



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
ÁREA JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA
CARRERA DE DERECHO

TITULO

“NECESIDAD DE REFORMAR LA LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA RESPECTO A LA OBLIGATORIEDAD DE REALIZAR LOS CONTRATOS DE OBRA MEDIANTE LA MODALIDAD DE CONTRATACIÓN INTEGRAL POR PRECIO FIJO”

TESIS PREVIA A OPTAR EL GRADO DE ABOGADO.

AUTOR:

Hernán Francisco Delgado Merino

DIRECTOR:

Dr. Mario Sánchez Armijos Mg. Sc.

LOJA - ECUADOR

2015

Educación
sinónimo de
Libertad



CERTIFICACIÓN

Dr. Mario Sánchez Armijos, Mg, Sc,

**DOCENTE DE LA CARRERA DE DERECHO DEL ÁREA JURÍDICA SOCIAL
Y ADMINISTRATIVA DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA.**

CERTIFICO:

Haber dirigido y orientado el presente trabajo de investigación jurídica, denominado: **“NECESIDAD DE REFORMAR LA LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA RESPECTO A LA OBLIGATORIEDAD DE REALIZAR LOS CONTRATOS DE OBRA MEDIANTE LA MODALIDAD DE CONTRATACIÓN INTEGRAL POR PRECIO FIJO”** de la autoría del señor Hernán Francisco Delgado M., el mismo que reúne los requisitos de fondo y de forma, de conformidad con el Reglamento Académico de la Universidad Nacional de Loja, por lo que autorizo la sustentación y defensa del mismo ante el tribunal correspondiente.

Loja, junio de 2015



Dr. Mario Sánchez Armijos, Mg. Sc.
DIRECTOR DE TESIS

AUTORÍA

Yo, **Hernán Francisco Delgado Merino**; declaro ser autor del presente trabajo de tesis y eximo expresamente a la Universidad Nacional de Loja y a sus representantes jurídicos de posibles reclamos o acciones legales, por el contenido de la misma.

Adicionalmente acepto y autorizo a la Universidad Nacional de Loja, la publicación de mi tesis en el Repositorio Institucional-Biblioteca Virtual.

Autor: Hernán Francisco Delgado Merino

Firma: _____



Cédula: 110286489-7

Fecha: Loja, junio de 2015

CARTA DE AUTORIZACIÓN DE TESIS POR PARTE DEL AUTOR, PARA LA CONSULTA, REPRODUCCIÓN PARCIAL O TOTAL Y PUBLICACIÓN ELECTRÓNICA DEL TEXTO COMPLETO.

Yo, **Hernán Francisco Delgado Merino**; declaro ser autor de la tesis titulada **"NECESIDAD DE REFORMAR LA LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA RESPECTO A LA OBLIGATORIEDAD DE REALIZAR LOS CONTRATOS DE OBRA MEDIANTE LA MODALIDAD DE CONTRATACIÓN INTEGRAL POR PRECIO FIJO"** como requisito para optar al grado de **ABOGADO**; autorizo al Sistema Bibliotecario de la Universidad Nacional de Loja para que con fines académicos, muestre al mundo la producción intelectual de la Universidad, a través de la visibilidad de su contenido de la siguiente manera en el Repositorio Digital Institucional:

Los usuarios pueden consultar el contenido de este trabajo en el RDI, en las redes de información del país y del exterior, con las cuales tenga convenio la Universidad.

La Universidad Nacional de Loja, no se responsabiliza por el plagio o copia de la tesis que realice un tercero.

Para constancia de esta autorización, en la ciudad de Loja, a los 29 días del mes de Junio de dos mil quince, firma el autor.

Firma:.....

Autor: **Hernán Francisco Delgado Merino**

Cédula: 110286489-7

Dirección: San Cayetano Bajo

Correo Electrónico: hernand150@hotmail.com

Teléfono: 2611332 Celular: 0986502395

DATOS COMPLEMENTARIOS.

Director de Tesis: **Dr. Mario Sánchez Armijos Mg. Sc.**

Tribunal de Grado: **Dr. Ernesto González Mg. Sc.**

Dr. Aníbal Herrera Mg. Sc.

Dr. Guilbert Hurtado Mg. Sc.

DEDICATORIA

Dedico el presente trabajo principalmente a Dios, por haberme dado la vida y permitirme llegar hasta este momento tan importante de mi formación profesional.

A mí querida madrecita que desde el cielo guía cada uno de mis pasos, por ser mi fuente de inspiración cada día de mi vida, por ser mi bendición y mi fortaleza.

A mis hijas Jhuliana y Rosemary quienes a la distancia me brindan su apoyo incondicional y constantemente llenan de alegría mi corazón.

Finalmente pero no menos importante a mis hermanas Vicky y Rosa Bolivia por estar siempre conmigo y ser un pilar fundamental, por sus palabras de motivación que reavivan mi espíritu para seguir siempre adelante... y a todos mis familiares que participaron directa o indirectamente en la elaboración de esta tesis.

Hernán F Delgado Merino

AGRADECIMIENTO

Dejo constancia de mi imperecedera gratitud a todas las personas que dieron su aporte desinteresado para la realización del presente trabajo;

A la Universidad Nacional de Loja, Área Jurídica, Social y Administrativa, Carrera de Derecho.

A sus Autoridades y Profesores,

A los profesionales del derecho que participaron en la investigación de campo.

En forma especial expreso mi agradecimiento al Dr. Mario Sánchez Armijos, quien desinteresadamente brindó su tiempo y dedicación en la coordinación del presente trabajo investigativo.

El Autor

1. TÍTULO

“NECESIDAD DE REFORMAR LA LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA RESPECTO A LA OBLIGATORIEDAD DE REALIZAR LOS CONTRATOS DE OBRA MEDIANTE LA MODALIDAD DE CONTRATACIÓN INTEGRAL POR PRECIO FIJO”

2. RESUMEN

El presente trabajo de investigación jurídica previa a la obtención del título de Abogado y Licenciado en jurisprudencia, analiza el siguiente problema: *“Por lo expuesto y tomando en cuenta que algunas obras realizadas han dado como resultado la insatisfacción del cumplimiento de la obligación y que ha ocasionado daños en los intereses del Estado, detrimentos, molestia o perturbación, por la comisión de un comportamiento infractor de la prestación por parte del contratista, mediando para ello dolo, o negligencia; por estas circunstancias considero necesaria una reforma a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública implementando la obligatoriedad de realizar los contratos de obra mediante la modalidad de contratación integral por precio fijo, para evitar la celebración de contratos complementarios, la inclusión de fórmulas de reajustes de precios o cualquier otro mecanismo de variación de precios y de igual manera el plazo de ejecución de la obra el cual no será sujeto a modificaciones; de esta manera se podrá mantener el precio desde el inicio de la obra, durante la misma y hasta la suscripción del acta de entrega recepción definitiva, esto con el fin de que la responsabilidad del contratista sea global frente al Estado dando resultados positivos para el mismo, como son la entrega de la obra como un proyecto completo y listo para su utilización, lo que compromete al contratista a asumir la responsabilidad del diseño del proyecto, la adquisición e instalación de sus componentes, ejecución y el compromiso de su adecuado funcionamiento para el cumplimiento de sus finalidades”*.

La presente problemática se enmarca dentro del campo problemático de las Ciencias Jurídicas, de aquí se deriva la importancia de la presente investigación la cual radica en la realidad que se observa en la actualidad en relación a los contratos de ejecución de obras públicas en nuestro país en razón de que en la actualidad se propaga la contratación, administración y fiscalización de obras integrales de infraestructura social de las Instituciones Públicas que lo soliciten, para mejorar las condiciones físicas de los servicios que se presta a la ciudadanía, cumpliendo con normativas, reglamentos y políticas del Estado Ecuatoriano para contribuir al Buen Vivir.

ABSTRACT

This paper legal research prior to obtaining a law degree and Bachelor of jurisprudence, analyzes the following problem: "By the above and taking into account that some works made have resulted in dissatisfaction fulfillment of the obligation and has caused damage to the interests of the State, detriment, nuisance or disturbance, by committing an unlawful conduct of the provision by the contractor, upon for this fraud, or negligence; by these circumstances an amendment to the Organic Law of the National Public Procurement System consider necessary to implement the obligation to carry out works contracts by contracting mode integrated fixed price, to avoid holding additional contracts, including indexation formulas price or any price variation mechanism and likewise the execution time of the work which will not be subject to change; in this way can keep the price from the beginning of the play, during and until the signing of final acceptance certificate delivery, this in order that the contractor's liability is comprehensive from the State yielding positive results for the same, such as the delivery of the work as complete and ready for use project which the contractor agrees to take responsibility of project design, procurement and installation of components, execution and commitment to its proper functioning for compliance its goals."

This issue is part of the problematic field of Legal Sciences, hence the importance of this research which lies in the reality that is observed today in

relation to contracts for public works in our country is derived reason that today the hiring, management and monitoring of comprehensive social infrastructure of public institutions that request is propagated to improve the physical conditions of the services provided to the public in compliance with laws, regulations and policies the Ecuadorian State to contribute to the Good Life.

3. INTRODUCCIÓN

El Estado Ecuatoriano busca prevenir y garantizar el derecho de las personas de acceder a bienes y servicios públicos de calidad y el pleno desarrollo tanto económico como infraestructural del país; y al encontrarse nuestro país en un auge pleno y desarrollo económico globalizado es de suma importancia que las leyes que regulan las contrataciones públicas se encuentren acorde a las necesidades y exigencias del Estado garantizando constitucionalmente así este derecho de los ciudadanos ecuatorianos.

La presente tesis realiza un estudio jurídico a los contratos de ejecución de obras públicas y la posibilidad de que se realicen dichos contratos mediante la modalidad de contratación integral por precio fijo de esta manera es necesario vislumbrar que la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en su Título III, Capítulo V, Sección I, Artículo 53 establece el procedimiento especial de contratación integral por precio fijo la cual consiste en que el contratista oferta el diseño de la ingeniería del proyecto, obtiene los componentes y construye la obra por un precio único e invariable.

En éste género de contratos también pueden existir opciones de operación de la obra por un cierto tiempo; es decir, se trata de una modalidad mediante la cual se encarga al contratista la totalidad de la obra por un precio fijo, y que a su vez debe entregarla en funcionamiento, conforme los requerimientos

acordados; se puede decir así mismo que el contrato integral por precio fijo tendrá un procedimiento especial el cual será el procedimiento de licitación mediante un sistema por el que se adjudica la realización de una obra o un servicio, generalmente de carácter público, a la persona o la empresa que ofrece las mejores condiciones, en cuanto a la ejecución de la obra el ofertante debe presentar su oferta con el cronograma completo y todos los detalles que fueren necesarios.

Y en el caso de las particularidades esta clase de contratos por la naturaleza propia de la misma no se puede aplicar a esta clase de contratos varias figuras que pueden ser aplicables a otros contratos dentro de estos contratos se prohíben los contratos complementarios o formas de reajustes de precios, de tal manera que se contrata bajo un solo contrato debido a que se incluye en este todo cuanto se relacione con la construcción y ejecución de la obra debido a que resulta más conveniente realizarlo mediante un solo contrato y por lo tanto en el contrato inicial se debe determinar cada uno de los detalles que se efectuaran en la ejecución de la obra por lo tanto debe encontrarse los pliegos completos y actualizados.

La presente tesis se encuentra estructurada de la siguiente manera: el primer Marco se denomina "Marco conceptual" en el cual se desarrollan temas de vital importancia como conceptos fundamentales acerca del derecho administrativo, así también se especifica y define lo que son los contratos en general, el

contrato administrativo, de igual manera se analiza lo que es en si el Contrato de Obra, contratación por precio fijo, y la contratación pública; así como también lo que es la oferta, la adjudicación la garantía y la liquidación, se adentra en lo que corresponde al tema de investigación como son las Compras Públicas y el Sistema Nacional de Contratación Pública.

El segundo marco se denomina “Marco Doctrinario” lo que comprende temas importantes como los Antecedentes históricos de los contratos administrativos, los Principios Rectores del Contrato Administrativo, los elementos y requisitos que este posee, las Características del mismo; así como también se analiza los regímenes de los contratos administrativos como es el Régimen Común y los Procedimientos Dinámicos el cual tiene inmerso el Catalogo Electrónico y la Subasta Inversa, se encuentra también el Procedimiento Común, en el cual se encuentra la Licitación, la Cotización, la Menor cuantía, la Ínfima Cuantía, la Consultoría, la Lista Corta, la Contratación Directa y el Concurso Público; también determino los Procedimientos Especiales del Régimen Común entre los cuales se encuentra la Contratación Integral por precio fijo la cual constituye el tema principal de la presente tesis y se categoriza y analiza de acuerdo a lo dispuesto en la Ley Orgánica del sistema Nacional de Contratación Pública especificando el Procedimiento de selección, las Particularidades de la contratación integral por precio fijo, y la Supervisión de la entidad contratante; se determina también en la presente tesis la Contratación Emergente, la Adquisición de bienes inmuebles, Arrendamiento de bienes inmuebles. Así

mismo se determina el Régimen especial de los contratos administrativos, la Fase Precontractual y se culmina con la fase contractual y pos contractual.

El tercer marco se denomina “Marco Jurídico” en el cual constan temas de vital importancia relacionados al tema de investigación como la legislación interna que regula la contratación pública como es la Constitución de la República, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, y el Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. De igual manera se realiza el correspondiente análisis de la Legislación Comparada en lo que se relaciona al tema que se está desarrollando específicamente en la Legislaciones de Panamá, Honduras y México. Se realiza también la investigación de campo la que comprende importantes temas como análisis de resultados de encuestas, de igual manera el análisis de resultados de entrevistas, verificación de objetivos, contrastación de hipótesis y sustento doctrinario y jurídico.

Y finalmente el último capítulo en el cual se enuncia las Conclusiones y Recomendaciones y la Propuesta de reforma la cual se encamina a reformar la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

4. REVISIÓN DE LITERATURA

4.1 MARCO CONCEPTUAL

4.1.1. Derecho Administrativo

“El derecho administrativo es, por tanto, el Derecho público común y general, el verdadero Derecho público de cuya concepción tradicional, en puridad, habría, que excluir aquellas ramas del Derecho que están por encima del Derecho público y del privado. Así ocurre, en primer lugar, con el Derecho legislativo, es decir, aquella parte del ordenamiento que regula el sistema de fuentes, los modos en que el Derecho se produce y el distinto valor de unas u otras normas, todo lo cual constituye en contenido fundamental del Derecho constitucional, esencialmente bocado a estudio de la <<normación sobre la normación>>, o derecho que regula cómo se crea y cuál es el efecto del derecho”.¹

Para comprender la importancia que tiene el estudio del derecho administrativo en la administración pública es trascendental empezar por comprender su significado, de esta manera se comprende que el derecho administrativo es la parte del ordenamiento jurídico, que regula la Administración Pública, su organización y sus servicios, así como también sus relaciones con los

¹ PARADA Ramón, “Derecho Administrativo 1 Parte General”, Edición decimonovena, Editorial Marcial Pons ediciones jurídicas y sociales, S.A, Madrid – España, 2012, Pág. 29.

ciudadanos, este tipo de derecho estudia toda actividad de índole administrativa sea del órgano administrativo, judicial o legislativo y personas no estatales en cuanto ejercen poderes públicos y no se refiere principalmente a los servicios públicos como tales, sino que abarca toda la función administrativa.

“Parte del derecho público que regula la estructura y funcionamiento de la administración y el ejercicio de la función administrativa.

Rama del derecho público que regula la actividad del estado que se realiza en forma de función administrativo.

Es el conjunto de reglas que determinan en qué condiciones los entes administrativos adquieren derechos e imponen obligaciones a los administradores, mediante la acción de sus agentes en interés de la satisfacción de las necesidades públicas”.²

La esencia del Derecho administrativo radica en la defensa de los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración, y ésta a su vez la racionalización del ejercicio del poder público en beneficio de la colectividad, la Administración, a diferencia de los particulares, no tiene fines propios, sino que

² MARTINEZ MORALES Rafael I, “Derecho Administrativo”, Ob. Cit., Pág. 65.

es una institución cuya única razón de ser y cuya fuente de legitimidad es actuar para satisfacer los intereses generales o públicos.

El interés general, de acuerdo con los valores y principios de la Constitución, se define por los Parlamentos o Asambleas Legislativas a través de las leyes, y por los Gobiernos al ejecutarlas y desarrollarlas.

*“El derecho administrativo comprende en consecuencia el estudio de la organización jurídica de la administración pública de los órganos centralizados y descentralizados, la función pública, las cargas públicas, los funcionarios, sus deberes, sus derechos y sus responsabilidades del estado por los actos y hechos que ejecutan los funcionarios públicos; el acto administrativo, los reglamentos, los servicios públicos, el acto administrativo, los reglamentos, los servicios públicos, los contratos administrativos, el dominio público, el poder de policía, la administración interna, los recursos administrativos y el contralor jurisdiccional de la administración pública”.*³

Concluyendo el derecho administrativo es aquella rama del derecho público que tiene como fin buscar el bienestar y defender el interés colectivo, esto siempre y cuando se lleve a cabo interpretando el ordenamiento jurídico de acuerdo al tenor literal de la Ley; este derecho se encarga de la organización del Estado y de las Instituciones públicas que lo integran, a su vez se encarga

³ ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA, Tomo VI, Editorial Driskill. S.A, Buenos Aires - Argentina, 1991. Pág. 933.

también de establecer procedimientos para optimizar los recursos del Estado; en definitiva este derecho regula las relaciones entre el Estado y sus Instituciones Públicas; es decir, la relación con los particulares y las distintas entidades públicas entre sí.

4.1.2. Contrato

“Proviene del latín contractus, que significa contraer, estrechar, unir, contrato, pacto. Y esta voz deriva de contraho, que entre otras acepciones, tiende a juntar o reunir.

Existen, pues, dos declaraciones de la voluntad, una traslación de derechos y otra recepticia, la primera por si sola son insuficientes para transmitirlos, y la segunda independiente, de la primera, es ineficaz para adquirirlos. La declaración de voluntad que se formula inicialmente se llama “oferta”, ya sea para transmitir o adquirir un derecho, y la ulterior se denomina “aceptación”. Ambas deben ser concurrentes, coincidentes sobre un objeto común y existir conjuntamente, no son por consiguientes, actos separados, y distintos, ni manifestación paralelas que no se tocan, ni temporalmente dispares, sino, por el contrario, constituyen una sola unidad voluntaria y recíproca, coincidente y con existencia cierta en un momento determinado y debidamente exteriorizada”.⁴

⁴ ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA, Tomo IV, Editorial DRISKILL. S.A, Buenos Aires - Argentina, 1979, Pág. 120.

De acuerdo con esto al hablar de contrato se puede decir que es un acuerdo de voluntades, el cual puede ser verbal o escrito, y que debe ser manifestado en común entre dos o más, personas legalmente capaces, las cuales se obligan en virtud del mismo, regulando sus relaciones relativas a una determinada finalidad o cosa, y a cuyo cumplimiento puede obligarse de manera recíproca, si el contrato es bilateral, o compelerse una parte a la otra, si el contrato es unilateral.

El contrato definitivamente es un acuerdo de voluntades que genera derechos y obligaciones relativos; es decir, sólo para las partes contratantes y sus causahabientes.

La noción del contrato se determina en los siguientes términos: *“Es un acto jurídico bilateral, formado o constituido por el acuerdo de dos o más voluntades sobre un objeto jurídico de interés común, con el fin de crear, modificar o extinguir derechos”*.⁵

Concluyendo el contrato es un acuerdo de voluntades que puede crear o transmitir derechos y obligaciones a las partes que lo suscriben. El contrato se constituye un acto jurídico en el que intervienen dos o más personas y está destinado con el fin de crear derechos y generar obligaciones. Se rige por el principio de autonomía de la voluntad, según el cual, puede contratarse sobre

⁵ ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA, Ob. Cit., Pág. 123.

cualquier materia no prohibida. De esta manera los contratos se perfeccionan por la característica del consentimiento y las obligaciones que nacen del contrato tienen fuerza de ley entre las partes contratantes.

4.1.3. Contrato Administrativo

*“Es todo acto o declaración multilateral o de voluntad común, producto de efectos jurídicos, entre dos o más personas, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa. Su regulación se regirá por las normas legales aplicables”.*⁶

El contrato administrativo es aquel acto de voluntad común que tienen una persona natural o jurídica con un organismo público o del Estado para contratar bajo la dependencia y sumisión del Órgano Público.

“Debido a la gran cantidad y diversidad de cuestiones que maneja el estado vía función administrativa, la administración pública tiene necesidad de realizar convenios y contratos que le permita efectuar acciones que la habiliten para el logro de sus fines, para lo cual es indispensable que entable relaciones con los particulares, ya que necesita de éstos en virtud de que el estado no tiene a su alcance todos los bienes o servicios que requiere.

⁶ GLOSARIO DE TÉRMINOS JURÍDICOS, Editorial ediciones legales EDLE. S.A, Quito- Ecuador, 2007, Pág. 52.

*Existen, pues, relaciones entre el estado y los particulares, en que aquél despojándose aparentemente de su poder soberano, habrá de recurrir a concertar determinados pactos para producir transferir, modificar o extinguir derechos y obligaciones”.*⁷

Los contratos administrativos son los celebrados por la administración con el fin de asegurar el funcionamiento de un servicio público, este tipo de contratos nace del vínculo jurídico que coloca a una persona determinada en la necesidad de dar, hacer, o no hacer alguna cosa, con respecto a otra persona también determinada, una de esas personas está regida por el derecho público, y la otra por el derecho privado.

*“En todo contrato administrativo existen ciertos rasgos distintivos esenciales, sin los cuales éste no se configura como negocio contractual o, al menos, como contrato administrativo; entre ellos, podemos destacar los relativos a su juridicidad, su bilateralidad y contractualidad, la desigualdad de sus partes, su formalidad, su régimen jurídico exorbitante del derecho privado, y, sobre todo, su finalidad”*⁸.

Analizando cada uno de estos rasgos en primer lugar tenemos la juridicidad la cual implica la creación, modificación, o extinción de derechos y obligaciones dando de esta forma como resultado que el contrato administrativo constituye

⁷ MARTINEZ, Morales Rafael, “Derecho Administrativo”, Ob. Cit., Pág. 44 – 45.

⁸ MORENO, Molina, J.A.: Nuevo régimen de contratación administrativa. La Ley, Madrid, 2000. Pág. 34

un acto jurídico y, en consecuencia es voluntario; de esta forma es un acto jurídico, y desde un sentido amplio del acto administrativo, se lo considera como un acto realizado por la administración pública en ejercicio de la función administrativa para producir efectos jurídicos; en cuanto a la bilateralidad se puede decir que en la mayoría de los contratos administrativos dado que ambas partes acuerdan, en virtud del contrato, obligaciones mutuas y recíprocas, da como resultado que los contratantes tienen el mutuo y recíproco carácter de deudores y acreedores entre sí, al haberse obligado los unos recíprocamente respecto de los otros; en lo relacionado a la desigualdad de las partes estamos hablando de una parte que es la administración pública la cual se rige bajo normas jurídicas específicas y donde existe la superioridad que posee como entidad pública mientras que la otra parte se trata de una persona natural la cual se encuentra sometida a la entidad que posee la administración pública.

4.1.4. Contrato de Obra

“Concepto de obra pública. En tanto que la doctrina francesa considera obra pública el trabajo realizado sobre bienes inmuebles con fines de interés público y con cargo a un ente público, la ley y la doctrina de otros países consideran que la obra pública puede referirse a bienes muebles e inmuebles.

Por nuestra parte, aceptamos el segundo criterio como válido. Podemos definir la obra pública como la construcción o mejora de un mueble o inmueble

*realizada para la comodidad o el servicio de la sociedad y que pertenece a un Ente Público”.*⁹

Para empezar el desarrollo de la presente tesis es de suma importancia realizar un análisis a lo que constituye en sí la obra pública puesto que es el tema en el cual se enfoca la presente tesis, es así que, se considera al contrato de obra como aquel trabajo realizado en cuanto a bienes inmuebles los cuales son solicitados por la administración pública con el fin de satisfacer una necesidad e interés social y público.

*“Aquel en el cual una de las partes se compromete a hacer una obra mediante el precio que otra ha de abonarle. / Aquel en virtud del cual una persona se obliga, mediante retribución, a realizar una obra”.*¹⁰

Bien generalmente el contrato de obra se considera como aquel en el cual las partes contratantes se obligan la una a realizar y ejecutar una obra que en este caso se trata del oferente que ha sido seleccionado y al cual se le ha adjudicado el contrato y la otra parte que es la administración pública se obliga a cancelar la cantidad indicada en los pliegos para la ejecución de la obra pública con el fin de satisfacer las necesidades sociales.

⁹ MARTINEZ, Morales Rafael, “Derecho Administrativo”, Volumen III, Segunda edición, Editorial University Press OXFORD, Distrito Federal de México, 2000, Pág. 43.

¹⁰ CABANELLAS, de Torres Guillermo, “Diccionario Jurídico Elemental”, editorial Heliasta, Buenos Aires – Argentina, 2003, Pág. 94.

“Elementos del Contrato. Como elementos de este contrato administrativo señalaremos:

- 1. Sujetos. Entidad o dependencia de la administración pública (Federal, local o municipal) y el particular que realiza la obra llamado Contratista.*
- 2. Consentimiento. Habrá de otorgarse por decisión del funcionario facultado legalmente y el particular contratista o su representante debidamente acreditado.*
- 3. La obra pública. Es la construcción o mejora de algún inmueble propiedad del Estado. Es el objeto del Contrato.*
- 4. Forma. Se celebrará por escrito, previo procedimiento de licitación.*
- 5. Causa. Una necesidad pública que debe ser satisfecha; para el particular, la obtención de un lucro razonable.*
- 6. Licitación. Es necesario seguir el procedimiento de concurso previsto en la legislación o exceptuando del mismo en los casos que esta lo permite”.¹¹*

Para finalizar el presente análisis cabe mencionar que el contrato por obra para lograr formalizarse debe poseer varios elementos mismos que constituyen parte de la conceptualización del mismo, de tal modo que primordialmente deben existir los sujetos contratantes, es decir, la Entidad Pública que solicita la ejecución de una obra y por otra parte la persona natural o jurídica que se

¹¹ MARTINEZ, Morales Rafael, “Derecho Administrativo”, Ob. Cit. Pág. 43 – 44.

obliga a realizarla y que se denomina el contratista; debe existir también como parte fundamental el consentimiento de las partes contratantes de tal modo que debe carecer de vicios caso contrario el contrato será nulo; como tercer punto se encuentra el objeto del contrato mismo que debe ser la ejecución de una obra la cual debe caracterizarse por ser pública, es decir que, se realizara en beneficio de los intereses de la administración pública; así mismo debe el contrato realizarse por escrito y para lo cual debe existir el proceso de licitación llevado a cabo de forma legal y equitativa dando a todos los oferentes la mismas posibilidades y trato justo.

4.1.5. Contrato por Precio Fijo

“La modalidad de precio fijo es la menos conocida y discutida por la doctrina sudamericana, aunque ampliamente conocida y utilizada en la construcción y edificación a nivel internacional, así como en el Ecuador principalmente por compañías petroleras en la amazonia para la contratación privada de construcción y edificación de plantas con trabajos eléctricos y metalmecánicas, en el procedimiento conocido como EPC (ingeniería, adquisición y construcción-engineering procurement, construction), donde el contratista oferta el diseño de detalle de la ingeniería del proyecto, adquiere los componentes y edifica la planta por un precio único e invariable, con excepciones determinadas. En este género de contratos también pueden existir

opciones de operación de la planta por un cierto tiempo, esquema denominado BOT (construcción, operación y transferencia)".¹²

Es necesario de igual manera realizar un estudio a lo que consiste en sí el contrato integral por precio fijo puesto que esta es la modalidad más factible para realizar la ejecución de obras beneficiando así al Estado y el interés público social; es así que el contrato integral por precio fijo constituye aquella modalidad de ejecución de obra mediante la cual el contratista se obliga a la realización del diseño, estructura, y culminación del mismo por un precio único pactado en inicio del contrato, mismo que no será susceptible de contratos complementarios ni fórmulas de reajuste de precio de tal modo que se garantiza la totalidad de la ejecución de la obra en el tiempo y por la cantidad pactada.

“Estos lineamientos contractuales tiene equivalencias con el procedimiento denominado, talvez impropriamente Turnkey (llave en mano), que encarga al contratista la totalidad de la obra por un precio fijo, que debe entregarla en funcionamiento conforme a los requerimientos acordados. Este tipo de contratos procede en la construcción de grandes y complejas obras, principalmente de diseño, construcción y edificación de plantas con obras de

¹² PEREZ, Antonio José, “Manual de Contratación Pública”, Primera Edición, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2011, Pág. 230.

*ingeniería y trabajos eléctricos y metal mecánicos como por ejemplo, refinerías, grandes represas para generación eléctrica, etc”.*¹³

El contrato integral por precio fijo es también conocido por la frase llave en mano la cual enmarca la misma configuración y características para la ejecución de las obras públicas de tal modo que el contratista se obliga a presentar una oferta en la cual deberá tomar en cuenta dentro del presupuesto todos y cada uno de los detalles y materiales como tiempo a utilizarse puesto que no abra lugar a reajuste de precios porque el contrato se hará por una cantidad exacta e inamovible.

*“La frase “llave en mano” sugiere que su principal característica es la entrega de las obras como un proyecto completo y listo para su utilización, lo que en realidad es un elemento universal de los contratos de construcción tradicionales. Lo que esencialmente caracteriza el contrato de “diseño y construcción”, es que el contratista asume la responsabilidad del diseño del proyecto, la adquisición e instalación de sus componentes, ejecución y el compromiso de su adecuado funcionamiento para el cumplimiento de sus finalidad a mediano y largo plazo”.*¹⁴

Para finalizar el análisis sobre lo que constituye el contrato integral por precio fijo cabe mencionar que esta clase de contrato tiene como característica

¹³ PEREZ, Antonio José, “Manual de Contratación Pública”, Ob. Cit., Pág. 230 – 231.

¹⁴ PEREZ, Antonio José, “Manual de Contratación Pública”, Ob. Cit. Pág. 231.

principal la ejecución de una obra pública de manera completa así como también la entrega de la misma de manera que pueda utilizarse inmediatamente en el tiempo pactado y así también que se realice toda el objeto de la obligación por un precio único e invariable no sujeto a contratos complementarios ni reajuste de precios.

4.1.6. Contratación Pública

“Se refiere a todo procedimiento concerniente a la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras públicas o prestación de servicios incluidos los de consultoría. Se entenderá que cuando el contrato implique la fabricación, manufactura o producción de bienes muebles, el procedimiento será de adquisición de bienes. Se incluyen también dentro de la contratación de bienes a los de arrendamiento mercantil con opción de compra”¹⁵.

La contratación pública es aquella actividad que realiza el Estado con entidades privadas o personas naturales para el efecto de realizar actos u obras con fines públicos, entre estos actos tenemos la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras públicas o prestación de servicios como el de consultoría.

¹⁵ LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE COMPRAS PÚBLICAS, Registro Oficial Suplemento 395, Quito – Ecuador, 2008, Art.6 Núm. 5, pág. 5

“El regido por normas de orden público. | El que corresponde al ámbito del Derecho Público. | Sinónimo de contrato solemne. | Aquel que consta por escritura pública. | El que, lejos de mantenerse en secreto, ha sido manifestado por las partes, aun sin recurrir a los órganos oficiales de publicidad”¹⁶.

La contratación pública es aquel acto público, el cual constituye un contrato solemne donde se inmiscuye todas las formalidades necesarias para la contratación. En definitiva la contratación pública es en relación del Estado con otra parte particular para realizar obras y servicios a favor del Estado.

La compra de bienes y servicios y la contratación de obras por parte de entes públicos, tales como la administración central, las administraciones locales o sus organismos subordinados, dan lugar a contratos públicos. La contratación pública incluye los pedidos de suministros, servicios y trabajos del sector público. Los contratos públicos que superan un determinado umbral están sometidos a normas y procedimientos comunitarios.

4.1.7. Oferta

“Manifestar la voluntad de entregar, hacer o no hacer alguna cosa. Poner a disposición del acreedor la cosa debida. Designio de cumplir un deber o de

¹⁶CABANELLAS, de Torres Guillermo; “Diccionario Jurídico Elemental”, Ob. Cit., pág. 95.

*realizar algún acto de liberalidad. Circunstancia que se presta para juzgar razonablemente o esperar con fundamento alguna cosa”.*¹⁷

Hablando generalmente la oferta constituye toda voluntad de hacer o cumplir un determinado acto; es decir el hecho de cumplir un deber o actividad que ha sido designado con anterioridad.

“Constituyen el acto jurídico mediante el cual los particulares, con base en lo establecido en la ley, los pliegos o términos de referencia, realizan una declaración de voluntad, encaminada a establecer, crear modificar derechos o relaciones jurídicas, para con la entidad contratante y demás oferentes que participan en el procedimiento de contratación.

El oferente debe tener un alto grado de diligencia en lo que respecta a la elaboración de su oferta, puesto que los posibles desajustes o errores imputables a su conducta, generan responsabilidades de este, frente a la entidad contratante y eximen a ésta de futuros reajustes por desequilibrios en la ecuación financiera del contrato, ya que los descuidos, errores o negligencias en que haya podido incurrir el proponente y después contratista, en la elaboración de su oferta, constituye error inexcusable por demás, en tratándose de personas expertas en las materias respecto de las cuales participan.

¹⁷ LARREA, Holguín Juan, “Enciclopedia Jurídica Ecuatoriana Derecho Civil”, Tomo VI, Editorial Fundación Latinoamericana Andrés Bello, Quito- Ecuador, 2005, Pág. 209.

*Las ofertas son técnicas y económicas: las técnicas hacen alusión al compromiso de los oferentes de sujetarse a las condiciones y especificaciones establecidas por la administración en los pliegos de condiciones, mientras que las económicas se refieren al precio ofertado para cumplir con el objeto contractual”.*¹⁸

Es de suma importancia primeramente comprender que son las ofertas; estas son todos aquellos actos jurídicos que tiene una persona ya sea natural o jurídica, quienes mediante los términos legales declaran su voluntad de crear relaciones jurídicas para con la entidad contratante, que en este caso será siempre una entidad pública; una vez delimitado esto es necesario que el oferente presente su propuesta con todos los detalles pertinentes y sumamente aclarados para poder realizar el contrato y de esta manera no incurrir en procedimientos engorrosos al finalizar el servicio u obra contratada; partiendo desde este punto se puede considerar que las ofertas pueden ser de dos maneras las técnicas y las económicas, las primeras son aquellas que deben mantenerse sujetas a las condiciones que establece la entidad contratante y las segundas en cambio son las que se refieren al precio ofertado para el cumplimiento del objeto del contrato.

“Para participar como oferentes en los procedimientos de contratación regulada por la ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación pública, sean

¹⁸ LÓPEZ, Arévalo William, “Tratado de Contratación Pública”, Tomo I, Edición Segunda, Editorial Jurídica del Ecuador, Quito- Ecuador, 2012, Pág. 170.

personas naturales o jurídicas, obligatoriamente deberá constar inscrito en el RUP como proveedor Habilitado; excepto en los procesos de menor cuantía, donde no hará falta estar inscrito en el RUP, pero deberán inscribirse en forma previa a la suscripción del contrato. Las ofertas se podrán presentar en forma individual, asociada, o con compromiso de asociación o consorcio.

Al hablar de la oferta es necesario aclarar que puede existir una Oferta fallida la cual “Se Produce cuando el oferente ganador no procede a la celebración del contrato por causas a él imputables, en cuyo caso será declarado adjudicatario fallido”.¹⁹

Concluyendo es importante mencionar que para poder participar como oferente en los procedimientos de contratación es necesario constar inscrito con un RUP el cual garantiza que se encuentra registrado en el registro único de proveedores como un proveedor habilitado; así mismo dichas ofertas se pueden presentar individualmente como en forma asociada, cabe aclarar que dichas ofertas una vez presentadas no pueden modificarse pero queda el hecho de que en caso de errores de forma estos se podrán subsanar lo cual se podrá realizar dentro de un término no menor a dos días o mayor a cinco días. Una vez aclarados todos estos puntos es necesario conocer que existe la llamada oferta fallida la cual se da cuando el oferente ganador del contrato por

¹⁹ LÓPEZ, Arévalo William, “Tratado de Contratación Pública”, Ob. Cit., Pág. 171.

cualquier razón aplicable a él mismo no procede a la celebración del contrato y que se lo declarará como adjudicatario fallido.

4.1. 8. Adjudicación

*“Es el acto formal mediante el cual la entidad contratante acepta una de las ofertas realizadas, que implica un convenio jurídico entre las partes seleccionadas y la administración. El efecto principal del acto de adjudicación, es el de surgir entre las partes una situación de reciprocidad derechos y obligaciones, en donde el contrato será solamente la forma instrumental o acto formal. Por eso, hemos de advertir que el contrato se perfecciona con la adjudicación, no con la formalización, ya que la forma escrita, aunque obligatoria, carece de carácter constitutivo, de allí, que el efecto principal de la adjudicación sea que desde ese mismo momento surgen derechos y obligaciones entre las parte. De otro modo no se explicaría que la ley establezca sanciones, ya para el contratista, ya para la entidad contratante, ante la falta de formalización del contrato por causas que les sean imputables”.*²⁰

La adjudicación constituye una formalidad del contrato la cual implica la relación entre la administración y la parte seleccionada por la misma de acuerdo a su oferta establecida y mediante la cual se realiza el convenio entre

²⁰ LÓPEZ, Arévalo William, “Tratado de Contratación Pública”, Ob. Cit., Pág. 172.

ambas de contratar y realizar la obra o servicio necesario, mediante esta entonces existe la reciprocidad de ambas partes donde se produce derechos y obligaciones, cabe recalcar que la adjudicación sería el formalismo del contrato y la forma mera para la realización del contrato.

*“Asignar, atribuir, destinar determinadas especies o derechos a una persona que debe recibirlos. Generalmente se procede a adjudicar bienes concretos, en una partición, de forma que se cubre con las cosas adjudicadas el derecho del adjudicatario”.*²¹

En definitiva la adjudicación es la forma en la cual se concede a una determinada persona en este caso oferente la realización de ciertos derechos y obligaciones, en cuanto a lo que compete la presente investigación las obligaciones y contratos que deberán contraer el contratista y la entidad contratante serán los procedimientos de contratación para la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios.

Adjudicación fallida

“Es el oferente inhabilitado del RUP mediante resolución de la Administración por no haber celebrado el contrato adjudicado por causas que le sean imputables.

²¹ LARREA, Holguín Juan, “Enciclopedia Jurídica Ecuatoriana Voces de Derecho Civil”, Ob. Cit., Pág. 113.

*Si notificado legalmente con la adjudicación el oferente ganador (adjudicatario) no celebrare el contrato por causas que le sean imputables, lo máxima autoridad de la Entidad Contratante mediante resolución motivada la declarará adjudicatario fallido; resolución que de manera obligatoria deberá ser notificada al SERCOP a fin de que sea inhabilitado del RUP por el plazo de tres años, tiempo durante el cual no podrá contratar con el Estado. En este caso, la máxima autoridad declarará desierto el procedimiento de manera total o parcial por ofertas fallida, siempre que no sea posible adjudicar el contrato al oferente que se encuentra en segundo lugar en el orden de prelación”.*²²

Existe también los llamados adjudicatarios fallidos que son aquellos adjudicatarios a quienes se les ha notificado legalmente como ganador de un contrato por cuanto su oferta ha sido la escogida para la celebración del contrato: sin embargo, estos adjudicatarios es aquel oferente que se encuentra inhabilitado su RUP, y por otras causas que siendo imputables a él no procede a celebrar el contrato con la administración pública, es así que la máxima autoridad de la entidad contratante es la encargada de declararlo adjudicatario fallido previo el trámite pertinente y así mismo notificará al SERCOP con el fin de que sea inhabilitado durante tres años como una sanción a fin de que durante ese tiempo no puede realizar ningún tipo de contrato con el Estado.

²² LÓPEZ, Arévalo William, “Tratado de Contratación Pública”, Ob. Cit., Pág. 173 – 174.

4.1.9. Liquidación

“La Obligación de liquidar el contrato, es de origen legal, y tiene por objeto que una vez terminado el contrato las partes definan los saldos que a favor o en contra de cada una de ellas resulten.

*A través de la liquidación de los contratos se busca en especial establecer el equilibrio final en las relaciones suscitadas entre la entidad estatal y el contratista, con el objeto de dejar nivelados las prestaciones y derechos surgidos del negocio jurídico. En ese sentido, el principal de la conmutatividad, entendido como la equivalencia obvia que debe existir entre lo que se da o hace por una parte y lo que se recibe por la otra, se torna en regla vinculante e imperativa, que debe ser restablecida al final de la relación jurídica, con el propósito de que el negocio finalmente sea equivalente entre las partes”.*²³

La liquidación es aquel procedimiento mediante el cual las partes contratante y contratista se encargan de definir y diferenciar los saldos que hayan quedado ya sea en favor o contra de cada una de ellas, esto se realiza una vez terminado el contrato, el objeto de la liquidación es el de dejar al mismo nivel y desarrollo la relación contractual entre las partes contratantes involucradas y de esta manera se logrará que el negocio realizado entre ellas resulte bien y con miras y beneficios para ambas partes.

²³ LÓPEZ, Arévalo William, “Tratado de Contratación Pública”, Ob. Cit., Pág. 224.

“Como lo sostiene ESCOBAR SANIN, el significado de esta expresión es de una proporción equitativa entre los valores de los objetos o los hechos debidos, para llegar a la noción de un punto intangible de precio justo para las partes.

En conclusión, la obligación de liquidar el contrato, cuando por su naturaleza o tipo se requiera de esta instancia, no está impuesta por la ley a una sola de las partes del mismo; más bien, es un procedimiento fijado, que puede terminar en un acuerdo bilateral, en una liquidación unilateral o en una liquidación arbitral o judicial del contrato.

Por otra parte, aunque nuestra ley se refiere a la liquidación del contrato como si fuera un acto ajeno a la recepción definitiva, es necesario precisar que dicha liquidación final forma parte del acta de recepción definitiva, es decir, debe efectuarse en la recepción definitiva de la obra, bien o servicio contratado”.²⁴

Básicamente la liquidación es aquel resultado que se deriva de la relación contractual con el fin de tener una proporción equivalente de los objetos o hechos debidos entre las partes contratantes y de esta manera lograr llegar a un precio justo y objetivo equitativo entre las partes. La liquidación es una parte importante del contrato puesto que ocasiona beneficios para las partes contratantes y de igual manera puede ser unilateral, bilateral o judicial. Así mismo cabe recalcar que la liquidación del contrato en materia administrativa

²⁴ LÓPEZ, Arévalo William, “Tratado de Contratación Pública”, Ob. Cit., Pág. 225.

forma parte del acta recepción definitiva lo cual significa que se realiza durante la entrega recepción definitiva del objeto de la contratación.

*“Esta liquidación económica contable del contrato, en la que se deberá dejar constancia de lo ejecutado, determinando los valores recibidos por el contratista, los pendientes de pago o los que debe deducírsele o debe devolver por cualquier concepto, aplicando los reajustes correspondientes. Se procederá además a las compensaciones a que hubiere lugar. Los valores que resulten de la liquidación del contrato, deberán pagarse dentro de los diez días siguientes a la misma y de no efectuarse el pago causarán intereses legales y los daños y perjuicios correspondientes”.*²⁵

Concluyendo la liquidación del contrato es económica, y se debe llevar una contabilidad en la cual se dejará constancia de los valores acreditados por el contratista y los valores pendientes a pagarse o devolverse según el caso correspondiente, aplicándose así el reajuste económico necesario y conveniente y así mismo se deberá realizar las compensaciones necesarias. Estos valores que se deduzcan de la liquidación deben acreditarse dentro de los diez días siguientes a la realización de la liquidación, en caso de no realizarse el pago correspondiente esto ocasionara el pago de los intereses legales ocasionados más los daños y perjuicios oportunos.

²⁵Ibíd.

4.1.10. Garantía

“Es una obligación accesoria que garantiza el cumplimiento de la obligación principal, cuyo fin es asegurar el estricto cumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de los contratistas. Consecuentemente, su vigilancia estará supeditada a la existencia del contrato principal, pues, terminará cuando concluya dicho contrato.

*Por eso, el fin u objetivo de las garantías será siempre el asegurar el total y correcto cumplimiento de las obligaciones establecidas en el contrato, más no indemnizar, ya que el Ente Estatal, aun ejecutando las garantías conservará su derecho de demandar al contratista por los daños y perjuicios ocasionados a la administración”.*²⁶

La garantía generalmente constituye una precaución con el fin de proporcionar seguridad para el cumplimiento de la obligación y terminará o será devuelta cuando el objeto del contrato se encuentre plenamente entregado o cumplido. Entonces el fin de la garantía es el de proporcionar la plena convicción del desarrollo de lo contratado; sin embargo aun con estas garantías el contratista tendrá el derecho de demandar los daños y perjuicios que hayan sido ocasionados por la falta del cumplimiento de lo estipulado en el contrato.

²⁶ LÓPEZ, Arévalo William, “Tratado de Contratación Pública”, Ob. Cit., Pág. 180.

“Con el fin de asegurar la perfección del contrato y su correcta ejecución, se exige al contratista la constitución de garantías a favor de la entidad las cuales deben cobijar los riesgos que eventualmente conlleve la inobservancia de las obligaciones a las que se encuentra sujeto, es por esta razón, que según el caso particular de cada contrato deben ampararse:

- *El buen manejo y correcta inversión del anticipo*
- *Pago de obligaciones a favor de terceros*
- *Efectivización de multas*
- *El fiel cumplimiento, y,*
- *La calidad y correcto funcionamiento de los bienes y equipos.*

*La entidad contratante tiene la opción de elegir la forma de garantía que a de rendir el contratista, conforme se lo determine en los pliegos, resultando que las garantías podrán construirse por combinación de ellas”.*²⁷

Concluyendo las garantías son aquellas exigencias que plantea la administración al contratista seleccionado previa la oferta y no son más que cauciones o formas de lograr que el contratista cumpla con lo pactado en el contrato y asegurar el pleno desarrollo y cumplimiento del contrato, dichas garantías deben cumplir con todas las exigencias impuestas y cubrir todo lo necesario para el fiel cumplimiento del contrato; es decir que deberá

²⁷ LÓPEZ, Arévalo William, “Tratado de Contratación Pública”, Ob. Cit., Pág. 180 - 181

observarse y garantizarse el pago por daños ocasionados, el fiel cumplimiento del contrato, y el buen funcionamiento de la obra o servicio según el caso , de igual manera queda a libre disposición de la entidad administrativa el elegir la garantía que a su criterio mejor convenga y favorezca en este caso al Estado.

4.1.11 Sistema Nacional de Contratación Pública

“Es el órgano rector del Sistema Nacional de Contratación Pública, cuyo fin fundamental es velar porque se cumplan los principios de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad y participación nacional en los diversos procedimientos de contratación, y asegurar el cumplimiento de los objetivos del sistema Nacional de Contratación Pública.

*Fue creado como un organismo de derecho público, técnico y autónomo, con personalidad jurídica propia y autonomía administrativa, técnica, operativa, financiera y presupuestaria”.*²⁸

El Servicio Nacional de Contratación Pública es aquel órgano que se encarga de asegurar que se cumpla con los principios fundamentales y rectores para el cumplimiento de cualquier contratación y de esta manera se asegurará el fiel cumplimiento de los objetivos del Servicio Nacional de Contratación Pública. Este organismo fue creado como un órgano de derecho público completamente

²⁸ LÓPEZ, Arévalo William, “Tratado de Contratación Pública”, Ob. Cit., Pág. 37.

independiente y con personalidad jurídica capaz de actuar y representarse por sí misma, su administración es autónoma, de igual manera su financiamiento y presupuesto depende de sí misma.

Ahora bien en relación a las atribuciones del SERCOP se encuentran establecidas en la Ley Organica deContratación Pública las cuales estan determinadas en beneficio tanto de la administración como del contratista y deberá verificar en primer lugar el uso obligatorio y exclusivo de las herramientas del sistema con el fin de llevar un buen funcionamiento de la contratación y cumplir con todas las formalidades dispuestas, además debera contar con el uso de los modelos contractuales establecidos por el SERCOP, así mismo deberá contar con proveedores legalmente inscritos en el RUP y sin ninguna inhabilidad y que la información que se encuentre en el sistema se encuentre plenamente actualizada.

4.1.12 Compras Públicas

*“Se refiere a todo procedimiento concerniente a la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras públicas o prestación de servicios incluidos los de consultoría. Se entenderá que cuando el contrato implique la fabricación, manufactura o producción de bienes muebles, el procedimiento será de adquisición de bienes. Se incluyen también dentro de la contratación de bienes a los de arrendamiento mercantil con opción de compra”.*²⁹

²⁹ LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE COMPRAS PÚBLICAS, Ob. Cit., Art. 6 Núm. 5, Pág. 4.

Las compras públicas son los procedimientos que consisten en adquirir o arrendar determinados bienes entre los cuales se puede mencionar la fabricación o producción de bienes muebles, también se inmiscuye la ejecución de obras y la prestación de servicios como lo es la consultoría. De tal forma que constituye todo aquello que se realiza en contratación del proveedor y la Entidad pública contratante.

“El Sistema Informático COMPRASPÚBLICAS contempla entre sus prioridades proporcionar la mayor eficacia posible a las actuaciones del Estado en procura de alcanzar sus dos objetivos: pulcritud en la selección de los contratistas y condiciones de contratación más favorables para el Estado.

*De allí que uno de los propósitos fundamentales del Sistema Nacional de Contratación Pública, es el de dotar a la Administración Pública y a la comunidad en general de un sistema público de información que la provea de datos y cifras actualizados, veraces y fácil acceso, que sean necesario para realizar un juicio análisis del mercado, que sirva y colabore en la planificación, programación, control y ejecución del plan de compras”.*³⁰

La palabra COMPRASPÚBLICAS, es el sistema informático que se encarga de proporcionar la mejor eficacia y eficiencia, esto con el fin de alcanzar sus objetivos como son el esmero en la selección de los contratistas y las plenas

³⁰ LÓPEZ, Arévalo William, “Tratado de Contratación Pública”, Ob. Cit., Pág. 52 -53.

condiciones y las más favorables de contratación para el Estado. En definitiva el propósito primordial del Sistema Nacional de Contratación Pública es el de brindar al Estado y la ciudadanía en general de un sistema público de información donde se suministre de los datos necesarios y actualizados con un acceso fácil, y que esto colabore con la planificación control y buena ejecución del plan de compras.

El Portal COMPRASPÚBLICAS

*“El Portal del Sistema Nacional de Contratación Pública del Ecuador es www.compraspublicas.gov.ec. Es un sistema electrónico que contiene y permite la consulta de toda la información sobre los procesos contractuales de la Administración Pública. Es el sistema electrónico que permite hacer seguimiento a todas las etapas inherentes al proceso de contratación, desde la fase de formación del contrato y selección del proponente hasta la ejecución total del mismo incluida la etapa pos contractual”.*³¹

Para entrar en el portal del sistema Nacional de compras publicas se entrará a la página web establecida. Este sistema ofrece toda la información necesaria acerca de todos los procesos contractuales celebrados o a celebrarse con la administración pública, de esta manera se logrará obtener todo tipo de

³¹ LÓPEZ, Arévalo William, “Tratado de Contratación Pública”, Ob. Cit., Pág. 53.

información sobre los contratos y es una mejor forma de ofrecer estabilidad y mejoramiento en el sistema el cual se debe encontrar actualizado.

*“A través del portal, cualquier persona, empresa u organismo, dentro o fuera del territorio nacional, puede acceder gratuitamente a la información sobre la demanda de bienes y servicios por parte del Estado y obtener los documentos básicos de estos procesos de contratación en todas sus etapas. Adicionalmente, mediante este Portal las Entidades Estatales tienen acceso a la información y mecanismos para la capacitación en línea de todos los actores del Sistema Nacional de Contratación Pública y será el único medio empleado para realizar todo procedimiento electrónico”.*³²

Concluyendo cabe recalcar que el portal de compras publicas ofrece muchos beneficios a todas las personas que acceden a él, puesto que a traves de este se podrá adquirir información acerca de cada procedimiento contractual en cada una de sus etapas gratuitamente y también de la demanda de bienes y servicios que tiene el Estado desde cualquier parte ya sea esta dentro o fuera del territorio ecuatoriano, además a través de este portal será el único medio por el cual se procedera a realizar todo tipo de trámite con respecto a los contratos administrativos realizados por el Estado.

³² LÓPEZ, Arévalo William, “Tratado de Contratación Pública”, Ob. Cit, Pág. 54.

4. 2. MARCO DOCTRINARIO

4.2.1. Antecedentes históricos de los contratos administrativos

“Fairén, tratadista citado por Larrea Holguín en su obra “Enciclopedia Jurídica Ecuatoriana”, señala que las primeras relaciones obligatorias tuvieron en Roma un carácter internacional y penal, por actos ilícitos realizados entre las primeras unidades políticas que eran la gens y la familia, cuyas únicas relaciones de cambio era de naturaleza real (permuta, compraventa y donación). De ellos se derivan exclusivamente un compromiso entre un miembro del grupo aceptar la responsabilidad por el hecho ilícito de alguno de sus compañeros, para así evitar la represalia de los otros. De no obtenerse el perdón del ofendido, éste adquiriría un derecho sobre el ofensor, pudiéndolo matar o reducir a la esclavitud, con el desarrollo de las civitas, la obligación sería el estado de sujeción en que caería el culpable, de modo parecido al concepto actual.

La palabra obligación se viene utilizando desde el siglo XII, pero etimológicamente viene de la voz latina (obligatio) atar a, ligar con.

En el Derecho Romano en un inicio, la vinculación jurídica era personal, es decir, el deudor comprometía su persona y no su patrimonio para asegurar el pago. No es sino hasta la Lex Poetelia Papiria algunos autores sitúan la fecha

en que fue expedida en el año 457 a. C y otros en el 428 e incluso en el 326 a.C que cambia la naturaleza de la misma, ya que la sujeción dejó de ser personal y pasó a vincular al patrimonio del deudor pudiendo el acreedor cobrarse con éste ante el incumplimiento del deudor.

Luego, la doctrina pandectística alemana del siglo XIX introdujo la expresión Schuldverhältniss, luego transmitida a Italia como Rapporto obbligatorio, y de ahí a España, que ofreció en ésta como tantas otras áreas, de vinculo cultural para el derecho latino americano, desde hace años de relación obligatoria.

A raíz de la Revolución Francesa 1789, la soberanía de un país deja de residir en el monarca y pasó a ser ostentado por el pueblo, y ello, con una consecuencia fundamental: La Administración pasa a estar ha servicio del ciudadano y su funcionamiento queda sujeto a normas jurídicas. Sin embargo, el núcleo esencial de esa primera Administración moderna seguía girando, fundamentalmente, en torno a unas actividades específicamente públicas, sin correspondencia posible con la actividad de los particulares, por lo que las normas jurídicas destinadas a regular su funcionamiento tenían que ser, necesariamente, de exclusiva aplicación a la Administración.

Estas normas específicamente públicas, al irse desarrollando e incrementando, con el tiempo dieron lugar al nacimiento de una rama especial del Derecho, el Derecho Administrativo, en cuanto Derecho regulador del funcionamiento y de

los derechos y obligaciones de la Administración Pública, diferenciado del Derecho Privado, cuyo ámbito queda circunscrito exclusivamente a las relaciones entre particulares. Entonces, para que nazcan los contratos administrativos como contratos dotado de una regulación distinta a la de los contratos privados, fue necesario que se produjera un proceso de profunda evolución en el que, partiendo inicialmente de un grado muy reducido de intervención administrativa, se va evolucionando hacia un volumen muy elevado de actuaciones públicas en todas las áreas que afectan al funcionamiento de la sociedad, y cuyas etapas más significativas fueron las siguientes inicialmente, el estado moderno nacido de la Revolución Francesa era acérrimamente liberal, lo cual suponía la mayor injerencia posible de la administración en los asuntos privado de los ciudadanos.

Finalmente, este progresivo e importante incremento de las actuaciones del estado provoca que la administración pública necesite utilizar, cada vez más, la contratación con particulares para hacer frente a la realización de determinados servicios y por fin, cuando tales contrataciones se generalizan, surgen definitivamente los contratos administrativos, diferenciados de los contratos civiles, con una regulación específica propia, determinada por una doble exigencia: Las peculiaridades funcionales de la administración como organización, y las peculiaridades derivadas del interés público y de la posición dominante de la Administración.

Podemos concluir entonces, señalando que con la Revolución Francesa de 1789, se establece el principio de separación de poderes, prohibiéndose a los tribunales civiles conocer de los actos relacionados con la administración, dando origen de esta manera la Jurisdicción Contencioso Administrativa, a la que se le atribuye la competencia sobre los Contratos Públicos; Finalmente debemos destacar que esta separación de la jurisdicción Civil ordinaria a la jurisdicción especial (Contencioso Administrativo) se consolidó en la era Napoleónica (Código Napoleónico).³³

Para finalizar el presente análisis cabe mencionar que constituye de suma importancia realizar un breve análisis a la historia que caracteriza a los contratos administrativos puesto que la presente tesis se enmarca dentro del campo administrativo en lo referente a los contratos de obra pública y la necesidad de que los mismos se realicen a través de la contratación integral por precio fijo de tal modo que se puede evitar consecuencias negativas para el Estado como pueden ser los contratos complementarios o fórmulas de reajuste de precios; es así que la historia se remonta a Roma donde se presenta una relación entre la gens y la familia, en este momento las relaciones de cambio entre estas figuras era la permuta la compraventa y la donación; ahora bien en caso de existir un acto ilícito cometido por parte de cualquier persona que conforme la familia este debe aceptar su responsabilidad debiendo pedir perdón al ofendido y en caso de que esto no sucedan el ofendido podía tomar

³³ LÓPEZ ARÉVALO William, "Tratado de Contratación Pública", Ob. Cit., Pág. 69-70-71-72-73.

al infractor como su esclavo e incluso matarlo; con posterioridad el pago por el acto ilícito dejó de ser personal pasando a tomar como pago por el ilícito a su patrimonio; luego de la Revolución Francesa la soberanía del país pasa a radicar en el pueblo de tal modo que la administración de dicho país se realiza bajo normas jurídicas; a partir de este desarrollo se da lugar al crecimiento del Derecho administrativo el cual se encuentra como regulador de los derechos y obligaciones de la Administración Pública; ahora bien, con el transcurso del tiempo la administración pública adquiere la obligación de contratar con particulares con el fin de satisfacer de una manera rápida y efectiva las necesidades que posee de tal modo que de esto se derivan los contratos administrativos con la característica de que la administración pública posee una supremacía dentro de dicha contratación.

4.2.2. Principios Rectores del Contrato Administrativo

El Dr. William López Arévalo en su obra Tratado de Contratación pública determina los principios rectores del contrato administrativo los cuales son:

- ✓ El principio de legalidad

Conforme a este principio, fundamental en el Estado de derecho, los órganos o autoridades del Estado, y por ende de la administración pública, solo pueden hacer lo que la ley expresamente les permite, en la forma y términos en que la

misma determina, por lo que su actuación habrá de fundarse y motivarse en el derecho vigente; en consecuencia, el contrato administrativo queda sujeto a un régimen jurídico determinado porque, *“La administración es una función esencialmente ejecutiva; ella tiene en la ley el fundamento y el límite de su acción”*³⁴

El presente principio se basa fundamentalmente en la Ley; es decir, que todos los contratos que se celebren mediante contratación administrativa o pública debe ser conforme a la Ley y lo que la Ley permita, de esta manera entonces debe fundamentarse toda contratación pública de acuerdo a la Ley que se encuentre vigente.

✓ Principio de trato justo

“De gran relevancia en materia de contratación pública son los principios de trato justo e igualdad, los cuales exigen que debe darse el mismo trato a todos los oferentes de un procedimiento precontractual. Es decir, que no puede existir un trato preferente a un determinado proveedor o en su defecto, que se de un trato discriminatorio a otro. Vale decir, que estos principios implican que las mismas reglas del juego se apliquen a todos los oferentes”.³⁵

³⁴ VELÁZQUEZ, Curbelo, F “Manual práctico de contratación administrativa” Editorial Marcial Pons, 1997, Página 23

³⁵ PEREZ, Antonio José, “Manual de contratación Pública”, Ob. Cit. Pág. 65.

El trato justo, trata acerca de que todo postor tiene acceso y participación para contratar con las Entidades Públicas en las mismas condiciones quedando totalmente prohibido la existencia de privilegios; se orientan a establecer un equilibrio en la relación precontractual y contractual entre la entidad contratante y el proveedor, evitando que se perjudiquen los intereses del Estado, pero también impidiendo que el funcionario público actúe discrecionalmente.

✓ Principio de Igualdad

“Constituye principio constitucional básico la igualdad ante la ley; por lo tanto, está prohibida la existencia de privilegios, ventajas o prerrogativas, que beneficien a determinados oferentes, pues todos merecen el mismo trato y oportunidad.

*Se debe proceder con rectitud y sin designio anticipado, tratando a todos los postores y personas en iguales condiciones”.*³⁶

El principio de igualdad se basa en la igualdad de condiciones de participación de los oferentes, y se aplica las mismas condiciones y normas para todos evitando cualquier conducta o actitud de carácter discriminatorio.

³⁶LÓPEZ ARÉVALO William, “Tratado de Contratación Pública”, Ob. Cit., Pág. 117.

✓ Principio de Calidad

*“Este principio exige que la contratación pública cumpla con criterios de eficiencia y calidad, entre otros. Es decir, que las obras, bienes o servicios que se contraten deben ser de calidad, pues los procedimientos precontractuales en última instancia buscan satisfacer, directa o indirectamente, una necesidad pública. De ahí que los procedimientos establecidos en la LOSEP buscan que las entidades contratantes seleccionen aquellas obras, bienes o servicios que ofrezca las mejores condiciones técnicas y económicas para la entidad, por ende, las más convenientes”.*³⁷

Debe medirse en función de la capacidad para satisfacer oportuna y adecuadamente las necesidades y expectativas de los ciudadanos. La calidad en la gestión pública puede y debe ser constantemente mejorada.

✓ Principio de vigencia tecnológica

“El principio de vigencia tecnológica impone la obligación de que la LOSEP establezca procedimientos precontractuales acordes con los avances tecnológicos de la humanidad. Sin embargo, esto no debe ser entendido como una obligación por parte de la entidad contratante de requerir en sus pliegos, bienes obras y servicios que incluyan o impliquen la más desarrollada

³⁷ PEREZ, Antonio José, “Manual de contratación Pública”, Ob. Cit. Pág. 66 – 67.

*tecnología de punta a nivel mundial ya que debe considerarse siempre el mercado nacional y su disponibilidad para efectos de establecer requerimientos y aspectos técnicos de la contratación requerida”.*³⁸

Hablando de este principio de vigencia tecnológica se puede decir que este se basa en que los bienes, servicios u obras deben reunir condiciones de calidad y modernidad tecnológica para cumplir fines requeridos, desde el mismo momento en que son contratados, y por un determinado y previsible tiempo de duración, con posibilidad de adecuarse, integrarse y repotenciarse si fuera el caso, con los avances científicos y tecnológicos.

✓ Principio de Oportunidad

*“Los procedimientos precontractuales deben ser oportunos, ágiles y rápidos, pues ya mencionamos, en última instancia la entidad contratante, al contratar obras, bienes y servicios busca directa o indirectamente satisfacer una necesidad pública”.*³⁹

Los procedimientos de contratación pública deben ejercerse de manera oportuna y eficaz atendiendo a las necesidades tanto de las Entidades contratantes y que está a su vez tome relación con el tiempo en el cual se ha pactado la entrega recepción de la obra contratada.

³⁸ PEREZ, Antonio José, “Manual de contratación Pública”, Ob. Cit. Pág. 67.

³⁹ Ibídem.

✓ Principio de Concurrencia

*“La concurrencia reviste gran importancia en el sistema de contratación pública ecuatoriana: en un procedimiento precontractual debe contarse con el mayor número de oferentes posibles. Mientras más proveedores participen en un procedimiento precontractual, es mayor la posibilidad de encontrar ofertas convenientes para la entidad contratante; mientras que al reducirse el número de oferentes participantes, se limita la posibilidad de beneficios para la Entidad contratante”.*⁴⁰

El principio de concurrencia pretende fomentar la participación en términos positivos; a su vez este principio se basa en que se responda a un ejercicio de participación competitiva, con reglas claras, objetivas y predeterminadas.

✓ Principio de Transparencia

*“Como ya mencionamos, el artículo 288 de la Constitución de la República establece que la contratación debe cumplir, entre otros criterios, con el de transparencia. La transparencia permite a la ciudadanía conocer de los procedimientos de contratación que llevan adelante la entidad contratante, garantizando el debido control social en este aspecto fundamental de la actividad pública”.*⁴¹

⁴⁰ PEREZ, Antonio José, “Manual de contratación Pública”, Ob. Cit. Pág. 68 -69.

⁴¹ PEREZ, Antonio José, “Manual de contratación Pública”, Ob. Cit. Pág. 70.

Este principio consiste en que toda contratación deberá realizarse sobre criterios y calificaciones objetivas, sustentadas y accesibles a los postores, basado esto en los principios de ética y moral.

✓ Principio de Publicidad

*“Como sabemos, todas las acciones que se desarrollen en un procedimiento precontractual, así como las de ejecución contractual deben ser publicadas en el portal de compras públicas, con lo cual se garantiza a su vez el principio de transparencia mencionado en el numeral anterior”.*⁴²

El principio de publicidad, supone el hecho de que los procesos de contratación pública y sus etapas deben ser de conocimiento de todos los interesados, permitiendo que la información sea un medio de propiedad pública y gratuita; es decir, que cualquier persona puede acceder a estos servicios y contratación pública.

✓ Principio de Participación Nacional

“La LOSEP es una Ley que garantiza o promueve la participación nacional privilegiando a los proveedores ecuatorianos por sobre los extranjeros, adicionalmente, la LOSEP beneficia la participación de proveedores locales

⁴² Ibídem.

*sobre los nacionales en los procedimientos precontractuales y fomenta la participación de las micro y pequeñas empresas en dichos procedimientos, pues se ha reconocido mundialmente que la contratación pública es quizás el motor más fuerte de la economía de los países”.*⁴³

El presente principio se basa en la intervención y suscripción de micro y medianos productores nacionales intensificando así la producción nacional y local.

4.2.3. Elementos y requisitos del Contrato administrativo

Elementos de los contratos

Elementos Esenciales: *“Aquellas cosas sin las cuales, o no surte efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente.*

*Son aquellos sin cuya concurrencia el contrato no puede concebirse ni existir, ya que son la esencia del acto”.*⁴⁴

Para comenzar el presente análisis es de suma importancia reconocer que los contratos administrativos en sí poseen varios elementos primordiales

⁴³ PEREZ, Antonio José, “Manual de contratación Pública”, Ob. Cit. Pág. 71.

⁴⁴ LÓPEZ ARÉVALO William, “Tratado de Contratación Pública”, Ob. Cit., Pág. 85.

comenzando por los elementos esenciales los cuales constituyen la formalidad del contrato y sin los cuales no podrá surtir efecto el contrato.

“Elementos naturales: Son de la naturaleza de un contrato las que, no siendo esenciales en él se entiende pertenecerle, sin la necesidad de una cláusula especial. Son aquellos que se consideran implícitamente comprendidas en el contrato, mientras que las partes no convengan lo contrario, ya que se trata de un elemento que no es de la esencia sino de la naturaleza del contrato, que puede ser excluido por la manifestación de la voluntad de las partes y el contrato no dejaría de ser tal”.⁴⁵

Los elementos naturales por el contrario son aquellos propios del contrato, los cuales a pesar de no encontrarse estipulados expresamente en el contrato se conoce que son parte del mismo; sin embargo puede dentro del contrato presentarse una cláusula que lo excluya con el fin de que pueda surtir efecto.

“Elementos Accidentales: Aquellas cosas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que le agregan por medio de cláusulas especiales. Son aquellas que dependen solo de la voluntad de las partes. Se los llama también modalidades”.⁴⁶

⁴⁵ Ibídem.

⁴⁶ LÓPEZ ARÉVALO William, “Tratado de Contratación Pública”, Ob. Cit., Pág. 86.

Existen tres elementos y que por su naturaleza son esenciales dentro de los contratos administrativos el primero hace referencia a la esencia misma del contrato que es la necesidad de adquirir un bien o la prestación de un servicio, el segundo son aquellos elementos naturales que se encuentran implícitamente dentro del contrato siempre y cuando no exista algún acuerdo entre las partes de no adherir dichos elementos, el tercero hace referencia a las cláusulas especiales que son incluidas dentro de los contratos cuando existe un acuerdo de las dos partes.

Requisitos del contrato administrativo

“Para que una persona se obligue a otra por un acto de declaración de voluntad es necesario:

- *Que sea legalmente capaz;*
- *Que consienta en dicho acto o declaración, y su consentimiento no adolezca de vicio,*
- *Que recaiga sobre un objeto lícito; y,*
- *Que tenga una causa lícita”.*⁴⁷

Para finalizar la presente parte introductoria se puede decir que entre los requisitos indispensables previos a la celebración de contratos administrativos es necesario que el adjudicatario se encuentre al momento de celebrarlo en

⁴⁷LÓPEZ ARÉVALO William, “Tratado de Contratación Pública”, Ob. Cit, Pág. 87.

capacidad legal y sin ningún impedimento legal, que la declaración de su voluntad no se vea afectada por ningún tipo de vicio que afecte su voluntad, el objeto del contrato recaiga sobre algo no prohibido por las leyes de nuestro país y por último que las causa del contrato a celebrarse sea en su totalidad lícita, cumplido estos requisitos se podrá decir que existe capacidad legal para poder celebrar el contrato.

a) La capacidad

“Las entidades públicas en representación del estado ecuatoriano deberán al igual que las personas naturales o jurídicas previo a la celebración de los contratos administrativos tanto la entidad contratante como el adjudicatario deberán contar con capacidad legal y no deberán estar inmersos en prohibiciones estipulados en la ley o estar sancionados como contratistas incumplidos”.⁴⁸

En cuanto a los requisitos del contrato administrativo cabe mencionar que en primer lugar debe existir la capacidad legal tanto de la entidad contratante como de los particulares adjudicatarios ya sean personas naturales o jurídicas, así mismo ambas partes no deberán encontrarse inmersos en prohibiciones o estar sancionados como contratistas.

⁴⁸ Ibídem.

b) La Voluntad o Consentimiento y sus Vicios

*“El consentimiento o acuerdo de voluntades entre dos o más personas, es un requisito esencial para la existencia de un contrato, cuya inobservancia invalida el mismo, pues deviene su nulidad”.*⁴⁹

Lógicamente para que se lleve a efecto un contrato en general debe existir el consentimiento y voluntad de las partes contratantes, ahora bien, dentro de los contratos administrativos constituye un requisito esencial para la formalización del contrato de tal modo que de no darse el consentimiento de una de las partes deja como resultado la nulidad del contrato.

*“En otras palabras, el consentimiento debe estar libre de vicios, y según los dispone el art. 1467 de la Codificación del Código Civil, los vicios de que pueden adolecer son: error, fuerza y dolo”.*⁵⁰

Continuando con el análisis debe enunciarse que el consentimiento de las partes contratantes debe encontrarse libre de vicios como pueden ser el error, la fuerza y el dolo, los cuales se pueden dar de mala fe.

*“Estos son vicios de la voluntad que afecta a la eficacia del acto o contrato, por cuanto la misma no ha sido manifestación libre y espontáneamente”.*⁵¹

⁴⁹ LÓPEZ ARÉVALO William, “Tratado de Contratación Pública”, Ob. Cit., Pág. 90.

⁵⁰ *Ibíd.*

⁵¹ LÓPEZ ARÉVALO William, “Tratado de Contratación Pública”, Ob. Cit., Pág. 90.

Se puede decir que el consentimiento es la expresión de la voluntad en forma libre de dos o más personas que intervienen en la celebración del contrato, es por ello que no deberá de adolecer de vicios que lo invaliden como el error, la fuerza y el dolo, en caso de existir vicios el contrato será declarado nulo en su totalidad, puesto que esto afecta al consentimiento y voluntad de una de las partes.

c) El objeto

*“El objeto del contrato, es la obligación consistente en una prestación de dar, hacer o no hacer, requerida o convenida por las partes. Es el para qué del contrato. Naturalmente que el objeto del contrato para su validez deberá ser lícito, cierto y determinado. El inciso tercero del artículo 1477 del Código Civil, señala que: Si el objeto es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible”.*⁵²

Debe dentro de los requisitos del contrato encontrarse también lo que constituye el objeto del contrato de tal modo que este puede ser de dar, hacer o no hacer una determinada obra o servicio en razón de la solicitud y requerimiento de la administración pública.

⁵² Ibídem.

*“El objeto constituye requisito esencial de toda declaración de voluntad, y para que tenga validez jurídica debe ser lícito, caso contrario, si es ilícito, estará Viciado de nulidad absoluta”.*⁵³

El objeto del contrato se puede decir que esta consiste en la obligación acordada entre las dos partes que intervienen en la celebración de dar, hacer o no hacer, la prestación de un bien o servicio, en si por lo general el objeto de todo contrato es algo físico y moralmente posible para su realización a más deberá ser lícito solo así se podrá determinar su validez jurídica.

d) La causa

“Es la situación de hecho que ha considerado las partes y que las determina a contratar para satisfacerla; en otras palabras es el porqué del contrato. La causa también deberá ser lícita y real no simulada.

*La causa será contraria al orden público, cuando atenta contra el interés general de la sociedad”.*⁵⁴

La causa en si es la existencia misma del contrato puesto que sin esta no producen ningún efecto legal, esta deberá ser verdadera, ser lícita acorde a las estipulaciones de la ley y en el caso de que la causa sea ilícita, esto producirá

⁵³LÓPEZ, Arévalo William, “Tratado de Contratación Pública”, Ob. Cit., Pág. 98.

⁵⁴Ibídem.

la nulidad total del contrato puesto que las causas que lo motivaron fueron aquellas no acordes a las estipulaciones legales contenidas en nuestra legislación.

Requisitos de los contratos públicos según nuestra legislación

a) La competencia del órgano de contratación

“La competencia no es un elemento del contrato, sino un requisito para la validez del mismo que debe satisfacer el ente Contratante. Según nuestra legislación, son capaces para suscribir los Contratos Públicos quienes ejercen administrativamente la representación legal de la Entidad Contratante, resaltando que en el caso de las Municipalidades y Consejos Provinciales, esa representación la ejercerá el Alcalde o Prefecto, respectivamente. Entonces, en esta materia, la competencia hace relación al ente Estatal como tal, que debe estar facultado legalmente para iniciar un determinado proceso de contratación a través de sus representantes legales”.⁵⁵

La competencia en si es un requisito indispensable para la validez de los contratos administrativos dentro de nuestro territorio, los únicos facultados y con competencia legal para la celebración de este tipo de contratos son aquellos que se encuentren figurando como representantes legales de la

⁵⁵LÓPEZ, Arévalo William, “Tratado de Contratación Pública”, Ob. Cit., Pág. 100 – 101- 102.

entidad en este caso contratante, todo esto con una salvedad cuando se trate de los Municipios de cada Cantón y Consejos Provinciales quienes estarán facultados para intervenir como representantes legales serán únicamente el alcalde y el prefecto que fueron elegidos democráticamente, en caso de que no se cumpla con este requisito indispensable se deberá declarar al contrato con nulidad absoluta.

“Para los efectos de la Ley, tienen capacidad para contratar los ministros y máximas autoridades administrativas de las entidades contratantes, así como los representantes legales de las entidades de derecho privado sometidas a la Ley”.⁵⁶

Para que los contratos surtan los efectos legales pertinentes es necesario que las partes que intervienen en la celebración tengan capacidad legal, cuando se trata de entidades públicas del estado el representante legal de las mismas serán los encargados y responsables de la celebración de los contratos administrativos.

b) La capacidad del adjudicatario contratista

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

⁵⁶Reglamento a la ley Organica Sistema Nacional Contratacion Pública, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito- Ecuador, 2009, Pág. 15.

Si una persona que esta incurso en una o mas causales de inhabilidad general o especial contrata con el Estado, dicho acto estará afectado de nulidad, pues estamos frente al caso de una incapacidad especial para ejecutar ciertos actos. Consecuentemente, si se adjudica contratos realizados a favor de contratistas que incurran en falta de capacidad, solvencia, o en prohibicion para contratar éstas serán apreciadas atendiendo a la existencia del dolo o manifiesta mala fe en el contratista así como al daño causado a los interés públicos”⁵⁷.

Previo a la celebración del contrato es necesario que el adjudicatario contratista tenga capacidad legal para obligarse, pues si este se encuentra inmiscuido dentro de alguna prohibición como no tener solvencia económica o estar en inhabilidad para contratar con el estado, el contrato se verá afecto por nulidad absoluta debido a que no se cumple con el requerimiento principal que es la obligatoriedad de la dos partes de tener capacidad para obligarse y contratar.

“Si del contrato se derivan obligaciones de contenido económico para la administración, previamente deberá constar la existencia de crédito suficiente y adecuado para la prestación del contrato, caso contrario, la actuación administrativa a más de ser irresponsable y arbitraria, ocasiona responsabilidades administrativas, civiles o penales para los causantes”⁵⁸.

Previo a la realización del contrato la administración deberá contar con el presupuesto necesario y suficiente para cumplir con la obligación económica

⁵⁷ LÓPEZ ARÉVALO William, “Tratado de Contratación Pública”, Ob. Cit., Pág. 104- 105.

⁵⁸ Ibídem.

que nace con el adjudicatario, caso contrario este se verá inmerso tanto en las responsabilidades administrativas, civiles y penales que se deriven por el incumplimiento del pago y por los daños ocasionados por su irresponsabilidad en su cargo al encomendado.

c) Las Formalidades

*“Las formalidades son los requisitos exigidos por la Ley para la validez del contrato; estas formalidades pueden ser anteriores (pliego de condiciones), concomitantes (acto de adjudicación) o posteriores (aprobación y recepción) al encuentro de ambas voluntades. Por tanto, si falta la forma prescrita por la ley, o se han festinado trámites, o seguido un procedimiento irregular (formalidades), el contrato resulta sin validez, es decir, afectado de nulidad absoluta. En materia de Contratación Pública, tenemos por ejemplo como formalidades esenciales, los procedimientos precontractuales, la publicidad de la licitación, el secreto de las ofertas o propuestas, la prestación de garantías, la escritura pública en ciertos contratos, entre otros, cuya emisión acarrea la nulidad absoluta del contrato”.*⁵⁹

Llámesese formalidades a todos aquellos requisitos indispensables y que por su naturaleza son exigibles por la ley para la legalización de los contratos, estos podrán ser anteriores a la celebración del contrato ejemplo aquellas

⁵⁹ LÓPEZ ARÉVALO William, “Tratado de Contratación Pública”, Ob. Cit., Pág. 107 -108.

estipulaciones que se encuentran contenidos en el pliego de condiciones, de igual manera aquellas formalidades que se den dentro del acto de adjudicación y por último las que se den en la aprobación y al final cuando la obra materia del contrato hubiere sido entregada, en caso de que no se hubieren cumplido con todas las formalidades prescritas en la ley el contrato no surtirá efecto y se lo declarara de nulidad absoluta.

4.2.4. Características del Contrato Administrativo

a) Las cláusulas exorbitantes

*“Son aquellas que ponen de manifiesto el reconocimiento de poderes excepcionales a la administración, que les permite asegurar la primacía de los intereses públicos o sociales que están vinculados a la realización del objeto del contrato”.*⁶⁰

Las cláusulas exorbitantes son aquellas que reconocen los poderes y la supremacía de la administración, de tal modo que se pone en observancia la supremacía de poder de la administración buscando satisfacer los intereses públicos en cuanto giren en torno al objeto del contrato.

“Este tipo de cláusula son propias del derecho público, y son inusuales en el derecho privado, pues, su inclusión acarrearía la nulidad del contrato. Permiten

⁶⁰LÓPEZ ARÉVALO William, “Tratado de Contratación Pública”, Ob. Cit., Pág. 107.

*a la Entidad Estatal el control excepcional del contrato. Ejemplo la terminación unilateral y anticipada del contrato”.*⁶¹

Dentro del derecho público se encuentra mejor y con mayor determinación las cláusulas exorbitantes, de tal modo que al excluírseles de los contratos se daría como consecuencia la nulidad del contrato.

*“Estas estipulaciones, llamadas exorbitantes, tienen por objeto crear en las partes derechos y obligaciones extraños, por su naturaleza, a las normas civiles o mercantiles; por eso, en virtud de estas cláusulas, la Administración puede ejercer sobre sus contratistas un control de alcance excepcional, como por ejemplo: terminar unilateralmente el contrato, imponer sanciones, dar directrices al contratista, etc”.*⁶²

Para concluir lo que son las cláusulas exorbitantes puedo llegar a la conclusión de que estas se sitúan en la supremacía del interés público ejercido por el estado sobre el de los particulares, estas cláusulas por su naturaleza son utilizadas dentro del derecho público más no dentro del derecho privado, el objetivo que se pretende con la utilización de estas es brindar al administrador la posibilidad de ejercer sobre el adjudicatario del contrato un control absoluto y un alcance excepcional en si este podrá dar por terminado el contrato de manera unilateral, en el caso de incumplimiento por parte del contratista este

⁶¹LÓPEZ ARÉVALO William, “Tratado de Contratación Pública”, Ob. Cit., Pág. 110.

⁶²Ibidem.

podrá imponer sanciones pecuniarias y finalmente este estará en la posibilidad de orientar y vigilar el fiel cumplimiento de la obligación que nació del contrato.

b) El formalismo

“En los Contratos Administrativos se supedita su validez y eficacia jurídica al cumplimiento de las formalidades exigidas por las disposiciones vigentes en cuanto a la forma y procedimientos de contratación.

Las exigencias de forma prevista para los contratos públicos, se plantean como hemos indicado en tres momentos distintos: primeramente, en un momento anterior o previo, cuando tiene lugar la preparación del contrato, es decir, se refiere a la génesis mismo del contrato; en segundo lugar, tenemos una fase concomitante, que se relaciona con la selección del contratista, en donde el Ente Estatal debe sujetarse a los procedimientos preestablecidos en la ley; y, finalmente, la fase posterior, relacionado a la forma misma que debe revestir el negocio contractual”.⁶³

Para que el contrato administrativo surta los efectos legales correspondientes y para que se verifique su completa validez es necesario que las partes cumplan con todas y cada una de las formalidades establecidas en los tres momentos del contrato el primero son aquellos formalidades contenidas con anterioridad

⁶³ LÓPEZ ARÉVALO William, “Tratado de Contratación Pública”, Ob. Cit., Pág. 112.

a la celebración, el segundo en la fase intermedia donde se realiza la selección de adjudicatario y tercero aquellas formalidades que se dan al finalizar y en el momento de la entrega del bien o servicio que se derivó del contrato.

c) La desigualdad jurídica

“Cuando una de las partes es la Administración, se imponen ciertas prerrogativas y condiciones que subordinan jurídicamente al contratista; por eso, en los Contratos Administrativos, desaparece el principio de igualdad entre las partes, pues la Administración aparece en una situación de superioridad jurídica respecto del contratista.

Esta desigualdad jurídica se traduce en la competencia que tiene la Administración para:

- ❖ Adaptar el contrato a las necesidades públicas, variando dentro de ciertos límites las obligaciones del contratista.*
- ❖ Terminar unilateralmente el contrato en caso de incumplimiento o por otra causa prevista en la Ley.*
- ❖ Ejecutar el contrato por sí o por un tercero, en caso de incumplimiento o mora del contratista, en forma directa, unilateralmente y por cuenta de éste.*

*Entonces, en los contratos Administrativos prevalece el interés público sobre el interés particular”.*⁶⁴

Los contratos administrativos se han visto investidos por una desigualdad jurídica cuando una de las partes intervinientes en la celebración es la Administración, ya que con claridad se puede apreciar la imposición de un sin número de situaciones que supeditan al adjudicatario contratista, con lo cual se puede apreciar con facilidad la desigualdad existente entre las partes intervinientes, dando una mayor preferencia en este caso a las Instituciones Públicas pertenecientes al Estado.

De igual manera se ha establecido ciertas competencias que tienen como finalidad dotar a las instituciones del Estado de una preferencia del interés público sobre el particular entre ellas se puede decir que la primera se refiere a la adaptación del contrato a las carencias de las instituciones públicas obligando al contratista a cumplir en su totalidad con los requerimientos del Administrador, la segunda es la facultad de dar por terminada unilateralmente el contrato cuando exista algún incumplimiento por parte del adjudicatario, la tercera hace referencia a la potestad del administrador de terminar el objeto del contrato por si o a través de un tercero cuando el contratista se vea inmerso en incumplimiento o mora.

⁶⁴ LÓPEZ ARÉVALO William, “Tratado de Contratación Pública”, Ob. Cit., Pág. 113- 114.

Derechos y Obligaciones Personales

*“En principio, los derechos y obligaciones que nacen del Contrato Administrativo respecto del contratista, son de carácter personal (intuitu personae), por lo tanto, se prohíbe la cesión de los derechos y obligaciones contractuales, salvo que el Estado consienta en dicha sesión. En los contratos públicos predomina el carácter (intuitu personae). Como expresa Sayagués laso, admítase que el particular contratante debe cumplir estrictamente sus obligaciones, con mayor rigurosidad que entre particulares, por estar comprometidos intereses públicos”.*⁶⁵

En lo que respecta a los derechos y las obligaciones que tienen los contratistas dentro de los contratos administrativos, estos serán de carácter personal y la cesión de derechos y obligaciones provenientes de los contratos quedaran prohibidos, esto con la salvedad de que exista alguna acuerdo entre entidad estatal y el contratista, esto le permite al administrador tener pleno control y obliga al adjudicatario a cumplir en su totalidad la obra.

4.2.5. Procedimientos de la Contratación Pública

4.2.5.1. Régimen Común

“El Estado como cualquier contratante, tienen el derecho legítimo de obtener de los particulares las mejores condiciones en su contratación, las más

⁶⁵ LÓPEZ ARÉVALO William, “Tratado de Contratación Pública”, Ob. Cit., Pág. 114.

*económicas, las más eficientes, las que cumplan los requerimientos y especificaciones técnicas y las que ofrezcan mayores garantías de seriedad para su realización”.*⁶⁶

Una vez realizado el análisis de los principios, elementos y características del contrato administrativo en general, es necesario realizar un análisis acerca de los procedimientos de contratación pública entre los cuales se encuentra principalmente el régimen común misma que enmarca el derecho del Estado de que los contratos que se realicen se encuentren en condiciones perfectas para su utilización como también debe encontrarse en condiciones eficientes.

*“Los procesos de selección, son procedimientos públicos por los cuales se realizan los Contratos Administrativos, Procesos en los cuales puede participar cualquier persona que cumpla las bases y los requisitos exigidos por la ley; Además, quien pretende contratar con el Estado deberá hallarse inscrito en el Registro Único de Proveedores (RUP) y no estar incluido como contratista inhabilitado para contratar o estar afectado por alguna causa de inhabilidad general o especial”.*⁶⁷

Dentro de esta clase de procedimiento se encuentran los procesos de selección mismos que es un procedimiento público mediante el cual se realizan los contratos administrativos, esta clase de procedimiento permite que los participantes u oferentes se encuentren inmersos en las bases y requisitos

⁶⁶ LÓPEZ ARÉVALO William, “Tratado de Contratación Pública”, Ob. Cit., Pág. 255.

⁶⁷ *Ibíd.*

establecidos en los pliegos así como también deberán primordialmente encontrarse inscritos en el Registro Único de Proveedores.

*“Son diversos los tipos de procesos de selección que existen, dependiendo del tipo de bien o servicio a contratar, la obra a ejecutar, así como también del monto (presupuesto referencial) del contrato”.*⁶⁸

Dentro de los contratos administrativos el Estado tendrá mejores privilegios esto en referencia a los obtenidos por los particulares, por lo general se brindara por parte del contratista los mejores precios, actuará con técnicas más eficiente en el cumplimiento de los requerimientos y estará obligado a dar garantías que aseguren el cumplimiento de la obra, en lo que respecta a procedimiento de selección que se realizan previo a la adjudicación del contrato, todos los interesados estarán en igualdad de condiciones y deberán estar inscritos en el registro único de proveedores a más le corresponderá cumplir con todos los requisitos establecidos en la ley y no estar inmerso en alguna prohibición que lo inhabilite para contratar con el Estado.

4.2.5.1.1. Procedimiento Dinámico

“Se trata de procesos de contratación desarrollados casi en su integridad a través de la principal herramienta a la que el legislador apostó con la entrada en vigencia del nuevo sistema de compras públicas: El Internet.

⁶⁸ LÓPEZ ARÉVALO William, “Tratado de Contratación Pública”, Ob. Cit., Pág. 255.

La característica más relevante de este tipo de procesos es la necesaria normalización de bienes y servicios a ser adquiridos a través de los mismos.

Como regla general, todos los bienes y servicios normalizados se adquieren a través de los procedimientos dinámicos, solo en el caso de que no se pueden aplicar dichos procedimientos o que estos hayan sido declarados desiertos, se optará por los demás procedimientos de contratación previstos en la ley y su Reglamento General.

Con su aplicación se busca reducir los tiempos y fases de contratación, de bienes y servicios de mayor demanda en el mercado, disminuir los costos que significan la realización de procesos precontractuales, así como los plazos de entrega de dicho bienes y servicios normalizados, mejorar sus precios y disponibilidad en beneficio de los intereses y de cada entidad requirente”.⁶⁹

Se trata de un procedimiento que tiene como finalidad mejorar y agilizar los procesos de contratación mediante la utilización de un nuevo sistema de compras públicas como lo es la compra por catálogos y la subasta a la inversa todo esto con la utilización de una herramienta moderna como lo es el internet, la característica más importante de este tipo de procedimiento es la necesidad en que se ha visto el administrador de poder normalizar la contratación de bienes y servicios, cuando no fuere posible la aplicación de los procedimientos

⁶⁹ PÉREZ Antonio José, “Manual de Contracción Pública”, Ob. Cit., Pág. 119- 120.

dinámicos o que el mismo sea declarado como desierto solo en este caso se podrá dar paso a la utilización de cualquiera de los otros procedimientos de contratación que se encuentran establecidos en la ley, con la utilización de este procedimiento se pretende acortar el tiempo para contratar, obtener mejores ofertas en bienes y servicios, reducir costos que se derivan de la utilización de procesos precontractuales y finalmente se pretende obtener mejores beneficios para la entidad estatal contratante.

4.2.5.1.1.1. Catalogo Electrónico

“Es un procedimiento de contratación electrónica (compras por catálogo electrónico), producto del convenio marco suscrito entre el Instituto Ecuatoriano de Contratación Pública y los proveedores seleccionados, mediante el cual las Entidades Estatales, pueden contratar directamente y sin límites de montos, los bienes y servicios normalizados que requieran y que consten en el catálogo electrónico.

El catálogo de Bienes y Servicio, son códigos únicos y uniformes que identifican y buscan estandarizar los productos que forman parte de la totalidad de bienes que pueden contratar las Entidades Públicas.

El INCOP deberá crear un catálogo electrónico que será publicado en el portal COMPRASPUBLICAS, a fin de que las Entidades Públicas puedan realizar sus adquisiciones en forma directa. Este tipo de contratación, se formalizará con la

*orden de compra emitida a través del catálogo electrónico y el acto de entrega recepción con lo cual se verificará la correspondencia con las especificaciones previstas en el catálogo de los bienes y servicios contratados”.*⁷⁰

En si es un procedimiento de contratación que se realiza de manera electrónica con la utilización del internet y consiste en la creación de un catálogo que es utilizado por los proveedores para promocionar sus productos, lo que permite que las entidades estatales que deseen contratar lo hagan de manera directa, estos catálogos registran y contiene todos los bienes y servicios que son ofrecidos directamente sin que exista un procedimiento precontractual y se encuentran en la página electrónica www.compraspublicas.gov.ec, la entidad encargada de la creación, administración de esta página será el INCOP actual SERCOP quien será la encargada de vigilar el correcto uso que las entidades públicas hagan de esta para los procesos de adquisiciones directas, las compras que se realicen con este procedimiento se formalizaran con la respectiva orden de compra que se encuentra contenida en el catálogo y la entrega del bien o servicio contratado.

4.2.5.1.1.2. Subasta Inversa

“La subasta a la Inversa, es un proceso de selección, mediante el cual las Entidades Estatales, pueden contratar los bienes y servicios normalizados que

⁷⁰ LÓPEZ ARÉVALO William, “Tratado de Contratación Pública”, Ob. Cit., Pág. 258 – 259 – 260.

requieran, pero que no consten en el catálogo electrónico, mediante la subasta inversa públicas o por medios electrónicos a través del portal COMPRASPUBLICAS, en las cuales los proveedores de dichos bienes y servicios pujan hacia la baja del precio ofertado.

El objetivo general de la subasta inversa es impulsar los precios a la baja.

Si la subasta se da por medios electrónicos a través del Portal COMPRASPUBLICAS, será subasta inversa electrónica.

Los resultados de las subastas inversas se publicarán obligatoriamente en el portal para que se realicen las auditorías respectivas.

La subasta inversa procede en las contrataciones de bienes y servicios normalizados cuya cuantía supere el monto equivalente al 0,0000002 del presupuesto inicial del Estado”.⁷¹

En si es un procedimiento utilizado por las Entidades del Estado para la adquisición y prestación de bienes y servicios que no se encuentren establecidos dentro del catálogo electrónico contenido en el portal de compras públicas y que tiene como única finalidad impulsar a que proveedores pujan en lo que respecta a la baja del precio que se oferta, los resultados que se den deberán obligatoriamente ser publicados en el portal con el único fin de verificar

⁷¹ LÓPEZ ARÉVALO William, “Tratado de Contratación Pública”, Ob. Cit., Pág. 260 – 261.

si el procedimiento de selección se lo realizo de forma legal, este procedimiento se lo utilizara cuando la cuantía del bien o servicio supere con facilidad el monto que sea equivalente al 0,0000002 en referencia al presupuesto inicial del estado.

4.2.5.1.2. Procedimiento Común

Los procedimientos contractuales como ya se ha analizado se encuentran subdivididos de acuerdo al Régimen común y régimen especial, dentro del régimen común se encuentran varios procedimientos entre los cuales está el procedimiento común el cual se clasifica de la siguiente manera:

- *“Licitación*
- *Cotización,*
- *Menor cuantía, e*
- *Ínfima cuantía”.*⁷²

Al hablar de la Licitación se puede determinar que esta inmiscuye un proceso mediante el cual diferentes entidades responsables actúan para determinar quién será el acreedor o responsable de algún tipo de obra, servicio o acción que tenga que ver con los fondos y las instituciones de lo que se denomina como sector público. La licitación puede ser tardía si para una oferta de obra se presentan varios proyectos ya que se debe controlar y revisar cada uno de

⁷² LOPEZ AREVALO Willian, “Tratado de contratación Pública”, Ob. Cit., Pág. 161.

ellos de manera sensata y minuciosa a fin de elegir aquel que mejor se adapte a las necesidades, a las posibilidades y a la realidad de cada obra en particular. Por otro lado la cotización es un proceso de selección que realiza la administración pública con el fin de contratar y obligarse mediante sorteo público, en cuanto a la menor cuantía esta se aplica en cuanto a las contrataciones de bienes y servicios no normalizados, y la infima cuantía mediante la cual las Entidades Administrativas pueden contratar directamente la ejecución de obras, adquisición de bienes o prestaciones de servicios normalizados y no normalizados.

Licitación

“La licitación es un instituto del Derecho Administrativo. El objeto de la licitación, o su resultado jurídico, no es una alteración patrimonial o financiera, sino simplemente, es la selección de un cocontratante por la Administración; consecuentemente, se trata de un procedimiento o proceso de selección establecida por la ley, que permite elegir un cocontratante y establecer un contrato.

La ratio iuris de la licitación, no es otra que la búsqueda de un cocontratante, basado en los principios de legalidad, transparencia, buena fe e imparcialidad, de modo que le permita a la administración contratar en las mejores condiciones y con las mayores garantías.

Etimológicamente la palabra licitación se deriva del latín licitationem, que es ablativo de licitatio, licitatio onis, que significa ofrecer precio por una cosa vendida en subasta.

Técnicamente, la licitación pública es un procedimiento administrativo, de preparación de voluntades contractuales, por el que un Ente Público en el ejercicio de la función administrativa invita a los interesados para que, sujetándose a las bases fijadas en el pliego de condiciones, formulen propuestas de entre las cuales seleccionará la más conveniente.

*Este procedimiento es aplicable cuando el objeto de la contratación se refiere a bienes y servicios normalizados, bienes y servicios no normalizados y ejecución de obras, y, solo si fuera imposible aplicar el procedimiento dinámico de comprar por catálogo y subasta inversa electrónica, o si aplicados los mismos, éstos hubiesen sido declarados desiertos. El contrato se formalizará mediante escritura pública”.*⁷³

Se puede decir con respecto a esta clase de procedimiento que el objetivo principal de la licitación es la invitación mediante la cual la Institución del Estado realiza un proceso de selección de un cocontratante que se encuentre habilitado y sin ninguna prohibición para contratar y obligarse con el estado, para ello es necesario realizar un proceso de selección en estricto

⁷³ LÓPEZ ARÉVALO William, “Tratado de Contratación Pública”, Ob. Cit., Pág. 291 – 294 – 295- 298..

cumplimiento a lo estipulado en la ley para la celebración de los contratos administrativos, para lo cual deberá fundamentar dicho proceso de selección a los principios de legalidad, transparencia, buena fe e imparcialidad todo esto con la finalidad de que no exista ninguna ilegalidad y el administrador pueda realizar el contrato en las mejores condiciones, este tipo de procedimiento solo será utilizado cuando se trata de bienes y servicios que no se encuentren normalizados, es decir cuando no se pueda llevar a cabo el procedimiento dinámico o estos hubieren sido declarados desiertos, la formalización de estos se lo realizara mediante escritura pública.

Cotización

“Es un proceso de selección, que permite a la administración contratarse bienes, servicios y obras mediante invitación a presentar oferta a cinco proveedores elegidos mediante sorteo público a través del Portal Compras Públicas. Según sea el objeto de la contratación, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, ha establecido los montos para la misma.

La contratación para la adquisición de bienes y servicios normalizados.- siempre que el Presupuesto referencial oscile entre 0,000002 y 0,000015 del Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico.

*La contratación para la ejecución de obras.- Cuyo presupuesto referencial oscile entre 0,000007 y 0,00003 del Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico. En la Contratación para la adquisición de bienes y servicios no normalizados.- siempre que el presupuesto referencial oscile entre 0,000002 y 0,000015 del Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico”.*⁷⁴

Se puede decir con respecto a la cotización que esta consiste en el proceso de selección que permite que el administrador pueda contratar bienes y servicios, para lo cual se realizara una invitación a cinco proveedores previamente seleccionados con la utilización del Portal Compras Públicas, para la realización de la misma se ha establecido diferentes montos contenidos en el presupuesto inicial del estado entre ellos, la primera hace referencia a la adquisición de bienes y servicios normalizados para ello deberá tener en cuenta el porcentaje del 0,000002 y 0,000015, el segundo se refiere a la ejecución de obras tendrá un presupuesto 0,000007 y 0,00003, el tercero es la adquisición de bienes y servicios no normalizados cuyo presupuesto será del 0,000002 y 0,000015, los montos establecidos deberán ser tomados en cuenta al momento de darse la cotización.

Menor cuantía

“Tampoco es aplicable este procedimiento en lo referente a consultoría.

⁷⁴ LÓPEZ ARÉVALO William, “Tratado de Contratación Pública”, Ob. Cit., Pág. 299- 300.

*La contratación de menor cuantía se instrumentarán con la factura correspondiente, sin perjuicio de que se puedan elaborar documentos que contengan las obligaciones particulares que asuman las partes”.*⁷⁵

Por último puedo decir que la contratación de menor cuantía se puede utilizar para la adquisición de bienes y servicios no normalizados y que no pudieron ser adquiridos con la utilización de otro procedimiento, la misma se deberá formalizar con la factura correspondiente, a más se podrá elaborar los documentos necesarios que contendrán las características y las obligaciones que acordaran las dos partes que intervienen en la celebración del contrato.

Ínfima Cuantía

*“Es un procedimiento de contratación, mediante el cual las Entidades Públicas pueden contratar directamente la ejecución de obras, adquisición de bienes o prestaciones de servicios normalizados y no normalizados, dentro del límite de momentos establecidos en la Ley”*⁷⁶.

Es un procedimiento de contratación directa que permite a la Entidad Pública contratar de manera inmediata la ejecución de una obra así como la adquisición de bienes y la prestación de servicios ya sea que estos se encuentren normalizados o no normalizados, esto de acuerdo a las facultades

⁷⁵ LÓPEZ ARÉVALO William, “Tratado de Contratación Pública”, Ob. Cit., Pág. 302.

⁷⁶ LÓPEZ ARÉVALO William, “Tratado de Contratación Pública”, Ob. Cit., Pág. 303.

conferidas al administrador en la ley. Por último se puede decir que para que opere la ínfima cuantía es necesario que el administrador cumpla con el procedimiento para su correcta validez del contrato para ellos deberá cumplir en su totalidad con la etapa preparatoria, corresponderá a la máxima autoridad de la entidad estatal contratar directamente y adjudicar cuando se hubiere cumplido con los requisitos establecidos en la ley, no es obligatorio que el proveedor cuente con su respectivo RUP, el responsable será quien este encargado del área en la cual se desee contratar, se deberá presentar cuando mínimo tres proformas y estas tendrán el mismo efecto que las ofertas, se deberá publicar dicho acto y por último se cumplirá con todos los procedimientos establecidos en la fase de ejecución y la pos contractual.

4.2.5.1.3. Consultoría

“La consultoría podrá ser ejercida por personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras que se hallen inscritas en el RUP. Pero, la participación de consultores extranjeros tendrá el carácter excepcional, es decir, procederá cuando no exista parcial o totalmente capacidad técnica o experiencia de la consultoría nacional, circunstancias que deberán ser certificadas por el SERCOP.

Los consultores deben tener por lo menos título profesional de tercer nivel. Este requisito es muy importante ya que las prestaciones de servicios de consultoría

*consiste en la prestación de servicios técnicos especializados, consecuentemente dichos servicios solo los pueden dar un profesional calificado”.*⁷⁷

En lo que respecta a la consultoría esta podrá ser efectuada tanto por personas naturales como por personas jurídicas con capacidad legal para obligarse y contratar, ya sean estas de nuestro territorio o sean del extranjero, la utilización de consultores extranjeros se la realizara de manera excepcional es decir en el caso de la no existencia de profesionales locales especialista en determinados temas para lo cual se deberá contar con una certificación emitida por el SERCOP a más los consultores deberán tener título de tercer nivel.

Contrato de consultoría:

*“Debe entenderse por tal, el servicio especializado de carácter intelectual que realiza una persona natural o jurídica para proveer al Ente Administrativo el mejor consejo calificado respecto de un determinado asunto”.*⁷⁸

Son servicios especializados que se dan de manera intelectual que es realizado por un especialista ya sea una persona natural o jurídica y que tiene bastos conocimiento en determinados asuntos

⁷⁷ LÓPEZ ARÉVALO William, “Tratado de Contratación Pública”, Ob. Cit., Pág. 309.

⁷⁸ LÓPEZ ARÉVALO William, “Tratado de Contratación Pública”, Ob. Cit., Pág. 310

Lista Corta

“Es un procedimiento que permite a la entidad Estatal, contratar mediante invitación a través del Portal COMPRASPUBLICAS, los servicios de una consultoría habilitado en el RUP que reúna los requisitos previstos en los pliegos, dentro del límite de montos establecidos en la Ley”.⁷⁹

Este procedimiento faculta a la entidad contratante poder invitar a diferentes proveedores al Portal de Compras Públicas para que estos promocionen sus ofertas y previo deberán contar con el RUP y cumplir con los requisitos previstos en la ley; ahora bien este procedimiento puede mediante lista corta puede darse cuando el presupuesto referencial del contrato supere el valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,000002 por el monto del presupuesto inicial del Estado y sea inferior al valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,000015 por el monto del Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico.

Para culminar el presente análisis acerca de lo que trata la lista corta es importante recalcar que este procedimiento se deberá seguir cuando se trata del procedimiento de lista corta se tendrá que cumplir con la etapa preparatoria, la comisión técnica será quien apruebe y califique al consultor, la máxima autoridad será quien apruebe los pliegos, se convocará en un mínimo de tres

⁷⁹Ibídem.

consultores siempre y cuando estos se encuentren habilitados en el RUP, las ofertas que se presenten se las realizara en dos sobres cerrados, los pliegos emitidos por la entidad contratante darán la posibilidad de la formulación de preguntas las mismas que serán resueltas por la comisión técnica, la apertura de los sobres que contiene las ofertas serán abiertas una hora después de finiquitado el termino de presentación esto dará paso a la presentación de un informe que será realizado por la comisión técnica en un tiempo máximo de diez días y finalmente se dará la adjudicación del contrato al mejor oferente ganador, la ejecución y la finalización de la consultoría donde se apreciara los resultados.

Contratación Directa

“Es un procedimiento que permite a la Entidad Estatal, contratar directamente los servicios de un consultor habilitado en el RUP que reúna los requisitos en los pliegos, dentro de los límites de montos establecidos por la Ley.

*Como habíamos indicado, la contratación directa, procede para contratar los servicios de consultoría, 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”.*⁸⁰

⁸⁰ LÓPEZ ARÉVALO William, “Tratado de Contratación Pública”, Ob. Cit., Pág. 310 -311.

La contratación directa es el procedimiento mediante el cual la entidad administrativa puede contratar directamente los servicios profesionales de un consultor siempre y cuando este se encuentre habilitado en el Registro Único de Proveedores el cual para la presentación de la oferta deberá cumplir con todos y cada uno de los requisitos propuestos y solicitados en los pliegos por la entidad contratante, para que proceda esta contratación el presupuesto referencial del contrato debe ser inferior o igual al valor que quede de multiplicar el coeficiente 0,000002 por el monto del Presupuesto Inicial del Estado.

Una vez determinada la necesidad de dicho procedimiento se determinará la forma de llevarse a efecto que como todo procedimiento debe empezar por la etapa preparatoria en la cual la entidad pública deberá determinar todos y cada uno de los requerimientos que necesite satisfacer con esta contratación, una vez determinado esto la entidad pública podrá contratar directamente con aquel consultor que considere conveniente y que cumpla con todos los requisitos formulados durante la etapa preparatoria, El consultor invitado entregara su oferta técnica económica en un término no mayor a seis días contados a partir de la fecha en que recibió la invitación, una vez culminada esta etapa el representante legal de la entidad contratante realizará la adjudicación al consultor invitado y posteriormente se cumplirá con todos aquellos trámites posteriores durante la ejecución del contrato y luego de la entrega – recepción del servicio brindado.

Concurso Público

“Es un procedimiento que permite a la Entidad Estatal, contratar mediante convocatoria pública a través del Portal COMPRASPUBLICAS, los servicios de un consultor habilitado en el RUP que reúna los requisitos previstos en los pliegos, dentro del límite de montos establecidos en la Ley”.⁸¹

El concurso público se encuentra dentro del trámite de consultoría y se trata de un procedimiento mediante el cual el Estado logra contratar por medio de convocatorias las cuales deben ser públicas con el fin de contratar los servicios de un consultor lo cual se hará mediante el portal de compras públicas el cual deberá reunir los requisitos establecidos para la convocatoria, fuera de que se encuentre habilitado en el Registro Único de Proveedores.

Ahora bien para realizar un concurso público deberá seguirse un determinado procedimiento el cual se verá basado primeramente en realizar todos y cada uno de los requerimientos de la etapa preparatoria, como es la realización de los pliegos detallando los requerimientos de la entidad pública que desee contratar los servicios de determinado profesional, luego deberá realizarse la convocatoria para lo cual los ofertantes presentaran sus ofertas claramente establecidas y detalladas, se realizará las preguntas que los futuros contratistas tengan para lo cual la entidad pública deberá fundamentadamente dar

⁸¹ LÓPEZ ARÉVALO William, “Tratado de Contratación Pública”, Ob. Cit., Pág. 315.

respuesta a cada una de estas por último se realizará la apertura de las ofertas y se presentará el informe final emitido por la comisión técnica, una vez detallada todos estos puntos se realizará la adjudicación del contrato al mejor ofertante y luego se realizará la debida suscripción del contrato y la etapa de ejecución y todos aquellos procedimientos posteriores a esto.

4.2.5.1.4. Procedimiento Especial del Régimen Común

4.2.5.4.1. Contratación Integral por precio fijo

“La modalidad de precio fijo es la menos conocida y discutida por la doctrina sudamericana, aunque ampliamente conocida y utilizada en la construcción y edificación a nivel internacional, así como en el Ecuador principalmente por compañías petroleras en la Amazonia para la contratación privada de construcción y edificación de plantas con trabajos eléctricos y metales mecánicos, en el procedimiento conocido como EPC (ingeniería, adquisición y construcción- engineering, procuremmnt, constructio), donde el contratista oferta el diseño de detalle de la ingeniería del proyecto, adquiere los componentes y edificación de la planta por un precio único e invariable, con excepciones determinadas. En este género de contratos también pueden existir opciones de operación de la planta por un cierto tiempo, esquema denominado BOT (Construcciones, operaciones y transferencia).

*La frase llave en mano sugiere que su principal característica es la entrega de las obras como un proyecto completo y listo para su utilización, lo que en realidad es un elemento universal de los contratos de construcción tradicionales. Lo que esencialmente caracteriza el contrato de diseño y construcción, es que el contratista asume la responsabilidad del diseño del proyecto, la adquisición e instalación de sus componentes, ejecución y el compromiso de uso adecuado funcionamiento para el cumplimiento de sus finalidades a mediano y largo plazo”.*⁸²

El tema de estudio de la presente tesis se configura en la contratación integral por precio fijo debido a que en la actualidad se puede observar que la contratación de ejecución de obra en nuestro país se encuentra viciada debido a que los contratistas muchas de las veces actúan dolosamente para engañar al Estado presentando circunstancias de necesidad debido a la ejecución de la obra solicitando de esta manera contratos complementarios o reajustes de precios a fin de satisfacer las circunstancias presentadas dolosamente, ocasionando problemas al presupuesto del Estado en vista de que deberá utilizarse fondos económicos que tranquilamente pueden utilizarse en otros ámbitos de suma importancia, es por ello que baso mi tesis en la necesidad de realizar los contratos de ejecución de obra mediante la modalidad de contratación integral por precio fijo debido a que en esta modalidad se realiza un contrato por única vez con un determinado ofertante el cual es responsable

⁸² PÉREZ Antonio José, “Manual de Contracción Pública”, Ob. Cit., Pág. 230- 231.

total de cada aspecto de dicha ejecución obligándose mediante el contrato a realizarlo por un solo precio sin opción a ningún tipo de reajuste, presentando así la totalidad de la obra en buen estado y lista para ser utilizada de acuerdo a la necesidad de la entidad contratante y más que todo garantizando el buen estado y mantenimiento de dicha obra a largo plazo.

4.2.5.4.1.1. Procedimiento de selección

“La selección del contratista para este tipo de contratos se realizara por el procedimiento de licitación. Está expresamente prohibido que se apliquen procedimientos especiales o de excepción para este tipo de contratos, es decir, los de régimen especial contemplados en el artículo 2 de la ley.

*Al tratarse de un contrato que incluirá también la operación y puesta en marcha de la obra por constituirse, debe señalarse en las ofertas que se presenten necesariamente el cronograma completo de la ejecución de la obra, incluida esta actividad”.*⁸³

El contrato integral por precio fijo tendrá un procedimiento especial el cual será el procedimiento de licitación mediante un sistema por el que se adjudica la realización de una obra o un servicio, generalmente de carácter público, a la persona o la empresa que ofrece las mejores condiciones, en cuanto a la

⁸³ PÉREZ Antonio José, “Manual de Contracción Pública”, Ob. Cit., Pág. 235.

ejecución de la obra el ofertante debe presentar su oferta con el cronograma completo y todos los detalles que fueren necesarios.

Para finalizar el presente análisis se puede decir que el procedimiento de licitación se encuentra determinado en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública que será el procedimiento mediante el cual se realizará la contratación integral por precio fijo, en la oferta que ya se ha señalado los posibles adjudicatarios deben determinar cada uno de los mecanismos que se utilizarán para la ejecución de la obra, incluyendo el cronograma para la ejecución, fecha máxima de entrega, casos de emergencia, y presupuesto, todo esto se determinará también en los pliegos a presentarse, y se realizará el acuerdo entre las partes contratantes durante la etapa contractual.

4.2.5.4.1.2. Particularidades de la contratación integral por precio fijo

“La naturaleza de este tipo de contratación impide que a la misma se le apliquen algunas de las figuras que normalmente pueden aplicarse a los contratos administrativo; por ejemplo, se prohíbe para estos la celebración de contratos complementarios, la inclusión de fórmulas de reajuste o cualquier otro mecanismo de variación de precios. Estimamos que el legislador restableció estas prohibiciones, considerando que se está contratando bajo esta figura con un solo contrato todo lo relacionado a la obra de infraestructura, porque es más conveniente incluir todo en un solo contrato y por ende el contratista debe

considerar en su oferta todas las variaciones posibles y asumir todo el riesgo y responsabilidades para cumplir con el objeto del contrato; de ahí la importancia de que los términos de la oferta y posterior contrato estén completos actualizados y calculen todas las posibilidades variaciones en el proyecto”⁸⁴.

Las particularidades en cuanto a la contratación integral por precio fijo determinan que esta clase de contratos por la naturaleza propia de la misma no se puede aplicar a esta clase de contratos varias figuras que pueden ser aplicables a otros contratos dentro de estos contratos se prohíben los contratos complementarios o formas de reajustes de precios, de tal manera que se contrata bajo un solo contrato debido a que se incluye en este todo cuanto se relacione con la construcción y ejecución de la obra debido a que resulta más conveniente realizarlo mediante un solo contrato y por lo tanto en el contrato inicial se debe determinar cada uno de los detalles que se efectuaran en la ejecución de la obra por lo tanto debe encontrarse los pliegos completos y actualizados.

“Adicionalmente, debe considerarse que al no ser el contratista quien elabora los estudios y diseños previos, seguramente este tratara de liberarse de responsabilidad frente a incumplimientos, desfases o imposibilidad de aplicarlos en la ejecución de la obra. Diferente sería el caso si fuere el mismo contratista quien tendría que elaborar los estudios previos.

⁸⁴ PÉREZ Antonio José, “Manual de Contracción Pública”, Ob. Cit., Pág. 233.

El plazo de ejecución tampoco está sujeto a modificación; sin embargo para este el legislador acertadamente ha previsto una causal para ampliarlo: las situaciones de fuerza mayor o caso fortuito, que lógicamente deben ser debidamente demostrados y oportunamente notificados.

La invariabilidad de este tipo de contratos llega al extremo de no poder terminarlos por mutuo acuerdo por circunstancias imprevistas, técnicas o económicas, solo por causas de fuerza mayor o caso fortuito debidamente demostrados y aceptadas por la entidad, así como por incumplimiento del contratista, pueden darse por terminados los contratos integrales por precio fijo”.⁸⁵

Al tratarse de la realización de los pliegos debido a que quien los realiza es la entidad contratante los contratistas entonces buscan de alguna manera encontrar imprevistos los cuales merecen reajustes de precios o contratos complementarios, la característica de esta figura es que fuera de la prohibición de reajustes de precios tampoco podrá modificarse el plazo de la entrega de la obra a menos que se trate de un caso fortuito o fuerza mayor y que deben ser justificadas y presentadas, así mismo otra particularidad es la de que este tipo de contrato no puede darse por terminado mediante mutuo acuerdo.

⁸⁵ PÉREZ Antonio José, “Manual de Contracción Pública”, Ob. Cit., Pág. 234.

4.2.5.4.1.3. Fiscalizador de la entidad contratante

El Dr. Daniel López en su obra Manual de Contratación Pública especifica que la supervisión de la entidad contratante en el contrato integral por precio fijo: *“Este tipo de contratos estarán sujetos a la supervisión de la Entidad Contratante, que podrá ser realizada por sí misma o por terceros.*

*La supervisión vigilará que el contratista se rija a las especificaciones técnicas requeridas y a las obligaciones en cuanto a calidad y origen de los componentes de la obra, establecidos en el contrato”.*⁸⁶

Es importante determinar que en la contratación integral por precio fijo se realizará una supervisión la cual se llevará a cabo por la entidad administrativa contratante, esta supervisión consiste en la vigilancia y cuidado de la ejecución de la obra que se contrató, en vista de que existidos los pliegos donde se determina cada acuerdo deben cumplirse con satisfactoriedad cada una de las obligaciones.

4.2.5.5. Contratación Emergente

“Es un procedimiento especial de contratación, que permite excepcionalmente a la Entidad Estatal, la contratación de obras, bienes o servicios, exonerándole

⁸⁶LÓPEZ SUARES Daniel, “Manual de Contracción Pública”, Edición primera, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2011, Pág. 235.

de los procesos de selección, debido exclusivamente a situaciones de emergencia o crisis, y con el único fin de superar las mismas.

Consecuentemente, la declaratoria de emergencia permite al Ente Estatal la contratación directa de obras, bienes y servicios a fin de superar dicha emergencia, por lo que debe imperar por sobre todas las cosas el principio de buena fe, es decir, la actitud leal, honesta y transparente de las partes contratantes y especialmente de la administración, por tanto, resulta obvio que no se pueden argumentar situaciones de emergencia para evadir los procedimientos de contratación establecidas en la Ley, pues hacerlo sería actuar en forma dolosa y deshonesto, lo que acarrearía a los responsables serias consecuencias legales.

La situación de emergencia debe entenderse como una medida temporal ante un hecho de acepción que determina una acción rápida a fin de adquirir o contratar lo indispensable para paliar las misma, sin perjuicios de que se realice el proceso de selección correspondiente para la adquisición y contrataciones definitivas.

De allí, que la declaratoria de emergencia debe hacerse solo en casos excepcionales y que puedan ser probados y justificados conforme a la ley.

Además, es de entenderse que el objeto de la contratación debe estar relacionado con la situación de emergencia o crisis, es decir, debe servir para

*superar la misma; en consecuencia, en la situación de emergencia la Entidad deberá adquirir o contratar lo estrictamente necesario para remediar los desastres o demás hechos producidos que tengan el carácter de emergencia, así como para satisfacer las necesidades sobrevinientes; después de los cual, deberá contratar a través de los procesos de selección que correspondan; no pueden por lo tanto, utilizarse para propósitos posteriores aunque derivados de la crisis o emergencia”.*⁸⁷

Para finalizar el análisis del presente tema cabe mencionar que la contratación emergente consta como un procedimiento de contratación debido a tratarse de un procedimiento especial donde dicha contratación se exime del proceso de selección puesto que se trata de situaciones de emergencia las cuales deben ser superadas de la manera más rápida posible; es así que la contratación mediante esta modalidad admite que el Gobierno realice la contratación directa ya sea de obras o servicios con el fin de suplir la emergencia que ha ocasionado la necesidad de contratar por lo que de esta manera deberá establecerse y utilizarse la buena fe de cada una de las partes contratantes, esta situación de emergencia puede ser únicamente temporal y debidamente probada por el ente contratante, por lo que debe realizarse la contratación de manera rápida y directa para satisfacer la necesidad de emergencia con el fin de erradicar los hechos producidos por la situación de emergencia.

⁸⁷ LÓPEZ ARÉVALO William, “Tratado de Contratación Pública”, Ob. Cit., Pág. 268 – 269 – 270.

4.2.5.6. Adquisición de bienes inmuebles

Para comenzar el presente análisis es necesario referirnos a lo que constituye un bien inmueble, Guillermo Cabanellas lo define de la siguiente manera: *“Los que no se pueden transportar de una parte a otra sin su destrucción o deterioro”*.⁸⁸

Bien constituye de suma importancia reconocer que es un bien inmueble; este es aquel bien que no se puede transportar; es decir, que se encuentra arraigado a un determinado lugar; es necesario reconocer esto puesto que al hablar de la adquisición de bienes por parte de la administración pública se trata de bienes inamovibles.

Con relación a la adquisición de bienes inmuebles esta clase de contratos se trata cuando existe la necesidad de expropiar determinado bien para beneficio del Estado de esta manera se hace un contrato justo garantizando el derecho a la inviolabilidad de la propiedad reconocido constitucionalmente permitiendo que de esta manera el Estado adquiera bienes particulares de manera legal, aún la figura se convierte en forzosa siempre se debe realizar mediante la justificación de la necesidad de acuerdo al interés público pagándola de manera justa y equitativa acorde al estado del bien.

⁸⁸ CABANELLAS, Guillermo, “Diccionario Jurídico Elemental”, Ob. Cit., Pág. 40.

La expropiación como figura jurídica posee varias características las cuales configuran su legalidad tratándose así de primeramente una institución de derecho público, el cual persigue el cumplimiento a cabalidad de fines públicos y constituye una forma forzosa de adquirir bienes inmuebles en vista de la necesidad que posee el Estado, de esta manera se configura el hecho de la compra de cualquier bien inmueble donde el expropiado debe ser justamente indemnizado.

Para determinar un precio justo a la indemnización que debe dársele al expropiado es necesario que se configuren varios parámetros como son primeramente el avalúo del bien que será expropiado, los daños y perjuicios que se ocasiona debido a la expropiación, y por último la afección que pese sobre el expropiado.

4.2.5.7. Arrendamiento de bienes inmuebles

El Dr. William López Arévalo en su obra Tratado de contratación Pública determina lo siguiente: *“Para el arrendamiento de bienes inmuebles, las entidades contratantes publicarán en el Portal de COMPRASPUBLICAS los pliegos en los que constarán las condiciones mínimas del inmueble requerido, con la referencia al sector y lugar de ubicación del mismo”*.⁸⁹

⁸⁹ LÓPEZ ARÉVALO William, “Tratado de Contratación Pública”, Ob. Cit., Pág. 290.

Para comenzar el análisis acerca de lo que constituye el arrendamiento de bienes inmuebles y una vez aclarado lo que constituyen los bienes inmuebles en sí debe entenderse que la Entidad contratante debe publicar la necesidad del arrendamiento de los bienes inmuebles debe publicarse en los pliegos las características del bien que se solicita y la ubicación del mismo.

*“A más de lo dispuesto en el artículo anterior citado, para el caso de arrendamiento de bienes inmuebles, a más de la publicación en el portal, se publicará la convocatoria por la prensa nacional o local, por una sola vez, sin perjuicio de que se puedan realizar invitaciones directas. Las ofertas se receptaran el día y hora señalados en los pliegos. El contrato se adjudicará a la mejor oferta, tomando en consideración el cumplimiento de las condiciones previstas en los pliegos y el valor del canon arrendaticio”.*⁹⁰

Hablando del arrendamiento de bienes inmuebles el Reglamento de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública establece que para realizar este tipo de contrataciones las entidades públicas deberán anunciar mediante el portal de compras públicas dejando signado los pliegos donde deberán quedar establecidos cada una de las condiciones para el requerimiento del objeto del contrato, además de esto deberá publicársela por la prensa por una sola vez y se adjudicará a la mejor oferta presentada tomando en cuenta las condiciones previstas en los pliegos.

⁹⁰Ibíd.

4.2.6. Régimen Especial

“Son procedimientos de contratación que tiene el carácter de excepcional, pues se sujetan a una normativa específica dictada por el Presidente de la República en el Reglamento General de la Ley Orgánica del sistema Nacional de Contratación Pública, que comprende a determinadas contrataciones.

*Solo en el caso de que el régimen especial no se describa o detalle algún procedimiento o acción concreta que sean indispensables y necesaria para la contratación de bienes, obras o servicios, se observarán de forma supletoria todos los procedimientos establecidos en el régimen general de la Contratación Pública”.*⁹¹

Al hablar de régimen especial debe entenderse que se trata de un procedimiento mediante el cual la contratación de determinado servicio u obra es específica y propia de las necesidades de la entidad contratante y de los servicios que pueda ofertar una determinada entidad, dichos procedimientos 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, pues al tratarse de bienes y servicios de suma importancia y necesidad no podrá optarse por otro procedimiento debido a que la Ley es muy clara en determinar que en caso de tratarse de cuestiones emergentes deberá

⁹¹ LÓPEZ ARÉVALO William, “Tratado de Contratación Pública”, Ob. Cit., Pág. 318- 319.

realizarse contratación directa. Ahora bien en cuanto al procedimiento que debe darse al régimen especial primeramente deberá cumplirse con todas y cada una de las actividades propias de la fase preparatoria es decir la creación de los pliegos, los estudios y presupuestos completos y actualizados, luego deberá normalmente publicarse en el portal de compras públicas y declararse la emergencia de realizar dicha contratación.

Adquisición de fármacos

“En este tipo de contratación debe considerarse dos requisitos esenciales para su aplicación:

- 1. El procedimiento de aplicación exclusivamente para la adquisición de fármacos, limitando el campo de aplicación, pues no se incluye material quirúrgico ni insumos médicos.*
- 2. Este procedimiento lo aplicaran exclusivamente las entidades que presenten servicios de salud”.*⁹²

En relación a la adquisición de fármacos el Estado deberá contratar de igual manera mediante régimen especial con una entidad que posea específicamente los fármacos necesarios y que el Gobierno solicite de tal

⁹² PÉREZ Antonio José, “Manual de Contracción Pública”, Ob. Cit., Pág. 195 – 196.

manera que se debe limitar dicha contratación únicamente a la adquisición de fármacos excluyéndose materiales quirúrgicos, aplicándose especialmente dicho procedimiento solo a entidades que preste específicamente servicios de salud, de esta forma se podrá realizar una contratación directa en un catálogo electrónico exclusivo para adquisición de fármacos donde se encontrará toda clase de fármacos.

Calificadas como necesarias para la seguridad interna y externa del Estado

“El procedimiento está restringido a que la ejecución este a cargo de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, por lo que no cabría extenderlo a otras entidades, aunque las contrataciones fueren consideradas necesarias para la seguridad interna y externa del estado”.⁹³

Con relación a los contratos calificados como necesarios para la seguridad interna y externa del Estado este tipo de procedimiento se realiza de manera especial puesto que únicamente las fuerzas armadas y la policía nacional podrán ejercer dichos actos de seguridad, de tal forma que la contratación será directa en vista de que dichas entidades han sido creadas específicamente para que brinden sus servicios como cuidadores y protectores del Estado, claro que existen excepciones como son el caso de que aquellas contrataciones que se consideren de carácter estratégico para la defensa nacional, caso contrario

⁹³ PÉREZ Antonio José, “Manual de Contracción Pública”, Ob. Cit., Pág. 196.

las demás necesidades de protección se realizarán mediante la modalidad de régimen especial.

Ejecución de actividades de comunicación social

*“Se aplicara el procedimiento de régimen especial para las contrataciones que tengan por objeto la ejecución de actividades de comunicación social destinadas a la información de las acciones del Gobierno Nacional o de las entidades contratantes”.*⁹⁴

Al tratarse de la comunicación social que el Gobierno desea presentar ante la sociedad sobre las actividades realizadas por él, el Estado realizará contratación mediante régimen especial con una determinada red de comunicación con el fin de presentar de mejor manera y más ágilmente, ahora bien, en el caso de que el Estado desee presentar al pueblo por ejemplo una reforma a determinada ley o realizar determinada consulta o adquirir productos de comunicación como afiches y hojas volantesel Reglamento de la Ley Orgánica del Servicio Nacional de Contratación Pública establece que los contratos deberán realizarse mediante los procesos de consultoría, concluyendo en cuanto al pago de la contratación este deberá realizarse una vez cumplido el objeto de contratación ya sea esta propaganda comercial o

⁹⁴ PÉREZ Antonio José, “Manual de Contracción Pública”, Ob. Cit., Pág. 199- 201- 202.

cualquier otro medio comunicacional que se haya contratado para el efecto de dar conocimiento a la sociedad y ciudadanos en general.

Tengan por objeto las prestaciones de servicios y asesoría o patrocinio en materia jurídica

“Un avance importante de la LOSNCP fue incluir como de régimen especial las contrataciones de servicios de asesoría y patrocinio jurídicos, por la importancia que las mismas revisten y porque nunca se tuvo claro, bajo el anterior régimen legal, el procedimiento de contratación que debía aplicarse para estas contrataciones que permiten satisfacer un sin número de necesidades de las entidades del sector público, como por ejemplo cobro coactivo, asesoría en materias jurídicas especializadas y patrocinio en temas jurídicos que revisten conocimientos específicos”.⁹⁵

Cuando una institución pública requiera de la contratación de abogados especializados o conocedores de ciertas materias y casos y que no cuente con dichos abogados podrá realizar una contratación pública solicitando la prestación de servicios de dichos profesionales, en vista de que se trataría de temas puntuales y específicos la contratación podrá darse mediante la modalidad de régimen especial de tal manera que se realizará una contratación directa con el profesional que posea los requerimientos de la entidad contratante y se aplicará para la contratación ya sea de abogados

⁹⁵ PÉREZ Antonio José, “Manual de Contracción Pública”, Ob. Cit., Pág. 202- 203- 204- 205.

individualmente por su especialización y conocimiento o por firmas y consorcios jurídicos poseedores de buena estima y consideración por su forma de trabajo ofrecido.

Que tengan por objeto la ejecución de obras artísticas, literarias o científicas.

“La ley de Contracción Pública prevé también este tipo de contrataciones como de régimen especial, es decir, no sujeta a los procedimientos precontractuales comunes. Esto en razón de que no cabría la posibilidad de realizar un proceso público de selección, pues el estilo propio de cada artista, literato o científico lo impondrá en la obra que ejecute. No cabe entonces encargar la ejecución de este tipo de obras a un proveedor que no es un titular de ese estilo específico con el que desea contar la entidad contratante para la ejecución del objeto contractual”.⁹⁶

Las obras artísticas, literarias o científicas son obras que se desarrollan intelectualmente bajo autoría de una determinada persona de tal manera que una entidad pública que necesite la contratación de la ejecución de cualquiera de las antes mencionadas deberá realizar el contrato directamente con la persona que posee el derecho de autor de su obra, de esta manera se categoriza a tal contrato mediante el procedimiento especial donde se evitará las etapas preparatorias para publicar la voluntad de contratar determinada ejecución de obra, claro que la entidad pública previo a contratar podrá

⁹⁶ PÉREZ Antonio José, “Manual de Contracción Pública”, Ob. Cit., Pág. 205- 206-207.

disponer un proceso de preselección pero esto en caso de no tener definido el estilo que desea contratar.

Adquisición de repuestos o accesorios para mantenimiento de equipos y maquinarias de las entidades contratantes

“La LOSNCP determina como de régimen especial las contrataciones 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 mismo no se encuentren incluidos en el catálogo Electrónico del portal de compras públicas”.⁹⁷

Se someterán también al régimen especial los contratos que se celebren por objeto de contratar repuestos o accesorios para cumplir con el mantenimiento necesario de cada uno de los equipos o maquinarias de las entidades contratantes tratándose de maquinarias exclusivas y necesarias de uso de las entidades contratantes dentro de sus empresas de tal manera que se contratará en vista de la urgencia que se tiene y de que de igual manera estas deberán ser instaladas en las instituciones por la misma entidad a la que se le adjudica dicha contratación luego del pago de la misma, cabe mencionar que dichos accesorios o maquinarias no deben encontrarse incluidos en el catálogo electrónico del portal de compras públicas.

⁹⁷PÉREZ Antonio José, “Manual de Contracción Pública”, Ob. Cit., Pág. 208.

Transporte de correo interno e internacional

“Este procedimiento previsto en el Reglamento General de la LONSCP se aplica para la contratación de los denominados correos rápidos o Courier, cuando no se contratara con correos del Ecuador, pues en ese caso se aplicaría el procedimiento denominado entre entidades públicas o sus subsidiarios previsto en el artículo 98 del Reglamento en mención”.⁹⁸

Los contratos que se realicen mediante el transporte de correo interno o internacional se realizarán mediante lo estipulado en el Reglamento de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública estos contratos se someterán a las normas de las actas de la unidad postal de la Unión Postal de las Américas y así mismo prevalecerán las normas internacionales que se encuentren en convenio con el Ecuador para el caso de la contratación de transporte de correos internacional.

Contratos entre entidades del sector público

“En esta categoría se incluye los que celebran el estado con entidades del sector público, éstas entre sí, o aquellas con empresas públicas o empresas cuyo capital suscrita pertenezca, por lo menos en el cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público o sus subsidiarios, y las empresas entre sí.

⁹⁸ PÉREZ Antonio José, “Manual de Contracción Pública”, Ob. Cit., Pág. 210 – 211.

*También los contratos que celebren las entidades del sector público o empresas públicas o empresas cuyo capital suscrito pertenezca por lo menos un (50%) por ciento a entidades de derecho público, o sus subsidiarios, con empresas en las que los Estados de la Comunidad internacional participen en por lo menos el cincuenta (50%) por ciento, o sus subsidiarios. El procedimiento de contratación es básicamente el mismo que se aplica en otro tipo de contrataciones de régimen especial, que incluye invitación directa, audiencia de preguntas y aclaraciones, presentación de ofertas físicas y publicaciones posteriores en el portal de compras públicas”.*⁹⁹

En el caso de los contratos que se lleven a efecto entre entidades del sector público en su totalidad o en su mayoría el 50 % con el estado se aplicará el régimen especial y contratación directa solo en el caso de giro de negocio en cuanto a los servicios y obras propias de la entidad a la que se contrata sus servicios, más para los que se contrate por realización de otro proyecto u objeto se realizará mediante la utilización del régimen común establecido en la ley orgánica del sistema nacional de contratación pública, de igual manera se desarrollará el procedimiento normalmente mediante invitación directa, audiencia de preguntas y aclaraciones, presentación de ofertas físicas y publicaciones posteriores en el portal de compras públicas.

⁹⁹ PÉREZ Antonio José, “Manual de Contracción Pública”, Ob. Cit., Pág. 211- 212.

Los que celebren instituciones del Sistema Financiero y de Seguros en los que el Estado e instituciones son accionistas únicos y/o mayoritarios

*“Para este tipo de contratos el Reglamento de la LOSNCP determina que no le serán aplicables las disposiciones de la LOSNCP y sus Reglamentos, siempre y cuando estén relacionados con el giro específico de su negocio, y a su vez, las contrataciones diferentes al giro específico de su negocio, tampoco se someten a la LOSNCP, pues se establece que se sujetarán a la normativa propia y específica que emitan para el efecto las instituciones contratantes”.*¹⁰⁰

En cuanto a los contratos que celebren instituciones del Sistema Financiero y de Seguros en los que el Estado e instituciones son accionistas únicos y/o mayoritarios estos no se someterán a las disposiciones de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública siempre y cuando se trate de giro específico de su negocio es decir de los servicios que la empresa como tal ofrece de tal manera que estas se someterán más bien a las mismas disposiciones y normativas que establezcan las partes contratantes.

Los de adquisición de bienes y servicios únicos en el mercado o proveedor único

“Se observara el mismo procedimiento previsto para adquisición de repuestos o accesorios, cuando se trate de adquirir bienes o servicios únicos en el

¹⁰⁰ PÉREZ Antonio José, “Manual de Contracción Pública”, Ob. Cit., Pág. 213- 214.

*mercado, que tenga un solo proveedor, o que impliquen la contratación del desarrollo o mejora de tecnología ya existentes en la entidad contratante lo cual podría considerarse incluso como la estandarización de marcas. Así mismo, se aplicara este procedimiento cuando la contratación implique la utilización de patentes o marcas exclusivas o tecnológicas que no admitan otras alternativas técnicas”.*¹⁰¹

En caso de que se necesite realizar la contratación de bienes y servicios únicos en el mercado se aplicará el procedimiento especial con una sola invitación la cual será directa, se aplicará este procedimiento también en el caso de la contratación de patentes o marcas exclusivas o tecnológicas que no admitan otras alternativas técnicas, puesto que en vista de que existe una sola marca y proveedor se deberá contratar únicamente con aquel que las posea para agilizar la tramitación del contrato evitando así un trámite engorroso total e innecesario.

Giro de Negocios

“Las empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en el cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público, pueden emitir normativas propias para regular aquellas contrataciones que sean calificadas como del giro específico del negocio entendiéndose por dicho giro específico las actividades

¹⁰¹ PÉREZ Antonio José, “Manual de Contracción Pública”, Ob. Cit., Pág. 214.

*relacionadas con el objeto mismo de la empresa, conforme a su estatuto. En consecuencia, las contrataciones que sean catalogadas dentro de este giro específico del negocio no estarán sujetas a las normas contenidas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contracción Pública, sino a las normativas que para el efecto dicte la propia empresa”.*¹⁰²

En cuanto a las determinadas empresas que posean un 50% de su capital a entidades públicas estas podrán emitir y determinar normativas propias para lograr regular las contrataciones que sean calificadas como de giro de negocios lo cual constituye todas las actividades que se relacionan con los servicios que ofrece dicha empresa; de tal manera que esta clase de contratos se someterá a las normativas que para su consecuencia dicte la misma empresa, esto con el fin de dotar a la empresa de una forma más rápida de realizar el contrato puesto que por su naturaleza necesitan de un tratamiento especial dándole la reserva y confidencialidad que se merecen.

Consultas jurídicas puntuales y específicas

“El Reglamento General de la LOSNCP prevé la posibilidad de contratar la asesoría jurídica mediante la prestación de servicios de absolución de consultas puntuales y específicas, siempre y cuando el monto anual por el servicio no supere el valor que resulta de aplicar el coeficiente 0,0000005 por el

¹⁰² *Ibíd.*

*presupuesto Inicial del Estado. El procedimiento de contratación no se encuentra claramente determinado, pero consideramos que debería suscribirse un contrato en el que se determine la forma en la que se valoraran las consultas que se realicen”.*¹⁰³

Como último punto en cuanto a los contratos que se someterán a la normativa específica que para el efecto dicte el Presidente de la República en el Reglamento General a la Ley Organica del Sistema Nacional de Contratación Pública, bajo criterios de selectividad se encuentran las consultas jurídicas puntuales y específicas; es decir, que existe la posibilidad de contratar el asesoramiento legal de acuerdo con la prestación de servicios de consultas puntuales y específicas, claro que posee una clave que es de que el monto anual por el servicio a contratarse no supere el valor que quede del coeficiente 0,0000005 por el presupuesto Inicial del Estado. Cabe recalcar que no se encuentra determinado esta clase de contratación en la Ley; sin embargo el Reglamento a la Ley estipula que se puede realizar esta clase de contratación y la cual una vez terminada será reconocido el pago por la entidad pública contratante y se deberá presentar la factura y un informe donde se detalle el modo de atención y las horas de consulta y así mismo con un detalle específico del servicio brindado.

¹⁰³ PÉREZ Antonio José, “Manual de Contracción Pública”, Ob. Cit., Pág. 217- 218.

4.2.7. Fase Precontractual de los contratos públicos

La fase o etapa preparatoria

“Denominado también etapa de planeación, constituye la fase interna del proceso de contratación, en la cual, el órgano de Contratación va configurando su voluntad para contratar. Desarrolla las actuaciones preparatorias del contrato que van a ir formando el expediente de contratación. Estudios de necesidades, elaboración de un proyecto (contrato de obras) redacción de los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas, formulación de un presupuesto verificación de que si existe créditos adecuados y suficientes para acometer el contrato y sometimiento del expediente a fiscalización previa.

La etapa preparatoria o preliminar de la contratación administrativa, es el proceso de diseño y selección de objetivos, metas y acciones acorde a la visión para el logro de resultados. Su producto es un plan que contiene políticas, programas, cronogramas, presupuestos. Es una proyección realista y verificable.

La importancia de la actividad preliminar o de planeación en, los Contratos de la Administración, es que ésta constituye la base y soporte fundamental del

*contrato y del trámite, pues permite que el contrato se ajuste a las necesidades del Ente Estatal”.*¹⁰⁴

Para la ejecución de un contrato administrativo es de suma importancia que se cumpla con todos y cada uno de los procedimientos establecidos para su formalidad empezando por lo que son cada una de las etapas que conlleva el cumplimiento de un contrato administrativo empezando por la etapa preparatoria que es la etapa en la cual se realiza todas aquellas actuaciones anteriores al contrato y se fija la voluntad de contratar por ejemplo se realiza en esta etapa la elaboración de proyectos la redacción de los pliegos bajo los cuales se someterá el contrato, en definitiva esta fase es donde se plantean las metas a proyectarse y realizarse constituyéndose esta fase en la base primordial del contrato.

“En términos generales, en la etapa preparatoria se debe hacer o cumplir los siguientes requisitos:

- *Estudios previos.*
- *Registro en el Sistema Nacional de Contratación Pública SNCP.*
- *Elaboración y aprobación de los pliegos.*
- *Determinar y obtener los permisos, licencias y autorizaciones requeridas para proceder (si hay lugar).*

¹⁰⁴ LÓPEZ ARÉVALO William, “Tratado de Contratación Pública”, Ob. Cit., Pág. 143.

- *Determinar el impacto social ambiental (si hay lugar).*
- *Consulta sobre impuestos.*
- *Análisis del mercado.*
- *Elaboración del presupuesto.*
- *Determinación del Sistema de Precios.*
- *Selección de la forma de pago.*
- *Estimación de los costos por ajustes e imprevistos*
- *Determinación y procedimiento de selección del contratista.*
- *Verificación y certificación presupuestal.*
- *Programación de la contratación.*
- *Programación del desarrollo del contrato”.*¹⁰⁵

Efectivamente en la fase preparatoria se realizan todos aquellos actos anteriores a la ejecución del contrato y sin los cuales no se cumpliría con las formalidades exigidas para el cumplimiento y legalidad, durante esta fase se realiza los estudios previos a la ejecución del contrato, la formalización y creación de los pliegos, la elaboración de presupuestos el estudio del mismo, la posibilidad de existencia de reajustes en casos de ser necesario, esta fase es una etapa la cual se desarrolla internamente en la entidad pública que desea realizar contratos ya se de servicios, ejecución de obras o consultorías; quedando analizados y detallados cada uno de estos puntos se podrá proceder a la siguiente etapa que es la etapa precontractual.

¹⁰⁵ LÓPEZ ARÉVALO William, “Tratado de Contratación Pública”, Ob. Cit., Pág. 145.

La fase o etapa precontractual

“Aquí inicia la fase externa del proceso de contratación, ya que la Administración exterioriza o hace conocer su voluntad de celebrar un contrato determinado para el desarrollo y cumplimiento del objetivo o fin propuesto. En esta fase el procedimiento administrativo preliminar desplegados por el Ente Estatal, se integra el accionar del futuro contratista a través de sus diversas actividades.

Constituye por lo tanto, la realización del proceso de selección con base en los pliegos de condiciones, en los que se ha establecido el objeto del contrato, las condiciones del contrato a realizar y los criterios objetivos para escoger al contratista.

Dentro del desarrollo de la fase precontractual se encuentra:

- ✓ *La convocatoria*
- ✓ *Las aclaraciones y modificaciones a los pliegos*
- ✓ *Las ofertas*
- ✓ *La adjudicación*
- ✓ *Las modificaciones*
- ✓ *Para la terminación del procedimiento precontractual el cual puede terminar por dos causas:*
 1. *Declaratoria del procedimiento desierto; y.*

2. *Por cancelación del procedimiento*".¹⁰⁶

Una vez culminada la etapa preparatoria se procederá a la fase precontractual que es la etapa en la cual se realizará ya todos los procedimientos analizados en la fase preparatoria, esta fase es la que se externaliza puesto que es cuando da a conocer al público la voluntad de celebrar cierto contrato, con el fin de ejecutar cierto objetivo, es en consecuencia la ejecución del proceso de selección de acuerdo con los pliegos y contextos determinando y puntualizando cada uno de los objetos que se necesita mediante el contrato; para el pleno desarrollo de la etapa precontractual se debe realizar primeramente la convocatoria para contratar con la entidad pública determinado servicio u obra de esta manera los ofertantes interesados presentaran sus ofertas y así mismo se realizará aquí la adjudicación, o bien se podrá declarar la terminación del procedimiento ya sea porque se declara desierto al procedimiento o por la cancelación del mismo.

4.2.8. Fase contractual y pos contractual de los contratos públicos

La fase o etapa contractual

“Es la fase en la cual surgen las obligaciones de las partes contratantes, porque aquí converge el acuerdo de voluntades que se eleva a escrito y se formaliza conforme a la Ley.

¹⁰⁶ LÓPEZ ARÉVALO William, “Tratado de Contratación Pública”, Ob. Cit., Pág. 168 – 169 – 170 -172 – 174- 175.

Las partes contratantes dan a conocer explícitamente su acuerdo en relación con los términos del contrato y lo suscriben; así, la concurrencia de la voluntad tanto del contratante como del contratista da origen a los derechos y deberes que se plasman en el texto contractual y que les corresponden recíprocamente a partir de la relación contractual.

Entonces, en esta etapa se materializa el acuerdo de voluntades a través de la firma o suscripción del contrato respectivo.

En el desarrollo de la etapa contractual encontramos el:

- ❖ *Plazo para la suscripción del contrato.*
- ❖ *Verificación de la aptitud legal del contratista.*
- ❖ *Verificación de los documentos que integran el contrato*
- ❖ *Las garantías*
- ❖ *La celebración o formalización del contrato.*
- ❖ *La administración del contrato, la supervisión y la fiscalización”.*¹⁰⁷

Parte fundamental del contrato administrativo es la fase contractual en la que emanan cada una de las obligaciones a las cuales se someten las partes contratantes lo cual se eleva por escrito para que se cumpla con las formalidades y legalidad pertinente, a partir de la suscripción de dicho contrato surgen los derechos y obligaciones de cada una de las partes contratantes los

¹⁰⁷ LÓPEZ ARÉVALO William, “Tratado de Contratación Pública”, Ob. Cit.2, Pág. 176- 177- 178-179-180-188- 191.

cuales han quedado estipulados en el contrato, de esta manera el acuerdo de las partes contratantes queda legalizado con la sola firma de las partes, durante el avance de esta etapa se encuentra el plazo determinado para la suscripción del contrato, la verificación de la aptitud del contratista para realizar contratos siendo el RUP la verificación de su habilidad para contratar, de igual manera es en esta etapa donde se comprueba la veracidad de los documentos y se presenta las garantías específicas para el desarrollo del contrato, de esta manera se cumple con la obligación contraída y la fiscalización del contrato o servicio por el cual se obligó.

La fase o etapa de ejecución

“Es la etapa en la que debe cumplirse el objetivo del contrato conforme a las cláusulas del mismo. Dentro de esta etapa se espera que el objeto del contrato y las demás obligaciones de las partes se desarrollen a cabalidad; para el efecto, la Entidad Pública debe llevar a cabo labores de control y supervisión hasta que se cumpla fielmente el objeto contractual.

Culmina con la expiración del plazo de vigencia pactado, y dentro del cual se verifica la ejecución del objeto contractual y el cumplimiento de las obligaciones pactadas.

Si no se cumplió por parte del contratista con las obligaciones por él contraídas, la Entidad Estatal adelantará las acciones necesarias para verificar el

cumplimiento del objeto, y aplicará los correctivos y sanciones previstas en el contrato y en las disposiciones legales (multas, terminación unilateral, ejecución de garantías, etc.)

La etapa de ejecución es en la cual se cumple con el objeto del contrato de acuerdo a lo que se estableció en el contrato es aquí donde se desarrolla a cabalidad el objeto del contrato y donde la entidad contratante se encarga de supervisar ya sea la obra o servicio contratado, terminando esta fase con la ejecución completa de lo contratado, en caso de que el contratista no haya cumplido con lo pactado en el contrato la entidad pública procederá a la constatación de lo pactado y aplicará las sanciones previstas en el contrato.

La fase o etapa pos contractual

Corresponde al periodo en el cual se evalúan finalmente los resultados de la ejecución del contrato, y se resuelven los desacuerdos que existieren respecto de tales resultados.

Constituye por tanto, el conjunto de actuaciones posteriores a la terminación del contrato. Generalmente versa sobre temas accesorios de la contratación misma.

En el desarrollo de la etapa pos contractual se tomará en consideración

- *La responsabilidad de los sujetos que intervienen en los contratos públicos.*
- *Los reclamos, recursos y controversias.*
- *Los organismos de control.*
- *Adjudicatarios fallidos y contratista incumplidos.*
- *Mantenimiento de la obra”.*¹⁰⁸

Para la plena culminación del contrato existe la última etapa la cual es la etapa pos contractual que es en la cual se realiza todas las evaluaciones pertinentes para constatar que el resultado sea satisfactorio y de ser necesario se realiza la solución de los desacuerdos habidos entre las partes contratantes de tal manera que es todo aquello que se tramita y resuelve luego de la ejecución total de la obra o servicio contratado, durante el desarrollo de esta etapa se realiza todos los reclamos necesarios en cuanto a lo accesorio al contrato, se realiza también los reajustes exigidos en caso de ser necesario y se acuerda el mantenimiento de la obra en caso de que el contrato haya sido de la ejecución de una obra.

¹⁰⁸ LÓPEZ ARÉVALO William, “Tratado de Contratación Pública”, Ob. Cit., Pág. 227 – 229 – 252- 253 – 254.

4.3 MARCO JURÍDICO

4.3.1 Análisis jurídico de la Constitución de la República respecto del derecho de acceder a bienes y servicios públicos y privados.

Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas:

Numeral 25. *“El derecho a acceder a bienes y servicios públicos y privados de calidad, con eficiencia, eficacia y buen trato, así como a recibir información adecuada y veraz sobre su contenido y características”.*¹⁰⁹

De acuerdo con la presente disposición nuestra Constitución estipula y garantiza a todas y cada una de las personas los derechos de libertad entre los cuales se encuentra el derecho de acceder a bienes y servicios tanto públicos como privados los cuales deben ser de buena calidad, en este caso hablamos de los bienes públicos a los que como ciudadanos tenemos acceso, partiendo desde este punto es de suma importancia que los contratos que realice el Estado con aquellas Instituciones a quienes se les adjudique un contrato por obra sean obras completamente aptas para el uso de las personas y que de igual manera el costo de su ejecución y construcción sea favorable para el interés del Estado adaptándose tanto a las exigencias estipuladas en el

¹⁰⁹ Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial N°449 del 20 de Octubre del 2008, Art. 66 núm. 25, Pág. 50.

contrato como al tiempo para el cual se contrata la ejecución de dicha obra así se evitará lo que usualmente y hasta la actualidad se viene aplicando cuando existen retrasos en la construcción de la obra aplicándose un reajuste de precio vulnerando así el contrato inicial.

Artículo 211.- *“La Contraloría General del Estado es un organismo técnico encargado del control de la utilización de los recursos estatales, y la consecución de los objetivos de las instituciones del Estado y de las personas jurídicas de derecho privado que dispongan de recursos públicos”.*¹¹⁰

Es de suma importancia instruirse acerca del Organismo encargado del control y utilización de los recursos del Estado el cual es la Contraloría General del Estado misma que se encarga de velar por la buena utilización del mismo y que no se logre estafar o engañar al Estado, en el caso de la contratación de obras públicas sería sumamente fácil pedir un reajuste de precios con el fin de obtener del Estado un recurso más; sin embargo, gracias a la vigilancia de la Contraloría se puede evitar esta clase de engaños al estado procurando buscar el bienestar no solo del Estado sino también de la sociedad en general.

Artículo 288.- *“Las compras públicas cumplirán con criterios de eficiencia, transparencia, calidad, responsabilidad ambiental y social. Se priorizarán los productos y servicios nacionales, en particular los provenientes de la economía*

¹¹⁰ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Ob. Cit., Art. 211 Pág. 112.

popular y solidaria, y de las micro, pequeñas y medianas unidades productivas".¹¹¹

La Constitución prevé que para que se realice esta clase de contratos con el Estado deben encontrarse de por medio varios valores y principios como eficiencia en el objeto del contrato la calidad del mismo de esta manera se logrará y procurará un buen trabajo por parte de la Entidad a la que se contrata para la realización de la obra en este caso y se garantizará la buena calidad del mismo.

4.3.2 Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, respecto del Procedimiento del Régimen Especial común, en la contratación integral por precio fijo.

Art. 7.- *“Sistema Nacional de Contratación Pública SNCP.- El Sistema Nacional de Contratación Pública (SNCP) es el conjunto de principios, normas, procedimientos, mecanismos y relaciones organizadas orientadas al planeamiento, programación, presupuestos, control, administración y ejecución de las contrataciones realizadas por las Entidades Contratantes. Forman parte del SNCP las entidades sujetas al ámbito de esta Ley”*.¹¹²

¹¹¹ *Ibíd.*

¹¹² Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Registro Oficial Suplemento 395 del 4 de agosto del 2008, Quito- Ecuador, Art. 7, Pág. 6.

En cuanto a la contratación pública el encargado de regular dichas contrataciones es el Sistema Nacional de Contratación Pública, es el conjunto de principios y procedimientos los cuales se encuentran encaminados a realizar el control y administración de las contrataciones realizadas entre el Estado y las personas naturales o jurídicas que tienen la calidad de contratistas.

Artículo 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”.*¹¹³

Basandose exclusivamente en el tema principal de la presente tesis constituye de suma importancia realizar un análisis a lo que es la contratación integral por precio fijo los cuales son exclusivos para la contratación de obras y que se aplicaran siempre y cuando se cumpla con varios requisitos como lo son primeramente de acuerdo al analisis de lo conveniente para realizar el contrato mediante esta modalidad, de igual manera, es el caso de cuando se trate de realización de proyectos donde convenga la consolidación de todos los servicios que se necesiten en un solo contratista; también deberá tomarse en cuenta el presupuesto referencial cuando este sobrepase el valor de multiplicar el coeficiente 0,1% por el Presupuesto Inicial del Estado, así mismo debe tomarse en cuenta que los estudios realizados para la ejecución de la obra estén completos y actualizados, ahora bien el punto clave del contrato integral por precio fijo es que se prohíbe rotundamente cualquier clase de reajuste o precio

¹¹³ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Ob. Cit., Art. 53, Pág. 23.

adicionales a lo pactado en un inicio logrando así que el contratista entregue la obra completa y se responsabilise en su totalidad por la ejecución de la misma.

Artículo 54.- Procedimiento de Selección.-*“La selección del contratista para la celebración de este tipo de contratos, se realizará por el procedimiento de Licitación previsto en el Capítulo III del Título III de esta Ley, sin que se puedan aplicar procedimientos especiales o de excepción.*

Los oferentes deberán entregar el detalle y origen de los componentes de la obra y equipamiento acorde a las especificaciones técnicas requeridas para el fiel cumplimiento del proyecto. En la oferta se presentará el cronograma de la provisión, instalación y funcionamiento de los bienes y equipos; así como la puesta en operación del proyecto contratado.

*Los pliegos contendrán criterios de valoración para incentivar el empleo de materiales, insumos, equipo y mano de obra de origen local o nacional”.*¹¹⁴

En lo referente al procedimiento de selección del contratista para poder celebrar esta clase de contratos se debe realizar igual que el procedimiento de licitación lo cual constituye específicamente un procedimiento administrativo, de preparación de voluntades contractuales, por el que un Ente Público en el ejercicio de la función administrativa invita a los interesados para que,

¹¹⁴ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Ob. Cit. Art. 54, Pág. 23.

sujetándose a las bases fijadas en el pliego de condiciones, formulen propuestas de entre las cuales seleccionará la más conveniente; así mismo los oferentes deberán presentar el cronograma de cada una de las actividades que se realizaran de acuerdo a la propuesta empleada por ellos especificando cada una de las técnicas y el empleo de materiales que se utilizará.

Artículo 55.- Particularidades.-*“En esta modalidad todos los componentes del proyecto deben contratarse bajo la modalidad de contrato integral por precio fijo.*

Los contratos integrales por precio fijo admiten la posibilidad de incluir en su objeto el mantenimiento de los componentes del proyecto, aspecto que deberá contemplarse en el contrato.

La terminación por mutuo acuerdo de estos contratos procederá exclusivamente por causas de fuerza mayor o caso fortuito aducidas por el contratista y aceptadas por la Entidad Contratante; o señaladas por esta última. No se admitirán como causales de terminación por mutuo acuerdo circunstancias imprevistas, técnicas o económicas.

La Entidad Contratante declarará la terminación unilateral y anticipada de estos contratos en caso de incumplimiento del contratista; o cuando ante

*circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito señaladas por la Entidad Contratante, el contratista no aceptará la terminación de mutuo acuerdo”.*¹¹⁵

El contrato integral por precio fijo presenta varias particularidades entre las cuales se debe primeramente especificar que en esta clase de contrato se permite incluir el mantenimiento y cuidado de los componentes del proyecto, en caso de terminación del contrato esto podrá suceder únicamente en caso de tratarse de fuerza mayor o caso fortuito claro siempre y cuando esta terminación se de por mutuo acuerdo y no podrá aducirse como causa de terminación el hecho de cosas imprevistas ya sean técnicas o económicas, también se podrá realizar la terminación del contrato por la sola voluntad de la entidad contratante en caso de que el contratista no cumpla a cabalidad con el contrato o cuando este no acepte la terminación por mutuo acuerdo.

Artículo 56.- Supervisión.-*“Este tipo de contratos estarán sujetos a la supervisión de la Entidad Contratante, que podrá ser realizada por sí misma o por terceros. La supervisión vigilará que el contratista se rija a las especificaciones técnicas requeridas y a las obligaciones en cuanto a calidad y origen de los componentes de la obra, establecidos en el contrato”.*¹¹⁶

Con referencia a la supervisión de los contratos mediante esta modalidad dicha supervisión será realizada por la entidad contratante la cual podrá ser realizada

¹¹⁵ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Ob. Cit. Art. 55, Pág. 24.

¹¹⁶ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Ob. Cit. Art. 56, Pág. 24.

directamente por ella o por terceros la supervisión exijira que el contratista cumpla a cabalidad con cada una de las exigencias de la entidad contratante tratandose de la calidad y el origen de los componentes que se utilizarán para la ejecución de la obra.

Artículo 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”.*¹¹⁷

El reajuste de precios es aquella modalidad mediante la cual la entidad contratante solicita al Estado la devolución de lo gastado fuera del presupuesto emitido por el Estado, o a su vez se solicita un nuevo presupuesto por cuanto el primero emitido no fue suficiente para la realización y culminación de la obra; ahora bien en cuanto a lo referente a la tematica estudiada se puede concluir que existe en realidad el reajuste de precios con la única excepción de los contratos integrales por precio fijo de tal modo que constituye un gran aporte para la realización de obras entre el Estado y la persona oferente.

¹¹⁷Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Ob. Cit., Art. 82, Pág. 35.

Artículo. 83.- Indices.-*“Para la aplicación de las fórmulas, los precios e índices de precios serán proporcionados por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INEC), mensualmente, dentro de los diez (10) días del mes siguiente, de acuerdo con su propia reglamentación. Para estos efectos, el Instituto Nacional de Contratación Pública mantendrá permanente coordinación con el INEC.*

*Si por la naturaleza del contrato, el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos no pudiere proporcionar los precios e índices de precios, la respectiva entidad, solicitará al INEC la calificación de aquellos, tomándolos de publicaciones especializadas. El INEC, en el término de cinco (5) días contado desde la recepción de la solicitud, calificará la idoneidad de los precios e índices de precios de dichas publicaciones especializadas propuestas. En caso de que dicho instituto no lo haga en el término señalado, se considerarán calificados tales precios e índice de precios, para efectos de su inclusión en la fórmula polinómica, bajo la responsabilidad de la entidad”.*¹¹⁸

En el caso de los reajustes de precios esto se realizará mediante la aplicación de varios índices mismos que serán aplicados por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, solo en caso de que dicho Instituto no proceda a proporcionar las estadísticas, la misma entidad contratante deberá solicitar

¹¹⁸Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Ob. Cit., Art. 83, Pág. 35.

directamente al INEC que se los proporcione lo cual tendrá un termino de entrega de cinco días contados a partir de la presentación de la solicitud.

Concluyendo en el reajuste de precios existe con el fin de en un determinado momento realizar una proporción con la entidad contratante de acuerdo a lo que se invirtio en la obra y que por cualquier razón existen inconvenientes con la ejecución de la obra se realiza el reajuste pertinente, ahora bien, esto constituye algo desfavorable para el Estado y las entidades públicas de modo que si no existieran reajuste de precios en la ejecución de obras se aportará de gran forma al presupuesto inicial del Estado que es de donde se utiliza el presupuesto para el reajuste con la excepción de los contratos integrales por precio fijo lo cual considero necesario en nuestra legislación.

Art. 84.- Contratos Integrales por Precio Fijo.- *“No serán aplicables las disposiciones contenidas en este Capítulo a los contratos integrales por precio fijo”*.¹¹⁹

La ventaja del contrato integral por precio fijo y el proposito de la presente tesis se justifica mediante la presente disposición la cual implica muy claramente que la contratación integral por precio fijo no podrá sujetarse a reajuste de precios por ningun modo, de tal manera que es totalmente benefico para el Estado y la sociedad, la realización de todos los contratos por obra mediante la

¹¹⁹Ley Organica del Ssitema Nacional de Contratación Pública, Ob. Cit, Art. 84, Pág. 35.

contratación integral por precio fijo lo cual constituiría la mejor realización de obras en primer lugar en buen estado y entregadas al tiempo pactado en el contrato inicial.

4.3.3 Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Referente al reajuste de precios en obras.

Art. 126.- Sistema de reajuste.-*“Los contratos de ejecución de obras, adquisición de bienes o de prestación de servicios a que se refiere la Ley, cuya forma de pago corresponda al sistema de precios unitarios, se sujetarán al sistema de reajuste de precios previsto en este capítulo. En consecuencia, aquellos contratos, cuya forma de pago no corresponda al sistema de precios unitarios no se sujetará al sistema de reajuste previsto en este capítulo”.*¹²⁰

El Reglamento de la Ley Orgánica del sistema nacional de contratación pública determina la existencia de reajuste de precios en los contratos de ejecución de obras especificando que podrá realizarse un reajuste de precio en caso de falta de presupuesto o de tiempo para culminar la obra contratada de tal manera que se violenta el derecho de acceso a bienes públicos de buena calidad de igual manera se atenta contra el presupuesto del Estado ocasionando desventajas y problemas a cada uno de los ciudadanos por cuanto el Estado es el encargado de asegurar la vida digna de los ciudadanos ecuatorianos.

¹²⁰ Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Registro Oficial Suplemento 588 del 12 de mayo del 2009, Quito- Ecuador, Art. 126 Pág. 38.

4.3.4 Legislación Comparada

4.3.4.1. PANAMÁ

Ley Nro. 22 que regula la Contratación Pública.- Artículo 83.-Contratos llave en mano.- *“Cuando la administración pública pretenda proyectar una obra que, por su naturaleza o interés público, se tenga que realizar bajo la combinación de diferentes prestaciones que incluyan por regla general diseño, construcción, consultoría, suministros y prestación de servicios o la fusión de algunas de estas, se podrán elevar convocatorias llave en mano como única vía para contratar en un solo procedimiento y un solo texto jurídico dichas obligaciones.*

Esta modalidad de contratación se activa cuando la administración pretenda alcanzar la entrega del objeto que se va a contratar en perfecto estado de funcionamiento y rendimiento, apto para proporcionar a la entidad pública la capacidad de uso necesario para el cumplimiento de funciones sociales.

En esta clase de contrato, cuando se dé el financiamiento mixto (Estado-particular), debe requerírsele el afianzamiento, equivalente a la responsabilidad del contratista.

*La ejecución de este contrato estará sujeta a la fiscalización de la entidad contratante y de la Contraloría General de la República. Los bienes y los derechos que se deriven de la contratación pasarán a propiedad del Estado, una vez se hayan cumplido los derechos y las obligaciones de ambas partes”.*¹²¹

ANALISIS

En el presente artículo se puede decir que existe una figura jurídica a la cual se denomina llave en mano, esta figura consiste en la contratación integral de obras entre un proveedor y el Estado en la cual la característica principal consiste en que no existirá un reajuste de precio para la realización de la obra y se la debe entregar en la fecha pactada en el contrato inicial de este modo tanto el bien construido como los derechos de la contratación pertenecerán al estado.

Semejanzas con la legislación ecuatoriana

- En la legislación de Panamá los contratos de obras públicas se encuentran regulados por la Ley Nro. 22, la cual determina en primer lugar que los contratos públicos se realizaran entre dos partes de las cuales una debe ser parte del estado y la otra debe ser un ente particular, esta es una semejanza

¹²¹PANAMÁ: Ley que Regula la Contratación Pública y Dicta otra disposición, Ley Nro. 22 del 27 de Junio del 2006, Art. 83, Pág. 39.

con nuestra legislación por cuanto en nuestro país se realiza dicha contratación de la misma modalidad.

- La segunda semejanza que se encuentra en esta legislación con la ecuatoriana es en cuanto a la fiscalización de la obra debido a que esta se realizará con intervención de la entidad contratante y la Contraloría General de la República, de tal manera que constituye la misma forma de realizar la fiscalización en nuestro país.

Diferencias con la legislación ecuatoriana

- Se puede encontrar en esta legislación la primera diferencia entre dicha legislación y la legislación ecuatoriana puesto que en nuestro país los contratos de obra pueden ser variables en cuanto al precio pactado en el contrato inicial y se somete a un reajuste de precio en caso de ser necesario; sin embargo en la legislación de Panamá se regula una figura jurídica denominada contrato llave en mano la cual determina que en caso de que la administración pública necesite la contratación de los servicios de una constructora con el fin de realizar una obra en beneficio del Estado se realizará mediante esta modalidad con la finalidad de ejecutar un solo procedimiento y un solo texto jurídico; es así que este tipo de contratación cumple con la finalidad de obtener en el tiempo pactado la obra de contratación y de igual manera que se encuentre en perfecto estado y

funcionamiento para brindar los servicios por los cuales se ejecutó en primer lugar la obra.

Artículo 84. Clasificación de los contratos llave en mano.- *“Podrán celebrarse contratos llave en mano completos o parciales.*

Se consideran contratos llave en mano completos, los que el Estado celebra con el contratista para la realización de una obra que incluye, por lo general, todas las obligaciones inherentes a ella, como son los suministros, el diseño, la construcción y la prestación de servicios.

Se consideran contratos llave en mano parciales los que celebra la entidad contratante con el contratista, de acuerdo con la fusión o combinación de algunas de las obligaciones, como son diseño y/o construcción y/o equipamiento y/o prestación de servicios.

La obligación principal que asume el Estado en los contratos llave en mano es el pago del precio de la obra, previamente negociado con los proponentes y regulado en el pliego de cargos.

En estos contratos, el monto de la fianza de cumplimiento a consignar por el contratista podrá ser de hasta el ciento por ciento (100%) del valor del contrato.

En los contratos llave en mano, deberá fijarse el precio global de antemano y de manera invariable para la totalidad de los trabajos previstos en los planos y presupuestos; también se establecerá que el contratista nunca podrá sufrir reducción del precio o exigir aumento de este.

Además, en el contrato deberá quedar claramente establecido que no queda ninguna posibilidad de plantear imprevisión contractual.”¹²²

ANALISIS

De acuerdo al presente artículo se puede decir que existen diferentes contratos de llave en mano los cuales son completos o parciales, los primeros son aquellos que consiste en la totalidad de la contratación de la obra desde los suministros, la contratación y los servicios existentes durante la ejecución de la obra, mientras que los segundos constituyen únicamente ciertas partes del contrato; es decir, se puede contratar únicamente los servicios de un ingeniero o bien la construcción de una determinada parte de la obra o tan solo el arrendamiento de maquinaria.

Diferencias con la legislación ecuatoriana

- De acuerdo con el presente artículo se puede demostrar una vez más que esta clase de contratos es sumamente beneficioso para el Estado

¹²²PANAMÁ: Ley que Regula la Contratación Pública y Dicta otra disposición, Ob. Cit., Art. 84, Pág. 40.

determinando dos clases de contratos de llave en mano los cuales pueden ser completos o parciales, el primero que constituye la ejecución de la obra completa por un solo contratista y el segundo que son aquellos que se celebran con la intención de contratar varias cosas de la construcción como el diseño de esta más no la totalidad de la obra, la función de esta modalidad de contrato es la de que el Estado pague exactamente la cantidad pactada previamente a la ejecución de la obra, lo cual debe ser acordado de antemano y quedará registrado en el contrato, así mismo se garantiza tanto al ente contratante de que no se realice un aumento de precio para la ejecución de la obra y de igual manera el contratista no sufra una reducción en el presupuesto y quedará también planteado la prohibición de plantear imprevistos con relación a lo contratado, de esta manera se encuentra el fundamento para la presente tesis puesto que el propósito es el de mejorar la modalidad de los contratos y ejecución de obras cosa que en nuestro país no se encuentra regulado en buena forma siendo obsoleto la norma que regula la ejecución de obras por cuanto se vulnera la seguridad y pleno cumplimiento del contrato.

4.3.4.2. HONDURAS

Ley De Contratación Del Estado.- Artículo 64.-Concepto de obra pública.

“Contrato de obra pública es el celebrado por la Administración con una o más personas naturales o jurídicas, para la construcción, reforma, reparación,

*conservación o demolición de bienes que tengan naturaleza inmueble o la realización de trabajos que modifiquen la forma o sustancia del suelo o del subsuelo, a cambio de un precio. Se consideran también los Contratos de obra pública denominados “llave en mano” de acuerdo con los cuales el contratista se obliga a proporcionar, mediante un único Contrato, todos o algunos de los siguientes elementos: Los diseños técnicos, servicios de ingeniería, financiamiento, construcción, así como, en su caso, el terreno necesario o el suministro e instalación de plantas, equipos u otros similares, incorporadas a la obra”.*¹²³

ANALISIS

En relación al presente artículo se puede decir que el contrato de obra pública es aquel que se celebra entre la administración pública y una persona natural o jurídica con el fin de contratar ya sea la construcción o demolición o mejora de un bien inmueble mediando para ello un pago económico el cual se financia directamente del presupuesto inicial del Estado.

Semejanzas con la legislación ecuatoriana

- En el Estado de Honduras se regula los contratos de obra en la ley de Contratación del Estado misma que determina que la contratación pública

¹²³ HONDURAS: Ley de Contratación del Estado, Decreto Nro. 74 – 2001 del 1 de junio del 2001, Art. 64, Pág. 16.

debe ser entre un ente estatal y uno particular, de esta manera se encuentra una semejanza con la legislación ecuatoriana por cuanto en nuestro país se aplica la misma modalidad para realizar los contratos públicos.

Diferencias con la legislación ecuatoriana

- En la legislación de Honduras los contratos por obra se encuentran regulados en la ley de contratación del Estado misma que determina los contratos de obra pública denominados llave en mano lo cual constituye que el contratista se obliga a entregar la totalidad de la obra mediante un solo contrato que sería el contrato inicial lo cual se puede considerar como una diferencia con nuestra legislación puesto que en esta no existe el reajuste de precios en el caso de los contratos por obra de tal manera que la obra se entregará completa, en perfecto estado y en el tiempo pactado evitando así ocasionar problemas para el Estado, cuestión que en nuestro país aún no se encuentra determinada de tal manera que los contratos por obra la mayoría de las veces se someten a reajustes de precios mediando por parte de los contratistas artimañas con el fin de presentar casos fortuitos justificando de esta manera la falta del cumplimiento del contrato, con la figura jurídica de los contratos llave en mano se logrará garantizar la plena ejecución de la obra lo cual en caso de necesidades extras para el desarrollo de la obra será el contratista el total responsable de la misma hasta la entrega de la obra en perfecto estado de acuerdo a lo estipulado en el contrato celebrado, por lo

tanto considero de suma importancia realizar una reforma a la legislación ecuatoriana en miras de mejorar la norma que regula la contratación de obras públicas.

4.3.4.3. MÉXICO

Ley De Adquisiciones, Arrendamientos Y Servicios Del Sector Público.-

Artículo 44.- *“En las adquisiciones, arrendamientos y servicios deberá pactarse la condición de precio fijo. No obstante, en casos justificados se podrán pactar en el contrato decrementos o incrementos a los precios, de acuerdo con la fórmula o mecanismo de ajuste que determine la convocante previamente a la presentación de las proposiciones.*

Cuando con posterioridad a la adjudicación de un contrato se presenten circunstancias económicas de tipo general, como resultado de situaciones supervenientes ajenas a la responsabilidad de las partes, que provoquen directamente un aumento o reducción en los precios de los bienes o servicios aún no entregados o prestados o aún no pagados, y que por tal razón no pudieron haber sido objeto de consideración en la proposición que sirvió de base para la adjudicación del contrato correspondiente, las dependencias y entidades deberán reconocer incrementos o requerir reducciones, de conformidad con las disposiciones que, en su caso, emita la Secretaría de la Función Pública.

*Tratándose de bienes o servicios sujetos a precios oficiales, se reconocerán los incrementos autorizados”.*¹²⁴

ANALISIS:

El presente artículo hace referencia a la contratación por precio fijo, es decir que todos aquellos contratos que se realicen ya sea de adquisición arrendamientos y servicios, sin embargo cabe mencionar que dentro de este artículo se estipula que se puede realizar fórmulas de reajuste si fuere sumamente necesario, ahora bien estas fórmulas de reajuste pueden darse debido a casos específicos de necesidad y cabe reconocer que puede tanto incrementarse como disminuirse de acuerdo a los valores de las obras en el año fiscal.

Semejanzas con la legislación ecuatoriana

- La primera semejanza que podemos encontrar es que en esta legislación se encuentra reconocida la contratación por precio fijo al igual que en nuestra legislación los contratos por obra se pueden realizar mediante la contratación integral por precio fijo.

¹²⁴ MÉXICO: Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, Decreto Nro. 266 del 4 de enero del 2000, Art. 44, Pág. 28.

Diferencias con la legislación ecuatoriana

- La primera diferencia que se puede encontrar es que la Ley que regula en México la contratación pública se denomina Ley de Adquisición, arrendamiento y servicios del Sector Público, continuando se puede reconocer que dentro de esta legislación se realiza la contratación por precio fijo y que puede de igual manera darse fórmulas de reajustes de precio, la diferencia con nuestra legislación es que en dicho país tanto el contratista como la entidad contratante podrán realizar el reajuste de precios de acuerdo a las exigencias y necesidades de la obra como podrá aumentarse o disminuirse el valor pactado en el contrato inicial.

5. MATERIALES Y MÉTODOS

5.1 Materiales

Los materiales empleados en el presente trabajo han sido obtenidos de diversas fuentes como se puede mencionar, libros de las diferentes bibliotecas de la ciudad como es de la Biblioteca de la Universidad Nacional de Loja, y Biblioteca de la Universidad Técnica de Loja; además ha sido utilizada la web a través de buscadores virtuales lo cual ha constituido una herramienta muy útil para obtener la Legislación Externa y que sirvió de mucha colaboración para emplear los conceptos estudiados.

5.2 Métodos

Para la ejecución de la presente tesis se utilizó los siguientes métodos:

Método científico: A través del cual obtuve la información sujeta a comprobación científica, que la recopilé en base de datos, libros, revistas judiciales, publicaciones de prensa, fuente web; etc. Sobre los diferentes aspectos de administración y contratación pública.

Método analítico: Mediante el cual se logró la descomposición del problema específicamente en lo que se refiere a la obligatoriedad de realizar los

contratos de obra mediante la modalidad de contratación integral por precio fijo; y, los inconvenientes que ocasiona el reajuste de precios, permitiéndome categorizar la importancia del objeto de esta Investigación.

Método inductivo: Lo utilice con el propósito de examinar aspectos precisos como el reajuste de precios y la entrega tardía de las obras realizadas mediante la contratación pública y la vulneración del derecho de acceder a bienes públicos de calidad estipulado en la Constitución de la República del Ecuador, para poder formar un conocimiento científico.

Método deductivo: Este método me sirvió para estudiar los aspectos generales del problema a investigarse, con la finalidad de conocer sus efectos particulares.

Método histórico: A través del cual me encuentro en capacidad de estudiar la relación histórica para poder conocer la historia de la legislación que regula la contratación pública hasta la Ley vigente.

Método descriptivo: Se registraran hechos y fenómenos actuales, en los que se refiere a los contratos de obra. Se recogerán y tabularán datos sobre la problemática, para luego analizarlos de manera objetiva e imparcial.

5.3. Procedimientos

En el presente desarrollo de mi tesis utilicé los procedimientos de observación, análisis y síntesis, auxiliándome de técnicas de acopio como el fichaje bibliográfico o documental; y, de técnicas de acopio empírico como la encuesta y la entrevista.

5.4 Técnicas

La investigación de campo se concretó a consultas de opinión a personas conocedoras de la problemática, la encuesta fue aplicada a 30 encuestas a abogados en libre ejercicio y docentes del derecho; y 5 entrevistas al Alcalde y Funcionarios de Entidades Públicas. En estas técnicas se diseñó un cuestionario derivado de los objetivos y de la hipótesis. Los resultados de la investigación empírica se presentan en barras múltiples y en forma discursiva con deducciones derivadas del análisis de los criterios y datos concretos, que sirvieron de base para la verificación de objetivos e hipótesis y determinar las conclusiones y recomendación.

6. RESULTADOS

Para el desarrollo de la presente tesis, se ha planteado la aplicación de encuestas y entrevistas; mismas que sirvieron para la comprobación y verificación del problema planteado.

6.1 Resultados de la aplicación de Encuestas

A continuación se realizará el análisis de las encuestas las cuales fueron aplicadas a 30 Abogados en libre ejercicio y docentes del Derecho; mismas que arrojaron los siguientes resultados:

Primera Pregunta

¿Conoce usted, cual es el objetivo y ámbito de Aplicación de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública?

CUADRO Nro. 1

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	30	100%
NO	00	00%
TOTAL	30	100%

FUENTE: Docentes del Derecho; Abogados en Libre Ejercicio (Encuestados)

AUTOR: Hernán Francisco Delgado Merino.

GRAFICO Nro. 1



INTERPRETACIÓN:

De los resultados obtenidos, 30 encuestados que corresponden a un 100% manifestaron que SI conocen el ámbito y objetivo de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública especificando que esta regula todos aquellos procedimientos de contratación que realice el estado con un particular el cual debe constar como proveedor y estar inscrito en el RUP, dando de esta manera un total de 30 encuestados y un 100 % de los mismos.

ANÁLISIS:

De acuerdo a los resultados obtenidos se puede llegar a la conclusión de que el ámbito y objetivo de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación pública regula específicamente los contratos que realiza el Estado o cualquier

entidad Pública con una persona ya sea esta natural o jurídica para la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios en la cual puede incluirse la consultoría, y que de igual manera para poder realizar cualquier clase de contrato con el Estado debe el proveedor encontrarse inscrito y habilitado en el RUP.

Segunda Pregunta

¿Considera usted que la Contratación Integral por precio fijo, tiene como finalidad evitar los reajustes de precios en los contratos de obras públicas?

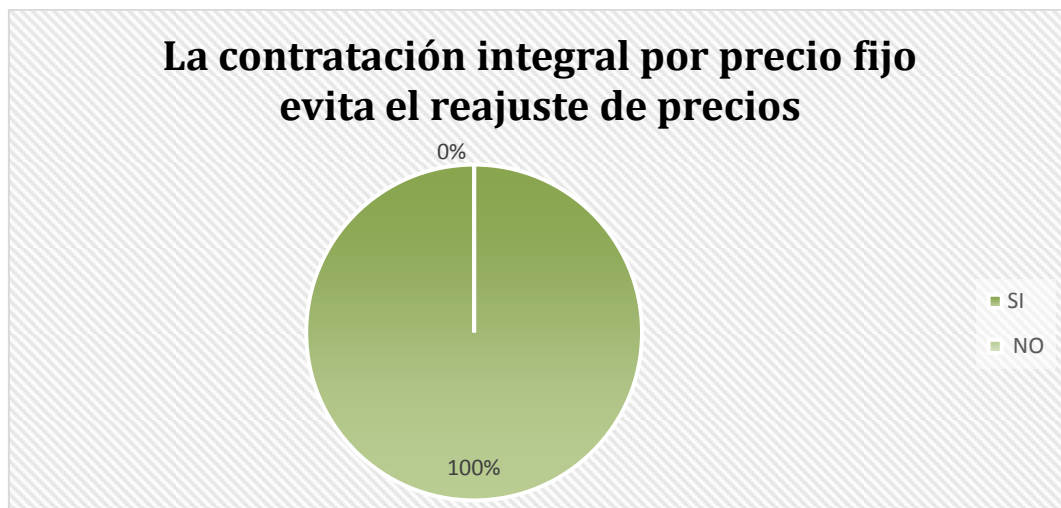
CUADRO Nro. 2

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	30	100%
NO	0	0%
TOTAL	30	100%

FUENTE: Docentes del Derecho; Abogados en Libre Ejercicio (Encuestados)

AUTOR: Hernán Francisco Delgado Merino.

GRAFICO Nro. 2



INTERPRETACIÓN:

De los resultados obtenidos se puede observar que 30 encuestados que corresponden a UN 100% consideran que la contratación integral por precio fijo SI tiene como finalidad evitar los reajustes de precios en los contratos de obras públicas evitando la mala fe de los contratistas para obtener una mayor prestación económica del Estado; dando así un total de 30 encuestados y un 100% de los mismos.

ANÁLISIS:

Tomando en cuenta la opinión de los profesionales encuestados puedo llegar a la conclusión y se puede determinar que la modalidad de contratación integral

por precio fijo posee el objetivo principal de evitar primeramente la realización de contratos complementarios y así mismo cualquier tipo de reajuste de precios a petición o solicitud del contratista justificando esta necesidad de una forma dolosa, que al solicitar estos reajustes ocasiona daños al Estado de modo económico puesto que su único fin es obtener de cualquier manera una prestación económica mayor a la pactada en el contrato inicial, e inclusive cambiar la fecha de entrega recepción de la obra objeto del contrato.

Tercera Pregunta

¿Considera usted, que el reajuste de precios en la ejecución de obras públicas ocasiona que el contratista justifique de forma dolosa la necesidad del reajuste?

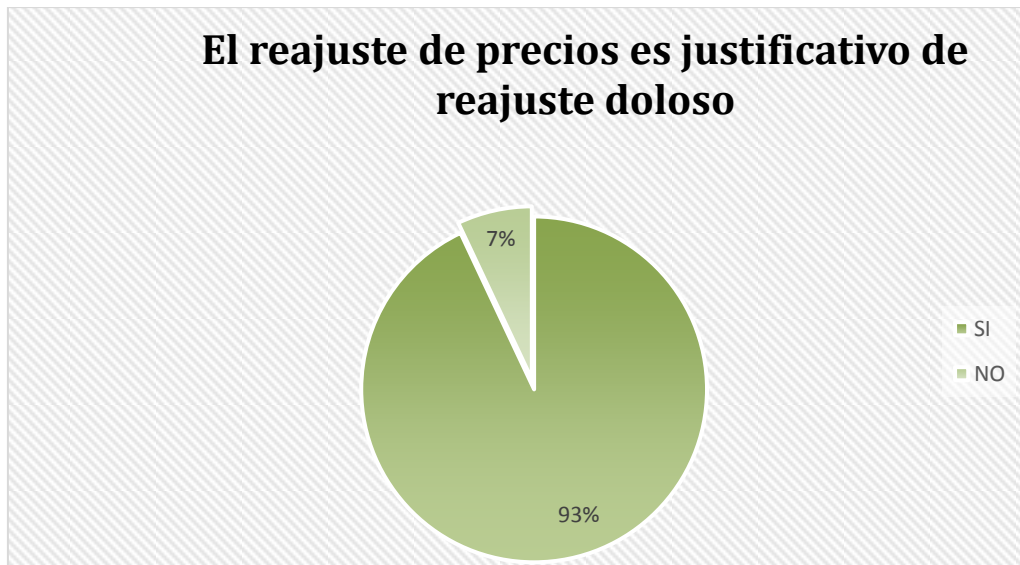
CUADRO Nro. 3

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	28	93%
NO	2	7%
TOTAL	30	100%

FUENTE: Docentes del Derecho; Abogados en Libre Ejercicio (Encuestados)

AUTOR: Hernán Francisco Delgado Merino.

GRAFICO Nro. 3



INTERPRETACIÓN:

De los resultados obtenidos 28 profesionales encuestados que corresponden al 93% consideran que el reajuste de precios en la ejecución de obras públicas SI ocasiona que el contratista justifique de forma dolosa la necesidad del reajuste pues su único fin es obtener del Estado una prestación económica mayor, por otro lado 2 encuestado que corresponde al 7% consideran que el reajuste de precios en la ejecución de obras NO ocasiona que el contratista justifique dolosamente la necesidad del reajuste en razón de que durante la ejecución de la obra se pueden presentar inconvenientes en relación a la maquinaria utilizada como a cualquier clase de caso fortuito; dando así el total de 100% de encuestados.

ANÁLISIS:

Tomando como base los criterios vertidos por los profesionales encuestados y luego del análisis de la investigación realizada se puede concluir que efectivamente el contratista que realiza la ejecución de una obra para el estado justifica de forma maliciosa y dolosa la existencia de casos fortuitos, variación de precios del material en el mercado y problemas con la mano de obra de cualquier índole con el único fin de obtener de cualquier manera una prestación económica mayor a la pactada en el contrato inicial ocasionándose así inconvenientes al momento de la entrega – recepción de la obra.

Cuarta Pregunta

¿Cree usted necesaria una reforma a la ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, determinando la ejecución de obras mediante la contratación integral por precio fijo?

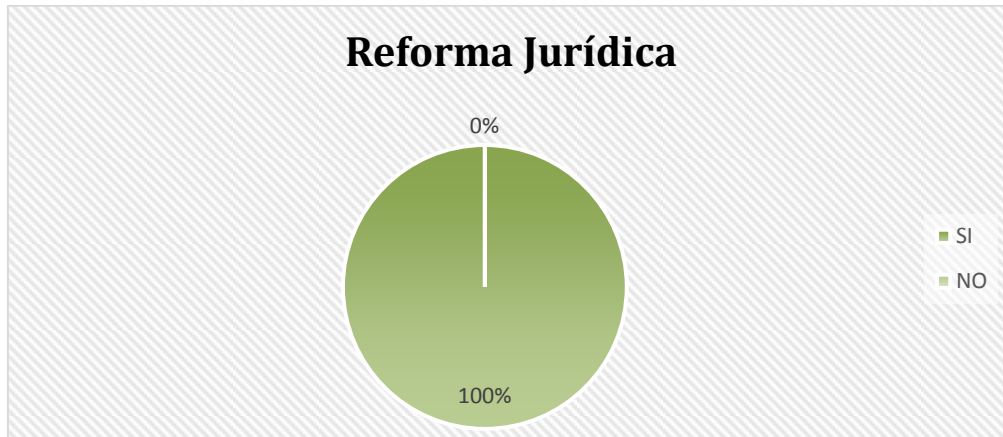
CUADRO Nro. 4

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	30	100%
NO	0	00%
TOTAL	30	100%

FUENTE: Docentes del Derecho; Abogados en Libre Ejercicio (Encuestados)

AUTOR: Hernán Francisco Delgado Merino.

GRAFICO Nro. 4



INTERPRETACIÓN:

De los resultados obtenidos 30 encuestados consideran que SI es necesaria una reforma jurídica a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública puesto que en nuestro país se da la insatisfacción del Estado por los daños ocasionados debido a los contratos complementarios celebrados con el contratista, ninguno de los encuestados vertió una respuesta negativa; dando así un total de un 100 % de encuestados.

ANÁLISIS:

Tomando en cuenta que las Leyes ecuatorianas deben encontrarse acorde a las exigencias actuales tanto de la sociedad como de las normas y reglas

planteadas y garantizadas en la Constitución de la República del Ecuador puedo llegar a la conclusión que es de suma importancia y relevancia social una reforma jurídica a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública encaminada a mejorar el marco jurídico que regula la contratación de obras públicas implementando la obligatoriedad de realizar esta clase de contratos mediante la modalidad de contratación integral por precio fijo con el fin de evitar la celebración de contratos complementarios como de reajuste de precios.

Quinta Pregunta

¿Considera usted, que los contratos por la modalidad de contratación integral por precio fijo, deberán ser obligatorios para evitar los reajustes de precios?

CUADRO Nro. 5

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	29	97%
NO	1	3%
TOTAL	30	100%

FUENTE: Docentes del Derecho; Abogados en Libre Ejercicio (Encuestados)

AUTOR: Hernán Francisco Delgado Merino.

GRAFICO Nro. 5



INTERPRETACIÓN:

De los resultados obtenidos 29 encuestados que corresponden a un 97% consideran que SI es necesario implementar la obligatoriedad de realizar los contratos de obras mediante la modalidad de contratación integral por precio fijo para evitar los reajustes de precios y la mala fe por parte del contratista; por otro lado 1 encuestado que corresponde a un 3% considera que no es necesario realizar los contratos de obras mediante la contratación integral por precio fijo puesto que los reajuste de precio se realizan únicamente dependiendo de los casos fortuitos que ocurran durante la ejecución de la obra, dando así un total de 30 encuestados y un 100 % de los mismos.

ANÁLISIS:

Tomando en cuenta que el reajuste de precios durante la ejecución de un contrato de obra es causa de mala fe y dolo del contratista justificando de forma embustera y engañadora la necesidad de un reajuste para la plena culminación de la obra con el fin de obtener una mayor cantidad de dinero por parte del Estado considero que es de suma importancia implementar la obligatoriedad de realizar la contratación de obras públicas mediante la modalidad de contratación integral por precio fijo para que de esta manera se evite los reajustes de precio y celebración de contratos complementarios.

Sexta Pregunta

¿Considera usted, con la modalidad de contratación integral por precio fijo, se beneficia al Estado Ecuatoriano, por cuanto no existiría el reajuste de precios?

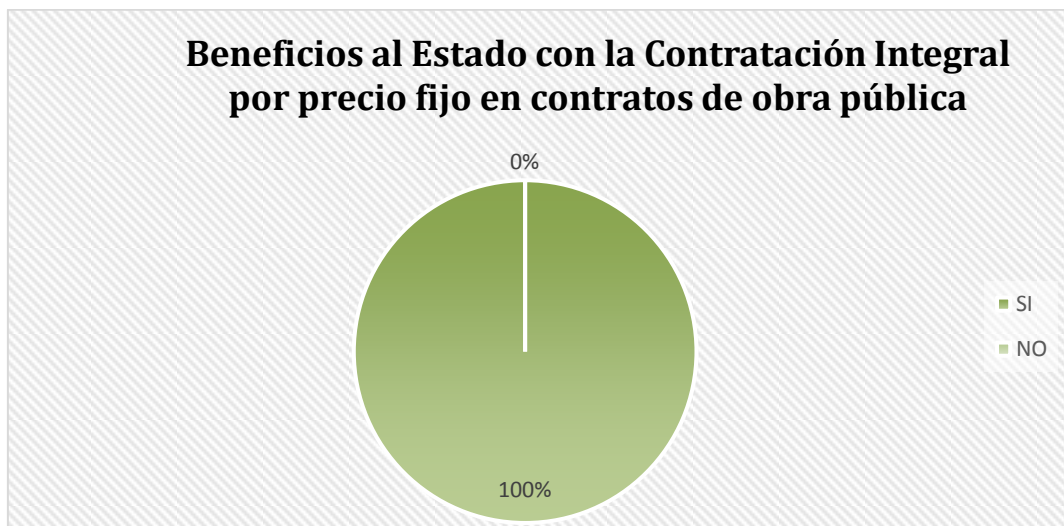
CUADRO Nro. 6

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	30	100%
NO	0	0%
TOTAL	30	100%

FUENTE: Docentes del Derecho; Abogados en Libre Ejercicio (Encuestados)

AUTOR: Hernán Francisco Delgado Merino.

GRAFICO Nro. 6



INTERPRETACIÓN:

De los resultados obtenidos 30 encuestados consideran que con la modalidad de contratación integral por precio fijo SI se beneficia al Estado ecuatoriano por cuanto no existiría el reajuste de precios logrando así una mayor obligatoriedad y responsabilidad por parte del contratista para con el Estado evitando un comportamiento doloso por parte del contratista; dando así un total de 30 encuestados y un 100 % de los mismos.

ANÁLISIS:

De acuerdo a la opinión vertida por los profesionales encuestados y luego de la investigación realizada puedo llegar a la conclusión de que al momento de

implementar la modalidad de contratación integral por precio fijo se beneficia al Estado ecuatoriano en gran manera puesto que primeramente se evitaría el reajuste de precios o cualquier otro mecanismo de variación de precios y de igual manera el plazo de ejecución de la obra el cual no será sujeto a modificaciones; de esta manera se podrá mantener el precio desde el inicio de la obra, durante la misma y hasta la suscripción del acta entrega recepción definitiva, esto con el fin de que la responsabilidad del contratista sea global frente al Estado dando resultados positivos para el mismo.

Séptima Pregunta

¿Qué causas y consecuencias considera usted que se derivan de contratos complementarios y reajustes de precios por falta de contratación en la modalidad integral por precio fijo en la ejecución de obras?

INTERPRETACIÓN:

De los resultados obtenidos 30 encuestados consideran que como causa principal que se deriva de los contratos complementarios y reajuste de precios se encuentra el interés del contratista de realizar variación de precios irracionales para obtener contratos complementarios con el Estado y como consecuencia se reduce el presupuesto del Estado destinado para otra

circunstancia o situación así como también la entrega tardía de la obra; dando así un total de 30 encuestados y un 100 % de los mismos.

ANÁLISIS:

Para concluir el presente análisis e investigación y tomando en cuenta la opinión de los encuestados puedo decir que la causa para que se dé el reajuste de precios en la contratación de obras públicas es principalmente la intención del contratista de obtener una mayor cantidad de dinero por parte del Estado valiéndose de artimañas para su pretensión, y como consecuencia se puede observar que se da la insatisfacción del cumplimiento de la obligación y que se ocasiona daños en los intereses del Estado, detrimentos, molestia y perturbación, por la comisión de un comportamiento infractor de la prestación por parte del contratista, actuando de una manera dolosa o negligente.

6.2 Resultados de la aplicación de Entrevistas

A continuación se realizará la presentación y el análisis de las entrevistas las cuales fueron aplicadas a 5 profesionales conocedores de la materia en cuestión como son el Alcalde y Funcionarios de Entidades Públicas; las cuales arrojaron los siguientes resultados:

Pregunta Nro. 1

¿A su criterio Personal cual es el objetivo y ámbito de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública?

ANÁLISIS:

Los entrevistados coinciden en que esta Ley se encuentra encaminada a regular las contrataciones públicas; es decir las del Estado con un proveedor particular para la adquisición o arrendamientos de bienes, la ejecución de obras y también la prestación de servicios y consultoría.

INTERPRETACIÓN:

En definitiva y luego del análisis realizado a lo largo de la presente tesis y la investigación realizada a través de las entrevistas puedo concluir que el objetivo y ámbito de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública es la de regular de una manera óptima las contrataciones que realiza el Estado con una persona ya sea esta natural o jurídica con el fin de contratar la adquisición de bienes así como también la ejecución de obras y la prestación de servicios incluidos los de consultoría, de tal modo que se regula el procedimiento a seguirse para cada una de las modalidades de contratos existentes en la Ley enunciada.

Pregunta Nro. 2

¿De acuerdo a su criterio personal que es el contrato administrativo?

ANÁLISIS:

Los entrevistados coinciden y dan su criterio especificando que el contrato administrativo es aquel acto de voluntad común entre una persona natural o jurídica ya sea con un organismo público o con el Estado para contratar y obligarse bajo la dependencia y sumisión del Órgano Público.

INTERPRETACIÓN:

Conuerdo con los profesionales entrevistados y de tal modo puedo llegar a la conclusión de que los contratos administrativos son los celebrados por la administración pública con el fin de asegurar el funcionamiento de un servicio público, este tipo de contratos nace del vínculo jurídico que coloca a una persona determinada en la necesidad de dar, hacer, o no hacer alguna cosa, con respecto a otra persona también determinada, una de esas personas está regida por el derecho público, y la otra por el derecho privado.

Pregunta Nro. 3

¿Cómo define usted a su criterio personal a la contratación integral por precio fijo?

ANÁLISIS:

A criterio de los entrevistados esta modalidad de contrato constituye el modo donde el contratista realiza la ejecución de una obra por un precio único e invariable y a su vez se da la entrega de un proyecto completo y listo para la utilización pública.

INTERPRETACIÓN:

Como opinión propia puedo decir que la contratación integral por precio fijo es un contrato que se realiza por única vez con un determinado ofertante el cual es responsable total de cada aspecto de dicha ejecución de la obra obligándose mediante el contrato a realizarlo por un solo precio sin opción a ningún tipo de reajuste, realizándose así el acta de entrega – recepción en la fecha pactada en el contrato inicial y de igual manera presentando la totalidad de la obra en buen estado y lista para ser utilizada de acuerdo a la necesidad de la entidad contratante y más que todo garantizando el buen estado y mantenimiento de dicha obra a largo plazo.

Pregunta nro. 4

¿Qué causas y consecuencias considera usted que se derivan de contratos complementarios y reajustes de precios por falta de contratación en la modalidad integral por precio fijo en la ejecución de obras?

ANÁLISIS:

A criterio de los entrevistados la causa es la intención del contratista de adquirir un porcentaje económico mayor al porcentaje pactado en el contrato inicial y como consecuencia sería el incumplimiento de la obligación en todo o en parte ocasionando daños en los intereses del Estado.

INTERPRETACIÓN:

Una vez realizada la entrevista a diferentes funcionarios y profesionales conocedores de la materia en cuestión, he llegado a la conclusión de que la causa principal que lleva al contratista a solicitar un reajuste de precios o contratos complementarios justificando la necesidad de reajuste de manera dolosa es la de obtener una mayor cantidad de dinero como ganancia; y por otro lado como consecuencia se puede encontrar que dan como resultado la insatisfacción del acatamiento de la obligación y que ha originado daños en los intereses del Estado, incluyendo molestia o perturbación para las Entidades Públicas, debido al comportamiento transgresor de la prestación por parte del

contratista, valiéndose de artimañas dolosas o de actos negligentes para su cometido.

Pregunta Nro. 5

¿A su criterio personal que beneficios ocasionaría al Estado y a la ciudadanía en general el realizar los contratos por obra mediante la modalidad de contratación integral por precio fijo?

ANÁLISIS:

De acuerdo con el criterio de los profesionales entrevistados implementando la obligatoriedad de contratos mediante esta modalidad primeramente se evitaría la celebración de contratos complementarios e inclusión de reajustes de precios de tal modo que se evitara la variación del plazo de ejecución de la obra manteniéndose la fecha de entrega – recepción establecida desde un inicio.

INTERPRETACIÓN:

Concluyendo con la presente investigación puedo decir que en primer lugar constituye de suma importancia y relevancia realizar una reforma jurídica a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública encaminada a

regular de mejor forma los contratos de obras públicas implementando para ello la obligatoriedad de que se realicen mediante la modalidad de contratación integral por precio fijo lo cual ocasionaría varios beneficios al Estado y por ende a la ciudadanía en general como por ejemplo el hecho de que el contrato y ejecución de la obra se realice con un único precio sin opción al reajuste, que la entrega de la obra se haga en el plazo pactado, que el bien se encuentre en perfecto estado y apto para su utilización y más que todo que se garantice el óptimo funcionamiento de la obra a largo plazo.

7. DISCUSIÓN

7.1 Verificación de Objetivos

Para terminar satisfactoriamente la presente tesis, debo manifestar que se verifico positivamente los objetivos formulados en el proyecto de tesis previa a la obtención del título de Abogado, y por lo tanto como objetivo general se ha planteado el siguiente:

OBJETIVO GENERAL

- Realizar un estudio teórico, jurídico y crítico respecto a la obligatoriedad de los contratos de obra por parte de entidades públicas, mediante la modalidad de contratación integral por precio fijo.

Este objetivo general lo verifique con los siguientes aspectos:

Marco Teórico: En el marco teórico se ha verificado el objetivo general en todas sus partes como son el marco conceptual, el marco doctrinario y marco jurídico.

En el marco conceptual se procedió a presentar los conceptos fundamentales y definiciones completas acerca de varios temas de suma importancia para la

presente tesis como son primeramente lo que constituye en sí el derecho administrativo en el cual se enmarca la presente tesis, así mismo se conceptualizo que es un contrato administrativo y la contratación pública en sí que constituye aquella contratación que realiza el Estado con entidades privadas o personas naturales para el efecto de realizar actos u obras con fines públicos, entre estos actos tenemos la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras públicas o prestación de servicios como el de consultoría.

En el marco Doctrinario he podido comprobar el objetivo general que al principio de mi tesis se planteó con temas que hacen referencia principalmente a los antecedentes históricos de los contratos administrativos permitiéndome así tener vastos conocimientos de los inicios de esta clase de contratos hasta la actualidad, así también se categoriza los principios y elementos fundamentales de los contratos administrativos como también la clase de regímenes que existen en el Sistema de Contratación Pública como son el régimen común y el régimen especial y cada uno de sus procedimientos, así mismo se realiza el estudio y análisis de lo que constituye el fundamento de la presente tesis que es la contratación integral por precio fijo la cual constituye una modalidad de contrato mediante la cual el contratista no tiene oportunidad alguna de solicitar contratos complementarios ni mucho menos reajuste de precios, así mismo se analiza el procedimiento y varias particularidades que esta posee.

En relación al marco jurídico se verifico el objetivo general realizando el estudio de normas como la Constitución de la República del Ecuador, la Ley Orgánica del sistema Nacional de Contratación Pública yel Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública mismas que son precisas en determinar y reconocerla modalidad de contratación integral por precio fijo; al igual que se realizó la respectiva comparación jurídica con varias legislaciones entre las cuales se encuentran la de Panamá y Honduras, de esta manera queda demostrado que se ha cumplido y verificado el objetivo general que se planteó.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

Así mismo se realiza a continuación la verificación de los objetivos específicos, y posteriormente se presenta un análisis de cada uno de ellos, para lo cual se utilizó las encuestas y entrevistas realizadas.

Primer objetivo específico

- Determinar, las causas y consecuencias derivadas de contratos complementarios y reajustes de precios por falta de contratación en la modalidad integral por precio fijo.

Este objetivo se ha verificado con los siguientes aspectos:

Investigación de campo: Se verifico este objetivo en la investigación de campo específicamente en las respuestas tres, cinco y siete de la encuesta, y la pregunta cuatro de la entrevista las cuales se refieren a las causas y consecuencias que se derivan de los contratos complementarios y reajustes de precio por la falta de implementación obligatoria de los contratos mediante la modalidad de contratación integral por precio fijo en la ejecución de obras, a las cuales todos los profesionales que vertieron sus opiniones supieron manifestar que al no existir esta modalidad de contratación de forma obligatoria para la ejecución de obras públicas en primer lugar se encuentran causas para la existencia de reajustes de precios como es la justificación dolosa por parte del contratista de casos fortuitos con el fin de obtener una mayor prestación económica por parte del Estado y que a su vez deja como consecuencia la insatisfacción de la ejecución de la obra al plazo pactado, y así mismo ocasionando molestias directamente al Estado por el retraso en la entrega y por la prestación económica que debe dar al contratista para la culminación de la obra; de esta manera se ha podido comprobar el primer objetivo específico.

Segundo objetivo específico

- Determinar, los beneficios que ocasiona al Estado y a la ciudadanía en general el realizar los contratos por obra mediante la modalidad de contratación integral por precio fijo.

Este objetivo se ha verificado con los siguientes aspectos:

Investigación de campo: se verifico este objetivo en la investigación de campo específicamente en las respuestas dos y seis de la encuesta, y la pregunta número cinco de la entrevista las cuales se refieren a los beneficios que ocasionaría al Estado y a la ciudadanía en general el realizar los contratos por obra mediante la modalidad de contratación integral por precio fijo, en la cual se determina que primeramente se evitaría la celebración de contratos complementarios y solicitudes maliciosas por parte de los contratistas de reajuste de precios, también se realizara la entrega – recepción de la obra en el tiempo pactado y así mismo se garantizará el pleno funcionamiento de la obra, de esta manera se ha podido comprobar el segundo objetivo específico planteado.

Tercer objetivo específico

- Proponer, una Reforma Jurídica a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública respecto a la obligatoriedad de realizar los Contratos de Obra mediante la modalidad de contratación integral por precio fijo.

Este objetivo se ha verificado con los siguientes aspectos:

Investigación de campo: se ha comprobado el tercer objetivo específico en la investigación de campo específicamente en la pregunta número cuatro de la

encuesta la cual hace referencia a la necesidad de reformar La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública con el fin de implementar la obligatoriedad de la realización de los contratos de obras públicas mediante la modalidad de contratación integral por precio fijo, para lo cual los profesionales encuestados supieron manifestar que debido a las exigencias actuales tanto de la sociedad como del Estado principalmente y a que las leyes ecuatorianas deben encontrarse actuales y acordes a la Constitución de la República del Ecuador es de suma importancia una reforma a esta Ley regulando de mejor forma la contratación integral por precio fijo en beneficio no solo del Estado sino también de los ciudadanos ecuatorianos, de esta manera queda comprobado el tercer objetivo específico.

7.2 Contrastación de Hipótesis

La hipótesis planteada en el proyecto de tesis previa la obtención del título de abogado y licenciado en jurisprudencia es la siguiente: **“Con el aspecto de evitar los contratos complementarios, reajustes de precios y ampliaciones de plazos, en todos los contratos que superen el valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0.1% del Presupuesto General del Estado, debe obligatoriamente contratarse mediante la modalidad de contratación integral de precio fijo”**.

Una vez realizada la correspondiente investigación para el desarrollo de la presente tesis y culminada he llegado a contrastar y verificar con total satisfacción la presente hipótesis, ya que en un comienzo se planteó que en la legislación ecuatoriana específicamente en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación pública no existen medios suficientes para garantizar satisfactoriamente los intereses del Estado y el beneficio de la sociedad en general puesto que el cuerpo legal mencionado no determina de manera efectiva el modo de precautelar los intereses del Estado mediante la obligatoriedad de realizar los contratos de obra que superen el valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0.1% del Presupuesto General del Estado; y luego de realizar una completa investigación, apoyándome para ello en los conceptos de varios autores e indagando varios factores específicamente de personas entendidas en la materia he comprobado y contrastado la presente hipótesis en la pregunta número cinco y seis de la encuesta y pregunta número cinco de las entrevistas realizadas, en las cuales los profesionales conocedores de la materia supieron manifestar que es de suma importancia que los contratos por obras públicas se realicen mediante la modalidad de contratación integral por precio fijo, llegando a la conclusión de que el la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública no garantiza plenamente los intereses del Estado debido a que en el caso de la contratación de obras públicas los contratistas con el fin de obtener de parte del Estado una mayor cantidad económica presentan de forma dolosa y engañosa la necesidad de realizar reajuste de precios o contratos complementarios ocasionando al estado

insatisfactoriedad al momento de realizar contratos con determinados proveedores y así mismo ocasionando tardanza en la entrega recepción del bien objeto de la contratación como inclusive obras en mal estado y sin garantía de duración a largo plazo.

7.3. Sustento Doctrinario y Jurídico para proponer los fundamentos de la Reforma Legal encaminada a implementar la obligatoriedad de realizar los contratos de obras públicas mediante la modalidad de contratación integral por precio fijo.

Durante el proceso investigativo para el desarrollo de mi tesis inherente a la contratación integral por precio fijo en el caso de contratos de ejecución de obras en la legislación administrativa de la República del Ecuador, me he cerciorado de algunas falencias en cuanto al marco legal que regula este ámbito, dentro del campo administrativo en el ordenamiento jurídico.

A continuación me permitiré citar las normas constitucionales y administrativas, que por no guardar correspondencia con las fuentes del Derecho deberían reformarse con la finalidad de cumplir su pertinencia social y garantizar plenamente los derechos reconocidos por el Estado en cuanto a las contrataciones públicas de ejecución de obras.

En primer lugar consideró pertinente citar la norma constitucional, debido a su jerarquía legal reconocida en el ordenamiento jurídico de la República del Ecuador debido a que esta Ley máxima dispone y garantiza el pleno cumplimiento de los contratos públicos.

En la Constitución de la República del Ecuador se reconoce el acceso a los bienes en un buen estado se encuentra reconocido en el numeral 25 del artículo 66 determinando lo siguiente: *“El derecho a acceder a bienes y servicios públicos y privados de calidad, con eficiencia, eficacia y buen trato, así como a recibir información adecuada y veraz sobre su contenido y características”*.¹²⁵

Se puede observar que esta norma constitucional garantiza y reconoce los derechos de las personas de acceder a bienes y servicios ya sean estos públicos o privados con las características necesarias para que cumplan efectivamente su función; es decir, estos deben encontrarse en buena calidad y con buena eficiencia y eficacia de tal modo que se garantiza el estado en que se encuentren los bienes para el buen funcionamiento a largo plazo.

En segundo lugar, es importante citar las normas contempladas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, la cual merece

¹²⁵ ECUADOR, Constitución De La República, Registro Oficial N°449 del 20 de Octubre del 2008, Art. 66 Núm. 25, Pág. 193.

especial atención por el hecho de generar divergencias jurídicas y múltiples criterios disconformes de reconocidos juristas.

Por ejemplo El Art. 53, hace referencia a la contratación integral por precio fijo y dispone al respecto lo siguiente: *“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”.*¹²⁶

En este artículo radica el problema central que se identificó al emprender la indagación con respecto a los contratos integrales por precio fijo y la ejecución de obras públicas. Cabe mencionar que el Estado ecuatoriano se encuentra en auge de desarrollo, crecimiento y globalización económica y social, en tal virtud considero sumamente importante que todas las leyes ecuatorianas protejan, garanticen y custodien el cumplimiento y bienestar de cada uno de los derechos de los ciudadanos; sin embargo se puede observar que en el presente artículo existe una insuficiencia de norma para garantizar el pleno cumplimiento de los contratos de ejecución de obras públicas puesto que determina que únicamente se aplica la modalidad de contratación integral por precio fijo cuando se considere que resulte más ventajosa esta modalidad de contrato en lugar de los contratos por precios unitarios; y también en caso de

¹²⁶ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Registro Oficial Suplemento 395 del 4 de agosto del 2008, Quito- Ecuador, Art. 53, Pág. 23.

que el presupuesto referencial de dicha contratación sobrepase el valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,1% por el monto del Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico; de tal modo que el resto de contratos que sean menores a esta cantidad deben seguir un procedimiento normal de ejecución de obras de acuerdo al capítulo I de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública lo cual constituye para el Estado una gran preocupación e inconvenientes por cuanto al momento de realizar esta clase de contratos el contratista trata de justificar la necesidad de realizar ya sea reajustes de precios o contratos complementarios.

Otro punto que se debe tomar en consideración es la parte doctrinaria, desde el punto de vista de Antonio José Pérez, manifiesta lo siguiente acerca de los contratos de obras públicas y la contratación integral por precio fijo: *“Entrando en materia de legislación nacional vigente, este procedimiento especial procede únicamente para celebrar contratos de obra cuando se cumplan todos los requisitos establecidos en el Artículo 53 de la LOSNCP. Básicamente estos requisitos tiene relación con la conveniencia de contratar una importante obra de infraestructura, cuyo presupuesto referencial sea mayor al coeficiente 0,1% por el monto del presupuesto inicial del Estado sin la aplicación de precios unitarios, consolidando en un solo contratista todos los servicios necesarios para realizarla, desde su construcción, provisión de equipos, mantenimiento de estos hasta su operación, y es esta última posibilidad la que seguramente representará el beneficio o conveniencia de aplicar este tipo de contratación, a*

diferencia del contrato de ejecución de obras ordinario que si bien puede incluir la provisión de ciertos equipos, jamás podría implicar la operación en sí de la obra.

Sin embargo, estas prohibiciones pueden llegar a dificultar y obstaculizar gravemente la terminación de las obras que se emprendan bajo esta figura de contratación, considerando que la practica en la construcción ecuatoriana nos ha dejado de lección que los precios tienen variaciones importantes durante la ejecución de grandes obras que seguramente se ejecutarán en más de un ejercicio fiscal, ante lo cual las figuras del reajuste de precios y contratos complementarios como solución para conseguir el equilibrio económico del contrato ha sido de vital importancia”.¹²⁷

De acuerdo a esta doctrina se puede deducir que la contratación integral por precio fijo constituye una modalidad de contrato mediante la cual en la actualidad en nuestro país se utiliza únicamente cuando se cumplen los requisitos establecidos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública para la realización de contratos de ejecución de obras públicas; es decir, que única y exclusivamente se realizará cuando el Estado considere pertinente de modo que los demás contratos de obras deben realizarse mediante el procedimiento normal de ejecución de obras de modo que se afecta al interés económico del Estado por cuanto los oferentes que han

¹²⁷ PEREZ Antonio José, “Manual de Contratación Pública”, editorial corporación de estudios y publicaciones, primera edición, Quito – Ecuador, 2011, pág. 232 – 233.

sido seleccionados para el contrato una vez realizado el contrato para la ejecución de la obra justifican de manera dolosa la necesidad de reajustes de precios o contratos complementarios para adquirir una mayor prestación económica a la pactada en el contrato inicial; con estas consideraciones y luego de los análisis de los doctrinarios consultados y los profesionales encuestados y entrevistados, he llegado a convalidar el propósito de este proyecto de tesis y fundamentar jurídicamente la propuesta legal de reforma a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública afin de mejorar el marco legal que regula los contratos públicos de ejecución de obras y la obligatoriedad de realizarlos mediante la contratación integral por precio fijo, de esta manera se logrará dar al Estado y a los Organismos Administrativos una seguridad económica de tal modo que se prohíbe la realización de contratos complementarios o fórmulas de reajuste de precio garantizándose la ejecución de la obra y la entrega total de la misma por un precio único e invariable y de igual manera en el tiempo pactado, de tal modo que el contratista se obliga a la realización de la obra en su totalidad.

8. CONCLUSIONES

Una vez realizado el estudio crítico- doctrinario y jurídico y luego de la investigación de campo pertinente, he llegado a las siguientes conclusiones:

- ❖ La contratación pública es aquella contratación que realiza el Estado con entidades privadas o personas naturales para el efecto de realizar actos u obras con fines públicos, entre estos actos tenemos la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras públicas o prestación de servicios como el de consultoría.
- ❖ En la actualidad, se puede observar que la contratación de ejecución de obra en nuestro país se encuentra viciada debido a que los contratistas muchas de las veces actúan dolosamente para engañar al Estado presentando circunstancias de necesidad debido a la ejecución de la obra solicitando de esta manera contratos complementarios o reajustes de precios a fin de satisfacer las circunstancias presentadas dolosamente, ocasionando problemas al presupuesto del Estado en vista de que deberá utilizarse fondos económicos que tranquilamente pueden utilizarse en otros ámbitos de suma importancia.
- ❖ Que, la falta de norma jurídica para regular la obligatoriedad de realizar los contratos de ejecución de obra mediante la modalidad de

contratación integral por precio fijo tiene como resultado la insatisfacción del cumplimiento de la obligación y que ha ocasionado daños en los intereses del Estado, detrimentos, molestia o perturbación, por la comisión de un comportamiento infractor de la prestación por parte del contratista, mediando para ello dolo, o negligencia.

- ❖ Que, al determinar la obligatoriedad de realizar los contratos de ejecución de obra mediante la modalidad de contratación integral por precio fijo se beneficiaría al Estado en gran manera como por ejemplo el hecho de que el contrato y ejecución de la obra se realice con un único precio sin opción al reajuste, que la entrega de la obra se haga en el plazo pactado, que el bien se encuentre en perfecto estado y apto para su utilización y más que todo que se garantice el óptimo funcionamiento de la obra a largo plazo.

- ❖ Que de acuerdo a las encuestas y entrevistas realizadas la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública se encuentra caduca en razón de las exigencias de la Constitución de la República del Ecuador en cuanto a la ejecución de obras mediante la contratación integral por precio fijo.

9. RECOMENDACIONES

a) Función Ejecutiva

Recomiendo a la función ejecutiva, proponer reformas que se encuentren orientadas a mejorar el marco jurídico que regula la contratación de ejecución de obras implementando la obligatoriedad de que estas se realicen mediante la modalidad de contratación integral por precio fijo.

b) Función Legislativa

Recomiendo a la función legislativa perfeccionar las normas que regulan la contratación pública con especial énfasis a la obligatoriedad de realizar los contratos de ejecución de obra que superen el 0.1 % del presupuesto referencial del Estado mediante la modalidad de contratación integral por precio fijo.

c) Función Judicial

Recomiendo a la función judicial en especial a los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo velar por el fiel cumplimiento de los intereses del Estado aplicando una administración de justicia equitativa tanto para las Entidades públicas como para los contratistas.

d) Universidad

Recomiendo a la Carrera de Derecho del Área Jurídica Social y Administrativa de la Universidad Nacional de Loja propiciar un estudio a fondo respecto de la contratación pública y los contratos de ejecución de obras públicas, así como también la modalidad de contratación integral por precio fijo.

e) Estudiantes

Recomiendo a los estudiantes de la Carrera de Derecho investigar y crear propuestas de reforma encaminadas a mejorar las normas que regulan la contratación pública, haciendo énfasis en la ejecución de obras mediante la modalidad de contratación integral por precio fijo.

9.1. PROPUESTA DE REFORMA JURÍDICA

HONORABLE ASAMBLEA NACIONAL

DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

El Plenario de la Comisión Legislativa.

CONSIDERANDO:

- Que, es necesario regular de mejor forma la normatividad jurídica del Estado Ecuatoriano con el objeto de garantizar el cumplimiento de los derechos de sus habitantes de acceder a bienes y servicios públicos en una buena calidad.
- Que, nuestro país se encuentra inmerso en un proceso de constante desarrollo económico y que se requiere de normas legales, claras y eficaces para el pleno desarrollo social y económico globalizado.
- Que, la Constitución de la República, en su Art. 288 establece que “Las compras públicas cumplirán con criterios de eficiencia, transparencia, calidad, responsabilidad ambiental y social. Se priorizarán los productos y servicios nacionales, en particular los provenientes de la economía

popular y solidaria, y de las micro, pequeñas y medianas unidades productivas;

- Que, es atribución y deber de la Asamblea Nacional, expedir, codificar, reformar, derogar e interpretar las leyes con carácter obligatorio;

- Que, es necesario introducir reformas a la actual Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública para profundizar la transparencia en los procesos de contratación, incluir a los actores de la economía popular y solidaria y generar beneficios al conjunto de la sociedad; y,

En ejercicio de sus atribuciones que le confiere el artículo 120 numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador expide la siguiente:

LEY REFORMATORIA A LA LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.

Artículo Uno.- Sustitúyase el artículo 64 por el siguiente:

“Cuando la administración pública proyecte una obra que, por su naturaleza o interés público, se tenga que realizar diferentes prestaciones que incluyan de forma general diseño, construcción, suministros, se podrán elevar

convocatorias de contrato integral por precio fijo como única vía para contratar en un solo procedimiento y un solo texto jurídico dichas obligaciones.

En el contrato integral por precio fijo, deberá fijarse el precio global para la totalidad de los trabajos previstos en los planos y presupuestos la obligación principal que asume el Estado en el contrato integral por precio fijo es el pago del precio de la obra, previamente negociado con los proponentes y regulado en el pliego

También se establecerá que el contratista nunca podrá sufrir reducción del precio o exigir aumento de este de tal modo que 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. Además, en el contrato deberá quedar claramente establecido que no queda ninguna posibilidad de plantear imprevisión contractual”.

Artículo Único.- Deróguese todas las disposiciones legales que se opongan a la presente norma legal.

Disposición Transitoria.- A partir de la vigencia de esta Ley, y de su publicación en el Registro Oficial en el término de 120 días, la Asamblea Nacional, codificará y actualizará todas las resoluciones emitidas a fin de que se encuentren en concordancia con lo establecido en esta Ley.

Disposición Final.- La presente ley entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.

Dado y suscrito en la sede de la Asamblea Nacional, ubicada en el Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha, a los 28 días del mes de enero del dos mil quince.

**PRESIDENTE DE LA ASAMBLEA
NACIONAL**

**SECRETARIO DE LA ASAMBLEA
NACIONAL**

10. BIBLIOGRAFÍA

- CABANELLAS de Torres Guillermo; "Diccionario Jurídico Elemental", Editorial Heliasta, Colombia, 2005.
- Constitución de la República del Ecuador, Publicación Oficial de la Asamblea Constituyente, Quito- Ecuador, 2008.
- DE LA VALLINA Velarde, J.L.: Requisitos de los sujetos de los contratos, procedimientos, prescripciones técnicas, garantías, adjudicación. En la obra colectiva "Contratación Pública II", Marcial Pons, Madrid, 1996.
- DORREGO de Carlos, A.; Molina Vaquero, A.: Contratos públicos. Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Cisspraxis, Madrid, 2000.
- ESTATUTO DEL RÉGIMEN JURÍDICO Y ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN EJECUTIVA, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito –Ecuador, 2012.
- FERNÁNDEZ Astudillo, J.M.: Contratación administrativa. Bosch, Barcelona, 2000.
- GRANJA Galindo, Nicolás, Fundamentos de derecho administrativo. Editada por la Universidad Nacional, Quito 1992

- LARREA HOLGUIN Juan, “Enciclopedia Jurídica Ecuatoriana Derecho Civil”, Tomo VI, Editorial Fundación Latinoamericana Andrés Bello, Quito- Ecuador, 2005.
- LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, Corporación de Estudios y Publicaciones 2014.
- LÓPEZ AREVALO William, “Tratado de Contratación Público”, Tomo I, Edición Segunda, Editorial Jurídica del Ecuador, Quito- Ecuador, 2012.
- LÓPEZ SUARES Daniel, “Manual de Contracción Pública”, Edición primera, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2011.
- MORENO Molina, J.A.: Nuevo régimen de contratación administrativa. La Ley, Madrid, 2000.
- PÉREZ Antonio José, “Manual de Contracción Pública”, Edición primera, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2011.
- Reglamento a la ley Organica Sistema Nacional Contratacion Pública, Coorporación de Estudios y Publicaciones, Quito- Ecuador, 2009.
- VELÁZQUEZ Curbelo, F “Manual práctico de contratación administrativa” Editorial Marcial Pons, 1997.

- VICENTE López, C.: La contratación administrativa: condiciones generales y eficacia. Comares, 1996.
- PANAMÁ: Ley que Regula la Contratación Pública y Dicta otra disposición, Ley Nro. 22 del 27 de Junio del 2006.
- HONDURAS: Ley de Contratación del Estado, Decreto Nro. 74 – 2001 del 1 de junio del 2001.
- MÉXICO: Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, Decreto Nro. 266 del 4 de enero del 2000.

11. ANEXOS

11.1. Anexo 1. Proyecto de investigación



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
ÁREA JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA
CARRERA DE DERECHO

TEMA:

"NECESIDAD DE REFORMAR LA LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA RESPECTO A LA OBLIGATORIEDAD DE REALIZAR LOS CONTRATOS DE OBRA MEDIANTE LA MODALIDAD DE CONTRATACIÓN INTEGRAL POR PRECIO FIJO"

*Proyecto de Tesis Previa a la
obtención del título de Abogado*

POSTULANTE:

Sr. Hernán Francisco Delgado M.

Loja – Ecuador

2014

1. TÍTULO:

“NECESIDAD DE REFORMAR LA LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA RESPECTO A LA OBLIGATORIEDAD DE REALIZAR LOS CONTRATOS DE OBRA MEDIANTE LA MODALIDAD DE CONTRATACIÓN INTEGRAL POR PRECIO FIJO”

2. PROBLEMÁTICA:

El Estado Ecuatoriano busca prevenir y garantizar el derecho de las personas de acceder a bienes y servicios públicos de calidad y el pleno desarrollo tanto económico como infraestructural del país; de esta manera es necesario vislumbrar que la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en su Título III, Capítulo V, Sección I, Artículo 53 establece el procedimiento especial de contratación integral por precio fijo la cual consiste en que el contratista oferta el diseño de la ingeniería del proyecto, obtiene los componentes y construye la obra por un precio único e invariable. En éste género de contratos también pueden existir opciones de operación de la obra por un cierto tiempo; es decir, se trata de una modalidad mediante la cual se encarga al contratista la totalidad de la obra por un precio fijo, y que a su vez debe entregarla en funcionamiento, conforme los requerimientos acordados.

Por lo expuesto y tomando en cuenta que algunas obras realizadas han dado como resultado la insatisfacción del cumplimiento de la obligación y que ha ocasionado daños en los intereses del Estado, detrimentos, molestia o perturbación, por la comisión de un comportamiento infractor de la prestación por parte del contratista, mediando para ello dolo, o negligencia; por estas circunstancias considero necesaria una reforma a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública implementando la obligatoriedad de realizar los contratos de obra mediante la modalidad de contratación integral por precio fijo, para evitar la celebración de contratos complementarios, la inclusión de

fórmulas de reajustes de precios o cualquier otro mecanismo de variación de precios y de igual manera el plazo de ejecución de la obra el cual no será sujeto a modificaciones; de esta manera se podrá mantener el precio desde el inicio de la obra, durante la misma y hasta la suscripción del acta entrega recepción definitiva, esto con el fin de que la responsabilidad del contratista sea global frente al Estado dando resultados positivos para el mismo, como son la entrega de la obra como un proyecto completo y listo para su utilización, lo que compromete al contratista a asumir la responsabilidad del diseño del proyecto, la adquisición e instalación de sus componentes, ejecución y el compromiso de su adecuado funcionamiento para el cumplimiento de sus finalidades.

3. JUSTIFICACIÓN

La justificación jurídica de la problemática se inscribe, académicamente dentro de la materia Administrativa, específicamente en lo relacionado a los contratos de obra mediante la modalidad de contratación integral por precio fijo y tomando en cuenta que algunas obras realizadas han dado como resultado la insatisfacción del cumplimiento de la obligación y que ha ocasionado daños en los intereses del Estado; por lo tanto, se justifica académicamente en cuanto cumple la exigencia del Reglamento del Régimen Académico de la Universidad Nacional de Loja que regula la pertinencia del estudio Investigativo jurídico con aspectos inherentes a las materias de Derecho Positivo, para optar por el grado de Abogado y Licenciado en Jurisprudencia.

En el presente proyecto de investigación se encuentra enmarcada una problemática de suma relevancia socio - jurídica, así como de importancia científica y académica, de ello se deriva su factibilidad, puesto que me propongo estudiar las leyes y derechos constitucionales y administrativos que sean los adecuados para precautelar la seguridad y el normal desarrollo de los contratos de obra mediante la modalidad de contrato integral por precio fijo y así prestar mayor atención en el cumplimiento de las obras realizadas por los contratistas en beneficio del Estado.

El presente tema del proyecto considero que se justifica en razón que la Constitución de la República del Ecuador en el artículo 66 Numeral 25 determina los derechos de libertad el cual específicamente expresa el derecho de las personas de acceder a bienes y servicios públicos y privados de calidad, con eficiencia, eficacia y buen trato y así asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos y acceso garantizado a los bienes públicos.

En el transcurso de esta investigación se tiene por objeto conocer las normas encargadas de regular la contratación integral por precio fijo y los efectos y beneficios de esta modalidad de contrato para el Estado y la sociedad y de esta forma hacer conocer la existencia de esta a la colectividad para que se pueda hacer uso de ellas cuando les sean necesarias y de esta manera poder erradicar este problema y buscar soluciones, regulando de mejor forma los contratos de obra mediante la modalidad de contrato integral por precio fijo.

La problemática planteada es un tema que afecta directamente al Estado y la sociedad y por ende causa un problema que se lo puede enmarcar en la materia administrativa, y ser tratado de manera jurídico-social, puesto que al vulnerar el derecho de acceso a bienes públicos, se afecta tanto a la colectividad como al Estado.

Tomando en cuenta que el problema que encierra esta investigación se enmarca en lo socio-jurídico, se debe recalcar que el objetivo principal de la misma es el de regular de mejor manera los contratos por obra evitando el reajuste de precios y la entrega tardía de las obras.

El problema es actual debido a que el Estado Ecuatoriano ofrece y garantiza a la colectividad el acceso libre a los bienes públicos; sin embargo ciertas obras realizadas mediante otros contratos ocasionan en primer lugar la insatisfacción del Estado puesto que existe el reajuste de precios de acuerdo a lo realizado

en la obra y por otro lado la insatisfacción por cuanto las obras se entregan fuera de tiempo o incompletas.

Para el desarrollo de la temática planteada me apoyaré en los conocimientos que he adquirido a lo largo de mi formación como estudiante, considerando que estoy en la capacidad de presentar una alternativa de solución a esta problemática, de igual forma aspiro se constituya en un aporte significativo, tanto para los estudiantes y profesionales del Derecho, así como para la sociedad en general.

Por lo expuesto considero que se justifica plenamente la realización de la presente investigación socio-jurídica.

4. OBJETIVOS

4.1.- Objetivo General.

- Realizar un estudio teórico, jurídico y crítico respecto a la obligatoriedad de los contratos de obra por parte de entidades públicas, mediante la modalidad de contratación integral por precio fijo.

4.2.- Objetivos específicos.

- Determinar, las causas y consecuencias derivadas de contratos complementarios y reajustes de precios por falta de contratación en la modalidad integral por precio fijo.
- Determinar, los beneficios que ocasiona al Estado y a la ciudadanía en general el realizar los contratos por obra mediante la modalidad de contratación integral por precio fijo.
- Proponer, una Reforma Jurídica a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública respecto a la obligatoriedad de realizar los

Contratos de Obra mediante la modalidad de contratación integral por precio fijo.

5.- HIPÓTESIS

Con el aspecto de evitar los contratos complementarios, reajustes de precios y ampliaciones de plazos, en todos los contratos que superen el valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0.1% del Presupuesto General del Estado, debe obligatoriamente contratarse mediante la modalidad de contratación integral de precio fijo.

6. MARCO TEÓRICO

6.1 DERECHO ADMINISTRATIVO

Para Meucci: “el derecho administrativo es el conjunto de normas reguladoras de las instituciones sociales y de los actos del poder ejecutivo para la realización de los fines de pública utilidad”¹²⁸.

El derecho administrativo constituye todas aquellas normas que regulan los actos de las Instituciones Públicas que tengan como fin la realización de hechos o sucesos de utilidad pública.

“Derecho administrativo es aquella rama del Derecho público que regula la actividad del Estado, pero aquella que se realiza en función administrativa, en especial, aquellas relativas al poder ejecutivo.

Tradicionalmente, se ha entendido que Administración es una subfunción del Gobierno encargada del buen funcionamiento de los servicios públicos

¹²⁸ CABANELLAS, Guillermo. “Diccionario jurídico elemental”, Tomo II, editorial Heliasta, pág. 120

encargados de mantener el orden público y la seguridad jurídica y de entregar a la población diversas labores de diversa índole (económicas, educativas, de bienestar, etc.)”¹²⁹.

Concluyendo el derecho administrativo es aquella rama del derecho público que tiene como fin buscar el bienestar y defender el interés colectivo, esto siempre y cuando se lleve a cabo interpretando el ordenamiento jurídico de acuerdo al tenor literal de la Ley; este derecho se encarga de la organización del Estado y de las Instituciones públicas que lo integran, a su vez se encarga también de establecer procedimientos para optimizar los recursos del Estado; en definitiva este derecho regula las relaciones entre el Estado y sus Instituciones Públicas; es decir, la relación con los particulares y las distintas entidades públicas entre sí.

6.2 CONTRATO ADMINISTRATIVO

“Es todo acto o declaración multilateral o de voluntad común, productor de efectos jurídicos, entre dos o más personas, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa. Su regulación se regirá por las normas jurídicas aplicables”¹³⁰.

Los contratos administrativos son todos aquellos actos multilaterales, lo cual produce ciertos efectos jurídicos entre dos o más personas de las cuales una debe encontrarse en plena facultad y función administrativa resultando un vínculo jurídico entre estas, este tipo de contrato se realiza mediante un concurso de voluntades sin que exista ningún vicio del consentimiento para realizar el contrato.

¹²⁹http://es.wikipedia.org/wiki/Derecho_Administrativo

¹³⁰ ESTATUTO DEL RÉGIMEN JURÍDICO Y ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN EJECUTIVA, Corporación de Estudios y Publicaciones, art. 75, pág. 22

“En todo contrato administrativo existen ciertos rasgos distintivos esenciales, sin los cuales éste no se configura como negocio contractual o, al menos, como contrato administrativo; entre ellos, podemos destacar los relativos a su juridicidad, su bilateralidad y contractualidad, la desigualdad de sus partes, su formalidad, su régimen jurídico exorbitante del derecho privado, y, sobre todo, su finalidad”¹³¹.

Analizando cada uno de estos rasgos en primer lugar tenemos la juridicidad la cual implica la creación, modificación, o extinción de derechos y obligaciones dando de esta forma como resultado que el contrato administrativo constituye un acto jurídico y, en consecuencia es voluntario; de esta forma es un acto jurídico, y desde un sentido amplio del acto administrativo, se lo considera como un acto realizado por la administración pública en ejercicio de función administrativa para producir efectos jurídicos; en cuanto a la bilateralidad se puede decir que en la mayoría de los contratos administrativos dado que ambas partes acuerdan, en virtud del contrato, obligaciones mutuas y recíprocas, da como resultado que los contratantes tienen el mutuo y recíproco carácter de deudores y acreedores entre sí, al haberse obligado los unos recíprocamente respecto de los otros; en lo relacionado a la desigualdad de las partes estamos hablando de una parte que es la administración pública la cual se rige bajo normas jurídicas específicas y donde existe la superioridad que posee como entidad pública mientras que la otra parte se trata de una persona natural la cual se encuentra sometida a la entidad que posee la administración pública.

6.3 CONTRATACIÓN PÚBLICA

“Se refiere a todo procedimiento concerniente a la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras públicas o prestación de servicios incluidos los

¹³¹MORENO Molina, J.A.: Nuevo régimen de contratación administrativa. La Ley, Madrid, 2000. Pág. 34

de consultoría. Se entenderá que cuando el contrato implique la fabricación, manufactura o producción de bienes muebles, el procedimiento será de adquisición de bienes. Se incluyen también dentro de la contratación de bienes a los de arrendamiento mercantil con opción de compra”¹³².

La contratación pública es aquella contratación que realiza el Estado con entidades privadas o personas naturales para el efecto de realizar actos u obras con fines públicos, entre estos actos tenemos la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras públicas o prestación de servicios como el de consultoría.

“El regido por normas de orden público. | El que corresponde al ámbito del Derecho Público. | Sinónimo de contrato solemne. | Aquel que consta por escritura pública. | El que, lejos de mantenerse en secreto, ha sido manifestado por las partes, aun sin recurrir a los órganos oficiales de publicidad”¹³³.

La contratación pública es aquel acto público, el cual constituye un contrato solemne donde se inmiscuye todas las formalidades necesarias para la contratación. En definitiva la contratación pública es en relación del Estado con otra parte particular para realizar obras y servicios a favor del Estado.

6.4 PRINCIPIOS RECTORES DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

Los principios rectores del contrato administrativo los podemos encontrar en el Artículo 4 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de contratación Pública:

¹³² LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, Corporación de Estudios y Publicaciones, art. 6.- núm. 5, pág. 5

¹³³ CABANELLAS de Torres Guillermo; “Diccionario Jurídico Elemental”, Editorial Heliasta, Colombia, 2005, pág. 95.

✓ El principio de legalidad

Conforme a este principio, fundamental en el Estado de derecho, los órganos o autoridades del Estado, y por ende de la administración pública, solo pueden hacer lo que la ley expresamente les permite, en la forma y términos en que la misma determina, por lo que su actuación habrá de fundarse y motivarse en el derecho vigente; en consecuencia, el contrato administrativo queda sujeto a un régimen jurídico determinado porque, “La administración es una función esencialmente ejecutiva; ella tiene en la ley el fundamento y el límite de su acción”¹³⁴

Este principio se basa fundamentalmente en la Ley; es decir, que todos los contratos que se celebren mediante contratación administrativa o pública debe ser conforme a la Ley y lo que la permita, de esta manera entonces debe fundamentarse toda contratación pública de acuerdo a la Ley vigente.

✓ Principio de trato justo

El trato justo trata acerca de que todo postor tiene acceso y participación para contratar con las Entidades Públicas en las mismas condiciones quedando totalmente prohibido la existencia de privilegios; se orientan a establecer un equilibrio en la relación precontractual y contractual entre la entidad contratante y el proveedor, evitando que se perjudiquen los intereses del Estado, pero también impidiendo que el funcionario público actúe discrecionalmente.

¹³⁴VELÁZQUEZ Curbelo, F “Manual práctico de contratación administrativa” Editorial Marcial Pons, 1997, Página 23

✓ Principio de Igualdad

El principio de igualdad se basa en la igualdad de condiciones de participación de los oferentes, y se aplica las mismas condiciones y normas para todos evitando cualquier conducta o actitud de carácter discriminatorio.

✓ Principio de Calidad

Debe medirse en función de la capacidad para satisfacer oportuna y adecuadamente las necesidades y expectativas de los ciudadanos. La calidad en la gestión pública puede y debe ser constantemente mejorada.

✓ Principio de vigencia tecnológica

El principio de vigencia tecnológica se basa en que los bienes, servicios u obras deben reunir condiciones de calidad y modernidad tecnológica para cumplir fines requeridos, desde el mismo momento en que son contratados, y por un determinado y previsible tiempo de duración, con posibilidad de adecuarse, integrarse y repotenciarse si fuera el caso, con los avances científicos y tecnológicos.

✓ Principio de Oportunidad

Los procedimientos de contratación pública deben ejercerse de manera oportuna y eficaz atendiendo a las necesidades tanto de las Entidades contratantes y que esta a su vez tome relación con el tiempo en el cual se ha pactado la entrega recepción de la obra contratada.

✓ Principio de Concurrencia

El principio de concurrencia pretende fomentar la participación en términos positivos; a su vez este principio se basa en que se responda a un ejercicio de participación competitiva, con reglas claras, objetivas y predeterminadas.

✓ Principio de Transparencia

Este principio consiste en que toda contratación deberá realizarse sobre criterios y calificaciones objetivas, sustentadas y accesibles a los postores, basado esto en los principios de ética y moral.

✓ Principio de Publicidad

Este principio supone el hecho de que los procesos de contratación pública y sus etapas deben ser de conocimiento de todos los interesados, permitiendo que la información sea un medio de propiedad pública y gratuita; es decir, que cualquier persona puede acceder a estos servicios y contratación pública.

✓ Principio de Participación Nacional

El presente principio se basa en la intervención y suscripción de micro y medianos productores nacionales intensificando así la producción nacional y local.

6.5 ETAPA PRECONTRACTUAL, CONTRACTUAL, Y POST CONTRACTUAL

La etapa precontractual “Es el conjunto de pasos regidos por la Ley y por el Reglamento General de la misma, que se deben seguir antes de celebrar un

contrato administrativo para lograr la elección correcta de las propuestas presentadas por los candidatos a ser contratistas”¹³⁵.

La etapa precontractual son todos aquellos actos que se realiza con anterioridad a la realización del contrato, va desde el momento en el cual la entidad estatal exterioriza su voluntad de celebrar un contrato para el desarrollo del objetivo o fin propuesto, y hasta cuando resuelve mediante actos jurídicos comprometerse con uno o más particulares (adjudicaciones) para el efecto de suscribir posteriormente contratos con aquellos, esta fase comprende la publicación de la convocatoria, el procedimiento de aclaraciones, observaciones y respuestas, contenidos y análisis de las ofertas, informes de evaluación hasta la adjudicación y notificación de los resultados de dicho procedimiento, consiste en el período preliminar al contrato, más allá de las meras negociaciones previas, supone una comunicación recíproca entre los futuros contratantes, exteriorizada por manifestaciones volitivas de las partes que anticipan un contrato futuro.

La etapa contractual es aquel “Desarrollo del objeto contractual, por parte del Contratista, y de la Contraprestación por parte del Contratante; en las condiciones forma y plazos pactados”¹³⁶.

La etapa contractual es entonces el lapso en el cual surgen las obligaciones a cargo de las partes; ocurre una vez que existe un acuerdo de voluntades que se eleva a escrito y se efectúa el correspondiente Registro Presupuestal. Las partes contratantes dan a conocer explícitamente su acuerdo en relación con los términos del contrato y lo suscriben; la concurrencia de la voluntariedad tanto del contratante como

¹³⁵ <http://facultaddederecho.es.tl/Etapas-del-Proceso-Contractual.htm>.

¹³⁶ http://www.google.com.ec/#sclient=psyab&hl=es&source=hp&q=que+es+etapa+precontractual&pbx=1&oq=que+es+etapa&aq=1&aqi=g4&aql=&gs_sm=c&gs_upl=303311861510120896144122110121315186419640127.5.3.5.213310&av=on.2,or.r_gc.r_pw.,cf.osb&fp=48e873b44e0d4ad2&biw=1360&bih=602

del contratista da origen a los derechos y deberes que se plasman en el texto contractual y les corresponden recíprocamente a partir de la relación contractual; dentro de esta etapa se espera que el objeto del contrato y las demás obligaciones de las partes se desarrollen a cabalidad; culmina con expiración del término de vigencia pactado, y dentro del cual se verifica la ejecución del objeto contratado y el cumplimiento de las obligaciones pactadas.

La etapa postcontractual son aquellas “Actuaciones posteriores al vencimiento del término establecido en el contrato, o en el acto que lo da por terminado de manera anticipada. Generalmente versan sobre temas accesorios de la contratación misma”¹³⁷.

De esta forma la etapa post contractual corresponde al período en el cual se evalúan finalmente los resultados financieros de la ejecución del contrato, y se resuelven los desacuerdos que existieren respecto de tales resultados.

La entidad estatal efectúa junto con el contratista un balance técnico y financiero del desarrollo del contrato, el cual se conoce como liquidación bilateral del contrato; si no existe acuerdo entre las partes respecto del antes citado balance, o el contratista no se presenta a la liquidación, la entidad estatal debe aprobar tal evento mediante un acto administrativo, y culmina con el pago, retribución y devoluciones a que haya lugar de acuerdo con los saldos resultantes a favor y en contra de cada una de las partes.

¹³⁷http://www.google.com.ec/#sclient=psyab&hl=es&source=hp&q=que+es+etapa+precontractual&pbx=1&oq=que+es+etapa&aq=1&aqi=g4&aql=&gs_sm=c&gs_upl=303311861510120896144122110121315186419640127.5.3.5.213310&av=on.2,or.r_gc.r_pw.,cf.osb&fp=48e873b44e0d4ad2&biw=1360&bih=602

6.6 LICITACIÓN

La licitación “Es el procedimiento administrativo por el cual la administración, invita a los interesados a que, sujetos a las bases fijadas en el pliego de condiciones, formulen propuestas de las cuales se seleccionara y aceptara (adjudicación) la más ventajosa, o conveniente”¹³⁸.

La licitación pública básicamente consiste en un procedimiento administrativo que radica en una invitación a contratar de acuerdo a bases previamente determinadas con la finalidad de obtener la oferta más beneficiosa para la Administración, en consecuencia la Licitación es un Procedimiento de concurso mediante el cual participan oferentes debidamente precalificados, registrados en el organismo adquirente luego de haber sido invitados públicamente, y un modo de celebración de contratos de la administración que atribuyen automáticamente el suministro a aquella persona natural o jurídica que ofrece el precio más bajo, con seguridad de calidad del trabajo, tras una previa concurrencia de candidatos.

6.7. COTIZACIÓN

La cotización es el “Precio que en mercados públicos se fija para la venta o compra de mercancías; Determinación del curso del cambio y del precio corriente de las mercaderías, fletes, seguros, fondos públicos nacionales y cualesquiera otros papeles de crédito, como resultado de las operaciones y transacciones reales y legítimas verificadas habitualmente en las bolsas o mercados”¹³⁹.

¹³⁸GRANJA Galindo, Nicolás, Fundamentos de derecho administrativo. Editada por la Universidad Nacional, Quito 1992

¹³⁹ DICCIONARIO JURÍDICO MANUEL OSORIO; Documento digital, Pág. 238.

La cotización es en sí aquel importe, costo o valía en este caso de los fondos públicos que queda como derivación de las transacciones legítimas que realiza el Estado, en este caso la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública en su artículo 50 determina que este procedimiento, se utilizará en tres casos que son:

- 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 oscile entre 0,000002 y 0,000015 del presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico;**

- 2. La contratación para la ejecución de obras, cuyo presupuesto referencial oscile entre 0,000007 y 0,000003 del presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico; y,**

- 3. La contratación para la adquisición de bienes y servicios no normalizados, exceptuando los de consultoría, cuyo presupuesto referencial oscile entre 0,000002 y 0,000015 del presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico.**

En cualquiera de estos casos se invitará a presentar ofertas a todos los proveedores inscritos en el Registro Único de Proveedores, de igual manera los pliegos serán aprobados por la máxima Autoridad o el funcionario competente de la entidad contratante, y se adecuarán a los modelos obligatorios emitidos por el SERCOP en su calidad de organismo nacional responsable de la contratación pública.

6.8. MENOR CUANTÍA

Así mismo la Ley antes mencionada determina en su Artículo 51 lo siguiente sobre la menor cuantía: Se podrá contratar bajo este sistema en cualquiera de los siguientes casos:

1. Las contrataciones de bienes y servicios no normalizados, exceptuando los de consultoría cuyo presupuesto referencial sea inferior al 0,000002 del Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico;

2. Las contrataciones de obras, cuyo presupuesto referencial sea inferior al 0,000007 del Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico;

3. Si fuera imposible aplicar los procedimientos dinámicos previstos en el Capítulo II de este Título o, en el caso que una vez aplicados dichos procedimientos, éstos hubiesen sido declarados desiertos; siempre que el presupuesto referencial sea inferior al 0,000002 del Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico.

En los casos de los numerales 1 y 3 se podrá contratar directamente; para el efecto, se contará con al menos tres proformas, salvo el caso de manifiesta imposibilidad.

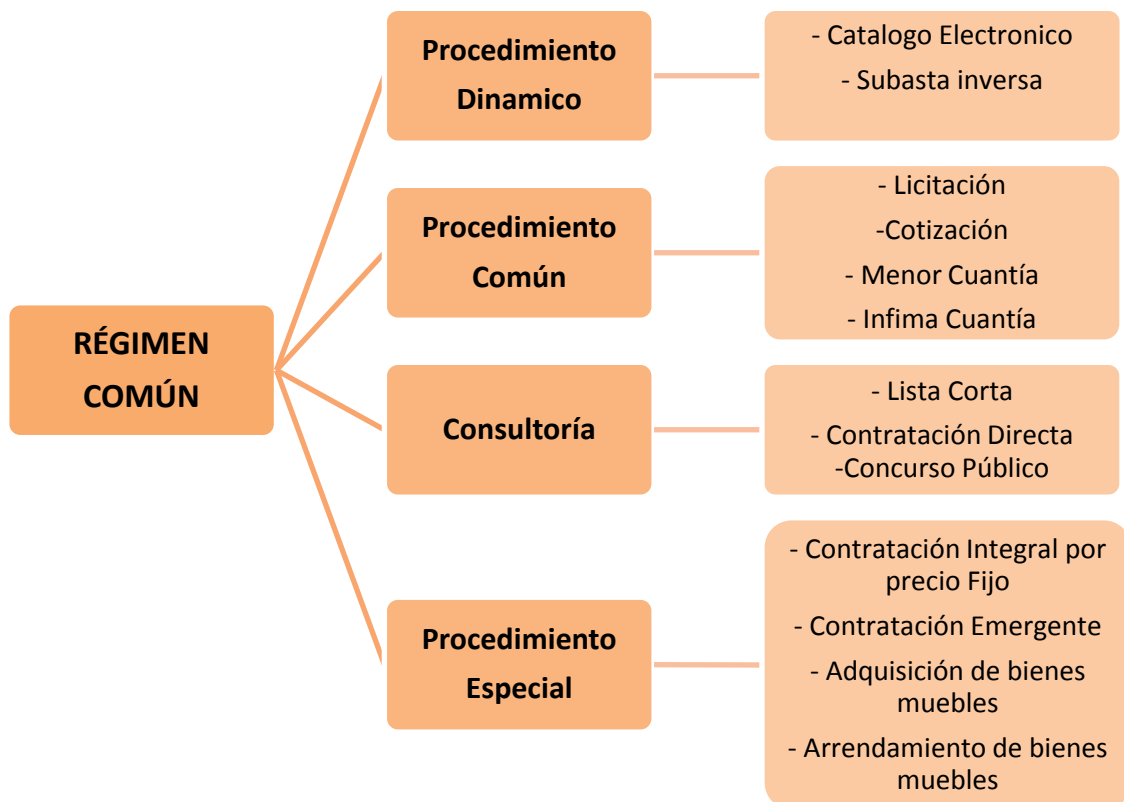
En el caso previsto en el numeral 2 se adjudicará el contrato a un proveedor registrado en el RUP escogido por sorteo público de entre los interesados en participar en dicha contratación. Aquellos proveedores que a la fecha de la publicación del procedimiento mantuvieran vigentes contratos de ejecución de obra, adjudicados a través del procedimiento de menor cuantía, cuyos montos individuales o acumulados igualaren o superaren el coeficiente establecido en el numeral 2 de este artículo, no podrán participar en procedimiento de menor

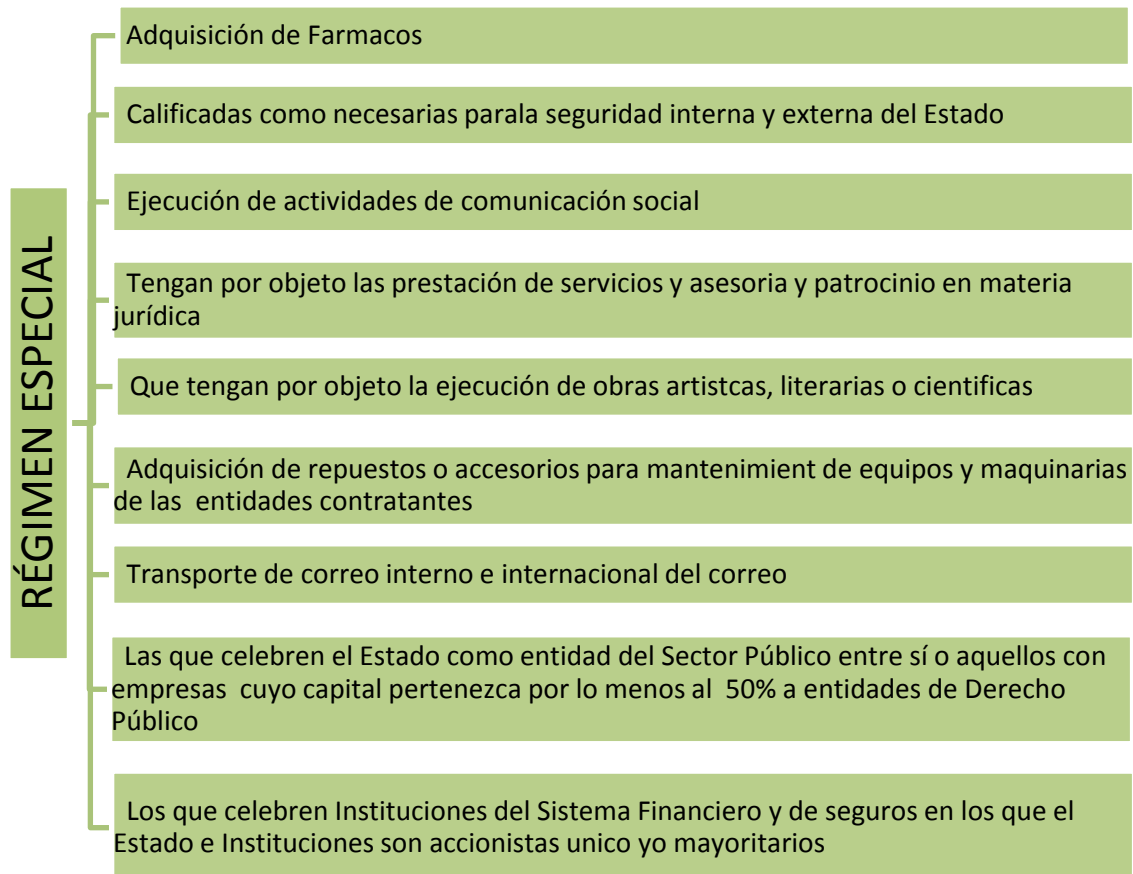
cuantía de obras alguno hasta que hayan suscrito formalmente la recepción provisional de el o los contratos vigentes.

De requerirse pliegos, éstos serán aprobados por la máxima autoridad o el funcionario competente de la Entidad Contratante y se adecuarán a los modelos obligatorios emitidos por el Instituto Nacional de Contratación Pública.

Si por efectos de la entrega recepción de uno o varios contratos el monto por ejecutar por otros contratos fuere inferior al coeficiente antes indicado, el proveedor será invitado y podrá participar en los procedimientos de menor cuantía de obras.

6.9 ESQUEMA DEL RÉGIMEN COMÚN Y RÉGIMEN ESPECIAL





6.10. CONTRATACIÓN INTEGRAL POR PRECIO FIJO

“La Contratación Integral por precio fijo, se enmarca dentro del contexto legal de las contrataciones llamadas especiales, cabe señalar que existe una gran diferenciación entre estas y las de Régimen Especial, a pesar de su semejanza en nombre. La gran mayoría de los actores inmersos en la Contratación Pública, asemejan este tipo de contrataciones con la figura anteriormente conocida en contratación pública como “*LLAVE EN MANO*”, debido a sus rasgos y características”¹⁴⁰.

¹⁴⁰VELÁZQUEZ Curbelo, F.: Manual práctico de contratación administrativa. Marcial Pons, 1997. Pág 115.

La contratación Integral por precio fijo es aquella modalidad mediante la cual se realiza una contratación; los contratistas de esta modalidad contractual asumen todos los riesgos y responsabilidades por el cumplimiento del objeto del contrato en las condiciones acordadas; es por esta razón que los estudios deben ser realizados a la perfección, debido a la responsabilidad extracontractual que estos puedan tener.

“En esta modalidad todos los componentes del proyecto deben contratarse bajo la modalidad de contrato integral por precio fijo.

Los contratos integrales por precio fijo admiten la posibilidad de incluir en su objeto el mantenimiento de los componentes del proyecto, aspecto que deberá contemplarse en el contrato.

La terminación por mutuo acuerdo de estos contratos procederá exclusivamente por causas de fuerza mayor o caso fortuito aducidas por el contratista y aceptadas por la Entidad Contratante; o señaladas por esta última. No se admitirán como causales de terminación por mutuo acuerdo circunstancias imprevistas, técnicas o económicas.

La Entidad Contratante declarará la terminación unilateral y anticipada de estos contratos en caso de incumplimiento del contratista; o cuando ante circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito señaladas por la Entidad Contratante, el contratista no aceptare la terminación de mutuo acuerdo”¹⁴¹.

La modalidad de contratación integral por precio fijo supone positivos para el Estado, debido al tiempo en que se realizan estas contrataciones; la naturaleza de los mismos impide la celebración de contratos complementarios o el reajuste de precios, que casi siempre es

¹⁴¹ LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, Corporación de Estudios y Publicaciones, art. 55, pág. 48.

beneficioso y conveniente a los intereses institucionales por que se contrata la obra en forma global y así mismo la responsabilidad del contratista es global frente al Estado, así como también el precio es fijo, y deberá mantenerse desde el inicio de la obra, durante la misma y hasta la suscripción del acta entrega recepción definitiva.

7. METODOLOGÍA.

7.1 Métodos.

Para la ejecución del presente proyecto utilizaré los siguientes métodos:

Método científico: A través del cual obtendré la información sujeta a comprobación científica, que la recopilaré en base de datos, libros, revistas judiciales, publicaciones de prensa, fuente web; etc. Sobre los diferentes aspectos de administración y contratación pública.

Método analítico: Mediante el cual se logrará la descomposición del problema específicamente en lo que se refiere a la obligatoriedad de realizar los contratos de obra mediante la modalidad de contratación integral por precio fijo; y, los inconvenientes que ocasiona el reajuste de precios, permitiéndome categorizar la importancia del objeto de esta Investigación.

Método inductivo: Lo utilizaré con el propósito de examinar aspectos precisos como el reajuste de precios y la entrega tardía de las obras realizadas mediante la contratación pública y la vulneración del derecho de acceder a bienes públicos de calidad estipulado en la Constitución de la República del Ecuador, para poder formar un conocimiento científico.

Método deductivo: Este método me servirá para estudiar los aspectos generales del problema a investigarse, con la finalidad de conocer sus efectos particulares.

Método histórico: A través del cual estaré en capacidad de estudiar la relación histórica para poder conocer la historia de la legislación que regula la contratación pública hasta la Ley vigente.

Método descriptivo: Se registraran hechos y fenómenos actuales, en los que se refiere a los contratos de obra. Se recogerán y tabularán datos sobre la problemática, para luego analizarlos de manera objetiva e imparcial.

7.2 Técnicas.

Técnicas de acopio teórico.- Como el fichaje bibliográfico o documental; y,

Técnicas de acopio empírico.- Como la **entrevista** que me ayudará proporcionando resultados cualitativos por medio de la relación directa con personas conocedoras del problema y la **encuesta** que me permitirá lograr una evaluación cuantitativa de la problemática planteada.

La investigación de campo se concretará en la aplicación de 30 encuestas a abogados en libre ejercicio y docentes del derecho; y 5 entrevistas al Alcalde y a Funcionarios de entidades Públicas conocedores de la materia investigativa, los mismos que con sus conocimientos me ayudaran a culminar con éxito mi investigación.

Los resultados obtenidos de las encuestas y entrevistas realizadas se presentarán en tablas, barras o en forma discursiva con deducciones derivadas del análisis de los criterios y datos concretos que servirán para la verificación de objetivos e hipótesis y para arribar a conclusiones y recomendaciones.

7.3 Esquema Provisional.

1. Título
2. Problemática
3. Justificación
4. Objetivos
 - 4.1 Objetivo General
 - 4.2 Objetivos Específicos
5. Hipótesis
6. MARCO TEORICO
 - 6.1 Derecho administrativo
 - 6.2 Contrato Administrativo
 - 6.3 Contratación Pública
 - 6.4 Principios rectores del contrato administrativo
 - 6.5 Etapa pre contractual, contractual y pos contractual
 - 6.6 Licitación,
 - 6.7 Cotización
 - 6.8 Menor Cuantía
 - 6.9 Esquema del Régimen Común y Régimen Especial
 - 6.10 Contratación integral por precio fijo
7. Metodología
 - 7.1 Métodos
 - 7.2 Técnicas
 - 7.3 Esquema provisional del informe final
8. Cronograma
9. Presupuesto y Financiamiento
 - 9.1 Recursos Humanos
 - 9.2 Recursos Materiales y económicos
 - 9.3 Financiamiento
- 10 Bibliografía

8 CRONOGRAMA

2014 – 2015																								
TIEMPO	JUNIO				JULIO				OCTUBRE				NOVIEMBRE				DICIEMBRE				ENERO			
ACTIVIDADES	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4
Selección del objeto de estudio	X	X																						
Elaboración del proyecto			X	x	x																			
Presentación de investigación y aplicación						X	X																	
Aprobación del proyecto								x																
Recolección de la información									x	x	x	x	x											
Análisis de la información														X	x	X	X	X						
Elaboración del borrador de tesis																		x	x		x	x		
Presentación y defensa privada del Borrador de tesis																								x
Socialización																								x

9. PRESUPUESTO Y FINANCIAMIENTO

Para el desarrollo de la investigación formativa referente a “Necesidad de reformar la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública respecto a la obligatoriedad de realizar los Contratos de Obra mediante la modalidad de contratación integral por precio fijo”, se tomara en cuenta los siguientes recursos humanos, materiales y recursos económicos:

9.1 Recursos Humanos

Director de Tesis: Por designarse.

Autor: Hernán Francisco Delgado M.

9.2 Recursos Materiales y Económicos.

MATERIALES LOGISTICOS	COSTOS (Dólares)
<i>Adquisición de Bibliografía</i>	<i>300.00</i>
<i>Movilización</i>	<i>200.00</i>
<i>Foto copiados</i>	<i>100.00</i>
<i>Tiempo de consultas Web (Internet)</i>	<i>200.00</i>
<i>Equipo de proyección</i>	<i>75.00</i>
<i>Material de impresión</i>	<i>200.00</i>
<i>Empastado de Tesis</i>	<i>200.00</i>
<i>Imprevistos</i>	<i>400.00</i>
TOTAL	1675.00

9.3 Financiamiento

El presupuesto de gastos que demanda la presente investigación asciende a **MIL SEICIENTOS SETENTA Y CINCO DOLARES** los que serán cubiertos con recursos propios del postulante.

10. BIBLIOGRAFÍA

- CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, corporación de estudios y publicaciones, año 2008.
- DE LA VALLINA Velarde, J.L.: Requisitos de los sujetos de los contratos, procedimientos, prescripciones técnicas, garantías, adjudicación. En la obra colectiva "Contratación Pública II", Marcial Pons, Madrid, 1996.
- DORREGO de Carlos, A.; Molina Vaquero, A.: Contratos públicos. Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Cisspraxis, Madrid, 2000.
- ESTATUTO DEL RÉGIMEN JURÍDICO Y ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN EJECUTIVA, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2012.
- FERNÁNDEZ Astudillo, J.M.: Contratación administrativa. Bosch, Barcelona, 2000.
- GRANJA Galindo, Nicolás, Fundamentos de derecho administrativo. Editada por la Universidad Nacional, Quito 1992
- LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito –Ecuador, 2012.
- MORENO Molina, J.A.: Nuevo régimen de contratación administrativa. La Ley, Madrid, 2000.
- REGLAMENTO A LA LEY ORGANICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PUBLICA, Corporación de estudios y publicaciones, 2012.

- Resoluciones del SERCOP respecto de la contratación integral por precio fijo.
- VELÁZQUEZ Curbelo, F.: Manual práctico de contratación administrativa. Marcial Pons, 1997.
- VICENTE López, C.: La contratación administrativa: condiciones generales y eficacia. Comares, 1996.

BUSCADOR: GOOGLE.

Links:

- ✓ http://es.wikipedia.org/wiki/Derecho_Administrativo
- ✓ <http://facultadedderecho.es.tl/Etapas-del-Proceso-Contractual.htm>
- ✓ http://www.google.com.ec/#sclient=psyab&hl=es&source=hp&q=que+es+etapa+precontractual&pbx=1&oq=que+es+etapa&aq=1&aqi=g4&aql=&gs_sm=c&gs_upl=303311861510120896144122110121315186419640127.5.3.5.213310&bav=on.2,or.r_gc.r_pw.,cf.osb&fp=48e873b44e0d4ad2&biw=1360&bih=602
- ✓ http://www.google.com.ec/#sclient=psyab&hl=es&source=hp&q=que+es+etapa+precontractual&pbx=1&oq=que+es+etapa&aq=1&aqi=g4&aql=&gs_sm=c&gs_upl=303311861510120896144122110121315186419640127.5.3.5.213310&bav=on.2,or.r_gc.r_pw.,cf.osb&fp=48e873b44e0d4ad2&biw=1360&bih=602

11.2. Anexo 2. Formato de Encuesta



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA AREA JURIDICA SOCIAL Y ADMINISTRATIVA CARRERA DE DERECHO

Señor Abogado: Con la finalidad de optar por el grado de Licenciado en Jurisprudencia y Abogado, para la tesis denominada: “Necesidad de reformar la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública respecto a la obligatoriedad de realizar los Contratos de Obra mediante la modalidad de contratación integral por precio fijo” solicito comedidamente que en base a su valioso conocimiento se sirva contestar la siguiente encuesta:

1. ¿Conoce usted, cual es el objetivo y ámbito de Aplicación de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública?

SI

NO

Determinelo.....
.....

2. ¿Considera usted que la Contratación Integral por precio fijo, tiene como finalidad evitar los reajustes de precios en los contratos de obras públicas?

SI

NO

Porque?.....
.....

3. ¿Considera usted, que el reajuste de precios en la ejecución de obras públicas ocasiona que el contratista justifique de forma dolosa la necesidad del reajuste?

SI

NO

.....
.....

4. ¿Cree usted necesaria una reforma a la ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, determinando la ejecución de obras mediante la contratación integral por precio fijo?

SI NO

Porque?.....
.....
.....

5. ¿Considera usted, que los contratos por la modalidad de contratación integral por precio fijo, deberán ser obligatorios para evitar los reajustes de precios?

SI NO

Porque?.....
.....
.....

6. ¿Considera usted, con la modalidad de contratación integral por precio fijo, se beneficia al Estado Ecuatoriano, por cuanto no existiría el reajuste de precios?

SI NO

Porque?.....
.....
.....

7. ¿Qué causas y consecuencias considera usted que se derivan de contratos complementarios y reajustes de precios por falta de contratación en la modalidad integral por precio fijo en la ejecución de obras?

.....
.....
.....

Gracias por su colaboración

11.3. Anexo 3. Formato de Entrevista



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
AREA JURIDICA SOCIAL Y ADMINISTRATIVA
CARRERA DE DERECHO

Señor Funcionario Público: Con la finalidad de optar por el grado de Licenciado en Jurisprudencia y Abogado, para la tesis denominada: “Necesidad de reformar la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública respecto a la obligatoriedad de realizar los Contratos de Obra mediante la modalidad de contratación integral por precio fijo” solicito comedidamente que en base a su valioso conocimiento se sirva contestar la siguiente entrevista:

1. ¿A su criterio personal cual es el objetivo y ámbito de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública?

.....
.....
.....

2. ¿De acuerdo a su criterio personal que es el contrato administrativo?

.....
.....

3. ¿Cómo define usted a su criterio personal a la contratación integral por precio fijo?

.....
.....
.....

4. ¿Qué causas y consecuencias considera usted que se derivan de contratos complementarios y reajustes de precios por falta de contratación en la modalidad integral por precio fijo en la ejecución de obras?

.....
.....
.....

5. ¿A su criterio personal que beneficios ocasionaría al Estado y a la ciudadanía en general el realizar los contratos por obra mediante la modalidad de contratación integral por precio fijo?

.....
.....
.....

Gracias por su colaboración

ÍNDICE

PORTADA	I
CERTIFICACIÓN	II
AUTORÍA	III
CARTA DE AUTORIZACIÓN	IV
DEDICATORIA	V
AGRADECIMIENTO	VI
TABLA DE CONTENIDOS	VII
1. TÍTULO	1
2. RESUMEN	2
ABSTRACT	4
3. INTRODUCCIÓN	6
4. REVISIÓN DE LITERATURA	10
5. MATERIALES Y MÉTODOS	144

6. RESULTADOS	147
7. DISCUSIÓN	167
8. CONCLUSIONES.....	181
9. RECOMENDACIONES	183
9.1 PROPUESTA DE REFORMA JURÍDICA	185
10. BIBLIOGRAFÍA	189
11. ANEXOS	192
INDICE	223