

UNIVERSIDAD DE CUENCA



**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES
CARRERA DE DERECHO**

**“LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL ECUADOR, LEGISLACIÓN
VIGENTE AL AÑO 2017: RÉGIMEN ESPECIAL Y PROCEDIMIENTOS
ESPECIALES”**

Trabajo de Titulación previo a la obtención del título
de Abogado de los Tribunales de Justicia de la
República y Licenciado en Ciencias Políticas y Sociales

AUTOR:

Paúl Andrés Vázquez Ochoa

C.I. 0105488076

DIRECTOR:

Dr. Marlon Tiberio Torres Rodas

C.I. 0301504643

CUENCA – ECUADOR

2017



RESUMEN

El presente proyecto de investigación aborda un estudio y análisis de las contrataciones bajo régimen especial y procedimientos especiales que realizan las entidades contratantes. Se analizará los diferentes procesos de contratación en régimen común, régimen especial, procedimientos especiales y procedimientos no comunes de la contratación pública; la forma en la cual se realizan los mismos en contraste con los principios de la contratación pública en nuestra legislación; la necesidad y motivación de la entidad para convocar a un proceso de contratación; los parámetros sobre los cuales la entidad deberá regirse a fin de cumplir con los procedimientos precontractuales tanto en régimen común, como en régimen especial; y, la distinción de los procedimientos celebrados bajo la modalidad de régimen especial en relación con los procedimientos especiales. Además, serán analizados y explicados cada uno de los procedimientos en régimen especial y procedimientos especiales que las entidades contratantes se les faculta para su efectiva celebración, así como la normativa, tanto legal como reglamentaria, que rige para cada uno de ellos, delimitando las posibles semejanzas y diferencias que en la actualidad existen.

PALABRAS CLAVES:

Contratación Pública, Acto Administrativo, Adjudicación, Comisión Técnica, Contratista, Contratación Directa, Contrato Administrativo, Entidad Contratante, Máxima Autoridad



ABSTRACT

The present research project deals with a study and analysis of the contracts under special regime and special procedures performed by the contracting entities. It will analyze the different hiring processes in the common system, special regime, special procedures and non-common procedures of public contracting; the way in which they are carried out in contrast to the principles of public contracting in our legislation; the need and motivation of the entity to convene a hiring process; the parameters on which the entity must be directed in order to comply with the pre-contractual procedures both in the common system and in the special regime; and, the distinction of the procedures celebrated under the modality of special regime in relation to the special procedures. In addition, it will study each one of the procedures in special regime and special procedures allowed for their effective celebration, as well as the regulations that apply to each of them, establishing possible similarities and differences that currently exist.

KEYWORDS:

Public Contracting, Administrative Act, Adjudication, Technical Commission, Contractor, Direct Contracting, Administrative Contract, Contracting Entity, Maximum Authority



ÍNDICE DE CONTENIDOS

RESUMEN.....	2
ABSTRACT.....	3
ÍNDICE DE CONTENIDOS	4
CLÁUSULA DE LICENCIA Y AUTORIZACIÓN PARA PUBLICACIÓN EN EL REPOSITORIO INSTITUCIONAL	7
CLÁUSULA DE PROPIEDAD INTELECTUAL	8
INTRODUCCIÓN	9
CAPÍTULO 1: INTRODUCCIÓN A LA CONTRATACIÓN PÚBLICA	11
1.1 Antecedentes históricos de la contratación pública	11
1.2 La contratación pública: concepto y características.....	13
1.3 Contratos administrativos y voluntad asociativa del Estado.....	16
1.3.1 Concepto de contrato	16
1.3.2 Elementos y requisitos del contrato	17
1.3.3 Sujetos del contrato.....	19
1.3.4 Concepto de contrato administrativo	20
1.3.5 Manifestación de la voluntad jurídica del Estado	22
CAPÍTULO 2: LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL ECUADOR VIGENTE AL AÑO 2017.....	26
2.1 Normas relacionadas con la contratación pública en el Ecuador	26
2.1.1 Constitución de la República del Ecuador	26
2.1.2 Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.....	27
2.1.3 Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.....	28
2.1.4 Codificación de Resoluciones del Servicio Nacional de Contratación Pública	28
2.1.5 Ley Orgánica del Servicio Público	29
2.1.6 Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas	29
2.1.7 Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.....	30



2.2	Procedimientos dinámicos de la contratación pública	32
2.2.1	Requerimientos previos a todo procedimiento precontractual.....	32
2.2.2	Convenio Marco, Catálogo Electrónico y Subasta Inversa Electrónica.....	33
2.3	Procedimientos comunes de la contratación pública	35
2.3.1	Licitación	36
2.3.2	Cotización	36
2.3.3	Menor Cuantía	37
2.3.4	Ínfima Cuantía	38
CAPÍTULO 3: EL RÉGIMEN ESPECIAL DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA		42
3.1	Normativa referente al régimen especial de la contratación pública en el Ecuador.....	42
3.2	Régimen especial	43
3.2.1	Las de adquisición de fármacos que celebren las entidades que presten servicios de salud, incluido el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social	46
3.2.2	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	50
3.2.3	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	51
3.2.4	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.....	53
3.2.5	Aquellas cuyo objeto sea la ejecución de una obra artística literaria o científica .	54
3.2.6	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 COMPRAS PUBLICAS	55
3.2.7	Los de transporte de correo internacional y los de transporte interno de correo, que se registrarán por los convenios internacionales, o las disposiciones legales y reglamentarias dictadas para el efecto, según corresponda.....	58
3.2.8	Los que celebren el Estado con entidades del sector público, éstas entre sí, o aquellas con empresas públicas o empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en el cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público o sus subsidiarias; y las empresas entre sí.....	59
3.2.8.1	Contratos entre entidades públicas o sus subsidiarias	59
3.2.8.2	Contrataciones con empresas públicas internacionales	62



3.2.9 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. 64

3.2.10. Los de contratación que requiera el Banco Central del Ecuador previstas en el artículo 37 del Código Orgánico Monetario y Financiero 66

3.2.11 Bienes y servicios únicos en el mercado o proveedor único..... 67

3.2.12 Empresas mercantiles del Estado y subsidiarias 67

3.2.13 Sectores estratégicos 69

CAPÍTULO 4: PRINCIPALES PROCEDIMIENTOS ESPECIALES DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA 71

4.1 Contratación integral por precio fijo..... 73

4.2 Contrataciones en situaciones de emergencia..... 75

4.3 Adquisición de bienes inmuebles..... 77

4.4 Arrendamiento de bienes inmuebles 79

CONCLUSIONES 81

BIBLIOGRAFÍA 84



CLÁUSULA DE LICENCIA Y AUTORIZACIÓN PARA PUBLICACIÓN EN EL REPOSITORIO INSTITUCIONAL



Universidad de Cuenca
Cláusula de Licencia y Autorización para Publicación en el Repositorio Institucional

Paúl Andrés Vázquez Ochoa, en calidad de autor y titular de los derechos morales y patrimoniales del trabajo de titulación "LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL ECUADOR, LEGISLACIÓN VIGENTE AL AÑO 2017: RÉGIMEN ESPECIAL Y PROCEDIMIENTOS ESPECIALES", de conformidad con el Art. 114 del CÓDIGO ORGÁNICO DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE LOS CONOCIMIENTOS, CREATIVIDAD E INNOVACIÓN reconozco a favor de la Universidad de Cuenca una licencia gratuita, intransferible y no exclusiva para el uso no comercial de la obra, con fines estrictamente académicos.

Asimismo, autorizo a la Universidad de Cuenca para que realice la publicación de este trabajo de titulación en el Repositorio Institucional, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Cuenca, Noviembre de 2017

Paúl Andrés Vázquez Ochoa

C.I. 0105488076



CLÁUSULA DE PROPIEDAD INTELECTUAL



Universidad de Cuenca
Cláusula de Propiedad Intelectual

Paúl Andrés Vázquez Ochoa, autor del Trabajo de Titulación "LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL ECUADOR, LEGISLACIÓN VIGENTE AL AÑO 2017: RÉGIMEN ESPECIAL Y PROCEDIMIENTOS ESPECIALES", certifico que todas las ideas, opiniones y contenidos expuestos en la presente investigación son de exclusiva responsabilidad de su autor.

Cuenca, Noviembre de 2017

Paúl Andrés Vázquez Ochoa

C.I. 0105488076



INTRODUCCIÓN

La contratación pública es la rama del Derecho Administrativo que se ocupa de las necesidades y requerimientos institucionales, la planificación orgánica, presupuestaria y financiera, los procedimientos precontractuales, la ejecución contractual, actos y contratos administrativos, y cualquier otra forma de manifestación de voluntad administrativa por parte de entidades del sector público en la que se involucre recursos públicos, para la celebración de contratos de adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras, prestación de servicios, incluidos los de consultoría.

Esta es en la actualidad desarrollada sobre la base de principios establecidos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (en adelante LOSNCP) en su artículo 4, tales como el principio de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad y participación nacional.

Y en contraste, lo que marca una mayor evolución desde las antiguas disposiciones legales contenidas en la Ley de Contratación Pública¹, es el cambio en sus instituciones y la creación del Sistema Nacional de Contratación Pública² que se desarrolla a través de herramientas tecnológicas, específicamente el Portal de Compras Públicas, la introducción de los denominados Procesos Dinámicos, la creación del Servicio Nacional de Contratación Pública³ (en adelante SERCOP) y del Registro Único de Proveedores (en adelante RUP), entre otras novedades que obtuvieron naturaleza jurídica a partir del 04 de agosto del año 2008 con la promulgación de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública⁴.

El régimen común de la contratación pública en nuestra legislación se encuentra claramente determinado por los procesos de Licitación, Cotización, Menor Cuantía, Ínfima Cuantía; mientras que, el régimen especial se encuentra determinado en el

¹ LEY DE CONTRATACION PÚBLICA, CODIFICACION. Codificación 000, Registro Oficial 272 de 22 de Febrero del 2001, estado: derogada.

² Artículo 7 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

³ Artículo 8 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

⁴ Ley 1, Registro Oficial Suplemento 395 de 04-ago.-2008



artículo 2 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, y en virtud de la potestad reglamentaria atribuida al Presidente o Presidenta de la República, se ha desarrollado con mayor énfasis en el Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Por otro lado, la importancia de definir y delimitar la distinción entre lo que debemos entender por procedimientos comunes, procedimientos especiales y procedimientos bajo régimen especial, es lo que motiva la presente investigación; pues sin lugar a dudas, con un claro y amplio panorama respecto a la normativa vigente aplicable a cada proceso de contratación, las entidades contratantes podrán celebrar sus procesos precontractuales sin que afecten o vulneren los principios que rigen a la contratación pública, precautelando tanto sus derechos e intereses legítimos, cuanto los derechos de los administrados, y en especial, de los oferentes, proveedores y contratistas del Estado.



CAPÍTULO 1: INTRODUCCIÓN A LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

1.1 Antecedentes históricos de la contratación pública

Como antecedentes a la actual Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública tenemos a la Ley de Contratación Pública y a la Ley de Consultoría. En cuanto a la primera, es preciso destacar notables diferencias entre lo establecido en la actual LONSCP y lo que en aquel momento se concebía como etapa precontractual y de contratación, procedimientos precontractuales comunes y especiales determinados en el artículo 3 y 4 de la derogada Ley de Contratación Pública, así como también excepciones a los procedimientos precontractuales establecidos en el artículo 6 de la misma ley.

En este sentido, en la LONSCP se ha establecido una marcada diferencia entre distintas fases, tales como la fase preparatoria, precontractual y contractual⁵. Así también, se ha innovado procedimientos y se ha incluido uno nuevo, denominado Procedimiento Dinámico, dentro del cual encontramos a las compras por Catálogo Electrónico⁶, en donde previo a constar dentro de dicho catálogo se deberá celebrar Convenios Marco entre los proveedores y el Servicio Nacional de Contratación Pública, mismos que se realizarán de manera periódica a fin de cumplir con el principio de Vigencia Tecnológica y Trato Justo.

Se incorporó además el Sistema Nacional de Contratación Pública mediante ley a la Subasta Inversa Electrónica tomada de la legislación chilena en materia de contratación pública, se reforzó los procedimientos comunes y se estableció montos mínimos y máximos en razón del presupuesto referencial que constarán en los pliegos, se incluyó dentro de los procedimientos especiales a la Contratación Integral por Precio Fijo, contratación conocida de manera previa y doctrinariamente como de “llave en mano”, se determinó a las contrataciones que se “exceptuaban” de los procedimientos comunes de la derogada ley, como contrataciones de Régimen

⁵ CODIFICACION DE RESOLUCIONES DEL SERVICIO NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, Resolución No. RE-SERCOP-2016-0000072 (en adelante “Resolución No. 072-2016”), artículo 2 numeral 28, 29 y 30.

⁶ Artículo 43,44, 45, 46 y 47 de la LOSNCP. Artículos 42 y 43 del Reglamento General a la LOSNCP.



Especial, entre otras más particularidades que se puede mencionar en el avance histórico de la contratación pública en nuestro país.

Existía de manera previa a la LOSNCP, la Ley de Contratación Pública, y de manera autónoma y mientras no contradiga lo establecido en dicha ley existía la Ley de Consultoría. Ambas coexistían y la una rozaba a la otra en lo referente a la similitud entre las prestaciones de servicios y las prestaciones de servicios de consultoría, pues a la fecha en mención no se contaba con una distinción marcada entre lo que se consideraba consultoría, creación de estudios, planos y diseños por parte de un profesional experto en la rama, y la simple y llana prestación de un servicio determinado por un particular, sea profesional o no, sin que medie la creación de estudios, planos y diseños.

De manera únicamente estructural, aún se mantiene a la consultoría (y toda su normativa relacionada prevista en la LOSNCP) aislada de las normas que regulan las adquisiciones/arrendamiento de bienes, prestación de servicios y ejecución de obra, pues esta afirmación encuentra sentido cuando encontramos a la consultoría dentro del Capítulo I: Normas comunes a todos los procedimientos de contratación pública, Sección II (LOSNCP, 2008), y no dentro del Capítulo II y siguientes que son los que regulan los procedimientos dinámicos, comunes y especiales.

Esto nos lleva a pensar que el legislador pretendió excluir a la consultoría de los otros procedimientos precontractuales, ya sea por motivos prácticos de técnica legislativa de redacción o en razón de motivos históricos y doctrinales que tratan a la consultoría de manera aislada, pues hasta la actualidad se confunde las contrataciones de consultoría con las contrataciones de prestación servicios, confusión que ha constituido en innumerables ocasiones motivos suficientes para la determinación de responsabilidades administrativas a los funcionarios públicos encargados de los procesos, por parte de la Contraloría General del Estado a través de sus exámenes especiales a las contrataciones de las entidades contratantes.

Esto se debe a que en ocasiones se aplican procedimientos de prestación de servicios cuando lo efectivo y legal debería haber sido aplicar el procedimiento de consultoría por contratación directa o contratación de consultoría por lista corta, dependiendo del



presupuesto referencial, contraviniendo los artículos 37, 38, 39, 40, 41 y 42 de la LONSCP, e incurriendo en lo dispuesto en el artículo 45 y 46 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.

Otra de las críticas que se hacía a la regulación normativa de la contratación pública en nuestro país es que era dispersa, pues para citar un ejemplo, con el Decreto Ejecutivo No. 1091, publicado en el Registro Oficial No. 351 de 03 junio del 2008⁷, el Presidente de la República de aquel entonces expidió el Reglamento de contrataciones para la adquisición de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios no regulados por la Ley de Consultoría, y en virtud de este reglamento las instituciones públicas se obligaron a regular éstas adquisiciones a través de reglamentos internos o instructivos. Creando de esta manera una marea legislativa en materia de contratación pública que cada vez, en lugar de consolidarse, se la veía más dispersa.

Esta transición y la consiguiente etapa de consolidación normativa llegó a su fin con la promulgación de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Ley 1, Registro Oficial Suplemento No. 395, de 04 de agosto del año 2008, y a la vez con la creación del Sistema Nacional de Contratación Pública, el Servicio Nacional de Contratación Pública, el Sistema Oficial de Contratación Pública del Ecuador (en adelante SOCE), la expedición de la Codificación de las Resoluciones del Servicio Nacional de Contratación Pública, el Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. De esta manera queda culminada la etapa de dispersión normativa y se concentra en un solo órgano la expedición de actos normativos o resoluciones por parte del SERCOP, se consolida en una sola ley que regula la contratación pública y la consultoría a través de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento General.

1.2 La contratación pública: concepto y características

En el sentido estrictamente jurídico, la LOSNCP en su artículo 6 numeral 5, establece que la contratación pública es:

⁷ Dos meses antes de la promulgación de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, de 04 agosto del año 2008.



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.

Por otro lado, y como se ha hecho referencia en la introducción a la presente investigación, la contratación pública puede ser definida como la rama del Derecho Administrativo que se ocupa de las necesidades y requerimientos institucionales, la planificación orgánica, presupuestaria y financiera, los procedimientos precontractuales, la ejecución contractual, actos y contratos administrativos, y cualquier otra forma de manifestación de voluntad administrativa por parte de entidades del sector público en la que se involucre recursos públicos, para la celebración de contratos de adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras, prestación de servicios, incluidos los de consultoría.

La fase precontractual en los tipos de procedimientos que establece la ley, es solamente una parte de esta rama del Derecho Administrativo, ya que comúnmente se asocia a la contratación pública únicamente con procesos licitatorios o procesos de convocatorias públicas a participar de procedimientos precontractuales, sin que sea considerada la amplitud del tema en cuestión.

Otro aspecto a destacar es la importancia del contrato administrativo dentro de la fase ya no precontractual sino dentro de la fase contractual, y que éste nace al mundo jurídico con posterioridad al acto administrativo de adjudicación, por haber sido considerada como la oferta ganadora o mejor oferta⁸ propuesta por el oferente, adjudicación emanada por la máxima autoridad de la entidad contratante, y con la obligación tanto para la entidad contratante como para el adjudicatario de suscribir el contrato dentro de los quince días posteriores a la notificación de la adjudicación, según establece el artículo 113 del Reglamento General de la Ley Orgánica de Contratación Pública.

⁸ El criterio para establecer el mejor costo de las ofertas propuestas por los oferentes, se encuentra establecido en el artículo 6 numerales 17, 18 y 19 de la LOSNCP.



Las características propias de la contratación pública se encuentran implícitamente determinadas en la ley, su reglamento y las resoluciones del SERCOP. De igual manera lo hacen juristas ecuatorianos⁹ que desarrollan a través de sus obras esta rama y la han dotado de caracteres específicos, a saber: “la contratación pública es el motor más fuerte de la economía de un país” (López Suárez, Pérez, & Aguilar, 2016), se maneja por normas de derecho público, está sujeta a constantes cambios y reformas en razón de estar enfocada a desarrollarla a través de herramientas tecnológicas¹⁰ y por motivos de eficiencia y manejo en el control de prevención de la corrupción, tiene sus propios principios establecidos en el artículo 4 de la LOSNCP¹¹.

Como característica más importante podemos concluir que, es la rama del Derecho Administrativo en la que establece la manera técnica y legal en la que el Estado, entendido este no solo como el gobierno central sino como todas las instituciones, organismos y entidades establecidas en el artículo 225 de la Constitución de la República y el artículo 1 de la LOSNCP, puede realizar la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultoría, con el sector privado, ya sea particulares personas naturales o personas jurídicas, o incluso con otras entidades del sector público.

Con esta introducción al concepto y características de la contratación pública, se deja de manifiesto lo que se entenderá como la naturaleza propia de esta rama del Derecho, sin abordar en interpretaciones erróneas sobre lo que es la contratación pública y lo que es un simple procedimiento pre contractual.

⁹ Juristas, tales como: Dr. Daniel López Suárez, Dr. Antonio José Pérez, Dr. José Luis Aguilar, Dr. Cristóbal Vaca Núñez, Dr. Marco Morales Tobar, entre otros.

¹⁰ Considerando Tercero y Quinto, artículo 10 numeral 11, artículo 28 y Disposición General Quinta de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

¹¹ Principios de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad; y, participación nacional, establecidos en el artículo 4 de la LOSNCP.



1.3 Contratos administrativos y voluntad asociativa del Estado

1.3.1 Concepto de contrato

A partir del concepto general de lo que se entiende por contrato, establecido en el artículo 1454 del Código Civil, que textualmente señala: “Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas.”, podemos determinar con claridad lo que implica y la obligación que puede llegar a tener el Estado al celebrar un contrato.

Específicamente al estar frente a obligaciones de dar, hacer o no hacer; en contratación pública por lo general, y casi de manera exclusiva, se celebran contratos que contienen obligaciones de dar o hacer, excluyendo las obligaciones de no hacer dentro de esta rama del derecho de obligaciones, en virtud de que la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en su artículo 1 determina que se podrán adquirir o arrendar bienes, obtener la ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos consultoría, y estos por su naturaleza son obligaciones que establecen una determinada acción por parte de los contratantes. Mientras que las obligaciones de no hacer, en las que esté involucrado el Estado y un particular o incluso otra institución pública, no se encuentran previstas dentro de la LOSNCP.

Se podría llegar a confundir las obligaciones de no hacer con una sanción por parte de la entidad pública al particular, pues la obligación de abstenerse de realizar una determinada actividad estaría inserta en tal sanción; sin embargo, debe quedar claro que las sanciones son emitidas por parte de una autoridad pública con potestades y atribuciones suficientes para expedir actos administrativos, ya que estas obligaciones de no hacer son emanaciones unilaterales de voluntad, en tal virtud carecería del requisito indispensable de un contrato, el consentimiento, pues al ser una declaratoria unilateral de voluntad, el consentimiento no se encuentra manifestado en tal acto¹².

¹² Artículo 65 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, ERJAFE.



Para mayor desarrollo respecto de la diferenciación entre un acto administrativo, un contrato y un contrato administrativo, se propone como referencia los artículos 64 y 75 del ERJAFE, el artículo 364 del Código Orgánico de Ordenamiento Territorial, Autonomía y Descentralización y el artículo 1454 del Código Civil.

1.3.2 Elementos y requisitos del contrato

Un contrato para que exista en el mundo jurídico y obtenga plena validez y eficacia debe cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 1461 del Código Civil, que señala:

“Que sea legalmente capaz;

Que consienta en dicho acto o declaración, y su consentimiento no adolezca de vicio;

Que recaiga sobre un objeto lícito; y,

Que tenga una causa lícita.

La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra.”

La capacidad legal de los contratantes se verá plasmada en los antecedentes de hecho del contrato, y no será ninguno de estos requisitos y menos aún la capacidad, subsanable.

El consentimiento es uno de los requisitos que marca la diferencia entre los cuasicontratos existentes, y las declaraciones o contratos unilaterales y los contratos bilaterales como tal, pues de su consentimiento de dicho acto o contrato, nacerá la reciprocidad en el cumplimiento de las obligaciones contractuales, en conjunto con los demás requisitos formales del contrato.

La situación es distinta al hablar de contratación pública respecto de la capacidad, pues en entidades públicas se debe tener además de capacidad y consentimiento, competencia. Las máximas autoridades de las entidades públicas con las que se



celebrarán contratos administrativos, deben ser suficientemente competentes¹³, pues la competencia nace de la Constitución y la Ley, y en ejercicio de sus competencias y funciones es que se emanan actos o contratos.

La competencia en temas de administración pública alcanza importante tratamiento cuando del artículo 94 del ERJAFE se establece que los actos administrativos se considerarán nulos de pleno derecho si son dictados por órgano incompetente en razón de materia, territorio y tiempo, y a la vez establece que no serán vicios subsanables. Cada una de las autoridades públicas que ejercen el cargo de representación, como lo denomina la LOSNCP, las máximas autoridades, tendrán su competencia, funciones y atribuciones plenamente delimitadas en la ley que los soporta, el respectivo reglamento, acuerdo ministerial o decreto ejecutivo, en respeto estricto del principio de legalidad administrativa, y al artículo 226 de la Constitución de la República del Ecuador.

Respecto del objeto lícito del contrato podemos establecer que en contratación pública se debe seguir los lineamientos establecidos en el artículo 1476 al 1482 del Código Civil, y con respecto de la causa lícita lo dispuesto en el artículo 1483 al 1485 del mismo código.

Analizado el concepto general de contrato desde una perspectiva amplia y particular, corresponde analizar el concepto desde la arista de los sujetos contratantes, pues de allí es que nace la dicotomía entre contrato privado y contrato público, teniendo como fundamento una fase precontractual con características amplias, particulares, únicas y flexibles que son propias de la contratación privada; mientras que, por el contrario tenemos una fase precontractual concreta, específica y rígida que son los ejes fundamentales sobre los que se levantará la contratación pública.

Se hace referencia a que son características de la contratación privada la amplitud normativa, la particularidad de la obligación en concreto a ser contratada, las condiciones únicas de cada contratación y flexibilidad en la libertad contractual, por razones tales como la estipulación de cláusulas, cual sea que fuere su contenido

¹³ Artículo 84 del ERJAFE



siempre y cuando no contravenga el ordenamiento jurídico vigente y respete el principio de la autonomía de la voluntad.

Por otro lado, la característica de ser una contratación concreta tal como los procedimientos dinámicos, comunes y especiales que establece la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, pues se centra en que estos pueden ser los procedimientos precontractuales y no otros, obteniendo una concreción de pasos previos a la celebración de un contrato, pues si adoleciera de uno de ellos no surtiría efectos legales el contrato público.

La especificidad está ligada a esta clase de contrataciones, en razón de que existen obligaciones de dar y hacer que se materializan en un contrato administrativo que obtuvo vida jurídica previo el seguimiento de procedimiento establecido, ya sea para adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras o prestación de servicios incluidos los de consultoría, y no podrán ser otros los objetos contractuales; es por ello la especificidad de estas contrataciones. Y al hablar de rigidez me refiero a que en un contrato administrativo necesaria y obligatoriamente deben estar incluidas cláusulas que nacen de mandatos legales, reglamentarios y resolutivos¹⁴, deben cumplir procedimientos precontractuales obligatorios bajo pena de nulidad contractual o declaratoria de terminación unilateral y anticipada del contrato conforme establece el artículo 64 y 65 de la LOSNCP.

1.3.3 Sujetos del contrato

En todo contrato privado las partes o sujetos que convienen en celebrar una determinada obligación, son exclusivamente personas naturales o jurídicas del sector privado, denominados comúnmente como “*particulares*”.

Por el contrario, en todo contrato administrativo siempre estará involucrado un sujeto denominado “entidad contratante” que podrá ser una institución pública, empresa pública o cualquier otra persona jurídica que tenga fondos o recursos públicos que sobrepasen el cincuenta por ciento del capital suscrito de dicha empresa o institución,

¹⁴ Artículo 71, 104 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, artículo 161 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, y artículo 63 de la Resolución No. 072-2016 SERCOP.



comúnmente son entidades del sector público de las referidas en el artículo 225 de la Constitución de la República y del artículo 1 de la LOSNCP, y por otra parte un particular persona natural o persona jurídica denominado “*contratista*”, que alcanza esta denominación una vez suscrito el contrato administrativo, ya que previo a ellos se lo denomina técnica y legalmente “oferente” en razón de solo haber participado de la fase precontractual y aun no se sabe si será adjudicatario o contratista, y previo aún a ser denominado oferente, se denominará simplemente proveedor, es por ello que para participar de un procedimiento precontractual se necesita obtener el R.U.P. que son las siglas de: Registro Único de Proveedores.

Es importante destacar el hecho de que incluso en los contratos administrativos podrán ser ambos sujetos contratantes entidades del sector público; es decir, la una parte o sujeto ser una entidad pública y por otra parte o sujeto otra entidad pública, teniendo como fundamento legal el artículo 2 numeral 8 de la LOSNCP y los artículos 98, 99 y 100 del Reglamento General a la LOSNCP, además de otras disposiciones normativas contenidas en la Resolución No. 072-2016 SERCOP.

1.3.4 Concepto de contrato administrativo

Nuestra legislación establece el concepto de contrato administrativo en dos cuerpos normativos distintos, a saber:

1. Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva:

Artículo 75.- Contratos Administrativos.- Es todo acto o declaración multilateral o de voluntad común; productor de efectos jurídicos, entre dos o más personas, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa.

Su regulación se regirá por las normas jurídicas aplicables.

A este concepto se le puede ampliar el hecho de que no solamente una de las partes puede estar en ejercicio de la función administrativa, sino que incluso ambas partes pueden ser funcionarios que actúan en representación de una entidad pública; es decir, ambas partes pueden ser personas jurídicas de derecho público.

2. Código Orgánico de Ordenamiento Territorial, Autonomía y Descentralización:



Artículo 364.- Potestad ejecutiva.- Los ejecutivos de los gobiernos autónomos descentralizados podrán dictar o ejecutar, para el cumplimiento de sus fines, actos administrativos, actos de simple administración, contratos administrativos y hechos administrativos.

Los contratos administrativos son aquellas declaraciones bilaterales de voluntad alcanzadas entre un ente estatal o no estatal en ejercicio de una función administrativa y un particular u otro ente público.

Puntualmente, en este concepto al referirse respecto a una de las partes contratantes como un ente no estatal hace referencia a empresas públicas creadas mediante acto normativo por los Gobiernos Autónomos Descentralizados e incluso a empresas de economía mixta en la que el Estado tenga mayoría accionaria; es decir, mayor del cincuenta por ciento del capital social.

Por su parte, el jurista y doctrinario ecuatoriano Cristóbal Vaca Núñez propone como concepto de contrato administrativo el siguiente:

“El contrato administrativo es una declaración de voluntad común en el sentido de que se requiere la voluntad concurrente del Estado, por una parte, y de un particular (contratista) por otra (Vaca Núñez, 2017, p.8).”

A este concepto de contrato administrativo se puede señalar una crítica puntual, en razón de que el contratista del Estado que suscribirá el contrato también podrá ser otra institución pública, de las establecidas en el artículo 225 de la Constitución de la República y de las enumeradas en el artículo 1 de la LOSNCP, a través de la celebración de procedimientos pre contractuales en régimen común o régimen especial, pues nuestra normativa prevé tal situación en el artículo 2 numeral 8 de la LOSNCP.

Una característica propia de los contratos administrativos es la presencia de las denominadas “cláusulas exorbitantes”¹⁵ que es una manera de ventaja en la que se

¹⁵ Cláusulas exorbitantes tales como las referentes a la terminación unilateral del contrato que se las encuentra en el artículo 94 de la LOSNCP, las de la imposición de multas en el artículo 71 de la



coloca la entidad contratante respecto del contratista, obviamente con el fin de precautelar los intereses del Estado y el bien general, pero que a la final termina siendo la aplicación de principios que rigen los contratos públicos como el principio del Hecho del Príncipe, el Ius Variandi y la Teoría de la Imprevisión (Daza, 2016). Tales cláusulas y principios propios de la contratación pública son la manifestación de la Administración Pública que se sitúa por encima de los particulares que visualizan un rédito económico en la prestación de bienes y servicios al Estado, pero que de cierta manera tienen que acatar las leyes que rigen su forma contractual y estar supeditada a ella, sin perjuicio de que las normas de dichas leyes otorguen prerrogativas a la administración pública y coloque en desventaja al contrayente que no forma parte de la cosa pública.

1.3.5 Manifestación de la voluntad jurídica del Estado

El Estado al ser un ente ficticio dotado de personalidad jurídica y actuando como sujeto de derecho público y en ocasiones como sujeto de derecho privado¹⁶, necesita expresar su voluntad, exteriorizándola a través de actos administrativos, hechos administrativos, actos normativos, actos de simple administración y contratos administrativos¹⁷. En el artículo 64 del ERJAFE se establece que la administración pública, sea central o descentralizada, puede exteriorizar su voluntad conforme lo señalado en líneas anteriores, pero hace referencia que la misma administración podrá recurrir a otras categorías de derecho privado cuando tales administraciones actúen dentro de dicho campo; es decir, podrá acudir en defensa de los intereses y derechos de la institución a otros actos propios de derecho privado cuando en defecto de los actos, hechos o contratos administrativos sea necesario.

misma ley, la exigencia de garantías en el artículo 73 LOSNCP, entre otras de la misma naturaleza que solo demuestran la situación de subordinación del contratista frente al Estado.

¹⁶ Teoría de personalidad jurídica del Estado: una de Derecho Público, que se manifiesta cuando actúa en función de su soberanía, y otra de Derecho Privado, a la cual se somete como titular de derechos y obligaciones de carácter patrimonial. Las actuaciones del Estado como ente de Derecho Público se lo puede observar con sus manifestaciones a través del gobierno central o gobierno seccionales conocidos actualmente como gobiernos autónomos descentralizados con actos administrativos, hechos administrativos, actos de simple administración y contratos administrativos. Mientras que el Estado actuará como sujeto de Derecho Privado cuando ejerce facultades otorgadas mediante ley respecto de su propio patrimonio o de algún perjuicio causado al mismo, las que se pueden manifestar en situaciones concretas tales como las que establece el artículo 99 y 100 de la LOSNCP en la que le faculta al Estado a través de sus instituciones y de la Procuraduría General del Estado demandar por los daños y perjuicios causados por los contratistas que no han sido diligentes y cautelosos en el ejercicio de sus obligaciones contractuales con el Estado dentro de un contrato celebrado y ejecutado.

¹⁷ Artículo 64 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Administrativa.



De igual manera, el Código Orgánico de Ordenamiento Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD) en su artículo 364 establece la manera en que dichas instituciones, ya sea los Gobiernos Autónomos Descentralizados regionales, provinciales, cantonales o parroquiales, o las empresas públicas o instituciones creadas por acto normativo u ordenanza, exteriorizan su voluntad jurídica y crean, modifican o extinguen derechos, con excepción de los actos de simple administración en virtud del artículo 364 tercer inciso del COOTAD.

La voluntad jurídica de la administración pública nace de la política interna de quienes administran la entidad, pues es sencillo imaginarse que una máxima autoridad de una empresa pública apege sus decisiones de mando conforme las convicciones y directrices que adopten en el seno del directorio de la empresa con el fin de obtener resultados institucionales eficientes, eficaces y respetando los principios rectores establecidos en la Ley Orgánica de Empresas Públicas. No es imposible situarnos en el hecho de que una empresa o institución pública emane actos administrativos inconstitucionales e ilegales por haber adoptado informes o dictámenes¹⁸ imprecisos o incorrectos que no fueron debidamente analizados, corregidos o motivados por el directorio o el órgano colegiado correspondiente.

Lo señalado encuentra sustento cuando de manera expresa se reconoce en la Constitución de la República, en el ERJAFE y en el COOTAD, mecanismos eficaces para detener, suspender o eliminar de la vida jurídica actos administrativos que violen derechos constitucionales, que transgreda la ley y los reglamentos o que simplemente afecte los intereses de los administrados. Pues en la Constitución se reconoce como derecho fundamental y constitucional el derecho al Debido Proceso en la garantía de la Debida Motivación¹⁹ que textualmente señala:

“Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren

¹⁸ Artículo 71 del ERJAFE.

¹⁹ Artículo 76.7 letra “I” de la Constitución de la República del Ecuador del año 2008.



debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.”

De igual manera cuando en los artículos 173 y 436 numeral 4 de la Constitución establece que:

“Artículo 173: Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial.”

“Artículo 436 numeral 4: La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones:

Conocer y resolver, a petición de parte, la inconstitucionalidad contra los actos administrativos con efectos generales emitidos por toda autoridad pública. La declaratoria de inconstitucionalidad tendrá como efecto la invalidez del acto administrativo.”

En el mismo sentido, esta voluntad jurídica del Estado se ve afectada cuando los actos²⁰ de la administración pública se encuentran en manifiesta contravención al orden público²¹ o afectados de vicios que no pueden ser convalidados o subsanados²². Cuando esto acontece, la misma autoridad que expidió el acto ilegal²³ puede ser extinguido o reformado en sede administrativa en virtud de los artículos 89, 90, 91, 93 y 94 del ERJAFE, y por los artículos 367, 368, 370 y 371 del COOTAD.

Los artículos en referencia, son las garantías normativas que el Estado ha otorgado a los administrados para detener o eliminar las arbitrariedades de la administración

²⁰ Actos administrativos, hechos administrativos, actos de simple administración, contratos administrativos y actos normativos.

²¹ Artículo 368 del COOTAD y artículo 91 del ERJAFE, extinción o reforma de oficio por razones de oportunidad.

²² Artículo 370 del COOTAD y artículo 93 del ERJAFE, extinción de oficio por razones de legitimidad.

²³ Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, Resolución No. 24-09 dentro del Proceso No. 313-2006, Juez ponente: Dr. Juan Morales Ordóñez. Sentencia que desarrolla en su contexto la diferencia en la ilegalidad y nulidad de un acto administrativo por haber violentado el Debido Proceso en la garantía de la Motivación. La ilegalidad es el género y la nulidad la especie. El acto ilegal existe pero no es eficaz, en tanto que el acto nulo se lo reputa inexistente.



pública a través de los actos que estos expidan, caso contrario de no contar con estos mecanismos los administrados estarían sometidas fatalmente a las decisiones discrecionales de las máximas autoridades de las entidades públicas, es por ello que la afirmación de que la voluntad jurídica del Estado nace de la política interna de las máximas autoridades o sus órganos colegiados competentes encuentra razón; más aún en el sentido implícito de las garantías normativas, en los mecanismos para frenar las decisiones arbitrarias de la administración pública, en los recursos en sede administrativa para la extinción o reforma de los actos administrativos, en la impugnación de los actos administrativos²⁴, y en general, en todo el ordenamiento jurídico que debe estar conforme a la Constitución de la República y a los Tratados y Convenios Internacionales, con el fin de precautelar que las decisiones emanadas de los poderes públicos no sean discrecionales ni afecten derechos e intereses de los administrados.

²⁴ Artículos 300 y 326 del Código Orgánico General de Procesos, y artículo 217 numeral 1 y 2 del Código Orgánico de la Función Judicial.



CAPÍTULO 2: LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL ECUADOR VIGENTE AL AÑO 2017

2.1 Normas relacionadas con la contratación pública en el Ecuador

Por su carácter holístico, la contratación pública está íntimamente relacionada con varias normas dispersas de Derecho Público y subsidiariamente con normas de Derecho Privado.²⁵ Sin embargo, para el objeto de la presente investigación es relevante señalar únicamente las siguientes:

2.1.1 Constitución de la República del Ecuador

En la Constitución de la República encontramos breves referencias con respecto a la contratación pública, como por ejemplo en el artículo 190 segundo inciso, que determina:

“En la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley.”

Este artículo guarda relación con el artículo 1 y 3 de la Ley de Arbitraje y Mediación y particularmente con el artículo 104 de la LOSNCP y el artículo 161 de su reglamento, que establecen que para acudir y someter las controversias derivadas de temas contractuales a un árbitro o Tribunal Arbitral se necesitará el establecimiento de la cláusula compromisoria o convenio arbitral, así como la autorización y aceptación del Procurador General del Estado, conforme a la disposición general quinta de la Ley de Arbitraje y Mediación. Es necesario precisar que en defecto de la cláusula compromisoria o cuando los contratantes no decidan someter sus controversias a arbitraje se estará a lo dispuesto en el artículo 163 del Reglamento de la LOSNCP, que establece que las controversias se sustanciarán ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo.

²⁵ Por ejemplo, en lo que respecta al arrendamiento de bienes inmuebles en el que la entidad contratante es arrendatario, se estará a lo dispuesto en el artículo 59 de la LOSNCP y artículos 64, 65 y 66 del Reglamento de la LOSNCP.



Así también el artículo 307 dispone:

“Los contratos celebrados por el Estado con personas naturales o jurídicas extranjeras llevarán implícita la renuncia de éstas a toda reclamación diplomática, salvo contrataciones que correspondan al servicio diplomático.”

El mencionado artículo hace referencia a las contrataciones celebradas por el Estado, lo cual nos lleva a pensar que de por medio se encuentra un contrato administrativo y que el mismo fue celebrado conforme a las normas de la contratación pública o en su defecto a las normas que regulan la materia especial de la contratación. Por ejemplo, en los sectores estratégicos el mismo Reglamento de la LOSNCP establece en el artículo 106 que estas contrataciones serán llevadas a cabo por su propia normativa y siguiendo el procedimiento establecido a través de la respectiva reglamentación que el Presidente de la República dicte para el efecto, previa resolución de la máxima autoridad de la institución del sector estratégico²⁶.

2.1.2 Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública

Como el cuerpo normativo principal, de directa aplicación y de rango infra constitucional en materia de contratación pública tenemos a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Ley 1, Registro Oficial Suplemento No. 395, vigente a partir de 04 de agosto del año 2008. La última modificación a esta ley se la realizó el 20 de marzo de 2017, en la que reformó artículos principalmente los referentes al procedimiento especial denominado como “adquisición de bienes inmuebles”²⁷ o mejor conocido como “expropiaciones”, dentro del lenguaje no jurídico obviamente ya que de manera técnica el acto que dispone la compra de un bien inmueble por parte de un ente público se lo denomina “declaratoria de utilidad pública y de interés social”, se reformó el artículo 87²⁸ y se dispuso que los contratos complementarios no podrán superar un máximo del 15% del valor del contrato, entre

²⁶ Es común encontrarse con propia normativa respecto a las contrataciones que celebran instituciones tales como en el sector hidrocarburífero, el sector eléctrico, las empresas públicas acogidas al régimen especial del giro específico del negocio, éstas últimas con una diferencia de forma en cuanto a la obtención de la reglamentación para sus contrataciones.

²⁷ Artículo 5 de la Ley para la Eficiencia en la Contratación Pública.

²⁸ Artículo 8 de la Ley para la Eficiencia en la Contratación Pública.



otras importantes reformas, todo esto se lo realizó a través de la Ley Orgánica para la Eficiencia en la Contratación Pública, Registro Oficial Suplemento 966 de 20 de marzo de 2017.

2.1.3 Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública

En efecto, el reglamento de aplicación para la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública fue emitido mediante Decreto Ejecutivo No. 1700 Registro Oficial Suplemento 588 de 12 de mayo de 2009 y su última modificación en fecha 08 de noviembre de 2016 y se denomina Reglamento de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. En este reglamento encontramos normas que regulan, tanto la parte técnica en la forma en cómo se debería llevar la contratación pública por parte de las entidades contratantes, el SERCOP, los entes de control y los oferentes, así como también regula la parte jurídica administrativa, la voluntad jurídica emanada de una potestad administrativa, sus reclamos y la manera de proponerlos, interposición de recursos, jurisdicción y competencia frente a posibles controversias, entre otros.

2.1.4 Codificación de Resoluciones del Servicio Nacional de Contratación Pública

En virtud de los artículos 10, 11 y 12 de la LOSNCP y del artículo 6 del Reglamento de la LOSNCP y por las atribuciones conferidas al Servicio Nacional de Contratación Pública y a su Directorio, se han dictado varias resoluciones por parte del referido órgano colegiado con el fin de regular aspectos específicos en materia de contratación pública que en la Ley no han sido tratados o han sido regulados de manera muy general, y se vio la necesidad de llenar aquellos vacíos normativos para tener directrices y lineamientos claros respecto a cómo celebrar un procedimiento precontractual, cualquier que sea, eficiente y eficaz en concordancia con los principios rectores de esta materia, establecidos en el artículo 4 de la LOSNCP.

Lo anotado encuentra razón cuando revisamos la Resolución del Servicio Nacional de Contratación Pública 72, Documento Institucional 2016 de 31 de agosto de 2016,



denominada “CODIFICACION DE RESOLUCIONES DEL SERVICIO NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA” mejor conocida como Resolución 072-2016, que es una recopilación de todas las anteriores resoluciones emitidas por el Instituto Nacional de Contratación Pública “INCOP”, y que posterior a la reforma del año 2013 de la LOSNCP ahora se lo denomina Servicio Nacional de Contratación Pública “SERCOP”²⁹. Esta codificación de resoluciones del SERCOP fue emitida sobre la base de un análisis de todas las normas en materia de contratación pública que seguían a la fecha de 31 agosto de 2016 siendo indispensables y útiles manteniéndolas como vigentes y derogando las normas innecesarias y de ineficaz aplicación.

2.1.5 Ley Orgánica del Servicio Público

Específicamente, los contratos que celebran las instituciones públicas con sus funcionarios o trabajadores son de distinta naturaleza que los celebrados en el tema que nos ocupa, pues en contratación pública existe de por medio un lucro por lo general que busca el oferente o contratista; y por otro lado la satisfacción de adquirir un bien, obtener la prestación de un servicio o ejecutar una obra, que es la retribución o contraprestación que reciben las instituciones públicas; mientras que, en un contrato de los determinados en la LOSEP está de por medio una relación laboral³⁰, una determinación de labores y funciones que el trabajador o funcionario tiene que cumplir a cabalidad y en estricto apego a mandatos constitucionales y legales³¹.

2.1.6 Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas

El 22 de octubre de 2010 se promulgó el Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, cuya finalidad fue organizar el Sistema Nacional Descentralizado de Planificación Participativa con el Sistema Nacional de Finanzas Públicas, en apego al régimen de desarrollo y al régimen del buen vivir. Puntualmente, los artículos del código en mención y que tienen estrecha relación con la contratación

²⁹ Considerando Décimo Tercero de la Resolución No. 072-2016 SERCOP.

³⁰ La relación laboral que tienen los funcionarios en una entidad pública está determinada en el artículo 4, 5, 16 y 17 de la LOSEP.

³¹ Artículo 226 de la Constitución de la República y artículo 22, 23 y 24 de la Ley Orgánica del Servicio Público.



pública son los siguientes: artículo 76 acerca de los recursos públicos, artículo 15 sobre la certificación presupuestaria, artículo 16 acerca del establecimiento de compromisos, artículo 117 sobre las obligaciones, artículo 130 acerca de la grabación global de rentas, artículo 134 sobre la participación de empresas del país prestamista, artículo 137 que trata sobre los contratos que contribuyen a concretar operaciones de endeudamiento público interno o externa, así como el artículo 178 sobre las sanciones por comprometer recursos públicos sin certificación presupuestaria.

En el Decreto Ejecutivo No. 489 publicado en el Registro Oficial Suplemento 383 de 26 de noviembre de 2014 se creó el Reglamento del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, el cual en su artículo 99 establece las implicaciones del pre compromiso adquirido al techo presupuestario en las certificaciones presupuestarias plurianuales y en su artículo 101 establece la certificación presupuestaria anual.

Los artículos del código y reglamento mencionados en líneas anteriores guardan relación con las prohibiciones de los servidores públicos establecidas en el artículo 24 numeral i, j de la Ley Orgánica del Servicio Público, en razón de que los servidores públicos además de no poder celebrar convenios o contratos con el Estado que supongan beneficios para sí mismos o su cónyuge o parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, también están impedidos de celebrar contratos sin que exista la debida certificación presupuestaria, pues en tal caso, se contraerá una obligación por parte de la entidad pública y producirá afectación presupuestaria en virtud de los numerales 1 y 2 del artículo 117 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas.

2.1.7 Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado

Expedida el 13 de octubre de 2011 en el Registro Oficial Suplemento No. 555, la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado tiene como objeto evitar, prevenir, eliminar y sancionar el abuso de los operadores económicos que ostentan poder de mercado, así como la prevención, prohibición y sanción de acuerdos colusorios, prácticas restrictivas, operaciones de concentración económica, y las prácticas desleales, con el fin de obtener la eficiencia en los mercados, comercio justo y el bienestar general de los consumidores y usuarios.



Esta ley, en su artículo 9 y 11, determina cuáles son las conductas que constituyen abuso de poder de mercado y acuerdos y prácticas prohibidas. Específicamente, respecto de la contratación pública, en el numeral 6 del artículo 11 se establece como práctica prohibida el “falsear o distorsionar la competencia, ya sea en la presentación de ofertas y posturas o buscando asegurar el resultado en beneficio propio o de otro proveedor u oferente en una licitación, concursos, remates, ventas al martillo, subastas públicas u otros establecidos en las normas que regulen la contratación pública o en procesos de contratación privados abiertos al público”. Así también, en el artículo 41 se dispone la obligación de implementar sistemas y mecanismos de monitoreo de los procesos de contratación y subcontratación que realizan los contratistas del Estado y las entidades contratantes.

De tal manera queda establecida la forma de cooperación interinstitucional³² bajo la cual trabajan tanto el Servicio Nacional de Contratación Pública como la Superintendencia de Control de Poder de Mercado, así como también otros entes u órganos de control, tales como la Contraloría General del Estado y el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, quienes tienen a su cargo velar por el efectivo cumplimiento de los principios de la contratación pública.

Las leyes a las que se ha hecho referencia son las que tienen importancia respecto del tema planteado en la presente investigación, pues el régimen especial en la contratación pública nace sobre la base de los principios generales de la administración pública, los principios rectores de la contratación pública, las normas establecidas en la LOSNCP, el Reglamento de la LOSNCP, la Resolución No. 072-2016, y las demás normas afines con el fin de cumplir las necesidades institucionales y así satisfacer el requerimiento de los administrados.

³² La Constitución de la República en su artículo 227 señala los principios que rigen la administración pública y entre aquellos encontramos al principio de coordinación, el mismo que ha sido desarrollado por la doctrina y para citar una de sus tantas definiciones se señala la determinada por el Dr. Omar Ahumada Mora: “Principio de Coordinación: Los órganos de la Administración deberán cumplir sus cometidos coordinadamente y propender a la unidad de acción, evitando la duplicación o interferencia de funciones.” (file:///C:/Users/HP/Downloads/OAM-APUNTES.2.oam.pdf)



2.2 Procedimientos dinámicos de la contratación pública

2.2.1 Requerimientos previos a todo procedimiento precontractual

Previo a celebrar cualquier procedimiento precontractual las entidades contratantes tendrán que contar con lo siguiente:

- Certificación de que la contratación a la que accederá se encuentra prevista en el Plan Anual de Contrataciones, artículo 23 de la LOSNCP.
- Disponer y contar con las especificaciones técnicas o términos de referencia; estudios y diseños que cumplirán con la característica de ser completos, definitivos y actualizados, artículo 24 de la LOSNCP.
- Contar con el presupuesto referencial de la contratación y con la certificación presupuestaria de la disponibilidad de fondos económicos con el fin de poder cumplir con las obligaciones que se llegaren a contraer, en respeto del artículo 24 de la LONSCP y en relación con el artículo 115, 116, 117 y 178 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas.
- Pliegos. La máxima autoridad de la entidad contratante para disponer el inicio de cualquier procedimiento precontractual, aprobará los pliegos y dispondrá el inicio en el mismo acto, resolución que será publicada en el Portal de Compras Públicas del Sistema Oficial de las Contrataciones del Estado.³³
- Comprobar, en determinados casos, que los oferentes a ser invitados al proceso precontractual consten inscritos, habilitados y sin prohibición alguna en el Registro Único de Proveedores, RUP.

Estos son los requerimientos y documentos necesarios para que la entidad contratante inicie un procedimiento precontractual sin defectos y en apego a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública su Reglamento y las Resoluciones emitidas por el SERCOP.

³³ Los funcionarios a cargo de la elaboración de los pliegos usarán herramientas informáticas tal como lo establece el artículo 28 de la LOSNCP; en tal virtud, el SERCOP ha creado una plataforma informática que es utilizada de manera obligatoria para la creación de Pliegos denominada Modelos Facilitador “USHAY”. Se sugiere revisar en el portal web www.compraspublicas.gob.ec, el proceso código No. LICS-CNELEOR-107-17, en el que se puede observar y descargar la resolución de inicio del proceso precontractual y la disposición de aprobación de los pliegos.



2.2.2 Convenio Marco, Catálogo Electrónico y Subasta Inversa Electrónica

La contratación pública en el Ecuador a partir del año 2008³⁴ tuvo un giro trascendental no sólo para nuestro ordenamiento jurídico sino en Latinoamérica y en el mundo entero, pues con el establecimiento de los denominados procedimientos dinámicos³⁵ se dotó de transparencia, celeridad y publicidad a las contrataciones bajo esta modalidad de contratación. Se denominan procedimientos dinámicos en razón de que previo a la celebración de un contrato público, tiene que seguir los siguientes pasos:

- Celebración de Convenios Marco por parte del Servicio Nacional de Contratación Pública a fin de que los proveedores³⁶ que oferten bienes y servicios normalizados³⁷ se los incluya en el Catálogo Electrónico³⁸ del SERCOP³⁹ y que se los mismos se ofertarán en virtud de las condiciones contractuales previstas en el Convenio Marco que celebró el SERCOP con dicho proveedor.
- Una vez que el proveedor sea incluido al Catálogo Electrónico, sus bienes o servicios serán ofertados en el mismo con la particularidad de que cuando la entidad contratante tenga una necesidad de adquirirlos, en virtud del artículo 44 y 45 de la LOSNCP y artículo 43 del Reglamento de la LOSNCP, podrá realizarlo

³⁴ A partir del 04 de agosto del año 2008, fecha en la que se expidió la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, se transformó por completo la forma en la que los recursos públicos son utilizados por parte de las entidades del sector público, pues al establecer las “herramientas informáticas”, la creación del portal de compras públicas y el uso de soportes electrónicos para la realización procedimientos precontractuales se dejó de lado el sistema poco transparente en la compra pública, ya que anteriormente no se tenía acceso público e inmediato a los datos e información respecto del uso de los recursos públicos. En la actualidad, a través del Sistema Oficial de las Contrataciones del Estado SOCE y el Portal de Compras Públicas del SERCOP, se tiene acceso directo e inmediato a toda la información relacionada con las entidades contratantes respecto de las contrataciones que celebren, los procedimientos precontractuales, suscripción de contratos, fase de ejecución, terminaciones de contratos y las demás situaciones y documentos relevantes en la contratación pública de cada una de las entidades, todo esto en virtud del artículo 9, 10 y 11 de la Resolución No. 072-2016 SERCOP.

³⁵ Artículos 43, 44, 45, 46 y 47 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; artículos 42, 43, 44, 45, 46, 47 y 48 del Reglamento de la LOSNCP; y desde el artículo 169 al artículo 274 de la Resolución No. 072-2016 SERCOP.

³⁶ Proveedor debidamente inscrito en el Registro Único de Proveedores del Servicio Nacional de Contratación Pública.

³⁷ Artículo 6 numeral 2 y Disposición Transitoria Primera de la LOSNCP, artículo 42 del Reglamento de la LOSNCP.

³⁸ La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en su artículo 6 numeral 3 define al Catálogo Electrónico de la siguiente manera: Catálogo Electrónico: Registro de bienes y servicios normalizados publicados en el portal www.compraspublicas.gov.ec para su contratación directa como resultante de la aplicación de convenios marco.

³⁹ Artículo 44 de la LOSNCP.



de forma directa y con la Orden de Compra emitida por el Catálogo Electrónico se formalizará el negocio jurídico, sujetándose obviamente a la normativa prevista para este procedimiento. Otra particularidad de los procedimientos dinámicos radica en la obligación de la entidad contratante de consultar el Catálogo Electrónico previo a realizar o establecer cualquier proceso de adquisición⁴⁰, ya que sólo si el bien o servicio no se encuentra “catalogado o normalizado” se podrá realizar la adquisición a través de procedimientos comunes o especiales establecidos en la Ley y el Reglamento.⁴¹

- Una vez agotada la revisión en el Catálogo Electrónico y en el caso de que los bienes y servicios sean normalizados se optará de manera obligatoria por el procedimiento dinámico denominado Subasta Inversa Electrónica⁴², y ante la eventualidad de que los bienes y servicios sean “no normalizados” se podrá optar por los procedimientos comunes, adjunto al proceso de contratación la respectiva certificación de los mismos no se encuentran en el Catálogo Electrónico.

Estos procedimientos por su naturaleza son “dinámicos” si los comparamos a la luz de las contrataciones de régimen común tales como una adquisición de Menor Cuantía o una Cotización, que son procedimientos rígidos y estrictos; mientras que en una compra por Catálogo Electrónico de conformidad al artículo 4 de la Resolución 24-2015 emitida por el SERCOP se fijan los denominados “umbrales de compra” que dependerán del monto del presupuesto referencial, y así se establecieron tres umbrales de compra: Compra Directa, Mejor Oferta y Mejor Oferta con Puja.

Los autores Daniel López, Antonio Pérez y José Luis Aguilar en su obra “Manual de Contratación Pública” consideran que estos procedimientos presentan importantes

⁴⁰ Artículo 46 de la LOSNCP.

⁴¹ La manera en la que las entidades contratantes certifican la falta de disposición de bienes y servicios en el Catálogo Electrónico se lo puede revisar en el portal web www.compraspublicas.gob.ec, y en virtud del presente trabajo de investigación se sugiere revisar el proceso código No. SIE-GADC-22251-2017, en el que se puede encontrar la certificación otorgada y suscrita por el funcionario del departamento de Compras Públicas de la entidad contratante, que certifica que luego de proceder a revisar el catálogo electrónico dichos “bienes o servicios” requeridos no constan o no existe disponibilidad, razón por la cual se recomienda realizar la compra a través de Subasta Inversa Electrónica.

⁴² Artículo 47 de la LOSNCP.



innovaciones en materia de contratación pública y puntualmente señalan que el uso del “internet” fue lo que el legislador aprovechó para dar cabida a este tipo de contrataciones (López Suárez, Pérez, & Aguilar, 2016, p.149).

2.3 Procedimientos comunes de la contratación pública

Los procedimientos comunes de la contratación pública los tenemos a partir del artículo 48 de la LOSNCP y son:

- Licitación
- Cotización
- Menor Cuantía
- Ínfima Cuantía
-

Todos ellos para la adquisición de bienes, ejecución de obra y prestación de servicios, únicamente con particularidades respecto en las contrataciones de ínfima cuantía en lo referente a ejecución de obra, pues en el artículo 52.1 numeral 3 de la LOSNCP se determina de manera clara que se podrá contratar la ejecución de obra cuando tengan por objeto única y exclusivamente la reparación, refacción, remodelación, adecuación, mantenimiento o mejora de una construcción o infraestructura existente, cuyo presupuesto referencial sea inferior a multiplicar el coeficiente 0,0000002 del presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico. Distinto a lo que sucede en procesos de Menor Cuantía, Cotización o Licitación, que obviamente por el presupuesto referencial se trataría de una construcción y ejecución de una obra nueva, o que se planea construir.

Todos los procedimientos comunes se aplican a las contrataciones de bienes y servicios no normalizados, o que siendo normalizados su proceso dinámico no tuvo éxito, y a la ejecución de obras, correspondiéndoles dependiendo de los presupuestos referenciales (López Suárez, Pérez, & Aguilar, 2016, p. 171).



2.3.1 Licitación

Al respecto de este procedimiento precontractual lo tenemos regulado en el artículo 48 y 49 de la LOSNCP y desde el artículo 49 al 55 del Reglamento de la LOSNCP.

Por la complejidad y el monto del presupuesto referencial que se maneja en estas contrataciones es que se le da un tratamiento distinto de las demás contrataciones en régimen común. Una particularidad que resalta en estas contrataciones es que la Comisión Técnica se conforma, a más de los funcionarios establecidos en el artículo 18 de la LOSNCP, por el Director Financiero y el Director Jurídico de la entidad contratante, que actúan con voz pero sin voto.

La convocatoria en un proceso de Licitación se la realiza a todos los proveedores inscritos en el RUP, y su procedimiento es el mismo a seguir que el de Cotización, excepto por lo previsto en el artículo 56 del Reglamento de la LOSNCP, que prevé que le convocatoria a participar del procedimiento de Cotización se lo hace a través de una invitación a cinco proveedores inscritos en el RUP y cumplan con los parámetros de contratación preferente e inclusión previsto en los artículos 50 y 52 de la LOSNCP.

2.3.2 Cotización

Se encuentra regulado en el artículo 50 de la LOSNCP y artículo 56 y 57 del Reglamento de la LOSNCP.

Su particularidad está en la convocatoria para participar del procedimiento precontractual, pues en virtud del artículo 56 del Reglamento de la LOSNCP se prevé que realizará un sorteo electrónico aleatorio y se escogerá a cinco proveedores inscritos en el RUP y que cumplan con los parámetro de contratación preferente e inclusión (artículos 50 y 52 de la LOSNCP); sin perjuicio de que los proveedores que no salieron favorecidos en el sorteo aleatorio puedan presentar sus ofertas en el proceso que se realiza.



De manera que en el último inciso del artículo 56 del Reglamento de la LOSNCP, establece que se aplicarán las normas previstas para el procedimiento Licitación en lo que sea pertinente, y en el artículo 57 ibídem determina que se aplicarán los términos entre la convocatoria y el cierre de recepción de ofertas atendiendo a la complejidad de la contratación y será fijada por la máxima autoridad de la entidad contratante.

A partir del artículo 304 de la Resolución No. 072-2016 SERCOP, se encuentra regulado el procedimiento para la adquisición de bienes, prestación de servicios o ejecución de obras cuando se trate de una Cotización.

En estas contrataciones se hace prevalencia de los criterios de contratación preferente y la partición local, y en el artículo 311 de la Resolución No. 072-2016 SERCOP, determina de manera clara cuándo son considerados proveedores locales⁴³.

2.3.3 Menor Cuantía

El procedimiento de Menor Cuantía se encuentra regulado en la LOSNCP en el artículo 51, en el Reglamento de al LOSNCP en los artículos 58 y 59, y a partir del artículo 312 hasta el artículo 329 de la Resolución No. 072-2016 SERCOP.

La particularidad de los procedimientos de menor cuantía radica en que en virtud del artículo 51 de la LOSNCP se puede contratar directamente⁴⁴ con el proveedor que mejor costo presente a la entidad contratante basándose en por lo menos tres proformas de otros proveedores del Estado o de proveedores privados.

Para los casos de ejecución de obras en este procedimiento los proveedores podrán tener contratos con el Estado siempre y cuando los montos individuales de cada

⁴³ Art. 311 de Resolución No. 072-2016 SERCOP.- Participación local.- Serán considerados como proveedores locales para efectos de la aplicación de los márgenes de preferencia, las personas naturales que, de conformidad con los artículos 47 y 48 de la Codificación del Código Civil, numeral 22 del artículo 6 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública tengan su domicilio al menos seis meses en la parroquia rural, cantón o provincia donde se ejecutará la obra, se destinen los bienes o se presten los servicios objeto de la contratación. En el caso de las personas jurídicas, serán consideradas locales aquellas cuya oficina principal o matriz estén domiciliadas en la parroquia rural, el cantón, la provincia o la región donde se ejecutará la obra, se destinen los bienes o se preste el servicio objeto de la contratación.

⁴⁴ De igual manera el proveedor tendrá que cumplir a cabalidad con lo establecido en los pliegos, conforme establece el artículo 58 del Reglamento de la LOSNCP.



contrato y sumados cada uno de ellos, no superen el monto establecido en el numeral 2 del artículo 51 de la LOSNCP.

Al igual que en procedimientos de cotización, se estará a los dispuesto a los criterios de contratación preferente en virtud del artículo 52 de la LOSNCP.

Para la contratación de obras en los procedimientos de menor cuantía se estará a lo dispuesto en el artículo 59 del Reglamento de la LOSNCP, y que de manera concreta establece que se invitarán a participar en el proceso a los proveedores que cumplan con las condiciones de contratación preferente y a su vez estarán habilitados para presentar su “manifestación de interés” para participar en el procedimiento precontractual. Ésta manifestación de interés comprende en la presentación por escrito de aceptar y pretender participar en el procedimiento precontractual al que fue invitado el proveedor⁴⁵. Posterior a la manifestación de interés la máxima autoridad o su delegado verificarán que el proveedor cumpla con todos los requisitos técnicos solicitados y previstos en los pliegos y la aceptación al presupuesto referencial.

2.3.4 Ínfima Cuantía

El procedimiento de Menor Cuantía se encuentra regulado en la LOSNCP en el artículo 52.1, en el Reglamento de al LOSNCP en los artículos 60, y a partir del artículo 330 hasta el artículo 337 de la Resolución No. 072-2016 SERCOP.

El procedimiento de ínfima cuantía conlleva un tratamiento especial respecto de los documentos que se publicarán en el Portal de Compras Públicas, ya que únicamente se publica las facturas de los gastos en los que ha tenido que incurrir la entidad contratante. Este procedimiento es el más observado por el portal ya que como el respectivo órgano de control debe velar por el fiel cumplimiento de la normativa legal y el buen uso de los recursos públicos, revisa y supervisa que no se subdividan

⁴⁵ Por motivo de investigación y con el de identificar de manera efectiva las “Manifestaciones de Interés” por parte de los proveedores habilitados, se sugiere revisar el proceso precontractual No. MCO-GADC-036-2017 obtenido del Portal de Compras Públicas: <https://www.compraspublicas.gob.ec/ProcesoContratacion/compras/PC/informacionProcesoContratacion2.cpe?idSoliCompra=MiTviziyBL59rsdTgDmR85VMPbpaNIXb2KbYQ6zJ1do>.



contrataciones en virtud del artículo 52.1 penúltimo inciso y Disposición General Segunda de la LOSNCP.

Incluso en el Portal de Compras Públicas tenemos un apartado exclusivamente para publicar y revisar este tipo de contrataciones, ya que por su poco monto de contratación al que se accede en estas, carecería de toda lógica realizar todo el trámite que conlleva una contratación en régimen común, sino que por el contrario éstas contrataciones permiten dar agilidad y oportunidad a las necesidades institucionales de manera que se hace efectivo el principio de oportunidad establecido en el artículo 4 de la LOSNCP.

Las adquisiciones bajo este procedimiento serán para bienes y servicios normalizados y no normalizados, para adquisiciones que no se encuentran previstas en el Plan Anual de Contratación o incluso para aquellas contrataciones que encontrándose previstas en el PAC pero que no constituyan un requerimiento constante y recurrente durante el ejercicio fiscal y se las realice en una sola contratación, esto con fin de evitar la subdivisión de contratos⁴⁶.

En el artículo 331 de la Resolución No. 072-2016 SERCOP se encuentra previsto que para la adquisición de:

- Alimentos y bebidas destinados a la alimentación humana y animal, especialmente de unidades civiles, policiales o militares, ubicadas en circunscripciones rurales o fronterizas.
- Combustibles en operaciones mensuales por cada entidad, cuyo monto no podrá superar el coeficiente de 0,0000002 del Presupuesto Inicial del Estado.
- Adquisición de repuestos o accesorios, siempre que por razones de oportunidad no sea posible emplear el procedimiento de Régimen Especial regulado en el artículo 94 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

⁴⁶ Artículo 330 numerales 1, 2 y 3 de la Resolución No. 072-2016 SERCOP.



- Arrendamiento de bienes muebles e inmuebles, si su presupuesto anual de arrendamiento no supera el coeficiente de 0,0000002 del Presupuesto Inicial del Estado.
- Adquisición de medicamentos y dispositivos médicos, siempre que por razones de oportunidad no sea posible emplear alguno de los procedimientos establecidos en el Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.
- Las contrataciones de investigación científica, a excepción de aquellas contrataciones consideradas como consultoría.

“En los casos previstos en los numerales 1, 3, 5 y 6 de este artículo, el cálculo de la cuantía no se hará por todas las adquisiciones del correspondiente período fiscal, sino que se lo hará individualmente, por cada compra.”⁴⁷

Está prohibido la contratación de consultoría a través del procedimiento de ínfima cuantía en virtud del artículo 334 de la Resolución No. 072-2016 SERCOP, en razón de que para la contratación de consultoría se estará a lo previsto a los procedimientos de:

- Contratación de consultoría directa.
- Contratación de consultoría por lista corta
- Contratación de consultoría por concurso público.⁴⁸

Los procedimientos tratados en el presente capítulo son los que la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento define y enmarca dentro de los denominados procedimientos comunes y se los realiza en régimen común, mientras que en la Resolución No. 072-2016 SERCOP en su artículo 3 numeral 2 incluye a los procedimientos de consultoría y contratación integral por precio fijo dentro del régimen común, y en virtud del artículo 425 de la Constitución de la República del Ecuador, por estar ya determinada en una Ley orgánica la denominación y el especial tratamiento de dichos procedimientos, ésta inclusión a la que se hace mención, determinada en una resolución de inferior rango jerárquico

⁴⁷ Artículo 331 último inciso de la Resolución No. 072-2016 SERCOP.

⁴⁸ Artículos desde el 275 al 295 de la Resolución No. 072-2016 SERCOP.



normativo, no podría contradecir o pretender prevalecer por sobre la ley y el reglamento; en tal virtud para la presente investigación se ha tomado en consideración lo determinado y establecido en la Ley Orgánico del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento.



CAPÍTULO 3: EL RÉGIMEN ESPECIAL DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

3.1 Normativa referente al régimen especial de la contratación pública en el Ecuador

El fundamento legal del régimen especial lo encontramos en el artículo 2 de la LOSNCP, en el artículo 2 y desde el artículo 68 hasta el artículo 106 del Reglamento de la LOSNCP, y desde los artículos 377 hasta el artículo 469 de la Resolución No. 072-2016 SERCOP. Toda esta normativa citada desarrolla el régimen especial de la contratación pública en nuestro país, de manera que, al contrario de lo que sucedía antes de la expedición de la LOSNCP, ahora se encuentra establecida todas las disposiciones relativas a dicho régimen en estos cuerpos normativos y no en ningún otro ni de ninguna otra naturaleza que no sean los referidos en líneas anteriores.

Es preciso señalar, que como una excepción a la regla, ciertos procedimientos en régimen especial hacen referencia en otros cuerpos normativos distintos a la LOSNCP, su Reglamento y a la Resolución No. 072-2016⁴⁹, en razón de que son contrataciones que celebran entidades de los sectores estratégicos o por motivo de haberse aprobado el Giro Específico del Negocio por parte del Director del SERCOP, entre otros.

Esto no desmerece la situación actual y el respeto a la seguridad jurídica que se ha alcanzado producto de la LOSNCP y su Reglamento, pues al no estar dispersas las normas referentes a los procesos de contratación pública se ve enraizado el ánimo de obtener el mayor provecho por una aplicación de los principios rectores de la contratación pública, tal como el de legalidad, oportunidad, transparencia y publicidad.

⁴⁹ Las contrataciones en régimen especial que celebren las empresas de los sectores estratégicos (artículo 106 del Reglamento de la LOSNCP), las establecidas por el Giro Específico del Negocio, las contrataciones del sector hidrocarburífero que se sujetan a la Ley de Hidrocarburos su Reglamento de Aplicación y las disposiciones de la Agencia de Regulación Hidrocarburífera y las resoluciones de la Subsecretaría del Ministerio del Ramo.



3.2 Régimen especial

El Dr. William López Arévalo, en su libro Tratado de Contratación Pública, establece que los procedimientos contemplados en régimen especial:

Son procedimientos de contratación que tienen el carácter de excepcional, pues se sujetan a una normativa específica dictada por el Presidente de la República en el Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que comprende a determinadas contrataciones (López, 2013, p. 318).

La anterior Ley de Contratación Pública, publicada en el Registro Oficial No. 272 de 22 de febrero de 2001, establecía en su artículo 2 que se considerará como régimen especial:

- Las contrataciones que celebren las instituciones del sector público respecto a las cuales una ley especial haya dispuesto su forma de contratación.
- Los contratos de adquisición de fármacos, insumos médicos y material quirúrgico, que celebren las instituciones y entidades del sector público, incluido el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.
- Los contratos cuyo objeto sea la ejecución de actividades de comunicación social destinadas a la información de las acciones del Gobierno Nacional.
- Y, las contrataciones de aquellas entidades indicadas en el numeral 5 del artículo 118 de la Constitución de la República de aquel entonces⁵⁰.

Para el año 2008 nuestra Ley de Contratación Pública fue derogada y el 04 de agosto de 2008 entró en vigencia la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, y lo más novedoso fue el artículo 2 y sus numerales, pues en ellos se estableció el nuevo régimen especial de contratación pública que tanta falta le hacía a nuestro ordenamiento jurídico, pues ya no estarían dispersas las normas de procedimientos no comunes en leyes ajenas a la ley de la materia, sino que a partir de

⁵⁰ Artículo 118 numeral 5 de la Constitución Política de la República del Ecuador del año 2001. Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado.



esa fecha se logró establecer que una vez que se expida el Reglamento de la LOSNCP se desarrollaría y enmarcaría con plena claridad los procedimientos del régimen especial, evitando así posibles actos de corrupción, violación a la seguridad jurídica, respeto al debido proceso y uniformidad a los procedimientos precontractuales establecidos en la ley.

El fundamento del régimen especial es que, por la naturaleza de las contrataciones previstas para este tipo, no pueden seguirse los mismos lineamientos que se aplican para otras contrataciones como de obra, bien o servicio, sino que por el contrario, por la necesidad y por la particularidad de estas contrataciones, se deben seguir otros procedimientos, distintos en ciertos puntos de los que son para el régimen común, con el fin de respetar y hacer cumplir los principios rectores de la contratación pública establecidos en el artículo de la LOSNCP.

Es menester señalar que en el régimen especial tiene gran importancia la motivación del acogimiento a dicho régimen por parte de la máxima autoridad de la entidad contratante. Para ello se deberá emitir el respectivo acto administrativo⁵¹ que fundamente y motive, de manera efectiva, la razón de acogerse a uno de los procedimientos de régimen especial previsto en el Reglamento de la LOSNCP, respetar y cumplir las demás disposiciones establecidas en le LOSNCP para dar estricto cumplimiento al procedimiento y velar por los demás requisitos previos para iniciar el proceso precontractual.

Bajo régimen especial, estos procedimientos a través de la máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado, deben respetar disposiciones de obligatorio cumplimiento respecto de todos los procedimientos de contratación pública, a saber:

- Los oferentes deben estar habilitados en el Registro Único de Proveedores.
- Existencia de requisitos previos: certificaciones presupuestarias y que se cuenten con los estudios, planos o diseños definitivos, completos y actualizados, así como con las especificaciones técnicas o los términos de referencia (artículo 69 del Reglamento de la LOSNCP).

⁵¹ En virtud de la presente investigación, se sugiere revisar el proceso precontractual No. RE-ETAPA-072017, proceso de régimen especial por Proveedor Único.



- Deben ser publicados en el Portal de Compras Públicas, publicación de la información y documentación relevante en base a lo establecido en el artículo 9 y 10 de la Resolución No. 072-2016 SERCOP.
- Las contrataciones en régimen especial también pueden ser declaradas de emergencia conforme se encuentra previsto en el artículo 71 del Reglamento de la LOSNCP.

En lo que respecta a las normas generales de procedimiento precontractual que rigen la contratación pública, el autor William López Arévalo señala:

Solo en el caso de que en el régimen especial no se describa o detalle algún procedimiento o acción concreta que sean indispensables para la contratación de bienes, obras o servicios, se observaran de forma supletoria los procedimientos establecidos en el régimen general de la contratación pública (López, 2013, p. 319).

Toda contratación en régimen especial tiene su particular tratamiento y procedimiento, pues como es lógico, al apartarse del régimen común estas contrataciones han sido creadas con el fin de dotar de agilidad y confidencialidad a los actos y negocios jurídicos que celebran las entidades públicas, sin que ello implique una manera de elusión de los otros procedimientos precontractuales establecidos.

Los tipos de contrataciones sometidas a régimen especial se encuentran determinados en el artículo 2 de la LOSNCP; sin embargo, la ley es clara y precisa al determinar cuáles son los procedimientos sometidos al régimen especial y que estos se someterán a la normativa específica que dicte para el efecto el Presidente de la República en virtud de las atribuciones conferidas en el artículo 147 numeral 13 de la Constitución de la República, esto es, la facultad de expedir los reglamentos necesarios para la aplicación de las leyes, sin contravenirlas ni alterarlas.

En este sentido, el Reglamento de la LOSNCP expedido por el Presidente de la República y publicado en el Registro Oficial Suplemento 588 de fecha 12 de mayo de 2009, amplió las contrataciones que se someterán al régimen especial, pues en la



LOSNCP no se encontraban previstas las contrataciones de bienes y servicios únicos en el mercado o proveedor único⁵², ni las contrataciones establecidas en los artículos 103, 104, 105 y 106 del Reglamento de la LOSNCP⁵³; sin embargo, el contenido de las disposiciones que regulan el régimen especial de estas contrataciones no previstas en la LOSNCP es apegado a los mandatos constitucionales, respetan en su integralidad los derechos y principios establecidos en la Constitución de la República, así como también a lo dispuesto en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, y por lo tanto, se consideran plenamente válidas, eficaces y legales las contrataciones realizadas bajo este régimen.

En virtud de lo manifestado y analizado en la presente investigación, se seguirá y tomará como referencia el régimen especial establecido en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento, ya que en la Resolución No. 072-2016 “Codificación de Resoluciones del Servicio Nacional de Contratación Pública” de fecha 31 de agosto de 2016, en su artículo 3 enumera a los tipos de contrataciones sometidas al régimen especial y los amplía aún más que las determinadas en el Reglamento de la LOSNCP, y por mandato del principio de jerarquía normativa⁵⁴ se estará a lo dispuesto en la LOSNCP por ser una ley orgánica que prevalece por sobre lo establecido en los reglamentos o resoluciones de los órganos del poder público.

En este orden de ideas, el régimen especial materia de la presente investigación, será el establecido en el orden que deviene.

3.2.1 Las de adquisición de fármacos que celebren las entidades que presten servicios de salud, incluido el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social

Este procedimiento se encuentra previsto en el artículo 2 numeral 1 de la LOSNCP, a partir del artículo 72 hasta el artículo 85 del Reglamento de la LOSNCP, y a partir

⁵² Artículo 94 del Reglamento de la LOSNCP.

⁵³ Las contrataciones que realicen las empresas mercantiles del Estado y subsidiarias y las de los sectores estratégicos no se encontraban determinadas de naturaleza de régimen especial en el artículo 2 de la LOSNCP, no obstante, al no contradecir lo previsto en el numeral 8 del artículo referido y al estar en concordancia con el artículo 147 numeral 13 de la Constitución de la República, es plenamente válido, legal y constitucional el contenido de las contrataciones previstas como régimen especial en el Reglamento de la LOSNCP a partir del artículo 68 hasta el artículo 106.

⁵⁴ Artículo 425 de la Constitución de la República.



del artículo 379 hasta el artículo 424 de la Resolución No. 072-2016 SERCOP, y tiene las siguientes particularidades:

- Para determinar de manera efectiva lo que se entiende por fármaco se estará a lo dispuesto en el artículo 259 de la Ley Orgánica de Salud, del cual es necesario precisar que no establece el contenido y concepto exacto del mismo, sino que solamente se refiere a otros términos que dan un entendimiento implícito de lo que se debería entender por fármaco o medicamento. Por tal motivo, la definición de fármaco que propone el artículo 72 del Reglamento de la LOSNCP, será la que mejor se adecúe como referencia para las entidades contratantes al momento de celebrar este procedimiento en régimen especial.
- Todos los fármacos que serán adquiridos por las entidades que presten servicios de salud e incluso las entidades que no presten servicios de salud de manera directa, deberán cerciorarse de manera obligatoria que los mismos a ser adquiridos cumplan con los requisitos establecidos en la Ley Orgánica de Salud.⁵⁵
- Que los proveedores que oferten medicamentos o fármacos estén habilitados en Registro Único de Proveedores y su CPC sea el adecuado para ofertarlos.
- Todas las adquisiciones de fármacos estarán sujetas a controles de calidad post registro de manera aleatoria, control que lo realizará la autoridad sanitaria nacional, en virtud del artículo 76 del Reglamento de la LOSNCP.
- Similar a lo dispuesto en el artículo 46 de la LOSNCP⁵⁶, las entidades contratantes que requieran adquirir medicamentos o fármacos deberán consultar el Repertorio de Medicamentos que administra el Servicio Nacional de Contratación Pública y aplicar el uso de las herramientas informáticas para realizar la compra a través del Catálogo Electrónico, esto en fundamento del artículo 379 de la Resolución No. 072-2016 SERCOP. Solamente cuando dichos medicamentos o fármacos no consten en dicho repertorio se podrá

⁵⁵ Que cuenten con su respectivo registro sanitario actualizado, cuenten con las respectivas autorizaciones, que garanticen calidad, seguridad y eficacia, entre otros requisitos mínimos establecidos en la Ley Orgánica de Salud.

⁵⁶ Obligatoriedad de la entidad contratante de consultar el Catálogo Electrónico previo a establecer procesos de adquisición de bienes y servicios. Esto con el fin de certificar que los bienes y servicios que serán adquiridos no constan en dicho catálogo y que no son bienes y servicios normalizados, para que se abra paso a las contrataciones en régimen común o en régimen especial según sea el caso.



realizar la compra a través de procedimientos determinados en el Reglamento y la Resolución, tales como la Subasta Inversa Institucional de Medicamentos, contratación directa o adquisición a través de organismos internacionales, de conformidad a lo establecido en el Reglamento.

- El Servicio Nacional de Contratación Pública conforme las atribuciones conferidas en el artículo 382 de la Resolución No. 072-2016, podrá realizar la verificación correspondiente de las documentaciones e información que han ingresado los proveedores al momento de registrarse en el Registro Único de Proveedores y de la información actualizada respecto de los medicamentos y fármacos que se ofertan, información que deberá ser veraz y comprobada bajo pena de las sanciones legales respectivas.
- La conformación de la Comisión Técnica para el procedimiento de Subasta Inversa Corporativa de Medicamentos, se realizará en base a lo dispuesto en el artículo 384 de la Resolución No. 072-2016 SERCOP, con la particularidad de que el secretario o secretaria será la Coordinadora o Coordinador General de Asesoría Jurídica del Servicio Nacional de Contratación Pública o su delegado, y sus responsabilidades establecidas en el mismo artículo referido y los miembros de la comisión serán los funcionarios establecidos en el artículo 78 del Reglamento de la LOSNCP..
- En la Subasta Inversa Corporativa de Medicamentos la oferta será de adhesión, la misma se ingresará aceptando de manera digital y en línea los términos y condiciones, especificaciones contenidas en la ficha técnica del medicamento, condiciones comerciales, económicas y legales establecidas en el pliego a través del formulario electrónico de adhesión. El procedimiento de realizar la proposición formal de la oferta está claramente establecida en el artículo 387 de la Resolución No. 072-2016 SERCOP.
- En virtud del artículo 394 de la Resolución No. 072-2016 SERCOP que establece: *“El ganador de la puja o el oferente de la negociación exitosa, según corresponda, en el término máximo de hasta sesenta (60) días, deberá ingresar y presentar la documentación e información en el Portal Institucional del Servicio Nacional de Contratación Pública que se haya solicitado expresamente en el pliego como requisito indispensable para su adjudicación. Este término constituirá la fecha estimada de adjudicación.”*
Lo cual será un requisito indispensable para proceder a realizar el informe a



cargo de la Comisión Técnica para la futura recomendación a la máxima autoridad de adjudicación o la declaratoria de desierto del procedimiento de Subasta Inversa Corporativa de Medicamentos, previa revisión y aprobación del Director General del Servicio Nacional de Contratación Pública o su delegado, conforme establece el artículo 395 de la Resolución No. 072-2016 SERCOP. De esta manera se suscribirá el respectivo Convenio Marco para que el proveedor calificado oferte sus medicamentos a través del Catálogo Electrónico de Fármacos y Medicamentos.

Para la realización de compras de medicamentos a través del procedimiento de Subasta Inversa Institucional de Medicamentos, se deberá acudir en primer término al Catálogo Electrónico – Repertorio de Medicamentos, que es parte del Portal de Compras Públicas en un apartado especial para este tipo de contrataciones, con el fin dar cumplimiento a la obligación de verificar si el medicamento que se requiere consta o no dentro de dicho catálogo y si es un medicamento normalizado.

Los proveedores de medicamentos para constar dentro del Catálogo Electrónico – Repertorio de Medicamentos, deberán de manera previa celebrar el procedimiento de Subasta Inversa Corporativa de Medicamentos, deberán haber sido declarados ganadores, adjudicados y haber suscrito el respectivo Convenio Marco para que a través de la ejecución de dicho convenio y ser parte del Catálogo y así realizar la compra a través de Órdenes de Compra, en virtud del artículo 398 de la Resolución No. 072-2016 SERCOP.

Posterior a ello, la entidad contratante podrá realizar la adquisición de fármacos o medicamentos a través del procedimiento especial denominado Subasta Inversa Institucional, siempre y cuando exista más de un proveedor o fabricante del fármaco o fármacos requeridos y estos a su vez no estén disponibles en el Repertorio de Medicamentos.

El procedimiento común que regula, tanto a las Subastas Inversas Corporativas cuanto a las Subastas Inversas Institucionales, se encuentran claramente establecidas en el artículo 80 del Reglamento de la LOSNCP, el cual regula la manera en que se elaborará el informe por parte de la Comisión Técnica, la validez de conformación de



Subcomisiones de Apoyo a la Comisión Técnica, entre otros aspectos formales de procedimiento.

En el artículo 81 del Reglamento de la LOSNCP se encuentra previsto el procedimiento de contratación directa de fármacos, que es otra de las modalidades de adquisición de este tipo de bienes pero con la característica que para acceder a este procedimiento es indispensable que el fabricante o proveedor tenga la exclusividad para distribución y comercialización de ese tipo de fármacos, además del requisito necesario de que el mismo no se encuentre disponible en el Repertorio de Medicamentos.

Se prevé la posibilidad de adquisición de fármacos a través de organismos internacionales y para tal efecto, en el artículo 82 del Reglamento de la LOSNCP se dispone que el procedimiento para este tipo de adquisiciones será el establecido en respectivo convenio internacional o por los procedimientos establecidos por organismos internacionales. Y como requisito para adquirir los fármacos por este procedimiento, se obliga a que los mismos cumplan con condiciones de calidad, seguridad y eficacia, las mismas que son establecidas por la Autoridad Sanitaria Nacional, de conformidad al artículo 83 del Reglamento de la LOSNCP.

Por otro lado, en el artículo 84 del Reglamento de la LOSNCP se establece el procedimiento para la adquisición de medicamentos especiales y para acceder a la importación directa de los mismos.

3.2.2 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

Esta contratación en régimen especial se encuentra prevista en el artículo 86 y 87 del Reglamento de la LOSNCP. En la LOSNCP y en la Resolución No. 072-2016 SERCOP⁵⁷ no encontramos normativa que regule este tipo de procedimiento sino únicamente en el Reglamento; esto en razón de que en el artículo 86 numeral 1 del

⁵⁷ Con excepción del artículo 378 de la Resolución NO. 072-2016 SERCOP, que determina y ratifica la confidencialidad y reserva en este tipo de contrataciones.



Reglamento, determina que, en lo que fuera posible, se regirá a los principios y procedimientos establecidos en la ley.

Lo particular de este procedimiento, es que la ejecución del mismo estará a cargo de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional del Ecuador, previa calificación favorable y motivada del Presidente de la República. La calificación de “necesario para la seguridad interna y externa del Estado” estará a cargo del Presidente de la República, y sólo con éste se podrá acoger al régimen especial previsto para el efecto.

Este procedimiento, por su naturaleza de ser destinado para la seguridad interna y externa del Estado, se debe llevar con absoluta confidencialidad y reserva, conforme establece el artículo 87 del Reglamento de la LOSNCP, y con el fin de cumplir con tal cualidad, estas contrataciones no se publicarán en el Portal de Compras Públicas.

En el artículo 378 de la Resolución No. 072-2016 SERCOP, concluye de manera determinante que estas contrataciones en régimen especial no se publicarán en el Portal de Compras Públicas, ni aún la publicación del Plan Anual de Contrataciones en el mismo portal web, pues se ratifica la confidencialidad y reserva en los términos del artículo 87 del Reglamento de la LOSNCP.

3.2.3 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

Esta contratación en régimen especial se encuentra prevista a partir del artículo 88 hasta el artículo 91 del Reglamento de la LOSNCP. En la LOSNCP y en la Resolución No. 072-2016 SERCOP, al igual que en el procedimiento de régimen especial para la seguridad interna y externa del Estado, no se encuentra normativa que regule su aspecto formal de contratación sino que por disposición expresa se remite a los principios y procedimientos establecidos en la LOSNCP y demás normativa que le sea aplicable.



El objeto contractual de este tipo de contrataciones puede llegar a ser amplio y diverso; lo podemos encontrar claramente establecido en el artículo 88 del Reglamento de la LOSNCP, que establece:

“La contratación de estudios para la determinación de estrategias comunicacionales e información orientada a generar criterios de comunicación, información, imagen y publicidad comunicacional; y, la contratación de productos comunicacionales, servicios y actividades comunicacionales y de los medios para la difusión de los mismos, destinadas a la información de las acciones del Gobierno Nacional o de las Entidades Contratantes, se efectuará de conformidad con los procedimientos previstos en esta sección.”

De la lectura de este artículo, podemos encontrar varios objetos contractuales que serán materia de referencia para optar por este procedimiento. Por ejemplo, si la entidad contratante necesita contratar un servicio para establecer una de estrategia comunicacional e información orientada a generar criterios de comunicación, fácilmente se puede optar por este procedimiento. Pero no cabe duda que si la misma entidad contratante necesita contratar productos comunicacionales o actividades relacionadas, optará igualmente por este procedimiento, sin que se le permita a la entidad confundir procedimientos y optar por una consultoría en el primer ejemplo, u optar por una adquisición de bien a través de Catálogo Electrónico o cualquier otro procedimiento común; pues el artículo 88 del Reglamento no permite interpretar de distinta manera cual será el objeto contractual.

Es importante señalar que, este procedimiento tendrá lugar, únicamente y exclusivamente, cuando se pretenda realizar la difusión de información relacionada con las acciones y actividades del Gobierno Nacional o de las entidades contratantes, entendidas estas como entidades del Gobierno Seccional.

Hay dos tipos de contratación para el régimen especial de Comunicación Social, a través de contratación directa y contratación a través de proceso de selección. En ambos tipos se prevé la posibilidad de contratar lo determinado en el artículo 88 del Reglamento, pues no hay distinción alguna respecto a si en la contratación directa se limita a solo ciertos servicios o si en la contratación por selección se permite a otros



bienes o servicios relacionados; es decir, en ambos se puede contratar los mismos objetos contractuales.

En el artículo 89 del Reglamento de la LOSNCP, se establece el procedimiento para la contratación directa de este régimen especial, es muy particular, único y diferente a todos los demás procedimientos establecidos en la LOSNCP y su Reglamento. Es una contratación directa que tiene como fundamento la petición o requerimiento de la unidad o departamento encargado de la comunicación social de la entidad contratante, la oferta realizada con el posible proveedor y la aprobación por parte de la máxima autoridad. No existe un monto o valor mínimo o máximo sobre el cual se limitará este procedimiento, pues el presupuesto referencial y el monto contractual será el que se determine en los pliegos. En virtud del artículo 91 del Reglamento de la LOSNCP se prevé que el pago podrá efectuarse una vez difundidos los productos comunicacionales o ejecutadas las actividades o servicios comunicacionales.

La contratación a través del proceso de selección se rige por lo establecido en el artículo 90 del Reglamento de la LOSNCP, y dispone que de manera facultativa la entidad contratante podrá acogerse al proceso de selección si así lo conviniere, caso contrario podrá acogerse a la contratación directa. En caso de que se declare desierta la contratación, podrá disponer la máxima autoridad, iniciar un nuevo proceso de contratación directa con otro oferente de conformidad al numeral 8 del artículo en mención.

3.2.4 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

Este tipo de contratación se encuentra prevista en el artículo 92 del Reglamento de la LOSNCP. Este procedimiento, y en particular en lo referente al patrocinio jurídico, debe entenderse como una contratación directa, pues se prevé que en la resolución de aprobación de los pliegos e inicio del procedimiento, la máxima autoridad dispondrá la invitación al profesional en derecho que ofertará en el respectivo tiempo respetando el cronograma establecido para el efecto, conforme determina los numerales del 1 al 5 del artículo referido.



Producto de la presente investigación, se sugiere revisar el proceso No. REAPJ-CELCCS-094-17, obtenido del Portal de Compras Públicas⁵⁸, en el que se declaró desierto el proceso por no haberse presentado ofertada alguna para la celebración de la fase precontractual, pese a que existió la invitación de antemano a un proveedor determinado.

Mientras que para obtener la prestación de un servicio relacionado con asesoría jurídica para la absolución de consultas puntuales y específicas, siempre que éstas tengan como valor total un presupuesto estimado que no supere en el año por cada proveedor el valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0.0000005 por el presupuesto inicial del Estado⁵⁹, se realizará el procedimiento establecido en los últimos numerales del artículo 92 del Reglamento de la LOSNCP, pues en mencionado artículo no se articula de manera clara el contenido del mismo.

En este caso la máxima autoridad seleccionará al profesional en derecho o estudio jurídico especializado en la rama, determinará el valor previsto a ser pagado (por hora), el número estimado de horas de consulta; así como la certificación presupuestaria correspondiente conforme las normas comunes y generales relativas a los procedimientos comunes de contratación. Absuelta la consulta, el abogado o estudio jurídico enviará la factura correspondiente a la máxima autoridad, en la que se especifique el número de horas atendidas, el valor total facturado, así como un informe sucinto del servicio brindado; el mismo que será aprobado y se dispondrá el pago de los honorarios.

3.2.5 Aquellas cuyo objeto sea la ejecución de una obra artística literaria o científica

Este procedimiento se encuentra previsto en el artículo 93 y 93-A del Reglamento de la LOSNCP.

⁵⁸https://www.compraspublicas.gob.ec/ProcesoContratacion/compras/PC/informacionProcesoContratacion2.cpe?idSoliCompra=q2O6qK_HRkgxuhWnmHS_-mWEc-d_GmdNYZiS8nk6kCs.

⁵⁹ Segunda sección del artículo 92 del Reglamento de la LOSNCP.



Es importante destacar que, tal como se denomina este tipo de contratación: “obra artística, literaria y científica”, será única y exclusivamente para estos tipos de objetos contractuales. Son contratos que se los realiza con determinadas personas con capacidades aptas para el cumplimiento del objeto contractual, pues se conviene en razón de la persona, su talento y su experiencia en el campo artístico. De igual manera en la resolución de aprobación de los pliegos e inicio del proceso, se invitará al proveedor previamente seleccionado para que presente su oferta técnica y económica en virtud de lo establecido en el cronograma que se señale para el efecto.

Este procedimiento se rige sobre la base de los principios y normas que regulan el procedimiento común, en apego a lo dispuesto al artículo 93 del Reglamento de la LOSNCP, que es similar al procedimiento ya descrito en el procedimiento de régimen especial de “comunicación social por contratación directa”, “asesoría y patrocinio jurídico”.

El artículo 93-A del Reglamento de la LOSNCP, prevé que las garantías⁶⁰ podrán ser otorgadas de forma personal, mediante pagarés o letras de cambio, endosados por valor en garantía o fianzas personales del contratista adjudicado.

3.2.6 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 COMPRAS PUBLICAS

Este procedimiento se encuentra previsto en el artículo 94 del Reglamento de la LOSNCP, y será exclusivamente para el mantenimiento, reparación y/o re potenciamiento de equipos y maquinarias de su propiedad, entendiéndose como tales a dispositivos, aparatos, naves, mecanismos, máquinas, componentes, unidades, conjuntos, módulos, sistemas, entre otros, que puede incluir el servicio de instalación, soporte técnico y mantenimiento post venta, siempre que los mismos no se encuentren incluidos en el Catálogo Electrónico⁶¹.

⁶⁰ Garantía de fiel cumplimiento y garantía del buen uso del anticipo, en el caso de haber anticipo.

⁶¹ Artículo 94 del Reglamento de la LOSNCP.



Para dar paso a este procedimiento, la máxima autoridad emitirá una resolución motivada justificando la necesidad de adquirir los repuestos y accesorios directamente por razones de funcionalidad o necesidad tecnológica u otra justificación que le faculta acogerse al Régimen Especial, conforme se encuentra dispuesto en el numeral 1 del artículo 94 del Reglamento.

Es importante el numeral 2 del artículo en mención, que señala:

“La máxima autoridad propenderá a que esta adquisición de repuestos y accesorios se la realice con el fabricante o distribuidores autorizados, evitando que existan intermediarios.”

Lo acotado tiene relevancia cuando recordamos el contenido del artículo 25.1 y 25.2 de la LOSNCP que hace referencia a la participación de proveedores nacionales y a los criterios de preferencia de origen ecuatoriano. De esta manera se pone mayor interés en los bienes o servicios ofertados con contenido de origen ecuatoriano, que los mismos sean fabricados o distribuidos por proveedores de la localidad, evitando mecanismos de elusión en lo que respecta a la importación de bienes o a intermediarios con respecto de la prestación de servicios.

De igual manera en esta contratación, debe estar presente la certificación de que los repuestos o accesorios requeridos no se encuentran previstos en el Catálogo Electrónico.

El procedimiento establecido en el artículo 94 del Reglamento de la LOSNCP es similar a los otros procedimientos en régimen especial en los que para el efecto se encuentra previsto invitación directa al proveedor; es decir, si en dicha contratación se necesita que los bienes o servicios sean proveídos por un proveedor en especial, la máxima autoridad al momento de aprobar los pliegos y disponer el inicio del proceso precontractual, invitará al proveedor previamente seleccionado. En otros términos, es una contratación que se la realiza invitando de manera directa a un proveedor habilitado en el RUP para que presente su oferta, y en el evento de convenir a los intereses de la entidad, adjudicar el contrato y la misma se beneficie de su bien o servicio en específico.



Es importante destacar que el proveedor seleccionado para estas contrataciones debe ser debidamente certificado para proveer de los bienes o servicios que correspondan. La certificación a la que se hace mención puede ser a través de un certificado otorgado por el gerente general de la compañía con sede en el país de origen de la misma, puede ser de igual manera con una certificación de importación única de proveedor o cualquier otro documento que avale que dicho proveedor seleccionado sea el fabricante, importador o distribuidor debidamente autorizado en el país.

Otro aspecto importante a destacar en este procedimiento en régimen especial es el establecido en el numeral 4 del artículo 108 de la Resolución No. 072-2016 SERCOP, que textualmente señala:

“Art. 108.- Elaboración de las especificaciones técnicas.- Para elaborar las especificaciones técnicas se tomarán en cuenta los siguientes aspectos:

No se podrá hacer referencia a marcas de fábrica o de comercio, nombres o tipos comerciales, patentes, derechos de autor, diseños o tipos particulares, ni a determinados orígenes, productores o proveedores. *Excepcionalmente, y de manera justificada, se podrá hacer tales referencias para los siguientes casos: la adquisición de repuestos o accesorios de conformidad con el artículo 94 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; y, tanto las contrataciones que impliquen el desarrollo o mejora de tecnologías ya existentes en la entidad contratante, como la utilización de patentes o marcas exclusivas o tecnologías que no admitan otras alternativas técnicas, de conformidad con el artículo 95 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; a condición de que, en los casos que sea aplicable, la entidad haga constar en el pliego la expresión "o equivalente" u otra similar”.*

De esta manera y por mandato de norma expresa, faculta a las entidades contratantes a que exclusivamente en el procedimiento de régimen especial para la adquisición de repuestos o accesorios, dentro de las especificaciones técnicas, puedan hacer referencia a marcas de fábrica o de comercio, nombres o tipos comerciales, patentes, derechos de autor, diseños o tipos particulares, orígenes, productores o proveedores.



Hay que tener muy claro que los repuestos o accesorios que se adquieran o pretendan adquirir en este régimen, no tienen relación alguna con los repuestos o accesorios que de manera obligatoria el contratista debe proveer como aplicación del principio de Vigencia Tecnológica y a su vez por la obligatoriedad de proveer el mantenimiento correctivo en virtud del artículo 119 de la Resolución No. 072-2016 SERCOP, sino que estos serán exclusivamente cuando en defecto de dicho mantenimiento correctivo se tengan que adquirir por parte de la entidad contratante, ya que el mantenimiento correctivo es por parte del contratista.

3.2.7 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

Este procedimiento se encuentra previsto en el artículo 96 y 97 del Reglamento de la LOSNCP.

En este régimen especial hay que diferenciar las contrataciones de transporte de correo interno e internacional que celebran la Empresa Pública “Correos del Ecuador” y las entidades contratantes establecidas en el artículo 1 de la LOSNCP.

Las contrataciones de transporte de correo interno e internacional que celebra la Empresa Pública “Correos del Ecuador” y la manera de proceder con respecto a la contratación, está claramente establecida en el artículo 96 del Reglamento, y señala que estas contrataciones:

“Se regirán por las normas contenidas en las Actas de la Unión Postal Universal, de la Unión Postal de las Américas y España y demás convenios internacionales, ratificados por el Ecuador.”

Por otro lado, las contrataciones para transporte de correo interno e internacional que celebren las entidades contratantes que no sean de la Empresa Pública “Correos del Ecuador”, seguirán el procedimiento establecido en el artículo 97 del Reglamento de la LOSNCP. Este procedimiento se realiza con una invitación a mínimo dos y



máximo cinco proveedores seleccionados para que presenten sus ofertas, obviamente se respetarán los principios y normas generales que rigen la fase precontractual.

3.2.8 Los que celebren el Estado con entidades del sector público, éstas entre sí, o aquellas con empresas públicas o empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en el cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público o sus subsidiarias; y las empresas entre sí

Este procedimiento se encuentra previsto en el artículo 98, 99, 100, 103, 104 Y 105 del Reglamento de la LOSNCP. Este tipo de régimen especial se encuentra dividido en dos diferentes contrataciones dentro del capítulo VII, Sección X del Reglamento de la LOSNCP; la primera determina el régimen especial de las contrataciones entre entidades públicas o sus subsidiarias⁶²; la segunda determina el régimen especial para las contrataciones que celebren las empresas estatales con empresas públicas internacionales⁶³.

En este aspecto la ley no es clara, y no hace mayor distinción en el artículo 2 numeral 8 de la LOSNCP, sino más bien el Reglamento de la LOSNCP es el que determina y divide los tipos de contrataciones y sus procedimientos; ya que de la simple lectura del artículo de la ley en mención⁶⁴, se entendería que todo aquello dispuesto en aquel numeral sería un solo tipo de régimen especial, lo cual no es así pues posteriormente analizaremos la figura de determinación del Giro Específico del Negocio para las empresas públicas, las contrataciones para las empresas de los sectores estratégicos y las contrataciones para las entidades del sector público con otras de la misma naturaleza.

3.2.8.1 Contratos entre entidades públicas o sus subsidiarias

Se encuentra regulado por los artículos 98 y 99 del Reglamento de la LOSNCP, y serán exclusivamente para las contrataciones que celebren:

⁶² Capítulo VII, Sección X, artículo 98 y 99 del Reglamento de la LOSNCP.

⁶³ Capítulo VII, Sección X, artículo 100 del Reglamento de la LOSNCP

⁶⁴ Artículo 2 numerales 8 y 9 de la LOSNCP.



- “1. El Estado con entidades del sector público, o éstas entre sí;
2. El Estado o las entidades del sector público con:
 - 2.1 Las empresas públicas o las empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en cincuenta por ciento (50%) a entidades de derecho público;
 - 2.2 Las empresas subsidiarias de aquellas señaladas en el numeral 2.1.o las subsidiarias de éstas; y,
 - 2.3 Las personas jurídicas, las empresas o las subsidiarias de éstas, creadas o constituidas bajo cualquier forma jurídica, cuyo capital, rentas o recursos asignados pertenezcan al Estado en una proporción superior al cincuenta por ciento;
3. Entre sí, las empresas públicas, las subsidiarias de estas, o las empresas creadas o constituidas bajo cualquier forma jurídica cuyo capital, rentas o recursos asignados pertenezcan al Estado en una proporción superior al cincuenta por ciento.⁶⁵”

Para estas contrataciones, las entidades contratantes observarán el procedimiento previsto en el artículo 99 del Reglamento de la LOSNCP. Conforme el primer numeral del artículo en mención, la resolución que emita la máxima autoridad de la entidad contratante deberá constar la conveniencia y viabilidad técnica y económica de la contratación e incluir en la misma la identificación de la entidad o empresa invitada con el fin de que proceda conforme lo establecido en los pliegos y presente su oferta de manera oportuna. Posterior a la publicación de la resolución, la máxima autoridad enviará la invitación directa a la entidad o empresa seleccionada. En cumplimiento de lo determinado en el numeral cuarto del artículo referido, se llevará a cabo una audiencia de preguntas y aclaraciones, de la cual se levantará un acta que será publicada en el Portal de Compras Públicas; luego, en la fecha y hora señaladas para el efecto se procederá a la recepción de la oferta de la entidad o empresa invitada, la cual posterior a su calificación se la adjudicará el contrato o en su defecto se declara desierto el proceso, sin lugar a reclamo por parte del oferente invitado.

Estas contrataciones se justifican por la conveniencia y viabilidad técnica y económica, pues para citar un ejemplo, la empresa pública Corporación Nacional de

⁶⁵ Artículo 98 del Reglamento de la LOSNCP.



Telecomunicaciones “CNT EP”, al prestar el servicio integral de internet, representa un mayor beneficio económico tanto para la empresa contratista, cuanto para la entidad contratante por sus costos reducidos en comparación con empresas privadas que prestan el mismo servicio⁶⁶. Estas contrataciones tienen como fundamento, a más de los artículos 98 y 99 del Reglamento de la LOSNCP, al artículo 34 numerales 3 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, que dispone:

“Art. 34.- Contratación en las empresas públicas.- Todo proceso de contratación de obras, bienes y servicios, incluidos los de consultoría, así como las contrataciones en actividades de prospección, exploración, explotación, refinación, comercialización, industrialización de los recursos hidrocarburíferos, las contrataciones de bienes de carácter estratégico necesarias para la defensa nacional, que realicen las empresas públicas, estarán sujetos al Plan Nacional de Desarrollo, con observancia del presupuesto nacional y empresarial, además de lo siguiente:

3. Régimen especial.- En los casos en que las empresas públicas hubieren suscrito contratos o convenios tales como: alianzas estratégicas, asociación, consorcios u otros de naturaleza similar, será el convenio asociativo o contrato el que establezca los procedimientos de contratación y su normativa aplicable. En el caso de empresas constituidas con empresas de la comunidad internacional las contrataciones de bienes, obras y servicios se sujetarán al régimen especial que se contemple en el documento de asociación o acuerdo celebrado para tal efecto. En lo no previsto en el respectivo convenio o contrato, se estará a las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.”

Sin embargo, puede suceder que los bienes o servicios ofertados por proveedores que son empresas públicas, sean normalizados, en tal virtud, ya no sería aplicable el

⁶⁶ De esta manera, CNT EP presta el mismo servicio que una empresa privada de prestación de servicios integrales de internet pero a menor costo y con mayor expectativa en cuanto al cumplimiento del objeto contractual, pues CNT EP y la posible entidad contratante, ambas pertenecen al sector público, emanan del Estado y sus intereses están apegados a los principios que rigen la administración pública, por lo tanto ambas entidades velarán por la eficiente y correcta prestación de servicios dispuestos a las colectividad. En virtud de la presente investigación se sugiere revisar el proceso No. RE-HBIVDE-009-2017 publicado en el Portal de Compras Públicas del SOCE: https://www.compraspublicas.gob.ec/ProcesoContratacion/compras/PC/informacionProcesoContratacion2.cpe?idSoliCompra=H8mSv-GSKrSzBBqGz7OYppqZ3m0ZhGdmoF_ftF2Q0SQ.



régimen especial descrito en el presente capítulo, pues en tal caso los bienes o servicios de dicha empresa pública serán ofertados, adjudicados y contratados a través de procedimientos dinámicos, ya sea Catálogo Electrónico o en su defecto Subasta Inversa Electrónica (SIE), para lo cual se sugiere revisar los siguientes procesos de SIE:

- SIE-GADMY-0024-2017
- SIE-DNS-013-2017
- SIE-SENAE-011-2017
- SIE-DD11D01LS-010-17
- SIE-HBIVDE-014-201767

En esta contexto, las contrataciones que celebren en régimen especial el Estado con entidades del sector público, éstas entre sí, o aquellas con empresas públicas o empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en el cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público o sus subsidiarias, dependerá siempre de la conveniencia y viabilidad técnica y económica de la contratación, y sumado a ello, la determinación si el bien o servicio a contratar es normalizado o no normalizado, certificando en todo proceso si estos constan o no en el Catálogo Electrónico.

3.2.8.2 Contrataciones con empresas públicas internacionales

Estas contrataciones se encuentran previstas en el artículo 100 del Reglamento de la LONSCP, y serán exclusivamente para las entidades y empresas consideradas en el numeral 8 del artículo 2 de la Ley, con empresas públicas de los Estados de la Comunidad Internacional. El procedimiento a seguir en este régimen especial será el establecido en los términos y condiciones constantes en los tratados, convenios, protocolos y demás instrumentos internacionales, de haberlos; así como, en acuerdos, cartas de intención y demás formas asociativas⁶⁸. El mismo artículo referido determina a qué tipo de personas jurídicas se debe entender como “empresas públicas de los Estados de la Comunidad Internacional”, y textualmente señala:

⁶⁷ Procesos de Subasta Inversa Electrónica tomados como referencia del Portal de Compras Públicas del Sistema Oficial de Contratación Pública SOCE.

⁶⁸ Artículo 100 del Reglamento de la LOSNCP.



“Para el propósito de este artículo, como empresas públicas de los Estados de la Comunidad Internacional se entienden a las personas jurídicas, las empresas o las subsidiarias de éstas, creadas o constituidas bajo cualquier forma jurídica, cuyo capital, rentas o recursos asignados pertenezcan al Estado de la Comunidad Internacional, en una proporción superior al cincuenta por ciento.”

Es importante destacar el hecho de que de no haberse previsto un régimen de contratación específico en los tratados, convenios, protocolos, acuerdos, cartas de intención y demás instrumentos internacionales, se seguirá el procedimiento previsto en el artículo 99 del Reglamento, que es el procedimiento previsto para las contrataciones entre empresas públicas o sus subsidiarias.

En virtud de la presente investigación, y una vez que ha sido revisado el Portal de Compras Públicas www.compraspublicas.gob.ec, se ha podido encontrar los siguientes procedimientos de régimen especial de contrataciones de empresas o entidades públicas nacionales con empresas públicas internacionales o pertenecientes a la Comunidad Internacional, para lo cual se sugiere examinar los siguientes procesos:

- RE-CGFAE-0007-2017
- RE-CECEP-001-2017
- RE-11D01-004-2017
- RE-CGFAE-030-2017

Estos cuatro procesos encontrados, fueron celebrados bajo la modalidad prevista en el artículo 100 del Reglamento de la LOSNCP, con la particularidad de que no hubieron tratados, convenios, protocolos, acuerdos, cartas de intención o demás instrumentos internacionales que regulen o determinen un procedimiento de contratación específica para la fase precontractual y contractual, sino que fueron celebrados en virtud del artículo 99 del Reglamento.



3.2.9 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.

Este procedimiento en régimen especial se encuentra determinado en los artículos 101 y 102 del Reglamento de la LOSNCP. Para comprender el contenido de los artículos referidos, es necesario distinguir las contrataciones que realizan las empresas o entidades públicas con relación al giro específico de su negocio o en defecto de ellas, al giro común.

Los autores Daniel López Suárez, Antonio José Pérez y José Luis Aguilar en su obra “Manual de Contratación Pública” señalan que el giro específico del negocio son las actividades relacionadas con el objeto mismo de la empresa, conforme su estatuto; entiéndase como objeto, al objeto social determinado en el estatuto de creación de la empresa pública a la que se refiere (López Suárez, Pérez, & Aguilar, 2016, p. 258).

De igual manera, en la derogada Resolución No. 027-2009 SERCOP (anteriormente INCOP) en el artículo 4 determinaba que el giro específico del negocio, serán *aquellas actividades en que estén directamente relacionadas con el giro de sus negocios, de acuerdo con el objeto social de la entidad contratante que conste en la ley de creación, instrumento constitutivo, normativa sectorial o regulatoria o estatuto social, según sea el caso.*

En lo referente al establecimiento del Giro Específico del Negocio podemos encontrar normativa que regula la obtención, determinación y ratificación por parte del Servicio Nacional de Contratación Pública, a partir del artículo 425 hasta el artículo 431 de la Resolución No. 072-2016 SERCOP.

Mientras que, en lo que respecta a las contrataciones del giro común, para su procedimiento se deberá observar y llevar a cabo siguiendo los procedimientos



generales o especiales contemplados en su normativa propia y específica⁶⁹, pues el giro común está previsto para la adquisición de bienes, ejecución de obras, prestación de servicios, incluidos los de consultoría, siempre que no sean los determinados con su giro específico del negocio.

Marcada la diferencia entre giro específico y giro común, es necesario determinar cuál es el procedimiento a seguir para las contrataciones de las Instituciones Financieras y de Seguros del Estado, y en virtud del artículo 101 del Reglamento de la LOSNCP, que señala:

“Las contrataciones relacionadas con el giro específico de sus negocios que celebren las Instituciones Financieras y de Seguros en las que el Estado o sus Instituciones son accionistas únicos o mayoritarios están reguladas por la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, Ley General de Seguros y demás disposiciones legales pertinentes y autorizadas por la Superintendencia de Bancos y Seguros, sin que les sea aplicables las normas contenidas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y en este Reglamento General.”

El artículo en mención hace referencia a la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero y a la Ley General de Seguros, siendo estos cuerpos normativos en la actualidad derogados a partir de la entrada en vigencia del Código Orgánico Monetario y Financiero.

En este sentido, y por norma expresa, las contrataciones de conformidad al establecimiento del giro específico de su negocio que celebren las Instituciones Financieras y de Seguros en las que el Estado o sus Instituciones son accionistas únicos o mayoritarios, serán llevadas a cabo por lo determinado en el Código Orgánico Monetario y Financiero y demás disposiciones legales pertinentes y autorizadas por la Superintendencia de Bancos y Seguros, sin que les sea aplicables las normas contenidas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y en su Reglamento.

⁶⁹ Artículo 102 del Reglamento de la LOSNCP.



Realizada la respectiva búsqueda en el Portal de Compras Públicas www.compraspublicas.gob.ec, se encontraron los siguientes procesos: RE-GADMCM-05-2017, RE-HANM-046-2017, RE-DD14D04S-0012-17, RE-INDOT-002-2017 y REIF-CONAFIPS-02-17, publicados hasta el de octubre de 2017, celebrados bajo régimen especial de contratación de Instituciones Financieras y de Seguros del Estado, artículo 101 del Reglamento de la LOSNCP.

En lo que respecta a las adquisiciones en régimen común se sujetarán a la normativa propia y específica, según establece el artículo 102 del Reglamento de la LOSNCP.

3.2.10. Los de contratación que requiera el Banco Central del Ecuador previstas en el artículo 37 del Código Orgánico Monetario y Financiero

Este procedimiento en régimen especial establecido en el artículo 2 numeral 10 de la LOSNCP, no es desarrollado por parte del Reglamento de la LOSNCP, sino que únicamente se remite al artículo 37 del Código Orgánico Monetario y Financiero, que dispone:

“Art. 37.- Contratación del Banco Central del Ecuador. La contratación de los servicios que requiera el Banco Central del Ecuador que coadyuven a la inversión de la reserva, la gestión de la posición de activos y pasivos externos, del oro monetario y no monetario y a la sostenibilidad del sistema monetario, se someterán al régimen especial determinado en el artículo 2 numeral 10 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.”⁷⁰

En tal virtud se estará a lo dispuesto en las correspondientes Resoluciones que emanen del Servicio Nacional de Contratación Pública, conforme necesidades institucionales y en apego a las disposiciones legales, con el fin de regular este tipo de contratación en régimen especial que aún no han sido ampliamente desarrollado.

⁷⁰ Artículo 37 del Código Orgánico Monetario y Financiero.



3.2.11 Bienes y servicios únicos en el mercado o proveedor único

Este procedimiento se encuentra previsto en el artículo 95 del Reglamento de la LOSNCP. Este artículo, para la aplicación de su procedimiento, nos remite al artículo 94 del Reglamento, el mismo que fue analizado dentro del procedimiento de régimen especial para la adquisición de para la adquisición de repuestos o accesorios; en tal virtud, en lo que respecta a la metodología de contratación nos remitiremos al artículo en referencia.

A pesar de lo manifestado, lo particular de estas contrataciones es que son exclusivamente para bienes o servicio “únicos” en el mercado o que los oferte un “único proveedor”; esto quiere decir, que a través de la respectiva certificación que el proveedor obtenga, y que de la misma se entienda que es el único en el país en ofertar tales bienes o servicios, se podrá contratar con tal proveedor, caso contrario no tendría la exclusividad y se realizaría la contratación a través de régimen común conforme los principios y procedimientos establecidos en la LOSNCP.

Otro aspecto importante en este procedimiento, es la posibilidad de contratar el desarrollo o mejora de tecnologías ya existentes en la entidad contratante, o la utilización de patentes o marcas exclusivas o tecnologías que no admitan otras alternativas técnicas.⁷¹ De esta manera, las entidades contratantes podrán contratar un software que mejore el ya existente en la institución o empresa pública, podrán contratar la utilización de patentes o marcas exclusivas de particulares y que estarán puestas a disposición de la entidad contratante con el fin de mejorar sus servicios y así hacer efectivo los principios de eficacia, eficiencia, calidad y calidez que rigen a las instituciones públicas.

3.2.12 Empresas mercantiles del Estado y subsidiarias

Este procedimiento en régimen especial se encuentra regulado en los artículos 103, 104 y 105 del Reglamento de la LOSNCP, en relación con los artículos 425 hasta el artículo 431 de la Resolución No. 072-2016 SERCOP. Estas contrataciones se

⁷¹ Artículo 95 del Reglamento de la LOSNCP.



realizarán una vez establecido el Giro Específico del Negocio de la respectiva empresa pública o sus subsidiarias. La obtención, determinación y ratificación del Giro Específico del Negocio será otorgada por parte del Servicio Nacional de Contratación Pública, previa solicitud motivada y con sus respectivos detalles y señalamiento pormenorizado de los bienes y servicios que se solicitarán sean incluidos dentro del giro específico con el fin de realizar la contratación mediante esta modalidad. La máxima autoridad de la empresa pública será la encargada de realizar el trámite para la aprobación de la normativa propia que regirá a su representada para facultarle realizar las compras públicas conforme el régimen legal aplicable. Dicha aprobación será otorgada por parte del Director General del SERCOP, y este tendrá la facultad de excluir a los bienes o servicios que no considere se apegue al giro específico del negocio de la empresa pública solicitante.

La aprobación de la totalidad del listado de los bienes o servicios que se pretendan incluir como de giro específico del negocio será siempre con fundamento en lo establecido en el objeto social de la empresa pública o sus subsidiarias, pues en el estatuto social se entiende se encuentran establecidas las actividades que realizará la persona jurídica que nace de tal estatuto. En este orden de ideas, si la solicitud de giro específico del negocio se encuentran bienes o servicios ajenos al objeto social de la solicitante, no habría duda alguna que los mismos serán excluidos por parte del Director General del SERCOP, al momento de aprobar el petitorio.

El artículo 425 de la Resolución No. 072-2016 SERCOP, es determinante al señalar que las empresas públicas que se sujetarán al Giro Específico del Negocio: serán:

“Todas las empresas públicas, subsidiarias, o personas jurídicas de derecho privado cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en el cincuenta por ciento (50%) a entidades de derecho público, que de conformidad con el numeral 8 del artículo 2 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública que requieran la determinación del giro específico del negocio por parte del Director General del Servicio Nacional de Contratación Pública, de acuerdo con el objeto social de la entidad contratante que conste en la ley de creación, instrumento



constitutivo, normativa sectorial o regulatoria o estatuto social, según sea el caso, deberán observar las disposiciones establecidas en este Capítulo⁷².”

Obtenida la aprobación por parte del Director General del SERCOP, la máxima autoridad de la entidad contratante emitirá una resolución motivada y/o reglamento que determine taxativamente las contrataciones y el régimen que aplicará para su realización, misma que deberá ser remitida para publicación en el Portal Institucional del SERCOP en un plazo de 30 días.

Para el efecto, la entidad contratante deberá considerar el “Modelo de Reglamento de Giro Específico de Negocio de cumplimiento obligatorio para las empresas públicas”, establecido en el siguiente link:

[http://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/wp-](http://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/wp-content/uploads/2017/06/Reglamento_Giro-Espec%C3%ADfico_Negocio.doc)

[content/uploads/2017/06/Reglamento_Giro-Espec%C3%ADfico_Negocio.doc](http://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/wp-content/uploads/2017/06/Reglamento_Giro-Espec%C3%ADfico_Negocio.doc). De

no remitir la resolución y/o reglamento en el plazo solicitado, el SERCOP en uso de sus atribuciones podrá revisar lo resuelto en el oficio de aprobación.⁷³

El Reglamento que remita la máxima autoridad de la entidad contratante será publicado en el Portal de Compras Públicas, y así hacer efectivo el principio de transparencia y el principio de publicidad. Como referencia se sugiere revisar los procesos No. RE-GADPRR-01-2017, REGEN-CGPON-CNTEP-01 y GN-EPCE-0045-2017, encontrados en el Portal de Compras Públicas⁷⁴, procesos realizados bajo régimen especial de Giro Específico del Negocio.

3.2.13 Sectores estratégicos

Este procedimiento de régimen especial se encuentra previsto en el artículo 106 del Reglamento de la LOSNCP, que textualmente señala:

“Las contrataciones de bienes, obras y servicios incluidos los de consultaría, requeridas por las empresas señaladas en la segunda parte del numeral 9 del

⁷² Capítulo III, “Normas complementarias para la determinación del giro específico del negocio”, Resolución No. 072-2016 SERCOP

⁷³ Oficio Nro. SERCOP-SERCOP-2017-1409-OF; Quito, D.M., 27 de septiembre de 2017; Econ. Laura Silvana Vallejo Páez DIRECTORA GENERAL DEL SERCOP.

⁷⁴ <https://www.compraspublicas.gob.ec>



artículo 2 de la Ley⁷⁵, para las actividades dentro de los sectores estratégicos, podrán llevarse a cabo siguiendo el siguiente procedimiento:

1. La máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado emitirá una resolución fundamentada, demostrando la existencia de la necesidad específica que le faculta acogerse al Régimen Especial y solicitará la calificación por parte del Presidente de la República;
2. El Presidente de la República, de acoger la solicitud planteada por la máxima autoridad de la entidad contratante, dictará la reglamentación específica que regirá el procedimiento a seguir en cada caso.”

⁷⁵ “...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.” Artículo 2 numeral 9 la LOSNCP.



CAPÍTULO 4: PRINCIPALES PROCEDIMIENTOS ESPECIALES DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Los procedimientos especiales de contratación pública se encuentran regulados a partir del artículo 53 hasta el artículo 59 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, a partir del artículo 61 hasta el artículo 67 del Reglamento de la LOSNCP.

A estos procedimientos les son aplicables los principios rectores de la contratación pública establecidos en el artículo 4 de la LOSNCP, y demás normas referentes al Plan Anual de Contratación “PAC”, a la certificación presupuestaria, a la publicidad y publicación de los procesos, a la forma de los contratos, entre otros que no contravengan la naturaleza de los principios constitucionales y legales aplicables en materia de contratación pública.

En nuestro ordenamiento jurídico, el legislador ha previsto los procedimientos especiales en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y en su Reglamento General de igual manera. Sin embargo, en el artículo 3 numeral 4 de la Resolución No. 072-2016 SERCOP, establece cuales son los procedimientos especiales según el criterio del Servicio Nacional de Contratación Pública; ya que de acuerdo a la ley son únicamente los detallados partir del artículo 53 hasta el artículo 59, e incluso en el Reglamento de la LOSNCP existe una incongruencia, pues el procedimiento de Feria Inclusiva no se lo toma como procedimiento especial sino que está fuera del capítulo de los procedimientos especiales de la ley, mientras que en el Reglamento sí incluye a la Feria Inclusiva en los detallados como procedimientos especiales.

Como se señaló anteriormente, para efectos de la presente investigación, se ha tomado como referencia la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en virtud del principio de jerarquía normativa establecida en el artículo 425 de la Constitución de la República.

Los procedimientos especiales establecidos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública son:



- Contratación integral por precio fijo.⁷⁶
- Contrataciones en situaciones de emergencia.⁷⁷
- Adquisición de bienes inmuebles.⁷⁸
- Arrendamiento de bienes muebles.⁷⁹

Estos procedimientos referidos, se encuentran dentro del Capítulo V “Procedimientos Especiales”, secciones: 1, 2, 3 y 4 de la LOSNCP, y a partir del Capítulo VI se encuentra el procedimiento de Feria Inclusiva; es decir, este último procedimiento no está previsto dentro del capítulo de procedimientos especiales, razón por la cual, pese a ser un procedimiento no común, no se encuentra determinado como tal.

Los procedimientos especiales establecidos en el Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública son:

- Adquisición de bienes inmuebles.⁸⁰
- Arrendamiento de bienes inmuebles.⁸¹
- Ferias inclusivas.⁸²

El hecho de que en el Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, no se hayan incluido los procedimientos especiales de: Contratación integral por precio fijo y contrataciones en situaciones de emergencia, no quiere decir que el Reglamento se encuentre en contraposición o contravenga lo establecido en la LOSNCP como norma jerárquicamente superior, sino más bien se sobreentiende que el Ejecutivo al expedir el Reglamento de la LOSNCP ha omitido voluntariamente⁸³ dichos procedimientos para desarrollarlos ampliamente en las

⁷⁶ Artículos 53, 54, 55 y 56 de la LOSNCP.

⁷⁷ Artículo 57 de la LOSNCP.

⁷⁸ Artículo 58, 58.1, 58.2, 58.3, 58.4, 58.5, 58.6, 58.7, 58.8, 58.9 y 58.10 de la LOSNCP.

⁷⁹ Artículo 59 de la LOSNCP.

⁸⁰ Artículos 61, 62 y 63 del Reglamento de la LOSNCP.

⁸¹ Artículos 64, 65 y 66 del Reglamento de la LOSNCP.

⁸² Artículo 67 del Reglamento de la LOSNCP.

⁸³ Ha omitido voluntariamente incluir los procedimientos especiales que se detallan en la LOSNCP dentro de su Reglamento, en razón de que dichos procedimientos son ampliamente desarrollados a través de las resoluciones del SERCOP, especialmente por la Resolución No. 072-2016 SERCOP.



respectivas resoluciones que expida el SERCOP conforme se vayan dando las necesidades de normar los procedimientos.

Por otro lado, en el artículo 3 numeral 4 de la Resolución No. 072-2016 SERCOP, enumera los procedimientos que se consideran especiales:

- Adquisición de Bienes Inmuebles; y,
- Arrendamiento de Bienes Muebles e Inmuebles.

Únicamente detalla estos dos procedimientos, ya que los demás considerados especiales se los trata por separado, existiendo aún más distanciamiento entre lo que debemos entender como procedimientos especiales y procedimientos comunes. Sin embargo, en el Título VII “Procedimientos Especiales”, Capítulo I “Contrataciones en situaciones de emergencia”, artículos 361 al 364, contradice lo establecido en el artículo 3 numeral 4 de la misma resolución, pues este procedimiento especial no fue incluido en la enumeración antes referida.

Para efectos de la presente investigación, se toma como referencia a los procedimientos especiales establecidos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Con el fin de determinar una separación concreta entre lo que debemos entender como procedimientos especiales, se sugiere tomar como referencia los establecidos en la ley, y los demás procedimientos que el Reglamento o las resoluciones del SERCOP traten como tal, se los entenderá como procedimientos no comunes de la contratación pública.

4.1 Contratación integral por precio fijo

Esta contratación en procedimiento especial se encuentra prevista en los artículos: 53, 54, 55 y 56 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en el Reglamento de la LOSNCP no se encuentra normativa que regule este procedimiento, al igual que en la Resolución No. 072-2016 SERCOP.



A partir de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica para la Eficiencia de la Contratación Pública de 20 de marzo de 2017⁸⁴, estas contrataciones han variado su naturaleza conforme se venían realizando antes de la reforma, estos cambios se detallan de la siguiente manera:

- Estas contrataciones serán exclusivamente si el presupuesto referencial de dicha contratación sobrepasa el valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,000007 por el monto del Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico.
- Se prohíbe 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.⁸⁵
- Los contratistas de esta modalidad contractual asumen todos los riesgos y responsabilidades por el cumplimiento del objeto del contrato en las condiciones acordadas.

El artículo 54 de la LOSNCP, es claro al señalar que:

“La selección del contratista para la celebración de este tipo de contratos, se realizará mediante los procedimientos de Cotización o Licitación, según corresponda al monto de la contratación, sin que se puedan aplicar procedimientos especiales o de excepción.”

Este tipo de contratación es conocido como “Turnkey” o “llave en mano” pues su característica principal es la entrega de la obra como proyecto completo y listo para su utilización (López Suárez, Pérez, & Aguilar, 2016, p. 275).

En lo que respecta a la terminación del contrato se estará a lo previsto en el artículo 55 de la LOSNCP, que determina que procederá la terminación de mutuo acuerdo exclusivamente por causas de fuerza mayor o caso fortuito aducidas por el contratista

⁸⁴ Ley que reformó parte integral de varios tipos de contrataciones en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

⁸⁵ Penúltimo inciso del artículo 53 de la LOSNCP.



y aceptadas por la Entidad Contratante, o por las causales señaladas por esta última de manera expresa en el contrato. También procederá la terminación unilateral y anticipada de estos contratos en caso de incumplimiento del contratista; o cuando ante circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito señaladas por la Entidad Contratante, el contratista no aceptare la terminación de mutuo acuerdo.⁸⁶

4.2 Contrataciones en situaciones de emergencia

Este procedimiento se encuentra previsto en el artículo 57 de la LOSNCP, y a partir de los artículos 361 hasta el artículo 364 de la Resolución No. 072-2016 SERCOP, de igual manera se respetará lo establecido en el artículo 18⁸⁷ de la misma resolución.

Es importante destacar el artículo 57 de la LOSNCP, que dispone:

“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 de Compras Públicas.

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 COMPRASPUBLICAS

⁸⁶ Artículo 55 de la LOSNCP.

⁸⁷ Artículo 18.- Ínfima Cuantía y Emergencia.- Para las contrataciones de Ínfima Cuantía y en situaciones de emergencia se publicarán en el Portal Institucional del Servicio Nacional de Contratación Pública, los documentos señalados en las disposiciones atinentes a los mencionados procedimientos.



un informe que detalle las contrataciones realizadas y el presupuesto empleado, con indicación de los resultados obtenidos.”

Al respecto, conforme trata la presente investigación de régimen especial de contratación pública, es menester señalar que las contrataciones previstas para dicho régimen también pueden ser realizadas por declaratoria de emergencia, en virtud del contenido del artículo 71⁸⁸ del Reglamento de la LOSNCP.

El artículo 361 de la Resolución No. 072-2016 SERCOP, es determinante al señalar que:

“Se consideran situaciones de emergencia exclusivamente las señaladas en el numeral 31 del artículo 6 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública⁸⁹, cuando se refieran a situaciones que provengan de fuerza mayor o caso fortuito, se detallará el motivo, que tendrá relación con la definición que consta en el artículo 30 de la Codificación del Código Civil. Se deberá considerar que los elementos que definen una situación como emergente y que deben resaltarse en la motivación de la correspondiente resolución, son la inmediatez e imprevisibilidad, debiendo ser concreta, objetiva y probada. Cualquier declaratoria de emergencia, y sus consecuentes contrataciones, que no se ajusten a lo indicado, se considerarán elusión de procedimientos precontractuales.”

De los artículos 362, 363 y 364 de la Resolución No. 072-2016 SERCOP se desprende la obligatoriedad del uso de las herramientas informáticas, la publicación de información relevante en el Portal de Compras Públicas y de la publicación, una vez realizada la contratación necesaria y superada la situación de emergencia, del informe emitido por la máxima autoridad en el que detalle⁹⁰:

⁸⁸ Art. 71.- Declaratoria de emergencia para contrataciones régimen especial.- Las contrataciones previstas en el Régimen Especial, también podrán ser declaradas de emergencia, en cuyo caso se estará a lo dispuesto en el artículo 57 de la Ley.

⁸⁹ “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.” Artículo 6 numeral 31 de la LOSNCP.

⁹⁰ Artículo 364 de Resolución No. 072-2016 SERCOP



1. Número y fecha de la resolución que declaró la emergencia;
2. Número de contratos efectuados para superar la emergencia;
3. Objeto de cada contrato efectuado;
4. Identificación del o los contratistas con su respectivo número de RUC;
5. Plazo de duración de la emergencia;
6. Valor de cada contrato, incluyéndose reajustes, contratos complementarios o cualquier otra situación que permita cuantificar con exactitud el valor invertido en la emergencia;
7. Resultados de la contratación con indicación de bienes adquiridos, servicios prestados, productos de consultoría y obras construidas, según sea el caso, con referencia al cumplimiento de sus respectivas obligaciones; y,
8. Indicación clara de las situaciones de hecho que se lograron corregir o superar con los resultados de la contratación.

4.3 Adquisición de bienes inmuebles

Este procedimiento se encuentra previsto en el artículo 58 de la LOSNCP. Este artículo tiene una particularidad, en razón de que a partir de la última reforma a la LOSNCP de 20 marzo de 2017⁹¹, se incluyeron los artículos: 58.1, 58.2, 58.3, 58.4, 58.5, 58.6, 58.7, 58.8, 58.9 y 58.10.

A este procedimiento le precede la Declaratoria de Utilidad Pública⁹² que se encuentra regulada, tanto en su forma cuanto en su procedimiento, en el artículo 58 de la LOSNCP. El mismo artículo señala textualmente que los requisitos formales de dicho acto administrativo serán el adjuntar al mismo los siguientes documentos:

“A la declaratoria se adjuntará el certificado del registrador de la propiedad; el avalúo establecido por la dependencia de avalúos y catastros del respectivo Gobierno Autónomo Municipal o Metropolitano; la certificación presupuestaria acerca de la existencia y disponibilidad de los recursos necesarios para el efecto;

⁹¹ Ley Orgánica para la Eficiencia de la Contratación Pública, de 20 de marzo de 2017.

⁹² Artículo 58 de la LOSNCP, Declaratoria de Utilidad Pública y de Interés Social.



y, el anuncio del proyecto en el caso de construcción de obras de conformidad con la ley que regula el uso del suelo.”

Sin el acompañamiento de los documentos referidos, carecería de eficacia tal acto administrativo, y por consiguiente, el mismo será nulo. Sin embargo, en la práctica se puede observar que, al ser un procedimiento especial y al estar de por medio derechos fundamentales de los administrados⁹³, las entidades públicas se preocupan mucho de cumplir a cabalidad los requisitos formales del acto a fin de que sea eficaz.

Las entidades tienen el término de treinta días para buscar un acuerdo respecto del precio del bien inmueble a ser adquirido. El artículo 58.1 de la LOSNCP establece que procede la ocupación inmediata del inmueble siempre que se realice el pago convenido previamente o la consignación del avalúo cuando no hubiere acuerdo.

El precio que se convenga no podrá exceder el 10% del avalúo registrado en el catastro del gobierno autónomo descentralizado donde se encuentra el inmueble o en su defecto, del avalúo catastral registrado por el órgano rector del catastro nacional.

Cuando exista falta de acuerdo, la entidad emitirá el acto administrativo de expropiación tomando como precio el establecido en el avalúo registrado en el catastro del gobierno autónomo descentralizado donde se encuentra el inmueble o en su defecto, del avalúo catastral registrado por el órgano rector del catastro nacional, sin considerar el diez por ciento en beneficio del administrado. Este acto administrativo será susceptible de impugnación ante los jueces de lo contencioso administrativo, únicamente respecto del precio del inmueble a pagar por parte de la entidad.

A partir de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica para Eficiencia de la Contratación Pública de fecha 20 de marzo de 2017, se reguló la adquisición de inmuebles cuando la modalidad contractual a la que accederá la entidad contratante esté vinculada con alianzas público-privadas, de conformidad al artículo 58.10 de la LOSNCP.

⁹³ Derecho a la propiedad, derecho al debido proceso, derecho a la seguridad jurídica, entre otros derechos fundamentales y constitucionalmente reconocidos.



4.4 Arrendamiento de bienes inmuebles

Este procedimiento especial se encuentra regulado en el artículo 59 de la LOSNCP, y a la vez este artículo nos remite a los artículos 64, 65 y 66 del Reglamento de la LOSNCP. Lo importante de este procedimiento especial, es tomar en consideración si la entidad contratante comparece en calidad de arrendataria o si comparece en calidad de arrendadora, para lo cual existen dos apartados⁹⁴ que regulan esta situación.

En el primer supuesto, cuando la entidad contratante pretende arrendar un inmueble, tendrá que estar a lo dispuesto en el artículo 64 del Reglamento de la LOSNCP, que señala:

“Para el arrendamiento de bienes inmuebles, las entidades contratantes publicarán en el Portal www.compraspublicas.gov.ec. 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.”

En este procedimiento es indispensable el pliego, el mismo que debe contener las condiciones del inmueble y los parámetros de la contratación a la cual los propietarios de los inmuebles deban sujetarse⁹⁵.

El canon arrendaticio deberá ser determinado sobre la base de los valores comerciales vigentes a la fecha de suscripción del contrato y del lugar donde se encuentra el bien⁹⁶.

El oferente que cumpla con las condiciones establecidas en el pliego y el valor del canon arrendaticio, será adjudicado.

⁹⁴ Apartado I, las entidades contratantes como arrendatarias; Apartado II, las entidades contratantes como arrendadoras

⁹⁵ Artículos 365 y 366 de la Resolución No. 072-2016 SERCOP.

⁹⁶ Artículo 367 de la Resolución No. 072-2016 SERCOP.



En el otro supuesto, cuando la entidad contratante es la arrendadora, se tendrá que publicar en el Portal Institucional del Servicio Nacional de Contratación Pública el pliego en el que se establecerá las condiciones en las que se dará el arrendamiento, con la indicación de la ubicación y características del bien.⁹⁷

Se recibirán las ofertas en el día y hora señalados en el pliego, y se adjudicará al mejor postor. Se entiende que la mejor oferta es la que cumpla las condiciones del pliego, ofrezca mínimo dos años de vigencia del contrato y oferte el precio más alto.⁹⁸

⁹⁷ Artículo 370 de la Resolución No. 072-2016 SERCOP.

⁹⁸ Artículo 371 de la Resolución No. 072-2016 SERCOP.



CONCLUSIONES

El régimen especial para las contrataciones de las entidades previstas en el artículo 1 de la LOSNCP, tuvo un cambio trascendente cuando se derogó la anterior Ley de Contratación Pública, y entró en vigencia la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, pues en ella el régimen común se delimitó conforme se encuentra establecido en los artículos 48, 49, 50, 51 y 52; se determinó de igual manera en el artículo 2 de la misma ley cuales son las contrataciones que se someten al régimen especial e incluso separó los procedimientos comunes de los procedimientos especiales, sin que estos se confundan los unos con los otros más que en lo que respecta a los principios rectores de la contratación pública establecidos en el artículo 4 de la ley, y a las normas generales de todo procedimiento precontractual.

El régimen especial desarrollado y ampliamente detallado en el Reglamento General de la LOSNCP, ha sido de vital importancia para las instituciones del Estado, para las empresas públicas, empresas de economía mixta, y en general toda entidad pública que maneje recursos públicos con un aporte superior al cincuenta por ciento de su capital suscrito., ya que pone a disposición procedimiento ágiles, oportunos, eficaces y eficientes.

Fue necesario establecer procedimientos en régimen especial específicamente para empresas públicas, sus subsidiarias y empresas mercantiles del Estado, pues conforme establece la Ley Orgánica de Empresas Públicas⁹⁹, éstas al prestar sus servicios, deben cumplir parámetros de calidad, proteger su propio patrimonio, promover el desarrollo sustentable, contribuir al desarrollo humano y al buen vivir, actuar con eficiencia, racionalidad y rentabilidad, entre tantos otros principios que enmarcan su actuar, y que sólo con la ayuda del establecimiento de este régimen para sus contrataciones especiales, ha podido verse vislumbrado tales exigencias de la ley y la Constitución de la República.

Las instituciones públicas que prestan servicios de salud son otras de las beneficiarias de este régimen, en razón de que para la adquisición de sus fármacos o

⁹⁹ Artículos 2, 3 y 34 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas.



medicamentos, han podido adquirir los mismos bajo un parámetro de calidad que el Servicio Nacional de Contratación Pública ha sido el veedor principal para que se cumplan tales efectos; y ha sido el órgano que, a través de la denominada Subasta Inversa Corporativa de Medicamentos, ha promovido la estandarización de los fármacos a nivel nacional con el fin de que las empresas farmacéuticas o los oferentes de tales medicamentos, realicen las gestiones necesarias y oferten al Estado sus productos en las mejores condiciones, para el beneficio de los usuarios de las referidas instituciones de salud, para su propio beneficio, para el de la comunidad y para el bienestar de la humanidad en general.

Regímenes especiales como el de proveedor único, patrocinio o asesoría jurídica, o el de repuestos y accesorios, brindan a las entidades contratantes las herramientas necesarias e indispensables para su correcto funcionamiento, para el cumplimiento de sus objetivos, en respeto de los principios que rigen a la administración pública, establecido en el artículo 227 de la Constitución de la República del Ecuador, especialmente los principios de eficacia, eficiencia y calidad.

En las contrataciones bajo régimen especial, el principio de transparencia se hace presente, sin lugar a dudas, en todos y cada uno de ellos; pues cuando tratamos por ejemplo el procedimiento para el establecimiento del Giro Específico del Negocio o contrataciones con empresas internacionales, por norma expresa, existe la obligatoriedad de la entidad contratante a publicar dichas contrataciones en el Portal de Compras Públicas del Sistema Oficial de Contrataciones del Estado, más aún en el Giro Específico del Negocio se publica tanto la solicitud de la empresa pública con el detalle de los bienes y servicios solicitantes, tanto la aprobación y el reglamento que regula estas contrataciones. Obviamente con la salvedad del régimen especial de contrataciones de seguridad interna y externa del Estado, que es el único procedimiento en este régimen que no se publica pero si respeta la transparencia, pues no hay que confundir el principio de transparencia con el principio de publicidad.

Sin embargo, es necesario que para un efectivo cumplimiento del principio de transparencia, las entidades contratantes realicen una responsable evaluación de las ofertas de los oferentes, y cuando sea el caso, realizar el proceso de selección del



proveedor con aplicación simultánea del principio de trato justo, igualdad y concurrencia, pues la sola publicación de los procesos en el Portal de Compras Públicas no garantiza que dicho principio alcance su objetivo.

La importancia de las máximas autoridades al motivar y fundamentar la razón por la cual su entidad se acoge al régimen especial es de importancia trascendental, ya que en un sin número de ocasiones en la ley y su reglamento, señala que la resolución emitida por la máxima autoridad para acogerse a dicho régimen será motivada; pues hay que acotar que además de dichas disposiciones legales, se encuentra un derecho constitucional de por medio, que es el derecho al Debido Proceso en su garantía de la debida motivación establecida en el artículo 76 numeral 7 literal “I” de la Constitución de la República del Ecuador.

Sería impensable que las instituciones públicas actualmente pretendan prestar sus servicios a la colectividad sin que de por medio exista un oportuno y eficiente abastecimiento de los bienes, servicios y obras que éstas necesitan para el perfecto desarrollo de actividades.

Con todos los procedimientos en régimen especial, puestos a disposición de las entidades públicas, se observa de manera objetiva que existe contratación pública eficiente y transparente en nuestro país.



BIBLIOGRAFÍA

- Daza, M. (7 de Agosto de 2016). *El Equilibrio Económico de los Contratos Estatales*. From Derecho Público: <https://derechopublicomd.blogspot.com.co/2016/08/el-equilibrio-economico-de-los.html>
- López, A. (2013). *Tratado de Contratación Pública*. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador.
- López Suárez, D., Pérez, A. J., & Aguilar, J. L. (2016). *Manual de Contratación Pública* (Segunda Edición ed.). Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Servicio Nacional de Contratación Pública. (n.d.). *Información de proceso de contratación*. From Sistema Oficial de Contratación Pública: <https://www.compraspublicas.gob.ec/ProcesoContratacion/compras/PC/informacionProcesoContratacion2.cpe?idSoliCompra=MiTviziyBL59rsdTgDmR85VMPbpaNlXb2KbYQ6zJ1do>
- Servicio Nacional de Contratación Pública. (n.d.). *Información de proceso de contratación*. From Sistema Oficial de Contratación Pública: https://www.compraspublicas.gob.ec/ProcesoContratacion/compras/PC/informacionProcesoContratacion2.cpe?idSoliCompra=H8mSv-GSKrSzBBqGz7OYppqZ3m0ZhGdmoF_ftF2Q0SQ
- Servicio Nacional de Contratación Pública. (n.d.). *Modelo de Reglamento de Giro Específico de Negocio de cumplimiento obligatorio para las empresas públicas*. From Servicio Nacional de Contratación Pública: http://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/wp-content/uploads/2017/06/Reglamento_Giro-Espec%C3%ADfico_Negocio.doc



Servicio Nacional de Contratación Pública. (n.d.). *Información de proceso de contratación*. From Sistema Oficial de Contratación Pública: https://www.compraspublicas.gob.ec/ProcesoContratacion/compras/PC/informacionProcesoContratacion2.cpe?idSoliCompra=q2O6qK_HRkgxuhWnmHS_-mWEc-d_GmdNYZiS8nk6kCs

Vaca Núñez, C. (2017). *Fundamentos de la Contratación Pública*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

CUERPOS NORMATIVOS CONSULTADOS

Constitución de la República del Ecuador (2008)

Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas (2010)

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (2008)

Ley Orgánica del Servicio Público (2010)

Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (2011)

Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva ERJAFE (2002)

Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema nacional de Contratación Pública (2009)

Resolución No. 00000072 del año 2016 Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP)