la expropiación.

La expropiación es aquella figura por medio de la cual el Estado adquiere un bien de un particular, con la obligación de indemnización justa hacia el expropiado.

Son expropiables toda clase de bienes y derechos, exceptuando los de índole personal.

La Constitución en su Art. 323 dispone que:

Con el objeto de ejecutar planes de desarrollo social manejo sustentable del ambiente y de bien estar colectivo, las instituciones del Estado, por razones de utilidad pública o interés social o nacional, podrán declarar la expropiación de bienes, previa justa valoración, indemnización y pago de conformidad con la Ley (Constitución de la República, 2008, Art.323).

#### **3.2.2.4 ARRENDAMIENTO DE BIENES INMUEBLES**

El Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en su Art. 64 expresa que:

Para el arrendamiento de bienes inmuebles, las entidades contratantes publicarán en el portal COMPRASPUBLICAS los pliegos en los que constarán las condiciones mínimas del inmueble requerido, con la referencia al sector y lugar de ubicación del mismo.

Para la suscripción del contrato, el adjudicatario no requiere estar inscrito y habilitado en el RUP.

El INCOP determinará el procedimiento y los requisitos que se deberán cumplir en estas contrataciones (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008, Art.64).

Por tanto, los arrendamientos de bienes inmuebles no necesitarán que el adjudicatario se encuentre inscrito y habilitado en el RUP. El contrato se adjudicará a la mejor oferta según lo previsto en los pliegos de condiciones.

#### **3.2.3 PROCEDIMIENTOS POR LA CUANTÍA DEL CONTRATO**

Son aquellos procedimientos que se basan en la cuantía del contrato para cumplir con un objeto requerido por los administrados.

##### **3.2.3.1 LICITACIÓN**

Procedimiento mediante el cual la Administración escoge a una persona sea natural o jurídica para celebrar un contrato, basándose en condiciones como

precio, calidad oportunidad y eficacia; lo que resulte más conveniente para el Estado y sus administrados.

La legislación ecuatoriana establece que la licitación solo puede ser de tipo pública.

Marienhoff menciona que:

Por licitación pública debe entenderse el procedimiento de selección del co-contratante de la Administración donde el número de oferentes o licitadores no tiene limitaciones, dado que pueden concurrir a ella todas aquellas personas o entidades que, de acuerdo a las normas vigentes, estén en condiciones de presentarse a la licitación de que se trate.

De manera que el rasgo típico de la licitación pública es la posibilidad de que concurra a ella un número ilimitado de oferentes o licitadores, en tanto estos se hallen encuadrados en las disposiciones normativas vigentes (Marienhoff, 1993, p.81).

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública establece a su vez que:

La licitación es un procedimiento de contratación que se utilizará en los siguientes casos:

1. Si fuera imposible aplicar los procedimientos dinámicos previstos en el Capítulo II de este Título o, en el caso que una vez aplicados dichos procedimientos, éstos hubiesen sido declarados desiertos; siempre que el presupuesto referencial sobrepase el valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,000015 por el monto del Presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico;
2. Para contratar la adquisición de bienes o servicios no normalizados, exceptuando los de consultoría, cuyo presupuesto referencial sobrepase el valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,000015 por el monto del Presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico; y,

3. Para contratar la ejecución de obras, cuando su presupuesto referencial sobrepase el valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,00003 por el monto del Presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008, Art.48).

### **3.2.3.2 COTIZACIÓN**

Proceso de selección aplicable cuando el objeto del contrato trata sobre bienes y servicios normalizados, no normalizados y ejecución de obras. Solo se ejecutará en los casos que es imposible aplicar los procedimientos dinámicos.

Se realiza una invitación a prestar ofertas a cinco proveedores los mismos que han sido elegidos mediante sorteo público a través del portal Compras Públicas.

### **3.2.3.3 MENOR CUANTÍA**

Al igual que en la cotización, este procedimiento es aplicable cuando el objeto del contrato trata de servicios y bienes normalizados, no normalizados y ejecución de obras y si es imposible aplicar los procedimientos dinámicos.

La ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública expresa sobre las contrataciones de menor cuantía que:

Se podrá contratar bajo este sistema en cualquiera de los siguientes casos:

1. Las contrataciones de bienes y servicios no normalizados, exceptuando los de consultoría cuyo presupuesto referencial sea inferior al 0,000002 del Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico;
2. Las contrataciones de obras, cuyo presupuesto referencial sea inferior al 0,000007 del Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico;
3. Si fuera imposible aplicar los procedimientos dinámicos previstos en el Capítulo II de este Título o, en el caso que una vez aplicados dichos

procedimientos, éstos hubiesen sido declarados desiertos; siempre que el presupuesto referencial sea inferior al 0,000002 del Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico.

En los casos de los números 1 y 3 se podrá contratar directamente. En el caso previsto en el número 2 se adjudicará el contrato a un proveedor registrado en el RUP escogido por sorteo público de entre los interesados previamente en participar en dicha contratación.

De requerirse pliegos, éstos serán aprobados por la máxima autoridad o el funcionario competente de la Entidad Contratante y se adecuarán a los modelos obligatorios emitidos por el Instituto Nacional de Contratación Pública (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008, Art.51).

#### **3.2.3.4 ÍNFIMA CUANTÍA**

Procedimiento mediante el cual la Administración puede contratar la ejecución de obras, adquisición de bienes o prestación de servicios de forma directa guiándose por los montos establecidos por la ley.

#### **3.2.4 PROCEDIMIENTOS POR LA NATURALEZA DE LA CONTRATACIÓN**

Son aquellos procedimientos que serán escogidos según la naturaleza del objeto materia del contrato.

##### **3.2.4.1 CONSULTORÍA**

La Ley de Consultoría fue derogada por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; dicha norma expresa en su Art. 37 que:

La consultoría será ejercida por personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras que, para celebrar contratos con las entidades sujetas a la presente Ley, deberán inscribirse en el Registro Único de Proveedores RUP.

La participación de consultores extranjeros, en los procesos de contratación pública, sean estos personas naturales o jurídicas, se limitará a los servicios, campos, actividades o áreas en cuyos

componentes parcial o totalmente no exista capacidad técnica o experiencia de la consultoría nacional, certificadas por el Instituto Nacional de Contratación Pública quien para el efecto de proporcionar esta certificación deberá solicitar mediante aviso público la presentación de expresiones de interés de proveedores de bienes y servicios nacionales. Si en un plazo de treinta días de solicitada dicha expresión de interés no existen interesados nacionales, o los que manifiesten su interés no cumplen con la capacidad técnica o experiencia solicitada, entonces autorizará a la entidad el concurso de prestadores de servicios de consultoría extranjeros.

Esta autorización no impide que una vez iniciado el proceso contractual una persona natural o jurídica nacional participe del mismo (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008, Art. 37).

Los procedimientos en materia de consultoría que se llevarán al momento de contratar se encuentran determinados por el presupuesto referencial determinado por la Entidad Contratante, estos procesos son: contratación directa, contratación mediante lista corta; contratación mediante concurso público.

#### **3.2.4.2 RÉGIMEN ESPECIAL**

Procedimiento que comprende determinadas contrataciones, en el caso de que el régimen especial no contemple detalles sobre un proceso que sean indispensables para el desarrollo del mismo, se observa de forma supletoria los procedimientos dados por el régimen general de contratación pública.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública establece los casos que se deben someter a régimen especial de la siguiente manera:

Se someterán a la normativa específica que para el efecto dicte el Presidente de la República en el Reglamento General a esta Ley, bajo criterios de selectividad, los procedimientos precontractuales de las siguientes contrataciones:

1. Las de adquisición de fármacos que celebren las entidades que presten servicios de salud, incluido el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social;
2. Las calificadas por el Presidente de la República como necesarias para la seguridad interna y externa del Estado, y cuya ejecución esté a cargo de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional;
3. Aquellas cuyo objeto sea la ejecución de actividades de comunicación social destinadas a la información de las acciones del Gobierno Nacional o de las Entidades Contratantes;
4. Las que tengan por objeto la prestación de servicios de asesoría y patrocinio en materia jurídica requeridas por el Gobierno Nacional o las Entidades Contratantes;
5. Aquellas cuyo objeto sea la ejecución de una obra artística literaria o científica;
6. Las de adquisición de repuestos o accesorios que se requieran para el mantenimiento de equipos y maquinarias a cargo de las Entidades Contratantes, siempre que los mismos no se encuentren incluidos en el Catálogo Electrónico del Portal de COMPRASPÚBLICAS;
7. Los de transporte de correo internacional y los de transporte interno de correo, que se regirán por los convenios internacionales, o las disposiciones legales y reglamentarias dictadas para el efecto, según corresponda;
8. Los que celebren el Estado con entidades del sector público, éstas entre sí, o aquellos con empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público o sus subsidiarias; así como también los contratos que se celebren entre las entidades del sector público o empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público y con empresas públicas de los Estados de la Comunidad Internacional; y,
9. Los que celebran las instituciones del sistema financiero y de seguros en las que el Estado o sus instituciones son accionistas únicos o

mayoritarios; y, los que celebren las subsidiarias de derecho privado de las empresas estatales o públicas o de las sociedades mercantiles de derecho privado en las que el Estado o sus instituciones tengan participación accionaria o de capital superior al cincuenta (50%) por ciento, exclusivamente para actividades específicas en sectores estratégicos definidos por el Ministerio del Ramo (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008, Art.2).

#### **3.2.4.3 CONTRATOS FINANCIADOS CON PRÉSTAMOS Y COOPERACIÓN INTERNACIONAL**

En las contrataciones que se financien, previo convenio, con fondos provenientes de organismos multilaterales de crédito de los cuales el Ecuador sea miembro, o, en las contrataciones que se financien con fondos reembolsables o no reembolsables provenientes de financiamiento de gobierno a gobierno; u organismos internacionales de cooperación, se observará lo acordado en los respectivos convenios. Lo no previsto en dichos convenios se regirá por las disposiciones de esta Ley (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008, Art. 3).

Los contratos financiados con préstamos y cooperación internacional son procedimientos de carácter excepcional; se financian de organismos internacionales de cooperación que rigen sus principios en los tratados y convenios internacionales.

### **3.3 AGILIDAD Y EFICACIA EN EL PROCEDIMIENTO CONTRACTUAL**

Ya que el tema principal de esta tesis es determinar la vulnerabilidad en el Sistema Actual de Contratación Pública tanto en la capacidad como en el procedimiento; es de suma importancia analizar la agilidad y la eficacia dentro de los procesos ejecutados por la Administración en la actualidad ya que si estos preceptos no existiesen se podría vulnerar los procedimientos de contratación de una manera más simple.

El término agilidad, para el diccionario de la Real Academia de la Lengua significa una cualidad de ágil, conceptualizándolo así como "Ligero, pronto, expedito" (RAE, let. A).

A su vez, la eficacia se encuentra conceptualizada como "Capacidad de lograr el efecto que desea o se espera" (RAE, let. E).

Podemos extraer de la conceptualización de estos términos que el considerar a la agilidad y a la eficacia dentro de un proceso de contratación pública garantizaría que el mismo sea pronto, expedito y que tenga como fin el efecto que se desea; en este caso el beneficio de los administrados por medio del cumplimiento del objeto de un contrato.

La Introducción a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública menciona que:

Es indispensable innovar la contratación mediante procedimientos ágiles, transparentes, eficientes y tecnológicamente actualizados, que impliquen ahorro de recursos y que faciliten las labores de control tanto de las Entidades Contratantes como de los propios proveedores de obras, bienes y servicios y de la ciudadanía en general;

Es necesario utilizar los mecanismos tecnológicos que permitan socializar los requerimientos de las Entidades Contratantes y la participación del mayor número de personas naturales y jurídicas en los procesos contractuales que el Estado Ecuatoriano emprenda (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008, párr.3).

Es así como podemos llegar a la conclusión de que la LOSNCP busca que sus procedimientos sean más ágiles y eficaces, mediante la implementación de medios tecnológicos para ejercer un mayor control sobre los procesos de contratación y a su vez reflejar transparencia y publicidad en los mismos mediante la publicación obligatoria en el portal Compras Públicas de los hechos que se realicen en el contrato.

El crear un Ente Estatal de control expresamente dedicado solo a la contratación pública ha significado otra manera de darle mayor agilidad al procedimiento ya que por medio de este todos los procedimientos de contratación pública son controlados y monitoreados por un solo Ente para que todos sus actos sean según lo establecido en la ley.

El realizar todos los estudios, análisis, elaboración de presupuesto, selección de la forma de pago, entre otros; en la etapa preparatoria permite que el proceso sea más ágil ya que se puede determinar antes de la suscripción del contrato que el objeto que se busca ejecutar no es viable, no necesario para los administrados o representaría un gasto de tiempo y dinero para la Administración.

No se esperaría a que el proceso se encuentre en fases posteriores como la fase de ejecución para determinar que no era necesaria la suscripción del contrato; haciendo más eficaz el procedimiento porque se estaría logrando el objetivo esperado realizándolo de la forma correcta.

La agilidad y la eficacia dentro del proceso dependen tanto de la Administración como del contratante; los funcionarios públicos se encuentran en la obligación de realizar todas sus funciones según lo que establece la ley, sin cometer actos de corrupción ni de beneficio propio o del contratista; de ser así acarrearían sanciones graves impuestas por la Administración desde la destitución de sus cargos hasta sanciones de tipo administrativas, civiles y penales.

A su vez, es responsabilidad del contratista mostrar agilidad y eficacia al momento de ejecutar el contrato, ya que debe conseguir satisfacer una necesidad de los administrados por medio de la culminación de la obra, bien o servicio que ha ejecutado.

Es por tanto, de gran importancia buscar que un proceso de contratación pública sea ágil y eficaz desde su inicio hasta el momento de la culminación para que exista beneficio tanto para los administrados por medio del Ente Estatal y para el contratista en beneficio propio.

### **3.4 LEGISLACIÓN COMPARADA: PROCEDIMIENTO CONTRACTUAL**

Al igual que en la capacidad, al momento de analizar los procedimientos se requiere realizar una comparación entre nuestra legislación y algunas legislaciones de habla hispana importantes.

#### **3.4.1 ARGENTINA**

En Argentina el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional establece como procedimientos de selección a la licitación, subasta pública, licitación o concurso abreviado y la contratación directa.

Art. 25 Los procedimientos de selección serán:

A) Licitación o Concursos Públicos. La licitación o el concurso serán públicos cuando el llamado a participar esté dirigido a una cantidad indeterminada de posibles oferentes con capacidad para obligarse y será aplicable cuando el monto estimado de la contratación supere el mínimo que a tal efecto determine la reglamentación, sin perjuicio del cumplimiento de los demás requisitos que exijan los pliegos.

1. El procedimiento de licitación pública se realizará de acuerdo con el monto que fije la reglamentación y cuando el criterio de selección del cocontratante recaiga primordialmente en factores económicos.

2. El procedimiento de concurso público se realizará de acuerdo con el monto que fije la reglamentación y cuando el criterio de selección del cocontratante recaiga primordialmente en factores no económicos, tales como la capacidad técnico-científica, artística u otras, según corresponda.

B) Subasta Pública. Este procedimiento podrá ser aplicado en los siguientes casos:

1. Compra de bienes muebles, inmuebles, semovientes, incluyendo dentro de los primeros los objetos de arte o de interés histórico, tanto en el país como en el exterior.

Este procedimiento será aplicado preferentemente al de contratación directa, en los casos en que la subasta fuere viable, en las condiciones que fije la reglamentación.

2. Venta de bienes de propiedad del Estado Nacional.

C) Licitación o Concursos Abreviados. La licitación o el concurso serán abreviados cuando el llamado a participar esté dirigido exclusivamente a proveedores que se hallaren inscriptos en la base de datos.

D) Contratación Directa. La selección por contratación directa se utilizará en los siguientes casos:

1. Cuando de acuerdo con la reglamentación no fuere posible aplicar otro procedimiento de selección y el monto presunto del contrato no supere el máximo que fije la reglamentación.

2. La realización o adquisición de obras científicas, técnicas o artísticas cuya ejecución deba confiarse a empresas, artistas o especialistas que sean los únicos que puedan llevarlas a cabo.

3. La contratación de bienes o servicios cuya venta fuere exclusiva de quienes tengan privilegio para ello o que sólo posea una determinada persona física o jurídica, siempre y cuando no hubieren sustitutos convenientes.

4. La marca no constituye de por sí causal de exclusividad, salvo que técnicamente se demuestre la inexistencia de sustitutos convenientes.

5. Cuando una licitación haya resultado desierta o fracasada y se efectuare un nuevo llamado, deberán modificarse los Pliegos de Bases y Condiciones Particulares.

6. Cuando probadas razones de urgencia o emergencia que respondan circunstancias objetivas impidan la realización de otro procedimiento de selección el tiempo oportuno, lo cual deberá ser debidamente acreditado en las respectivas actuaciones, y deberá ser aprobado por la máxima autoridad de cada jurisdicción o entidad.

7. Cuando el Poder Ejecutivo Nacional haya declarado secreta la operación contractual por razones de seguridad o defensa nacional, facultad ésta excepcional e indelegable.

8. Cuando se trate de reparaciones de maquinarias, vehículos, equipos o motores.

9. Las contrataciones entre reparticiones públicas o en las que tenga participación mayoritaria el Estado Nacional. En estos casos quedará prohibida la subcontratación del objeto.

En las contrataciones directas en las que corresponda efectuar invitaciones, de acuerdo con la reglamentación, también serán consideradas las ofertas de quienes no hubiesen sido invitados a participar (Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, Art. 25).

En nuestro país la clasificación de procedimientos se diferencia de la argentina en ser más específica ya que los procedimientos son de tipo dinámicos, especiales, por la cuantía del contrato y por la naturaleza de la contratación y de cada uno de ellos se desprenden figuras tales como la licitación, cotización, compras por catálogo, subasta inversa, entre otras.

Vale la pena recalcar que la legislación Argentina al hablar del proceso toma en cuenta de la misma forma que la ecuatoriana los medios tecnológicos para poder llevar un correcto manejo de los contratos públicos a favor de los administrados.

### **3.4.2 CHILE**

En Chile, se reconoce como procedimiento de contratación a la licitación; es así como la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios establece que la Administración adjudicará los contratos que celebre mediante licitación pública, licitación privada o contratación directa.

La licitación pública será obligatoria cuando las contrataciones superen las 1.000 unidades tributarias mensuales.

Art. 7. Para efectos de esta ley se entenderá por:

A) Licitación o propuesta pública: el procedimiento administrativo de carácter concursal mediante el cual la Administración realiza un llamado público, convocando a los interesados para que, sujetándose a las bases fijadas, formulen propuestas, de entre las cuales seleccionará y aceptará la más conveniente.

En las licitaciones públicas cualquier persona podrá presentar ofertas, debiendo hacerse el llamado a través de los medios o sistemas de acceso público que mantenga disponible la Dirección de Compras y Contratación Pública, en la forma que establezca el Reglamento. Además, con el objeto de aumentar la difusión del llamado, la entidad licitante podrá publicarlo por medio de uno o más avisos, en la forma que lo establezca el Reglamento.

B) Licitación o propuesta privada: el procedimiento administrativo de carácter concursal, previa resolución fundada que lo disponga, mediante el cual la Administración invita a determinadas personas para que, sujetándose a las bases fijadas, formulen propuestas, de entre las cuales seleccionará y aceptará la más conveniente.

C) Trato o contratación directa: el procedimiento de contratación que, por la naturaleza de la negociación que conlleva, deba efectuarse sin la concurrencia de los requisitos señalados para la licitación o propuesta pública y para la privada. Tal circunstancia deberá, en todo caso, ser acreditada según lo determine el Reglamento.

La Administración no podrá fragmentar sus contrataciones con el propósito de variar el procedimiento de contratación (Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, 2003, Art.7).

Al igual que la norma argentina, la chilena cuenta incluso con un número menor de procedimientos de selección en comparación a la legislación ecuatoriana.

Toma en cuenta como principal procedimiento a la licitación siendo esta en el Ecuador considerada luego de que no se puedan realizar los procedimientos dinámicos tales como las compras por catálogo y la subasta inversa.

Es necesario aclarar que la legislación chilena también incluye a los medios tecnológicos para el desarrollo de los contratos de contratación pública.

### **3.4.3 PERÚ**

La Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado contempla como procesos de selección a la licitación pública, concurso público, adjudicación directa y adjudicación de menor cuantía.

“Los procesos de selección son: Licitación Pública, Concurso Público, Adjudicación Directa y Adjudicación de Menor Cuantía. El Reglamento determinará las características, requisitos, procedimientos, sistemas y modalidades aplicables a cada proceso de selección” (Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, 2004, Art.14).

A su vez realiza una conceptualización de cada uno de ellos:

Art. 15.- La Licitación Pública se convoca para la contratación de obras y para la adquisición de bienes y suministros dentro de los márgenes que establece la Ley Anual de Presupuesto.

Art. 16.- El Concurso Público se convoca para la contratación de servicios de toda naturaleza, incluyendo consultorías y arrendamientos, dentro de los márgenes que establece la Ley Anual de Presupuesto.

Art. 17.-

17.1 La Adjudicación Directa se aplica para las adquisiciones y contrataciones que realice la Entidad, dentro de los márgenes que establece la Ley Anual de Presupuesto. En este caso el proceso exige la convocatoria a por lo menos tres proveedores. La Adjudicación Directa puede ser Pública o Selectiva. El Reglamento señalará la forma de convocatoria en cada caso.

17.2 La Adjudicación de Menor Cuantía se aplica para las adquisiciones y contrataciones que realice la Entidad, cuyo monto sea inferior a la

décima parte del límite mínimo establecido por la Ley Anual de Presupuesto para la Licitación o Concurso Público, según corresponda. En este caso para el otorgamiento de la Buena Pro basta la evaluación favorable del proveedor o postor seleccionado, cuya propuesta deberá cumplir con las especificaciones técnicas o términos de referencia establecidos (Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, 2004, Art.15-17).

La legislación peruana también contempla un Registro Nacional de Proveedores, que en el Ecuador lleva el nombre de Registro Único de Proveedores en el cual se llevará registro de aquellas personas naturales y jurídicas que se encuentran habilitadas para contratar con el Estado.

A su vez la legislación peruana también incluye un sistema electrónico para poder realizar las contrataciones del Estado de una forma más ordenada y controlada.

Así mismo cuenta con un organismo de control que lleva por nombre Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, en el Ecuador el órgano equivalente es el Instituto Nacional de Contratación Pública.

#### **3.4.4 COLOMBIA**

La legislación colombiana contempla en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública a la licitación y al concurso como procedimientos de selección y establece las reglas para los mismos en su Art. 30.

La licitación o concurso se efectuará conforme a las siguientes reglas:

1. El jefe o representante de la entidad estatal ordenará su apertura por medio de acto administrativo motivado. La resolución de apertura debe estar precedida de un estudio realizado por la entidad respectiva en el cual se analice la conveniencia y oportunidad del contrato y su adecuación a los planes de inversión, de adquisición o compras, presupuesto y ley de apropiaciones, según el caso. Cuando sea

necesario, el estudio deberá estar acompañado, además, de los diseños, planos y evaluaciones de pre factibilidad o factibilidad.

2. La entidad interesada elaborará los correspondientes pliegos de condiciones o términos de referencia, en los cuales se detallarán especialmente los aspectos relativos al objeto del contrato, su regulación jurídica, los derechos y obligaciones de las partes, la determinación y ponderación de los factores objetivos de selección y todas las demás circunstancias de tiempo, modo y lugar que se consideren necesarias para garantizar reglas objetivas, claras y completas.

3. Dentro de los diez a veinte días calendario anteriores a la apertura de la licitación o concurso se publicarán hasta tres avisos con intervalos entre dos y cinco días calendario, según lo exija la naturaleza, objeto y cuantía del contrato, en diarios de amplia circulación en el territorio de jurisdicción de la entidad o, a falta de estos, en otros medios de comunicación social que posean la misma difusión.

En defecto de dichos medios de comunicación, en los pequeños poblados, de acuerdo con los criterios que disponga el Reglamento, se leerán por bando y se fijarán por avisos en los principales lugares públicos por el término de siete días calendario, entre los cuales deberá incluir uno de los días de mercado en la respectiva población.

Los avisos contendrán información sobre el objeto y características esenciales de la respectiva licitación o concurso.

4. Dentro de los tres días hábiles siguientes al inicio del plazo para la presentación de propuestas y a solicitud de cualquiera de las personas que retiraron pliegos de condiciones o términos de referencia, se celebrará una audiencia con el objeto de precisar el contenido y alcance de los mencionados documentos y de oír a los interesados, de lo cual se levantará un acta suscrita por los intervinientes.

Como resultado de lo debatido en la audiencia y cuando resulte conveniente, el jefe o representante de la entidad expedirá las modificaciones pertinentes a dichos documentos y prorrogará, si fuere necesario, el plazo de la licitación o concurso hasta por seis días hábiles.

Lo anterior no impide que dentro del plazo de la licitación o concurso, cualquier interesado pueda solicitar aclaraciones adicionales que la Entidad Contratante responderá mediante comunicación escrita, copia de la cual enviará a todos y cada una de las personas que retiraron pliegos o términos de referencia.

5. El plazo de la licitación o concurso, entendido como el término que debe transcurrir entre la fecha a partir de la cual se pueden presentar propuestas y la de su cierre, se señalará en los pliegos de condiciones o términos de referencia, de acuerdo con la naturaleza, objeto y cuantía del contrato.

Cuando lo estime conveniente la entidad interesada o cuando lo soliciten las dos terceras partes de las personas que hayan retirado pliegos de condiciones o términos de referencia, dicho plazo se podrá prorrogar, antes de su vencimiento, por un término no superior a la mitad del inicialmente fijado.

6. Las propuestas deben referirse y sujetarse a todos y cada uno de los puntos contenidos en el pliego de condiciones o términos de referencia. Los proponentes pueden presentar alternativas y excepciones técnicas o económicas siempre y cuando ellas no signifiquen condicionamientos para la adjudicación.

7. De acuerdo con la naturaleza, objeto y cuantía del contrato, en los pliegos de condiciones o términos de referencia, se señalará el plazo razonable dentro del cual la entidad deberá elaborar los estudios técnicos, económicos y jurídicos necesarios para la evaluación de las propuestas y para solicitar a los proponentes las aclaraciones y explicaciones que se estimen indispensables.

8. Los informes de evaluación de las propuestas permanecerán en la secretaría de la entidad por un término de cinco días hábiles para que los oferentes presenten las observaciones que estimen pertinentes. En ejercicio de esta facultad, los oferentes no podrán completar, adicionar, modificar o mejorar sus propuestas.

9. Los plazos para efectuar la adjudicación y para la firma del contrato se señalarán en los pliegos de condiciones o términos de referencia, teniendo en cuenta su naturaleza, objeto y cuantía.

El jefe o representante de la entidad podrá prorrogar dichos plazos antes de su vencimiento y por un término total no mayor a la mitad del inicialmente fijado, siempre que las necesidades de la Administración así lo exijan.

Dentro del mismo término de adjudicación, podrá declararse desierta la licitación o concurso conforme a lo previsto en este estatuto.

10. El acto de adjudicación se hará mediante resolución motivada que se notificará personalmente al proponente favorecido en la forma y términos establecidos para los actos administrativos y, en el evento de no haberse realizado en audiencia pública, se comunicará a los no favorecidos dentro de los cinco días calendario siguiente. El acto de adjudicación es irrevocable y obliga la entidad al adjudicatario.

11. Si el adjudicatario no suscribe el contrato correspondiente dentro del término que se haya señalado, quedará a favor de la Entidad Contratante, en calidad de sanción, el valor del depósito o garantía constituidos para responder por la seriedad de la propuesta, sin menoscabo de las acciones legales conducentes al reconocimiento de perjuicios causados y no cubiertos por el valor de los citados depósito o garantía. En este evento, la entidad estatal mediante acto administrativo debidamente motivado, podrá contratar, dentro de los quince días siguientes, al proponente calificado en segundo lugar, siempre y cuando su propuesta sea igualmente favorable para la entidad (Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, 2006, Art.30).

La Ley de Contratación Pública colombiana establece la creación de un Registro Único de Proponentes para todas aquellas empresas que quieran participar en la celebración de contratos con el Estado.

La diferencia con la ley ecuatoriana radica en que este registro funcionará en las cámaras de comercio de la jurisdicción de los proponentes, lo cual no se contempla en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

El Ente Estatal de control en Colombia es la Comisión Intersectorial de Contratación Pública.

También existe un Portal Único de Contratación: [www.contratos.gov.co](http://www.contratos.gov.co); en el cual se lleva una lista detallada de todos los contratos realizados entre particulares y la Administración.

## **CAPITULO IV**

### **CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

Al analizar la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública desde su capacidad y procedimiento, es pertinente llegar a concluir sobre el tema y generar recomendaciones del mismo, con el fin de lograr un mejor proceso de contratación que evite ser vulnerado en cualquiera de sus etapas.

#### **4.1 CONCLUSIONES**

##### **4.1.1 CAPACIDAD**

- La capacidad en el Ecuador debe ser tanto en la práctica como en la norma enfocada desde un punto de vista más responsable, el cual impida que por medio de esta los procesos pierdan valor y sean vulnerados.
- Debe evitarse por cualquier medio que una persona incapaz para contratar lo haga amparándose en actos por debajo de los establecidos en la ley.
- Al ser la capacidad un requisito fundamental para contratar debe ser más garantizada e importante dentro del proceso contractual.
- El enfoque que se le da en el país debe ser mayor si lo comparamos al dado por otras legislaciones.

##### **4.1.2 PROCEDIMIENTO**

- A pesar de que el proceso de contratación en lo relativo a lo expresado en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública sea un proceso garantista y transparente, esto debe ser reflejado en la práctica con ejecuciones que concuerden con lo que busca la normativa.
- El INCOP debe ejercer un mejor control sobre los procesos contractuales, dándole más prioridad a la eficacia y a la agilidad.
- Los procesos contractuales deben dejar de ser tan complejos en la medida que sea posible; para integrar al mayor número de personas en los mismos, dándole preferencia en todo momento a los ecuatorianos.

- Debe garantizarse en todo momento el cumplimiento de la norma y su reglamento sobre cualquier acto que se busque efectuar en el proceso contractual.
- Debe procurarse en lo debido que la duración de la ejecución del contrato sea la establecida en el mismo, y que las sanciones que se ejerzan sobre el incumplimiento no den lugar a evasión de las mismas.
- El procedimiento contractual debe buscar ante todo el beneficio del Estado y de sus administrados y por ningún motivo puede tener como resultado un perjuicio a los mismos, no es aceptable.

## **4.2 RECOMENDACIONES**

### **4.2.1 CAPACIDAD**

- En el ámbito de la capacidad además de señalarla como requisito fundamental para la celebración de un contrato esta debería acarrear responsabilidades más importantes que las actuales y a su vez sanciones más notorias.
- Significaría un gran aporte a la figura de la capacidad el incluir una cláusula como la señalada en la legislación de Argentina sobre anticorrupción, en la cual se sanciona el dar u ofrecer dinero a un funcionario público en beneficio del contratante. Aquel contratista que ofreciera beneficio económico sería sancionado de forma además de civil y administrativa, penal con la suspensión indefinida del RUP y su inhabilitación.
- En Argentina una de sus inhabilidades para contratar es el haber incurrido en delitos establecidos por la Convención Interamericana de la Corrupción; el implementar esto en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública significaría un mayor vínculo con los tratados internacionales y le daría un mayor impulso a la figura de la capacidad.
- Un aspecto que sin duda beneficiaría a los actos de contratación pública enfocándonos en la eficiencia y transparencia, sería el implementar como inhabilidad para contratar a aquel que contrate a una persona que

prestaba servicios en algún Ente Estatal y que sus funciones estaban ligadas a la actividad objeto del contrato. Esto evitaría algún tipo de beneficio del contratante por medio del conocimiento que posee el trabajador, quien hacía las veces de funcionario público.

- Han existido casos en los cuales el proceso de contratación ha sido vulnerado porque a pesar de que una persona natural o jurídica ha sido inhabilitada para contratar de forma parcial o total, ha podido hacerlo porque formó parte posteriormente a ser declarado inhábil de una persona jurídica.

El haber sido inhabilitado de celebrar contratos con el Estado debe ser totalmente respetado, por eso debería incluso establecerse un periodo que corra desde el momento que se suscitó la inhabilidad para poder contratar; la legislación peruana contempla esta figura imponiendo un periodo de dos años de inhabilidad.

- Al ser la Administración por medio de sus funcionarios públicos la encargada de revisar la capacidad de los contratantes, debería existir una mayor preocupación al momento de referirse a la capacidad contractual ya que como la misma Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública lo establece, la capacidad es un requisito fundamental del proceso.

#### **4.2.2 PROCEDIMIENTO**

- El haber implementado un Artículo referido a los conceptos que se utilizarán dentro de la contratación pública a pesar de parecer un tema superficial, tiene una gran importancia ya que así se impedirá que se mal interprete cualquier aspecto al momento que se encuentre ejecutando el proceso.

Sería importante la implementación de más términos utilizados en el proceso con el fin de evitar oscuridad y mal interpretación del mismo.

- Al hablar del proceso contractual encontramos en la ley muchas formas de impedir su vulnerabilidad; en la práctica la selección de contratista debería llevarse de forma objetiva tal como lo establece la ley y para

estos casos es necesario un mayor control de la Administración sobre sus funcionarios públicos a fin de evitar algún tipo de favoritismo al momento de la adjudicación.

- La implementación de procedimientos electrónicos a pesar de que tiene un aspecto positivo al hablar de la agilidad y eficacia del proceso, también genera un conflicto específico ya que en nuestro país aún no todas las personas pueden acceder a los medios electrónicos.

Sería prudente que la Administración presente otras vías para poder ingresar al proceso de contratación, las mismas que puedan ser llevadas por aquellas personas a quienes se les dificulta acceder a la tecnología.

- Ya que los principios de la contratación ecuatoriana se encuentran enunciados en la LOSNCP, al momento de la práctica deberían aplicarse en todo momento del proceso y los administradores del mismo deberían garantizar su aplicación de forma detallada.
- A pesar de que el RUP es una figura nueva, su importancia dentro del proceso de contratación es muy importante ya que por medio de este la Administración puede acceder a un Registro concreto de aquellos que se encuentran en facultad de contratar.

En la práctica el Registro Único de Proveedores ha presentado problemas al momento de actualizar sus datos, lo cual perjudica tanto al contratante como a la Administración, sería ideal una mayor preocupación por parte de los funcionarios públicos encargados de llevar el registro para que no pueda existir ningún tipo de perjuicio ni para el Estado como para el contratante por esta causa.

- El portal Compras Públicas será el medio por el cual se pueda conocer de forma pública sobre cualquier contrato celebrado entre la Administración y un particular, dicho portal se encuentra diseñado de forma que no facilita el principio de publicidad dificultando así el acceso a la información, sería importante implementar un diseño nuevo al portal para que este sea más práctico y más accesible para los administrados en todo momento.

- Las garantías sirven como una forma de que la Administración se asegure en caso de incumplimiento del contrato por parte del contratista. Para equilibrar un poco los beneficios de la Administración con la del contratista sería importante que la Administración también se vea obligada a ofrecer garantías al contratante en caso de incumplimiento.
- Para buscar que el procedimiento sea más equitativo, a pesar de que la Administración siempre tendrá un mayor beneficio y potestad sería importante que se establezcan sanciones no solo contra el contratista en caso de incumplimiento sino también sobre la Administración a parte de las indemnizaciones fijadas por la ley en caso de incumplimiento.
- A pesar de que ya se beneficia a los nacionales sobre los extranjeros al momento de la adjudicación de un contrato, sería importante que el Estado genere propuestas que motiven a los ecuatorianos a formar parte de un proceso de contratación transparente que beneficiará tanto al contratante como a la Administración.
- Pudimos observar en legislaciones como la chilena la gran importancia que se le da a los derechos del trabajador, incluyendo incluso como inhabilidad para contratar con el Estado a aquellos que hayan incurrido en delitos en contra del bienestar de los trabajadores, incluso se establece que no podrán contratar antes del periodo de dos años de haberse suscitado el hecho. Sería importante que la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública incluya una mayor fuerza a los derechos de los trabajadores integrando en sus inhabilidades a la ya mencionada.
- Los contratos de emergencia deben ser realizados en casos tal como su nombre lo indica, de emergencia. No puede la Administración optar por seleccionar un procedimiento de emergencia si no es estrictamente necesario realizarlo por esta vía.
- En síntesis el proceso de contratación pública en el Ecuador es demasiado complejo, lo cual en cierta forma desanima a las personas naturales que no han estado habituadas a celebrar contratos con la Administración, como las grandes empresas extranjeras y ecuatorianas

a hacerlo. El legislador debería tratar de simplificarlo sin dejar de lado las obligaciones que no pueden ser extraídas de la Ley.

## BIBLIOGRAFÍA

### LIBROS:

- CASSAGNE, J. (2008). La Contratación Pública. Capítulo I.
- DIEZ, M. (1980). La oferta. Mendoza, Argentina.
- DROMI, R. (2006). Derecho Administrativo. Buenos Aires, Argentina: Editorial Ciudad.
- GARCIA DE ENTERRIA, E. (2008). Curso de Derecho Administrativo. Bogotá.
- GARÓFALO SALAZAR, A. (2003). Manual Teórico Práctico de Contratación Pública. Quito: Pudelco Editorial.
- GORDILLO, A. (2006). El Procedimiento Administrativo. Capítulo I.
- LOPEZ, W. (2011). Tratado de Contratación Pública. Ecuador, Quito: Editorial Jurídica.
- MAQUIAVELO, N. (1513). El Príncipe.
- MARIENHOFF, M. (1993). Tratado de Derecho Administrativo. Argentina, Buenos Aires.
- PEREZ, A. (2008). Manual de Contratos del Estado. Quito.
- PEREZ, E. (2008) La Administración Pública Ecuatoriana en el siglo XX. Quito.
- SAYAGUES, E. (2002). Tratado de Derecho Administrativo. Uruguay, Montevideo.

### LEYES:

- CÓDIGO CIVIL, Registro Oficial 46-S de 21 de julio de 2005, Ecuador.
- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Registro Oficial 449 de 20 de Octubre de 2008, Ecuador.
- ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: Ley N. 80 de 1993, Octubre 28 de 2006, Colombia.
- LEY DE BASES SOBRE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE SUMINISTRO Y PRESTACIÓN DE SERVICIOS: Ley N. 19886, 30 de Julio del 2003, Chile.

- LEY DE CONTRATACIONES Y ADQUISICIONES DEL ESTADO: D.O 083-2004-PCM, Modificado por Ley N. 28267, Perú.
- LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO: Ley N. 30, 30 de octubre de 2007, España.
- LEY NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, Registro Oficial 272 de Febrero de 2001, Ecuador.
- LEY ÓRGANICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, Registro Oficial 395-S 04 de Agosto de 2008, Ecuador.
- REGIMEN DE CONTRATACIONES DE LA ADMINISTRACIÓN NACIONAL: D. Oficial 88, Tomo 347, 15 de Junio de 2000, Argentina.
- REGLAMENTO A LA LEY ÓRGANICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, Decreto Ejecutivo 1700, Registro Oficial 588 de 12 de Mayo de 2009, Ecuador.

**INTERNET:**

- DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Recuperado el 6 de Febrero de 2012 de: [www.rae.es](http://www.rae.es).