

UNIVERSIDAD INTERNACIONAL SEK

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y
SOCIALES

Trabajo de fin de carrera titulado:

ELEMENTOS Y NOCIONES GENERALES
DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA
ECUATORIANA

Realizado por:

Antonio José Pérez Mendoza

Como requisito para obtener el título de

ABOGADO

RESUMEN EJECUTIVO

El presente trabajo de investigación esquematiza los principios de la contratación pública en el Ecuador y hace referencia a otros procedimientos mundialmente conocidos tanto en el sector público como en el privado.

El conocimiento del actual sistema de la contratación pública es de gran utilidad ya que contiene una metodología particular señalada por la Ley, la cual tiene como objetivo elegir adjudicatarios que cumplan los requisitos necesarios para llevar a cabo una óptima contratación de bienes, ejecución de obras, prestación de servicios y consultaría, entre otras, bajo un procedimiento estricto por tratarse de dineros públicos que requieren de un control adecuado, por ser de interés público.

ABSTRACT

This research schematizes the principles of Government contracts in Ecuador and those of different legal systems, enforced by the public and private sector.

The knowledge of Government contracts is quite useful because it has its own methods supported by the law. Its objective is to choose the best offer. The contract is adjudicated to the offer that fulfils all due requirements. This applies to acquisition of goods, as well as construction of buildings and other mechanical and electric works, services, etc. This is done under rigorous procedures for best investment of Government funds. This purpose requires a special and right control.

DECLARACIÓN JURAMENTADA

Yo, Antonio José Pérez Mendoza, declaro bajo juramento que el trabajo aquí descrito es de mi autoría; que no ha sido previamente presentado para ningún grado o calificación profesional; y, que he consultado las referencias bibliográficas que se incluyen en este documento.

A través de la presente declaración cedo mis derechos de propiedad intelectual correspondientes a este trabajo, a la UNIVERSIDAD INTERNACIONAL SEK, según lo establecido por la Ley de Propiedad Intelectual, por su Reglamento y por la normatividad institucional vigente.

.....

Antonio José Pérez Mendoza

DECLARATORIA

El presente trabajo de investigación de fin de carrera, titulado

ELEMENTOS Y NOCIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ECUATORIANA

Realizado por el alumno

ANTONIO JOSÉ PÉREZ MENDOZA

Quien considera que constituye un trabajo original de su autoría

Dr. Juan Carlos Morales

Director

Los Profesores informantes

Después de revisar el trabajo escrito presentado,

Lo han calificado como apto para su defensa oral ante el tribunal examinador

Ab. María José Narváez

Informante

Dra. María del Carmen Maldonado

Informante

Quito, 19 de marzo de 2009

DEDICATORIA

Dedico este trabajo a mi madre

Úrsula Carolina Mendoza

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	12
CAPÍTULO I LOS CONTRATOS	3
1.1 DEFINICIÓN Y ELEMENTOS	3
1.2 TEORÍA DE LA CRISIS DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y LAS PRERROGATIVAS DEL ESTADO.....	5
1.2.1 Prerrogativas del Estado.-.....	7
1.3 LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS O PÚBLICOS	7
<i>Posición de la doctrina nacional e internacional.....</i>	<i>12</i>
1.4 LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA O POR INTERNET.-	12
1.5 MODALIDAD DE CONTRATOS PÚBLICOS:	14
1.5.1 Contrato para la ejecución de obra.....	14
1.5.2 Los contratos de obras, contemplan particularidades que los diferencian de los demás, siendo estas	15
1.5.2.1 El reajuste de precios	15
1.5.2.2 Contratos Complementarios	16
1.5.2.3 Caso fortuito o fuerza mayor y el hecho del co-contratante.....	16
1.5.2.4 El hecho del co-contratante	20
1.5.2.5 Contratos Turnkey.....	20
1.5.2.6 Contratos Swiss Challenge.....	21
1.5.2.7 Subcontratos	22
1.5.2.8 En cuanto a la terminación unilateral y anticipada de los contratos.....	24
1.5.2.9 Contrato de suministros y adquisición de bienes.....	24
1.5.3 Los ítems en la adquisición de bienes.....	25
1.5.3.0 Contrato de Consultoría	26
1.5.3.1 Contratos para la prestación de servicios no regulados por la Ley de Consultoría:	28
1.5.3.2 Contrato de Concesión o de gestión de servicios públicos.....	29
1.5.3.3 Contrato de arrendamiento	29
1.5.3.4 Contrato financiados con préstamos internacionales:	31
1.5.3.5 Contrato de compraventa de bienes inmuebles o expropiación.....	32
1.5.3.6 Contrato de permuta.....	36
1.5.3.7 Contrato de fideicomiso con el sector público	36
1.5.3.8 Contrato de Seguros.....	38

CAPÍTULO II LEGISLACIÓN APLICABLE EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA Y LOS DOCUMENTOS O PLIEGOS PRECONTRACTUALES	40
2.1 LEGISLACIÓN APLICABLE A LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL ECUADOR	40
2.1.1 <i>al margen de las disposiciones de la ley de contratación pública, están aquellas entidades que posean una ley especial, las cuales son</i>	<i>41</i>
2.2 PRINCIPALES PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA Y ADMINISTRATIVA ECUATORIANA.....	43
2.2.1 <i>Procedimientos Comunes.....</i>	<i>43</i>
2.2.2 <i>Procedimientos de excepción.....</i>	<i>43</i>
2.2.3 <i>Reglamento de Contratación de Petroecuador y sus Empresas Filiales.....</i>	<i>46</i>
2.3 PROCEDIMIENTOS Y DOCUMENTOS PRECONTRACTUALES REQUERIDOS PARA LA ADJUDICACIÓN	46
2.3.1 <i>La certificación de fondos</i>	<i>47</i>
2.3.2 <i>Los documentos o pliegos precontractuales</i>	<i>47</i>
2.3.3 <i>La convocatoria.....</i>	<i>48</i>
2.3.4 <i>Aclaraciones.....</i>	<i>49</i>
2.3.5 <i>De la propuesta u oferta</i>	<i>50</i>
2.3.6 <i>Comisión Técnica e informe de la Comisión Técnica</i>	<i>51</i>
2.3.7 <i>La adjudicación</i>	<i>52</i>
CAPÍTULO III LA EJECUCIÓN, GARANTÍAS Y TERMINACIÓN DE LOS CONTRATOS	54
3.1 <i>ETAPA CONTRACTUAL.....</i>	<i>54</i>
3.2 EL PROYECTO DE CONTRATO.....	54
3.2 LAS GARANTÍAS	55
3.3.1 <i>Características de las Garantías.....</i>	<i>56</i>
3.3.2 <i>Clases de garantías</i>	<i>57</i>
3.3.3 <i>Garantía de seriedad de la oferta</i>	<i>57</i>
3.3.4 <i>La garantía de fiel cumplimiento</i>	<i>57</i>
3.3.5 <i>La garantía por anticipo.....</i>	<i>58</i>
3.3.6 <i>Garantía técnica para ciertos bienes</i>	<i>58</i>
3.3.7 <i>La garantía por la debida ejecución de la obra.....</i>	<i>59</i>
3.3.8 <i>Ejecución de las garantías.....</i>	<i>59</i>
3.3 <i>SANCIONES Y MULTAS</i>	<i>60</i>
3.4 <i>TERMINACIÓN DEL CONTRATO</i>	<i>62</i>
3.4.1 <i>Terminación por cabal cumplimiento de las obligaciones contractuales.....</i>	<i>63</i>
3.4.2 <i>Acta de entrega Recepción Provisional</i>	<i>63</i>
3.4.3 <i>Acta de entrega Recepción Definitiva</i>	<i>64</i>

3.4.4 Por rescisión	64
3.4.5 Terminación por mutuo acuerdo de las partes	65
3.4.6 Terminación unilateral y anticipada del contrato por declaración del Contratante	65
3.4.7 Causales para la terminación unilateral y anticipada de los contratos	66
3.4.8 Terminación del Contrato por iniciativa de la entidad Contratante	67
3.4.8.1 Por incumplimiento del contratista (responsabilidad contractual)	67
3.4.8.2 Incumplimiento de la Administración	71
3.4.8.3 El hecho del príncipe como causal de rescisión.....	72
3.4.8.4 Por quiebra o insolvencia del contratista	73
3.4.8.5 Si el valor de las multas supera el monto de la garantía de fiel cumplimiento, del contrato.....	73
3.4.8.6 Por suspensión de los trabajos, por decisión del contratista, por más de sesenta días, sin que medie fuerza mayor o caso fortuito.....	73
3.4.8.7 Por haberse celebrado contratos contra expresa prohibición de esta ley	74
3.4.8.8 En los demás casos estipulados en el contrato, de acuerdo con su naturaleza:	74
3.4.8.9 La caducidad.....	75
3.5 RECURSOS, LITIGIOS Y ARBITRAJE EMANADOS DE CONTROVERSIAS SURTIDAS DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS	75
3.5.1 Sede Administrativa	75
3.5.2 Vía Jurisdiccional.....	76
3.5.3 Arbitraje en el Sector Público	76
ANEXO	80
OBSERVACIONES EN EL CONTEXTO DEL PRESENTE TRABAJO DE INVESTIGACIÓN “ELEMENTOS Y NOCIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ECUATORIANA Y EN EL DERECHO COMPARADO” CON LA NUEVA CONSTITUCIÓN APROBADA POR LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE DEL AÑO 2008 Y CON LA PROMULGADA LEY ORGÁNICA DE SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA	
	80
1) NUEVOS MONTOS PARA LAS CONTRATACIONES	81
<i>Licitación</i>	81
<i>Consultoría</i>	81
2) UNIFICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN	82
3) EL INSTITUTO NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA Y LOS PLIEGOS PRECONTRACTUALES	82
4) CONTRATO INTEGRAL POR PRECIO FIJO	83
5) LA COMISIÓN TÉCNICA Y EL COMITÉ DE CONTRATACIONES.....	83
6) ADEMÁS LA NUEVA LEY ORGÁNICA DE SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA INTRODUCE	84
7) RESPECTO A LA RECEPCIÓN ACLARA CIERTOS ASPECTOS	85
8) EL RÉGIMEN ESPECIAL	86
CONCLUSIONES	87

BIBLIOGRAFÍA 89

INTRODUCCIÓN

Las más antiguas disposiciones legales sobre contratación pública del Ecuador se remontan a la Ley de Hacienda vigente desde el siglo XIX, hasta mediados del siglo XX, en que se promulga la Ley de Licitaciones. Desde entonces la Ley de Licitaciones y posteriormente la Ley de Contratación Pública, han sufrido modificaciones que no alteran los lineamientos generales, no obstante, se han introducido figuras como la entrega recepción presunta o el arbitraje. Desde la publicación de la Ley de Contratación Pública, a comienzos de los años noventa, diferentes instituciones públicas han trabajado en proyectos de una nueva ley, lo que se ha prolongado prácticamente hasta nuestros días y que culmina con la expedición de la nueva Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Las nuevas tendencias y propuestas de reformas para la contratación pública ecuatoriana, tienen sus influencias principalmente, en el nuevo derecho administrativo europeo, así mismo de la influencia normativa del “Common Law” (Derecho común sajón) y de la contratación pública internacional, cuyo ejemplo más patente es la introducción del arbitraje para resolver las discrepancias contractuales. Esto debido a la unificación de criterios mundiales respecto a procedimientos dentro de las etapas precontractuales y contractuales. Es por ello, que se puede apreciar que en muchos de los casos de contratación de gran envergadura, sea pública o privada; nacional o internacional, los procedimientos utilizados a lo largo de la contratación, así como la forma de determinación de contratistas idóneos, resulta semejante en la mayor parte del mundo. Es así como a través del Banco Mundial y las bancas regionales, como la Banca Europea, Africana, Asiática y el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), la Corporación Andina de Fomento (CAF), en un trabajo conjunto se logró elaborar los modelos contractuales internacionales, denominados “Contratos del FIDIC, UNCITRAL, Banca Multilateral de Desarrollo”, a fin de que sirva de herramienta para estructurar un procedimiento uniforme en contrataciones de alta escala, especialmente en los contratos de construcción y edificación de plantas de trabajos eléctricos y metal-mecánicos, como

refinerías, represas, procesamiento industrial, etc., cuyos principios como se dijo, son semejantes tanto en estos organismos multilaterales regionales como en la propia legislación de los países alrededor del mundo.

Partiendo del principio que en el derecho público solo se puede ejecutar lo expresamente determinado por las normas jurídicas, vemos que la administración central y los gobiernos seccionales, están sometidos a estrictos y obligatorios procedimientos legales para contrataciones en cuanto a la ejecución de obras, adquisición de bienes o las prestaciones de servicios, cuando estos superan determinadas cuantías. Es por ello, la necesidad de someter sus etapas a lo establecido por la Ley y el reglamento, en el control previo a la suscripción de los contratos correspondientes (procedimientos precontractuales), como el control posterior, por parte de los organismos de control. La razón por la que resalta la contratación pública y administrativa en relación con los contratos civiles, es sin duda el manejo de fondos públicos y por ello la importancia que se le otorga.

El presente trabajo tiene como finalidad realizar un estudio en uno de los campos con mayor crecimiento de interés por parte de los doctrinarios, debido a su importancia para el derecho público, administrativo y contratación pública. El papel que desempeña el Estado en las sociedades, caracterizado por ser un ente dotado de poder económico y ejecutor de políticas encaminadas al bienestar y protección de sus ciudadanos, así como el progreso y desarrollo de la nación en los campos culturales, educacionales, comerciales ambientales, etc. Por tal razón, a través de los mecanismos de la contratación pública el Estado puede cumplir sus obligaciones y satisface las necesidades de la colectividad, ejecutando obras de interés tales como carreteras, alcantarillado, puentes, bienes en general, o ya sea otorgando servicios por medio de la figura de la concesión de servicios públicos a entidades de derecho privado, a otras instituciones del Estado o a personas jurídicas de derecho privado que cuenten con recursos públicos, a fin de alcanzar sus objetivos.

CAPÍTULO I LOS CONTRATOS

1.1 DEFINICIÓN Y ELEMENTOS

El contrato en sentido amplio como señala Cabanellas¹, es una “Convención”. Nuestro Código Civil respecto a los contratos manifiesta en el artículo 1454: “Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas”. Los contratos conforman así una de las fuentes de las obligaciones a más de los cuasicontratos, los delitos, cuasidelitos y desde luego la Ley. Este trabajo se enfocará exclusivamente a lo concerniente a los contratos como actos generadores de obligaciones. El artículo 1461 del mismo Código, dispone que para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario: 1) Que sea legalmente capaz; 2) que consienta en dicho acto o declaración, y su consentimiento no adolezca de vicio; 3) que recaiga sobre un objeto lícito; y, 4) que tenga una causa lícita. Cabanellas, amplía su definición señalando que los contratos están destinados a reglar los derechos entre las partes, además, que estos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe, agregando que los efectos de los contratos son extensivos activa y pasivamente a los herederos y sucesores universales, a excepción de los derechos personalísimos.

1.1.1 Elementos.-

Los elementos en los contratos públicos no varían mayormente de los elementos de los contratos civiles y ellos son:

a) Sujetos.- En los contratos públicos las partes o sujetos, están contemplados como el “contratante” (entidad pública o Estado) y por otro lado, el “contratista” (el oferente adjudicado), también denominado el “co-contratante”. En los contratos civiles, existe la igualdad entre las partes, con una apertura en la negociación del mismo ya sea en puntos de

¹ Cabanellas de la Torre, Guillermo. Diccionario Jurídico Universitario. Ed. Heliasta, Argentina 2000

aspectos técnicos, económicos etc. Sin embargo, bajo el mando del derecho público, que se verá más adelante cómo se diferencian.

b) Competencia, capacidad e inhabilidades.- La capacidad se refiere a la aptitud legal para ejercer derechos y contraer obligaciones, por ello la capacidad está contemplada en el Código Civil siendo inherentes a la calidad de la persona, el código enumera taxativamente las causales para ser declarado incapaz; las inhabilidades por su parte son incapacidades particulares o especiales que la norma ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos por su calidad circunstancial, sea por razones morales, éticas, etc; por ejemplo son inhábiles para celebrar contratos con el Estado, el Presidente de la República, por último, a decir de Pérez “La competencia delimita el obrar de los órganos en forma legalmente válida en determinado territorio y en determinada materia. Para la celebración de contratos administrativos siempre debe resultar de textos legales expresos. Adicionalmente, lo funcionarios respectivos tienen también señalada una órbita legal de competencias que no pueden exceder, so pena de producir actos sin ningún valor jurídico”².

c) La voluntad y consentimiento.- Se evidencia la formación de la voluntad de la Administración (contratante), al momento verificarse una serie de actos previos, tales como estudios económicos, legales, técnicos para su factibilidad. El consentimiento, definido por Cabanellas como la manifestación de la voluntad por medio de la cual una persona se pone de acuerdo con otra u otras en vista de ligarse por un contrato, puede ser expreso o tácito. En este último punto, la Ley de Modernización del Estado en su artículo 28 acepta como regla general el silencio administrativo positivo, es decir, que todo reclamo, solicitud o pedido a una autoridad pública cuyo lapso de respuesta se hallase vencido, se interpretará que ha sido resuelta en favor del reclamante. Tanto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como la de índole civil y administrativo han descartado tradicionalmente en el Ecuador la existencia de actos administrativos positivos presuntos durante la ejecución del contrato, aunque últimamente la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia parece haber acogido la validez del silencio administrativo en ciertos casos particulares.

² Pérez, Efraín. Derecho Administrativo. Ed. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito. 2006. p. 500

d) Objeto.- “El objeto del contrato es la obligación que por él se constituye. Obligación que tiene por contenido una prestación de dar, hacer o no hacer, querida por las partes”³. En otras palabras, es la razón o finalidad para la que se celebre el contrato.

e) Causas.- Para Mazeaud, citado por PÉREZ⁴ se diferencia la causa de la obligación y la causa del contrato: “La causa de la obligación es la razón por la cual el contratante asume la obligación; la causa del contrato es la razón o los motivos, que han determinado a cada uno de los contratantes a efectuar el contrato”. Sin ahondar más en este punto, se concluye que este elemento de la contratación pública debe contener la licitud.

f) Forma.- La contratación pública debe someterse a los procedimientos establecidos por la Ley, en tal virtud, la forma se refiere a los requisitos que conllevan a efectuar la contratación eficazmente.

1.2 TEORÍA DE LA CRISIS DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y LAS PRERROGATIVAS DEL ESTADO

Para ahondar en el presente capítulo, dirigido al estudio del espíritu mismo de los contratos y tomar en cuenta la importancia de la participación de la autonomía de la voluntad como su base fundamental, será necesario revisar la llamada “Crisis de la autonomía de la voluntad”, lo que ha sido objeto de varios debates y posiciones, dada por su relevancia al momento de generación de obligaciones. Los contratos de adhesión por ejemplo, son ya motivo de crítica por la doctrina, considerando que las relaciones contractuales se ven limitada por una de las partes, al condicionar el fondo y la forma de las convenciones a la hora de contraer obligaciones dada por la imposición de derechos y obligaciones, producto de falta de igualdad, dada, por ejemplo, por el estado de necesidad de una de las partes. Cosa similar ocurre en los contratos colectivos de trabajo, para lo cual ESCOLA⁵ advierte que dichos contratos

³ Dromi, Roberto, “Derecho Administrativo”, Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, p. 331

⁴ Pérez, Efraín. Derecho Administrativo. Ed. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito. 2000. p. 505

⁵ ESCOLA, JORGE HÉCTOR. Tratado Integral de los Contratos Administrativos. Depalma. Buenos Aires, 1977. p. 20

comprometen con sus cláusulas a los trabajadores de la empresa, aunque estos no hayan participado en su suscripción o incluso hayan entrado con posterioridad a tal suscripción, por ello no se podría hablar de la autonomía de la voluntad. Estas generan una situación de desventaja atribuida a la desigualdad de las partes o por cualquier otro tipo de circunstancias. Sin embargo, se debe tomar en cuenta que en un contrato de inquilinato el arrendatario está propenso a la misma situación cuando el arrendador le impone ciertas condiciones, en estos casos por mayor necesidad o interés por una de las partes.

La capacidad de negociación es un factor preponderante para condicionar los contratos civiles y mercantiles, lo cual es natural, ya que alcanzar un equilibrio homogéneo resulta impracticable.

De acuerdo a lo anotado, la imposición de condiciones a la hora de suscribir contratos, lo cual ocurre en los contratos públicos y administrativos en la que el Estado a través de sus órganos, expresa o declara la voluntad de efectuar una contratación, para un determinado fin, imponiendo previamente sus propias condiciones para el proceso de contratación, los cuales no deben modificarse salvo excepciones de conveniencia. Esta desigualdad entre las partes es manifestada en las conocidas “cláusulas exorbitantes”, más adelante se detallará, en que consisten estas desigualdades. Sin embargo, la Codificación de la Ley de Contratación Pública señala un mecanismo por el cual, con posterioridad a la adquisición de los documentos precontractuales, los intervinientes están facultados para observar o pedir aclaraciones por escrito sobre su texto, debiendo pronunciarse la autoridad o comité contratante, pudiendo modificar ciertos aspectos en los documentos precontractuales (siempre que no cambie el objeto del contrato⁶) de manera vinculante y general. Por otro lado también, a criterio Berçaitz⁷ puede suscitarse lo siguiente: a) La adaptación en los contratos respecto a las necesidades públicas, b) La ejecución de los contratos por si o por terceros en caso de incumplimiento o mora del contratante de forma directa y unilateral y a cuenta de este.

⁶ Según nuestra Ley ecuatoriana, no existe facultad para cambiar el objeto del contrato, según el artículo 20. Sin embargo, en la legislación española si existe tal facultad, por razones de interés público.

⁷ Berçaitz, Miguel A. Teoría General de los Contratos Administrativos. 2ª Edición. Desalma. Buenos Aires, 1980.

1.2.1 Prerrogativas del Estado.-

Conforme al derecho público, existe una clara restricción de la libertad contractual entre el contratante (Estado) y el contratista al momento de celebrar contrataciones, reflejado en su restricción o limitación en cuanto a la autonomía de la voluntad, en el llamado *ius variandi*, en la facultad de declarar de forma unilateral la terminación de los contratos por parte del Estado; y, en general, en las llamadas “Cláusulas Exorbitantes”, que se las tratará más adelante, las cuales marcan una notable diferencia con los contratos civiles con la finalidad de precautelar el interés público.

Entre las principales prerrogativas del Estado se encuentran:

- 1) La declaratoria de Terminación Unilateral.-
- 2) La modificación del contrato –en los contratos de concesión de servicios públicos, sometida al mantenimiento del “equilibrio económico-financiero”.
- 3) Interpretación Unilateral tanto en los documentos precontractuales como en el contrato.
- 4) Declaración de incumplimiento para hacer efectiva la cláusula de Terminación unilateral y anticipada del contrato.-
- 5) La imposición de garantías obligatorias a favor del Estado.
- 6) Las sanciones coercitivas o multas.-
- 7) La reversión y la caducidad en los contratos de concesión de servicios públicos.-

1.3 LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS O PÚBLICOS

El argentino Roberto Dromi⁸, manifiesta que “el contrato administrativo es una de las formas jurídicas por las que se exterioriza la actividad administrativa, es una especie dentro del género contrato, cuya especificidad está dada por la singularidad de sus elementos, caracteres y efectos; en suma, por su régimen jurídico”. El mismo autor señala que no existe armonía para su denominación y que respecto a la definición dada se los llama contratos administrativos, contratos del estado, contratos públicos, acuerdos administrativos, contratos de la administración y contratos en la función administrativa.

⁸ Dromi, Roberto, “Derecho Administrativo”, Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, p. 321

Es así que para cumplir la finalidad propia del Estado se recurre a contratar con los particulares (y excepcionalmente, con el mismo Estado) como entes colaboradores a fin de satisfacer los intereses públicos y en otros casos los intereses de los organismos del Estado. Sin embargo, según conclusión de DROMI⁹ esto no afirma que la administración efectuará contratos de tipo civil bajo ningún punto de vista, cualquiera que sea la modalidad de contratación del Estado, ésta constituirá siempre un régimen jurídico unitario, el mismo que regulará todos los contratos que se celebren en ejercicio de la función administrativa, debiéndose a que el Estado goza de una personalidad jurídica única. Esta aclaración es necesaria en vista de que en el actual Derecho Público francés todavía se establece una diferencia entre contratos del Estado sometidos al Derecho Administrativo y contratos del Estado sometidos al Derecho Civil. Las contrataciones realizadas por el Estado, se revisten bajo el manto del Derecho Público, arrastrando al sector privado o particulares a este régimen, como regla general, salvo los casos en que como señala el jurista francés GEORGE VEDEL¹⁰, en que el derecho civil será subsidiario derecho público, a manera de excepción, cuando existan vacíos de la normatividad pública. Esto se debe, a la amplia trayectoria del derecho civil romanista, que ha profundizado a lo largo de más de dos milenios las instituciones comunes con derecho público, como el dominio, las obligaciones, los contratos, etc. haciendo lógica la remisión al Derecho Privado a falta de disposiciones expresas del Derecho Público. Ocurre comúnmente, en los contratos públicos que se deben aplicar las instituciones preestablecidas en el derecho civil a falta de norma expresa y así lo manifiesta por ejemplo el artículo 52 de la Codificación de la Ley de Contratación Pública: “En todo lo no previsto en esta ley, se estará a las normas de la Ley de Inquilinato, Código de Comercio, Código Civil y demás leyes aplicables en su caso”. En otro caso el artículo 1864 del Código Civil señala: “Los arrendamientos de bienes nacionales, municipales o de establecimientos públicos, están sujetos a la Ley de Contratación Pública y otras leyes; y en lo que no lo estuvieren, a las disposiciones del presente título”, refiriéndose al título XXV, sobre el contrato de arrendamiento.

⁹ *Ibidem*. P. 323

¹⁰ Vedel George, *Droit administratif*, ed. Puf, París 1992

Cabe señalar, que la contratación pública, como se mencionó, parte de los principios generales de los contratos civiles. Tradicionalmente, en la gran Roma, como lo dice Álvaro Pérez Vives, citado por el colombiano José Bonivento¹¹, consideraban que bastaba que el comprador recibiera la cosa para que haya concurrido la transmisión de la propiedad sea de un bien mueble o inmueble. Hoy en día, en la legislación colombiana como ecuatoriana, manifiestan que en la compraventa, la acción de dar lleva tácitamente la obligación de entregar la cosa. Estos dos momentos, el de dar y entregar, se los puede ejemplificar en el sentido que dar la cosa a la que el vendedor está obligado debe incluir la obligación de entregarla con la garantía de una futura posesión pacífica. Sin embargo, esta diferenciación fue incluida por Don Andrés Bello al plasmarlo en su Código Civil chileno, modificando la perspectiva del Código francés en el cual estos dos momentos se sobreentienden en uno solo “título y modo”. Ahora bien, como es claro, los formalismos en la compraventa se han vuelto mayores. El artículo 1740 de la Codificación del Código Civil, señala:

La venta se reputa perfecta desde que las partes han convenido en la cosa y en el precio, salvo las excepciones siguientes:

La venta de bienes raíces, servidumbres y la de una sucesión hereditaria, no se reputan perfectas ante la ley, mientras no se ha otorgado escritura pública, o conste, en los casos de subasta, del auto de adjudicación debidamente protocolizado e inscrito.

Los frutos y flores pendientes, los árboles cuya madera se vende, los materiales de un edificio, y los que naturalmente adhieren al suelo, como piedras y sustancias minerales de toda clase, no están sujetos a la excepción del inciso segundo.

Si bien existe muchas semejanzas de los contratos privados con los contratos públicos en sus cimientos, ocurre que para el derecho público, el Estado goza de superioridad, sobre el contratista, debido a su poder de imperio, a diferencia de la igualdad de las partes del contrato privado; lo que se reflejan las condiciones contractuales relativas a las cláusulas exorbitantes, que en cambio es optativo en los contratos de Derecho privado.

¹¹ Bonivento, José Alejandro, “Los Principales Contratos Civiles”, ed.Librería del Profesional, Bogota, 1992. p. 1

Los principios de la contratación pública.-

Existen ciertos principios generales para los procedimientos de la contratación, los cuales deben ser tomados en cuenta a fin de alcanzar con la contratación idónea y justa, para satisfacer sus fines. Cabe señalar que la mayoría de autores consideran diversos principios en la contratación pública, de los cuales a continuación mencionaremos los más relevantes:

- a) Principio de legalidad.- La contratación pública, por su esencia, es estricta y rigurosa desde su inicio, en el cual deben seguirse los procedimientos preestablecidos en la Ley, reglamentos y en los documentos precontractuales, tanto para la entidad pública contratante como para la otra parte, en todas sus etapas (adquirentes de los documentos precontractuales, oferentes).

- b) Igualdad.- Este principio enfatiza que los oferentes tienen igual condición entre ellos y ante la entidad pública contratante (autoridad, comité de contrataciones, comisión técnica), y ante la Ley para ser adjudicados, tomando en cuenta la conveniencia de las ofertas y no a los oferentes. Así, por ejemplo, todos los oferentes deben ser oportunamente comunicados con las decisiones del Comité, como por ejemplo las aclaraciones y alcances a los documentos precontractuales. Otro ejemplo es que se apliquen a todos los oferentes los mismos criterios de evaluación de las ofertas, no cabe que una oferta sea descalificada aplicando un criterio que no se aplique a las demás ofertas¹². La excepción de este principio son las preferencias establecidas en algunas legislaciones a favor de los productos nacionales. Asimismo, en la contratación financiada por la Banca Multilateral solamente pueden optar como oferentes los nacionales de países miembros de esta Banca. En los contratos de gobierno a gobierno, según la Ley de Contratación Pública, se puede fijar la condición de que solo pueden participar en el proceso los nacionales del Gobierno extranjero que financian el contrato.

¹² López, Daniel y Aguilar, José Luis, Curso de Contratación Pública, Quito, 2007.

c) Publicidad y Transparencia.- La etapa precontractual de la contratación pública debe caracterizarse por su libre acceso al público. Por otro lado y en consecuencia de la publicidad de un proceso de contratación, surge un procedimiento transparente en todas sus etapas, tanto por los participantes como por el público en general. Por ejemplo, es resultado de la aplicación de este principio, el acta de apertura de las ofertas, a la cual pueden acudir los oferentes, o el hecho de que se ponga en conocimiento de los oferentes el informe de la comisión técnica que evalúa las ofertas, para que estos a su vez puedan presentar sus observaciones.¹³ También existen excepciones estrictamente determinadas a este principio cuando, se autoriza a invitar de forma directa a presentar ofertas solamente a un número limitado de firmas, sin necesidad de una invitación pública

d) Oposición o Concurrencia.- La idea de la participación de la mayor cantidad de ofertas, que a decir de Garófalo¹⁴ cumplan con los requisitos precontractuales, puede dar lugar “a la elección de la propuesta más ventajosa a los fines institucionales”, agrega el autor que “se opone a la presencia de ofertas únicas, toda vez que las mismas no pueden ser comparadas y no se puede por lo tanto establecer su real conveniencia”

Se busca que en el proceso precontractual participen el mayor número de oferentes, pues mientras más ofertas se presenten se encontrará la oferta más conveniente. Inclusive en los procesos de excepción se busca que exista un proceso mínimo de selección.

Cabe resaltar que el cumplimiento de este principio, evita las adjudicaciones directas en la cual no se permite identificar otras opciones a fin de comparar con una mejor, más económica y apropiada, en concordancia con esto, el artículo 16, letra f), de la Codificación de la Ley de Contratación Pública establece que en las especificaciones generales y técnicas de los documentos precontractuales no se incluirán características exclusivas de determinada marca, patente o procedimientos registrados, ya que no es la intención adjudicar a una marca, sino más bien, que de acuerdo a los parámetros

¹³ *Ibídem.*

¹⁴ Garófalo, Aurelio. Manual Teórico Práctico de Contratación Pública, ed. Pudeleco, Quito, p. 113

previos estipulados en las bases, se cumplan con especificaciones técnicas, legales y económicas.

Consecuencia de este principio es que el Comité de Contrataciones pueda declarar desierto el proceso (entre otras circunstancias señaladas por la Ley), si no se presentare ninguna ofertas, para que con posterioridad se pueda decidir la reapertura del proceso. Sin embargo, se podría adjudicar a una sola oferta presentada, si esta cumple cabalmente con los documentos precontractuales o bases.

La excepción a este principio se produce cuando solamente existe en el mercado mundial un solo proveedor o fabricante del bien a ser adquirido y resulta imposible hacer comparaciones.

Otros.- Se puede incorporar otros principios los cuales son parte del proceso tanto precontractual como poscontractual, por ejemplo: celeridad, economía, eficiencia, etc.

Posición de la doctrina nacional e internacional

Debido a la práctica de la contratación internacional, está claro que existe la necesidad de regular el ámbito jurídico, para evitar conflictos. Por ejemplo, si el Ecuador contrata con una fundación alemana radicada en Chile, con ejecutores del proyecto de nacionalidad brasilera, estas eventualidades requieren ser regladas ya que se interactúa en diferentes legislaciones por lo tanto deben regularse tanto los procedimientos, como el contrato mismo, la fiscalización, la resolución de controversias, etc.

1.4 LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA O POR INTERNET.-

Esta forma de contratación representa una herramienta muy útil también en este campo, ya que se pueden realizar contrataciones de manera más ágil, con la aplicación de ciertos mecanismos tales como la subasta inversa, en la cual la entidad contratante, por medios electrónicos, hace conocer al público la necesidad de contratación junto con sus requerimiento, es decir, documentos precontractuales y con un presupuesto referencial. Existen proyectos de Ley,

enfocados en plasmar sistemas electrónicos de compras públicas organizado y regulado. Actualmente se a creado el portal www.compraspublicas.gov.ec , administrado por el Ministerio de Industrias y Competitividad.

Ésta página WEB define la subasta inversa, de la siguiente manera : “Es un proceso de compras a través del cual la entidad compradora solicita un bien estandarizado con las mismas características técnicas, para que posteriormente los proveedores lleguen a una fase de puja en la pueden competir por el mejor precio”.Más adelante, señala: “Es un proceso en el cual los proveedores de bienes y servicios normalizados equivalentes pujan el precio ofertado hacia la baja por medios electrónicos a través del portal COMPRAS PÚBLICAS”. Inés Baldeón¹⁵, citando a Enrique Dans respecto a la subasta inversa manifiesta: “...es tan viejo como la historia de las transacciones económicas...busca un mecanismo de transacción para cuando existe abundante oferta para un bien o servicio determinado, y la demanda puede exponer sus necesidades y permitir que la oferta compita entre sí para satisfacerlas.” Esta modalidad supone un ahorro de tiempo y dinero, pero este proyecto es aplicable para los procesos cuyo presupuesto referencial sea menor a la base para Concurso público de ofertas y como se recalco líneas arriba, es aplicable solo para la adquisición de bienes estandarizados o normalizados¹⁶. Los principios y el sistema general de la contratación es semejante, es decir, lo que cambia es el medio de comunicación que se reemplaza por el Internet o medio

¹⁵ Baldeón, Ana María. “Subasta Inversa en la Contratación Pública”. Quito, 2008.

¹⁶ Concordancia.- Con la nueva LOSNCP, el portal COMPRASPUBLICAS, toma gran importancia en la contratación ecuatoriana: “**Art. 21.-** PORTAL de COMPRASPUBLICAS.- El Sistema Oficial de Contratación Pública del Ecuador COMPRASPUBLICAS será de uso obligatorio para las entidades sometidas a esta Ley y será administrado por el Instituto Nacional de Contratación Pública.

El portal de COMPRASPUBLICAS contendrá, entre otras, el RUP, Catálogo electrónico, el listado de las instituciones y contratistas del SNCP, informes de las Entidades Contratantes, estadísticas, contratistas incumplidos, la información sobre el estado de las contrataciones públicas y será el único medio empleado para realizar todo procedimiento electrónico relacionado con un proceso de contratación pública, de acuerdo a las disposiciones de la presente Ley, su Reglamento y las regulaciones del INCP.

El portal deberá además integrar mecanismos para la capacitación en línea de los actores del SNCP.

La información relevante de los procedimientos de contratación se publicará obligatoriamente a través de COMPRASPUBLICAS.

El Reglamento contendrá las disposiciones sobre la administración del sistema y la información relevante a publicarse.”

electrónico, ya que se conservan los requisitos tales como: la certificación presupuestaria, la publicación en el portal (convocatoria), aclaraciones, adjudicación, etc¹⁷.

1.5 MODALIDAD DE CONTRATOS PÚBLICOS:

Como se señaló, los contratos típicos de contratación pública son: los de prestación de servicios, los de ejecución de obras y de adquisición de bienes, que se comentan inmediatamente. Sin embargo, existen otro tipo de contrataciones que la función pública requiere realizar para satisfacer sus necesidades, que se discutirán más adelante.

1.5.1 Contrato para la ejecución de obra

García Enterría, respecto a esta primera modalidad de contratación, señala: “El Contrato de Obras es, sin duda, la figura contractual más definida en el ámbito administrativo. Es aquel que tiene por objeto la construcción, reforma, reparación conservación o demolición de un bien inmueble o la realización de trabajos que modifiquen la forma sustancial del suelo o del subsuelo por cuenta de la Administración (art. 120 LCAP) a cambio de un precio”¹⁸. La finalidad de estos contratos es que el contratista realice la construcción solicitada o requerida por el contratante. El autor citado señala que el objeto considerado por las partes no es el trabajo o la actividad del contratista sino su resultado y por consiguiente, según el mismo autor, esta contratación se denomina de “riesgo y ventura”, cuyo fundamento es que el adjudicatario, ejecute el proyecto, según los estudios realizados y entregados por la administración, fiscalizando el trabajo por etapas y en la entrega recepción tanto provisional como definitiva. Se llaman de riesgo y ventura, porque el contratista asume bajo su responsabilidad la entrega íntegra del objeto del contrato según las especificaciones técnicas, cuya única excepción es el caso fortuito o la fuerza mayor, que revisaremos más adelante.

¹⁷ La vigente Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, ya incluye el medio electrónico, para los procesos de selección. (VER ANEXO I)

¹⁸ *García de Enterría, Eduardo.- Curso de Derecho Administrativo I, ed. Civitas, Madrid, 2000, p. 715*

Existen obras ejecutadas por la propia administración, (para lo cual la misma entidad pública adquiere maquinaria), por ejemplo en casos de derrumbes leves, los propios municipios con sus maquinarias y recursos humanos para realizar por si solos los trabajos respectivos. DROMI¹⁹ afirma que la obra pública es un resultado querido por la Administración, en persecución del fin de utilidad general; en tanto que el contrato de obra, la concesión de obra pública, son sus modos de concreción. Es decir, la Administración es el ente público encargado de solucionar ciertos problemas o más bien, de satisfacer los intereses de la ciudadanía, en este caso la vialidad (carreteras, calles, puentes, plazas, etc). Trabajos más especializados requieren ser efectuados por los particulares, ejemplo por las compañías constructoras o ingenieros especializados cuya experiencia y capacidad, resultan apropiadas para ejecutar este tipo de obras.

1.5.2 Los contratos de obras, contemplan particularidades que los diferencian de los demás, siendo estas

1.5.2.1 El reajuste de precios

Nuestra Ley de Contratación Pública, respecto al reajuste de precios en la ejecución de obras, señala en su artículo 86: “En el caso de producirse variaciones en los costos de los componentes de los precios unitarios estipulados en los contratos de ejecución de obras que celebren el Estado o las entidades del sector público, los costos se reajustarán, para efectos de pago del anticipo y de las planillas de ejecución de obra, desde la fecha de variación, mediante la aplicación de fórmulas matemáticas que constarán obligatoriamente en el contrato...”²⁰ Como se sabe, a este razonamiento, el legislador aplicó criterios técnicos a fin de que el

¹⁹ Dromi, Roberto, Derecho Administrativo, ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, p. 416.

²⁰ Concordancia nueva LOSNCP: “**Art. 82.-** Sistema de Reajuste.- Los contratos de ejecución de obras, adquisición de bienes o de prestación de servicios, a que se refiere esta Ley, cuya forma de pago corresponda al sistema de precios unitarios, se sujetarán al sistema de reajuste de precios de conformidad con lo previsto en el Reglamento a esta Ley. Serán también reajustables los contratos de consultoría que se suscribieran bajo cualquier modalidad.”

contratista no resulte perjudicado con un costo fijo, cuando en el transcurso de la ejecución de la obra pueden suscitarse ciertos cambios en los costos, sean de los materiales de construcción, del pago a la mano de obra, monetarios, etc.

b) Las ordenes de trabajo.- Usando nuevamente lo dispuesto en la Ley, podemos citar el artículo 101²¹ el cual señala: “La entidad contratante podrá disponer, durante la ejecución de la obra, hasta del 10% del valor actualizado o reajustado del contrato principal, para la realización de rubros nuevos, mediante órdenes de trabajo, sin los informes previos y empleando la modalidad de costos unitarios más porcentaje”. Es decir, la Ley faculta este aumento del 10% del precio del contrato, en nuevos rubros que pueden surgir a lo largo del contrato.

1.5.2.2 Contratos Complementarios

Los contratos complementarios se requieren elaborar, cuando fuere necesario ampliar, modificar o complementar una obra determinada debido a causas imprevistas o técnicas presentadas en la ejecución, siempre que se mantengan los precios unitarios o por la creación de nuevos rubros o en los casos de corrección de errores de buena fe en las cláusulas contractuales las ordenes de trabajo sobrepasan el 10% del contrato principal.

1.5.2.3 Caso fortuito o fuerza mayor y el hecho del co-contratante

Nuestro Código Civil, codificado, en su artículo 30, manifiesta: “Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto al que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc”. Para el caso de las partes contractuales, como es lógico, el contratista al ser el sujeto llamado a

²¹ Concordancia nueva LOSNCP, Art. 89 (Se incluye el mismo texto).

cumplir la ejecución de la obra y en general de obligaciones para con el contratante u entidad pública, es quien puede alegar fuerza mayor o caso fortuito y por ende, la imposibilidad de ejecutar el objeto del contrato dentro del plazo estipulado. Esta alegación, conlleva que se prueben las circunstancias causantes de la fuerza mayor o caso fortuito ante la entidad contratante; y, a su vez corresponde a la entidad contratante, la calificación y aceptación de los hechos alegados, debiendo haber constancia documental y en general de validez probatoria, así mismo se requiere que haya sido comunicado a la entidad apenas se produjeron los sucesos causantes de la fuerza mayor o caso fortuito. Para que se acepte el caso fortuito o fuerza mayor, estos deben atenerse a ciertas reglas, entre las cuales están:

- No procede la alegación de fuerza mayor cuando la aplicación de la experiencia de la parte que la alega, le hubiera permitido visualizar que el suceso iba a ocurrir necesariamente o por lo menos que era posible o probable que ocurra y no tomó ninguna medida para contrarrestarlo.
- Cuando las circunstancias naturales no podían haber sido previstas, tal como las situaciones climáticas, fenómenos naturales inusuales. Como se señaló las circunstancias naturales deben analizarse, de acuerdo al lugar geográfico. Para la construcción de un puente en la costa ecuatoriana, no se espera, ni se realiza tal obra en función a un posible huracán, no así la construcción de un puente en la región del caribe, donde se debe necesariamente, edificar un puente en función de posibles huracanes. En el primer evento (en sentido figurado), de impactar un huracán en la costa ecuatoriana, se considerará como caso fortuito o fuerza mayor, no así en el segundo caso, donde el impacto de un huracán en una costa caribeña es frecuente. Por tal razón, debe considerarse el factor de la previsión por parte del constructor o ejecutor de la obra, para la alegación de esta figura.

Existen otros ejemplos de fuerza mayor y caso fortuito recogidos en la tercera edición de contratos internacionales para obras de construcción de ingeniería civil de la Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils (FIDIC)²², en su cláusula 65, tales como:

- Guerras.
- Rebeliones, terrorismo, revoluciones, huelgas, insurrección militar
- Conmociones.
- Explosiones.

Una vez aceptados los hechos como caso fortuito o fuerza mayor, pueden darse los siguientes efectos:

1) Prórroga de plazo.- La prórroga de plazo se incorpora en las cláusulas contractuales, en la que en diferentes eventos puede dar lugar a postergar el plazo estipulado en el contrato para la entrega de la obra (Acta de entrega recepción). Para ilustrar de mejor manera, esta cláusula tipo se la puede estipular de la siguiente manera²³:

El Contratante prorrogará el plazo total o los plazos parciales, solo en los siguientes casos, y siempre que el Contratista así lo solicite, por escrito, justificando los fundamentos de la solicitud, dentro de los quince días siguientes a la fecha de producido el hecho que motiva la solicitud:

a) Por fuerza mayor o caso fortuito aceptado como tal por el Contratante, de conformidad con lo establecido en el artículo 30 de la Codificación del Código Civil. Tan pronto desaparezca la causa de fuerza mayor o caso fortuito, el contratista está obligado a continuar con el objeto de este contrato, aún sin necesidad de que haya mediado la notificación por parte de la entidad contratante.

²² FIDIC. The FIDIC contracts guide. UIT detailed guidance on using the first editions of FIDIC'S "Conditions of contracts of construction", "conditions for contracts for plant and design-build" , "conditions of contracts for EPC / turnkey projects". FIDIC, 2000, P.291.

Con esto tenemos que, provisionalmente, se puede suspender el plazo del contrato hasta que el hecho alegado como fuerza mayor o caso fortuito este superado. En el literal se agrega además, que el contratista deberá estar obligado a reiniciar inmediatamente los trabajos, una vez que le sea facultado.

2) La Procuraduría General del Estado, en respuesta²⁴ a una consulta formulada por la Gerencia de Petroproducción señaló lo siguiente:

Esta Procuraduría, considerando la fuerza mayor invocada, que el Estado y sus Instituciones no pueden enriquecerse injustificadamente y los principios tutelares de la administración pública; la equidad y la buena fe, estima que existirían razones para reconocer al contratista los mayores costos incurridos en la ejecución del contrato, a fin de restablecer su equilibrio económico - financiero, desde luego, previo análisis severo de justificativos que acrediten los mayores costos que permitan la determinación verídica, real y objetiva de los mismos.

Este señalamiento, reconoce acertadamente, que existen eventos ajenos a los contratistas por los cuales se puede complicar o alargar la ejecución del contrato, encareciendo sus costos, debiéndose reconocer estos nuevos rubros o costos adicionales. Por ejemplo: si en la construcción de una carretera, en el transcurso de su ejecución se produce un fuerte deslave, por el cual la contratista debe repararlo, es justo, señalar que el Estado, deberá asumir el costo económico, por tratarse y calificarse de un caso fortuito o fuerza mayor.

3) Por último, como se verá más adelante el contratista está sujeto a multas, por retrasos en la ejecución de la obra, ya sea en el plazo final, como en los plazos sucesivos, es decir, en los avances de la obra conforme el pago de las planillas (mensuales, por lo general). Ante los eventos de retrasos en dichas entregas o en la entrega final, las multas no podrán aplicarse en los casos de fuerza mayor y caso fortuito.

²⁴ Of. PGE 26152 de 29 de septiembre de 1995. Respuesta al Of. 4313-PPR-leg-95 de 3 de agosto de 1995 de la Gerencia de PETROPRODUCCIÓN filial de PETROECUADOR

1.5.2.4 El hecho del co-contratante

Se puede excusar a cualquiera de los co-contratantes, por motivos concretos, hechos y justificaciones, del cumplimiento de sus obligaciones, como lo dice Pérez²⁵, por “condiciones análogas a la fuerza mayor”; y, su reclamación puede darse por cualquiera de las partes, requiriéndose las mismas características: exterioridad, irresistibilidad e imposibilidad de ejecutar.

1.5.2.5 Contratos Turnkey

Finalmente, debe mencionarse los contratos conocidos como “TurnKey” (llave en mano), modalidad no contemplada expresamente en nuestra legislación, pero prevista en la concepción jurídica contractual internacional y de los organismos multilaterales de crédito, con una gran utilidad en determinados casos. Con el nombre , “llave en mano”, se quiere decir que, acordado un objeto y un precio entre contratante y contratista, se entrega la obra lista para ser utilizada, es decir, no existen especificaciones técnicas entregadas del contratante al contratista a fin de que este último las cumpla estrictamente, sino más bien, una vez acordada la finalidad u objeto entre las partes, el contratista es el encargado de ejecutarlo y entregarlo en pleno funcionamiento. Un ejemplo claro, se da cuando la ejecución de las obras, por su naturaleza y complejidad, no puede realizarse especificaciones técnicas por parte del contratante, tal podría ser el ejemplo de una *refinería de petróleo*. En este caso, por la alta tecnología y las variadas alternativas resulta difícil y arriesgado para la entidad contratante elaborar o encargar la elaboración de especificaciones, por la magnitud, complejidad y especificación de dicha obra. El contratante lo que hace es manifestar en los pliegos de contratación y en el contrato modelo el objeto requerido y los resultados que se esperan, correspondiendo al contratista ejecutarlo y entregarlo listo a ser utilizado y que cumpla con su finalidad.

²⁵ Pérez, Efraín, DERECHO ADMINISTRATIVO, P. 538, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2006.

1.5.2.6 Contratos Swiss Challenge

Esta modalidad de contratación no es demasiado conocida ni utilizada a nivel internacional y ha sido cuestionada en el Ecuador. Es una modalidad que no contempla la Ley de Contratación Pública ecuatoriana. Fue utilizada en una primera etapa, para el desarrollo del proyecto hidroeléctrico TOACHI PILATON²⁶, para ello el Consejo Provincial de Pichincha resolvió la reactivación del proceso de ejecución del Proyecto y la viabilización de la creación y financiamiento de la Corporación Tocahi –Pilátón, que permita demandar el trámite jurídico para impulsar legalmente el proyecto, es así como constituyó la compañía HIDROTOAPI S,A constituida por la misma Corporación Provincial, que llevará a cabo el proceso para la ejecución del proyecto. Cabe señalar, que al ser corporación, es decir, persona jurídica de derecho privado y no público, no debía sujetarse necesariamente a la Ley de Contratación Pública, sino más bien al reglamento que se expida. Por ello se logró seguir el procedimiento Swiss Challenge. que consiste en recibir una propuesta formal de un PRIMER PROPONENTE, para posteriormente, en una segunda etapa, efectuar una invitación a otros interesados que, en ese momento podrán presentar sus ofertas que, en todo caso deberán enfocarse en mejorar los términos y condiciones presentados por el PRIMER PROPONENTE; y, de ser el caso, se puede conceder un plazo adicional para que éste pueda mejorar los términos y condiciones presentados por terceros, de acuerdo con los Criterios de Evaluación aprobados por HIDROTOAPI²⁷.

A pesar de su aparente novedad, se encontró una de las primeras disposiciones ecuatorianas para la construcción de obras, en una ley de 1837, la que disponía que las propuestas recibidas

²⁶ Es una sociedad anónima constituida bajo las Leyes ecuatorianas, con domicilio en la República el Ecuador, destinada a la ejecución del Proyecto Hidroeléctrico Toachi-Pilátón, por resolución del H. Consejo Provincial de Pichincha, adoptada en sesión ordinaria de 8 de junio de 2005. El objeto social de la compañía consiste en dedicarse principalmente al diseño, construcción, instalación, operación y mantenimiento de centrales de generación eléctrica. Hidrotoapi fue constituida con el objetivo de recibir los derechos de concesión del Proyecto Hidroeléctrico Toachi Pilátón por parte del CONELEC así como para servir de vehículo que facilite la capitalización del Proyecto por parte de un inversionista privado.

²⁷ <http://www.pichincha.gov.ec/download/bajadocu/doculink4967.doc>

para “la construcción, reparo y mejora de caminos” se deberían publicar en la imprenta “con el objeto de solicitar mejoradores”²⁸.

1.5.2.7 Subcontratos

En la ejecución de obras, el adjudicatario deberá visualizar previamente, cual es su capacidad de ejecución del contrato por sí solo, debiendo anticipar previamente al contratante, qué porcentaje de la obra delegará a un tercero, siempre y cuando lo permitan las bases del proceso. Ni nuestra Ley de Contratación Pública ni su reglamento mencionan la subcontratación²⁹. CABANELLAS³⁰ define a la subcontratación como “Nuevo contrato, derivado o dependiente de otro previo, llamado básico u originario, y con su mismo contenido en todo o en parte. Los dos contratos coexisten, ya que la subcontratación no extingue el contrato básico ni afecta el vínculo que éste había establecido. Pero nace un nuevo vínculo contractual, distinto, aunque no sea autónomo...”. No debe confundirse la figura de la cesión con la subcontratación, dice SOLANO³¹, “porque ésta no puede entenderse como transferencia o sustitución de la persona del contratista por parte de la subcontratada, porque aquel, en la

²⁸ Primer Registro Auténtico Nacional. 20 de marzo de 1939. Citado por Pérez, *ob. cit.* T. I, p. 29.

²⁹ Concordancia: En la nueva LOSNCP ya menciona la subcontratación: “**Art. 79.-** Subcontratación.- El contratista podrá subcontratar la ejecución parcial del contrato con personas naturales o jurídicas registradas en el RUP, bajo su riesgo y responsabilidad.

Tratándose de subcontratación de consultoría, ésta sólo podrá realizarse para las actividades que expresamente se establezcan en los pliegos y que conste en la oferta adjudicada.

Las subcontrataciones no se las podrá realizar con personas inhabilitadas para contratar de acuerdo con esta Ley, ni podrán superar el treinta (30%) por ciento del monto del contrato reajustado.

Por la subcontratación, el contratista no pierde su responsabilidad respecto a la obligación de cumplimiento del contrato para con la Entidad Contratante, la que no asume responsabilidad principal ni solidaria o subsidiaria con el subcontratado y con su personal.

Las subcontrataciones que realicen las entidades previstas en el numeral 8 del artículo 2 de esta Ley en calidad de contratistas, observarán los procedimientos de selección previstos en esta Ley.”

³⁰ Diccionario Jurídico Universitario. Ed. Heliasta. Buenos Aires. 2000.

³¹ Solano Sierra, Jairo Enrique, “Contratación Administrativa”. Ed. Librería del Profesional, tercera edición. Bogotá. 1999. p. 296.

eventualidad adquiere el rol de contratante, sin perder su condición de contratista principal, con todas sus obligaciones, responsabilidades y derechos”. Este criterio coincide con los contratos públicos suscritos en el Ecuador, en cuyas cláusulas respecto de los subcontratos se incluyen las cuatro disposiciones siguientes:

A) Que el contratista no podrá ceder, asignar o transferir en forma alguna ni todo ni parte de este Contrato. Sin embargo con autorización escrita del Contratante, podrá subcontratar determinados trabajos, siempre que el monto de la totalidad de los subcontratos no exceda del ... (%) del valor total del contrato principal.

B) El Contratista podrá sustituir a los subcontratistas, previa la autorización de la Entidad.

C) El Contratista será el único responsable ante la Contratante por los actos u omisiones de sus subcontratistas y de las personas directa o indirectamente empleadas por ellos.

D) Nada de lo expresado en los subcontratos podrá crear relaciones contractuales entre los subcontratistas y la Contratante, ni aún las autorizaciones de los subcontratos, pues su única relación contractual es con el Contratista.³²

Estos cuatro puntos son los que regulan el tema de la subcontratación, es así como se puede afirmar que los subcontratos son simples relaciones jurídicas que el adjudicado realiza de manera concreta, a manera de ayuda para la ejecución de la obra. Como mencionamos, no existe Ley o reglamento que la regule, pero es de suponer que el porcentaje permisible de la subcontratación no supere por lo menos el 50%, ya que, de lo contrario, no se justificaría la capacidad técnica o económica de la adjudicación a un oferente que no pueda realizar por si solo por lo menos la mitad de la obra.

³² Modelos de Documentos Precontractuales de la Contraloría General del Estado. Marzo de 2001.

1.5.2.8 En cuanto a la terminación unilateral y anticipada de los contratos

Respecto a este punto, la sala de lo Contencioso Administrativo, ya se ha pronunciado manifestando lo siguiente:

*La terminación anticipada y unilateral del contrato es una institución propia del contrato administrativo, que sólo se explica en él y que es abiertamente contrario a la normatividad civil que establece como únicas posibilidades de la terminación anticipada del contrato o el convenio acordado entre ambas partes de mutuo acuerdo o la sentencia judicial que, por probados vicios, lo da por concluido. Ahora bien, por su naturaleza, **la terminación unilateral y anticipada del contrato puede darse únicamente de los contratos de ejecución que requieren de un plazo para ésta y, conforme lo enseña la doctrina y la jurisprudencia, se puede ejercer desde el momento de la suscripción del contrato, hasta el momento en que habiendo sido ejecutado éste, ya no puede hablarse de una terminación anticipada**³³.*

1.2.5.9 Contrato de suministros y adquisición de bienes

El contrato de suministro, también llamado de abastecimiento o de provisión, Dromi³⁴ lo define como "...una simple compra y venta cuando los objetos a adquirir son requeridos por la Administración, pero están directamente afectados al interés público". Esta modalidad de contrataciones tampoco está prevista en la codificación de la Ley de Contratación Pública³⁵. Se contrae a que la Administración llama a concurso o licitación a fin de que, el futuro adjudicatario provea de manera general ciertos productos o suministros a la Administración en

³³ Expediente 31-99, Suplemento del Registro Oficial 214 de 17 de junio de 1999.

³⁴ Dromi, Roberto. Licitación Pública. Ed. Ciudad Argentina. Buenos Aires. 1995, p. 556.

³⁵ Concordancia: La nueva LOSNCP ya introduce esta modalidad: "Art. 43.- Convenios Marco.- El Instituto Nacional de Contratación Pública efectuará periódicamente procesos de selección de proveedores con quienes se celebrará Convenios Marco en virtud de los cuales se ofertarán en el catálogo electrónico bienes y servicios normalizados a fin de que éstos sean adquiridos o contratados de manera directa por las Entidades Contratantes, sobre la base de parámetros objetivos establecidos en la normativa que para el efecto dicte el Instituto Nacional de Contratación Pública. "

general,. En nuestro país aún no se ha implementado esta modalidad, sino que se utiliza el sistema de adquisición de bienes específico e independiente. En el Ecuador si un Ministerio por ejemplo, necesita esferográficos, resmas de papel, tinta de impresora, resaltadores, etc., debe por si mismo realizar procedimientos contractuales internos para la compra de estos productos. Visto desde la concepción de los contratos de suministros, la Administración Central a través del respectivo proceso de selección, adjudica a una compañía específica de insumos, para que provea a toda la administración de los suministros que requiera, ordenando y pagando cada institución o unidad administrativa los bienes que efectivamente solicite, a un precio fijo previamente determinado. De esta manera, en teoría, se realizan compras al por mayor, lo cual significa una disminución de precios; y, por lo tanto un ahorro para la administración, así como mayor agilidad ya que se realizan pedidos de manera directa. Dromi³⁶ afirma que en el contrato de suministro la prestación a cargo del contratista puede ser por entregas sucesivas o continuadas, o por entrega única.

El contrato de adquisición de bienes sí está previsto en la Ley de Contratación Pública, difiere con la modalidad anterior en que son compras realizadas directamente por la entidad contratante; y, con un objeto cierto y definido, debiéndose seguir un procedimiento licitatorio o de concurso, dependiendo de la cuantía y cantidad.

1.5.3 Los ítems en la adquisición de bienes

En la adquisición de bienes muebles se puede realizar en un mismo proceso contractual un contrato o contratos destinados a adquirir distintos bienes, siempre que tengan la misma finalidad, por ejemplo, se puede realizar el proceso para la adquisición de “Equipo Caminero”. En la convocatoria se llama a presentar las ofertas, por uno o varios de los equipos constantes en los listados, como se ilustra en el cuadro a continuación:

ÍTEM	
1	5 VOLQUETAS

³⁶ *Ibíd.*

2	3 TRACTORES
3	1 RETROESCAVADORA

Cada ítem, consiste en la identificación de un bien o de unos bienes de la misma clase y características, como son “las volquetas”, de esta manera en el mismo proceso se pueden efectuar contratos por cada ítem adjudicado, siempre que esta modalidad se encuentre determinada expresamente en los pliegos precontractuales. En el mismo, ejemplo, la compañía X solo cuenta con línea de tractores, en este caso la compañía X, participará en el proceso para presentar su oferta solo por los tres tractores con su respectivo contrato con el adjudicatario, independientemente que la cuantía o valor del contrato sobrepase o no el concurso público de ofertas, ya que de acuerdo al presupuesto referencial del proceso, este ya se encuentra sometido a las reglas de concurso o licitación global. Debe agregarse que en los concursos o licitaciones en referencia, las entidades contratantes aceptan que en esta modalidad de contrataciones, un mismo oferente presente su oferta por un ítem, por el total de ítems solicitados, o por algunos, es decir, siguiendo el cuadro antes ilustrado, un oferente podrá ofertar únicamente por el ítem 2, es decir, por solo los 3 tractores, sin que esto desvirtúe que la contratación tiene un solo objeto, pudiendo ser “Equipo caminero”

1.5.3.0 Contrato de Consultoría

La administración, justamente, con la finalidad de prever la viabilidad y forma de ejecución de ciertas obras, antes de iniciar el proceso para esa finalidad, realiza otros procesos con la finalidad de que, como lo señala García de Enterría³⁷, se realicen informes, estudios, planes, anteproyectos, proyectos de carácter técnico, organizativo, económico o social. Estos son los llamados estudios fácticos o de factibilidad del proyecto, cuya constancia y aplicación resulta prudente ya que, en caso de duda por circunstancias técnicas, por ejemplo, en la ejecución de una carretera sobre terrenos irregulares y rocosos, no podría proceder el inicio de la obra; o, podría estar sujeto a cambios. Esto da seguridad al posible ejecutor de la obra, a fin de que este no asuma riesgos y por ende, no surjan imprevistos en el transcurso de su ejecución.

³⁷ García de Enterría, Eduardo, Curso de Derecho Administrativo I, ed. Civitas, Madrid, 2000, p. 720.

Así mismo, el autor citado señala que pueden darse informes y estudios sobre dirección, supervisión y control de la ejecución y mantenimiento de obras. En estos dos últimos casos, el objeto de la contratación no es realizar un estudio para una futura contratación de obra, sino más bien para fiscalizar un contrato ya ejecutado. En obras de mayor escala estos estudios pueden costar grandes sumas de dinero. Por tal motivo, este contrato paralelo requiere de servicios de firmas especializadas en el tema, como son las compañías consultoras o consultores calificados.

La Ley de Consultoría³⁸ señala en su artículo 24, que se incluirá una etapa de *precalificación*, cuando fuere necesario, la calificación de ofertas, la selección, la negociación y la celebración del contrato con la persona natural o jurídica que hubiere resultado seleccionada, en la forma establecida en la Ley y su Reglamento. Más adelante, en su artículo 25 manifiesta que se presentará dos sobres, una con la oferta técnica y otra con la económica, definiéndose un orden de calificación; y, más adelante agrega en el mismo artículo:

Se abrirán los sobres que contienen las propuestas económicas de los consultores calificados en los dos primeros lugares, cuando la diferencia en el puntaje final de la calificación no exceda del 5% entre ellas, con quienes se negociara en orden sucesivo el costo de los servicios y los términos del contrato. Si no se llegare a un acuerdo, las negociaciones se darán por terminadas y comenzarán con el consultor calificado en el siguiente lugar, continuándose con el mismo procedimiento descrito en este inciso.

En caso que la diferencia entre las dos primeras propuestas técnicas exceda del porcentaje indicado en el inciso anterior, solo se abrirá el sobre que contiene la propuesta económica correspondiente al calificado en primer lugar.

Las negociaciones tendrán carácter confidencial, y no se podrá reiniciar negociaciones con quienes no se llegó a un acuerdo.

³⁸ Concordancia.- La nueva LOSNCP, unifica algunas leyes respecto a contratación en una sola, por lo tanto se deroga dicha Ley: LOSNCP “**Art. 1.-** Objeto y Ambito.- Esta Ley establece el Sistema Nacional de Contratación Pública y determina los principios y normas para regular los procedimientos de contratación para la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultoría...”

Como se observa en el texto del artículo, este tipo de contratación difiere en algunos puntos en la valoración de las ofertas ya que, la consultoría trata de trabajos de conocimientos técnicos especializados y hasta cierto punto subjetivos para su adjudicación idónea y más conveniente, no así una obra ejecutada, en la cual se puede observar y comparar los materiales, o la fidelidad de los trabajos con las especificaciones técnicas previas. Es por eso que el artículo 37 de la Ley de Consultoría manifiesta que: “...son legal y económicamente responsables de la validez científica y técnica de los estudios contratados y a 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”.

1.5.3.1. Contratos para la prestación de servicios no regulados por la Ley de Consultoría³⁹:

García de Enterría⁴⁰, respecto a estos contratos señala que su objeto es la realización de servicios diversos de carácter técnico, económico, industrial, comercial o cualquier otro de naturaleza análoga. La analogía puede ser como lo señala la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado en la disposición general Cuarta: “El Procurador General del Estado o los representantes legales de las dependencias, entidades u organismos del sector público, podrán contratar abogados en libre ejercicio profesional para que asuman la defensa administrativa o judicial de los derechos e intereses de sus representadas, así como de modo excepcional para prestar asesoría sobre asuntos de interés institucional, que requieran de experiencia o conocimiento especializados”. Es decir, son enfocados a un servicio, a diferencia de los contratos de consultoría los cuales su finalidad son estudios, informes o proyectos. Conforme la disposición citada tenemos que el Procurador General del Estado al igual que las demás entidades del sector público con personalidad jurídica, pueden contratar servicios con la finalidad de satisfacer una necesidad surgida en la entidad, sometiéndose a lo establecido en la

³⁹ Concordancia.- Art. 1 LOSNCP señalado en el pie de página anterior, manifiesta la unificación con la nueva Ley, este tipo de contratación, derogando la Ley de Consultoría.

⁴⁰ *Ibídem.*

Ley de Contratación Pública, según lo dispone el artículo 1, así como las demás reglas que expida cada entidad.

La “Ley Orgánica de Servicios Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público” y su Reglamento también contemplan la contratación civil de prestación de servicios profesionales de personas naturales y jurídicas.

1.5.3.2 Contrato de Concesión o de gestión de servicios públicos.

Los contratos de concesión son la figura más relevante en el ámbito de la contratación pública. Como dice Jairo Solano⁴¹ “el ente estatal realiza su actividad y presta el servicio público en forma directa o indirectamente”, citando a Manuel María Diez o “por gestión directa de la administración o por gestión indirecta de la misma”. Es el trabajo o encargo por la Constitución y la Ley al Estado, con la facultad de ejecutarlo por medio de un tercero (persona natural o jurídica), para su gestión. Dromi⁴² afirma que “La labor se retribuye con el precio o tarifa pagado por los usuarios o con subvenciones y garantías otorgadas por el Estados, o con ambos medios”.

1.5.3.3 Contrato de arrendamiento

Al Estado como autorregulador de su propia gestión se le otorga ciertas potestades, tal como la de dar en alquiler sus bienes en las siguientes modalidades:

⁴¹ Solano Sierra, Jairo Enrique, “Contratación Administrativa”. Ed. Librería del Profesional, tercera edición, Bogotá. 1999, p. 249.

⁴² Dromi, Roberto, Derecho Administrativo. Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, sexta edición, p. 441.

a.- La entidad del sector público arrienda un bien mueble o inmueble a otra entidad del sector público.- En estas condiciones de contratación, siendo las dos entidades del sector público tanto arrendador como arrendatario, se someten al procedimiento de excepción en la tramitación. Sin embargo, la Ley de Contratación Pública no regula ni se manifiesta por un procedimiento específico para esta modalidad de contratación⁴³. La Procuraduría General del Estado en oficio 5634 del 6 de octubre de 1997, en respuesta a una consulta formulada por la Contraloría General del Estado, donde en su parte pertinente señaló:

...a criterio de esta Procuraduría, la Universidad de Guayaquil, en su calidad de arrendadora, puede proceder para el arrendamiento de un inmueble de la Ciudadela Universitaria al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, en su calidad de arrendatario, conforme lo previsto en el Art. 6 letra k), de la Ley de Contratación Pública, que dispone que están exentos de los procedimientos precontractuales (comunes y especiales) los contratos que celebren las entidades del sector público entre sí.

Las formalidades y contenido del contrato de arrendamiento son de exclusiva responsabilidad de la entidad arrendadora. Contrato en el que bien podría estipularse el plazo de diez años, sin que exista objeción legal alguna para ello.

En conclusión, la Procuraduría acepta esta modalidad de contratación, acogiendo lo dispuesto al artículo 6, letra K) de la Ley de Contratación Pública, es decir, un procedimiento de excepción⁴⁴.

b.- El particular arrienda un bien mueble o inmueble una entidad del sector público.- En estas condiciones, el procedimiento se asemeja a un procedimiento común, en el cual la entidad o

⁴³ Concordancia.- En el Reglamento a la nueva LOSNCP ya regula el arrendamiento en el : “**Art. 106.-** Estado o sus instituciones como arrendatario.- Para el arrendamiento de bienes inmuebles, las entidades contratantes publicarán en el Portal www.compraspublicas.gov.ec, los pliegos en los que constarán las condiciones mínimas del inmueble requerido, con la referencia al sector y lugar de ubicación del mismo.”

⁴⁴ Concordancia.- En la nueva LOSNCP, la excepción esta bajo un Régimen especial, según los casos numerados en el artículo 2. (VER ANEXO).

ministerio, deberá contar (según la Ley): con informes que justifiquen la necesidad de arrendar el bien y las características generales que debe reunir el bien o local a arrendarse; la certificación de fondos; y, con estos procedimientos la máxima autoridad decidirá el arrendamiento. Para esto, el procedimiento debe ser el de la convocatoria a los interesados por una sola vez en uno de los periódicos de mayor circulación en la ciudad, donde sea necesario arrendar el bien o local. Así mismo, en las ofertas receptadas se evaluará la descripción del bien ofrecido, plazo del contrato y canon de arrendamiento propuesto y forma de pago; y, certificado del Registrador de la Propiedad o del Registrador Mercantil. Adjudicándose a la oferta más conveniente para los intereses de la institución.

1.5.3.4 Contrato financiados con préstamos internacionales:

Este tipo de contratos deberán regirse según lo estipulado en tales convenios, pueden darse por iniciativa de los organismos multilaterales de crédito, organismo internacionales o de otro gobierno extranjero, según lo expresa María Rivas Casaretto⁴⁵. Estos organismos pueden convenir con terceros países a través de sus gobiernos centrales, municipales, seccionales o cualquiera que sea su naturaleza, a fin de realizar desembolsos en las siguiente clases: Préstamos para proyectos de inversión, préstamos para políticas de desarrollo o donaciones⁴⁶, esto según las políticas del Banco Mundial, así mismo, el Fondo Monetario Internacional (FMI), la Corporación Andina de Fomento (CAF), el Banco Interamericano de Desarrollo, entre otros, plantean políticas similares en sus desembolsos. Los préstamos para proyectos de inversión pueden tener la finalidad de ejecutarse en relación al fortalecimiento institucional, el desarrollo social y la infraestructura de políticas públicas necesarias para facilitar la actividad privada. Los proyectos con la participación de contratistas privados en la construcción de viviendas, el abastecimiento de agua y la educación, etc. Los préstamos para políticas de desarrollo son aquellos dirigidos al propósito de apoyar la introducción de reformas estructurales. En la mayor parte de casos, como en la ejecución de obras con fondos

⁴⁵ Rivas Casaretto, María. “El Control de los Contratos Administrativos”, ed. Edino, Guayaquil. 2004. p. 30

⁴⁶<http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/BANCOMUNDIAL/PROJECTSSPA/0,,contentMDK:21008232~menuPK:2805189~pagePK:41367~piPK:51533~theSitePK:2748767,00.html>

provenientes de organismos internacionales o multilaterales de crédito, por lo general en los mismos convenios plantean la finalidad u objeto del desembolso de los fondos, así como el procedimiento precontractual, contractual, a seguirse. Respecto a esta particularidad el artículo 53 de nuestra Ley dispone que “En las licitaciones, concursos públicos, concursos privados y contratación directa y relativos a ejecución de obras, adquisición de bienes y prestación de servicios, que se financien con fondos provenientes de organismos multilaterales de crédito de los cuales el Ecuador sea miembro, **se observará lo acordado en los respectivos convenios. Lo no previsto en ellos se regirá por las disposiciones de esta ley u otras aplicables sobre la materia.**” (Lo resaltado es mío). Con esto, nuestra legislación será únicamente subsidiaria al convenio de crédito suscrito. El mismo artículo citado, señala más adelante: “En los contratos de ejecución de obras de gobierno a gobierno y los que se realicen con crédito directo o del proveedor, se establecerá obligatoriamente la necesidad de asociación con empresas nacionales, por lo menos en el doble a la contraparte nacional.” Es decir, se establece en esta modalidad de carácter internacional este único requisito al tratarse de contratos a ser suscritos con otro gobierno, es decir, la asociación con empresas nacionales. En el Ecuador los contratos con organismos multilaterales como el BID con instituciones públicas, exigen que los procesos contractuales que financian, se rijan por sus propios procedimientos y que además estos deben someterse a la “no objeción” por parte del organismo financiero internacional previamente a la suscripción del contrato para varios aspectos del proceso precontractual y contractual. En otros casos como los contratos financiados por la CAF, se faculta regir la contratación bajo normas ecuatorianas, es decir, la Ley de Contratación Pública y su reglamento, pero bajo la aprobación del organismo donatario o prestamista.

1.5.3.5 Contrato de compraventa de bienes inmuebles o expropiación.

La expropiación es otra de las manifestaciones de las prerrogativas estatales, por medio de lo cual, el Estado puede ejercer restricciones sobre los derechos de propiedad, amparado por la facultad que le otorga la Constitución y la Ley a los diferentes entes públicos para privar

coactivamente de la propiedad de un bien, a su titular⁴⁷. Dicha necesidad es fundamentada bajo la “declaratoria de utilidad pública” o el “interés público”, regulada bajo un procedimiento específico y estricto.

En otras palabras, podemos definir que la expropiación consiste en el procedimiento para la transferencia de dominio consensuada o forzosa de un bien inmueble o mueble a favor del Estado, perteneciente a una persona natural o jurídica, previo el pago del precio justo, cuya finalidad y procedimiento debe estar debidamente fundamentada legal, técnica y económicamente.

Respecto a la expropiación, la Constitución ecuatoriana señala en su artículo 33⁴⁸, lo siguiente: “Para fines de orden social determinados en la ley, las instituciones del Estado, mediante el procedimiento y en los plazos que señalen las normas procesales, podrán expropiar, previa justa valoración, pago e indemnización, los bienes que pertenezcan al sector privado. Se prohíbe toda confiscación”. Así mismo, el artículo 23, numeral 23 manifiesta entre lo que reconocerá y garantizará lo siguiente: “El derecho a la propiedad, en los términos que señala la ley”. Los *términos* a los que se refiere la Norma Suprema son justamente los señalados de la Ley de Contratación Pública y su reglamento.

La Ley de Contratación Pública señala en su artículo 36, desarrolla de manera breve el procedimiento a seguirse:

Cuando la más alta autoridad del respectivo organismo o entidad del sector público haya resuelto adquirir un determinado bien inmueble procederá a la declaratoria de utilidad pública o de interés social de acuerdo con la ley.

⁴⁷ Dromi, Roberto, Derecho Administrativo, p. 655.

⁴⁸ Concordancia.- Con la vigencia de la nueva Constitución de la República, publicada en el Registro Oficial No. 449, de 20 de Octubre del 2008, respecto a este punto manifiesta: “**Art. 323.-** Con el objeto de ejecutar planes de desarrollo social, manejo sustentable del ambiente y de bienestar colectivo, las instituciones del Estado, por razones de utilidad pública o interés social y nacional, podrán declarar la expropiación de bienes, previa justa valoración, indemnización y pago de conformidad con la ley. Se prohíbe toda forma de confiscación.”

Perfeccionada la declaratoria de utilidad pública o de interés social, se buscará un acuerdo directo entre las partes, por el lapso máximo de noventa días.

Para este acuerdo, el precio se fijará, tanto para bienes ubicados en el sector urbano como en el sector rural, en función del avalúo realizado por la Dirección Nacional de Avalúos y Catastros (DINAC), que considerará los precios comerciales de la zona. La entidad expropiante, para el pago correspondiente, podrá incrementar hasta un 10%, del avalúo formulado por la antedicha Dirección. El acuerdo y la correspondiente transferencia de dominio, se formalizarán en la respectiva escritura pública, que se inscribirá en el Registro de la Propiedad.

En el supuesto de que no sea posible un acuerdo directo entre la entidad adquirente y los dueños del inmueble, se procederá al juicio de expropiación, conforme el trámite previsto en el Código de Procedimiento Civil. El Juez que trámite este juicio no está obligado a sujetarse al avalúo establecido por la Dirección Nacional de Avalúos y Catastros.

La adquisición de bienes inmuebles en el extranjero por parte del Estado o entidades del sector público ecuatoriano se someterá al Reglamento Especial.

Para la transferencia de dominio de bienes inmuebles entre entidades del sector público no se requerirá de declaratoria de utilidad pública o interés social ni, en el caso de donación, de insinuación judicial. Se la podrá realizar por compraventa, permuta, donación, compensación de cuentas, traslado de partidas presupuestarias o de activos.

La disposición antes citada, incluyendo las demás del Título IV Capítulo I de la Ley en referencia y su reglamento, serán las que rijan en la adquisición de bienes inmuebles para las entidades del sector público, salvo el caso de existir una Ley especial, para lo cual se atenderá a la misma, como es el caso de la Ley de Régimen Municipal.

En resumen, las entidades que conforman el sector público, deben someterse a un proceso expropiatorio para la adquisición de bienes inmuebles, el mismo que inicia con la declaratoria de utilidad pública o de interés público.

En el evento de no llegar a un acuerdo entre la entidad expropiante y el expropiado, se deberá iniciar un juicio de expropiación⁴⁹, en los términos señalados por la Ley, cuyo único propósito será, según manifiesta el artículo 782 del Código de Procedimiento Civil, determinar la cantidad que debe pagarse por concepto de la cosa expropiada, siempre que conste que se trata de expropiación por causa de utilidad pública.

Al ser la expropiación un acto administrativo cuya impugnación puede efectuarse por vía administrativa, por recurso de reposición, o planteando directamente ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo un recurso subjetivo o de plena jurisdicción; o, de haberse violado derechos consagrados en la Constitución o en Tratados e Instrumentos Internacionales por actos ilegítimos derechos subjetivos, su impugnación podrá plantearse vía amparo constitucional, ante el juez constitucional⁵⁰. Esta posibilidad de impugnación por el administrado, como se señaló, únicamente procede por vicios de procedimiento o por discrepancias por el precio a pagarse, ya que el fondo de la expropiación es una atribución señalado por la Constitución y la Ley al Estado.

La expropiación deberá ser ejecutada por la máxima autoridad de de la entidad, en caso de poseer personería jurídica, de lo contrario será la Procuraduría General del Estado, quien proponga el correspondiente proceso de expropiación, conforme lo previsto en el artículo 49 del Reglamento Sustitutivo del Reglamento General de la Ley de Contratación Pública.

⁴⁹ Dentro de la figura de Expropiación se encuentra el juicio de expropiación, el cual es un medio para que el Estado logre la transferencia de dominio a su favor.

⁵⁰ Concordancia.- La nueva Constitución de la República ha desarrollado los efectos del Amparo Constitucional, contemplado en la derogada Constitución Política. Ahora se la ha llamado Acción de Protección, que se la describe a continuación: “**Art. 88.-** La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación”.

1.5.3.6 Contrato de permuta

La codificación del Código Civil, en su artículo 1837, manifiesta: “Permuta o cambio es un contrato en que las partes se obligan mutuamente a dar una especie o cuerpo cierto por otro.”, en el siguiente artículo se agrega “El cambio se reputa perfecto por el mero consentimiento; excepto que una de las cosas que se cambian o ambas sean bienes raíces o derechos de sucesión hereditaria, en cuyo caso, para la perfección del contrato, será necesaria escritura pública”, conociendo a esta acción en la historia como el trueque, la que consistía en el intercambio de bienes, a fin de satisfacer necesidades, en sustitución del dinero como medio de pago. La codificación de la Ley de Contratación Pública, señala el procedimiento a seguirse cuando las entidades públicas requieran efectuar una permuta con particulares, dentro de los procedimientos de excepción según la letra d) del artículo 6 de la citada Ley: “Los de permuta, aun cuando el valor de uno de los bienes exceda hasta en un veinte por ciento del asignado al otro y el correspondiente propietario se obligue al pago de la diferencia”⁵¹. El Reglamento de bienes del sector público, también regula ciertos aspectos, en su artículo 51: “Para la celebración de contratos de permuta se estará a lo dispuesto en la Codificación de la Ley de Contratación Pública, en la Codificación del Código Civil, en las resoluciones de las entidades u organismos competentes de que se trate, y en el decreto ejecutivo que se expida, en los casos que corresponda. El artículo 52, manifiesta respecto de dicho contrato: “Una vez realizados los avalúos de acuerdo con el Art. 18 y emitidos los dictámenes previos que se requieran de acuerdo con la ley, se procederá a la celebración del contrato por escrito, y en los casos que la ley lo establezca, por escritura pública. El contrato así celebrado se inscribirá en los registros respectivos, cuando fuere del caso.”

1.5.3.7 Contrato de fideicomiso con el sector público

⁵¹ Concordancia.- La nueva LOSNCP señala respecto a la permuta: “DISPOSICIONES GENERALES TERCERA: CONTRATOS DE PERMUTA.- Los contratos de permuta no se regirán por esta Ley sino por las normas previstas en el Reglamento General de Bienes del Sector Público y el Código Civil. “

En la Codificación de las Resoluciones del Consejo Nacional de Valores constan disposiciones específicas respecto a los fideicomisos en el sector público, debiéndose atener a estas Resoluciones en lo que le fuera aplicable, así también a las normas que para el efecto expida la Junta Bancaria en el ámbito de su competencia.

En la Codificación se dispone que las entidades del sector público administradoras de negocios fiduciarios deberán obtener la autorización de funcionamiento de parte de la Superintendencia de Compañías y además deberán estar inscritas en el Registro del Mercado de Valores.

El contrato de fideicomiso en el sector público, al ser la contratación de un servicio con una fiduciaria está regulada, por la Codificación de las Resoluciones del Consejo Nacional de Valores y se establece el procedimiento a seguirse para la adjudicación idónea, con un proceso que requiere un Comité de Contrataciones de la entidad quien estará a cargo de la convocatoria, calificación y selección. En la sección II, Capítulo II “Participación del Sector Público en el Mercado de Valores”, en su artículo 7 manifiesta los criterios de valoración de la adjudicación conveniente, siendo estas:

La selección de las casas de valores o asociación de ellas, de la calificadora de riesgo y de la administradora de fondos y fideicomisos será realizada por el comité, fundamentándose principalmente, en los siguientes criterios:

- 1. Capacidad jurídica de la entidad para prestar el servicio requerido.*
- 2. Capacidad técnica, económica y operativa.*
- 3. Experiencia en el negocio.*
- 4. Capacidad técnica y profesional del personal a ser asignado para la prestación del servicio ofertado.*
- 5. Condiciones de la oferta técnica y económica.*
- 6. Certificación de que la entidad no haya sido objeto de sanciones administrativas previstas en los numerales 2 y 3 del artículo 208 de la Ley de Mercado de Valores, en los doce meses anteriores a la convocatoria.*

Ahora bien, en la sección III de las Resoluciones mencionadas, respecto a la participación en negocios fiduciarios y procesos de titularización, se menciona en el artículo 11, que las entidades del sector público podrán también adherirse con posterioridad a un negocio fiduciario ya constituido, de conformidad con la Ley; y, en este caso ya no debe seguirse el trámite de convocatoria, calificación y selección.

Como se vio, el objeto del contrato público, debe estar plenamente regulado, a fin de conocer sus efectos y retomando la frase “en el derecho público solo se puede hacer lo que le está permitido”, la Ley de Mercado de Valores regula el objeto que puede tener el objeto de los negocios fiduciarios en el siguiente artículo 13, sección III, “Participación en negocios fiduciarios y procesos de titularización”:

Los contratos de fideicomiso mercantil y de encargo fiduciario en que participen como constituyentes los organismos y entidades públicas, solo podrán celebrarse para cualquiera de los siguientes objetos:

- 1. Administración de recursos destinados al pago de obligaciones derivadas de contratos estatales ya celebrados por la entidad pública constituyente.*
- 2. Administración o enajenación de activos de propiedad de la entidad pública constituyente, de conformidad con las normas legales aplicables para el efecto.*
- 3. Titularización de activos de propiedad de la entidad pública constituyente, a través del fideicomiso mercantil o fondo colectivo, siempre y cuando se trate de activos cuyo dominio pueda ser transferido, de conformidad con la Ley, por la entidad pública originadora y que generen o sean susceptibles de generar flujos de caja.*

Los negocios fiduciarios no podrán servir de instrumento para realizar actos o contratos que, de acuerdo con las disposiciones legales, no pueda celebrar directamente la entidad pública o mixta como constituyente o en la adhesión a un negocio fiduciario ya constituido.

1.5.3.8 Contrato de Seguros

La contratación de seguros es indispensable para el sector público, para brindar seguridad a los funcionarios dependientes de las entidades públicas, así como a los bienes muebles e inmuebles que pertenecientes al. Por tal razón, al conformar otra forma de contratación requiere de su propia regulación, que en ciertos aspectos difiere de las otras modalidades de contratos. Aurelio Garófalo Salazar⁵² el riesgo de la siguiente manera:

- Accidentes personales.
- Fidelidad Pública.
- Vehículos livianos.
- Vehículos pesados.
- Equipos y Maquinarias.
- Responsabilidad Civil.
- Incendio.

La Ley General de Seguros regula este tipo de contrataciones señalando en su artículo 74: “Para la contratación de seguros, todas las instituciones y entidades del sector público se sujetarán a concurso de ofertas entre empresas de seguros constituidas y establecidas legalmente en el país.” Es decir, como es lógico, la compañía adjudicada emitirá las distintas pólizas de manera general para las distintas entidades; y, durante el proceso de selección de las ofertas remitidas por las diversas aseguradoras no podrá basarse en los precios, sino en el grado de cobertura que estos se comprometan a brindar, a más de lo estipulado en las bases.

⁵² Garófalo, Aurelio. Manual Teórico Práctico de Contratación Pública, ed. Pudeleco, Quito, p.285

CAPÍTULO II LEGISLACIÓN APLICABLE EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA Y LOS DOCUMENTOS O PLIEGOS PRECONTRACTUALES

2.1 LEGISLACIÓN APLICABLE A LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL ECUADOR

La ley aplicable en la legislación ecuatoriana es la Codificación de la Ley de Contratación Pública, publicada en el Registro Oficial No. 272 de 22 de febrero de 2001 y su Reglamento Sustitutivo del Reglamento General de la Ley de Contratación Pública. Esto para el Estado y las entidades del sector público que inicien procesos de contratación tanto en adquisición de bienes, ejecución de obras y la prestación de servicios no regulados por la Ley de Consultoría, cuando sobrepasen el monto de licitación y concurso público de ofertas, es decir, si dicho monto supera el valor que resulte de multiplicar 0,00004 del presupuesto inicial del Estado correspondiente al ejercicio económico (en el 2008 = \$414.306,01, para licitación) y el valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,00002 por el mismo presupuesto inicial del Estado (en el 2008 = \$207.153,01, para el Concurso Público de Ofertas)⁵³.

Cuando las entidades del sector público, realicen procedimiento de contratación que superen los montos antes señalados se regirán al trámite descrito en la Ley, siendo estas entidades las enumeradas en el artículo 118 de la Constitución Política⁵⁴, las cuales son:

⁵³ Concordancia.- En la la nueva LOSNCP se señalan los nuevos montos para las contrataciones (VER ANEXO),

⁵⁴ Concordancia.- La actual Constitución de la República respecto a entidades del Estado señala: “**Art. 225.-** El sector público comprende:

1. Los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social.
2. Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado
3. Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado.
4. Las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos.”

1. Los organismos y dependencias de las Funciones Legislativa, Ejecutiva y Judicial.
2. Los organismos electorales.
3. Los organismos de control y regulación.
4. Las entidades que integran el régimen seccional autónomo.
5. Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado.
6. Las personas jurídicas creadas por acto legislativo seccional para la prestación de servicios públicos.

2.1.1 al margen de las disposiciones de la ley de contratación pública, están aquellas entidades que posean una ley especial⁵⁵, las cuales son

- La Superintendencia de Telecomunicaciones, en virtud de la Ley Especial de Telecomunicaciones,
- Petroecuador, en virtud de la Ley Especial de Petroecuador y sus Empresas Filiales,
- El sistema de seguros privados, en virtud de la Ley General de Seguros,
- Las demás entidades que cuenten con la participación accionaria del Estado, es decir, incluidas entre las personas jurídicas de derecho privado que cuentan con recursos públicos y las personas jurídicas de derecho privado con finalidad social o pública, tales como Andinatel S.A, Pacifictel S.A⁵⁶, etc. que se rigen por las normas del derecho privado, pero sujetas a los controles de la Procuraduría General del Estado y la Contraloría General del Estado.
- Las que se rijan bajo un régimen distinto (internacional), por Contratación Internacional, en virtud de préstamos realizados por los organismos multilaterales de crédito o de otros gobiernos.

⁵⁵ Concordancia.- La nueva LOSNCP, dispone la unificación de las normas relativas a la contratación pública en una misma Ley. Por lo tanto, se derogan el resto de leyes en la regulación contractual. Sin embargo, en casos tales como PETROECUADOR, Andinatel y otras empresas públicas, éstas se someterán a un Régimen Especial. (VER ANEXO).

⁵⁶ Las acciones de Andinatel S.A y Pacifictel S.A, pertenecen al Fondo de Solidaridad, perteneciente a la Administración Central.

- Los contratos de adquisición de fármacos, insumos médicos y material quirúrgico, que celebren las entidades del sector público, incluido el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, que presten servicios de salud, se sujetan al reglamento dictado por el Presidente de la República⁵⁷.

- Pese a que estas entidades tienen su propia Ley o sus propios reglamentos, deben someterse a lo dispuesto a la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado en su artículo 3, letra f) y la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado en su artículo 3. Es decir, se someten a las acciones de control previo y posterior de las entidades de control.

- Tenemos además, la Ley de Consultoría publicada en el Registro Oficial 455 de 5 de noviembre de 2004, la misma que regula las contrataciones por parte del Estado y sus entidades en cuanto a la prestación de servicios especializados, que tengan por objeto identificar, planificar, elaborar o evaluar proyectos de desarrollo, en sus niveles de prefactibilidad, factibilidad, diseño u operación.

- La Ley de Modernización del Estado, está encargada de regular la concesión de servicios públicos, regidas especialmente en el Reglamento de la ley.

Por último, en cuanto al régimen aplicable al ámbito de la contratación pública ecuatoriana, cuando no se sobrepase el monto para el Concurso Público de Ofertas, las mismas entidades se

⁵⁷ Concordancia.- La nueva LOSNCP señala respecto a la compra de fármacos: “**Art. 2.- Régimen Especial.-** Se someterán a la normativa específica que para el efecto dicte el Presidente de la República en el Reglamento General a esta Ley, bajo criterios de selectividad, los procedimientos precontractuales de las siguientes contrataciones:

1. Las de adquisición de fármacos que celebren las entidades que presten servicios de salud, incluido el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social”; y, en el Reglamento a dicha Ley señala: “**Art. 2.- Régimen Especial.-** Para los procesos de contratación señalados en el Art. 2 de la Ley, la máxima autoridad de la entidad contratante, de considerar de manera motivada que no pueden aplicarse los procedimientos precontractuales previstos en dicho cuerpo legal, determinará los procedimientos especiales que se observarán para la selección de los proveedores y para la celebración de los contratos respectivos, de acuerdo a los criterios determinados en los Pliegos...”

someterán a lo dispuesto por sus propios reglamentos, sin perjuicio de las actividades de control y fiscalización por la Contraloría General del Estado⁵⁸.

Todo el aparato legislativo enfocado a la regulación de contrataciones por parte del Estado y sus entidades ya sea con los particulares, con otra entidad pública o con entidades de derecho privado que manejen fondos públicos, está encaminado a crear un marco legal y de procedimiento, a fin de mantener un control previo y posterior de las actuaciones de los funcionarios en sus respectivas áreas de intervención como de los representantes legales de dichas actividades, en cuanto a la aplicación de los principios, antes señalados.

2.2 PRINCIPALES PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA Y ADMINISTRATIVA ECUATORIANA

2.2.1 Procedimientos Comunes

Los procedimientos comunes son aquellos en los cuales se sigue el procedimiento normal de Licitación: Si la cuantía supera el valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,00004 por el monto del presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico; y, de Concurso Público de Ofertas, si el valor referencial del contrato no excede el mismo valor que se señaló anteriormente, pero supera el valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,00002 por el monto del presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico. Esto según lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley. Este procedimiento, como su nombre lo indica, es común y simplemente se sujeta a lo dispuesto por la norma y las bases, sin excepción.

2.2.2 Procedimientos de excepción

Estos procedimientos, están sujetos a decir de su nombre, de excepciones en la aplicación de ciertos parámetros en el proceso precontractual. La Ley de Contratación Pública señala en su artículo 6, a las circunstancias bajo las que se sigue un procedimiento por excepción⁵⁹:

⁵⁸ Concordancia.- Se ha mantenido, la reglamentación propia institucional al tratarse de montos menores, sin embargo, los montos se han modificado con la nueva Ley. (VER ANEXO).

- a) *Los que sean necesarios para superar **emergencias graves** que provengan de fuerza mayor o caso fortuito y que solo sirvan para solucionar los daños que aquellas hayan producido o prevenir los que puedan suscitar;*
- b) *Los requeridos para la ejecución de proyectos prioritarios que se celebren en **aplicación de convenios con gobiernos extranjeros que ofrezcan financiamiento en términos concesionarios y ventajosos para el país, o por organismos multilaterales de los cuales el Ecuador sea miembro, en este caso se estará a lo dispuesto en el artículo 53 de esta ley.***

Los requeridos para la ejecución de obras, prestación de servicios o adquisición de bienes que se celebren con financiamiento de créditos otorgados por el sector privado "extranjero, como resultado de la aplicación de convenios o compromisos suscritos con otros gobiernos", en base a un pedido formal del Gobierno del Ecuador;

- c) *Los calificados por el Presidente de la República como necesarios para la **seguridad interna y externa del Estado**, y cuya ejecución esté a cargo de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional;*
- d) *Los de **permuta**, aun cuando el valor de uno de los bienes exceda hasta en un veinte por ciento del asignado al otro y el correspondiente propietario se obligue al pago de la diferencia;*
- e) *Aquellos cuyo objeto sea la ejecución de una **obra artística literaria o científica**;*
- f) *Los de **transporte de correo internacional**, que se rigen por los convenios de la Unión Postal Universal, Unión Postal de las Américas y España; y, los de transporte interno de correo, que se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias dictadas para el efecto;*
- g) *Aquellos cuyo proceso precontractual establecido en esta ley fuere **declarado desierto después de la reapertura y fueren calificados como urgentes** por el Presidente de la República, salvo lo previsto en el literal d) del artículo 29 de esta ley;*

⁵⁹ Concordancia.- La nueva LOSNCP, respecto a los procedimientos de excepción o especiales se clasifican en el Art. 2 de dicha Ley (VER ANEXO).

- h) Los de adquisición de repuestos o accesorios que se requieran para el mantenimiento de equipos y maquinarias a cargo de las instituciones públicas;*
- i) Los que, por leyes especiales, estén exonerados de licitación y concurso público de ofertas;*
- j) Los de adquisición de bienes respecto a los cuales se comprobaré que son únicos en el mercado, que tienen un solo proveedor o que implican la utilización de patentes o marcas exclusivas y que no admiten alternativas de solución;*
- k) Los que celebren el Estado con entidades del sector público, éstas entre sí, o aquel o éstas con empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en las dos terceras partes, a entidades de derecho público o de derecho privado con finalidad social o pública.*

Como vemos la excepción de los procedimientos precontractuales, se puede dar por motivos de tipo circunstancial o por su naturaleza. En el primer caso, tenemos los relacionados con la urgencia en la contratación, sea por emergencias que provengan de fuerza mayor o caso fortuito; o, por seguridad interna y externa del Estado, siendo razonable sujetarse a una contratación más ágil y excepcionarse de algunos pasos y de los tiempos que manda la Ley a fin de apresurar una contratación que requiere, puede ser esta por ejemplo, la no convocatoria por la prensa, sino a través de invitación directa, a fin de proceder de manera inmediata con el bien o servicio requerido. En el segundo caso tenemos aquellos que por su naturaleza no dan lugar a concurso o licitaciones, el caso de los bienes respecto a los cuales se comprobaré que son únicos en el mercado, que tienen un solo proveedor. Otro ejemplo es la ejecución de obras artísticas, es decir, si la Administración requiere de la entrega de una obra de un artista determinado, es obvio pensar que tampoco puede abrirse un proceso en razón de que el objeto no es una obra, sino la ejecución del artista de una obra. Así mismo, es lógico pensar que no se puede dar un proceso cuando un gobierno o un organismo multilateral de crédito, exprese su voluntad de donación o de préstamo a nuestro país, dicho contrato tampoco podrá estar sujeto de selección.

En el último párrafo de este artículo 6 de la Ley, se dispone que será la máxima autoridad o el representante legal de la entidad el responsable por la celebración de los contratos de excepción, así mismo el artículo 5 del Reglamento Sustitutivo de la Ley de Contratación

Pública, en su último párrafo señala que la adjudicación realizada por la máxima autoridad deberá estar debidamente fundamentada.

Cuando se trate de un procedimiento por excepción, se aplicarán las reglas contempladas en la Ley, siempre y cuando los montos sobrepasen el Concurso Público de Ofertas, caso contrario se seguirá el procedimiento contemplado en la propia entidad.

2.2.3 Reglamento de Contratación de Petroecuador y sus Empresas Filiales⁶⁰

Este reglamento contempla disposiciones especiales para los casos de excepción, dentro de PETROECUADOR, por ejemplo:

Art. 23.- CONTRATACIÓN DIRECTA.- Se adoptará este proceso de excepción en los siguientes casos:

a) Para superar situaciones que provengan de fuerza mayor, caso fortuito, emergencias previamente calificadas, mediante resolución por el Presidente Ejecutivo en PETROECUADOR o los vicepresidentes en las empresas filiales;

b) Para la adquisición de bienes o la provisión de servicios, que son únicos en el mercado, que tienen un solo proveedor o que implican la utilización de patentes o estandarización de marcas; así como aquellas que se realicen en el exterior con el fabricante y el mantenimiento y reparación en taller autorizado por el fabricante, calificada previamente por el Presidente Ejecutivo en PETROECUADOR o los vicepresidentes en las empresas filiales;

2.3 PROCEDIMIENTOS Y DOCUMENTOS PRECONTRACTUALES REQUERIDOS PARA LA ADJUDICACIÓN

⁶⁰ Concordancia.- Como se señaló, la LOSNCP unifica en esta sola Ley, los procedimiento precontractuales y contractuales. En tal virtud, fueron derogadas todas las disposiciones relativas en contratación. (VER ANEXO).

Señalaremos de manera muy sucinta los pasos a seguirse para realizar una contratación siguiendo el Concurso Público de Ofertas o Licitación:

2.3.1 La certificación de fondos

Luego de finalizados los estudios previos técnicos, legales y económicos realizados a fin a contratar, ya sea para la ejecución de una obra determinada, adquisición de bienes o prestación de servicios, se debe contar con los fondos necesarios como requisito fundamental y esto se lo comprueba por medio de un documento proveniente de la dirección financiera o quien haga sus veces, a fin de que certifique que existen fondos suficientes para cubrir los gastos de la contratación. En este documento debe constar, según dispone el artículo 15 de la Ley de Contratación Pública⁶¹, el número de la partida y los recursos disponibles a la fecha de la suscripción del documento. Debe señalarse, que en los casos de los contratos cuya ejecución fuese sucesiva, por ejemplo, la construcción de una carretera, la cual tenga un plazo para su terminación de 2 años; y, al no tener la entidad aún los fondos para cubrir las relaciones contractuales hasta esa fecha, bastará un documento en el que la entidad se comprometa que de los fondos correspondientes al siguiente o siguientes años del ejercicio fiscal, se destinará el valor correspondiente, para cubrir el saldo restante de sus obligaciones.

2.3.2 Los documentos o pliegos precontractuales

En la siguiente etapa, la entidad contratante, deberá elaborar o contar de manera previa con los documentos bases del concurso o licitación. Estos documentos forman la columna vertebral del proceso, en cuanto a los parámetros y requisitos mínimos, a fin de que los posibles oferentes y la entidad contratante los cumplan de manera obligatoria e íntegra debido a su

⁶¹ Concordancia.- La nueva LOSNCP, respecto a la certificación de fondos manifiesta: “**Art. 90.-** Certificación de Recursos.- Para todos aquellos casos en que la Entidad Contratante decida contraer obligaciones de erogación de recursos por efecto de contratos complementarios, obras adicionales u órdenes de trabajo, de manera previa a su autorización deberá contarse con la respectiva certificación de existencia de recursos para satisfacer tales obligaciones.”

interés general. A decir de Dromi⁶², los documentos precontractuales también llamados pliegos de condiciones, son la principal fuente de donde se derivan los derechos y obligaciones de las partes. El mismo jurista argentino, las define como el conjunto de cláusulas formuladas unilateralmente por el licitante, que estas deben especificar su objeto, siendo las pautas que regirán el contrato a celebrarse. Es vital la observancia de los parámetros mínimos necesarios en la elaboración de estos documentos, ya que no es conveniente adicionar requisitos que no puedan cumplir los oferentes, ya que de lo contrario no se podrá adjudicar el contrato, debiéndose declarar desierto el proceso.

En los casos de excepción como se lo dijo anteriormente, existe la posibilidad de realizar la invitación directa, es decir, el contenido de la invitación hará las veces de bases del proceso, debiéndose sujetar a estas disposiciones y cumplirlas también de manera obligatoria.

2.3.3 La convocatoria

La convocatoria, es la aplicación del principio de publicidad, a fin de cumplir el principio de concurrencia, es decir, que se presenten la mayor cantidad de adquirentes de los documentos precontractuales y en consecuencia de oferentes. La convocatoria debe estar efectuada conforme lo regula la Ley de Contratación Pública⁶³, la cual manda que la convocatoria sea publicada por tres días consecutivos en dos periódicos de mayor circulación nacional, editados en dos ciudades diferentes. Esta disposición, no va acorde con la era de la globalización, la cual ha evolucionado y la divulgación de la información se ha facilitado y agilitado. Por ejemplo, la intención del legislador respecto a que la publicación se realice en diarios editados en diferentes ciudades, era para que la convocatoria del proceso se divulgue a nivel nacional,

⁶² Dromi, Roberto. "Derecho Administrativo", ed. Ciudad Argentina, 6ma edición. Buenos Aires. 1997

⁶³ Concordancia.- La LOSNCP "Art. 39.- Contratación mediante concurso público.- Cuando el presupuesto referencial del contrato sea igual o superior al valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,000015 por el monto del Presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico, la entidad contratante realizará la convocatoria pública a través del Portal www.compraspublicas.gov.ec, para que los interesados, registrados en el RUP, presenten sus ofertas, dentro del término previsto en los pliegos, del mismo que no podrá exceder de treinta días..."

pero por un lado tenemos que el contenido de los diarios no solo que está ya divulgada y actualizada a nivel nacional por el Internet, sino a nivel mundial también. Deberá reformarse a su debido tiempo, disposiciones en las cuales se cumpla con el requisito de publicidad, sin que su rigurosidad como la manifestada en la Ley, cause elevados gastos y demoras en el trámite. En la convocatoria se debe señalar el lugar para retirar los documentos precontractuales (los cuales por lo general tendrán un costo, a manera de inscripción); y, el lugar, hora y fecha de recepción de las ofertas, el presupuesto referencial con la respectiva descripción de la partida presupuestaria, la descripción del objeto del contrato, la forma de pago y plazo máximo de cumplimiento.

En caso de prorrogarse la fecha de presentación de las ofertas, se lo deberá advertir en una publicación en los mismos medios de comunicación.

2.3.4 Aclaraciones

Esta etapa posiblemente, es la única en que por medio de la expresión de los oferentes, estos pueden participar en el proceso, facultándose que, como producto de las aclaraciones que se hagan, se cambien ciertos aspectos en los documentos precontractuales, por conveniencia. Las aclaraciones, pueden realizarse, hasta la mitad del término previsto (con las ampliaciones si las hubiere); y, a su vez el Comité de Contrataciones⁶⁴ tendrá hasta máximo las dos terceras partes del término señalado (con las ampliaciones si las hubiere) para dar contestación a dichas inquietudes, en las cuales podrán constar modificaciones en ciertos aspectos, los mismos que serán vinculantes para las partes⁶⁵.

⁶⁴ VER ANEXO.

⁶⁵ Concordancia.- El artículo 31, en el quinto párrafo manifiesta: “Los interesados podrán realizar preguntas y solicitar aclaraciones sobre los pliegos a la entidad convocante. Las preguntas, las aclaraciones, las respuestas y las modificaciones a los pliegos, en caso de existir, se publicarán en el portal COMPRASPUBLICAS”.

2.3.5 De la propuesta u oferta

Las propuestas deberán ser entregadas en el lugar, fecha y hora conforme lo señala la convocatoria. Este requisito se debe cumplir sin excepciones y en sobre cerrado de modo que no pueda conocerse su contenido antes de la apertura oficial, la que se hará ante el secretario del comité quien dejará constancia de su recepción. La Ley de Contratación Pública, artículo 21⁶⁶, enumera los documentos mínimos que deberá contener la propuesta u oferta, sin perjuicio de los otros documentos o requisitos señalados en las condiciones precontractuales, siendo estos los siguientes:

- a) La carta de presentación y compromiso, según el modelo preparado por la entidad;*
- b) El certificado de la Contraloría General del Estado, sobre el cumplimiento de contratos;*
- c) Los documentos que acrediten el estado de situación financiera y la capacidad del oferente para ejecutar el contrato y la disponibilidad de los equipos, todo conforme lo previsto en los documentos precontractuales;*
- d) La propuesta según el formulario que conste en los documentos precontractuales;*
- e) El cronograma valorado de trabajo y el análisis de los precios unitarios de cada uno de los rubros, en caso de ejecución de obra o prestación de servicio; o si se trata de adquisición de bienes, el plazo de entrega de éstos;*
- f) El original de la garantía de seriedad de la propuesta para asegurar la celebración del contrato, por el 2% del presupuesto referencias establecido por la institución, en una de las formas determinadas por esta ley; y,*
- g) Los demás documentos que se exijan para cada caso.*

⁶⁶ Concordancia.- La LOSNCP respecto a los documentos que deben ser presentados, así mismo deben estar contemplados en los documentos precontractuales, pero bajo los modelos del Instituto: “Art. 624. Pliegos: Documentos precontractuales elaborados y aprobados para cada procedimiento, que se sujetarán a los modelos establecidos por el Instituto Nacional de Contratación Pública”. Estos documentos eran exigidos, según la Ley de Contratación Pública, con la nueva Ley se modifican estas exigencias, tales como la eliminación de la garantía de seriedad de la oferta, la certificado de la Contraloría General del Estado, entre otros.

Los documentos deberán presentarse foliados y rubricados por el proponente, en originales y copias certificadas por autoridad competente.

Los oferentes, adquieren esta calidad, una vez que han presentado las propuestas y con la sola adquisición de los documentos precontractuales, se los denomina únicamente “adquirentes de los documentos precontractuales”, ya que puede darse el caso, que adquieran los documentos sin que se lleguen a presentar como oferentes.

2.3.6 Comisión Técnica e informe de la Comisión Técnica⁶⁷

Es obligatorio, para el Comité de Contrataciones⁶⁸ conformar una comisión técnica con integrantes diferentes al mismo comité, a fin de que realicen un análisis de las ofertas presentadas, tanto en temas técnicos, económicos y legales. Su análisis, no se deberá reflejar en opiniones o comentarios, sino en un análisis objetivo, respecto a las ofertas a través de cuadros comparativos, salvo los casos tramitados por excepción, los cuales no tienen la obligación de conformar la comisión técnica, pero la máxima autoridad puede conformarla para recibir una recomendación. El siguiente paso, es entregar el informe elaborado por la

⁶⁷ Concordancia.- La nueva LOSNCP, respecto a la Comisión Técnica señala: “**Art. 42.-** Comisión Técnica.- Para la realización de concursos públicos y contratación por lista corta, la dependencia, entidad u organismo respectivo conformará, en cada caso, una Comisión Técnica que tome a su cargo y responsabilidad el llevar adelante los procesos previstos para cada concurso, la que deberá actuar de conformidad con los pliegos aprobados para el efecto. De ser necesario se podrá conformar una o más subcomisiones de apoyo a la Comisión Técnica.

Corresponde a la máxima autoridad de cada dependencia o entidad que convoque al concurso de consultoría, aprobar en armonía con esta Ley y su Reglamento general, los Pliegos, Términos de Referencia, presupuesto referencial y demás documentos del concurso. Son atribuciones de la Comisión Técnica, calificar, seleccionar y negociar con los consultores oferentes.

En determinados casos, debido a la complejidad y magnitud de los trabajos de consultoría requeridos, la máxima autoridad de la Institución podrá convocar a procesos de precalificación de consultoría o presentación de manifestaciones de interés. El Reglamento a la presente Ley establecerá las normas para viabilizar estos procesos.

⁶⁸ Concordancia.- La LOSNCP elimina al Comité de Contrataciones; y, su función de adjudicación la asume únicamente la máxima autoridad de la entidad o institución.

Comisión Técnica, a todos los oferentes, para que estos realicen las observaciones únicamente respecto a sus ofertas, las cuales serán tomadas en cuenta para la adjudicación, aceptándolas o rechazándolas.

2.3.7 La adjudicación

La adjudicación siempre deberá estar debidamente motivada, ya que se trata de un acto administrativo cuyos elementos a decir de Dromi, están en que se trata de declaraciones unilaterales efectuadas en ejercicio de las funciones administrativas que produce efectos jurídicos directos⁶⁹. El Art. 65 del Estatuto del Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva, define a acto administrativo, de la siguiente manera: “Es toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma directa.”

Una decisión de la máxima autoridad o de un Comité de Contratación debe estar debidamente fundamentada, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 31, de la Ley de Modernización del Estado: “Todos los actos emanados de los órganos del Estado, deberán ser motivados. La motivación debe indicar los presupuestos de hecho y las razones jurídicas que han determinado la decisión del órgano, en relación con los resultados del procedimiento previo. La indicación de los presupuestos de hecho no será necesaria para la expedición de actos reglamentarios.” A esto es que Roberto Dromi llama los “presupuestos” o “razones” del acto; y, sin una debida motivación el mismo autor⁷⁰ manifiesta que la falta de motivación implica no solo vicio de la forma, sino también, y principalmente vicio de arbitrariedad...” Todo esto conlleva, a que la adjudicación es susceptible de impugnación en las distintas vías que otorga la normativa a los administrados.

La adjudicación, como acto administrativo, debe seguir un orden normativo dado por la Ley, es decir, en este caso la conformación de una Comisión Técnica de análisis de las ofertas, a fin

⁶⁹ Dromi, Roberto, Derecho Administrativo, ed. Ciudad Argentina, 10ma edición, 2004, pp. 220, 221, 222, 223.

⁷⁰ Dromi, Roberto, Derecho Administrativo, ed. Ciudad Argentina, 10ma edición.2004 p. 377

de que este elabore un informe sobre las características, técnicas, legales y económicas; y, solo en los casos en que el Comité solicite una opinión a la Comisión, esta podrá, emitirla, respecto de las aclaraciones formuladas por los oferentes respecto al Informe de la Comisión Técnica.

La adjudicación es un acto administrativo; el Informe, en cambio, es llamado “simple acto de la administración”, “informe” o “dictamen” por el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva”. Este informe únicamente sirve como documento de apoyo, no tiene fuerza obligatoria y no es susceptible, por definición, de impugnación por las partes a través de recursos administrativos, como el recurso de reposición o de apelación ni menos por el recurso subjetivo o de plena jurisdicción. No obstante, como se ha observado, los oferentes sí pueden realizar observaciones sobre la exactitud del contenido del informe en sus aspectos aritméticos, matemáticos, técnicos, etc. Sin embargo, la adjudicación deberá motivarse sobre la base de dicho informe, con las respectivas aclaraciones de los oferentes. En caso de que el comité de contrataciones se aparte de las apreciaciones de la comisión técnica deberá motivar suficientemente sus razonamientos. En otras palabras, si bien por Ley la elaboración del Informe de la Comisión Técnica es obligatoria, por otro lado el Informe no es vinculante para la autoridad o Comité competente para la Adjudicación. Por último, la notificación es un requisito del acto administrativo, el mismo que carece de eficacia mientras no se lo realice; en consecuencia, el Comité podría declarar desierto el concurso aunque haya adjudicado con anticipación el contrato, siempre y cuando tal adjudicación no haya sido notificada al adjudicatario⁷¹.

⁷¹ Concordancia.- La nueva LOSNCP, respecto a la adjudicación y Comisión Técnica, se modifican aspectos. (VER ANEXO).

CAPÍTULO III LA EJECUCIÓN, GARANTÍAS Y TERMINACIÓN DE LOS CONTRATOS

3.1 ETAPA CONTRACTUAL

Una vez, transcurrido proceso de selección, el Comité de Contrataciones o la autoridad que corresponda según el caso, debe suscribir el contrato, previo la recepción de las garantías por parte del contratista, las cuales se analizarán más adelante.

El contratista adjudicado, deberá de manera inmediata comenzar con los trabajos contratados si se trata de una ejecución de obra. Sin embargo, en los documentos precontractuales y en el proyecto de contrato, se suele estipular que el plazo de la entrega de la obra comenzará a correr a partir de la fecha de entrega del anticipo (el cual puede variar siendo el 50%, 75%, etc.), esto puede resultar conveniente para el contratista ya que si el plazo recurre a partir de la suscripción del contrato, debido a los trámites que en ocasiones pueden llegar a tardar mucho y en consecuencia el pago del anticipo puede postergarse, mientras el plazo de ejecución seguirá transcurriendo. Por otro lado, el pago de la diferencia, se lo realiza conforme los avances en la obra, mediante planillas aprobadas por el fiscalizador de la obra, en los casos de ejecución de obra pública, en períodos mensuales, bimensuales, como se hayan acordado para el efecto, hasta su total ejecución. En las adquisiciones de bienes, el saldo se paga generalmente a la entrega de los mismos en pleno funcionamiento.

3.2 EL PROYECTO DE CONTRATO

Al momento de la suscripción de los contratos públicos, se imponen ciertos requisitos, al igual que los contratos civiles, como lo son los siguientes:

- El proyecto de contrato deberá elaborarse en forma de minuta, ante notario público cuando su monto excede de ciertas cantidades, debiendo advertir que según las disposiciones de la

Ley Notarial, no se puede entregar directamente a un notario para su otorgamiento, sino que procede un “sorteo”.

- Se deben presentar los documentos habilitantes, que acrediten la comparecencia de las partes, en caso de ser el representante legal de una compañía, corporación, etc., deberá incluirse el nombramiento inscrito en el registro mercantil, el certificado de disponibilidad de fondos emitido por la entidad contratante, los documentos precontractuales y la oferta adjudicada.

- Los demás documentos que deberán presentarse previa la suscripción señalados por la Ley, el reglamento y los documentos precontractuales, tal como aquellos documentos que habilitan a las personas naturales o jurídicas a celebrar contratos con el Estado, como por ejemplo: el Certificado de la Contraloría General del Estado de no ser adjudicatario o contratista fallido; y, en general todos los certificados que acrediten que el contratista no se encuentra incurso en las prohibiciones para contratar con el Estado⁷².

3.2 LAS GARANTÍAS

Benjamín Herrera⁷³, define a las garantías de la siguiente manera: “...son una relación extracontractual entre el Estado y una compañía de seguros que, dentro de su actividad, contrata con un tomador que se llama contratista, la adopción de un riesgo, siendo el Estado beneficiario.”

Tenemos respecto a las garantías otra de las imposiciones de Ley a los contratistas, para la celebración de los contratos, esto con la finalidad de asegurar su cumplimiento, los anticipos otorgados en el caso de haberlos o el de las garantías sea de los materiales utilizados en la ejecución de obras como de los bienes suministrados, lo cual deberá estar estipulado en las

⁷² Concordancia.- La nueva LOSNCP, reforma respecto los certificados y documentos para personas naturales o jurídicas, ciertos aspectos para la habilitación para los posibles contratistas. (VER ANEXO).

⁷³ Herrera, Benjamín, Contratos Públicos, Gustavo Ibáñez, Bogota, p. 357.

cláusulas contractuales, siendo esta otra de las cláusulas exorbitantes, propias del derecho público⁷⁴.

3.3.1 Características de las Garantías

Las características que deben reunir las garantías del sector público, para la adopción de riesgos son: incondicionales, irrevocables y de cobro inmediato, sin cláusula de trámite administrativo previo, bastando para su ejecución, el requerimiento de la entidad beneficiaria de la garantía excepto en las garantías de depósito en moneda que se consigna en una cuenta especial a la orden de la entidad contratante; primera hipoteca de bienes raíces, siempre que el monto de la garantía no exceda del sesenta por ciento del valor del inmueble hipotecado; los depósitos de bonos del Estado, , así como las letras de cambio y las fianzas personales. En otras legislaciones se aceptan los cheques certificados, que no son reconocidos por la legislación ecuatoriana⁷⁵. Adicionalmente a estas características, Benjamín Herrera también señala la proporcionalidad de los valores de las garantías que deben estar previamente estipuladas en los documentos precontractuales y que el contrato de seguro debe estar en concordancia con los riesgos que se corren⁷⁶.

Dentro de las características que deben reunir las garantías de la contratación pública estas deben hacerse efectivas con el solo requerimiento de la entidad contratante. Sin embargo, independientemente de que la garantía o las garantías se hagan efectivas, es responsabilidad de la entidad contratante que se realice el trámite interno correspondiente, fundamentado y motivado; para los fines jurisdiccionales. Por ejemplo, para ejecutar las garantías de fiel

⁷⁴ Concordancia.- La nueva LOSNCP señala: “**Art. 70.-** Administración del Contrato.- Los contratos contendrán estipulaciones específicas relacionadas con las funciones y deberes de los administradores del contrato, así como de quienes ejercerán la supervisión o fiscalización.

En el expediente se hará constar todo hecho relevante que se presente en la ejecución del contrato, de conformidad a lo que se determine en el Reglamento. Especialmente se referirán a los hechos, actuaciones y documentación relacionados con pagos; contratos complementarios; terminación del contrato; *ejecución de garantías*; aplicación de multas y sanciones; y, recepciones”.

⁷⁵ Codificación de la Ley de Contratación Pública, art. 73.

⁷⁶ *Ibíd.*

cumplimiento, es decir, las relativas al incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del contratista su ejecución debe sustanciarse en un procedimiento adecuado o debido proceso para concluir con las relaciones contractuales, con todos los pasos y etapas requeridas tales como notificaciones, motivación, descargo de pruebas, tiempos, resoluciones, etc. Su única finalidad es establecer que en sede administrativa se haya procedido correctamente, ya que es en esta instancia donde se configura el acto administrativo de la terminación del contrato. En el caso de examinarse este procedimiento en la etapa judicial, la comprobación de la existencia de vicios en este trámite administrativo, podría conllevar a que en la sentencia se determine la nulidad o revocatoria del mismo y con ello las consecuencias negativas, tanto por daños y perjuicios, error en el cobro de garantías, etc.

3.3.2 Clases de garantías

Para los procesos precontractuales y contractuales los contratistas están obligados a rendir las siguientes garantías:

3.3.3 Garantía de seriedad de la oferta

Esta garantía debe formar parte de las ofertas y sirve para que el oferente se comprometa a suscribir el contrato en caso de ser adjudicado. En efecto, estos procesos comprometen gastos económicos y de tiempo y la adjudicación “fallida” obligaría a la entidad pública a repetir el proceso, con los perjuicios consiguientes⁷⁷.

3.3.4 La garantía de fiel cumplimiento

Esta garantía tiene la finalidad de asegurar el cumplimiento oportuno y eficaz de las relaciones contractuales a favor de la entidad pública y de terceros, que según el Reglamento Sustitutivo del Reglamento General de la Ley de Contratación Pública artículo 83, numeral 2, deberá ser ejecutada en los siguientes casos:

- a) *Cuando haya resolución de terminación unilateral del contrato, de acuerdo con lo establecido en la ley;*
- b) *Cuando así se lo ordene en sentencia ejecutoriada de Juez competente;*

⁷⁷ Concordancia.- La garantía de seriedad de la oferta ya no es contemplada por la nueva LOSNCP; y, por lo tanto, ya no es exigible.

- c) Cuando el contratista obligado a renovarla no lo hiciere, en su oportunidad; y,*
- d) Para responder por las obligaciones que se contrajeran a favor de terceros, declarada judicialmente.*

Esta garantía debe ser exigida previamente a la suscripción del contrato, según dispone el artículo 68 de la Ley⁷⁸, con la excepción que impone ese mismo artículo en su último párrafo: “No se exigirá este tipo de garantía en los contratos de compraventa de bienes inmuebles, de permuta, de seguro y de adquisición de bienes muebles que se entreguen al momento de efectuarse el pago.” (Lo resaltado es mío)

3.3.5 La garantía por anticipo

En los casos en que la entidad entregue al contratista un anticipo en dinero para el cumplimiento del contrato, la contraparte debe otorgar una garantía que asegure el buen uso del mismo. Por lo general, la entrega del anticipo debe regularse de manera previa en los documentos precontractuales para que de esta manera, el contratista, prevea la forma y cálculo para la ejecución del contrato, ya sea para los contratos que por su naturaleza se traten de ejecuciones por etapas, por ejecución de obras o por adquisición de bienes, dicha garantía es exigida por el artículo 69 de la Ley⁷⁹.

3.3.6 Garantía técnica para ciertos bienes

Esta garantía se exige únicamente en los “contratos de adquisición, provisión o instalación de equipos, maquinaria o vehículos, o de obras que contemplen aquella provisión o instalación, para asegurar la calidad y buen funcionamiento de los mismos. Se exigirá además, al momento

⁷⁸ Concordancia.- En el Art. 74 de la nueva LOSNCP, regula aspectos de las garantías de fiel cumplimiento en los mismo términos de la derogada Ley.

⁷⁹ Concordancia.- La nueva LOSNCP, respecto a la garantía para asegurar el anticipo señala: “**Art. 75.-** Garantía por Anticipo.- Si por la forma de pago establecida en el contrato, la Entidad Contratante debiera otorgar anticipos de cualquier naturaleza, sea en dinero, giros a la vista u otra forma de pago, el contratista para recibir el anticipo, deberá rendir previamente garantías por igual valor del anticipo, que se reducirán en la proporción que se vaya amortizando aquél o se reciban provisionalmente las obras, bienes o servicios. Las cartas de crédito no se considerarán anticipo si su pago está condicionado a la entrega - recepción de los bienes u obras materia del contrato.

El monto del anticipo lo regulará la Entidad Contratante en consideración de la naturaleza de la contratación.”

de la suscripción del contrato y como parte integrante del mismo, una garantía del fabricante, la que se mantendrá vigente de acuerdo con las estipulaciones establecidas en el contrato. Estas garantías, según el artículo 70 de la Ley⁸⁰, se pueden sustituir por la entrega de las garantías previstas en la Ley por igual valor del bien a suministrarse, si así lo permiten o facultan las bases del proceso; y, entrarán en vigencia a partir de la entrega recepción del bien. Por ejemplo, una garantía que presenta el distribuidor autorizado de una concesionaria por la venta de sus vehículos, hasta los 100.000 km.

3.3.7 La garantía por la debida ejecución de la obra

El artículo 71⁸¹ lo define como: “En los contratos de obra, para asegurar su debida ejecución y la buena calidad de los materiales, además de la garantía de fiel cumplimiento del contrato, el contratista antes del cobro de la primera planilla o del anticipo entregará al contratante una garantía del cinco por ciento (5%) del monto del contrato.

La garantía que por este porcentaje entregue el contratista servirá para asegurar las reparaciones o cambios de aquellas partes de la obra en la que se descubran defectos de construcción, mala calidad o incumplimiento de las especificaciones, imputables al contratista.”

3.3.8 Ejecución de las garantías

El artículo 83 regula como se ejecutan estas garantías así:

1. La garantía de seriedad de oferta⁸² podrá ser ejecutada solo cuando el adjudicatario se negare a suscribir el contrato, se hallare impedido para hacerlo, o cuando debiendo renovarla, no lo hiciere oportunamente;

⁸⁰ Concordancia.- La nueva LOSNCP regula esta garantía en el Art. 76, en los mismo términos que la derogada Ley de Contratación Pública.

⁸¹ Concordancia.- La nueva LOSNCP no señala nada respecto a la “garantía por debida ejecución de la obra”. Unifica la utilidad de esta garantía, dentro de las “garantías de fiel cumplimiento”; y, así lo señala el Art. 74 de dicha Ley: “...esta garantía se constituirá para garantizar el cumplimiento del contrato y las obligaciones contraídas a favor de terceros y para asegurar la debida ejecución de la obra y la buena calidad de los materiales, asegurando con ello las reparaciones o cambios de aquellas partes de la obra en la que se descubran defectos de construcción, mala calidad o incumplimiento de las especificaciones, imputables al proveedor.”

⁸² Concordancia.- Como se mencionó, esta garantía ya no la contempla la nueva LOSNCP.

2. La garantía de fiel cumplimiento podrá ser ejecutada solo:

- a) Cuando haya resolución de terminación unilateral del contrato, de acuerdo con lo establecido en la ley;
- b) Cuando así se lo ordene en sentencia ejecutoriada de Juez competente;
- c) Cuando el contratista obligado a renovarla no lo hiciere, en su oportunidad; y,
- d) Para responder por las obligaciones que se contrajeren a favor de terceros, declarada judicialmente.

3. La garantía de buen uso del anticipo será ejecutada cuando al efectuarse la liquidación del contrato y el contratista sea requerido para la devolución de los valores no devengados de dicho anticipo y este no accediere.⁸³

3.3 SANCIONES Y MULTAS

Dice Herman Jaramillo⁸⁴ que “la administración para lograr la ejecución oportuna de un contrato, puede imponer unilateralmente sanciones pecuniarias del contratista. Mediante la estipulación de esta cláusula la multa sirve para conminar al contratista a que se someta estrictamente al cumplimiento de sus obligaciones de acuerdo con los plazos previstos o cuando ocurra mora o incumplimiento parcial del contrato”. En consecuencia, la obligatoriedad de la introducción de la cláusula de multas es otra de las expresiones respecto a las prerrogativas estatales, de las cláusulas exorbitantes. Es por ello, que en los modelos de contratos y en los informes de proyectos de contratos, la Procuraduría General del Estado y de la Contraloría General del Estado, requieren la constancia de dicha cláusula, toda vez que la Ley de Contratación Pública no lo exige expresamente. Sin embargo, el artículo 104, letra c)⁸⁵

⁸³ Concordancia, la LOSNCP en cuanto a la devolución de las garantías señala “**Art. 77.-** Devolución de las Garantías.- En los contratos de ejecución de obras, la garantía de fiel cumplimiento se devolverá al momento de la entrega recepción definitiva, real o presunta. En los demás contratos, las garantías se devolverán a la firma del acta recepción única o a lo estipulado en el contrato”.

⁸⁴ Herman Jaramillo Ordoñez, Manual de Contratación Pública, Facultad de Jurisprudencia, Universidad de Loja, 1996. p. 28

⁸⁵ Concordancia.- La nueva LOSNCP esta disposición está contemplada, en el numeral 3, en el Art. 94, en los mismos términos.

de las causales para la terminación unilateral del contrato, señala: “Si el valor de las multas supera el monto de la garantía de fiel cumplimiento, del contrato”.

Las multas imponen un porcentaje a pagar del valor total del contrato. Por ejemplo⁸⁶ esta cláusula regularmente se redacta al siguiente tenor:

** Por cada día de retardo en la terminación de los trabajos, se aplicará como multa la cantidad de 1 por mil, del monto del contrato.*

**Además, el Contratante sancionará al Contratista, con multa de diarios en los siguientes casos:*

1) Si no dispone del personal técnico u operacional o del equipo de construcción, o por el retiro no autorizado de los mismos, de acuerdo a los compromisos contractuales.

2) Si el Contratista no acatare las órdenes de la fiscalización y durante el tiempo que dure este incumplimiento.

3) Cuando intencionalmente el Contratista obstaculice los trabajos de otros contratistas o de los trabajadores del Contratante.

4) El Contratante retendrá al Contratista, en cada ocasión con el ...%, por cada día de incumplimiento del cronograma.

5) Las multas no se aplicarán en el evento de caso fortuito o fuerza mayor, de conformidad con lo previsto en el artículo 30 de la Codificación del Código Civil, debidamente comprobado y aceptado por la Contratante.

6) Por incumplimiento injustificado de los plazos parciales, es decir, si bien no se incumple aún el plazo global para la ejecución del contrato, los plazos parciales son también un parámetro de evaluación del contrato, sometido a sanciones o multas por su retraso o incumplimiento.

Si el valor del contrato global es de \$400.000 y se estipula en las bases y proyecto de contrato que se impondrá el 1 x 1000 por cada día de retraso, esto significaría que el valor de la multa diaria (400.000 / 1000), resultaría de \$400. Así mismo, en razón de lo anterior, siguiendo el mismo ejemplo, si estas multas sobrepasan la garantía de fiel cumplimiento (esta garantía debe

⁸⁶ Modelos de Documentos Precontractuales de la Contraloría General del Estado. Marzo de 2001

ser del 5%), estos es \$20.000; el contratante podrá terminar de manera unilateral y anticipada el contrato. El atraso también puede ser parcial, es decir, que el contratista se obliga a entregar por etapas la ejecución del contrato, aplicándose las multas y considerándose a la entrega parcial como entrega final para efectos de las multas. El mismo Herman Jaramillo señala que, de manera análoga, el Código Civil regula el contenido de la cláusula penal en su artículo 1551, el cual señala: “Cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena, que consiste en dar o hacer algo en caso de no cumplir la obligación principal, o de retardar su cumplimiento”.

Pero no se puede equiparar esta figura del Derecho Civil con la multa de la contratación pública, porque esta última no exige cláusula expresa para acumular la multa y la indemnización, que siempre se aplican en forma simultánea en el caso de la terminación unilateral y anticipada del contrato; mientras que el Código Civil expresa que, para imponerlas conjuntamente, se necesita de cláusula expresa.

3.4 TERMINACIÓN DEL CONTRATO

Como se puede apreciar, la contratación pública se caracteriza por ciertas imposiciones por parte de la Administración, cuando por razones de orden público así lo requieran. En este caso, las cláusulas exorbitantes en los contratos efectuados con la Administración, son los más representativos, llamadas “declaratoria de terminación unilateral y anticipada”. A continuación analizaremos brevemente las formas como las relaciones contractuales terminan:

La terminación del contrato se encuentra establecida en la ley, pero también se debe estipular en el contrato, conjuntamente con las causales para su aplicación. En el Derecho Civil al igual que en el Derecho Público, existen causales por las cuales los contratos deben finalizar.

El Código Civil, en su artículo 1561, manifiesta: “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”, el siguiente artículo del mismo cuerpo legal señala: “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan, no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que, por la ley o

la costumbre, pertenecen a ella.” En otras palabras, los contratos se celebran para ser cumplidos, es por ello, que estos anticipan la posibilidad de incumplimiento de sus obligaciones, más aún tratándose de derecho público, en el cual el Estado exige justificación en la capacidad para ejecutarlos, exigiendo además, las garantías necesarias para asegurarlo. Ahora veremos a continuación según la doctrina contractual y la Ley, como opera la terminación de los contratos⁸⁷:

3.4.1 Terminación por cabal cumplimiento de las obligaciones contractuales

En este primer caso, los contratos terminan por el cumplimiento de su objetivo. Es decir, si el objeto del contrato era la construcción de una carretera y esto se efectuó, el contrato termina por cumplimiento de su objetivo. Debe tenerse en cuenta, que para los fines legales, la entrega de la obra debe estar documentada y certificada por medio de un documento formal, que en ejecución de obras se las llama: “Acta de Entrega Recepción Provisional” y “Acta de Entrega Recepción Definitiva”; y, en su defecto, por la “Entrega Recepción presunta” contemplada en la Ley de Contratación Pública.

3.4.2 Acta de entrega Recepción Provisional

Esta recepción provisional opera únicamente en los casos de ejecución de obras, con duración de 6 meses desde la entrega de la obra por parte del contratista al contratante, en la que se hará constar en esta acta, la descripción de la obra entregada en aspectos técnicos y en cuanto a las liquidaciones respectivas, y finalizado este plazo, se procede a la recepción definitiva. Esta recepción provisional tiene la finalidad de que se compruebe el buen funcionamiento de la obra y estado de los materiales. Durante este período la garantía de fiel cumplimiento deberá estar vigente, sin perjuicio de la garantía técnica de los materiales utilizados.

La Ley, en su artículo 81⁸⁸, respecto a la Recepción Provisional señala: “La recepción provisional se realizará cuando terminada la obra, el contratista comunique por escrito a la

⁸⁷ “Cláusula de Terminación”. Modelos de Documentos Precontractuales de la Contraloría General del Estado. Marzo de 2001;

⁸⁸ Concordancia.- La nueva LOSNCP, señala en cuanto a la Recepción “**Art. 81.- Clases de Recepción.-** En los contratos de adquisición de bienes y de prestación de servicios, incluidos los de consultoría, existirá una sola recepción, que se producirá de conformidad con lo establecido en el contrato y tendrá los efectos de recepción definitiva. Producida la recepción se devolverán las garantías otorgadas, a excepción de la garantía técnica.

entidad contratante tal hecho, y solicite que se efectúe dicha recepción”. En caso que la entidad se negare sin fundamento a realizar esta recepción, el contratista podrá pedir al Juez competente que se notifique a la entidad indicando que ha operado la recepción provisional presunta. Cabe señalar, que en la transición hasta la recepción definitiva, en la verificación y prueba de las obras se pueden encontrar partes incompletas, defectuosas o no aceptables, por lo que la Fiscalización comunicará al Contratista tales observaciones a fin de que sean subsanadas; y, en este período se deben reparar las fallas o los daños causados en la ejecución de dicho contrato, aplicándose para el efecto las multas correspondientes por tratarse de retraso en la entrega de la obra.

3.4.3 Acta de entrega Recepción Definitiva

En los demás casos, de prestación de servicios y adquisición de bienes, opera directamente la recepción definitiva.

Estas Actas deben ser suscritas por los funcionarios asignados para el caso, estipulándose en los contratos, que dichos funcionarios serán administrativa, civil y penalmente responsables sobre los datos que consignen en estas Actas, independientemente, si se trata de actas de entrega recepción provisional o definitiva. Estos documentos describen las condiciones en las que se entrega la obra contratada: cumplimiento de especificaciones, la liquidación, fecha de entrega, etc.

3.4.4 Por rescisión

La rescisión, según Roberto Dromi⁸⁹, “Es el modo de extinción por el que se pone fin a un contrato en vías de ejecución. En este sentido una forma de finalización anormal de la relación

En los contratos de ejecución de obra, así como en los contratos integrales por precio fijo existirán una recepción provisional y una definitiva.

Sin perjuicio de lo señalado en los incisos anteriores, en las contrataciones en que se pueda receptor las obras, bienes o servicios por etapas o de manera sucesiva, podrán efectuarse recepciones parciales.

En los casos en los que ante la solicitud del contratista, la Entidad Contratante no formule ningún pronunciamiento ni iniciare la recepción dentro de los períodos determinados en el Reglamento de esta Ley, se considerará que tal recepción se ha efectuado de pleno derecho, para cuyo efecto un Juez de lo Civil o un Notario Público, a solicitud del contratista notificará que dicha recepción se produjo”.

⁸⁹ Dromi, Roberto. *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, ed. Ciudad Argentina, 10ma edición.. 2004. p.572.

contractual”, este autor separa la rescisión bilateral (por mutuo acuerdo) y la rescisión unilateral (en los contratos públicos: declaración unilateral de terminación por el contratista), esta última como característica del poder de imperio del Estado. A diferencia de la legislación argentina, el Código Civil de Andrés Bello definió la rescisión como la terminación del contrato causado por la nulidad relativa declarada por juez; mientras que se denomina “resiliación” la terminación del contrato por mutuo acuerdo; término que no consta en el Código Civil de Andrés Bello ni en el Código Civil ecuatoriano, pero que se encuentra en la doctrina.

3.4.5 Terminación por mutuo acuerdo de las partes

El artículo 103⁹⁰ de la Ley manifiesta que el contrato terminará por mutuo acuerdo, por circunstancias imprevistas, técnicas o económicas, o causas de fuerza mayor o caso fortuito, cuando no fuere posible o conveniente para los intereses públicos ejecutar total o parcialmente el contrato, las partes podrán, por mutuo acuerdo, convenir en la extinción de todas o algunas de las obligaciones contractuales, en el estado en que se encuentren; y, más adelante señala, que esta terminación por mutuo acuerdo no implicará renuncia a derechos causados o adquiridos en favor de la entidad contratante, o del contratista. Dicha entidad no podrá celebrar contrato posterior sobre el mismo objeto con el mismo contratista.

3.4.6 Terminación unilateral y anticipada del contrato por declaración del Contratante

Esta es una atribución, otorgada por la Ley en virtud de *la potestad rescisoria exorbitante del Derecho común. La Administración, cuando razones de interés público así lo aconsejen, podrá rescindir unilateralmente el contrato*⁹¹ (recuérdese lo expuesto líneas arriba, según lo cual nuestro Código Civil atribuye a la “rescisión” solamente la terminación judicial del contrato por causa de nulidad relativa del contrato). En todo caso, la terminación unilateral y anticipada del contrato no se puede dar por simples razones de oportunidad, mérito o conveniencia. En otras palabras, la Administración está facultada para terminar unilateralmente el contrato en el estado en que se encuentre, solamente cuando se cumplan las causales determinadas en la Ley y el

⁹⁰ Concordancia.- La nueva LOSNCP respecto a la terminación por mutuo acuerdo, señala en el artículo 93, en los mismos términos lo descrito por la derogada Ley, en el artículo 103.

⁹¹ Ibidem.

contrato. La terminación unilateral no requiere demandarse ante un juez u órgano jurisdiccional, ya que, como se dijo anteriormente, la misma Ley otorga esa potestad al Estado –precisamente denominada “exorbitante”, a diferencia de los contratos civiles en los cuales la terminación necesariamente debe ser declarada por el juez competente, quien procederá a tramitarla según se trate de resolución o rescisión. En ningún caso la declaración judicial de nulidad absoluta se puede considerar una “terminación” del contrato, porque la nulidad absoluta asume que el contrato nunca existió y las cosas tienen que regresar al estado en que se hallaban con anterioridad a su suscripción.

3.4.7 Causales para la terminación unilateral y anticipada de los contratos

El artículo 104⁹² de la Codificación de la Ley de Contratación Pública, señala las causales para la terminación unilateral del contrato:

- a) Por incumplimiento del contratista;
- b) Por quiebra o insolvencia del contratista;
- c) Si el valor de las multas supera el monto de la garantía de fiel cumplimiento, del contrato;
- d) Por suspensión de los trabajos, por decisión del contratista, por más de sesenta días, sin que medie fuerza mayor o caso fortuito;
- e) Por haberse celebrado contratos contra expresa prohibición de esta ley; y,
- f) En los demás casos estipulados en el contrato, de acuerdo con su naturaleza.

⁹² Concordancia.- La nueva LOSNCP en el artículo 94, agrega una causal adicional a las numeradas en el artículo 104 de la derogada Ley. La misma que de igual forma, ya se incorporaba a las cláusulas contractuales: “La Entidad Contratante también podrá declarar terminado anticipada y unilateralmente el contrato cuando, ante circunstancias técnicas o económicas imprevistas o de caso fortuito o fuerza mayor, debidamente comprobadas, el contratista no hubiere accedido a terminar de mutuo acuerdo el contrato. En este caso, no se ejecutará la garantía de fiel cumplimiento del contrato ni se inscribirá al contratista como incumplido.

En este último caso, el contratista tiene la obligación de devolver el monto del anticipo no amortizado en el término de treinta (30) días de haberse notificado la terminación unilateral del contrato en la que constará la liquidación del anticipo, y en caso de no hacerlo en término señalado, la entidad procederá a la ejecución de la garantía de Buen Uso del Anticipo por el monto no devengado. El no pago de la liquidación en el término señalado, dará lugar al pago de intereses desde la fecha de notificación; intereses que se imputará a la garantía de fiel cumplimiento del contrato.”

3.4.8 Terminación del Contrato por iniciativa de la entidad Contratante

La entidad contratante podrá declarar terminada anticipada y unilateralmente los contratos a que se refiere esta ley, en los siguientes casos:

3.4.8.1 Por incumplimiento del contratista (responsabilidad contractual)

En este punto, entramos en el ámbito de la responsabilidad contractual, que para efectos de su aplicación, se toma como guía las disposiciones del derecho civil y del Código Civil.

Se establecen diferentes tipos de responsabilidad emanados de los daños originados en la ejecución clasificados por Pérez⁹³, de la siguiente manera: 1) cómo esta responsabilidad se relaciona con otros tipos de responsabilidad (cuasidelictiva, decenal y cuasicontractual); 2) Causas del establecimiento de la responsabilidad principalmente de la falta contractual; 3) El caso especial de la responsabilidad sin falta de la administración; 4) En todos los casos, el co-contratante que pretenden la reparación debe haber sufrido efectivamente el perjuicio; y, 5) Las posibles modificaciones contractuales a estos principios, según los principios del derecho civil.

Ahora bien, la responsabilidad contractual por incumplimiento, el autor antes citado dice que: “La existencia de compromisos contractuales puede ocasionar el incumplimiento por alguna de las partes de uno o varios de esos compromisos. El incumplimiento se tiene que considerar no solo de las cláusula contractuales, es decir de las estipulaciones expresas de las partes, sino también de los requerimientos implícitos para alcanzar los fines propuestos”⁹⁴. Así también menciona la responsabilidad “sin falta” o responsabilidad objetiva, es decir, es el incumplimiento que corresponde a la Administración, lo cual es un tema de gran amplitud, materia un estudio completo.

En sentencia de 14 de febrero de 2006 la PRIMERA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, señaló lo siguiente:

⁹³ Efraín Pérez, Derecho Administrativo, ed. Corporación de Estudios y Publicaciones, 2004. p 542, II tomo.

⁹⁴ Ibidem. P 544

...la facultad otorgada a las entidades del sector público que hayan celebrado un contrato con un particular al amparo de esta ley para declarar, en los casos ahí previstos, la terminación unilateral del contrato, evento del cual se deriva para la entidad contratante, entre otros derechos, el de demandar la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento del co-contratante. Por lo tanto, si en el proceso se determina que hubo incumplimiento, y que por ello a lugar el pago de los daños y perjuicios ocasionados, es procedente que en la misma sentencia se fije la cantidad que se ha de pagar, y si esto no fuere posible, se fijarán las bases para la liquidación y el modo de verificarla...

Por lo tanto, en caso de incumplimiento del contratista, declarado así por el contratante, se le deben ejecutar las garantías, tanto la de fiel cumplimiento del contrato, como la de buen uso del anticipo, de haberla. Como se mencionó, el incumplimiento no solo corresponde al de las cláusulas, sino también de aquellos requerimientos implícitos para alcanzar los fines propuestos, por lo tanto, una vez tomada la decisión de la autoridad competente de dar trámite al proceso de terminación unilateral, a más de ejecutar las garantías correspondientes, el Estado deberá demandar daños y perjuicios incluyendo daño emergente y lucro cesante; y, según la doctrina también aceptaría el daño moral (A la imagen de una entidad pública como un Tribunal Electoral, por ejemplo.) Sin embargo, aún no está aceptado del todo por la jurisprudencia.

En esto último tomando como referencia al mismo jurista Pérez⁹⁵, para una demanda de daños y perjuicios, el perjuicio debe ser reparable; requiriéndose para el efecto los siguientes requisitos:

1) Que sea cierto.- Es decir que haya ocurrido o que se sepa que va a ocurrir en algún momento (se excluye el perjuicio eventual); 2) Que sea directo.- Es decir, que exista relación de causalidad entre el hecho de la otra parte y el perjuicio sufrido; y, 3) Especial.- Por especial se entiende la situación en que el co-contratante es la única o por lo menos la principal víctima del hecho, es decir, que la entidad contratante o el Estado sean los principales perjudicados producto del incumplimiento.

⁹⁵ *Ibíd.* p. 545.

De todas maneras, cabe llamar la atención a la forma verbal utilizada por la ley, que dice que la entidad contratante “podrá” adoptar la decisión de terminar unilateral y anticipadamente el contrato; lo que debe entenderse como la posibilidad del contratante de continuar el contrato, siempre y cuando estime razonablemente que a través de paliativos, como por ejemplo, extensión de plazos el contratista, finalmente cumplirá, aunque sea con retrasos, con la ejecución de la obra o la entrega de los bienes pactados.

Así mismo, cabe citar el artículo 105⁹⁶ de la Ley de Contratación Pública, respecto a la notificación y trámite de este procedimiento:

⁹⁶ Concordancia.- La nueva LOSNCP, respecto a a la notificación y trámite en la terminación unilateral del contrato, lo siguiente: “**Art. 95.-** Notificación y Trámite.- Antes de proceder a la terminación unilateral, la Entidad Contratante notificará al contratista, con la anticipación de diez (10) días término, sobre su decisión de terminarlo unilateralmente. Junto con la notificación, se remitirán los informes técnico y económico, referentes al cumplimiento de las obligaciones de la Entidad Contratante y del contratista. La notificación señalará específicamente el incumplimiento o mora en que ha incurrido el contratista de acuerdo al artículo anterior y le advertirá que de no remediarlo en el término señalado, se dará por terminado unilateralmente el contrato.

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

Los contratistas no podrán aducir que la Entidad Contratante está en mora del cumplimiento de sus obligaciones económicas en el caso de que el anticipo que les fuere entregado en virtud del contrato no se encontrare totalmente amortizado. La forma de calcular la amortización del anticipo constará en el Reglamento respectivo.

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

La declaración unilateral de terminación del contrato dará derecho a la Entidad Contratante a establecer el avance físico de las obras, bienes o servicios, su liquidación financiera y contable, a ejecutar las garantías de fiel cumplimiento y, si fuere del caso, en la parte que corresponda, la garantía por el anticipo entregado debidamente reajustados hasta la fecha de terminación del contrato, teniendo el contratista el plazo término de diez (10) días para realizar el pago respectivo. Si vencido el término señalado no efectúa el pago, deberá cancelar el valor de la

Antes de proceder a la terminación unilateral, la entidad contratante notificará al contratista, con la anticipación prevista en el contrato, sobre su decisión de terminarlo unilateralmente. Junto con la notificación, se remitirán los informes técnico, económico y jurídico, referentes al cumplimiento de las obligaciones de la entidad contratante y del contratista. La notificación señalará específicamente el incumplimiento o mora en que ha incurrido el contratista y le advertirá que de no remediarlo en el plazo señalado, se dará por terminado unilateralmente el contrato.

Si el contratista no justificare la mora o no remediare el incumplimiento, en el plazo concedido, la entidad contratante podrá dar por terminado unilateralmente el contrato, mediante resolución de la máxima autoridad de la entidad contratante, que se comunicará por escrito al contratista. La entidad contratante no podrá ejercer este derecho si se encontrare en la situación prevista en el artículo 1568 del Código Civil. La entidad contratante podrá dar por terminado un contrato, aunque exista pendiente de resolución un reclamo judicial o administrativo.

La declaración unilateral de terminación del contrato dará derecho a la entidad contratante a establecer el avance físico de la obra, su liquidación financiera y contable, a ejecutar las garantías de fiel cumplimiento y, si fuere del caso, en la parte que corresponda, la garantía por los anticipos entregados más los intereses fijados por el Directorio del Banco Central del Ecuador para los fondos de garantía depositados en el Banco Ecuatoriano de la Vivienda, y a demandar la indemnización de los daños y perjuicios.

Quien hubiere pagado una de las garantías previstas en los literales b) y c) del artículo 73 de esta ley podrá repetir en contra del garantizado, en trámite ejecutivo, para cuyo efecto la entidad contratante devolverá el documento de la garantía bancaria o póliza de seguros con la certificación de la máxima autoridad de la entidad contratante sobre el hecho de haberse

liquidación más los intereses fijados por el Directorio del Banco Central del Ecuador, los que se calcularán hasta la fecha efectiva del pago.

La Entidad Contratante también tendrá derecho a demandar la indemnización de los daños y perjuicios, a que haya lugar.

Una vez declarada la terminación unilateral, la Entidad Contratante podrá volver a contratar inmediatamente el objeto del contrato que fue terminado, para lo cual se observará el procedimiento de cotización previsto en el Capítulo IV del Título III de esta Ley”.

pagado su valor o el monto pagado del mismo. La devolución y la certificación se harán constar en el mismo documento, el cual constituirá título ejecutivo.

Al tratarse, de actos administrativos, como el artículo precedente lo regula, existen ciertos aspectos indispensables para la formación del acto, como lo es la notificación, a fin de que surta efectos, así como la motivación de la decisión mediante informes, etc.

3.4.8.2 Incumplimiento de la Administración

En la percepción contraria, tenemos la posibilidad de que sea la Administración quien incumpla con sus obligaciones estipuladas en las cláusulas contractuales. García de Enterría⁹⁷ sobre este incumplimiento de la Administración, señala: “...el incumplimiento de ésta no autoriza en ningún caso al contratista a incumplir él mismo el contrato...sino solo a solicitar su resolución en los casos en que sea procedente”. Tenemos aquí la prerrogativa del Estado, que para terminar con el contrato se requiere de la sentencia del juez, siempre y cuando operen las causales previstas por Ley, las mismas que deberán ser incluidas en las cláusulas del contrato, siendo las causas para la terminación imputables a la entidad contratante las siguientes:

- 1.- Por incumplimiento de las obligaciones contractuales, por más de sesenta días.-*
- 2.- Por suspensión de los trabajos por más de 60 días, dispuestos por la Contratante, sin que medie caso fortuito o fuerza mayor.*
- 3.- Cuando los diseños definitivos sean técnicamente inejecutables o no se hubieran solucionado defectos de ellos; y,*
- 4.- Cuando, pese a existir circunstancias técnicas o económicas imprevistas o de caso fortuito o fuerza mayor debidamente comprobadas, el Contratante no accediera a dar por terminado de mutuo acuerdo el Contrato.*⁹⁸

Consecuentemente, el contratista solo podrá demandar la terminación del contrato, únicamente por las causales antes determinadas. Adicionalmente para englobar las causas señaladas Dromi⁹⁹

⁹⁷ García de Enterría, Eduardo.- Curso de Derecho Administrativo I, ed. Civitas, Madrid, 2000,p. 753.

⁹⁸ “Cláusula de Terminación”. Modelos de Documentos Precontractuales de la Contraloría General del Estado. Marzo de 2001.

las denomina como el “hecho de la administración”, y consiste en que para el “...contratista se torna razonablemente imposible la ejecución del contratista, habilitando así al contratista a solicitar su rescisión; también procede en casos de equilibrio económico”. En todo caso, tómesese en cuenta que el equilibrio económico financiero del contrato aplica solamente en los contratos de concesión de servicios públicos, mientras que en el contrato de obra pública, por ejemplo, la onerosidad del contrato para el contratista, no podría en ningún caso ser causal de justificación de incumplimiento por parte de este último.

3.4.8.3 El hecho del príncipe como causal de rescisión

El hecho del príncipe es otra de las causales por la que se puede solicitar la resolución de los contratos de concesión de obra pública, como lo señala Dromi¹⁰⁰ cuando el hecho del príncipe provoque la imposibilidad definitiva y permanente de ejecutar el contrato por parte del contratista. En los contratos señalados en la Ley de Contratación Pública para el trámite ahí señalado, el hecho del príncipe correspondería a los casos de fuerza mayor y caso fortuito, pero en un sentido más amplio, porque estas causales para la imposibilidad de ejecución del contrato se amplían además los hechos de la naturaleza y el hecho del príncipe se circunscribe a causales directamente relacionadas con el Estado. Es una de las razones por la cual un contrato en ejecución o por ejecutar puede suspenderse o darse por terminado, o por ejemplo cuando la ecuación económica-financiera del contrato administrativo se altera por un acto imputable al Estado da lugar al denominado hecho del Príncipe¹⁰¹. Estos hechos se ven reflejados en las cláusulas contractuales, que lesionan los derechos e intereses de los contratistas, para corresponde la indemnización. Sin embargo de lo señalado, cabe admitir que el Estado está en la potestad de realizar modificaciones debido a su poder de imperio, por un interés común, no dejando de lado, la indemnización o reparo de los derechos lesionados al contratista debido a las modificaciones en las cláusulas contractuales, ya sea debido a la afectación directa en los contratos, consecuencia de norma o disposición de carácter general emanada de autoridad pública y la segunda una resolución específica relacionada con el contrato administrativo, para lo cual Dromi los diferencia, a los primeros como

⁹⁹ Dromi, Roberto, Derecho Administrativo, p. 398.

¹⁰⁰ *Ibidem*.

¹⁰¹ *Ibidem*, p.386.

responsabilidad por hechos o actos del Estado y al segundo como la responsabilidad contractual del Estado¹⁰².

3.4.8.4 Por quiebra o insolvencia del contratista

El mismo Dromi señala que el contrato administrativo es *intuitu personae*, es decir, que realizado todo el proceso de selección y adjudicación, se requiere que solo ese adjudicado sea quien realice o ejecute el contrato. Por ende, tenemos que la quiebra (de una persona jurídica) o insolvencia (de una persona natural) es una causal para la terminación del contrato, ya que ante la imposibilidad de ejecución del contrato por el adjudicado, pierde sentido un cambio de contratista sin un previo proceso de selección, agregando el hecho que en concordancia con esto, la legislación ecuatoriana prohíbe la cesión de los contratos. Para todos los efectos, el fallecimiento de la persona natural contratista se asimila a las figuras de la insolvencia.

3.4.8.5 Si el valor de las multas supera el monto de la garantía de fiel cumplimiento, del contrato

Este parámetro de multas, son solo reflejos de incumplimientos por parte del contratista. La imposición de multas por cada día de retardo o incumplimiento son retenidas de la liquidación final o sucesiva que debe otorgarse al contratista. Si en el contrato se estipula que por cada día de retardo se impondrá al contratista una multa correspondiente al valor del global del contrato, en consecuencia, si este valor supera el monto de la garantía de fiel cumplimiento, que por lo general, es del 5% del valor global del contrato, puede darse por terminada las relaciones contractuales, aunque la ejecución de estas garantías es facultativo del contratante.

3.4.8.6 Por suspensión de los trabajos, por decisión del contratista, por más de sesenta días, sin que medie fuerza mayor o caso fortuito

Este punto, sin necesidad de mucha explicación, solo refleja principios de derecho civil, en los cuales el contratista al incurrir en mora por su culpa propia, automáticamente, genera una de las causales para dar por terminado el contrato por parte del contratante.

¹⁰² *Ibidem*, p. 387.

3.4.8.7 Por haberse celebrado contratos contra expresa prohibición de esta ley

Este punto, limita las personas hábiles para contratar, sin embargo, se asumiría que previa a la celebración del contrato, la entidad contratante debió haber revisado que los requisitos señalados por la Ley y el reglamento, fueron cumplidos, por ejemplo: el certificado de la Contraloría General del Estado. Así lo contempla el artículo 112 de la Ley de Contratación Pública¹⁰³: “Las entidades del sector público informarán obligatoriamente a la Contraloría General del Estado, acompañando los documentos probatorios del incumplimiento de los contratos suscritos con ellas, para que se efectúe el registro correspondiente de todos aquellos contratistas que hubieren incumplido sus obligaciones contractuales o se hubieren negado a suscribir contratos adjudicados.” De pasarse por alto este certificado, por ejemplo, entre otros más señalados en las cláusulas contractuales y la Ley, deberá terminarse de manera anticipada y unilateralmente. Esta causal no correría en el caso de que la ilegalidad o nulidad del contrato se hubiera originado por culpa de la entidad contratante. Pero una sentencia de la Corte Suprema de hace unos pocos años, resolvió que incluso cuando la nulidad se origine en acciones propias de la Administración alegada por la misma Administración, se podía declarar la nulidad absoluta del contrato.

3.4.8.8 En los demás casos estipulados en el contrato, de acuerdo con su naturaleza:

Por sentencia ejecutoriada que declare la resolución o la nulidad del contrato.

Por muerte del Contratista o disolución de la persona jurídica Contratista (según el caso)

¹⁰³ Concordancia.- El control y registro de los contratistas incumplidos del Estado, con la nueva LOSNCP ya no lo hará de manera directa la Contraloría General del Estado, sino que se lo efectuará por el Instituto Nacional de Contratación Pública (INCOP). Sin perjuicio, de las atribuciones vigentes contempladas en el artículo 1 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado respecto a la celebración de contratos contra expresa prohibición de la Ley: “**Art. 1.-** Objeto de la Ley.- La presente Ley tiene por objeto establecer y mantener, bajo la dirección de la Contraloría General del Estado, el sistema de control, fiscalización y auditoría del Estado, y regular su funcionamiento con la finalidad de examinar, verificar y evaluar el cumplimiento de la visión, misión y objetivos de las instituciones del Estado y la utilización de recursos, administración y custodia de bienes públicos.”

3.4.8.9 La caducidad

La caducidad es una figura equivalente a la terminación unilateral y anticipada que se aplica a los contratos de concesión de servicio público o de explotación de recursos naturales, como el petróleo.

Gordillo, señala que la “Caducidad es la extinción de un acto dispuesta por la administración en virtud del incumplimiento grave y culpable, por parte del particular, a las obligaciones que el acto le creaba. Es pues una sanción, una pena administrativa.

La caducidad supone que el acto que se extingue fundamentalmente concedía un derecho, creando al mismo tiempo ciertos deberes: es el incumplimiento de los segundos lo que lleve a la extinción del primero, y con ello del acto todo”.¹⁰⁴ Es decir, ya sea por violación legal o contractual por parte del contratista, que se da pasado a la caducidad del contrato o concesión del Estado al privado.

3.5 RECURSOS, LITIGIOS Y ARBITRAJE EMANADOS DE CONTROVERSIAS SURTIDAS DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS

3.5.1 Sede Administrativa

El Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, respecto a las impugnaciones, en el artículo 69, señala: “Todos los actos administrativos expedidos por los órganos y entidades sometidos a este estatuto serán impugnables en sede administrativa o judicial. La impugnación en sede administrativa se hará de conformidad de este estatuto. La impugnación en sede judicial se someterá a las disposiciones legales aplicables.” Este artículo, coincide con la doctrina administrativa, el cual señala que nadie podrá quedar en indefensión frente a los actos emanados de la administración. Así, el contratista se encuentra en su derecho de impugnar la adjudicación, la imposición de multa o la misma declaratoria de terminación unilateral y anticipada del contrato, si le parece que son ilegales.

¹⁰⁴ Gordillo, Agustín, Tratado de Derecho Administrativo III, Ed. Macchi, Buenos Aires, 1995. p. XIII-19.

3.5.2 Vía Jurisdiccional

La Ley de Modernización del Estado, regula la vía jurisdiccional en los asuntos relacionados con la Administración señalando en su artículo 38:

Los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo y de lo Fiscal, dentro de la esfera de su competencia, conocerán y resolverán de todas las demandas y recursos derivados de actos, contratos, hechos administrativos y reglamentos expedidos, suscritos o producidos por las entidades del sector público. El administrado afectado presentará su demanda, o recurso ante el tribunal que ejerce jurisdicción en el lugar de su domicilio. El procedimiento será el previsto en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa o el Código Tributario, en su caso. No se exigirá como requisito previo para iniciar cualquier acción judicial contra las entidades del sector público la proposición del reclamo y agotamiento en la vía administrativa. Empero, de iniciarse cualquier acción judicial contra alguna institución del sector público, quedará insubsistente todo el reclamo que sobre el mismo asunto se haya propuesto por la vía administrativa.

Como lo resume el artículo precedente, que respecto a los actos, contratos, hechos administrativos y reglamentos expedidos, suscritos o expedidos por las entidades públicas deberán ser impugnados o resueltos en los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, siendo importante revisar que se podrá seguir esta vía sin necesidad de agotar la vía administrativa.

La norma jurídica y la jurisprudencia de la Corte Suprema ecuatoriana, siguiendo la doctrina, permite la impugnación separada de las diferentes actuaciones de la Administración durante la etapa precontractual hasta culminar en la adjudicación del contrato, de los que se denominan “actos separables”.

3.5.3 Arbitraje en el Sector Público

El arbitraje como medio alternativo de solución de conflictos es un mecanismo alternativo al ventilar un conflicto ante la vía jurisdiccional en este caso, ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo. De acuerdo a los arbitrajes con el Estado y en general con las

entidades del sector público existen ciertos puntos que deben tomarse en cuenta, que los analizaremos a continuación.

El artículo 1 de la Ley de Arbitraje y Mediación señala: “El sistema arbitral es un mecanismo alternativo de solución de conflictos al cual las partes pueden someter de mutuo acuerdo, las controversias susceptibles de transacción, existentes o futuras para que sean resueltas por los tribunales de arbitraje administrado o por árbitros independientes que se conformaren para conocer dichas controversias”. Más adelante, en el artículo 5, dice: “El convenio arbitral es el acuerdo escrito en virtud del cual las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual.”

La voluntad para ir a un arbitraje puede constar en una cláusula arbitral dentro del mismo contrato público suscrito, es decir, que en caso de controversias, el contrato suscrito ya prevé la vía a seguirse. El mismo artículo 4 de la Ley de Arbitraje y Mediación, menciona:

Para que las diferentes entidades que conforman el sector público puedan someterse al arbitraje, además de cumplir con los requisitos que establece esta Ley, tendrán que cumplir los siguientes requisitos adicionales:

- a) Pactar un convenio arbitral, con anterioridad al surgimiento de la controversia; en caso de que se quisiera firmar el convenio una vez surgida la controversia, deberá consultarse al Procurador General del Estado, dictamen que será de obligatorio cumplimiento;*
- b) La relación jurídica a la cual se refiere el convenio deberá ser de carácter contractual;*
- c) En el convenio arbitral deberá incluirse la forma de selección de los árbitros; y,*
- d) El convenio arbitral, por medio del cual la institución del sector público renuncia a la jurisdicción ordinaria, deberá ser firmado por la persona autorizada para contratar a nombre de dicha institución.*

El incumplimiento de los requisitos señalados acarreará la nulidad del convenio arbitral.

Como principios básicos para acudir a arbitraje tenemos:

- 1) El consentimiento de las partes a quienes les será vinculante los efectos del laudo.
- 2) Un convenio arbitral por escrito en el que se señale, los nombres de las partes, y;

3) La determinación inequívoca del negocio jurídico a que se refiere.

Tomando como referencia, la disposición del reglamento del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), en numeral 2, en cuanto a la solicitud de la demanda señala: “(a) identificar con precisión a cada persona en la diferencia y consignar su dirección; (b) manifestar, si una de las partes es una subdivisión política o un organismo público de un Estado Contratante, que ha sido debidamente acreditado por dicho Estado ante el Centro, de conformidad con el Artículo 25(1) del Convenio; (c) indicar la fecha en que se otorgó el consentimiento y acompañar los documentos que lo contienen, si una de las partes es una subdivisión política o un organismo público de un Estado Contratante. También deberá acompañarse.”... “información similar sobre la aprobación de ese consentimiento por parte del Estado, salvo que se hubiere notificado al Centro que dicha aprobación no es necesaria; (d) indicar respecto de la parte que es nacional de un Estado Contratante”... “(i) su nacionalidad a la fecha del otorgamiento del consentimiento;”

Finalmente, el convenio Arbitral se lo considera como un acuerdo independiente, es decir que la cláusula arbitral es autónoma aunque el contrato de donde emana resulte ineficaz. Es también conocido como el principio de separabilidad el acuerdo arbitral. El desarrollo que ha alcanzado el pensamiento doctrinario arbitral, ha ido moldeando la cuestión de considerar la autonomía de la cláusula arbitral como separada con relación al contrato que la contiene y ha sido considerada como un verdadero contrato dentro de otro contrato. Tradicionalmente, la cláusula arbitral se encontraba ligada como un pacto accesorio a la eficacia y accesorio de lo principal, de tal manera que la inexistencia o ineficacia del contrato principal traía aparejada también la del acuerdo arbitral, sin embargo, la doctrina se encargó de darle una nueva fase para mostrar la cuestión, concluyendo que el pacto arbitral goza de diferente tratamiento con relación al contrato inicial¹⁰⁵. Por ejemplo, si ocurre la terminación unilateral y anticipada del Estado de una contratación, el convenio arbitral no se extingue. No obstante, deberá tomarse en cuenta que en los arbitrajes nacionales o internacionales se discute el tema de lo transigible y lo no transigible para el Estado, es decir, que algunos asuntos puede el Estado disponer que se resuelvan en arbitraje y que otros temas deben necesariamente, seguir la vía jurisdiccional,

¹⁰⁵ http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/conferencia_acj2.php

por ejemplo, la motivación de la entidad para la terminación unilateral y anticipada. La doctrina ha dispuesto que no puede ser revisado por ningún órgano estas decisiones, ya que forman parte de las prerrogativas del Estado, pero podría discutirse si en el trámite de terminación se tomaron parámetros y procedimientos adecuados y apegados a la norma. Para acudir a un arbitraje cuando una de las partes es el Estado o sus entidades se deberá estar a lo previsto en el convenio existente, más aún tratándose de un arbitraje internacional. Por otro lado, La Ley de Arbitraje y Mediación faculta a que el arbitraje se decida en equidad o en derecho. Ante la falta de un pronunciamiento se decidirá en equidad. Sin embargo, como excepción la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado en su artículo 11 manda de manera expresa a que todo arbitraje del Estado y de las entidades públicas, deberá decidirse solo en derecho; y en consecuencia, los árbitros deberán ser siempre abogados, según lo previsto para cuando se decida un arbitraje en derecho, esto según lo previsto en el mismo artículo 3 de la Ley de Arbitraje y Mediación.

ANEXO

OBSERVACIONES EN EL CONTEXTO DEL PRESENTE TRABAJO DE INVESTIGACIÓN “ELEMENTOS Y NOCIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ECUATORIANA Y EN EL DERECHO COMPARADO” CON LA NUEVA CONSTITUCIÓN APROBADA POR LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE DEL AÑO 2008 Y CON LA PROMULGADA LEY ORGÁNICA DE SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

El 28 de septiembre del 2008 el Ecuador se pronunció en el referéndum a favor de la nueva Constitución elaborada y aprobada por la Asamblea Constituyente en el mismo año. La Asamblea promulgó además la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en el Suplemento del Registro Oficial No. 399 de 8 de agosto de 2008 y el Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, publicada en el Registro Oficial No. 399 Año II, de 8 de agosto de 2008.

Con estos antecedentes fue necesario recoger las principales modificaciones en el presente trabajo de investigación. Sin embargo, como se mencionó en reiteradas ocasiones a lo largo del estudio es que la contratación pública y las modalidades de contratación en general, se mantienen homogéneos en el espacio y en el tiempo, salvo ciertos aspectos puntuales que a mi criterio han mejorado el sistema de contratación pública ecuatoriana con la nueva Ley. Así mismo, debe manifestarse, que este trabajo contiene concordancias con la nueva Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su reglamento y la actual Constitución de la República, lo cual resulta ser un documento muy didáctico y de apoyo, ya que se pueden observar los distintos cambios, así como distinguir de manera inmediata los contrastes y diferencias con la Ley derogada y la vigente.

Por ello este ANEXO tiene la finalidad de ampliar ciertos aspectos y modificaciones sustanciales, así como las modalidades introducidas.

1) NUEVOS MONTOS PARA LAS CONTRATACIONES

Licitación

Con la vigencia de la nueva Ley, se cambian los montos sobre los cuales, de manera mandataria se exige seguir el procedimiento señalado por dicha Ley.

Existen otros procedimientos los llamados “dinámicos”, que incluyen: los Convenio Marco, el Catálogo electrónico del INCP y la subasta inversa, todos estos ya mencionados en este trabajo. En caso de no poder utilizar estos métodos llamados “dinámicos”, se procede a utilizar la Licitación, en el cual se describe su procedimiento en la siguiente forma:

“Artículo 48.- Procedencia.- La licitación es un procedimiento de contratación que se utilizará en los siguientes casos:”...

“1. Si fuera imposible aplicar los procedimientos dinámicos previstos en el Capítulo II de este Título o, en el caso que una vez aplicados dichos procedimientos, éstos hubiesen sido declarados desiertos; **siempre que el presupuesto referencial sobrepase el valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,000015 por el monto del Presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico;**”...

“2. Para contratar la adquisición de bienes o servicios no normalizados, exceptuando los de consultoría, **cuyo presupuesto referencial sobrepase el valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,000015 por el monto del Presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico; y,**”

Consultoría

La consultoría tiene sus procedimientos propios, determinados en el Art. 40, que son: 1. contratación directa; 2. contratación mediante lista corta; y, 3. contratación mediante concurso público, el mismo que se describe a continuación:

“**Art. 40.- Montos y Tipos de Contratación.-** La celebración de contratos de consultoría se sujetará a las siguientes disposiciones, según sus montos:

1. Contratación directa: Cuando el presupuesto referencial del contrato sea inferior o igual al valor que resultare de multiplicar el coeficiente 0,000002 por el monto del presupuesto inicial

del Estado del correspondiente ejercicio económico. La selección, calificación, negociación y adjudicación la realizará la máxima autoridad de la Entidad Contratante de acuerdo al procedimiento previsto en el Reglamento a la Ley;

2. Contratación mediante lista corta: Cuando el presupuesto referencial del contrato supere el fijado en el número anterior y sea inferior al valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,000015 por el monto del presupuesto inicial del Estado correspondiente al ejercicio económico; y,

3. Contratación mediante concurso público: Cuando el presupuesto referencial del contrato sea igual o superior al valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,000015 por el monto del Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico.

Las disposiciones que regulen los procedimientos precontractuales señalados en los números anteriores, constarán en el Reglamento de esta Ley.

Por presupuesto referencial del contrato se entenderá aquel que haya determinado la entidad, institución, dependencia, entidad u organismo interesados, a la fecha de inicio del proceso.”

2) UNIFICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN

Con la nueva Ley se unifica la normativa respecto a ejecución de obras, adquisición de bienes y servicios, incluyendo la consultoría, que es tratada separadamente. La Ley aplica a todas las instituciones de Derecho Público y también a las de Derecho Privado con capitales o con participación pública, unificando los regímenes que con anterioridad se regían bajo su propia Ley especial, como la contemplada en la Ley de PETROECUADOR, Ley Especial de Telecomunicaciones, entre otras.

3) EL INSTITUTO NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA Y LOS PLIEGOS PRECONTRACTUALES

* La Ley crea el Instituto Nacional de Contratación Pública (INCP), con personalidad jurídica de Derecho Público, que tiene competencias rectoras en el ámbito de la contratación pública nacional, para lo cual se ha creado el portal www.compraspublicas.com, que estará a cargo del instituto, cuya función se centra en el manejo de información y vigilancia en las etapas precontractual, contractual y poscontractual.

* Se introducen modelos de obligatorio cumplimiento, en los pliegos precontractuales, cuyo acceso están disponibles en el portal COMPRASPUBLICAS. Con la norma anterior, estos documentos eran elaborados por la misma entidad contratante, con costo para los participantes para su adquisición.

* Con la nueva Ley, no existe más el cobro para adquirir los pliegos precontractuales o derecho de inscripción.

* El Registro Único de Proveedores (RUP) es el archivo actualizado de los proveedores de obras, bienes y servicios, y consultoría para todo el sector público.

* Introduce el contrato de “suministros” referido ya por el presente trabajo, denominados “convenios marco”.

4) CONTRATO INTEGRAL POR PRECIO FIJO

Según el artículo 53 de la LOSNCP, numeral 3, esta modalidad de contratación procede si el presupuesto referencial sobrepasa el valor que resulte de multiplicar el coeficiente **0,1%** por el monto del Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico.

Esta modalidad de contratos, como ya se dejó señalado, abre la posibilidad para que el Estado y sus entidades, puedan contratar de manera directa, únicamente con los estudios previos, quedando a cargo del contratista, la elaboración de los precios unitarios, sin posibilidad de reajustes o contratos complementarios. Sirviendo como mecanismo, para que el contratista asuma prácticamente toda la obra hasta su finalización, el cual será procedente utilizarlo en aquellas obras o infraestructuras, que requieren de tecnología de punta, como por ejemplo, las refinerías.

5) LA COMISIÓN TÉCNICA Y EL COMITÉ DE CONTRATACIONES

Con la nueva Ley, la adjudicación cambia su esquema:

No se designa al Comité de Contrataciones para que efectúe el acto de adjudicación. Ahora es únicamente la máxima autoridad por sí misma la autorizada para efectuar dicho acto.

La comisión técnica, sigue teniendo los mismos deberes en cuanto a la evaluación de las ofertas presentadas.

Es decir, los comités conformados por 5 miembros, resolvía con voto mayoritario la adjudicación, mientras que ahora, toda la responsabilidad está a cargo de la máxima autoridad de la entidad contratante. Esto de alguna manera puede ser beneficioso, en cuanto que se identifica en una sola autoridad la responsabilidad y por ende, el éxito o fracaso de la contratación.

6) ADEMÁS LA NUEVA LEY ORGÁNICA DE SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA INTRODUCE

A.- La modalidad “contratación integral por precio fijo”, se asemeja mucho a la modalidad de contratación “Turnkey” analizada en el presente trabajo, ya que corresponden a las características similares, tal como la eliminación del reajuste o contratos complementarios, por ser obras de grandes proporciones en costos y tecnología de punta.

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

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

Se prohíbe en esta clase de contratos la celebración de contratos complementarios, la inclusión de fórmulas de reajustes de precios o cualquier otro mecanismo de variación de precios. El plazo de ejecución no será sujeto a modificaciones salvo exclusivamente en los casos de fuerza mayor o caso fortuito.

Los contratistas de esta modalidad contractual asumen todos los riesgos y responsabilidades por el cumplimiento del objeto del contrato en las condiciones acordadas”

B.- Se suprime la obligación de entregar las garantías de seriedad de oferta y la garantía de buena calidad de los materiales, que para este último caso su finalidad la asume la garantía fiel cumplimiento.

C.- La Ley suprime también el método de reclamación que se introdujo en la derogada Ley, que exigía una caución del 7% del valor de la oferta del reclamante, para las impugnaciones de actos del comité de contrataciones, que debían ser resueltos por este mismo comité. Con la nueva Ley es el Instituto Nacional de Contratación Pública el encargado de conocer estas impugnaciones. Mejorando así el derecho de reclamación ante los actos emanados de autoridad competente, ya que con la Ley anterior el propio comité de considerar infundada o maliciosa la reclamación, podría ejecutarla, por consiguiente era muy escaso el nivel de reclamación por dicha disposición. Por lo tanto, es oportuna y justa la eliminación de la misma.

D.- Se eliminan los informes previos de la Procuraduría General del Estado y de la Contraloría General del Estado.

7) RESPECTO A LA RECEPCIÓN ACLARA CIERTOS ASPECTOS

“Art. 81.- Clases de Recepción.- En los contratos de adquisición de bienes y de prestación de servicios, incluidos los de consultoría, existirá una sola recepción, que se producirá de conformidad con lo establecido en el contrato y tendrá los efectos de recepción definitiva. Producida la recepción se devolverán las garantías otorgadas, a excepción de la garantía técnica.

En los contratos de ejecución de obra, así como en los contratos integrales por precio fijo existirán una recepción provisional y una definitiva.

Sin perjuicio de lo señalado en los incisos anteriores, en las contrataciones en que se pueda receptar las obras, bienes o servicios por etapas o de manera sucesiva, podrán efectuarse recepciones parciales.

En los casos en los que ante la solicitud del contratista, la Entidad Contratante no formule ningún pronunciamiento ni iniciare la recepción dentro de los períodos determinados en el Reglamento de esta Ley, se considerará que tal recepción se ha efectuado de pleno derecho,

para cuyo efecto un Juez de lo Civil o un Notario Público, a solicitud del contratista notificará que dicha recepción se produjo.”

8) EL RÉGIMEN ESPECIAL

El artículo que se transcribe a continuación, contiene las circunstancias especiales por las que el Estado o las entidades podrán exceptuarse del procedimiento contemplado por esta Ley. La Ley se remite al Reglamento, el cual manifiesta que de considerarse de manera motivada que no es posible seguir el procedimiento legal, la máxima autoridad determinará los procedimientos especiales.

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

1. Las de adquisición de fármacos que celebren las entidades que presten servicios de salud, incluido el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social;
2. Las calificadas por el Presidente de la República como necesarias para la seguridad interna y externa del Estado, y cuya ejecución esté a cargo de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional;
3. Aquellas cuyo objeto sea la ejecución de actividades de comunicación social destinadas a la información de las acciones del Gobierno Nacional o de las Entidades Contratantes;
4. Las que tengan por objeto la prestación de servicios de asesoría y patrocinio en materia jurídica requeridas por el Gobierno Nacional o las Entidades Contratantes;
5. Aquellas cuyo objeto sea la ejecución de una obra artística literaria o científica;
6. Las de adquisición de repuestos o accesorios que se requieran para el mantenimiento de equipos y maquinarias a cargo de las Entidades Contratantes, siempre que los mismos no se encuentren incluidos en el Catálogo Electrónico del Portal de COMPRASPUBLICAS;
7. Los de transporte de correo internacional y los de transporte interno de correo, que se regirán por los convenios internacionales, o las disposiciones legales y reglamentarias dictadas para el efecto, según corresponda;

8. Los que celebren el Estado con entidades del sector público, éstas entre sí, o aquellos con empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público o sus subsidiarias; así como también los contratos que se celebren entre las entidades del sector público o empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público y con empresas públicas de los Estados de la Comunidad Internacional; y,
9. Los que celebran las instituciones del sistema financiero y de seguros en las que el Estado o sus instituciones son accionistas únicos o mayoritarios; y, los que celebren las subsidiarias de derecho privado de las empresas estatales o públicas o de las sociedades mercantiles de derecho privado en las que el Estado o sus instituciones tengan participación accionaria o de capital superior al cincuenta (50%) por ciento, exclusivamente para actividades específicas en sectores estratégicos definidos por el Ministerio del Ramo.”

CONCLUSIONES

Con este trabajo, podemos concluir que la contratación es un medio por el cual el Estado y sus entidades expresan su voluntad de contratación a fin de satisfacer necesidades; y, por ende su acción para llevar a cabo los planes inherentes a él, por medio de la ejecución de obra, adquisición de bienes, prestación de servicios, consultoría, etc. Siendo la forma de interacción con los administrados, para velar por los intereses comunes de la sociedad, por ser la contratación un medio de acción, que se fundamenta especialmente en el debido manejo de los fondos públicos, que requirieren métodos idóneos para su manejo.

El sistema normativo para la contratación pública tiene la finalidad de cumplir los principios de: legalidad, igualdad, oposición o concurrencia, publicidad y transparencia; y, en consecuencia, que la licitación se ejecute con la participación, especialmente del ámbito privado en condiciones de igualdad, que concluya en un contrato conveniente técnica y económicamente para los intereses institucionales, utilizando para la evaluación del procedimiento, la conformación de comisiones de apoyo técnico para revisión de ofertas. Como este trabajo lo ha expuesto, la contratación pública está contemplada por mandato legal de una marcada desigualdad a favor del Estado, tales como: las garantías (por anticipo, de fiel cumplimiento, etc.), las multas obligatorias a favor del Estado y prohibidas a favor del contratista, la potestad de terminar el contrato de manera unilateral por la entidad contratante, la interpretación de las cláusulas contractuales, entre otras, lo cual para los doctrinarios

administrativistas citados a lo largo del trabajo nos invitan a reflexionar que los propósitos del Estado se sitúan por sobre el interés particular; por ello el espíritu de la Ley en el sentido desarrollado por esta investigación, es decir, bajo la concepción del interés público.

Ante la desigualdad y los posibles retrasos en los pagos a los contratistas propios de los trámites burocráticos, los contratos públicos son atractivos económicamente, ya que ningún grupo económico es capaz de requerir trabajos o servicios de tan alta escala.

Este trabajo recogió los procedimientos no solo utilizados por Ley, sino los procedimientos internacionales de contratación, utilizados no solo en el ámbito público, sino también en el privado. El manejo de grandes sumas de dinero, destinado a proyectos merecen una adjudicación idónea para el cumplimiento eficaz del contrato a entera satisfacción del contratante.

Para concluir, el valor agregado de la presente investigación se basa en las concordancias en cada uno de los temas relativos a la contratación pública, de la derogada Ley de Contratación Pública frente a la vigente Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (lo mismo con la nueva Constitución de la República), dando a conocer las variaciones, eliminaciones y agregados de conceptos y modalidades introducidas, lo cual hace de este trabajo no solo un elaborado académica, si no una herramienta útil y práctica.

BIBLIOGRAFÍA

BANCO MUNDIAL. Procurement of Works. Smaller Contracts. Marzo 1994.

BARRA, CASSAGNE, DROMI, GORDILLO, OTTONELLO, SANCHEZ. Contratos Administrativos. Regímenes de pago y actualización. Tomo I. Astrea. Buenos Aires, 1982.

BENALCÁZAR BONILLA, LUIS y JUAN PABLO AGUILAR. Guía de la contratación Pública. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito, 1995.

Cabanellas de la Torre, Guillermo. Diccionario Jurídico Universitario. Ed. Heliasta, Argentina 2000.

CASSAGNE, JUAN CARLOS. El Contrato Administrativo. LexisNexis Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2005.

DROMI, JOSÉ ROBERTO. Licitación Pública. 2ª edición actualizada. Ciudad Argentina. Buenos Aires, 1995.

GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO. Curso de Derecho Administrativo I, ed. Civitas, Madrid, 2000.

ESCOLA, JORGE HÉCTOR. Tratado Integral de los Contratos Administrativos. Depalma. Buenos Aires, 1977.

FIDIC. The FIDIC contracts guide. UIT detailed guidance on using the first editions of FIDIC'S "Conditions of contracts of construction", "conditions for contracts for plant and design-build", "conditions of contracts for EPC / turnkey projects". FIDIC, 2000, P.291.

GARÓFALO, AURELIO. Manual Teórico Práctico de Contratación Pública. Quito, 2004.

Gordillo, Agustín a. (Director). El Contrato Administrativo en la Actualidad. Suplemento especial de la Revista Jurídica Argentina La Ley. Talleres Gráficos de La Ley. Buenos Aires, 2004.

LARREA HOLGUÍN, JUAN I. DERECHO CIVIL DEL ECUADOR. CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES. Quito, 1964.

MAIRAL, HÉCTOR A. La Teoría del Contrato Administrativo a la luz de recientes normativas. En: Agustín Gordillo (Director). El Contrato Administrativo en la Actualidad. Suplemento especial de la Revista Jurídica Argentina La Ley. Talleres Gráficos de La Ley. Buenos Aires, 2004.

PARRA GUTIÉRREZ, WILLIAM RENÉ. Los contratos estatales. Gustavo Ibáñez. Bogotá, 1996.

Pérez, Efraín, Derecho Administrativo, ed. Corporación de Estudios y Publicaciones, 2004.

PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (VENEZUELA). Régimen jurídico de los contratos administrativos. Caracas, 1991.

RIVAS CASARETTO, MARÍA. "El Control de los Contratos Administrativos", ed. Edino, Guayaquil, 2004.

SAYAGUÉS LASO, ENRIQUE. La licitación pública. Montevideo, 2005.

SECAIRA DURANGO, PATRICIO A. Curso breve de Derecho Administrativo. Editorial Universitaria. Quito, 2004.

VEDEL, GEORGE, Droit administrative I, ed. Puf, París, 1992.

