



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y
POLITICAS
CARRERA DE DERECHO**

TEMA:

**“Análisis jurídico de Términos de Referencia y/o
Especificaciones técnicas en Contrataciones Públicas en las
entidades de salud, regentadas por el Ministerio de Salud
Pública, de conformidad con lo que establece La Ley
Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública del
Ecuador”**

AUTOR:

Nicolás Fernando Jaramillo Dávalos

**Trabajo de Titulación previo a la obtención del grado de
ABOGADO DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA
REPÚBLICA**

TUTOR:

Dr. Diego Andrés Zavala Vela, Msg.

Guayaquil, Ecuador, 23 febrero del 2019



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y
POLITICAS
CARRERA DE DERECHO**

CERTIFICACIÓN

Certificamos que el presente trabajo titulación, fue realizado en su totalidad por **Nicolás Fernando Jaramillo Dávalos**, como requerimiento para la obtención del Título de **ABOGADO DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA REPÚBLICA**.

TUTOR

f. _____

Dr. Diego Andrés Zavala Vela, Msg.

DIRECTOR DE LA CARRERA

f. _____

Ab. Lynch Fernández María Isabel

Guayaquil, 23 de febrero del 2019



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y
POLITICAS
CARRERA DE DERECHO**

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Yo, Nicolás Fernando Jaramillo Dávalos

DECLARO QUE:

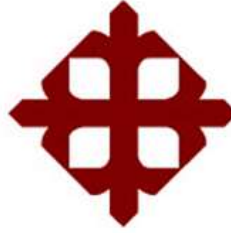
El Trabajo de Titulación, “Análisis jurídico de Términos de Referencia y/o Especificaciones técnicas en Contrataciones Públicas en las entidades de salud, regentadas por el Ministerio de Salud Pública, de conformidad con lo que establece La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública del Ecuador”, previo a la obtención del Título de **Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República**, ha sido desarrollado en base a una investigación exhaustiva, respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan al pie de las páginas correspondientes, cuyas fuentes se incorporan en las referencias o bibliografías. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance científico del Trabajo de Titulación referido.

Guayaquil, 23 de febrero del 2019

AUTOR

f. _____
Nicolás Fernando Jaramillo Dávalos



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y
POLITICAS
CARRERA DE DERECHO**

AUTORIZACIÓN

Yo, Nicolás Fernando Jaramillo Dávalos

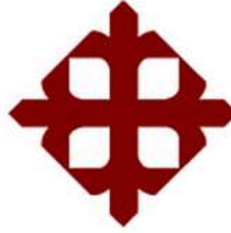
Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, la publicación en la biblioteca de la institución del Trabajo de Titulación: **“Análisis jurídico de Términos de Referencia y/o Especificaciones técnicas en Contrataciones Públicas en las entidades de salud, regentadas por el Ministerio de Salud Pública, de conformidad con lo que establece La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública del Ecuador”**, cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

Guayaquil, 23 de febrero del 2019

AUTOR

f. _____

Nicolás Fernando Jaramillo Dávalos



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y
POLITICAS
CARRERA DE DERECHO**

TRIBUNAL DE SUSTENTACIÓN

f. _____

**Dr. José Miguel García Baquerizo, Mgs.
DECANO**

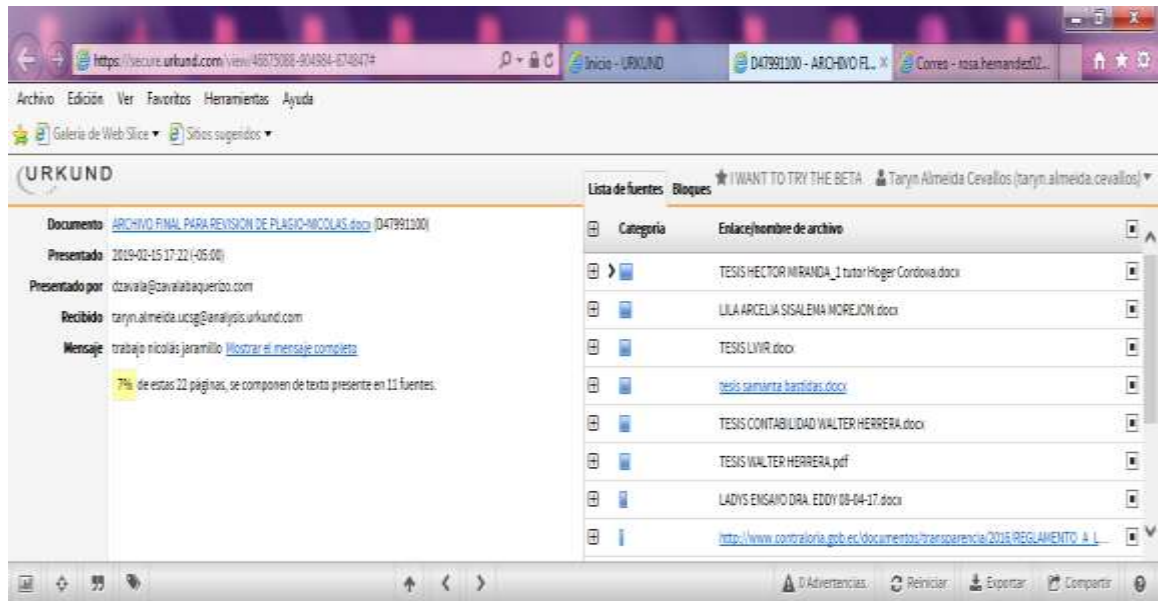
f. _____

**Ab. Paola Toscanini Sequeira, Mgs.
COORDINADORA DEL ÁREA**

f. _____

**Ab. María Patricia Íñiguez Cevallos, Mgs.
OPONENTE**

REPORTE DE URKUND



TUTOR

f. _____

Dr. Diego Andrés Zavala Vela, Msg.

AUTOR

f. _____

Nicolás Fernando Jaramillo Dávalos

AGRADECIMIENTO

Agradezco a Dios y a mi madre Dolorosa, por haberme permitido vivir este tiempo y haberme guiado a lo largo de la vida, por ser mi apoyo y mi luz en el camino. Por darme la fortaleza de seguir adelante en esos momentos de flaqueza y debilidad y por ayudarme a corregir a tiempo los desaciertos y dar la vuelta la página en la vida.

Agradezco a las autoridades de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, al Decanato de la Carrera de Derecho, a la Dra. Paola Toscanini, Coordinadora del Área de Titulación, a Carmelina León supervisora académica y Rosita Hernández, a mis tutores y maestros que durante este tiempo me apoyaron y transmitieron sus conocimientos.

Agradezco de manera especial a mi tutor Diego Andrés Zavala, por la paciencia y entrega para la culminación de este trabajo de titulación.

Quiero agradecer también, a la Dra. Elizabeth Wong y al personal del Consultorio Jurídico de la Universidad, por su apoyo incondicional.

A Lorena coordinadora del SED Ambato por su dedicación y por siempre estar pendiente de todo lo relacionado con mi carrera.

Agradezco a todos: Porque para ser feliz, no es necesario tener la mejor apariencia, ni mucho dinero. Es necesario tener la sonrisa amplia, amor en la mirada, sentimientos sinceros y verdaderos, vestirse de humildad y tener el corazón siempre abierto. Porque somos grandes cuando aprendemos a ser pequeños.

Con mi eterna gratitud,

Nicolás Fernando Jaramillo Dávalos

DEDICATORIA

Dedico este trabajo de titulación, a mi compañera de vida, **Carmita** que con su fortaleza, firmeza y seguridad supo brindarme su apoyo, por caminar juntos sin mirar atrás, me dio ese empujoncito que a veces es necesario para lograr terminar este anhelo personal, por ser lo más importante, por creer en mí, por seguir adelante en las buenas y en las no tan buenas, por estar siempre pendiente de la presentación de mis tareas y exámenes, por apoyarme para conseguir mejores notas; además agradecerte por tomar la batuta y reemplazarme muchas horas en la oficina y empujar al desarrollo familiar y por sobre todo por tu paciencia, comprensión y amor incondicional, por todo esto, tu sabes que no te podré devolver jamás.

A mis amados hijos **Nicolás y Luis Fernando, a Daniela** a mis nietas **Dana, Camila y Samantha**, a la **Tere**, a todos ustedes gracias por creer en mí y por permitirme estudiar esta carrera, además por ser el soporte y promover la unión y el desarrollo familiar, ustedes son mi orgullo y mi razón de vivir.

A mi mamita **Lida** (la tenacidad, la bondad, la paciencia, la ciencia, la inspiración y el amor) y mi papi **Nico+** (mi caballero de reluciente armadura) y mi hermanito **Xavier+**, por ser el ejemplo en mi vida y brindarme su apoyo incondicional en forma personal, en sus oraciones y bendiciones aquí y desde el cielo y por siempre estar presentes en mi corazón, por haber creído en mí hasta el último momento, y al fin les puedo decir con humildad, ahora ¡**Soy Abogado!**

A mis queridos **hermanos y hermanas, hermanas políticas y hermano político**, que, en las buenas y las no tan buenas, siempre estamos y estaremos juntos, ustedes son mi inspiración por ser parte importante y significativa en mi vida, a mis queridos sobrinos que representan la unión familiar y puedo decir que los Jaramillo Dávalos, no somos perfectos, pero creo firmemente que somos algo especial.

A mis suegros **Efrén y Enmita+**, al **Tío Eduardo+**, por estar siempre pendientes de saber cómo voy y preguntar todo el tiempo “cómo va” mi Doctorcito, a mis hermanas y hermanos políticos, gracias por su apoyo.

A **mis primos** por su cariño de siempre.

A **mis amigos** del alma a quienes que no me puedo olvidar agradecer, por confiar y creer en mí, por su tiempo y amistad y en algunos momentos también por trasmitirme sus experiencias y conocimientos y por haber hecho de esta etapa de vida un trayecto de vivencias y anécdotas que nunca olvidare.

Con mi cariño de siempre para todos Ustedes que son mi familia, les dedico este Título.

Nicolás Fernando

ÍNDICE GENERAL

| | |
|--|------|
| TRIBUNAL DE SUSTENTACIÓN | V |
| REPORTE DE URKUND | VI |
| AGRADECIMIENTO | VII |
| DEDICATORIA | VIII |
| ÍNDICE GENERAL..... | X |
| RESUMEN..... | XII |
| ABSTRACT..... | XIV |
| INTRODUCCIÓN..... | 2 |
| CAPITULO I..... | 4 |
| MARCO TEÓRICO | 4 |
| Principios Jurídicos en Contrataciones Públicas | 4 |
| Principios determinados por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en el Ecuador..... | 5 |
| Cuadro doctrinario de los principios regidos en Contrataciones Públicas..... | 7 |
| Problemática..... | 9 |
| JUSTIFICACIÓN..... | 10 |
| METODOLOGÍA: | 10 |
| MÉTODO SINTÉTICO:..... | 10 |
| MÉTODO ANALÍTICO: | 11 |
| CAPITULO II..... | 12 |
| FALTA DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONCURRENCIA..... | 12 |
| OFERENTES/PROVEEDORES | 13 |
| COMPETENCIA..... | 14 |
| CAPÍTULO III..... | 15 |
| PROCEDIMIENTOS | 15 |
| ETAPA PREPARATORIA | 16 |
| PLAN ANUAL..... | 17 |
| ESTUDIOS MINUCIOSOS..... | 17 |
| DISCRECIONALIDAD AL MOMENTO DE ESCOGER A OFERENTES/PROVEEDORES, SECTOR DE LA SALUD A INVITAR..... | 18 |
| IDONEIDAD DE OFERENTES/PROVEEDORES..... | 18 |

| | |
|--|----|
| TÉRMINOS DE REFERENCIA | 19 |
| ESTRUCTURA BÁSICA DE ELABORACIÓN DE TÉRMINOS DE REFERENCIA..... | 19 |
| PRESUPUESTOS REFERENCIALES..... | 20 |
| CERTIFICACIÓN PRESUPUESTARIA | 20 |
| PUBLICACIÓN EN EL PORTAL..... | 21 |
| CAPITULO IV..... | 23 |
| TÉRMINOS DE REFERENCIA | 23 |
| EJEMPLO DE REDACCIÓN Y ELABORACIÓN DE..... | 24 |
| TÉRMINOS DE REFERENCIA | 24 |
| CAPITULO V..... | 34 |
| CONCLUSIONES | 34 |
| RECOMENDACIONES..... | 38 |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 40 |

RESUMEN

“Análisis jurídico de Términos de Referencia y/o Especificaciones técnicas en Contrataciones Públicas en las entidades de salud, regentadas por el Ministerio de Salud Pública, de conformidad con lo que establece La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública del Ecuador”

En el Ecuador La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contrataciones Públicas, establece mediante planificaciones, presupuestos, programaciones, controles administrativos, controles de ejecución en adquisiciones de los bienes y servicios destinados a obras públicas ejecutadas con los recursos del estado ecuatoriano, en el que se determinan principios jurídicos que son fundamentales en el desarrollo y procedimientos establecidos en esta Ley. El estado ecuatoriano a través de diversas ofertas proporcionadas por los proveedores, cuyo objeto fundamental, es que la Entidad Contratante en el País obtenga un mejor servicio y producto de calidad, a un precio óptimo para el Estado; aplicando el principio de concurrencia, es decir total transparencia en todos los procedimientos realizados en contrataciones públicas, de esta forma garantizar calidad y precio. La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública del Ecuador, ha establecido normativas de tipo específico en ciertos tipos de procedimientos en las contrataciones públicas, tal como lo estipula el artículo 2 de esta Ley antes mencionada; en el que existe un Régimen Especial, justificando la aplicación en contrataciones públicas de manera directa con el estado contratante a través de un portal de Compras Públicas, manejándolo de manera eficiente la verificación de ofertas aplicadas por los proveedores. Así como la evaluación de la responsabilidad civil, legal, contractual y extracontractual relacionada con el aumento de costos y plazos en el proyecto por parte de los proveedores.

Capítulo I: Principios en contrataciones públicas; Capítulo II: Análisis jurídico de los procedimientos. Capítulo III: Principio de concurrencia, Etapa

preparatoria; Capítulo IV: Aplicación de términos de referencia; Capítulo V: Etapa precontractual en el Portal de compras públicas; y, Capítulo VI: Conclusiones y Recomendaciones.

PALABRAS CLAVES: principios, procedimientos, especificaciones técnicas, compras públicas.

ABSTRACT

“Legal analysis of Terms of Reference and / or Technical Specifications in Public Procurement in health entities, run by the Ministry of Public Health, in accordance with the provisions of the Organic Law of the National System of Public Procurement of Ecuador”

In Ecuador The Organic Law of the National System of Public Procurement, establishes through planning, budgets, schedules, administrative controls, execution controls in acquisitions of goods and services for public works executed with the resources of the Ecuadorian state, in which they determine legal principles that are fundamental in the development and procedures established in this Law. The Ecuadorian State through various offers provided by suppliers, whose fundamental purpose is that the Contracting Entity in the Country obtain a better service and quality product, at an optimal price for the State; applying the principle of concurrency, that is to say total transparency in all the procedures carried out in public procurement, in this way guaranteeing quality and price. The Organic Law of the National System of Public Procurement of Ecuador, has established regulations of specific type in certain types of procedures in public procurement, as stipulated in article 2 of this Law mentioned above; in which there is a Special Regime, justifying the application in public contracting directly with the contracting state through a Public Purchasing portal, efficiently managing the verification of offers applied by suppliers. As well as the evaluation of the civil, legal, contractual and non-contractual liability related to the increase of costs and deadlines in the project by the suppliers.

Chapter I: Principles in public procurement; Chapter II: Legal analysis of procedures. Chapter III: Principle of concurrence, Preparatory stage; Chapter IV: Application of terms of reference; Chapter V: Pre-contractual stage in the Public Purchase Portal; and, Chapter VI: Conclusions and Recommendations.

KEYWORDS: principles, procedures, technical specifications, public purchases.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo investigativo de titulación, “Análisis jurídico de Términos de Referencia y/o Especificaciones técnicas en Contrataciones Públicas en las entidades de salud, regentadas por el Ministerio de Salud Pública, de conformidad con lo que establece La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública del Ecuador”; y, que se encuentra amparado por todos los principios establecidos en la Constitución de la República del Ecuador; con el objeto de satisfacer cada una de las necesidades primarias y secundarias de las Entidades Públicas de Salud en el país, garantizando los derechos y respondiendo al bienestar de todos los ciudadanos.

Se ha señalado como el principal principio establecido en contrataciones públicas el de legalidad y concurrencia que rige a los procedimientos que se realizan en estas contrataciones, ya sea en caso de bienes o por tipo obras o servicios, incluyendo los servicios profesionales de consultoría.

Actualmente en la norma vigente de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, los concursos se realizan por medio de una invitación de manera directa en el Portal de las Compras Públicas en el Ecuador, mediante la página www.compraspublicas.gob.ec, afectando directamente a los principios establecidos en la Contratación Pública; y, dejando a un lado el principio de concurrencia.

Esto en algunos casos desencadena afectación directa de los derechos que tienen los ofertantes (proveedores de las Entidades de Salud en el Ecuador); existiendo posibles favoritismos por la entidad contratante “El Estado”, en el momento/hora de contratar, llevando a cabo una problemática, por el solo hecho de no tener bien establecido las prioridades al momento de analizar los términos de referencia de cada ofertante; y, el análisis del mercado.

La entidad contratante “El Estado”, recibe equipos de cualquier procedencia y de todo tipo de calidad, siendo difíciles de determinarlos; ya que la entidad contratante “El Estado”, únicamente se basa en el precio/valor, al momento de escoger la oferta; por lo que resulta importante el investigar ¿Por qué la Ley actual en Contrataciones Públicas tienen la indiferencia en la revisión de la calidad, pero le dan mucha importancia al precio?; en que estos procedimientos provocan de forma inexplicablemente inaplicabilidad del principio de concurrencia de las ofertas recibidas por los proveedores.

Es necesario realizar un estudio de las subastas, analizando los procedimientos que actualmente están establecidos para los ofertantes en Contrataciones Públicas con el Estado; y, también el análisis de la aplicación de todos los principios, y procedimientos que se encuentran establecidos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, con el fin de tener una comprensión clara y precisa de las contrataciones puntuales, basados en los principios y requerimientos que requiere el contratante, “El Estado”.

Por lo antes expuesto, se pretende analizar las incidencias y razones que existe en la Contratación Pública ecuatoriana; y, por qué la falta del principio de concurrencia en los procedimientos; de esta manera contribuir con la información a la Entidad Contratante “El Estado”, para que incorpore técnicas y medidas de mejoramiento al instante de escoger al ofertante; y brindar a los ofertantes en el momento de la subasta completa seguridad para que no existan favoritismos; ya que podrían presentarse desacuerdos posteriores, y como ofertantes, que están dentro de la subasta, tienen total derecho legal para presentar su inconformidad en el proceso; ya que el objetivo principal de la entidad contratante y los ofertantes siempre debe ser el brindar a la ciudadanía ecuatoriana servicios de calidad en salud pública.

CAPITULO I

MARCO TEÓRICO

Principios Jurídicos en Contrataciones Públicas

El presente trabajo investigativo de titulación, inicia analizando los principios jurídicos en contratación pública, los mismos que tienen fundamento y base jurídica en un determinado campo o ciencia del conocimiento; brindando bases para su explicación y entendimiento de las normas jurídicas, que, al realizar la presente investigación, proporcione plenos lineamientos de guía para su aplicación, que son exigidos por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en el Ecuador.

Todos los principios establecidos en la Constitución de la República del Ecuador y otras normas, son un axioma, en el que se edifica cada institución del Derecho, como base fundamental de guía, cuyo contenido está determinado en las normas jurídicas que tiene cada país, convirtiéndose estos principios en conductas consideradas como valiosas, siendo estas de orden primario; y, por lo cual, estas deben ser legalmente cumplidas y ejecutadas por su predominio.

Los principios jurídicos en las ¹Contrataciones Públicas son de guía y directrices para aplicación de esta norma antes mencionada, sirviendo de orientación y ejecución para legisladores del derecho en la constante creación y desarrollo de una nueva norma jurídica; y que ende sirven de pauta en su aplicación, cuando existen vacíos legales; sirviendo estos principios de directrices funcionales como las siguientes:

- Dirección: Guía jurídica para los órganos judiciales públicos, al momento de elaborar una nueva legislación.
- Interpretación: Son firmes y fundamentales en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas.
- Integración: Suplen de manera instantáneamente las insuficiencias que existan en las normas jurídicas escritas.

¹ **Elaborado por:** (Roberto Dromi, Derecho Administrativo, 10 ma. ed. (Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina, 2004) 502)

Para todo juez, administrador de justicia, profesionales del derecho, lectores en general o juristas del derecho, estos principios jurídicos, son una guía fundamental que los direcciona y orienta conforme a las normas determinadas en la Ley Suprema, como lo es la Constitución de la República del Ecuador y las subsiguientes, las interpretaciones de estos principios implican indagación y análisis del verdadero sentido; y, el alcance de la norma jurídica, es decir:

- Cómo operan actualmente las normas jurídicas
- Cumple la función por la cual fue creada en la legislación
- Si su integración ha constituido el derecho a tener que encaminar una nueva norma en los casos que existan vacíos.

“...Los ²principios generalmente del derecho público/administrativo, ambos constituyen abstracción, en que trascienden de lo que la propia legislación positiva, dispone de una determinada e indicada institución jurídica; expresando valores materiales que son básicos dentro del ordenamiento jurídico, formados por principios técnicos, que son fruto de experiencia estrictamente jurídica; de ahí es que parte, los que están llamados, a tener que descubrirlos e inmediatamente aplicarlos, estos son los operadores jurídicos como los abogados en general y jueces, actuando ambos en una recíproca interrelación...”. (Adolfo Ibáñez)

Los principios jurídicos ayudan a extender el sentido de la norma; y, por ende, son los obligados en aplicarse, en el instante de que exista alguna norma jurídica que infrinja estos principios regidos por la norma suprema; verificando si la norma jurídica aplicada en Contrataciones Públicas en Ecuador, estos principios son de obligatoria aplicación, con total y absoluta supremacía en todos y cada uno de los procedimientos que están determinados en el Portal de Compras Públicas.

Principios determinados por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en el Ecuador

Analizado en líneas anteriores los principios jurídicos; empezaremos con el ámbito jurídico de Contrataciones Públicas en el Ecuador, en el que nuestro ordenamiento de normas jurídicas ha reglado y examinando la conceptualización de cada uno de los principios en Contrataciones Públicas,

² **Elaborado por:** (Adolfo Ibáñez, Interpretación, Integración y Razonamiento jurídicos (Santiago de Chile: Editorial Universitaria, 1992) 371)

lo cual nos permite encaminar la investigación del presente estudio minucioso del principio de concurrencia; siendo objeto de este trabajo de titulación, considerando que cada uno de los principios establecidos en Contrataciones Públicas, habrían sido estos creados, como una base fundamental, para el desarrollo de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en el Ecuador.

El artículo 288 de la ³C.R., dispone lo siguiente: "...Toda compra pública en el país cumplirán criterios eficientes con alta calidad, total responsabilidad ambiental, así como social; y, sobre todo transparencia. Priorizando los productos nacionales y sus servicios, particularmente los que son provenientes de economía popular, solidaria; así como de micro, las pequeñas, y las medianas unidades de productividad...". (Constitución de la República del Ecuador)

El artículo 4 de la (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública), dispone lo siguientes ⁴principios regidos en Contrataciones Públicas, enmarcados a lineamientos determinados en la Ley Suprema, los cuales son:

- Principio de Legalidad
- Principio de Trato Justo
- Principio de Igualdad
- Principio de Calidad
- Principio de Vigencia en tecnológica
- Principio de Oportunidad
- Principio de Concurrencia
- Principio de Transparencia

³ **Fuente:** (Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial 449, de 20 de octubre de 2008, reformada el 30 de enero de 2012, art. 228 ([Montecristi] Asamblea Constituyente).)

⁴ **Fuente:** (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública- LOSNCP, Registro Oficial, art. 4 ([Quito])

Cuadro doctrinario de los principios regidos en Contrataciones Públicas

| | | |
|--|--|---|
| <p>Principio de Legalidad</p> | <p><u>Artículo 226 Constitución de la República del Ecuador:</u> Institución del Estado, organismos, dependencias, servidores públicos, que actúen en potestad estatal, ejercerán únicamente competencias; y, facultades atribuidas en la Constitución y la ley.</p> | <p><u>Artículo 22 de la Ley Orgánica del Servicio Público:</u> Deber de servidores públicos el respetar, y hacer cumplir Constitución de la República, sus leyes, reglamentos.</p> |
| <p>Principio de Trato Justo</p> | <p><u>Artículo 4 Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública:</u> No puede existir ningún trato preferencial y/o discriminatorio a los oferentes</p> | <p><u>Artículo 288 Constitución de la República del Ecuador:</u> Oferente de bienes; servicios, y/o obras, debe ser con eficiencia, transparencia, y alta calidad.</p> |
| <p>Principio de Igualdad</p> | <p><u>Artículo 336 Constitución de la República del Ecuador:</u> El Estado es el que asegurará, transparencia, eficiencia en mercados, fomentando competencias en igualdad de las condiciones, así como oportunidades.</p> | <p><u>Artículo 2 de la Ley Orgánica del Servicio Público:</u> igualdad de los derechos, las oportunidades; y, la no existencia de discriminación.</p> |
| <p>Principio de Calidad</p> | <p><u>Artículo 362 Constitución de la República del Ecuador:</u> Todos los servicios en salud serán absolutamente seguros, con calidad; y, calidez.</p> | <p><u>Artículo 45 Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública:</u> Los adjudicatarios son obligados de proveer bienes, servicios en condiciones del plazo; precio; y calidad.</p> |

| | | |
|--|---|--|
| <p>Principio de Oportunidad</p> | <p><u>Artículo 11</u> ⁵<u>Constitución de la República del Ecuador</u>: Las personas siempre serán iguales; y, gozarán de todo derecho, deberes; y, oportunidades.</p> | <p><u>Numeral 13 del Artículo 6 Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública</u>: Entidades Contratantes al presentar demandas en bienes y/o servicios, generando oportunidades por medio de participaciones.</p> |
| <p>Principio de Concurrencia</p> | <p><u>Dictamen 48.488 de 2011, la</u> ⁶<u>Contraloría General</u>: Principio libre concurrencia de participantes, determinado en inciso segundo artículo 9° Ley N° 18.575 [...] persiguiendo considerar propuestas de oferentes, que han cumplido, con condiciones exigidas.</p> | <p><u>Artículo 4</u> ⁷<u>Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública</u>: Principio de concurrencia</p> |
| <p>Principio de Transparencia</p> | <p><u>Artículo 204 Constitución de la República del Ecuador</u>: Función de la Transparencia; y, Control Social, promoviendo e impulsando control de entidades; y, organismos en sectores públicos.</p> | <p><u>Numeral 3 del Artículo 9 Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública</u>: Garantizar transparencia; y, el evitar discrecionalidad en las contrataciones públicas.</p> |

⁵ Fuente: (Constitución de la República del Ecuador)

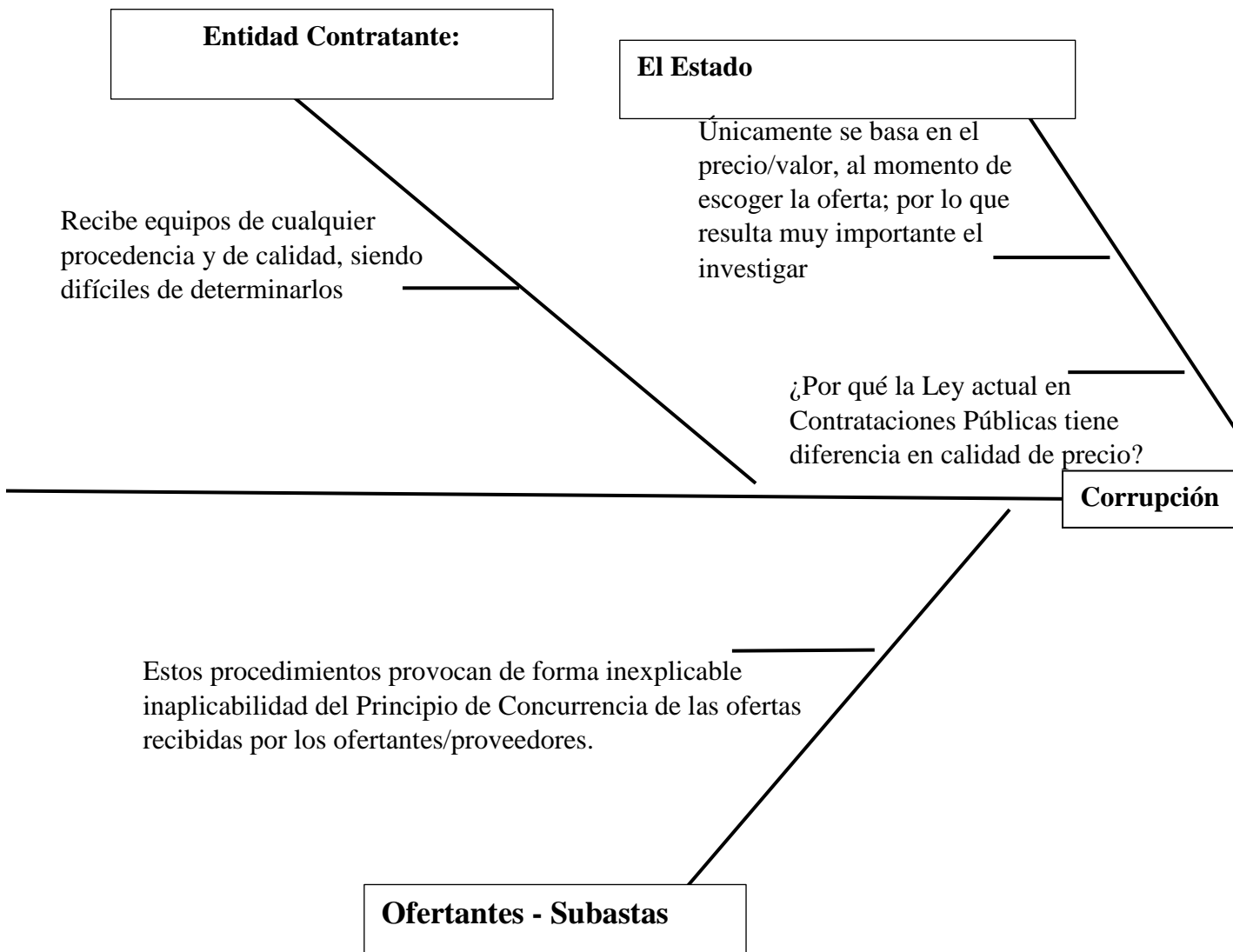
⁶ Fuente: (Contraloría General del Estado)

⁷ Fuente: (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública)

Problemática

Esto en algunos casos desencadena afectación directa de los derechos que tienen los ofertantes (proveedores de las Entidades de Salud en el Ecuador); existiendo posibles favoritismos por la entidad contratante “El Estado”, en el momento/hora de contratar, provocando una problemática, por el solo hecho de no tener bien establecidos los términos de referencia y el análisis del mercado.

⁸Esquema de la Problemática



⁸ Ilustración I: (Nicolás Fernando Jaramillo Dávalos)

JUSTIFICACIÓN

La propuesta está básicamente originada dentro de este trabajo de titulación investigativo, radicado principalmente en proteger el Derecho de los ofertantes al momento de presentar cada uno de ellos los de Términos de Referencia y/o Especificaciones técnicas en Contrataciones Públicas en las entidades de salud, en las subastas en el que los administradores de estas, escogen al ofertante de manera incorrecta, es decir solo fijándose en el precio sin considerar y analizar la calidad del producto de cada ofertante.

Vulnerando sus derechos legales como ofertantes; y, los principios constitucionales antes mencionados; en especial el principio de concurrencia, por lo que la propuesta dentro de esta investigación es que los administradores de la subasta, es decir la entidad contratante “El Estado”, antes de escoger al mejor ofertante, analice bien la calidad del producto ya sea bienes, obras o servicios; con el objeto de brindar a la ciudadanía ecuatoriana servicios, bienes de calidad y obras en las entidades de salud del país.

METODOLOGÍA:

En el transcurso del desarrollo investigativo de este trabajo de titulación, en el que ha sido aplicado una técnica de metodología mixta, haciendo consideración principalmente, en los ofertantes de las subastas, llevadas a cabo por la entidad contratante “El Estado”, por el motivo que en las subastas antes mencionadas, algunos ofertantes/proveedores manifiestan que existe posibles favoritismos por la entidad contratante “El Estado”, en el momento/hora de contratar, generando problemas, indicando estos que la entidad contratante únicamente se basa en el precio/valor, al momento de escoger la oferta; por lo que resulta muy importante el investigar; afectando directamente a los consumidores finales, es decir los ciudadanos ecuatorianos.

MÉTODO SINTÉTICO:

Permite el conocimiento de ofertas de bienes, servicios u obras, es decir las partes involucradas en Contratación Pública (Ofertantes y El Estado); y así,

con la unión de todos estos componentes; obtendremos unos correctos términos de Referencia y/o Especificaciones técnicas en Contrataciones Públicas para las entidades de salud, regentadas por el Ministerio de Salud Pública, respecto a los hechos que han sido el tema de esta investigación.

MÉTODO ANALÍTICO:

Técnica fundamental que permite definir; y, agregar al objeto principal de este estudio, revisando y estudiando sus partes de manera separada.

CAPITULO II

FALTA DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONCURRENCIA

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en el Ecuador, tiene establecido principios, los cuales han sido mencionados en líneas anteriores, siendo base fundamental para aplicación de la Ley; regido por procedimientos establecidos en contrataciones de bienes, servicios, y/o obras para el sector de la Salud, a la hora de contratar; por lo que vamos a describir un breve análisis de la falta de aplicación del Principio de Concurrencia.

“...⁹Forma en la cual han cobrado mucha importancia, como un instrumento legitimador en procedimientos licitatorios del principio libre concurrencia y del principio de igualdad para los oferentes; y, de no formalización. En base a lo anterior, fue interpretado para aumentar competitividad de oferentes; y, la eficiencia de decisiones finales por la autoridad competente; resguardando finalmente el interés del sector público comprometido...”. (Camilo y José P.)

Al analizar cada uno de los elementos que existen en la contratación pública, las restricciones de participación; donde principalmente se considera como un elemento fundamental a la igualdad de las condiciones, las mismas que deben constar en cada uno de los pliegos presentados, así como también en los procedimientos en la contratación pública; la igualdad es un punto importante que se debe cumplir para culminar con éxito un proceso de contratación pública, que en base a mi análisis jurídico investigativo, este se encuentra ligado al principio de concurrencia determinando en el artículo 4 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en el Ecuador.

El principio de concurrencia para los participantes, cuyo objeto primordial es participar en igualdad de condiciones con otros oferentes, los mismos que deben cumplir a cabalidad con todas las condiciones exigidas por la ley; que por el solo hecho de tener errores no son subsanables, más de forma que de fondo y que según la entidad contratante no es con-validable, los oferentes vayan a quedar fuera del concurso de contratación pública; ya que en la realidad debería ser, que entre más numerosas sean las ofertas validas en el concurso o una licitación; la entidad contratante “El Estado” podría tener más oferentes para la elección y sin lugar a dudas más oportunidad de escoger el

⁹ Fuente: (Camilo Ll. y José Pardo; El principio de concurrencia de oferentes/procedimientos administrativos y licitatorios. Año 2014), visitado el 19 de diciembre de 2018, online.)

mejor proveedor y elegir a satisfacción bienes y/o servicios de salud, y cumplir con el interés público y conveniente para el estado y la ciudadanía.

Es decir, siendo de mucha importancia el principio de concurrencia de todas las ofertas durante el transcurso del proceso de contratación pública, dando la posibilidad a la entidad contratante, como lo es el Estado ecuatoriano de elegir el mejor producto del bien y/o servicio a un mejor precio con excelente calidad del material, ya que la calidad de los bienes y/o servicios son sumamente importantes para el sector de la salud; ya que la entidad contratante “El Estado” tiene como gran punto a su favor, el solo hecho de tener variedad de las ofertas, realizando comparaciones entre ellas y poder escoger la mejor de ellas en especial por la calidad y no necesariamente por precio.

OFERENTES/PROVEEDORES

Entre las políticas que existen en La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública del Ecuador; deben constar sus reglas, las mismas que están orientadas directamente al control, con el objeto de evitar algún tipo de restricción, en la concurrencia de los oferentes/proveedores de las contrataciones públicas para el sector de la salud; y, cuya finalidad sea el promover crecimiento de tipo económico al país, así como la sana y transparente competencia a nivel nacional.

Las contrataciones públicas realizadas entre los oferentes/proveedores de la salud y el Estado ecuatoriano, debido al constante movimiento de obras en el país como son la construcción de nuevos hospitales y centros de salud, que obviamente se ven en la necesidad de contratar bienes y/o servicios; se presenta la necesidad de solicitar a los oferentes la participación en los concursos para completar o suministrar bienes y/o servicios para el sector de la Salud, y puedan participar en varios tipos de contratos públicos.

“...¹⁰Prevención y la represión en prácticas de tipo comercial restrictiva; como lo son aquellas, las cuales impiden la adjudicación en contratos estatales, con la existencia de condiciones dentro de competencia, que tienen efecto prioritario en el crecimiento de productividad de un país...”. (Serrano Felipe)

¹⁰ **Fuente:** (Serrano Felipe, “Derecho de competencia como el mecanismo en garantizar rivalidad, en licitaciones públicas y el impulsar crecimiento económico”, Ciudad de Bogotá, Año 2011, tomo 155)

Por lo que en mi análisis dentro de este estudio investigativo; al existir concursos y ofertas que son abiertas a la participación de los postores/ofertantes; los cuales se benefician mediante la obtención de obras o provisión de bienes y/o servicios de calidad en el ámbito de la Salud, dirigida al bienestar de la ciudadanía ecuatoriana y al fortalecimiento de la salud en el país; así también mejora el proceso de adquisiciones de bienes y servicios de calidad.

COMPETENCIA

El Estado, es el órgano rector facultado para la emisión de acciones públicas, a través de directrices alineadas en obtener principalmente una competitividad eficiente, regulando las participaciones entre los oferentes, cuya finalidad de la entidad contratante debe ser el proteger la libertad en el proceso de participación; con el objeto que los oferentes esgriman iniciativas y toda su capacidad de medios necesarios para disputar de manera lícita y ordenada dentro del concurso de contratación pública; de acuerdo con las ofertas presentadas por los ofertantes, en base a la calidad de los materiales y/o servicios de salud, así como el precios y sus condiciones.

“...Artículo 283.- ¹¹Sistema económico social y solidario; en el que reconoce primordialmente al ser humano/persona como sujeto-fin; propendiendo a que la relación sea de manera equilibrada y dinámica entre el Estado, la sociedad; y, el mercado; en armonía básica con la naturaleza; garantizando producción y la reproducción de condiciones de bienes materiales e inmateriales, los cuales posibiliten primordialmente el buen vivir...”. (Carta Magna)

Podemos observar que, en nuestras normas jurídicas, existen lineamientos establecidos, enmarcados en el derecho que tienen todos los oferentes del sector de la Salud a la libre competencia, dentro del concurso en el portal de compras públicas, indicado en líneas anteriores en el artículo 283, en el que la Carta Magna garantiza la libre competencia entre oferentes.

¹¹ Fuente: (Carta Magna, Artículo 283)

CAPÍTULO III

PROCEDIMIENTOS

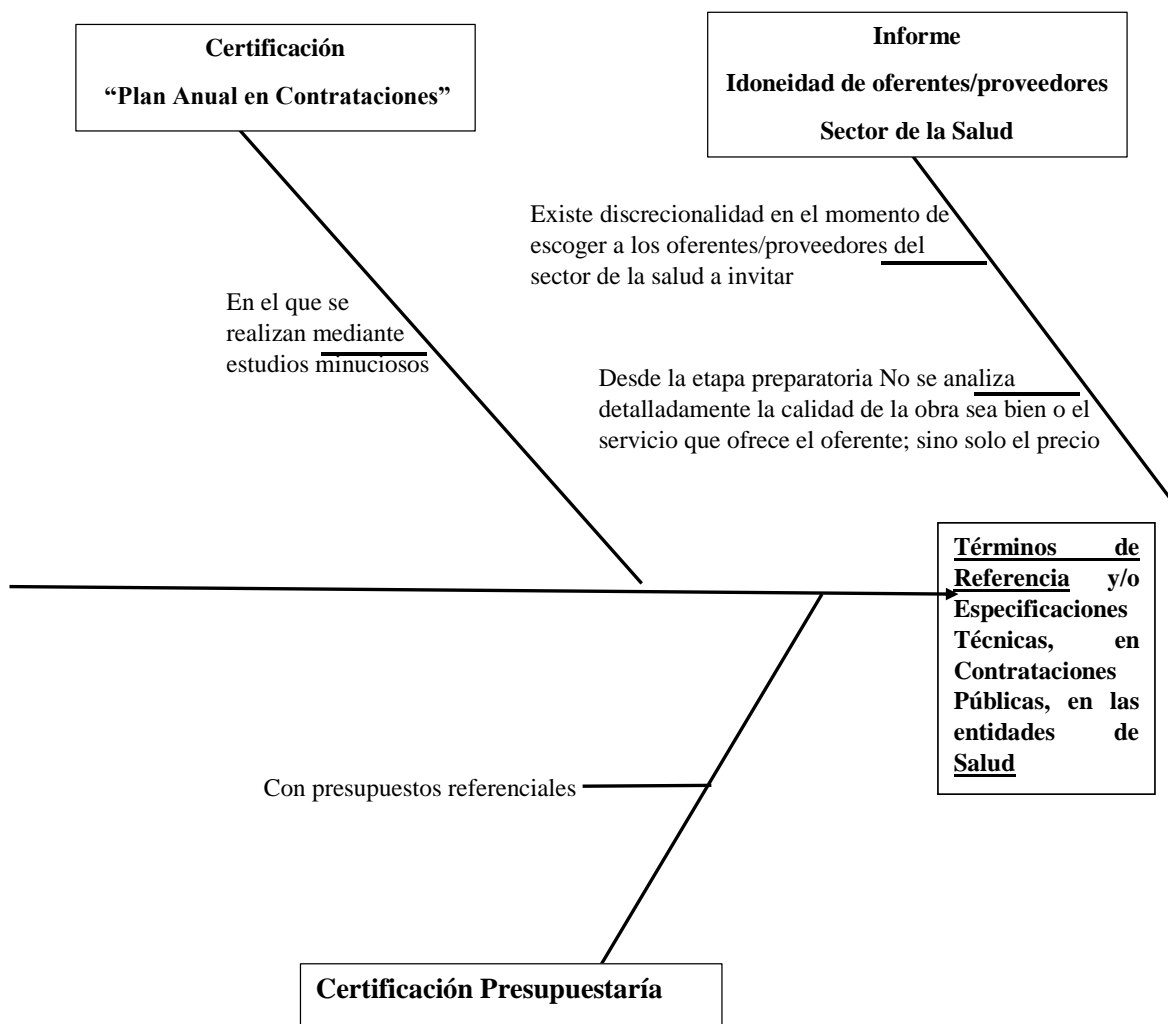
Previo al análisis en este estudio investigativo del presente trabajo de titulación, respecto a los procedimientos en contrataciones públicas, a través de la etapa preparatoria y la etapa precontractual; en que el aspecto primordial de esto, es el principio de concurrencia de ofertantes, cuyo análisis está basado del cómo inicia cada uno de estos procedimientos, como por ejemplo los términos de referencia y/o especificaciones técnicas en contrataciones públicas con entidades de salud.

La serie de documentos que se generan dentro de cada etapa, así como el correcto funcionamiento informático creado dentro del Sistema Oficial del Portal Online en Contrataciones Públicas, el cual en su página online indica los procedimientos que están siendo motivo de análisis; con el objeto de poder verificar que toda la documentación presentada, este habilitada; y, en el cual existe el proceso para su aplicación respetando los principios de contratación públicas como lo es el principio de concurrencia; por lo que vamos a indicar primeramente un esquema de la etapa preparatoria y segundo un esquema de la etapa precontractual.

“...¹²De no haberse procedido a realizar todos los procedimientos, en el portal de compras públicas, mediante la página oficial online www.compraspublicas.gob.ec; la máxima autoridad encargado de la contratación, o a su vez puede ser su delegado, tiene la total obligación de que una vez se haya realizado la contratación con el eferente/proveedor; el publicar inmediatamente en el portal de la página online www.compraspublicas.gob.ec toda la información que es de relevancia en cada proceso de la contratación...”. (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública)

¹² Fuente: (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública)

13 ESQUEMA DE LOS PROCEDIMIENTOS DE LA ETAPA PREPARATORIA



ETAPA PREPARATORIA

Comprende toda preparación documental, obtenida como garantía del procedimiento, posibilitando realizar el proceso en la página online del portal, en contrataciones públicas; tal como lo determina el numeral 28, artículo 2 de la (Codificación; y, Actualización de Resolución emitida “Servicio Nacional de Contratación Pública en el Ecuador”):

¹³ Ilustración II: (Nicolás Fernando Jaramillo Dávalos)

“...¹⁴Fase preparatoria de contrataciones públicas, son la elaboración; y, la modificación mediante un plan anual, estudio minucioso del mercado, especificaciones/técnicas en los términos de referencia, presupuesto de referencia, emisión de certificaciones presupuestarias, aprobaciones de los pliegos presentados, estructura de comisión técnica y el otorgamiento de la delegación; así como el resto de actividades que se realicen hasta momentos antes de publicación respecto al procedimiento en la página online del Portal - Institucional del Servicio Nacional en Contrataciones Públicas...”. (CyARSNCP)

PLAN ANUAL

Es el cumplimiento riguroso del Plan Nacional de Desarrollo del País; a través de sus necesidades y objetivos institucionales, en el que la entidad contratante “El Estado”, debe registrar toda la programación anual de la contratación a realizar, obteniendo resultados esperados en un determinado tiempo, a través de sus recursos y esfuerzos de la programación anual que consta en el Plan Anual; la misma que debe ser publicada en la página online del Portal de Contrataciones Públicas, máximo hasta el 15 de enero del año lectivo, para conocimiento de la ciudadanía.

El numeral 2 del artículo 22, en (La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contrataciones Públicas):

“[...] ¹⁵De existir alguna clase de reforma en el Plan Anual en Contrataciones Públicas, éstas deben ser publicadas [...]”

ESTUDIOS MINUCIOSOS

Son los estudios completos del presupuesto actualizado; y, las especificaciones técnicas, las cuales respaldan la contratación de conformidad con lo que se determina en el artículo 23, (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública):

¹⁴ **Fuente:** (Codificación; y, Actualización de Resolución emitida “Servicio Nacional de Contratación Pública en el Ecuador, Numeral 28 del art. 2.)

¹⁵ **Fuente:** La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contrataciones Públicas, Numeral 2, art. 22.

“¹⁶Estudios minuciosos ante de cualquier paso para iniciar procedimientos precontractuales, como las contrataciones, en el que la entidad contratante “El Estado”, debe contar de forma minuciosa con dichos estudios; sus diseños de manera completa, definitiva y actualizada; todos los planos, los cálculos, las especificaciones técnicas; absolutamente todo debidamente aprobado, en la instancia/momento que le corresponde a dicho contrato, vinculado directamente con el Plan Anual de Contrataciones Públicas[...]”. (LOSNCP)

DISCRECIONALIDAD AL MOMENTO DE ESCOGER A OFERENTES/PROVEEDORES, SECTOR DE LA SALUD A INVITAR

En el caso de las elecciones de los oferentes/proveedores del sector de la Salud, invitados al portal de Contrataciones Públicas, realizadas de manera directa; no especificando minuciosamente el procedimiento y los criterios para elegir al oferente/proveedor del sector de la salud, más idóneo; para que este participe, en base a su calidad de obra del bien y/o servicio en el Portal de Contrataciones Públicas. Es el caso que este vacío en nuestra norma legal, no ha sido regularizada de manera detallada; provocando que la Entidad Contratante “El Estado”; a través de su delegado, no fundamente la participación del oferente/proveedor del sector la Salud su participación en el portal de Contrataciones Públicas, cayendo indirectamente en la extralimitación, pasándose la barrera primordial de la discrecionalidad.

“...¹⁷La esencia jurídica es Potestad discrecional, que radica por existencia de pluralidades de soluciones, en el que la administración tiene potestad de elegir con absoluta libertad [...]”. (Retamozo Alberto)

IDONEIDAD DE OFERENTES/PROVEEDORES

La Entidad Contratante “El Estado”, a través de un estudio pequeño preselecciona al oferente/proveedor del sector de la Salud a invitar en el portal de la Contratación Pública; con el propósito de justificar las formalidades del proceso; respecto a la parte técnica y económica; analizando los portafolios

¹⁶ **Fuente:** La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contrataciones Públicas, Art. 23.

¹⁷ **Fuente:** (Retamozo Alberto, “Contrataciones/Adquisiciones del Estado; y, Normas de Control”, Edición 8va., Ciudad de Lima, Año 2011, Pág. 180)

de la obra del bien y/o servicio entregados por los presuntos oferentes/proveedores, verificando sus capacidades de planificación técnica y metodológica de la propuesta presentada por los mismos. Así la Entidad Contratante “El Estado” da por hecho, que se encuentra justificado la decisión tomada de la participación del oferente/proveedor del sector de la salud escogido en este procedimiento del contrato.

TÉRMINOS DE REFERENCIA

Todo oferente/proveedor del sector de la Salud, antes de comenzar cualquiera de los procedimientos para obtener una contratación pública, este debe tener los términos de referencia con las debidas especificaciones técnicas de la obra del bien y/o servicio a ofrecer a la entidad contratante “El Estado”.

“...¹⁸Toda especificación técnica, en los términos de referencia establecido, estarán sujetos a todos los principios regidos en contrataciones públicas...” (LOSNCP)

“...¹⁹Antes de dar inicio a algún procedimiento de contratación pública; la entidad contratante “El Estado”, debe tener todas las especificaciones técnicas de la obra bien y/o servicio requerido, incluidos los gastos de consultoría; es decir establecidos diseños, análisis, estudios minuciosos, y diagnósticos como una condición previa al contrato, con la que debe tener la entidad contratante “El Estado” ...”.

ESTRUCTURA BÁSICA DE ELABORACIÓN DE TÉRMINOS DE REFERENCIA

- Los antecedentes.
- El objetivo general
- Los objetivos específicos
- El alcance
- Enfoque de evaluación
- Las partes implicadas; y, sus responsabilidades
- Metodología
- Todas las actividades que se realizaran

¹⁸ **Fuente:** La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contrataciones Públicas, Art. 2.

¹⁹ **Fuente:** Codificación; y, Actualización de Resolución emitida “Servicio Nacional de Contratación Pública en el Ecuador, Art. 105

- La obra, bien y/o servicio
- Informes
- Tiempo
- Los recursos
- Las facilidades que le otorgará la entidad contratante “El Estado”
- Perfil (evaluador externo)
- Costos; y, la remuneración
- Criterio de la evaluación/selección
- Confidencialidad absoluta de toda información

PRESUPUESTOS REFERENCIALES

Este siempre ha sido punto de discordia en el proceso de la etapa preparatoria, en la contratación de la obra bien y/o servicio incluida la consultoría; es por eso la importancia de contar con un presupuesto de adjudicación referencial, en la contratación pública a efectuar, considerando que la entidad contratante “El Estado” generalmente, realiza un promedio de ofertas de tres proformas de los posibles ofertantes/proveedores, tomando en cuenta el menor valor y por lo general no la calidad.

“...²⁰Valor monetario de la obra bien y/o servicio objeto de contratación, indicado por la Entidad Contratante “El Estado”, al inicio del proceso precontractual...”. (LOSNCP)

“...²¹Documento en la etapa preparatoria de todos los procedimientos de la contratación; y sirve para emitir la certificación presupuestaria...”.

CERTIFICACIÓN PRESUPUESTARIA

Su inicio está en el presupuesto referencial, que supuestamente se obtiene durante un estudio minucioso del mercado de la salud, el cual es realizado como un documento preparatorio.

“...²²La Certificación Presupuestaria indica que ninguna entidad contratante podrá contraer ninguna clase de compromiso, ni autorizar, ni contraer obligaciones, o celebrar algún tipo de contrato; sin que

²⁰ **Fuente:** La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contrataciones Públicas, Numeral 27 del Art. 6.

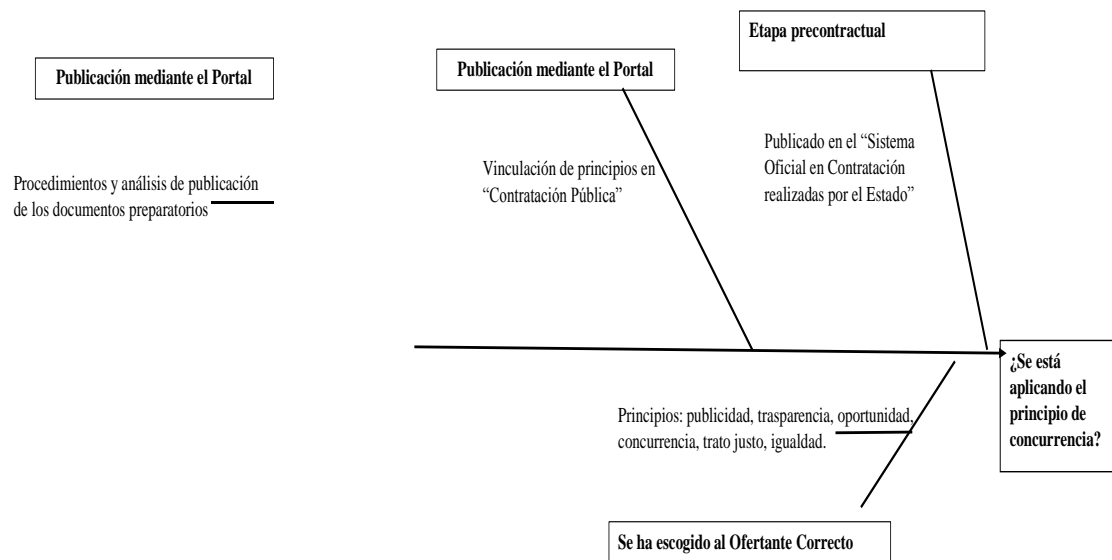
²¹ **Fuente:** Codificación; y, Actualización de Resolución emitida “Servicio Nacional de Contratación Pública, Num. 28, Art. 105

²² **Fuente:** (Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, Artículo 115)

exista la emisión respectiva de la certificación presupuestaria...”. (CODPyFP)

“...²³Toda contratación de obra de bien y/o servicio, incluido consultoría; debe tener la certificación de la disponibilidad presupuestaria, asegurando existencia de los recursos presentes; y, futuros dando cumplimiento a todas las obligaciones del presupuesto derivado de dicho del contrato...”. (LOSNC)

24 ESQUEMA DE LA ETAPA PRECONTRACTUAL



PUBLICACIÓN EN EL PORTAL

Una vez realizado el análisis explicativo de la etapa preparatoria y de la etapa precontractual, indicaremos un pequeño análisis respecto a la publicación de los procedimientos en el Portal online conforme a la ley.

“...²⁵Portal en Compras Públicas, es el Sistema Oficial de la Contratación Pública Ecuatoriana, con uso obligatorio de las entidades contratantes, que están sometidas a La Ley; y, debe ser administrado prioritariamente por el Servicio Nacional de Contrataciones Públicas...”. (LOSNC)

²³ Fuente: La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contrataciones Públicas, Art. 24

²⁴ Ilustración III: (Nicolás Fernando Jaramillo Dávalos)

²⁵ Fuente: La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contrataciones Públicas, Art. 21

El portal permite el vincular los principios en las contratación pública, al momento de publicar cada procedimiento realizado, poniendo en conocimiento del público en general la convocatoria respectiva a los posibles proveedores/oferentes del sector de la salud, con el objeto de que estos puedan presentar su respectiva oferta, regido por las reglas establecidas en los pliegos que son elaborados por la Entidad Contratante, brindándole de esta forma al oferente varias oportunidades de realizar preguntas en el portal, respecto a los aspectos que se encuentren confusos dentro de estos pliegos.

Aún existen restricciones al instante de participar, siendo una característica actual en las contrataciones públicas ecuatorianas, ya que contravienen directamente a los principios regidos dentro de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contrataciones Públicas; y, considerando la importancia de estos principios, ya que sus funciones están en suplir todos los vacíos legales que se encuentran dentro de la norma.

“²⁶En el caso del Derecho de la contratación pública global, los principios – como ya hemos señalado – juegan un papel central para la existencia de este sector del Derecho administrativo global.”. (Arana Jaime)

²⁶ **Fuente:** (Arana Jaime, “Los Principios del Derecho Global en la Contratación Pública”, Revista - Facultad de Derecho/Universidad Católica de Perú, Año2011)

CAPITULO IV

TÉRMINOS DE REFERENCIA

Los Términos de Referencia, que también se los puede llamar como las Especificaciones Técnicas, según sea el caso, son documentos de varios tipos que implican los análisis, los diseños, los diagnósticos, los cuales sirven como una de las condiciones principales para que el oferente del sector de la salud pueda presentar la oferta respectiva en los procedimientos de la contratación pública por parte de la entidad contratante.

“...²⁷Descripción que es elaborada a través de la Entidad Contratante respecto a las características técnicas, así como todas las condiciones de cómo se ejecutará la prestación de la obra o del servicio...”. (Magali Rojas)

Los Términos de Referencia y/o Especificaciones Técnicas, contienen cada una de las características necesarias, así como sus condiciones para la respectiva contratación a realizarse; es decir que los Términos de Referencia, constituyen condiciones específicas, por medio las cuales se lleva a cabo el desarrollo de la consultoría, obra o prestación de servicios.

Los requisitos que son mínimos en los términos de referencia, son los siguientes:

- Los antecedentes
- El objetivo principal y los objetivos específicos
- Alcance
- Metodología del trabajo a realizarse
- Toda clase de información por parte de la entidad, como por ejemplo los diagnósticos, las estadísticas, etc.
- La obra o los servicios esperados
- Plazo del tiempo para su ejecución, ya sea parcial o total
- El personal profesional y técnico involucrado, sus equipos de trabajo, los recursos
- Especificación de forma de pago y sus condiciones de la misma.

²⁷ **Fuente:** (Magali Rojas, “Formulación de Especificaciones Técnicas en Contratación de Bienes; y, Términos de Referencia en la Contratación del Servicios y Consultorías en General”, Ciudad de Lima, Año 2013)

Las especificaciones técnicas son las características que deben cumplir obligatoriamente todos los rubros requeridos; tomando en consideración que los términos de referencia son utilizados en caso de servicios o consultorías; mientras que las especificaciones técnicas son para los bienes, señalando su plazo, tiempo de entrega, así como la forma del pago y los requisitos, los mismos que deben constar dentro de los términos de referencia.

Aclarando que ambos, es decir los términos de referencia y/o las especificaciones técnicas deben estar condicionadas específicamente por la necesidad o requerimiento de la Entidad Contratante, con el objeto que se proporcione calidad y costo de lo requerido; por lo que dentro de este trabajo investigativo de titulación se elaborará un ejemplar en forma de ejemplo de cómo se debería elaborar los términos de referencia y/o características, para una contratación pública, detallado a continuación.

EJEMPLO DE REDACCIÓN Y ELABORACIÓN DE TÉRMINOS DE REFERENCIA

Asunto: “ASESORÍA JURÍDICA ESPECIALIZADA PARA LA EVALUACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL, LEGAL, CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL RELACIONADA CON EL AUMENTO DE COSTOS Y PLAZOS EN EL PROYECTO DE ELABORACIÓN, ESTRUCTURACIÓN Y ORGANIZACIÓN RELACIONADO CON EL PROYECTO A REALIZAR, SOBRE UNA OBRA DE INFRAESTRUCTURA DE UN HOSPITAL DENTRO DEL TERRITORIO DE LA CIUDAD DE AMBATO”

Fecha:

1. ANTECEDENTES. -

Mediante Decreto Ejecutivo No. 1088, de fecha 15 de mayo del XXX, se crea la “Entidad Contratante del Ecuador”; la cual tiene como función conducir los procesos de gestión de recurso de salud de manera integrada en el país; y, sustentable en los ámbitos de salud, de acuerdo a la ley de la salud, reglamento y demás normas conexas.

El 23 de septiembre del 2018, mediante **Decreto Ejecutivo** No. 57, se dispuso en el Art. 1 la fusión por absorción de la Comisión de estudios para el desarrollo de la elaboración, estructuración y organización relacionado con el proyecto a realizar, de una obra de la infraestructura de un hospital dentro del territorio de la ciudad de Ambato a la “Entidad Contratante” en cargada de la Salud en el Ecuador.

Los estudios y diseños del Proyecto de elaboración del hospital, fueron elaborados por la Asociación de Consultoras AAAA C. Ltda. - Consultoría Técnica Cía. Ltda., mediante contrato plurianual de consultoría No. CTC-CP-03-05 suscrito el 15 de diciembre de 2017 entre dicha asociación y la Comisión de Estudios para el Desarrollo de la elaboración, estructuración y organización relacionado con el proyecto a realizar, de una obra de la infraestructura de un hospital dentro del territorio de la ciudad de Ambato

El 28 de febrero de 2018, la “Entidad Contratante de la Salud en el Ecuador”; y, la EEEE suscribieron el contrato No. 001-2018 para los servicios de “Supervisión de los Estudios del proyecto a realizar, de una obra de la infraestructura de un hospital dentro del territorio de la ciudad de Ambato”.

El 15 de septiembre de 2018 la “Entidad Contratante de la Salud en el Ecuador”; y, la Asociación de Consultoras AAAA C. Ltda. - Consultoría Técnica Cía. Ltda., suscribieron el “Acta de recepción única definitiva de los ‘Estudios del Proyecto a realizar, de una obra de la infraestructura de un hospital dentro del territorio de la ciudad de Ambato”, correspondiente al contrato plurianual de consultoría N° CTC-CP-03-05, suscrito entre la ex-Comisión de Estudios para el Desarrollo de una obra de la infraestructura de un hospital dentro del territorio de la ciudad de Ambato, y la Asociación de Consultoras AAAA C. Ltda. - Consultoría Técnica Cía. Ltda.”.

“Entidad Contratante de la Salud en el Ecuador”; y, la Constructora NNNN S.A., el 28 de mayo de 2019, suscribieron el Contrato 2019-016 para la construcción de las obras del Proyecto de una obra de la infraestructura de un hospital dentro del territorio de la ciudad de Ambato, en base a los Diseños Definitivos de Construcción.

El 29 de octubre de 2019 la “Entidad Contratante de la Salud en el Ecuador”; y, el Consorcio Público de Consultoría para Fiscalización y Diseños, SSSS, suscribieron el contrato No. 2019-0881-SALUD-Guayas, para la fiscalización de la construcción del Proyecto de una obra de la infraestructura de un hospital dentro del territorio de la ciudad de Ambato.

Con Oficio 3498123 SALUD de 15 de noviembre de 2020, suscrito por el Director de Auditoría de Proyectos y Ambiental de la Contraloría General del

Estado, remite a la “Entidad Contratante de la Salud en el Ecuador” el Informe No. SALDyA-0062-2020 del examen especial de ingeniería al proyecto de una obra de la infraestructura de un hospital dentro del territorio de la ciudad de Ambato, a cargo de la “Entidad Contratante de la Salud en el Ecuador”; por el período comprendido entre el primero de enero de dos mil diecinueve y el treinta de enero de dos mil veinte, el cual en su recomendación No. 6, se estableció lo siguiente:

El Secretario Nacional de la Entidad Contratante de la Salud en el Ecuador, ordenará a la Fiscalización contratada que de conformidad con la cláusula sexta del contrato de consultoría 2018-080-SSS-Ambato para la Fiscalización de la construcción del proyecto de una obra de la infraestructura de un hospital dentro del territorio de la ciudad de Ambato, relacionada con “Objetivos de la Fiscalización” y al alcance de los trabajos que constan en el Acta de Negociación y en la referida cláusula, informe detalladamente las insuficiencias presentadas en los estudios del proyecto “de una obra de la infraestructura de un hospital dentro del territorio de la ciudad de Ambato” y que proponga las soluciones para superar las mismas, cuya responsabilidad es de la asociación AAAA C. Ltda. - Consultoría Técnica Cía. Ltda., conforme al contrato XXX-CP-03-055 (C-521-2017), que han originado la necesidad de complementar los estudios durante el desarrollo de la construcción del proyecto con el consiguiente incremento de costos y un aumento de plazos. Ese informe será puesto en conocimiento del Subsecretario de Recursos de la Salud, Subsecretario de la Demarcación de Ambato, Coordinador de Megaproyectos, Gerente del proyecto (Administrador del contrato) y de la Directora de Asesoría Jurídica de la Demarcación de Ambato, para que analicen y se pronuncien respecto a la validez científica, técnica y aplicabilidad de los servicios contratados con la asociación AAAA C. Ltda. – Consultoría Técnica Cía. Ltda.; y, de ser el caso, iniciar las acciones que correspondan.

El 06 de febrero de 2021, la Entidad Contratante de la Salud en el Ecuador y el Contratista suscribieron el Contrato Complementario No. 1 al Contrato de Construcción del Proyecto de una obra de la infraestructura de un hospital dentro del territorio de la ciudad de Ambato por un monto de US\$ 6'723.996,01, ampliando el plazo de ejecución de la obra como un todo en 12 meses adicionales.

2. JUSTIFICACIÓN

El examen especial de ingeniería al proyecto de una obra de la infraestructura de un hospital dentro del territorio de la ciudad de Ambato, a cargo de la Entidad Contratante de la Salud en el Ecuador; por el período comprendido entre el primero de enero de dos mil diecisiete y el treinta de enero de dos mil diecinueve”, en su recomendación No. 6 dispuso – entre otras cosas- que a

través de la Fiscalización del Proyecto se “informe detalladamente las insuficiencias presentadas en los estudios del proyecto (...), que han originado la necesidad de complementar los estudios durante el desarrollo de la construcción del proyecto con el consiguiente incremento de costos y un aumento de plazos”.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en su Art. 100 establece “Los consultores nacionales y extranjeros son legal y económicamente responsables de la validez científica y técnica de los servicios contratados y su aplicabilidad, dentro de los términos contractuales, las condiciones de información básica disponible y el conocimiento científico y tecnológico existente a la época de su elaboración. Esta responsabilidad prescribe en el plazo de cinco años, contados a partir de la recepción definitiva de los estudios. Si por causa de los estudios elaborados por los consultores, ocurrieren perjuicios técnicos o económicos en la ejecución de los contratos, establecidos por la vía judicial o arbitral, la máxima autoridad de la Entidad Contratante dispondrá que el consultor sea suspendido del RUP por el plazo de cinco (5) años, sin perjuicio de las demás sanciones aplicables. En el caso de ejecución de obra, asimismo serán suspendidos del RUP por el plazo de cinco (5) años, sin perjuicio de su responsabilidad civil, los consultores que elaboraron los estudios definitivos y actualizados si es que el precio de implementación de los mismos sufre una variación sustancial a la prevista, por causas imputables a los estudios, siempre y cuando dicho perjuicio haya sido establecido por la vía judicial o arbitral. Para la comparación se considerará el presupuesto referencial y los rubros a ejecutar según el estudio, frente al precio final de la obra sin reajuste de precio.”

3. OBJETO. -

“ASESORÍA JURÍDICA ESPECIALIZADA PARA LA EVALUACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL, LEGAL, CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL RELACIONADA CON EL AUMENTO DE COSTOS Y PLAZOS EN EL PROYECTO DE ELABORACIÓN, ESTRUCTURACIÓN Y ORGANIZACIÓN RELACIONADO CON EL PROYECTO A REALIZAR, SOBRE UNA OBRA DE INFRAESTRUCTURA DE UN HOSPITAL DENTRO DEL TERRITORIO DE LA CIUDAD DE AMBATO”

OBJETIVOS DE LA CONTRATACIÓN Y ALCANCE. -

Producto de la justificación y necesidad existente, los objetivos del servicio y su alcance se ha considerado en las siguientes actividades:

3.1 Estudio y análisis de la documentación que sirvió de base para el proceso precontractual para la contratación de los estudios del Proyecto de una obra, de la infraestructura de un hospital dentro del territorio de la ciudad de Ambato; así como análisis de las obligaciones derivadas del contrato No. SSS-CP-03-05 suscrito el 15 de diciembre de 2017 entre la Asociación de Consultoras AAAA C. Ltda. - Consultoría Técnica Cía. Ltda y la Comisión de Estudios para el Desarrollo del proyecto.

3.2 Estudio y análisis de la documentación que sirvió de base para el proceso precontractual para los servicios de “Supervisión de los Estudios de la obra en la infraestructura de un hospital dentro del territorio de la ciudad de Ambato”; así como análisis de las obligaciones derivadas del contrato No. 001-2017, suscrito el 28 de febrero de 2017, entre la Entidad Contratante y la EEEE.

3.3 Estudio y análisis de la documentación que sirvió de base para el proceso precontractual para la construcción de las obras del Proyecto de una obra de la infraestructura de un hospital dentro del territorio de la ciudad de Ambato, en base a los Diseños Definitivos de Construcción; así como análisis de las obligaciones derivadas del contrato No. 2019-016, suscrito el 28 de mayo de 2019 entre La Entidad Contratante y la Constructora NNNN S.A.

3.4 Estudio y análisis de la documentación que sirvió de base para el proceso precontractual para la fiscalización de la construcción del Proyecto de una obra de la infraestructura de un hospital dentro del territorio de la ciudad de Ambato; así como análisis de las obligaciones derivadas del contrato No. 2019-080-. SALUD-Ambato, suscrito el 29 de octubre de 2019 entre la Entidad Contratante y el Consorcio Público de Consultoría para Fiscalización y Diseños, SSSS.

3.5 Análisis jurídico del informe cualitativo y cuantitativo, realizado por la Fiscalización encargada de la “Supervisión de los Estudios del proyecto de una obra en la infraestructura de un hospital dentro del territorio de la ciudad de Ambato”.

3.6 Examen especial de Ingeniería al Proyecto “Obra en la infraestructura de un hospital dentro del territorio de la ciudad de Ambato”, SSSyA-0062-2020 de la Contraloría General del Estado.

3.7 Estudio y análisis de la documentación que sirvió de base para la suscripción del contrato complementario y otros.

4. METODOLOGÍA DE TRABAJO

La Asesoría deberá proponer en su oferta:

* Desarrollo de los objetivos y actividades.

* Descripción del enfoque, alcance y metodología para el desarrollo de la asesoría que revele el conocimiento de las condiciones generales y particulares del objeto del contrato.

* Cronograma de la asesoría, asignación de profesionales y el tiempo de dedicación

5. INFORMACIÓN QUE DISPONE LA EMPRESA

Entregará la información de la que disponga, para objeto de la asesoría dentro de los 5 días hábiles, posteriores a suscribir el contrato, así como la demás información relevante para el objeto de la Asesoría.

6. PRODUCTO ESPERADO. -

6.1 El producto esperado de la presente Asesoría será:

Un Informe de evaluación respecto de la responsabilidad civil, legal, contractual y extracontractual relacionada con el aumento de costos y plazos en el proyecto “de una obra en la infraestructura de un hospital dentro del territorio de la ciudad de Ambato”, el mismo que contendrá las recomendaciones, en razón de la observación emitida por la Contraloría General del Estado.

7. PERSONAL TÉCNICO/EQUIPO DE TRABAJO.

Estará conformado por: Un Abogado o Doctor en Jurisprudencia como jefe de Equipo Especialista en el área procesal; o afines; 2 Abogados Especialistas en Derecho Administrativo y Redacción de Contratos, quienes deberán reunir los requerimientos claramente establecidos en el Apartado No.1.

8. PLAZO DE EJECUCIÓN CONTRACTUAL.

La prestación de los servicios de Asesoría Jurídica tendrá una duración de tres (3) meses, que correrá a partir de la fecha de suscripción del contrato. Por la naturaleza de los servicios, los mismos podrán ser cumplidos en un tiempo menor al establecido.

9. PLAZO DE VIGENCIA DE LA OFERTA. -

La oferta se entenderá vigente hasta la fecha de celebración del contrato, de acuerdo a lo establecido en el artículo 30 de la LOSNCP.

10. OFERENTE INVITADO. -

Para el presente proceso, se recomienda invitar al Abogado Dr. **Nicolás Fernando Jaramillo Dávalos**, con Ruc No. 1333291657001, para ejecutar los servicios de “ASESORÍA JURÍDICA ESPECIALIZADA PARA LA EVALUACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL, LEGAL, CONTRACTUAL Y EXTRACTRACONTRACTUAL RELACIONADA CON EL AUMENTO DE COSTOS Y PLAZOS EN EL PROYECTO DE ELABORACIÓN, ESTRUCTURACIÓN Y ORGANIZACIÓN RELACIONADO CON EL PROYECTO A REALIZAR, SOBRE UNA OBRA DE INFRAESTRUCTURA DE UN HOSPITAL DENTRO DEL TERRITORIO DE LA CIUDAD DE AMBATO”, a entera satisfacción de la Entidad Contratante del Sector de la Salud.

11. PERFIL DEL OFERENTE

El oferente deberá demostrar su experiencia con estricta relación al objeto del presente proceso, adjuntando:

- * Título de Abogado o Doctor en Jurisprudencia;
- * Hoja de vida y certificados de cursos, seminarios, talleres, etc. de capacitación dentro o fuera del país,
- * En el caso de servicios o asesorías al sector público o privado, a través de certificados o referencias comerciales por la persona natural o jurídica, pública o privada que realizó los servicios en los últimos 5 años, con certificados que hayan sido conferidos por la Autoridad competente del sector público; o, copia del acta de entrega-recepción de los servicios de Asesoría prestados; o, copias de los contratos suscritos con el sector público.

12. PERFIL DEL EQUIPO DE TRABAJO

ABOGADO SENIOR

Podrá demostrar su experiencia profesional relacionada al Derecho Administrativo, de una de las siguientes formas:

- * Título Profesional
- * Hoja de Vida del personal
- * Sector privado, certificados conferidos por el Contratante;

* Sector público, con certificados que hayan sido conferidos por la Autoridad competente del sector público; copia del acta de entrega-recepción de los servicios de Asesoría prestados; o, copias de los contratos suscritos con el sector público.

Para que el Oferente sea escogido deberá obtener una calificación de al menos 70/100 en la valoración de los ítems descritos en el apartado No.1.

Apartado No. 1

| CRITERIOS DE CALIFICACIÓN Y PUNTAJES A ASIGNAR | | |
|---|-----------------------|-------------------------|
| REQUISITO MÍNIMO | PRESENTA | NO PRESENTA |
| Título de Abogado o Doctor en Jurisprudencia | | |
| ANÁLISIS PRELIMINAR | PUNTAJE MÁXIMO | PUNTAJE OBTENIDO |
| CRITERIO | | |
| EXPERIENCIA DEL OFERENTE | | |
| En función de la documentación presentada, en los últimos 5 años | | |
| El puntaje se asignará de la siguiente manera: Certificados (Copias simples) conferidos por el contratante-sector público o privado- | 60 | |
| 5 AÑOS | 60 | |
| 3 a 4 AÑOS | 40 | |
| 1 a 3 AÑOS | 20 | |

| CRITERIO | PUNTAJE MÁXIMO | PUNTAJE OBTENIDO |
|--|-----------------------|-------------------------|
| EXPERIENCIA DEL PERSONAL | | |
| Certificados presentados conjuntamente con el Curriculum Vitae, experiencia del personal de al menos (2) Abogados o Doctores en Jurisprudencia (SENIORS) | | |
| El puntaje se asignará de la siguiente manera: Experiencia General acumulada desde la obtención del título de Abogado o Doctor en Jurisprudencia | 30 | |
| 3 AÑOS | 30 | |
| 2 AÑOS | 20 | |
| 1 AÑOS | 10 | |
| *EL PUNTAJE DE LA EXPERIENCIA DEL PERSONAL SERA EL RESULTADO DE DIVIDIR A 4 LAS SUMA TOTAL | | |

13. LUGAR DE ENTREGA:

El lugar de la entrega del servicio objeto del presente documento, se realizará en las oficinas de la Entidad Contratante de la Salud del Ecuador. Ubicadas en las instalaciones del Edificio Sucre de la Ciudad de Ambato.

Reportes de avance y documentos solicitados en los Términos de Referencias (TDR) deben ser entregados en las oficinas de la Entidad Contratante de la Salud del Ecuador.

14. ADMINISTRADOR DEL CONTRATO

La supervisión y administración del contrato la realizará el

15. PRESUPUESTO REFERENCIAL:

El presupuesto referencial de la evaluación de la responsabilidad civil, legal, contractual y extracontractual de la “ASESORÍA JURÍDICA ESPECIALIZADA PARA LA EVALUACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL, LEGAL, CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL RELACIONADA CON EL AUMENTO DE COSTOS Y PLAZOS EN EL PROYECTO DE ELABORACIÓN, ESTRUCTURACIÓN Y ORGANIZACIÓN RELACIONADO CON EL PROYECTO A REALIZAR, DE UNA OBRA DE LA INFRAESTRUCTURA DE UN HOSPITAL DENTRO DEL TERRITORIO DE LA CIUDAD DE AMBATO”, es de USD 400.000,00 más IVA.

El precio de la oferta deberá cubrir todas las actividades y costos necesarios, considerando que el valor del Proyecto; y, el contrato extracontractual es el valor de \$ 55.000.000,00, para que el oferente preste los servicios objeto de la contratación en cumplimiento de los términos de referencia correspondientes y a plena satisfacción de la Entidad Contratante.

16. FORMA DE PAGO:

* A) Se otorgará un anticipo del 30%, esto es, USD\$ 120.000,00 (ciento veinte mil 00/100 dólares de los Estados Unidos de Norteamérica), del valor total del contrato, contra la presentación de la garantía respectiva; el que se devengará cuando se cumpla lo establecido en el literal “B”; ante el evento de que no se entregue la carta de garantía pertinente; o, en caso de que el oferente renuncie al anticipo de este valor; este pago se efectuará, cuando se suscriba el documento a que se hace referencia en el literal “B”.

* B) El 30% de los honorarios, esto es, USD\$ 120.000,00 (Ciento veinte mil. 00/100 dólares de los Estados Unidos de Norteamérica), cuando se suscriba

el acta de entrega de los documentos que Entidad Contratante tenga a su disposición; que se hace referencia en la cláusula 3.1 hasta la 3.7; y en lo que hubiere.

* C) El 20% de los honorarios, esto es, USD\$ 80.000,00 (Ochenta mil 00/100 dólares de los Estados Unidos de Norteamérica), dentro de las 72 horas posteriores de haberse entregado el borrador del informe. El Administrador del Contrato, realizará las observaciones necesarias, una vez recibido el borrador, en caso que lo crea necesario.

* D) El saldo restante, el 20% de los honorarios, esto es, USD\$ 80.000,00 (Ochenta mil 00/100 dólares de los Estados Unidos de Norteamérica), se cancelará dentro de las 72 horas posteriores a la entrega del informe final, objeto de la presente Asesoría, y la respectiva factura.

A la firma del contrato se cumplirá con la presentación de la garantía de fiel cumplimiento del contrato.

Elaborado por:

CAPITULO V

CONCLUSIONES

Los principios determinados en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública son la guía fundamental en el desarrollo de cada uno de los procedimientos; en el que específicamente hemos analizado el principio de concurrencia, el cual no está siendo aplicado de manera correcta, tal como lo establece la ley en las diferentes clases de procedimientos.

Respecto a la potestad discrecional por parte de la Administración, esto no debe implicar el actuar de manera ilegal, ni tampoco arbitraria, en los contratos donde la decisión se encuentra sustentada estrictamente por la Ley; pero sin embargo actualmente existen ciertos casos de contratos en que no hay lineamientos para su aplicación, como por ejemplo la elección del oferente/proveedor del sector de la salud invitado de manera directa en el procedimiento, actuando indirectamente de manera arbitraria.

Los tipos de contrataciones entre la Entidad Contratante y los oferentes facilitan con el portal la contratación; pero sin embargo la gran mayoría de los oferentes escogidos para ejecutar obras y/o servicios para la entidad contratante no poseen materiales de calidad, ya que esta solo observa precios, pero no analiza la calidad del bien y servicio de salud ofrecido por el oferente.

Y principalmente, en este estudio se detectó varios procesos de compra en las entidades de Salud de la ciudad de Ambato donde participan alrededor de diez oferentes a nivel nacional, y los procesos están publicados el portal, y se puede evidenciar que el presupuesto referencia es de alrededor de seis cifras medias, según los minuciosos estudios de mercado realizados por las entidades contratantes, y al final como resultado de la subasta la empresa declarada ganadora entrega equipos de supuesta calidad en un costo de seis cifras bajas. Siendo esto un supuesto ahorro para el Estado que al final compro equipos delicados de cualquier procedencia con calidad por probarse en el tiempo y en un precio totalmente reducido.

Si verificamos las estadísticas de compra del Estado en procesos similares vamos a encontrar este tipo de adquisiciones con toda la documentación que sustenta la compra, pero sin ningún análisis técnico que respalde la adquisición de equipos de calidad y de reconocida procedencia no siempre el pareció debería ser lo más importante.

La ley define a la contratación pública como todo procedimiento concerniente a la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras públicas o prestación de servicios incluidos los de consultoría. Se entenderá que cuando el contrato implique la fabricación manufactura o producción de bienes muebles, el procedimiento será de adquisición de bienes.

La Constitución de la República del Ecuador, en el Título VI, Régimen de Desarrollo, capítulo cuarto, Soberanía Económica, sección 2a, Política fiscal, en su artículo 288, establece que las compras públicas cumplirán con criterios de eficiencia, transparencia, calidad, responsabilidad ambiental y social. Se priorizarán los productos y servicios nacionales en particular los provenientes de la economía popular y solidaria, y de las micro, pequeñas y medianas unidades productivas, artículo que definitivamente no se cumple en ninguna de las contrataciones del Estado principalmente en de Salud Pública.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública establece el Sistema Nacional de Contratación Pública y determina los principios y normas para regular los procedimientos de contratación para la adquisición de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultoría que realicen los Organismos y dependencias de las funciones del Estado.

El Sistema Nacional de Contratación Pública es el conjunto de principios, normas, procedimientos, mecanismos y relaciones organizadas orientadas al planeamiento programación, presupuestos, control, administración y ejecución de las contrataciones realizadas por las entidades contratantes, principios y normas que también vemos que se incumple todo el tiempo, la letra está escrita, pero nadie la respeta.

Para la aplicación de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y de los contratos que de ella deriven, se observarán los principios de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, **concurrencia**, transparencia por publicidad y participación nacional. El

análisis jurídico de estos principios enunciados sirve para interpretar y ejecutar los procedimientos de contratación, tomando en cuenta la necesidad de precautelar los intereses públicos y la debida ejecución del contrato, nuevamente vemos que, si existen los principios, pero no el cumplimiento de los mismos.

El Instituto Nacional de Contratación Pública es el órgano técnico rector de la contratación pública y junto con las demás instituciones y organismos públicos que ejercen funciones en materias de presupuestos, planificación, control y contratación pública forman parte del Sistema Nacional, que tiene como uno de sus objetivos prioritarios el de **garantizar la calidad del gasto público** y la transparencia en la Contratación Pública. El Instituto Nacional estará gobernado por un Directorio cuyas funciones son las de planificar, proponer y dictar la política nacional, normas o políticas sectoriales de contratación pública, pero los términos de referencia y fichas técnicas que son elaboradas y controladas por otros estamentos del estado que precisamente no es el Sistema Nacional de Contratación Pública.

El Servicio Nacional de Contratación Pública ejerce la rectoría del Sistema Nacional de Contratación y dentro de sus atribuciones se encuentra el establecimiento de los lineamientos generales que sirvan de base para la formulación de los planes de contratación, promoviendo y ejecutando las políticas dictadas por el directorio y su cumplimiento dentro de los planes y presupuestos institucionales, verificando el proceso de contratación. Se dice claramente verificando el proceso de contratación, pero en ningún momento son eje rector, la potestad está en la entidad contratante con sus propios principios y normas.

La adjudicación de contratos será potestad de la máxima autoridad de la institución contratante, que adjudicará el contrato al oferente cuya propuesta represente el mejor costo, que se debe entender como el de menor valor y no siempre la calidad, mejor dicho nunca la calidad.

La Constitución de la República del Ecuador, en el Título II, Derechos, capítulo segundo, Derechos del Buen Vivir, sección 7a, Salud, en su artículo 32, establece que la salud es un derecho que garantiza el Estado mediante políticas económicas sociales, culturales, educativas, ambientales y el acceso a programas de servicios y atención integral de salud, prestación que estará regida por los principios de equidad, universalidad, solidaridad,

interculturalidad, calidad, eficiencia, eficacia, precaución y bioética, con enfoque de género y generacional.

La Constitución de la República del Ecuador, en el Título VII, Régimen del Buen Vivir, capítulo primero, Inclusión y Equidad, sección 2a, Salud, en su artículo 358, establece que el sistema nacional de salud tendrá por finalidad el desarrollo protección y recuperación de las capacidades y potencialidad es para una vida saludable e integral, tanto individual como colectiva. El Sistema Nacional de Salud comprenderá las instituciones, programas, políticas, recursos, acciones y actores en salud. Garantizará la promoción, prevención, recuperación y rehabilitación en todos los niveles y propiciará la participación ciudadana y el control social.

El Sistema Nacional de Salud se guiará por los principios generales del Sistema Nacional de Inclusión y Equidad Social.

La atención de salud como servicio público se prestará a través de las entidades estatales, privadas, autónomas, comunitarias y aquellas que ejerzan las medicinas ancestrales alternativas y complementarias. Los servicios de salud serán seguros, de calidad y calidez, universales y gratuitos en todos los niveles de atención y comprenderán y procedimiento de diagnóstico, tratamiento, medicamentos y rehabilitación necesarios.

En materia de salud el Estado será responsable de garantizar la disponibilidad y acceso a medicamentos de calidad, seguros y eficaces, regular su comercialización y promover la producción nacional y la utilización de medicamentos genéricos que respondan a las necesidades epidemiológicas de la población.

En el acceso a medicamentos los intereses de la salud pública prevalecerán sobre los económicos y comerciales.

El Análisis Jurídico de Términos de Referencia y/o Especificaciones técnicas en Contrataciones Públicas y el análisis jurídico de los Principios del Sistema Nacional de Salud determinan la incongruencia de la norma constitucional que garantiza el interés de la salud por sobre el interés económico, ya que el Sistema Nacional de Contratación Pública prioriza el menor valor al de calidad de los insumos de salud.

RECOMENDACIONES

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública tiene que ser reformada con el objeto de que se acepte concurrencia de las diferentes ofertas presentadas en los procedimientos, de esta manera promover la participación en las ofertas y así cumplir a cabalidad con las premisas de obtener la mejor obra y/o servicio de calidad al mejor y menor precio posible.

Es de fundamental importancia que antes de llevar a cabo contrataciones públicas por parte de la entidad contratante del sector de la salud; las leyes jurídicas ecuatorianas en especial La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contrataciones Públicas debería agregar entre sus artículos la necesidad básica de una análisis de estudio de mercado, en el que conste la verificación de la calidad del bien, obra y/o servicio, así como también el costo de los mismos; con el objeto que la entidad contratante no solo se guie por el precio sino más bien por la calidad, tomando en consideración su viabilidad técnica y económica.

Resulta importante que exista regulación respecto a la discrecionalidad de todos los actos que realice la administración pública en las contrataciones públicas hechas al momento y maneras de escoger al oferente/proveedor del sector de la salud a invitar en aquel procedimiento, tomando en consideración que este tipo de contrataciones se están realizando de manera directa; por lo que ¿Se estaría cumpliendo en aplicar la mejor calidad de los bienes, obra y/o servicio de salud al mejor precio equiparando costos?.

Los márgenes que existen actualmente de preferencia determinados en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contrataciones Públicas para los diferentes productos nacionales; las empresas medianas, pequeñas y micros; y, los de economía popular; estos deben estar detalladamente reguladas.

Si es prioridad para el Estado el considerar el derecho a la salud por sobre cualquier interés económico, debe reformar la configuración del directorio del Instituto Nacional de Contratación Pública que no cuenta con ningún médico o especialista en salud ya que está integrado por el Ministro de la Producción, el Director de Planificación, el Ministro de Finanzas, un Alcalde designado por las Municipalidades y un Prefecto designado por el consorcio de Consejos Provinciales.

El análisis jurídico determina como un camino viable para priorizar el derecho a la salud por sobre intereses económicos, sería la implementación de un Régimen Especial que dicte el Presidente de la República en el Reglamento General de la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública, mediante decreto ejecutivo que incorpore disposiciones aplicables a toda contratación pública de salud, la valoración de estándares de calidad en la adquisición de bienes e insumos por sobre el simple criterio de menor valor para la adjudicación de contratos.

La alternativa anterior tiene jurisprudencia, ya que a través del Régimen Especial que mediante Decreto Ejecutivo 144 (RO 79; 02-12-2009) se incorporaron nuevas disposiciones que regulan la calificación como proveedor y habilitación como oferente de persona jurídica en contratación y adquisición de bienes por parte de entidades que prestan servicios de salud, incluido el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, y de igual manera se podría regular la adjudicación de contratos de salud por no solamente el criterio de menor valor sino el de calidad de los bienes y eficacia de los insumos.

BIBLIOGRAFÍA

- Adolfo Ibáñez, Interpretación, Integración y Razonamiento jurídicos (Santiago de Chile: Editorial Universitaria, 1992) 371 .
- Arana Jaime, “Los Principios del Derecho Global en la Contratación Pública”, Revista - Facultad de Derecho/Universidad Católica de Perú, Año 2011.
- Camilo Ll. y José Pardo; El principio de concurrencia de oferentes/procedimientos administrativos y licitatorios. Año 2014), visitado el 19 de diciembre de 2018, online.
- Carta Magna, Artículo 283.
- Codificación; y, Actualización de Resolución emitida “Servicio Nacional de Contratación Pública en el Ecuador, Numeral 28 del art. 2.
- Código Orgánico de la Función Judicial.
- Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, Artículo 115.
- Código Orgánico Integral Penal.
- Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial 449, de 20 de octubre de 2008, reformada el 30 de enero de 2012, art. 228 ([Montecristi] Asamblea Constituyente
- Contraloría General del Estado
- Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública- LOSNCP, Registro Oficial
- Magali Rojas, “Formulación de Especificaciones Técnicas en Contratación de Bienes; y, Términos de Referencia en la Contratación del Servicios y Consultorías en General”, Ciudad de Lima, Año 2013. (n.d.).
- Nicolás Fernando Jaramillo Dávalos
- Retamozo Alberto, “Contrataciones/Adquisiciones del Estado; y, Normas de Control”, Edición 8va., Ciudad de Lima, Año 2011, Pág. 180. (n.d.).
- Roberto Dromi, Derecho Administrativo, 10 ma. ed. (Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina, 2004) 502
- Serrano Felipe, “Derecho de competencia como el mecanismo en garantizar rivalidad, en licitaciones públicas y el impulsar crecimiento económico”, Ciudad de Bogotá, Año 2011, tomo 155

ANEXO No. 1

EJEMPLO TOMADO DEL OFICIAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, SUBASTA INVERSA ELECTRÓNICA PARA LA ADQUISICIÓN DE BIENES ADQUIRIDOS SIN APLICAR EL PRINCIPIO DE CONCURRENCIA, DONDE POR SOBRE TODO ESTA EL PRECIO Y NO SE TOMA PARA NADA EN CUENTA LA CALIDAD DE LOS MISMOS.

The screenshot displays a web application interface for a public procurement system. The main content area is titled "Descripción del Proceso de Contratación" and provides details for a specific process. The process is for the acquisition of goods, specifically "MATERIAL DE OFICIO DE ABASTECIMIENTO DE BIENES ADQUIRIDOS SIN APLICAR EL PRINCIPIO DE CONCURRENCIA".

Key details include:

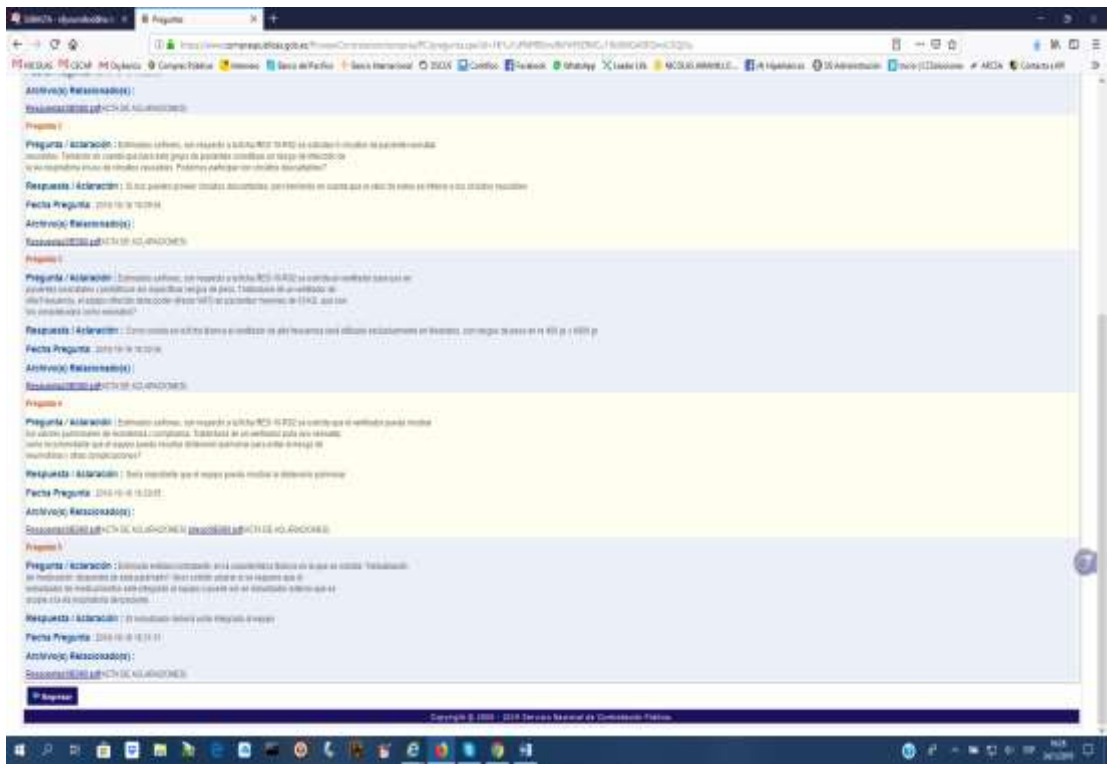
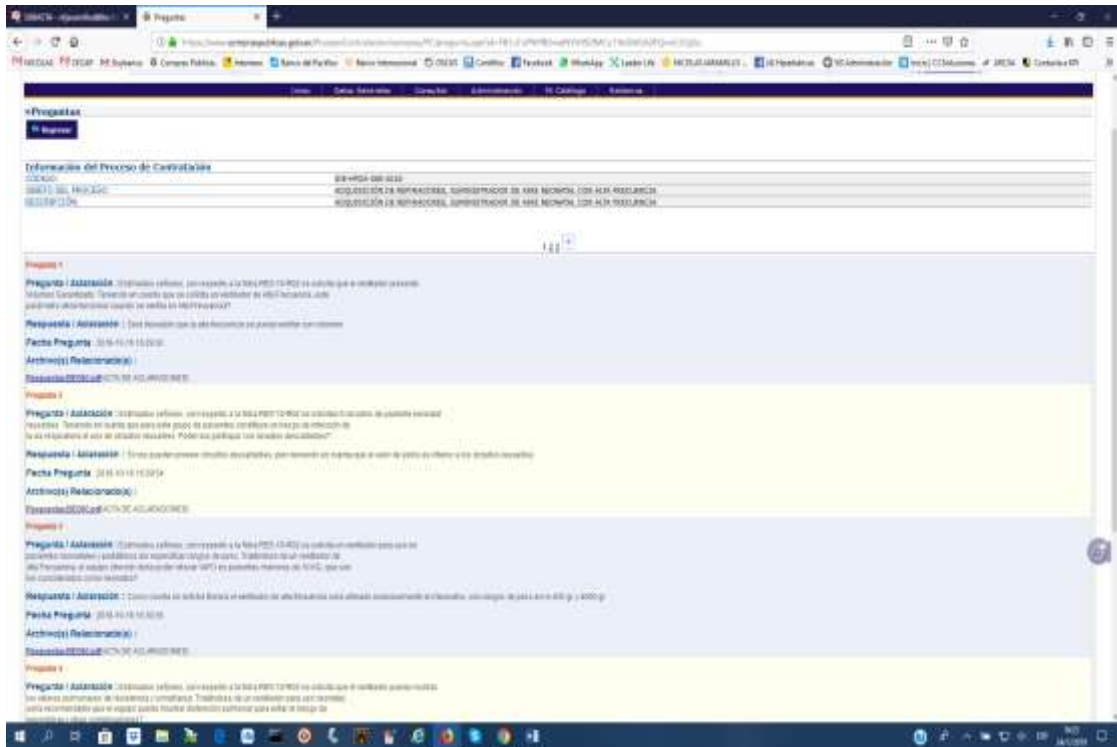
- Objeto:** MATERIAL DE OFICIO DE ABASTECIMIENTO DE BIENES ADQUIRIDOS SIN APLICAR EL PRINCIPIO DE CONCURRENCIA
- Código:** 00-002-000-2019
- Fecha de Inicio:** 2019-03-20
- Fecha de Cierre:** 2019-03-20
- Modalidad:** Subasta Inversa Electrónica

The interface also lists the participating entities and the professionals involved in the process.

| Código / Nro. Identificación | Apellidos y Nombres | Cargo | Organismo |
|------------------------------|-----------------------------|--|-----------|
| 18011494 | LUIS AMBROSIO CUELLO SUAREZ | Ministro Asesorial Institucional | NACIONAL |
| 18011483 | ROBULO CARLOS MORA ANAJO | Ministro Asesorial Responsable de la Gestión Administrativa - Recursos | NACIONAL |
| 18011493 | LUIS AMBROSIO CUELLO SUAREZ | Autoridad Ordinaria de Gestión | NACIONAL |

| Código / Nro. Identificación | Apellidos y Nombres | Función en la Comisión |
|------------------------------|---------------------------------|--|
| 00000007 | YVESLA BEATRIZ SANTI SUAREZ | Profesional designado por la institución asesora para la gestión. |
| 18011486 | LUIS ROBERTO VILLARDO ESCOBEDO | Tratante del área encargada. |
| 18011485 | CARLOS CARLOS RAMALLO GONZALEZ | Profesional jefe de apoyo de la contratación designado por la institución asesora. |
| 18011420 | DEL ROSO OLIVER NORBANA RAMIREZ | Secretaría |

Atención: 05 2444 7444. Para mayor información de procesos dirigidos a procesos: 05 2444 7444.





DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, **Nicolás Fernando Jaramillo Dávalos** con C.C: # 1706276084 autor/a del trabajo de titulación: **Análisis jurídico de Términos de Referencia y/o Especificaciones técnicas en Contrataciones Públicas en las entidades de salud, regentadas por el Ministerio de Salud Pública, de conformidad con lo que establece La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública del Ecuador**, previo a la obtención del título de **Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador** en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tienen las instituciones de educación superior, de conformidad con el Artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de titulación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la SENESCYT a tener una copia del referido trabajo de titulación, con el propósito de generar un repositorio que democratice la información, respetando las políticas de propiedad intelectual vigentes.

Guayaquil, 23 de febrero del 2019

f. _____

Nombre: **Nicolás Fernando Jaramillo Dávalos**

C.C: **1706276084**



| REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA | | | |
|--|---|---|----|
| FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE TITULACIÓN | | | |
| TEMA Y SUBTEMA: | Análisis jurídico de Términos de Referencia y/o Especificaciones técnicas en Contrataciones Públicas en las entidades de salud, regentadas por el Ministerio de Salud Pública, de conformidad con lo que establece La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública del Ecuador. | | |
| AUTOR(ES) | Nicolás Fernando Jaramillo Dávalos | | |
| REVISOR(ES)/TUTOR(ES) | Dr. Diego Andrés Zavala Vela, Msg. | | |
| INSTITUCIÓN: | Universidad Católica de Santiago de Guayaquil | | |
| FACULTAD: | Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas | | |
| CARRERA: | Carrera de Derecho | | |
| TITULO OBTENIDO: | Abogado de los tribunales y juzgados de la República del Ecuador | | |
| FECHA DE PUBLICACIÓN: | 23 de febrero del 2019 | No. DE PÁGINAS: | 48 |
| ÁREAS TEMÁTICAS: | Civil, Penal | | |
| PALABRAS CLAVES/ KEYWORDS: | principios, procedimientos, especificaciones técnicas, compras públicas. | | |
| RESUMEN/ABSTRACT: | <p>En el Ecuador La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contrataciones Públicas, establece mediante planificaciones, presupuestos, programaciones, controles administrativos, controles de ejecución en adquisiciones de los bienes y servicios destinados a obras públicas ejecutadas con los recursos del estado ecuatoriano, en el que se determinan principios jurídicos que son fundamentales en el desarrollo y procedimientos establecidos en esta Ley. El estado ecuatoriano a través de diversas ofertas proporcionadas por los proveedores, cuyo objeto fundamental, es que la Entidad Contratante en el País obtenga un mejor servicio y producto de calidad, a un precio óptimo para el Estado; aplicando el principio de concurrencia</p> | | |
| ADJUNTO PDF: | <input checked="" type="checkbox"/> SI | <input type="checkbox"/> NO | |
| CONTACTO CON AUTOR/ES: | Teléfono: +593-4- 999800838 | E-mail: nicolas.jaramillo@cu.ucsg.edu.ec | |
| CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN (COORDINADOR DEL PROCESO UTE):: | Nombre: Toscanini Sequeira, Paola. Ab. Mgs. | | |
| | Teléfono: +593-42206950 | | |
| | E-mail: paolats77@hotmail.com | | |
| SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA | | | |
| Nº. DE REGISTRO (en base a datos): | | | |
| Nº. DE CLASIFICACIÓN: | | | |
| DIRECCIÓN URL (tesis en la web): | | | |