UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

UNIDAD DE EDUCACIÓN A DISTANCIA
CARRERA DE DERECHO

TÍTULO

"EXIGENCIA DE RENOVACIÓN DE GARANTÍAS DE FIEL CUMPLIMIENTO Y BUEN USO DE ANTICIPO EN OBRAS TERMINADAS CON ENTREGA RECEPCIÓN DEFINITIVA, REAL O PRESUNTA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA."

Tesis previa a la obtención del Título de Abogado

AUTOR: Richard Emilio Carrión Rojas

DIRECTOR: Dr. Marcelo Armando Costa Cevallos Mg. Sc.

LOJA — ECUADOR

2017

CERTIFICACIÓN.

Dr. Marcelo Armando Costa Cevallos, Docente de la Carrera de Derecho, de la Universidad Nacional de Loja, Unidad de Educación a Distancia.

CERTIFICA:

Haber dirigido y revisado el presente trabajo de tesis de Abogado, denominado "EXIGENCIA DE RENOVACIÓN DE GARANTÍAS DE FIEL CUMPLIMIENTO Y BUEN USO DE ANTICIPO EN OBRAS TERMINADAS CON ENTREGA RECEPCIÓN DEFINITIVA, REAL O PRESUNTA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.", de la autoría del señor RICHARD EMILIO CARRIÓN ROJAS, y una vez que el mencionado trabajo cumple con los requisitos de fondo y forma señalados en el Art. 151 del Reglamento de Régimen Académico de la Universidad Nacional, por lo que autorizo, a su autor la presentación del mismo para la respectiva, sustentación y defensa.

Loja, abril del 2017.

Dr. Marcelo Armando Costa Cevallos Mg. Sc.

DIRECTOR

AUTORIA

Yo, Richard Emilio Carrión Rojas, declaro ser autor del presente trabajo de tesis y eximo de manera expresa 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 de la Biblioteca Virtual.

Autora: Richard Emilio Carrión Rojas

Firma: _____

Cédula: 1102907886

Fecha: Loja, Abril del 2017

CARTA DE AUTORIZACIÒN DE TESIS POR PARTE DEL AUTOR PARA LA CONSULTA, REPRODUCCIÒN PARCIAL O TOTAL Y APLICACIÓN ELECTRÓNICA DEL TEXTO COMPLETO.

Yo, Richard Emilio Carrión Rojas, declaro ser autor de la Tesis titulada: **"EXIGENCIA DE RENOVACIÓN DE GARANTÍAS DE FIEL CUMPLIMIENTO Y BUEN USO DE ANTICIPO EN OBRAS TERMINADAS CON ENTREGA RECEPCIÓN DEFINITIVA, REAL O PRESUNTA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA."** como requisito para optar por el Grado de Abogada: Autorizo al Sistema Bibliotecario de la Universidad Nacional de Loja para que con fines académicos, muestre al mundo la reproducción intelectual de la Universidad, a través de la visibilidad de su contenido de la siguiente manera en el Repositorio Digital e Institucional:

Los usuarios pueden consultar el contenido de este trabajo en el RDI, en las redes de información del país y en el 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 04 días del mes de abril del dos mil diecisiete, firma la autora:

Firma.....
AUTORA: Richard Emilio Carrión Rojas
CÉDULA: 1102907886
DIRECCIÒN: Loja, Urbanización PROURVI, Calle: Av. José María Vivar y Teodoro Wolf.
CORREO: rccsma@gmail.com
TELEFONO: 072548537 - 0999563220

DATOS COMPLEMENTARIOS

DIRECTOR DE TESIS: Dr. Marcelo Armando Costa Cevallos Mg. Sc.

TRIBUNAL DE GRADO:
Dr. Felipe Neptalí Solano Gutiérrez Mg. Sc. (Presidente)
Dr. Igor Eduardo Vivanco Muller Mg. Sc. (Vocal)
Dr. Darwin Romeo Quiroz Castro Mg. Sc. (Vocal)

DEDICATORIA.

Con todo cariño dedico esta tesis a mi familia, de manera especial a mi esposa que gracias a su apoyo y sus palabras de aliento ha sido posible iniciar y culminar con éxito esta carrera, a mi madre pues ella fue el principal cimiento para la construcción de mi formación profesional, sentó en mi las bases de responsabilidad y deseos de superación; y finalmente a mis amados hijos que son el motor que día a día impulsan mi vida.

Gracias Dios por concederme la mejor de las familias.

Richard Emilio Carrión Rojas

AGRADECIMIENTO.

Cumplo con el deber de expresar mi agradecimiento, a todos quienes contribuyeron de una u otra manera a la concertación del presente trabajo, en primer lugar a Dios por todas sus bendiciones y haber hecho posible todo esto, a la Universidad Nacional de Loja, a la Carrera de Derecho, al Dr. Marcelo Armando Costa Cevallos Director de Tesis quien en forma sabia y paciente supo orientar la realización de la presente tesis, a todos muchas gracias.

Richard Emilio Carrión Rojas

TABLA DE CONTENIDOS

1. TÍTULO
2. RESUMEN
    2.1. ABSTRACT
3. INTRODUCCIÓN
4. REVISIÓN DE LITERATURA
    4.1. MARCO CONCEPTUAL
        4.1.1. Exigencia
        4.1.2. Suscripción
        4.1.3. Contratos públicos
        4.1.4. Contratistas
        4.1.5. Garantías
        4.1.6. Fiel cumplimiento
        4.1.7. Buen uso de anticipo
        4.1.8. Extracontractual
        4.1.9. Estado
        4.1.10. Compañía de seguros
        4.1.11. Valores
        4.1.12. Terminación de contrato
        4.1.13. Discrecionalidad
        4.1.14. Renovación

4.1.15. Perjuicio

4.1.16. Potestad estatal

4.1.17. Inconstitucional

4.1.18. Ilegal

4.2. MARCO DOCTRINARIO

4.2.1. Las garantías de fiel cumplimiento y buen uso de anticipo

4.2.2. Anticipo en la entrega recepción definitiva, real o presunta en la contratación pública

4.2.3. Consecuencias jurídicas de la renovación de las garantías en la contratación pública

4.3. MARCO JURÍDICO

4.3.1. Constitución de la República del Ecuador

4.3.2. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública

4.3.3. Reglamento para el control de las Garantías de los Contratos del SERCOP

4.3.4. Código Orgánico Financiero y monetario

4.4. LEGISLACIÓN COMPARADA

4.4.1. Chile

4.4.2. Perú

5. MATERIALES Y MÉTODOS

5.1. Materiales Utilizados

5.2. Métodos

5.3. Procedimientos y técnicas

6. RESULTADOS

6.1. Análisis de la aplicación de la encuesta

6.2. Resultados de las entrevistas

7. DISCUSIÓN

7.1. Verificación de objetivos

7.2. Contrastación de hipótesis

7.3. Fundamentación jurídica de la propuesta de reforma

8. CONCLUSIONES

9. RECOMENDACIONES

9.1. PROPUESTA DE REFORMA

10. BIBLIOGRAFÍA

11. ANEXOS

ÍNDICE

1. TÍTULO

“EXIGENCIA DE RENOVACIÓN DE GARANTÍAS DE FIEL CUMPLIMIENTO Y BUEN USO DE ANTICIPO EN OBRAS TERMINADAS CON EN LA ENTREGA RECEPCIÓN DEFINITIVA, REAL O PRESUNTA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.”

2. RESUMEN

La Ley exige en el momento suscripción de los contratos públicos, a los contratistas que otorguen las garantías que correspondan, siendo aquellas una relación extracontractual entre el Estado y una compañía de seguros que, dentro de su actividad contrata con un contratista, la adopción de un riesgo, siendo el Estado el beneficiario.

El Art. 73 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, como garantías establece: 1. Garantía incondicional, irrevocable y de cobro inmediato, otorgada por un banco o institución financiera establecidos en el país o por intermedio de ellos; 2. Fianza instrumentada en una póliza de seguros, incondicional e irrevocable, de cobro inmediato, emitida por una compañía de seguros establecida en el país; 3. Primera hipoteca de bienes raíces, siempre que el monto de la garantía no exceda del sesenta (60%) por ciento del valor del inmueble hipotecado, según el correspondiente avalúo catastral correspondiente; 4. Depósitos de bonos del Estado, de las municipalidades y de otras instituciones del Estado, certificaciones de la Tesorería General de la Nación, cédulas hipotecarias, bonos de prenda, Notas de crédito otorgadas por el Servicio de Rentas Internas, o valores fiduciarios que hayan sido calificados por el Directorio del Banco Central del Ecuador; y, 5. Certificados de depósito a plazo, emitidos por una institución financiera establecida en el país, endosados por valor en garantía a la orden

de la Entidad Contratante y cuyo plazo de vigencia sea mayor al estimado para la ejecución del contrato.”

Son tres las modalidades de garantías que establece la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que son: la garantía de fiel cumplimiento, que tiene como finalidad asegurar el cumplimiento oportuno y eficaz de las relaciones a favor de la entidad pública y de terceros; la garantía de buen uso y anticipo, éste debe ser otorgada por el contratista en caso de que por la naturaleza de la contratación o forma de pago, la entidad entregue un anticipo para el cumplimiento del contrato, con la finalidad de asegurar el 100 % de los fondos entregado por el Estado o sus entidades; y, la garantía técnica para ciertos bienes, que para ciertos contratos de adquisición, provisión o instalación de equipos, maquinarias o vehículos, tienen la finalidad de asegurar la calidad y buen funcionamiento.

Es el caso que un contratista otorgue las garantías para la realización de la obra, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública prevé, en el Art. 77, que en los contratos de ejecución de obras, la garantía de fiel cumplimiento se devolverá al momento de la entrega recepción definitiva, real o presunta. En los demás contratos, las garantías se devolverán a la firma del acta recepción única o a lo estipulado en el contrato. Pero se da el caso que la institución del Estado no ha cancelado los valores por la terminación de contrato una vez que ya se entregue la obra terminada y se tenga el acta de recepción definitiva a lo que prescribe el contrato, y éste por

la ausencia de planificación y de políticas de contratación pública ha derivado en discrecionalidad exigir al contratista que renove las garantías de fiel cumplimiento y buen uso de anticipo, trayendo un gran perjuicio al contratista, realizar este trámite hasta que el Estado pague sus obligaciones por la terminación del contrato, con lo cual va en contra de los derechos de estas personas, porque el Estado y las entidades públicas se atribuyen obligaciones que no están establecidas en la Ley, violando con ello el Art. 226 de la Constitución de la República del Ecuador, que "*Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución*"

2.1. ABSTRACT

The Act requires at the time underwriting public contracts, contractors who provide the guarantees that apply, with those a contractual relationship between the State and an insurance company, within its business contracts with a contractor, the adoption of a risk, being the beneficiary State.

Article 73 of the Organic Law of the National Public Procurement System as guarantees provides: 1. unconditional, irrevocable and immediate payment, issued by a bank or financial institution established in the country or through them Assurance; 2. Deposit instrumented in an insurance policy, irrevocable and unconditional, immediate payment issued by an insurance company established in the country; 3. First Mortgage real estate, provided that the amount of the guarantee does not exceed sixty (60%) percent of the value of the mortgaged property, according to the appropriate corresponding property valuation; 4. Deposits of government bonds, municipalities and other state institutions, certifications of the General Treasury of the Nation, mortgage bonds, pledge bonds, credit notes issued by the Internal Revenue Service, or trust securities that have They have been qualified by the Board of the Central Bank of Ecuador; and, 5. certificates of deposit issued by a financial institution established in the country, endorsed by value in order to guarantee the Contracting Entity and whose validity period is greater than estimated for the execution of the contract. "

There are three forms of guarantees established by the Organic Law of the National Public Procurement System, which are: performance bond, which aims to ensure timely and effective implementation of relations in favor of the public entity and third parties; ensuring proper use and advance it must be granted by the contractor in case the nature of the contract or payment, the entity to deliver an advance for the fulfillment of the contract, in order to ensure 100% the funds awarded by the State or its institutions; and technical guarantee for certain goods, which for certain contracts for procurement, supply or installation of equipment, machinery or vehicles are designed to ensure the quality and smooth operation.

It is the case that a contractor granting guarantees for the realization of the work, the Organic Law of the National Public Procurement System provides in Art. 77, which contracts execution of works, the performance bond shall be returned to delivery time short, real or alleged reception. In other contracts, guarantees will be returned to the signing of the minutes only reception or stipulated in the contract. But the case is that the institution of the State has not canceled the values for termination of contract once and the finished work is delivered and declared finally to prescribing the contract have reception, and this by the absence of planning and procurement policies has led discretion require the contractor to renove guarantees full compliance and proper use in advance, bringing great harm to the contractor performing this procedure until the State to pay its obligations for termination of the contract, thus going against the rights of these people, because the state and public

entities obligations are not set by law, thereby violating Article are attributed. 226 of the Constitution of the Republic of Ecuador, that " State institutions, its agencies, departments, the servants or public servants and persons acting under state authority shall exercise only the powers and authorities that are attributed to them in the Constitution and the law. They have the duty to coordinate actions for the fulfillment of its objectives and fulfill the enjoyment and exercise of the rights recognized in the Constitution"

3. INTRODUCCIÓN

El trabajo de investigación, comprende un estudio de la renovación de garantías de fiel cumplimiento y de buen uso de anticipo, que no sean exigible cuando el Estado o las entidades pública solo deben pagar los valores adeudados en el contrato, para con ello garantizar la seguridad jurídica que señala la Constitución de la República del Ecuador.

La renovación de la garantía de fiel cumplimiento y buen uso de anticipo es inconstitucional e ilegal su exigencia en la entrega recepción definitiva real o presunta en la contratación pública y en pleno conocimiento que la obra se encuentra terminada e incluso inaugurada y en funcionamiento.

Para un mejor desarrollo del presente trabajo, en la revisión de literatura se analiza lo que es: Marco Conceptual sobre: Exigencia, suscripción, contratos públicos, contratistas, garantías, fiel cumplimiento, buen uso de anticipo, extracontractual, Estado, compañía de seguros, valores, terminación de contrato, discrecionalidad, renovación, perjuicio, potestad estatal, inconstitucional, ilegal; Marco Doctrinario: Las garantías de fiel cumplimiento y buen uso de anticipo, anticipo en la entrega recepción definitiva, real o presunta en la contratación pública, consecuencias jurídicas de la renovación de las garantías en la contratación pública; Marco Jurídico: Constitución de la República del Ecuador, Ley Orgánica del Sistema

Nacional de Contratación Pública, Reglamento para el control de las Garantías de los Contratos del SERCOP; Legislación Comparada: Chile.

Después de la revisión de literatura, se especifican los métodos y técnicas que se utilizó en el desarrollo de la investigación, seguidamente se expone los resultados de la investigación de campo con la aplicación de una encuesta a 30 a abogados en libre ejercicio profesional y tres entrevistas a contratistas. Luego se realizó la discusión con la comprobación de objetivos, contrastación de hipótesis y criterios jurídicos, doctrinarios y de opinión que sustenta la propuesta. Para finalmente terminar con las conclusiones, recomendaciones y la propuesta de reforma.

De esta manera dejo planteado la presente investigación jurídica, aspirando que la misma sea acogida y aprobada por el Honorable Tribunal.

4. REVISIÓN DE LITERATURA

4.1. MARCO CONCEPTUAL

4.1.1. Exigencia

Para Víctor de Santo exigir es "*Pedir, necesitar una cosa, por su índole o circunstancia, algún requisito para que se realice o perfeccione.*"[1]

La exigencia en la suscripción de un contrato público es el requerimiento de una condición, o requisito para que se perfeccione el mismo, siendo éste un medio que solicita el Estado porque es la parte de quien pone las condiciones que establece la ley, y lo estipulado en los diferentes decretos o resoluciones administrativas.

Mabel Goldstein indica que exigible es "*Calificativo de una deuda vencida y que puede reclamarse judicial o extrajudicialmente*"[2]

La exigibilidad en la administración, es la condición que se instituye una de las parte para el perfeccionamiento de una cosa, como son los contratos en la administración pública, siendo aquellas condiciones que deben sujetarse las partes contratantes.

---

[1] DE SANTO, Víctor: Diccionario de Ciencias Jurídica, Políticas, Sociales y de Economía, Universidad editorial, Buenos Aires – Argentina, 1999, p. 453

[2] GOLDSTEIN, Mabel: Diccionario Jurídico Consultor Magno, Círculo Latino Austral, Buenos Aires – Argentina, 2008, p. 266

4.1.2. Suscripción

Subscribir para Manuel Ossorio y Guillermo Cabanellas es "*Firmar al final de un escrito, como autor o para conformidad. Convenir en el parecer expuesto por otro*"[3]

La suscripción es lo convenido en un contrato, que se configura con la firma de los contratantes, en la cual una vez analizada las condiciones del mismo están de acuerdo a lo allí estipulado, y con su firma avala lo acordado, y desde ese momento es un mecanismo para que las partes puedan exigir el cumplimiento de lo allí estipulado.

Para Mabel Goldstein suscripción es el "*Compromiso a cumplimiento de determinado pago o pagos periódicos, a cambio de una cosa determinada o beneficio*"[4]

La suscripción es el hecho y resultado de firmar un acuerdo que llegaren las partes en un contrato. En la cual estipuladas las condiciones que llegaren a dicho acuerdo, su firma avala el compromiso en que se llevarán a cabo para su cumplimiento. Con el avance de la tecnología la suscripción no solo es un hecho físico, sino que se aplica a instrumentos electrónico, que mediante

[3] OSSORIO, Manuel; CABANELLAS, Guillermo: Diccionario de Derecho, Tomo II, editorial Heliasta, Buenos Aires – Argentina, 2010, p. 567
[4] GOLDSTEIN, Mabel: Diccionario Jurídico Consultor Magno, Círculo Latino Austral, Buenos Aires – Argentina, 2008, p. 539

un sistema software recomendado determinan el convenios entre y se pone en práctica los compromisos en que se llegaren a acordar.

Para Antonio Pérez, Daniel López y José Aguilar, indican que "*Si bien ciertos actos anteriores a la suscripción de los contratos, así como la presentación de la oferta, las preguntas y respuestas, entre otros, comprometen a las partes en ciertos aspectos, la suscripción misma del contrato es la formalización del vínculo contractual*"[5]

Se entiende por suscripción del contrato, que con la firma del mismo se da formalismo y es un mecanismo para su cumplimiento. En este contrato se ponen todas las condiciones que establecen las partes en referencia a lo determinado en la Ley y en los respectivos reglamentos, mismos que no deben sobre pasarle en lo legal, para darle validez jurídica y el mismo goce de aquella seguridad jurídica que reconoce la norma constitucional.

4.1.3. Contratos públicos

Para Guillermo Cabanellas, contrato es: "*El acuerdo de dos o más personas sobre un objeto de interés público; y el contrato constituye una especie particular de convención, cuyo carácter propio consiste en ser productor de obligaciones*"[6]

[5] PÉREZ, José; LÓPEZ, Daniel; AGUILAR, José: Manual de Contratación Pública, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2011, p. 321
[6] CABANELLAS, Guillermo: Diccionario Jurídico Elemental, Editorial heliasta, 1998, Buenos Aires – Argentina, p. 92

El contrato público es la suscripción de un convenio que se lleva a realizar entre el entre administrativo y una persona natural o jurídica que lleva a cabo lo estipulado en el contrato, como la realización de una obra o la prestación de servicios profesionales, los mismos que se rigen a lo convenido en la Constitución, la Ley y los respectivos reglamentos institucionales o internos.

Para Rafael Martínez, el contrato dentro de una obra pública es *"el trabajo realizado sobre bienes inmuebles con fines de interés público y con cargo de un ente público, la ley y la doctrina entre otros países consideran que la obra pública puede referirse a bienes muebles e inmuebles*"[7]

El contrato público es aquel en el cual una de las partes que se contrae en la Administración Pública, se someten a un régimen jurídico que la parte contratista se ubique en situación de subordinación, en la cual la ley, a través de características propias, ejercen prerrogativas en cuanto a su ejecución, interpretación y extinción, de las estipulaciones que se llegaren a convenir entre las partes. Los contratos públicos son propios del derecho público, porque se rigen de normas de la regulación del Estado para que personas del sector privado realice una obra o la prestación de un servicio, con normas específicas diferentes de los contratos civiles.

[7] MARTÍNES MORALES, Rafael: Derecho Administrativo, Diccionarios Jurídicos Temáticos, OXFORD, 2000, México, p. 43

4.1.4. Contratistas

Víctor de Santo expresa que contratista es la "persona que por contrata ejecuta una obra material o está encargada de un servicio para el gobierno, para una corporación o para un particular"[8].

El contratista es la persona del cual ejecuta la obra, como la construcción de edificios, carreteras, instalaciones por ejemplo. Sus labores pueden consistir en la totalidad de la obra o una parte de ella, de acuerdo a los requerimientos de contratante y a las estipulaciones que se llegaren a firmar en el contrato.

Para Mabel Goldstein contratista es la "*Persona que mediante un contrato se obliga a realizar una obra material o se encarga de un servicio para una persona de derecho público o de derecho privado*"[9]

El contratista en referencia al contrato es conocido construcción de la obra, del cual está obligado a realizarla de acuerdo a las condiciones generales y específicas estipuladas en el contrato, a los planos o proyectos arquitectónicos desarrollados por el proyectista pudiendo ser un ingeniero civil, arquitecto o especialista en la materia. Su labor la cumple tanto en el sector público como en el privado, sujetándose ante todo a los términos referidos en el contrato.

---

[8] DE SANTO, Víctor: Diccionario de Ciencias Jurídica, Políticas, Sociales y de Economía, Universidad editorial, Buenos Aires – Argentina, 1999, p. 292

[9] GOLDSTEIN, Mabel: Diccionario Jurídico Consultor Magno, Círculo Latino Austral, Buenos Aires – Argentina, 2008, p. 163

4.1.5. Garantías

Julio César Trujillo, indica que "*Garantías son los mecanismos que la ley pone a disposición de la persona que pueda defender sus derechos, reclamar cuando corren peligro de ser conculcados o indebidamente restringidos y, por último obtener la reparación cuando son violados*"[10].

La garantía es una especie o mecanismo de precautelar, el hecho de que una persona cumpla con lo encomendado, o se den los términos para avalar los derechos y obligaciones, del cual se puedan reclamar cuando han sido trasgredidos o han sido ilegalmente restringidos, para la reparación cuando se determine su violación. Dentro de los contratos las garantías son un especie de caución.

Luis Cueva Carrión señala que "*Derechos y garantías forman una unidad dialéctica: los primeros son facultades o atribuciones; las garantías, herramientas para llevarlos a la práctica. Derechos y garantías actúan juntos y esta actuación conjunta posibilita el Pleno goce de los derechos. Nada son los derechos sin las garantías jurisdiccionales porque éstas controlan su efectivo cumplimiento.*"[11]

---

[10] TRUJILLO, Julio César: La Acción de Amparo, Manual Teórico de Garantías Constitucionales, Inredh, Quito – Ecuador, 2000, p. 24

[11] CUEVA CARRIÓN, Luis: Acción Constitucional Ordinaria de Protección, Ediciones Cueva Carrión, Quito – Ecuador, 2010, p. 59

Las garantía dentro de los derechos corresponde al mecanismo para su cumplimiento, como son la acción de protección, habeas corpus o habeas data, pero en la contratación pública es una herramienta para que el contratista o ejecutor de la obra cumpa con sus obligaciones a lo estipulado dentro del contrato.

En las garantías de la suscripción de contrato Antonio Pérez, Daniel López y José Aguilar, manifiestan que: "*La ley exige que al momento de la suscripción de los contratos públicos, los contratistas otorguen las garantías que correspondan, incluido garantías de ciertos bienes, garantías de fiel cumplimiento y garantías de anticipo*"[12]

La garantía en la contratación pública es un mecanismo extracontractual, que se da entre el Estado y una compañía de seguros, que dentro de su actividad, contrata con un contratista, la adopción de riesgos, que por su incumplimiento, el beneficiario es el Estado, porque precautela el interés general de los bienes y dineros que son del pueblo y que debe responder por su gestión y administración. La ley en nuestro país en la contratación pública establece diferentes modalidades como las garantías incondicional, irrevocable y de cobro inmediato, la fianza instrumentada en una póliza de seguros, primera hipoteca de bienes raíces, depósitos de bonos del Estado y certificados de depósitos a plazo, emitidos por una institución financiera.

[12] PÉREZ, José; LÓPEZ, Daniel; AGUILAR, José: Manual de Contratación Pública, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2011, p. 329

4.1.6. Fiel cumplimiento

Para para Antonio Pérez, Daniel López y José Aguilar, "*La garantía de fiel cumplimiento tiene la finalidad de asegurar el cumplimiento oportuno y eficaz de las relaciones contractuales a favor de la entidad pública y de terceros. Este tipo de garantía no se podrá exigir en caso de contratos de adquisición de bienes, en los que se haya señalado que los bienes serán entregados a suscripción del contrato*"[13]

La garantía de fiel cumplimiento tiene un fin que es la de asegurar el cumplimiento de las relaciones contractuales, esto es que debe cumplirse en unidad del acto, siendo imposible aplicables para los contratos de compraventa de bienes inmuebles o bienes muebles que se entreguen al momento de efectuarse el pago. Esta garantía es por el monto equivalente al 5% del valor del mismo.

Para William López Arévalo la garantía de fiel cumplimiento "*Es la que tiene como fin asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones contractuales y responder por las que se contrajeren a favor de terceros relacionados con el contrato.*"[14]

---

[13] PÉREZ, José; LÓPEZ, Daniel; AGUILAR, José: Manual de Contratación Pública, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2011, p. 332

[14] LÓPEZ ARÉVALO; William: Tratado de Contratación Pública, Tomo I, editorial jurídica del Ecuador, primera edición, Quito – Ecuador, 2010, p. 154

Debe entenderse la garantía de fiel cumplimiento como un aval que respalda el contratos que se suscribe entre el contratante que es el beneficiario y el contratista o ejecutor de la obra, a través del cual una compañía de seguros, institución financiera o afianzadora, se compromete con el contratante que es el Estado, a responder por la obligación que se ha contraído con el contratista, si éste no lo llegare a cumplir.

4.1.7. Buen uso de anticipo

"*La Garantía del Buen Uso de Anticipo, respalda los recursos entregados como anticipo que se invertirán en la ejecución del contrato. Puede ser otorgada para el sector público y para el sector privado, en la ejecución de obras, fabricación, prestación de servicios y provisión de suministros. En ambos casos, estas fianzas son emitidas por el monto total recibido como anticipo.*"[15]

La garantía de buen uso de anticipo es una póliza para beneficio como mecanismo para asegurar, la persona como proveedor, cumpla con el su adecuado del anticipo. Los requerimientos previos a la emisión de una garantía de buen uso de anticipo dependen de la magnitud del proyecto, cada uno se trata de forma individual.

[15] http://www.confianza.com.ec/fianzas-garantias/buen-uso-de-anticipo/

4.1.8. Extracontractual

Las garantías de fiel cumplimiento es un acto extracontractual y para Antonio Pérez, Daniel López y José Aguilar, expresan que: "*Son una relación extracontractual entre el Estado y una compañía de seguros que, dentro de su actividad, contrata con un tomador que se llama contratista, la adopción de un riesgo, siendo el Estado beneficiario*"[16]

Se considera la garantía, una acción extracontractual, porque depende de una compañía de seguros, que se obliga a responder de la obligación que no llegare a cumplir el contratista, siendo éste un mecanismo de beneficio para el contratante que es el Estado, como una especie para precautelar sus recursos y que debe responder ante la sociedad. Se puede indicar que en la participación de la compañía, ésta se compromete a respaldar al deudor, que asume el riesgo de pagar el valor de la fianza en caso de incumplimiento.

4.1.9. Estado

Efraín Pérez cita a Kelsen señalando que "*Se designan como Estado el poder específico que posee determinadas colectividades; o se habla de Estado y se piensa en un pueblo; y aún se lo confunde con un determinado territorio*"[17]

---

[16] PÉREZ, José; LÓPEZ, Daniel; AGUILAR, José: Manual de Contratación Pública, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2011, p. 329

[17] PÉREZ, Efraín: Derecho Administrativo, Volumen 1, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2009, p. 1

De acuerdo a esta definición el Estado no solo conforma por un determinado territorio, sino que además comprende la población y el gobierno. En la cual tiene una estructura que se ejerce a través de los órganos que designe la Constitución y la Ley, sobre sus habitantes, que tienen como finalidad el bien común y en aplicación a la justicia económica y social.

Para William López Arévalo, "*El Estado es una sociedad jurídica y políticamente organizada, con independencia y autodeterminación. Es la sociedad organizada política y jurídicamente, establecida soberanamente en un territorio determinado, con órganos de gobierno y administración, que persiguen finen comunes y concretos*"[18]

Al señalarse al Estado como una persona jurídica, debe entenderse que no se refiere a una persona natural, en la cual se manifiesta a partir del momento donde se lo contempla bajo su aspecto jurídico, en la cual su noción tiene un fundamento y un alcance meramente jurídico.

4.1.10. Compañía de seguros.

Mabel Goldstein expresa que compañía es el "*Aditamento que se puede agregar al nombre de uno o más de los socios para designar la sociedad*"[19]

[18] LÓPEZ ARÉVALO; William: Tratado de Contratación Pública, Tomo I, editorial jurídica del Ecuador, primera edición, Quito – Ecuador, 2010, p. 19
[19] GOLDSTEIN, Mabel: Diccionario Jurídico Consultor Magno, Círculo Latino Austral, Buenos Aires – Argentina, 2008, p. 143

La compañía de seguros es una empresa que se especializa en el seguro, en que su actividad consiste en promover un servicio de seguridad, que cubra los riesgos económicos y eventuales que surge de lo convenido a la actividad económica en que debe responder.

Para Eduardo Peña Triviño, en cuanto a las compañías de seguros manifiesta "*Las instituciones que integran nuestro sistema de seguro privado son compañías anónimas organizadas en el territorio nacional y las sucursales de empresas extranjeras establecidas en el país y cuyo objeto exclusivo es el negocio de asumir directa o indirectamente o aceptar y ceder riesgos en base a primas*"[20]

La compañías de seguros con instituciones que tienen por objeto asegurar el bien sobre el que versa la protección del contrato de seguro. Ésta dentro de su intervención de la contratación pública tiene el interés de proteger los bienes que son intangibles como la idoneidad para la ejecución de obras o cumplir los contratos de dar o hacer. El beneficiario es para el contratante, en una eventualidad que el contratista no cumpla con su obligación, convirtiéndose en asegurado, sobre los riesgos que se asume en la ejecución de una obra o sobre los cuales tiene un interés asegurable. Las que prestan un servicio en la contratación pública son compañía anónimas, siendo mercantiles, cuyos titulares responde de una participación social a través de títulos o acciones, que se encuentren debidamente constituidas en

[20] PEÑA TRIVINO, Eduardo: Manual de Derecho de Seguros, editorial, Guayaquil – Ecuador, 2012, p. 310

el territorio ecuatoriano, o sucursales de empresas extranjeras, que se encuentren domiciliadas en el país y cuyo objeto exclusivo es el negocio de asumir directa o indirectamente o aceptar y ceder riesgos en base a primas.

4.1.11. Valores

Víctor de Santo indica que "*Dícese de todo título de crédito o papeles de comercio en general, en sentido amplio, comprendiendo todas las especies: letra de cambio, pagaré, facturas conformadas, acciones, títulos de deudas pública, etc.*"[21]

Lo que aseguran las personas es lo que versa sobre la protección de contrato de seguros. Puede ser a la vida de las personas, su capacidad de ganar dinero, su salud, y en el ámbito contractual en la garantía de fiel cumplimiento es para asegurar, por parte del Estado, que el contratista cumpla las relaciones contractuales a favor de la entidad pública, siendo éstos los valores que debe dar a la empresa asegurado en que determine que se cumplirá con la obra objeto de contratación.

[21] DE SANTO, Víctor: Diccionario de Ciencias Jurídica, Políticas, Sociales y de Economía, Universidad editorial, Buenos Aires – Argentina, 1999, p. 954

4.1.12. Terminación de contrato

William López Arévalo expresa que "*El acto jurídico unilateral, es aquel que solo requiere de la manifestación de la voluntad de una sola persona para perfeccionarse*"[22]

La terminación del contrato es poner fin al cumplimiento de la obligación, pudiendo se ésta por terminación unilateral en caso de incumplimiento del contratista, por cumplimiento de las obligaciones, por mutuo acuerdo entre las partes, por sentencia o laudo que declare la nulidad del contrato y por muerte del contratista o por disolución de la persona jurídica

William López Arévalo expresa que "*Los contratos administrativos pueden concluir de manera regular e irregular: finalizan regularmente cuando las partes contratantes han cumplido formalmente sus obligaciones acorde a las cláusulas contractuales; es decir, el objeto contractual se ha hecho efectivo, se ha cumplido satisfactoriamente dentro del plazo establecido; en cambio, la finalización irregular, es una culminación abrupta del contrato, pues, éste se interrumpe por hechos anormales como el incumplimiento de obligaciones, muerte, quiebra o insolvencia, etc.*"[23]

[22] LÓPEZ ARÉVALO; William: Tratado de Contratación Pública, Tomo II, editorial jurídica del Ecuador, primera edición, Quito – Ecuador, 2010, p. 331
[23] LÓPEZ ARÉVALO; William: Tratado de Contratación Pública, Tomo I, editorial jurídica del Ecuador, primera edición, Quito – Ecuador, 2010, p. 191

Cuando el contratista no cumpliere con el contrato la entidad contratante puede dar cumplimiento a la terminación unilateral del contrato, de acuerdo a las condiciones en que señale la ley de incumplimiento, del cual de inmediato procede a la ejecución de las garantías que se firmaron y se obligaron, teniendo como características incondicionales, irrevocables y de cobro inmediato, que se procede con la solicitud de ejecución de las garantías y la institución garante estará en la obligación de proceder al pago inmediatamente y sin necesidad de trámites o autorizaciones adicionales.

4.1.13. Discrecionalidad

Para Efraín Pérez, sobre la discrecionalidad expresa: "*La actividad reglada de la administración tiene un contenido y un procedimiento de ejecución determinados expresamente por la norma jurídica. El poder discrecional, por otra parte, está sujeto igualmente a la norma jurídica, pero dentro del marco general de la competencia del órgano. La potestad discrecional contempla un rango mayor o menor amplitud de acciones posibles dentro de la competencia establecida, siendo todas aquellas acciones igualmente válidas desde el punto de vista legal*"[24]

La discrecionalidad es una actividad en la toma de decisiones que tiene la autoridad de un órganos administrativo, pero esto no significa que goza de una libre actividad de la administración, sino que debe tomar decisiones en

[24] PÉREZ, Efraín: Derecho Administrativo, Volumen 1, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2009, p. 460

función a lo establecido en sus obligaciones y en aplicación a la Constitución y la ley, tomando decisiones a su favor sin posibilidad de elección en contrario.

4.1.14. Renovación

Para Manuel Ossorio y Guillermo Cabanellas, renovación es el "*arreglo o cambio que deja algo como nuevo. Restablecimiento, restauración. Sustitución, reemplazo*"[25].

Renovación es volver a realizar un acto, y en la contratación pública dentro de las garantías, es un mecanismo para que el contratista con la entidad afianzadora renueven la garantía por los mecanismo a para el cumplimiento de las obligaciones contrayentes

4.1.15. Perjuicio

Galo Espinosa Merino, señala que es "*Daño que incide sobre integridad física o el patrimonio de una persona, y que, por tanto, es apreciable económicamente.*"[26].

[25] OSSORIO, Manuel; CABANELLAS, Guillermo: Diccionario de Derecho, Tomo II, editorial Heliasta, Buenos Aires – Argentina, 2010, p. 451
[26] ESPINOSA MERINO, Galo: La Mas Practica Enciclopedia Jurídica, Volumen 1, Vocabulario Jurídico, Editorial Instituto de Informática Legal, Quito – Ecuador, 1986, p.142

El perjuicio es el daño que se llegare a producir de un hecho o acto jurídico, en el caso de la renovación de la garantía de fiel cumplimiento, es un acto discrecional de la entidad estatal por la ausencia de planificación y de políticas de contratación pública, como es el caso que no tenga dinero para pagarle la totalidad del contrato, con lo cual es un perjuicio del contratista porque tienen que renovar su garantía con la entidad financiera, cuando no lo debe realizar por cuando ya cumplió con su obra, violando el principio de legalidad como señala la Constitución y la ley.

Víctor de Santo expresa que perjuicio es el "*Detrimento patrimonial que debe ser indemnizado por quien lo causa. Indemnización que se ha de pagar por este detrimento*"[27]

El perjuicio es un detrimento a los derechos que se reconocen a las personas reconocidos en la Constitución y la Ley, en la renovación de la garantía de fiel cumplimiento es un hecho ilegal, porque es una institución que no reconoce la ley, que por circunstancias ajenas a las políticas de contratación, no debe obligarse a los contratistas firmar garantías con la empresa de seguros, cuando de por medio tienen otras prioridades que cumplir, y que deben cubrirlas la entidad contratada, cuando el contratista ha cumplido con el contrato. Perjuicios que afectan el nivel económico, porque deben seguir avalando una condición que no se debe a su incumplimiento sino a un hecho de la administración contratante, que debe buscar los

[27] DE SANTO, Víctor: Diccionario de Ciencias Jurídica, Políticas, Sociales y de Economía, Universidad editorial, Buenos Aires – Argentina, 1999, p. 735

mecanismos para suscribir el acta recepción, con el pago del valor contratado.

4.1.16. Potestad estatal

Juan Carlos Cassagne al referirse a la potestad hace una distinción con derecho subjetivo, al indicar que: "*Ambas son situaciones subjetivas activas que pertenecen al género de los poderes jurídicos pero mientras la potestad entraña la configuración de un poder genérico, no referido a un sujeto determinado ni a una cosa en particular, el derecho subjetivo consiste en un poder concreto, en una relación jurídica determinada con respecto a un sujeto o una cosa.*"[28]

La potestad estatal es el mando que le otorga la Constitución y la Ley a los órganos administrativos y judiciales de la gestión del Estado o país a favor de los administrados, y en la función administrativa concretamente es de tipo reglamentario, que tienen verdaderas funciones, como la de promover acciones judiciales o la de deducir recursos administrativos.

Efraín Pérez sobre el ejercicio de las potestades, haciendo referencia al poder de policía, señalando que "*La posesión objetiva y subjetiva del ejercicio de las potestades públicas... En efecto si la policía administrativa consiste en las restricciones legales impuestas a los ciudadanos en el*

[28] CASSAGNE, juan Carlos: Derecho Administrativo, Tomo II, editorial Palestra, Lima – Perú, 2010, p. 65

ejercicio de sus derechos, el servicio público, en cambio, consiste en una actividad positiva, prestacional, que cumple el Estado a favor de los ciudadanos"[29]

La potestad estatal son las diferentes actividades que cumplen los órganos administrativos a favor de los administrados, que tienen como fin llevar al bien común de todos los habitantes, siendo en sí la potestad estatal una noción de derecho subjetivo, como el conjunto de poderes jurídicos que configuran las situaciones subjetivas de carácter activo en la que se encuentran administrados frente a la administración pública.

4.1.17. Inconstitucional

Sobre la constitucionalidad, Wilson Andino Reinoso, señala que: "*Del Estado de legalidad pasa al Estado de constitucionalidad, deja atrás el concepto ideológico del Estado liberal de derecho que restringía al poder público a garantizar los derechos individuales. La nueva noción de Estado garantista surge y se asienta en los derechos fundamentales, naturales del ser humano, por tanto, el control constitucional consentirá la objetividad plena del Estado Constitucional de Derechos y la efectiva vigencia del principio de la supremacía constitucional así como los contenidos básicos de la Carta Internacional de los Derechos Humanos.*"[30]

---

[29] PÉREZ, Efraín: Derecho Administrativo, Volumen 2, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2009, p. 566

[30] ANDINO REINOSO, Wilson: La acción ordinaria de protección en el derecho constitucional, Editorial jurídica del Ecuador, primera edición, Quito – Ecuador, 2010, p. 30

Es inconstitucional un acto o ley, cuando sus disposiciones o resoluciones afectan o se encuentra en clara visión de contradicción a lo señalado en la norma constitucional. Es así que tanto las actividades de los organismos gubernamentales o estatales, como lo determinado en la respectiva disposición de las leyes, reglamentos y decretos deben sujetarse a los derechos, deberes y obligaciones que señale la Constitución en busca a mirar la legalidad de un Estado constitucional de derechos y justicia social.

Solicitar la renovación de la garantía de fiel cumplimiento para la entrega recepción de la terminación de una contrato público, es un acto inconstitucional., sobre éste término Jorge Zavala Egas, señala que: "*El efecto de inconstitucionalidad de la variación sustancial del contenido esencial de los derechos, su desfiguración por parte del Legislador, implica afirmar que tales derechos son anteriores a la actividad del Legislador*"[31]

Lo señalado de la renovación de la garantía de fiel cumplimiento, cuando el contratista está listo para firmar el acta pago recepción definitiva, no lo puede hacer porque no existe el dinero para el pago al contratista, pero exigir que se renove esta garantía hasta que lleguen los recursos, a la ausencia de planificación y de políticas de contratación pública, y no por un hecho de incumplimiento del contratista, con lo cual se está vulnerando el derecho al trabajo y al desarrollo de sus actividades, que reconoce la norma

[31] ZAVALA EGAS, Jorge: Teoría y Práctica Procesal Constitucional, EDILESA S.A., Guayaquil – Ecuador, 2011, p. 57

constitucional, lo cual perjudica gravemente la economía de las personas, por el calvario que deben sufrir de renovar una garantía cuando no es de su obligación al no estar prescrito en ninguna legal que determine este procedimiento.

4.1.18. Ilegal

Manuel Osorio señala que ilegal es "*Contrario a la Ley. Prohibido por ella Delictivo, aunque el delito constituya, en realidad adaptaciones a la ley penal en la figura tipificada*"[32].

La ilegalidad se basa en que los derechos y obligaciones no se rigen a lo señalado en la ley, sino que sobrepasan sus potestades, o que son contrarias a los prescrito en la misma, contrariando a la ley, y por ende causa inseguridad jurídica de la falta o errónea de aplicación de la norma legal. En el ámbito civil son hechos que llegan a la reparación civil, en el ámbito penal a una pena privativa de la libertad, y en el ámbito administrativo a acciones que conlleven a acciones civiles, administrativas e incluso penales.

El hecho de la contratación pública se sujeta al principio de legalidad, y al decir de Efraín Pérez, "*Principio de legalidad, según el cual el órgano público solamente puede actuar conforme a la norma positiva. La contratación*

[32] OSSORIO, Manuel: Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Editorial Heliasta Buenos Aires – Argentina, 2008, Pág. 466

pública en su esencia es estricta y rigurosa desde su inicio, en que deben seguirse los procedimientos preestablecidos, en la Ley, Reglamentos y documentos precontractuales, tanto para la entidad pública como para el co-contratante, en todas sus etapas"[33]

El acto de renovar una garantía de fiel cumplimiento, cuando el contratante no tenga los recursos disponibles para terminar el contrato, hasta obtenerlos, es un hecho que está fuera de la responsabilidad del contratista, y su acción de rige por medio de resoluciones, potestad que nada indica en la ley, en caso de presentarse estos inconvenientes, con lo cual este procedimiento es ilegal, por falta de motivación legal para instrumentar este procedimiento.

[33] PÉREZ, Efraín: Derecho Administrativo, Volumen 2, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2009, p. 566

4.2. MARCO DOCTRINARIO

4.2.1. Las garantías de fiel cumplimiento y buen uso de anticipo

William López Arévalo, manifiesta que "*En los contratos de obra, así como en los contratos integrales por precio fijo, ésta garantía se constituirá para garantizar el cumplimiento del contrato y las obligaciones contraídas a favor de terceros y para asegurar la debida ejecución de la obra y la buena calidad de los materiales*"[34]

La garantía de fiel cumplimiento es un mecanismo que a través de una compañía de seguros o entidad financiera debidamente regulada en nuestro país, garantiza con ella que las condiciones establecidas en el contrato sean cumplidas por la totalidad por el cliente afianzado. El Su valor que debe suscribir corresponde al 5% del valor del contrato para el sector público y para el sector privado de n acuerdo a los requerimientos de la entidad asegurada establezca. En la contratación pública esta garantía deberá permanecer vigente por el 100% del monto asegurado hasta la firma del Acta de Recepción definitiva del contrato.

William López Arévalo manifiesta que "*Las formas de garantía que se aceptarán para el fiel cumplimiento del contrato son:*

[34] LÓPEZ ARÉVALO; William: Tratado de Contratación Pública, Tomo I, editorial jurídica del Ecuador, primera edición, Quito – Ecuador, 2010, p. 155

1. Garantía incondicional, irrevocable y de cobro inmediato, otorgada por un banco o institución financiera establecidos en el país o por intermedio de ellos;

2. Fianza instrumentada en una póliza de seguros, incondicional e irrevocable, de cobro inmediato, emitida por una compañía de seguros establecida en el país; y,

3. Certificados de depósitos a plazo, emitidos por una institución financiera establecida en el país, endosados por valor en garantía a la orden de la Entidad Contratante y cuyo plazo de vigencia sea mayor al estimado para la ejecución del contrato"[35]

De acuerdo al comentario anterior las garantías de fiel cumplimiento tiene tres características, que son incondicionales, irrevocables y de cobro inmediato.

Es incondicional, significa que no depende de ninguna condicional para su ejecución, a un acontecimiento futuro que pueda suceder o no. Pero en realidad no existe una incondicionalidad absoluta, en efecto frente al contrato se hacen efectivas por el incumplimiento del contratista, por falta de revolución del anticipo non devengado, por declaración de terminación unilateral y anticipada del contrato, según sea el caso. Por ello la incondicionalidad no puede referirse al aspecto consustancial de la garantía sino a la forma de ejecutarla una vez producido el evento de que diera lugar al incumplimiento de la obligación, en donde no existen condiciones para su

[35] LÓPEZ ARÉVALO; William: Tratado de Contratación Pública, Tomo I, editorial jurídica del Ecuador, primera edición, Quito – Ecuador, 2010, p. 155

efectividad, basta la decisión del contratante, que indique la razón que el incumplimiento se ha producido y por lo tanto es exigible.

La garantía es irrevocable, de que la entidad aseguradora no puede ejecutarla a su propia voluntad, de tal manera que esta garantía puede exigirse como una seguridad para garantizar los intereses del Estado. Por ello es indispensable que en los contratos se establezcan las condiciones generales y especiales, que constan en las pólizas de seguros, utilizados para emitir las garantías, en la cual no exista una contradicción a lo estipulado en las leyes de la contratación pública y sus respectivos reglamentos.

Y la última característica de la garantía es de cobro inmediato, de manera que se pague sin tardanza, y que no se acepta que la entidad afianzadora ponga requisitos que indique una condición del plazo en que implique que dilatan su cancelación, en que no cabe la posibilidad de que sea retirada, declarada insubsistente o dejarla sin efecto.

4.2.2. Anticipo en la entrega recepción definitiva, real o presunta en la contratación pública

En el momento que el contratista termina con la ejecución de la obra, es necesario recibirla, a efecto de determinar si se dio cumplimiento estricto a las obligaciones asumidas en el contrato.

Sobre la entrega recepción Roberto Dromi manifiesta "*Cuando a juicio del contratista la obra está terminada, según lo contratado tiene derecho a que la Administración se la reciba. Ésta, previamente, debe proceder a la verificación de la obra*"[36]

El contratista al terminar la obra tiene derecho a que se le pague sus haberes estipulados en el contrato, lo que se torna en un inconveniente, cuando no existe el debido presupuesto para liquidar al contratista, y por ello obliga que de nuevo se suscriba o se renueve el contrato de fiel cumplimiento hasta que la administración tenga los recursos y pueda lo adeudado, siendo aquello una actividad ilegítima del Estado que deviene de responsabilidad extracontractual.

Juan Carlos Cassagne sobre esta actuación refiriéndose a la responsabilidad del Estado por actividad ilegítima como la responsabilidad por la actuación estatal legítima, manifiesta: "*En consecuencia, corresponde distinguir en la actuación ilegítima del Estado dos ámbitos de responsabilidad estatal, según que el daño provocado al patrimonio del particular provenga de la función administrativa o de la legislativa o normativa, conforme a la concepción material u objetiva, lo que implica desplazar el criterio orgánico utilizado por la doctrina clásica, a fin de circunscribir las diferentes especies de responsabilidad, para clasificar toda problemática en torno a los datos de ilegitimidad, que exhibe cada una de*

[36] DROMI, Roberto: Derecho Administrativo, editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires – Argentina, 2004, p. 614

esas funciones estatales objetivamente consideradas. Por su parte, la responsabilidad por el ejercicio de la función jurisdiccional asume un carácter peculiar y de excepción que justifica un tratamiento separado. La distinción que se formula aparece fundada en la circunstancia de que la restitución tiene un mayor alcance en la reparación del acto ilegítimo, donde al administrado que sufre el perjuicio no se ha sido impuesto la obligación de soportar la actividad ilegítima ni sus consecuencias dañosas"[37]

La actividad ilegítima surge de la administración pública y de la actividad de la administración judicial, el primero depende de las actividades de los órganos administrativos y de la política de gobierno, y el segundo de las decisiones y resoluciones que se tomen en la función judicial. Ahora bien, en la contratación pública, se ha tomado en cuenta las decisiones de decretos ejecutivos para una aplicación a la ley, que muchas de las veces carecen de legitimidad, por cuanto funcionan alejado a lo señalado en la Constitución y la ley, decisiones que son ilegítimas, se mira el interés estatal sin observar los derechos que tienen terceras personas como los contratistas en el caso de entregar una obra pero la institución al carecer de recursos para la entrega devolución de las garantías no lo pueden hacer y obligan a renovar nuevas garantía lo que afecta los derechos de los contratistas, donde al administrado sufre el perjuicio en que se ha impuesto la obligación de soportar una nueva garantía con consecuencias dañosas a sus intereses.

[37] CASSAGNE, Juan Carlos: Derecho Administrativo, Tomo I, editorial Palestra, Lima – Perú, 2010, p. 473

La falta de pago en la terminación del contrato, provoca un perjuicio al contratista, porque se obliga a renovar la garantía de fiel cumplimiento, siendo una actuación ilegítima del Estado, al respecto Juan Carlos Cassagne expresa "*Desde luego que el fundamento esencial de la responsabilidad extracontractual por la actuación ilegítima del Estado es siempre de derecho Público y consiste en la necesidad de restablecer el equilibrio a fin de mantener la igualdad entre los daños causados por el Estado. Se trata en suma, de un principio de derecho público: el de igualdad ante las cargas públicas*"[38]

4.2.3. Consecuencias jurídicas de la renovación de las garantías en la contratación pública

Cuando administrativa exige, por disposición de un decreto la renovación de garantías de fiel cumplimiento y buen uso de anticipo en la entrega recepción definitiva real o presunta de obras terminadas en la contratación pública, es un acto que se encuentra fuera de la discrecionalidad que se le otorga a la autoridad, al respecto Efraín Pérez manifiesta: "*El ejercicio del poder discrecional la autoridad expide, conforme a la normativa, el acto administrativo dentro de un margen mayor o menor de discrecionalidad. Jamás un acto administrativo o de la administración es completamente reglado o completamente discrecional. En consecuencia la discrecionalidad*

[38] CASSAGNE, juan Carlos: Derecho Administrativo, Tomo I, editorial Palestra, Lima – Perú, 2010, p. 483

siempre comporta sobre algún aspecto, pero no sobre la totalidad de los elementos del acto administrativo"[39]

Efraín Pérez citando a Dromi manifiesta que "*No hay actividad administrativa absolutamente reglada ni absolutamente discrecional; siempre algo está normado o reglado por el orden jurídico, o ha quedado al arbitrio del funcionario actuante. En todos los casos la administración dispone de un margen de apreciación y también de un tope legal*"[40]

Si se solicita renovar la garantía de fiel cumplimiento y buen uso de anticipo, para la entrega recepción definitiva real o presunta de obras terminadas en la contratación pública, es un acto discrecional de la autoridad administrativa, que no está establecido en la ley ni en el reglamento, y por ello se torna en un hecho ilegal, y al decir de Antonio Pérez, Daniel López y José Aguilar, que "*Este principio, también conocido como de habilitación legal previa, establece que en derecho público solo puede hacerse aquello que está expresamente previsto en la ley. En virtud, por principio de legalidad, debemos entender que todas las actuaciones en los procedimientos precontractuales y contractuales deben estar estrictamente sujetas a las disposiciones legales de la materia*"[41].

---

[39] PÉREZ, Efraín: Derecho Administrativo, Volumen 1, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2009, p. 461.
[40] PÉREZ, Efraín: Derecho Administrativo, Volumen 1, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2009, p. 462
[41] PÉREZ, José; LÓPEZ, Daniel; AGUILAR, José: Manual de Contratación Pública, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2011, p. 64

4.3. MARCO JURÍDICO.

4.3.1. Constitución de la República del Ecuador.

El Art. 226 de la Constitución de la República del Ecuador, manifiesta: "*Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución*"[42]

La Constitución establece facultades a los servidores públicos, únicamente de las que determina la propia Constitución y la ley, es decir, son atribuciones y deberes que deben cumplir su función para darle legalidad a sus actividades, porque las acciones fuera de ella se torna inconstitucionales e ilegales. Esto como fin único y efectivo disfrutar los derechos y ejercerlos, para lo cual deberán promoverse y exigirse y que las autoridades garantizarán su cumplimiento.

[42] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2016, Art. 226

4.3.2. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública

El Art. 73 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública manifiesta como formas de garantías: "*En los contratos a que se refiere esta Ley, los contratistas podrán rendir cualquiera de las siguientes garantías:*

1. Garantía incondicional, irrevocable y de cobro inmediato, otorgada por un banco o institución financiera establecidos en el país o por intermedio de ellos;

2. Fianza instrumentada en una póliza de seguros, incondicional e irrevocable, de cobro inmediato, emitida por una compañía de seguros establecida en el país;

3. Primera hipoteca de bienes raíces, siempre que el monto de la garantía no exceda del sesenta (60%) por ciento del valor del inmueble hipotecado, según el correspondiente avalúo catastral correspondiente;

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

momento de constituir la garantía. Los intereses que produzcan pertenecerán al proveedor; y,

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

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

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

Las garantías otorgadas por bancos o instituciones financieras y las pólizas de seguros establecidas en los numerales 1 y 2 del presente artículo, no admitirán cláusula alguna que establezca trámite administrativo previo, bastando para su ejecución, el requerimiento por escrito de la entidad beneficiaria de la garantía. Cualquier cláusula en contrario, se entenderá como no escrita. En caso de incumplimiento, el banco, la institución financiera o la compañía aseguradora, será inhabilitada en el Sistema Nacional de Contratación Pública por el organismo responsable, hasta el

cumplimiento de su obligación. En caso de reincidencia será inhabilitada por dos (2) años."[43]

Las garantías tienen características a favor del sector público, estas son incondicional, irrevocable y de cobro inmediato; y, la fianza instrumentada en la póliza de seguros, adicionalmente debe determinar que no admitirá cláusula alguna que establezca trámite administrativo previo. Para hacer efectivo estas garantías, la entidad contratante tendrá preferencia sobre cualquier otro acreedor, sea cual fuere la naturaleza del mismo, y del título en que se constituya su pretensión.

El Art. 74 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública sobre la garantía de fiel cumplimiento indica: "*Para seguridad del cumplimiento del contrato y para responder por las obligaciones que contrajeren a favor de terceros, relacionadas con el contrato, el adjudicatario, antes o al momento de la firma del contrato, rendirá garantías por un monto equivalente al cinco (5%) por ciento del valor de aquel. En los contratos de obra, así como en los contratos integrales por precio fijo, esta garantía se constituirá para garantizar el cumplimiento del contrato y las obligaciones contraídas a favor de terceros y para asegurar la debida ejecución de la obra y la buena calidad de los materiales, asegurando con ello las reparaciones o cambios de aquellas partes de la obra en la que se descubran defectos de*

[43] LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2016. Art. 73

construcción, mala calidad o incumplimiento de las especificaciones, imputables al proveedor.

En los contratos de obra o en la contratación de servicios no normalizados, si la oferta económica adjudicada fuese inferior al presupuesto referencial en un porcentaje igual o superior al diez (10%) por ciento de éste, la garantía de fiel cumplimiento deberá incrementarse en un monto equivalente al veinte (20%) por ciento de la diferencia entre el presupuesto referencial y la cuantía del contrato.

Tales cauciones podrán constituirse mediante la entrega de las garantías contempladas en los números: 1, 2; y, 5 del artículo 73 de esta Ley.

No se exigirá este tipo de garantía en los contratos de compraventa de bienes inmuebles y de adquisición de bienes muebles que se entreguen al momento de efectuarse el pago.

Tampoco se exigirá esta garantía en los contratos cuya cuantía sea menor a multiplicar el coeficiente 0,000002 por el Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico.

Con cargo a la garantía de fiel cumplimiento se podrá efectivizar las multas que le fueren impuestas al contratista."[44]

Sobre la garantía de fiel cumplimiento tiene la finalidad de asegurar el cumplimiento oportuno y eficaz de las relaciones contractuales a favor de la entidad pública y de tercero. Este tipo de garantían no se podrá exigir en

[44] LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2016. Art. 74

caso de contratos de adquisición de bienes en los que haya señalado que los bienes serán entregados a la suscripción del contrato. En los contratos de obra así como en los contratos integrales por precio fijo, esta garantía se constituirá no solo para garantizar el cumplimiento, sino principalmente para asegurar la debida ejecución de la obra y la buena calidad de los materiales, asegurando con ello las reparaciones o cambios de aquellas partes de la obra en la que se descubran defectos de construcción o mala calidad.

El Art. 75 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública expresa: "*Garantía por anticipo.- Si por la forma de pago establecida en el contrato, la Entidad Contratante debiera otorgar anticipos de cualquier naturaleza, sea en dinero, giros a la vista u otra forma de pago, el contratista para recibir el anticipo, deberá rendir previamente garantías por igual valor del anticipo, que se reducirán en la proporción que se vaya amortizando aquél o se reciban provisionalmente las obras, bienes o servicios. Las cartas de crédito no se considerarán anticipo si su pago está condicionado a la entrega - recepción de los bienes u obras materia del contrato.*

El monto del anticipo lo regulará la Entidad Contratante en consideración de la naturaleza de la contratación."[45]

[45] LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2016. Art. 75

En cuanto a la garantía de anticipo, ésta debe ser otorgada por el contratista en el caso de que por la naturaleza de la contratación o forma de pago la entidad entregue un anticipo para el cumplimiento del contrato, con la finalidad de asegurar el 100 % de los fondos entregado por el Estado o sus entidades. Es decir si por ejemplo, en los pliegos precontractuales, estuvo previsto que la suscripción del contrato se debía entregar el 50% del valor del contrato en calidad de anticipo, el valor de la garantía del buen uso del anticipo deberá cubrir el valor total de dicho anticipo, en este caso por el 50% del valor contratado.

El Art. 77 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública de la devolución de las garantías, manifiesta: "En los contratos de ejecución de obras, la garantía de fiel cumplimiento se devolverá al momento de la entrega recepción definitiva, real o presunta. En los demás contratos, las garantías se devolverán a la firma del acta recepción única o a lo estipulado en el contrato."[46]

Dependiendo del tipo y objeto contractual, la Ley prevé un régimen particular en relación a la devolución de las garantías, en este caso para los contratos de ejecución de obras, la garantía de fiel cumplimiento se devolverá al momento de la entrega recepción definitiva, real o presunta. En los demás contratos, las garantías se devolverán a la firma del acta recepción única o a lo estipulado en el contrato. Por su parte el Art. 75 de la misma ley, señala

[46] LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2016. Art. 73

exclusivamente para la garantía del buen uso de anticipo, que el monto de esta haya asegurado deberá reducirse en la proporción que se haya amortizado dicho anticipo o se reciben provisionalmente, las obras, bienes o servicios contratados.

4.3.3. Reglamento para el control de las Garantías de los Contratos del SERCOP

El Art. 7 literales a), b) y c) del Reglamento para el control de las Garantías de los Contratos del SERCOP, expresa: "*Renovación de garantías de fiel cumplimiento y de buen uso de anticipo: status vigente y caducada.- La solicitud de renovación de garantías será potestad únicamente de la Dirección Financiera, sin perjuicio de la responsabilidad del Administrador del Contrato de advertir oportunamente a dicha Unidad al respecto. Se procederá de la siguiente manera:*

a) Automáticamente el Sistema Informático creado para el efecto, enviará con 30 días de anticipación una comunicación al dominio del correo electrónico de las aseguradoras solicitando la renovación de las garantías. Sin embargo, Tesorería también remitirá un oficio solicitando la renovación de las garantías que procedan, para lo cual, dicha unidad revisará:

• *La fecha de vigencia que tiene la póliza.*

• Las condiciones descritas en el contrato.

• Que las obligaciones contractuales se encuentren vigentes.

b) La Subdirección Técnica de Control de Obras STPCO, informará a la Dirección Financiera del valor exacto de la planilla de liquidación de los contratos; así como las Actas Entrega - Recepción Definitivas de los proyectos, que corresponda. Con ésta información, la Dirección Financiera verificará si procede o no, solicitar la renovación de las garantías, así como los respectivos montos de renovación.

c) Si la solicitud de vigencia procediere, Tesorería remitirá el correspondiente documento a la aseguradora pidiendo la renovación, en base a la presente normativa y demás legislación conexa."[47]

En la renovación de garantías no existe ninguna norma donde indique que, se renoven cuando el Estado no tiene dinero para pagarle al contratista, lo cual es una irregularidad que llevan a cabo las instituciones y por ende afecta los derechos de las personas y en particular de los contratistas, donde se ven en la necesidad las garantías hasta que llegue el dinero y les paguen lo adeudado, caso contrario puede pasar bastante tiempo y en ese lapso se ordena la renovación de las garantías, lo que afecta la seguridad jurídica, al

[47] Resolución SECOB-DG-2016-0002 (Registro Oficial 710, 11-III-2016)

no establecer una norma donde prohíba la renovación en estos casos, porque ya se concluyó con la obra, y es por demás este procedimiento.

4.3.4. Código Orgánico Financiero y monetario

El Art. 43 del Código Orgánico Financiero y Monetario manifiesta: "*La empresa de seguros, dentro de su actividad, está facultada, previa autorización del Superintendente de Compañías, Valores y Seguros, para otorgar mediante la emisión de pólizas, por cuenta de terceros, a favor de personas naturales o jurídicas, de derecho público o privado, fianzas o garantías cuyo otorgamiento no esté prohibido por ley.*

El afianzado está obligado a entregar a favor de la entidad de seguros, las contragarantías personales o reales que respalden el riesgo asumido.

El afianzado podrá ceder en favor de la empresa de seguros sus derechos para el cobro de valores por el anticipo a recibir, así como por las liquidaciones por planillas a emitirse por los trabajos realizados tanto del contrato garantizado como de otros a los que tuviere derecho.

La falta de pago de la prima no suspende ni termina los efectos de la garantía.

También podrá convenir que en caso de que los beneficiarios del sector público ordenen la renovación de las garantías, las primas correspondientes sean pagadas por éstos con cargo a los valores que tengan retenidos a sus contratistas.

La empresa de seguros podrá convenir que el pago de la prima por la emisión o renovación de la póliza, lo realice el solicitante, el afianzado o el asegurado.

El recibo o factura de prima, debidamente certificado por la empresa de seguros, constituye título ejecutivo."[48]

Quien está facultado para otorgar garantías y seguros es la empresa de seguros, institución que debe tener la autorización de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, las que se entregan mediante pólizas, cuentas a terceros, a favor de personas naturales o jurídicas, de derecho público o privado, siempre que estas actividades no estén prohibidas por la ley.

[4848] CÓDIGO ORGÁNICO FINANCIERO Y MONETARIO, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2016, Art. 43

4.4 LEGISLACIÓN COMPARADA

4.4.1. Chile

El Art. 11 de la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministros y Prestación de Servicios de Chile manifiesta: "*La respectiva entidad licitante requerirá, en conformidad al reglamento, la constitución de las garantías que estime necesarias para asegurar la seriedad de las ofertas presentadas y el fiel y oportuno cumplimiento del contrato definitivo, en la forma y por los medios que lo establezcan las respectivas bases de la licitación. Tratándose de la prestación de servicios, dichas garantías deberán asegurar, además, el pago de las obligaciones laborales y sociales con los trabajadores de los contratantes, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 20 de la ley N° 17.322, y permanecerán vigentes hasta 60 días hábiles después de recepcionadas las obras o culminados los contratos. Los jefes de servicio serán directamente responsables de la custodia, mantención y vigencia de las garantías solicitadas.*

Las garantías que se estimen necesarias para asegurar la seriedad de las ofertas, el cumplimiento de las obligaciones laborales y sociales de los trabajadores y el fiel y oportuno cumplimiento del contrato definitivo, deberán ser fijadas en un monto tal que sin desmedrar su finalidad no desincentiven la participación de oferentes al llamado de licitación o propuesta.

Con cargo a estas cauciones podrán hacerse efectivas las multas y demás sanciones que afecten a los contratistas.

Sólo podrán entregarse anticipos a un contratante, si se cauciona debida e íntegramente su valor."[49]

En la legislación de Chile las garantías de fiel cumplimiento están en vigencia hasta sesenta días después de entregada la obra, lo que en el Ecuador, abusan de la potestad de las autoridades contratantes, donde hace renovar las garantías solo por el hecho de no tener el recurso necesario para su pago al contratista, lo que lo perjudica enormemente, por una acción que no es su culpa sino de la entidad contratante.

4.4.2. Perú

Con relación a la vigencia de la garantía de fiel cumplimiento, el Art. 158 del Reglamento a la Ley de Contrataciones del Estado de Perú expresa que debe "*tener vigencia hasta la conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista, en el caso de bienes y servicios, o hasta el consentimiento de la liquidación final, en el caso de ejecución y consultoría de obras.*

De manera excepcional, respecto de aquellos contratos que tengan una vigencia superior a un (1) año, previamente a la suscripción del contrato, las

[49] Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministros y Prestación de Servicios de Chile, http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=213004

Entidades podrán aceptar que el ganador de la Buena Pro presente la garantía de fiel cumplimiento y de ser el caso, la garantía por el monto diferencial de la propuesta, con una vigencia de un (1) año, con el compromiso de renovar su vigencia hasta la conformidad de la recepción de la prestación o exista el consentimiento de la liquidación del contrato"[50].

La garantía de fiel cumplimiento en Perú debe tener vigencia hasta la recepción de la prestación, en el caso de bienes y servicios, o hasta el consentimiento de la liquidación final, en el caso de ejecución de ejecución de obras y consultoría de obras; no obstante, en caso el contrato tuviera una vigencia superior a un año, el contratista puede presentar la garantía de fiel cumplimiento con una vigencia de un año, siempre que se comprometa a renovar la vigencia hasta la conformidad de la prestación o el consentimiento de la liquidación final, según corresponda.

Es así que en Perú la vigencia del contrato sea de un año, la garantía de fiel cumplimiento debe tener vigencia hasta la conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista, en el caso de bienes y servicios, o hasta el consentimiento de la liquidación final, en el caso de ejecución y consultoría de obras, no pudiendo emitirse con una vigencia menor a esta.

De acuerdo al Art. 46 de la Ley de Contrataciones del Estado de Perú señala "*De las responsabilidades y sanciones.- Los funcionarios y servidores, así*

[50] LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO Y SU REGLAMENTO, http://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Documentos/legislacion/ley/Ley_de_Contrataciones_2012_web.pdf

como los miembros del Comité Especial que participan en los procesos de contratación de bienes, servicios y obras, son responsables del cumplimiento de la presente norma y su Reglamento.

En caso que las normas permitan márgenes de discrecionalidad para la actuación del servidor o funcionario, éste deberá ejercerla de acuerdo a los principios establecidos en el artículo 4º del presente Decreto Legislativo.

La evaluación del adecuado desempeño de los servidores o funcionarios en las de los mismos en sus cargos. Para tal efecto, la Entidad podrá disponer, en forma periódica y selectiva, la realización de exámenes y auditorías especializadas.

En el caso de las empresas del Estado, dicha evaluación es efectuada por el Directorio.

En caso de incumplimiento de las disposiciones establecidas en el presente Decreto Legislativo se aplicarán, de acuerdo a su gravedad, las siguientes sanciones:

a) Amonestación escrita;

b) Suspensión sin goce de remuneraciones de treinta (30) a noventa (90) días;

c) Cese temporal sin goce de remuneraciones hasta por doce (12) meses; y,

d) Destitución o despido.”[51]

A actuación de los funcionarios de la contratación pública está sujeta a que cumplan los principios que rigen las contrataciones, como se indica en el Art.

[51] LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO Y SU REGLAMENTO, http://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Documentos/legislacion/ley/Ley_de_Contrataciones_2012_web.pdf

4 de esta ley, así tenemos el de racionalidad que la actuación de los contratos debe ser cuantitativos y cualitativos para satisfacer el interés público y el resultado esperado, y su incumplimiento en caso de discrecionalidad de la actuación están sujetos como sanciones a la amonestación escrita, suspensión sin goce de remuneraciones de treinta (30) a noventa (90) días; cese temporal sin goce de remuneraciones hasta por doce (12) meses; y, destitución o despido. Lo cual incluye que pueda existir discrecionalidad en la renovación de las garantías que en Perú la vigencia del contrato sea de un año, la garantía de fiel cumplimiento debe tener vigencia hasta la conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista, en el caso de bienes y servicios, o hasta el consentimiento de la liquidación final, y si se sugiere una renovación de la garantía esta objeto a sanciones administrativas antes señaladas, lo que en Ecuador no se establece ninguna sanción para quien en forma discrecional pida renovar las garantías de fiel cumplimiento o buen uso de anticipo, legislación peruana que debe tomarse en cuenta para fundamentar la propuesta de reforma a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, no se exija la renovación de garantías de fiel cumplimiento y buen uso de anticipo en la entrega recepción definitiva real o presunta en la contratación pública de obras terminadas.

5. MATERIALES Y MÉTODOS

5.1. Materiales Utilizados

El desarrollo del trabajo investigativo se direccionó con la utilización de material bibliográfico, la utilización de obras literarias de carácter jurídico referentes a la problemática planteada, revistas jurídicas y páginas web especializadas, diccionarios de Derecho, información de periódicos, entre otros, con los cuales se realizaron los marcos referenciales o revisión de literatura. Los materiales de escritorio, útiles de oficina, entre papel, esferográficos, carpetas, Cds, flash memory, Recursos Técnicos, entre otros, el uso de computadora, impresora, copiadora, scanner, para el levantamiento del texto de la investigación.

5.2. Métodos

El desarrollo de la presente tesis, está encaminado a realizar una investigación descriptiva y bibliográfica. La investigación descriptiva es aquella que nos permite descubrir detalladamente y explicar un problema, objetivos y fenómenos naturales y sociales mediante un estudio con el propósito de determinar las características de un problema social.

La investigación bibliográfica consiste en la búsqueda de información en bibliotecas, internet, revistas, periódicos, libros de derecho; en las cuales

estarán ya incluidas las técnicas de utilización de fichas bibliográficas y nemotécnicas.

La información empírica, se obtendrá de la observación directa de la codificación de la Constitución de la República del Ecuador, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, y en especial del sistema de regulación, respecto a la Contratación Pública de proveedores del Estado.

Durante esta investigación se utilizará los siguientes métodos: El Método Inductivo, Deductivo, Analítico y Científico. El método deductivo, parte de aspectos particulares para llegar a las generalidades es decir de lo concreto a lo complejo, de lo conocido a lo desconocido. El método inductivo en cambio, parte de aspectos generales utilizando el racionamiento para llegar a conclusiones particulares.

El método analítico tiene relación al problema que se va a investigar por cuanto nos permite estudiar el problema en sus diferentes ámbitos. El análisis y síntesis complementarios de los métodos sirven en conjunto para su verificación y perfeccionamiento. El método científico, nos permite el conocimiento de fenómenos que se dan en la naturaleza y en la sociedad, a través de la reflexión comprensiva y realidad objetiva, de la sociedad por ello en la presente investigación me apoyare en este método.

5.3. Procedimientos y técnicas.

En lo que respecta a la fase de la investigación, el campo de acción a determinarse, estará determinado en que la Ley Orgánica Nacional de Contratación Pública, establecerá la normalización de los contratos de obra de acuerdo a las normas para la contratación con el Estado.

La investigación de campo se concretará a consultas de opinión a personas conocedoras de la problemática, previo muestreo poblacional de por lo menos treinta personas para la encuesta y cinco personas para la entrevista; en ambas técnicas se plantearán cuestionarios derivados de la hipótesis, cuya operativización partirá de la determinación de variables e indicadores; llegando a prescribir la verificación de los objetivos, contrastación de la hipótesis, de este contenido, me llevará a fundamentar la Propuesta de Reforma a la Ley Orgánica Nacional de Contratación Pública para que se norme adecuadamente la exigencia de las garantías en los contratos de obra con el estado.

En relación a los aspectos metodológicos de presentación del informe final, me regiré por lo que señala al respecto la metodología general de la investigación científica, y por los instrumentos respectivos y reglamentos a la Graduación de la Universidad Nacional de Loja, para tal efecto, y especialmente de la Unidad de Educación a Distancia, y cumplirlos en forma eficaz, en el cumplimiento de la investigación.

6. RESULTADOS

6.1. Análisis de la aplicación de la encuesta

Con la finalidad de reforzar en forma debida los planteamientos realizados en la parte teórica de la investigación, he realizado la investigación de campo, presentando los resultados obtenidos con la aplicación de treinta encuestas dirigidas a profesionales del derecho, las cuales han sido debidamente aprobadas por el director de tesis, lo que me permitió obtener los resultados que a continuación presento y analizo:

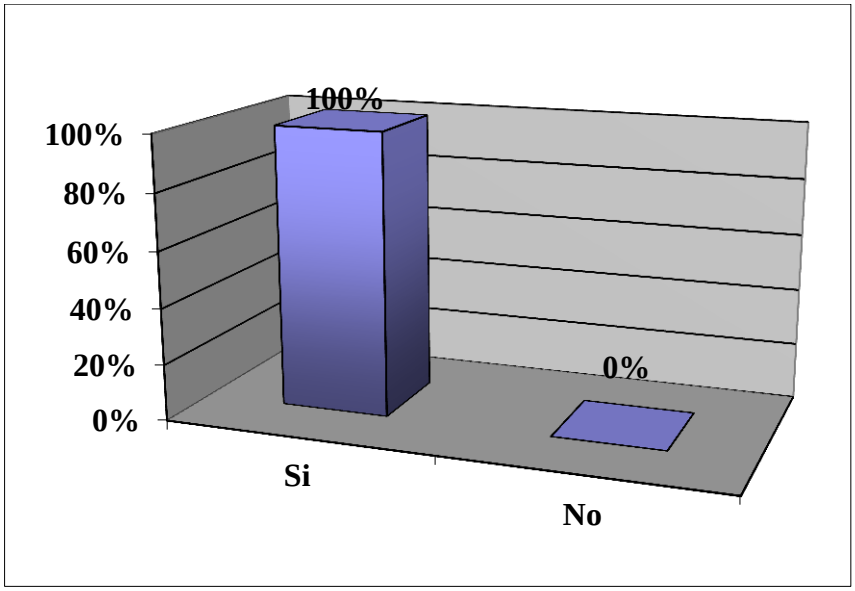
1. ¿Está usted de acuerdo que en el momento suscripción de los contratos de obra públicos, se exija a los contratistas que otorguen las garantías que correspondan, a la adopción de un riesgo, siendo el Estado el beneficiario?

CUADRO N° 1

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
No	0	0 %
Si	30	100 %
TOTAL	30	100 %

UNIVERSO: Abogados en libre ejercicio profesional
Autor: Richard Emilio Carrión Rojas

GRÁFICO N° 1



Interpretación.- De los resultados de la primera pregunta de un universo de treinta encuestados, treinta, que corresponde el 100% indicaron estar de acuerdo que en el momento suscripción de los contratos públicos, se exija a los contratistas que otorguen las garantías que correspondan, a la adopción de un riesgo, siendo el Estado el beneficiario.

Análisis.- La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública determina que en el momento suscripción de los contratos de obra públicos, se exija a los contratistas que otorguen las garantías que correspondan, a la adopción de un riesgo, siendo el Estado el beneficiario

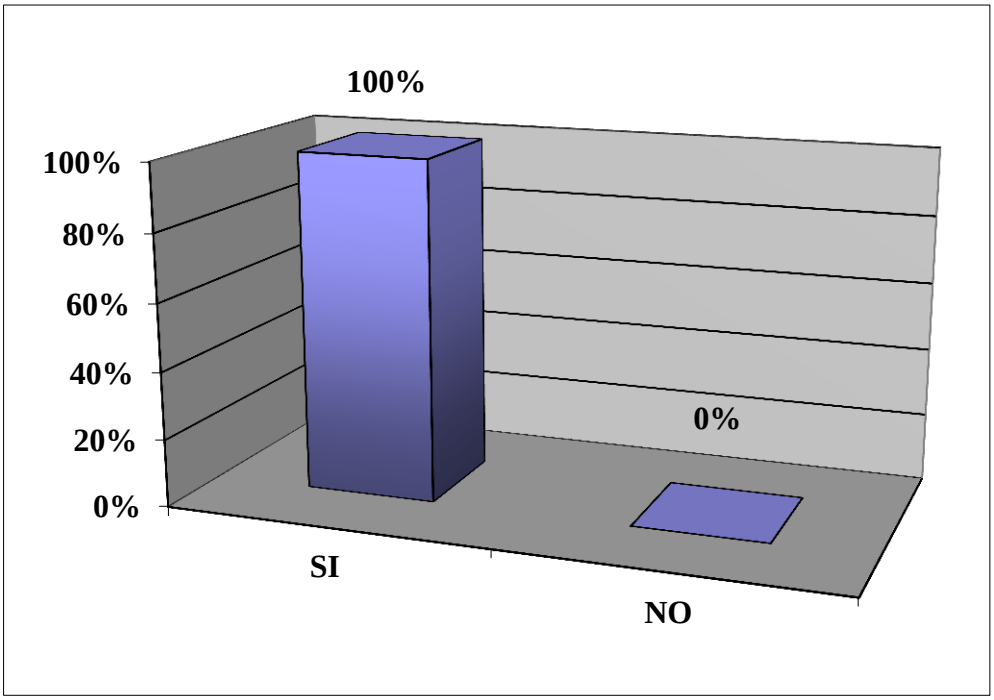
2. ¿Está usted de acuerdo que la garantía de buen uso del Anticipo se devuelvan al momento de la devengación del 100% del mismo o con el acta de recepción provisional y/o de la entrega recepción definitiva, real o presunta, y en los demás contratos, a la firma del acta recepción única o a lo estipulado en el contrato?

CUADRO N° 2

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

UNIVERSO: Abogados en libre ejercicio profesional
Autora: Richard Emilio Carrión Rojas

GRÁFICO Nº 2



Interpretación

En la segunda pregunta el 100% de los encuestados indicaron estar de acuerdo que la garantía del Buen Uso del Anticipo se devuelva al momento de la devengacion del 100% del mismo o con el acta de recepción provisional y/o de la entrega recepción definitiva, real o presunta, y en los demás contratos, a la firma del acta recepción única o a lo estipulado en el contrato, porque es dinero que el contratista pone para solicitar un anticipo y se cumpla con la obra pactada, asegurando el cumplimiento de las obligaciones.

Análisis

De acuerdo a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública los contratos de ejecución de obras, la garantía de buen uso del anticipo de devolverá a la devengación del 100% del mismo y la de fiel cumplimiento al momento de la entrega recepción definitiva, real o presunta. En los demás contratos, las garantías se devolverán a la firma del acta recepción única o a lo estipulado en el contrato. Disposiciones que deben ser cumplidas por los entes administrativos de la contratación pública, que por lo general se rigen a un presupuesto previamente aprobado y asignado sus recursos, es decir que no debe ejecutarse una obra cuando no se asignen los recursos para la realización de la obra o servicio.

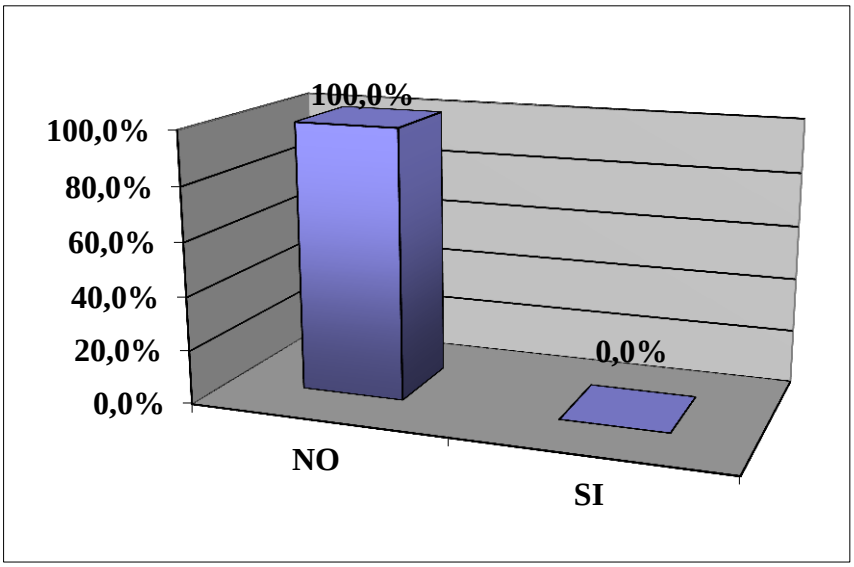
3. ¿Conoce usted si en la ley se estipula que se renove las garantías de fiel cumplimiento y buen uso de anticipo cuando terminado el contrato o luego que se haya hecho al entrega definitiva de la obra, porque el Estado no puede pagar sus obligaciones?

CUADRO N° 3

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
No	30	100 %
Si	0	0 %
TOTAL	30	100 %

UNIVERSO: Abogados en libre ejercicio profesional
Autor: Richard Emilio Carrión Rojas

GRÁFICO N° 3



Interpretación

En esta pregunta los treinta encuestados que equivale el 100 % indicaron no conocer que la ley estipule se renove las garantías de fiel cumplimiento y buen uso de anticipo, cuando aún terminado porque el contrato el Estado no pueda pagar sus obligaciones, es decir, en ninguna parte de la ley establece dicha exigencia ilegal.

Análisis

La discrecionalidad es una actividad en la toma de decisiones que tiene la autoridad de un órganos administrativo, pero esto no significa que goza de una libre actividad de la administración, sino que debe tomar decisiones en función a lo establecido en sus obligaciones y en aplicación a la Constitución y la ley, tomando decisiones a su favor sin posibilidad de elección en contrario, más bien abusan de la potestad de las autoridades contratantes, donde hace renovar las garantías solo por el hecho de no tener el recurso necesario para su pago al contratista, lo que lo perjudica enormemente, por una acción que no es su culpa sino de la entidad contratante.

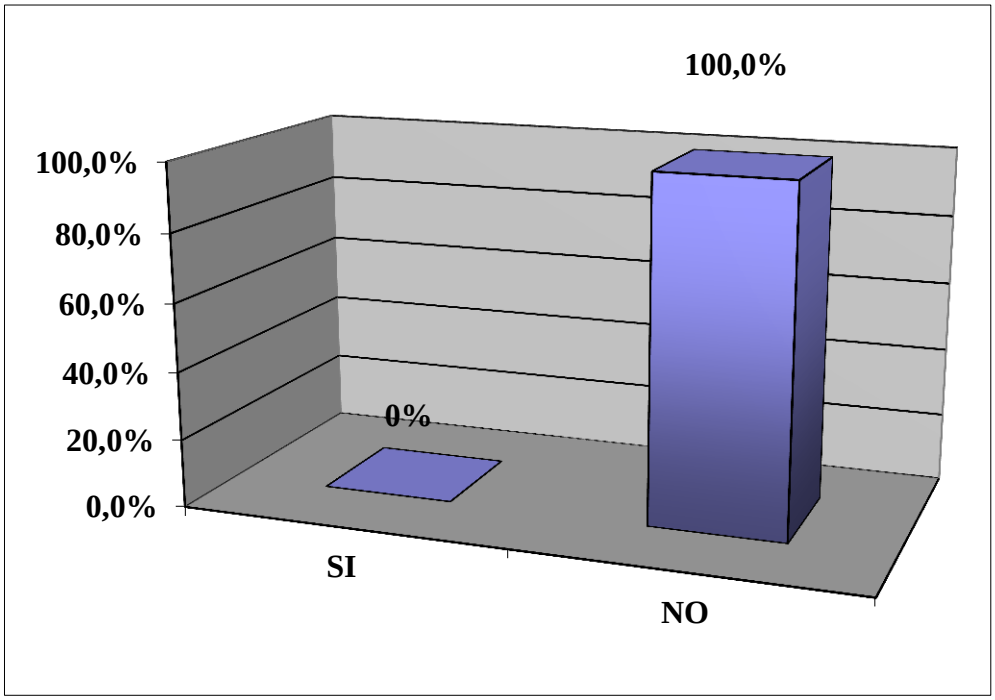
4. ¿Está usted de acuerdo que en la actividad de la contratación pública, las instituciones del Estado tengan la discrecionalidad exigir que se renove las garantías de fiel cumplimiento y buen uso de anticipo, por el hecho que el mismo estado no cancele los valores al contratista por la terminación del contrato y la entrega definitiva de la obra?

CUADRO N° 4

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
NO	30	100 %
SI	0	0,00 %
TOTAL	30	100 %

UNIVERSO: Abogados en libre ejercicio profesional
Autor: Richard Emilio Carrión Rojas

GRÁFICO Nº 4



Interpretación

En esta pregunta los treinta encuestados que equivale el 100 % indicaron no estar de acuerdo que en la actividad de la contratación pública, las instituciones del Estado tengan la discrecionalidad exigir que se renove las garantías de fiel cumplimiento y buen uso de anticipo, por el hecho que no se cancele los valores por la terminación del contrato por la entrega de la obra ya que lo consideran un acto ilegal e ilegitimo.

Análisis

En la actividad de la contratación pública es frecuente que la instituciones del Estado no ha cancelado los valores por la terminación de contrato una vez que ya se entregue la obra terminada y se tenga el acta de recepción definitiva a lo que prescribe el contrato, y éste por la ausencia de planificación y de políticas de contratación pública ha derivado en discrecionalidad exigir al contratista que renove las garantías de fiel cumplimiento y buen uso de anticipo, trayendo un gran perjuicio al contratista.

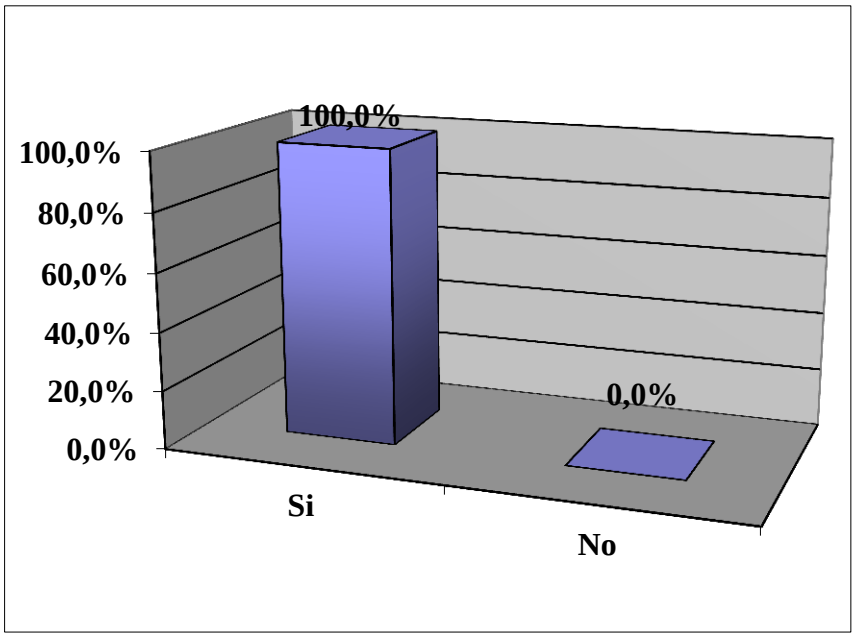
5. ¿Cree usted que la exigencia a destiempo de renovar las garantías de fiel cumplimiento y buen uso de anticipo es un perjuicio al contratista, hasta que el Estado pague sus obligaciones por la terminación del contrato?

CUADRO N° 5

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
No	0	0 %
Si	30	100 %
TOTAL	30	100 %

UNIVERSO: Abogados en libre ejercicio profesional
Autor: Richard Emilio Carrión Rojas

GRÁFICO N° 5



Interpretación

En esta pregunta los treinta encuestados que equivale el 100% si creen que la exigencia de renovación de las garantías de fiel cumplimiento y buen uso de anticipo es un perjuicio al contratista hasta que el Estado pague sus obligaciones por la terminación del contrato e incluso, también creen que es ilegal e ilegitimo.

Análisis

La Ley exige en el momento suscripción de los contratos públicos, a los contratistas que otorguen las garantías que correspondan, siendo aquellas una relación extracontractual entre el Estado y una compañía de seguros que, dentro de su actividad contrata con un contratista, la adopción de un riesgo, siendo el Estado el beneficiario, pero la exigencia que se renove las garantías de fiel cumplimiento y buen uso de anticipo hasta que el Estado pague sus obligaciones por la terminación del contrato es un perjuicio al contratista.

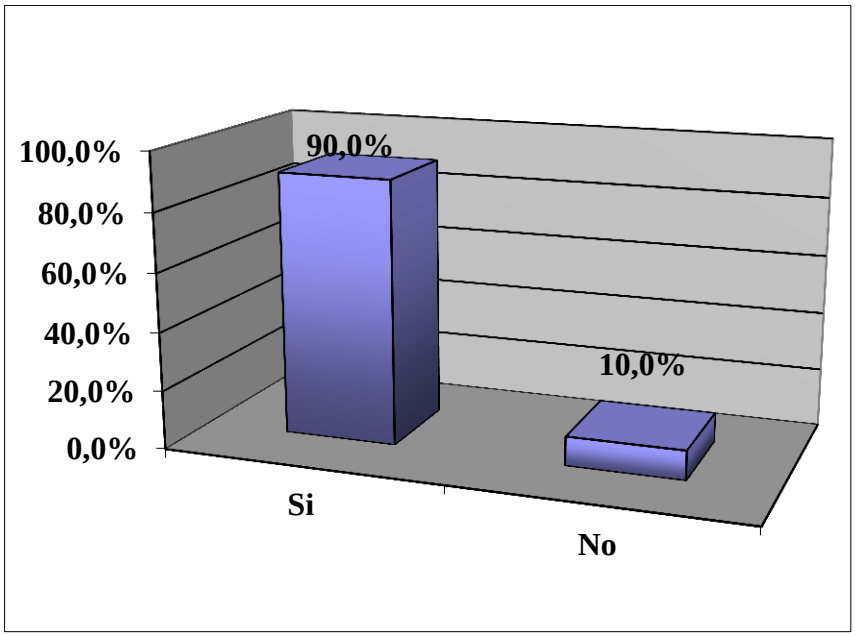
6. ¿Considera usted que la discrecionalidad de las instituciones públicas a que el contratista renove las garantías de fiel cumplimiento y buen uso de anticipo, viola la norma constitucional que actúen en virtud de una potestad estatal de acuerdo a las competencias y facultades que les sean a ellos atribuidas?

CUADRO N° 6

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
No	3	10 %
Si	27	90 %
TOTAL	30	100 %

UNIVERSO: Abogados en libre ejercicio profesional
Autor: Richard Emilio Carrión Rojas

GRÁFICO N° 6



Interpretación

En esta pregunta tres encuestados que corresponde el 10% señalaron que la discrecionalidad de las instituciones públicas a que se renoven las garantías de fiel cumplimiento y buen uso de anticipo no viola la norma constitucional. En cambio veintisiete encuestados que equivale el 90% opinaron que la discrecionalidad de las instituciones públicas que renoven las garantías de fiel cumplimiento y buen uso de anticipo si viola la norma constitucional.

Análisis

La discrecionalidad de las instituciones públicas a que los contratistas renoven las garantías de fiel cumplimiento y buen uso de anticipo indudablemente viola la norma constitucional ya que al inobservar las Ley y potestades que tienen, lo están haciendo.

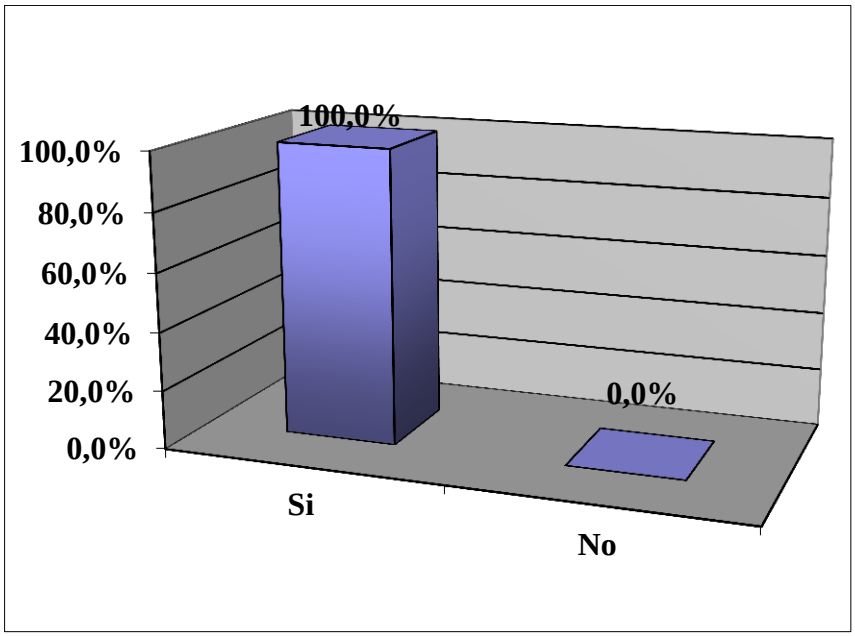
7. ¿Cree usted que en la contratación pública es inconstitucional e ilegal la exigencia de renovación de la garantía de buen uso de anticipo y de fiel cumplimiento en la entrega recepción definitiva real o presunta de obras terminadas?

CUADRO N° 7

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
No	0	0%
Si	30	30%
TOTAL	30	100 %

UNIVERSO: Abogados en libre ejercicio profesional
Autor: Richard Emilio Carrión Rojas

GRÁFICO N° 7



Interpretación.

En esta pregunta el 100% de los encuestados opinaron que es inconstitucional e ilegal la exigencia de renovación de garantías de buen uso de anticipo y fiel cumplimiento en la entrega recepción definitiva real o presunta de obras terminadas en la contratación pública.

Análisis.

Es inconstitucional e ilegal la exigencia de renovación de garantías de fiel cumplimiento y buen uso de anticipo en la entrega recepción definitiva real o presunta de obras terminadas en la contratación pública, porque la Ley establece lo contrario, ya que al tener el acta de Recepción Provisional se entiende que el anticipo se devengo en su totalidad, y así mismo, el tiempo de prueba de la obra culmino, considerando que con el Acta de Recepción Definitiva terminan las obligaciones contractuales del contratista.

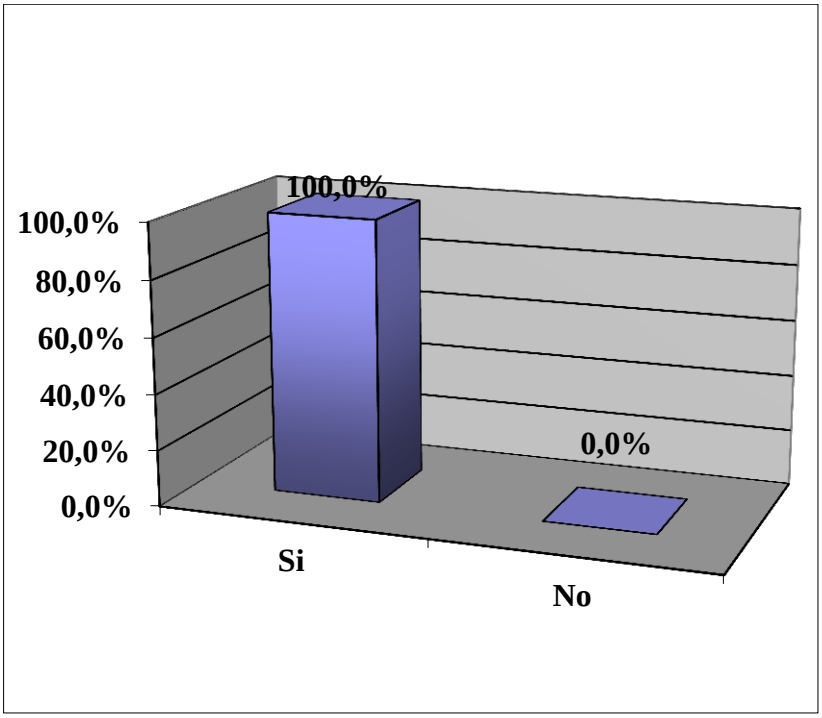
8. ¿Está usted de acuerdo que se reforme la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, para que no se exija la renovación de garantías de fiel cumplimiento y buen uso de anticipo en la entrega recepción definitiva real o presunta en la contratación pública de obras terminadas?

CUADRO N° 8

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

UNIVERSO: Abogados en libre ejercicio profesional
Autor: Richard Emilio Carrión Rojas

GRÁFICO N° 8



Interpretación

En esta pregunta el 100% de los encuestados están de acuerdo que al terminar las obligaciones del contratista por así determinarlo la ley, no tiene la obligación de mantener ninguna Garantía vigente por lo que, es necesario se reforme la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en relación que no se exija la renovación de garantías de fiel cumplimiento y buen uso de anticipo en la entrega recepción definitiva real o presunta en la contratación pública de obras terminadas

Análisis

Es conveniente que se reforme la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en relación que no se exija la renovación de garantías de fiel cumplimiento y buen uso de anticipo en la entrega recepción definitiva real o presunta en la contratación pública de obras terminadas, ya que al hacerlo se está cometiendo actos ilegales e ilegítimos con los contratistas.

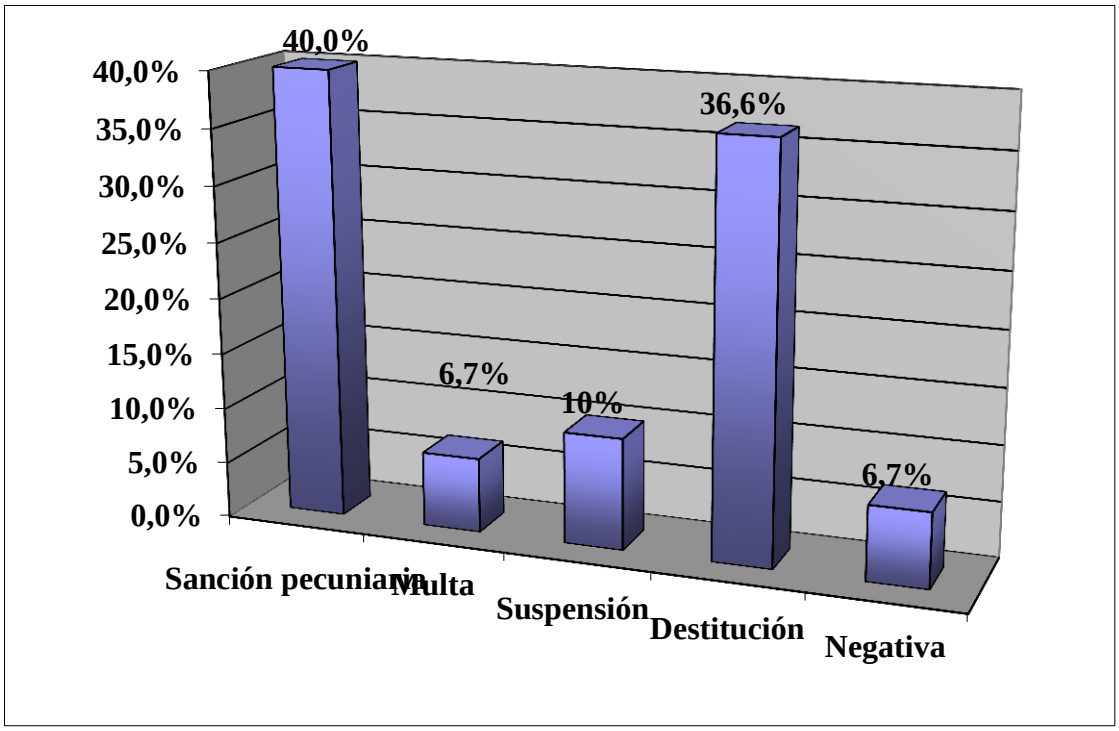
9. Si su respuesta a la pregunta anterior es positiva ¿Cuál debería ser la sanción que debe recibir la autoridad administrativa que exija se renove las garantías de fiel cumplimiento y buen uso de anticipo en la entrega recepción definitiva real o presunta en la contratación pública de obras terminadas?

CUADRO N° 9

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Sanción pecuniaria	12	40 %
Multa	2	6.7 %
Suspensión	3	10%
Destitución	11	36.6%
Negativa	2	6.7%
TOTAL	30	100 %

UNIVERSO: Abogados en libre ejercicio profesional
Autor: Richard Emilio Carrión Rojas

GRÁFICO N° 9



Interpretación.

Al observar las respuestas de los encuestados doce personas que corresponde el 40% señalaron que debe ser la sanción pecuniaria; dos que equivale el 6.7% indicaron que debe ser multa; tres personas que corresponde el 10% debe ser destitución; once personas que corresponde el 36.7% señalaron que debe ser la destitución; y, dos personas que corresponde el 6.7% no están de acuerdo con esta reforma

Análisis

De los resultados obtenidos considerado que establecer la sanción pecuniaria y la destitución del funcionario que exige se renove las garantías de fiel cumplimiento y buen uso de anticipo en la entrega recepción definitiva real o presunta en la contratación pública de obras terminadas es la más correcta por la gravedad de la inobservancia de la ley.

6.2. Resultados de las entrevistas

Las entrevistas fueron aplicadas a personas que son contratistas con el Estado, cuyos resultados se detallan a continuación:

1. ¿Cómo contratista le han exigido que renove las garantías de fiel cumplimiento y buen uso de anticipo, cuando terminado el contrato el Estado no pueda pagar sus obligaciones?

Primera respuesta.- Si actualmente en las instituciones que he contratado por el hecho de no cancelar lo que adeudad por la falta de dinero, es decir por un tema administrativo interno de dicha institución, exigen que se mantenga vigente la garantía de buen uso del anticipo, ya que según ellos el mismo está por devengar, lo que no es ni cierto ni coherente, ya que al tener acta de recepción definitiva, se entiende que el anticipo esta devengado y no hay ninguna obligación pendiente por parte nuestra, más bien la obligación y deuda es de ellos hacia nosotros, que nos deben dinero.

Segunda respuesta.- Si, esto está sucediendo en la mayor parte de las instituciones públicas donde convoca a la realización de una obra y cuando quiere entregar la obra y que le cancelen se encuentra con la novedad que se nos exige hasta que nos cancelen renovemos las garantías, que muchos nos perjudicamos en los pequeños contratistas.

Tercera respuesta.- Si, esto es un acto concurrente de la mayor parte de las instituciones, que nos perjudican con aquella acción de renovación y violan nuestros derechos.

2. ¿Cómo les perjudica a los contratistas que se exija que se renove las garantías de fiel cumplimiento y buen uso de anticipo?

Primera respuesta.- A los pequeños contratistas que trabajamos para nuestra familia y tenemos que sacar dinero para seguir manteniendo vigente las garantías, y peor aún que las instituciones han limitado la ejecución de obras

Segunda respuesta.- El perjuicio es de uno mismo, que debe cumplir las exigencias de la aseguradora, es decir una garantía debe estar allí hasta que la institución cancele lo pagado, y eso afecta el bolsillo de quienes trabajamos en este ámbito y tomando en cuenta, que tenemos hipotecados todos nuestros bienes.

Tercera respuesta.- En la forma se seguir manteniendo la garantía con exigencias que muchas de las veces no podemos cumplir, pero debemos buscar los medios, porque vivimos de esta actividad.

3. ¿Qué derechos o normas cree usted que se viola la discrecionalidad de las instituciones públicas que exigen la renovación de las garantías de fiel cumplimiento y buen uso de anticipo en los casos antes citados?

Primera respuesta.- Que las instituciones van más allá de las atribuciones y facultades que señala la Constitución y la Ley.

Segunda respuesta.- Estimo que es un hecho ilegal e inconstitucional.

Tercera respuesta.- Es un perjuicio a la economía de las personas, y acceso al trabajo como la garantía de recibir pagos justos y se nos retiene nuestro dinero.

4. ¿Qué criterios propondría usted que se reforme la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en relación que no se exija la renovación de garantías de fiel cumplimiento y buen uso de anticipo en la entrega recepción definitiva real o presunta en la contratación pública de obras terminadas?

Primera respuesta.- Bueno con la prohibición, se sanciones penalmente a quien infrinja la norma.

Segunda respuesta.- Que se destituya al personal que exige la renovación de estas garantías.

Tercera respuesta.- Que se sancione pecuniariamente y en caso de reiteración se destituya al funcionario.

7. DISCUSIÓN

7.1. Verificación de objetivos

Objetivo General

- Realizar un estudio jurídico, crítico de la aplicación de las garantías señaladas en Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Objetivos Específicos

- Realizar un análisis y revisión de las garantías de fiel cumplimiento y buen uso de anticipo.
- Determinar las consecuencias jurídicas de la renovación de las garantías de fiel cumplimiento y buen uso de anticipo en la entrega recepción definitiva, real o presunta en la contratación pública.

- Proponer una reforma a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en relación que no se exija la renovación de garantías de fiel cumplimiento y buen uso de anticipo en la entrega recepción definitiva real o presunta en la contratación pública de obras terminadas.

7.2. Contrastación de hipótesis

Es inconstitucional e ilegal la exigencia de renovación de garantías de fiel cumplimiento y buen uso de anticipo en la entrega recepción definitiva real o presunta de obras terminadas en la contratación pública

7.3. Fundamentación jurídica de la propuesta de reforma

El Art. 226 de la Constitución de la República del Ecuador, manifiesta: "*Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución*"[52]

La Constitución establece facultades a los servidores públicos, únicamente de las que determina la propia Constitución y la ley, es decir, son atribuciones y deberes que deben cumplir su función para darle legalidad a sus actividades, porque las acciones fuera de ella se torna inconstitucionales e ilegales. Esto como fin único y efectivo disfrutar los derechos y ejercerlos, para lo cual deberán promoverse y exigirse y que las autoridades garantizarán su cumplimiento.

[52] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2016, Art. 226

El Art. 73 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública manifiesta como formas de garantías: "*En los contratos a que se refiere esta Ley, los contratistas podrán rendir cualquiera de las siguientes garantías:*

1. Garantía incondicional, irrevocable y de cobro inmediato, otorgada por un banco o institución financiera establecidos en el país o por intermedio de ellos;

2. Fianza instrumentada en una póliza de seguros, incondicional e irrevocable, de cobro inmediato, emitida por una compañía de seguros establecida en el país;

3. Primera hipoteca de bienes raíces, siempre que el monto de la garantía no exceda del sesenta (60%) por ciento del valor del inmueble hipotecado, según el correspondiente avalúo catastral correspondiente;

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

momento de constituir la garantía. Los intereses que produzcan pertenecerán al proveedor; y,

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

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

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

Las garantías otorgadas por bancos o instituciones financieras y las pólizas de seguros establecidas en los numerales 1 y 2 del presente artículo, no admitirán cláusula alguna que establezca trámite administrativo previo, bastando para su ejecución, el requerimiento por escrito de la entidad beneficiaria de la garantía. Cualquier cláusula en contrario, se entenderá como no escrita. En caso de incumplimiento, el banco, la institución financiera o la compañía aseguradora, será inhabilitada en el Sistema Nacional de Contratación Pública por el organismo responsable, hasta el

cumplimiento de su obligación. En caso de reincidencia será inhabilitada por dos (2) años."[53]

Las garantías tienen características a favor del sector público, estas son incondicional, irrevocable y de cobro inmediato; y, la fianza instrumentada en la póliza de seguros, adicionalmente debe determinar que no admitirá cláusula alguna que establezca trámite administrativo previo. Para hacer efectivo estas garantías, la entidad contratante tendrá preferencia sobre cualquier otro acreedor, sea cual fuere la naturaleza del mismo, y del título en que se constituya su pretensión.

El Art. 74 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública sobre la garantía de fiel cumplimiento indica: "*Para seguridad del cumplimiento del contrato y para responder por las obligaciones que contrajeren a favor de terceros, relacionadas con el contrato, el adjudicatario, antes o al momento de la firma del contrato, rendirá garantías por un monto equivalente al cinco (5%) por ciento del valor de aquel. En los contratos de obra, así como en los contratos integrales por precio fijo, esta garantía se constituirá para garantizar el cumplimiento del contrato y las obligaciones contraídas a favor de terceros y para asegurar la debida ejecución de la obra y la buena calidad de los materiales, asegurando con ello las reparaciones o cambios de aquellas partes de la obra en la que se descubran defectos de construcción, mala calidad o incumplimiento de las especificaciones, imputables al proveedor.*

[53] LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2016. Art. 73

En los contratos de obra o en la contratación de servicios no normalizados, si la oferta económica adjudicada fuese inferior al presupuesto referencial en un porcentaje igual o superior al diez (10%) por ciento de éste, la garantía de fiel cumplimiento deberá incrementarse en un monto equivalente al veinte (20%) por ciento de la diferencia entre el presupuesto referencial y la cuantía del contrato.

Tales cauciones podrán constituirse mediante la entrega de las garantías contempladas en los números: 1, 2; y, 5 del artículo 73 de esta Ley.

No se exigirá este tipo de garantía en los contratos de compraventa de bienes inmuebles y de adquisición de bienes muebles que se entreguen al momento de efectuarse el pago.

Tampoco se exigirá esta garantía en los contratos cuya cuantía sea menor a multiplicar el coeficiente 0,000002 por el Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico.

Con cargo a la garantía de fiel cumplimiento se podrá efectivizar las multas que le fueren impuestas al contratista."[54]

Sobre la garantía de fiel cumplimiento tiene la finalidad de asegurar el cumplimiento oportuno y eficaz de las relaciones contractuales a favor de la

[54] LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2016. Art. 74

entidad pública y de tercero. Este tipo de garantían no se podrá exigir en caso de contratos de adquisición de bienes en los que haya señalado que los bienes serán entregados a la suscripción del contrato. En los contratos de obra así como en los contratos integrales por precio fijo, esta garantía se constituirá no solo para garantizar el cumplimiento, sino principalmente para asegurar la debida ejecución de la obra y la buena calidad de los materiales, asegurando con ello las reparaciones o cambios de aquellas partes de la obra en la que se descubran defectos de construcción o mala calidad.

El Art. 75 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública expresa: "*Garantía por anticipo.- Si por la forma de pago establecida en el contrato, la Entidad Contratante debiera otorgar anticipos de cualquier naturaleza, sea en dinero, giros a la vista u otra forma de pago, el contratista para recibir el anticipo, deberá rendir previamente garantías por igual valor del anticipo, que se reducirán en la proporción que se vaya amortizando aquél o se reciban provisionalmente las obras, bienes o servicios. Las cartas de crédito no se considerarán anticipo si su pago está condicionado a la entrega - recepción de los bienes u obras materia del contrato.*
El monto del anticipo lo regulará la Entidad Contratante en consideración de la naturaleza de la contratación."[55]

En cuanto a la garantía de anticipo, ésta debe ser otorgada por el contratista en el caso de que por la naturaleza de la contratación o forma de pago la

[55] LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2016. Art. 75

entidad entregue un anticipo para el cumplimiento del contrato, con la finalidad de asegurar el 100 % de los fondos entregado por el Estado o sus entidades. Es decir si por ejemplo, en los pliegos precontractuales, estuvo previsto que la suscripción del contrato se debía entregar el 50% del valor del contrato en calidad de anticipo, el valor de la garantía del buen uso del anticipo deberá cubrir el valor total de dicho anticipo, en este caso por el 50% del valor contratado.

El Art. 77 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública de la devolución de las garantías, manifiesta: "En los contratos de ejecución de obras, la garantía de fiel cumplimiento se devolverá al momento de la entrega recepción definitiva, real o presunta. En los demás contratos, las garantías se devolverán a la firma del acta recepción única o a lo estipulado en el contrato."[56]

Dependiendo del tipo y objeto contractual, la Ley prevé un régimen particular en relación a la devolución de las garantías, en este caso para los contratos de ejecución de obras, la garantía de fiel cumplimiento se devolverá al momento de la entrega recepción definitiva, real o presunta. En los demás contratos, las garantías se devolverán a la firma del acta recepción única o a lo estipulado en el contrato. Por su parte el Art. 75 de la misma ley, señala exclusivamente para la garantía del buen uso de anticipo, que el monto de

[56] LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2016. Art. 73

esta haya asegurado deberá reducirse en la proporción que se haya amortizado dicho anticipo o se reciben provisionalmente, las obras, bienes o servicios contratados.

El Art. 43 del Código Orgánico Financiero y Monetario manifiesta: "*La empresa de seguros, dentro de su actividad, está facultada, previa autorización del Superintendente de Compañías, Valores y Seguros, para otorgar mediante la emisión de pólizas, por cuenta de terceros, a favor de personas naturales o jurídicas, de derecho público o privado, fianzas o garantías cuyo otorgamiento no esté prohibido por ley.*

El afianzado está obligado a entregar a favor de la entidad de seguros, las contragarantías personales o reales que respalden el riesgo asumido.

El afianzado podrá ceder en favor de la empresa de seguros sus derechos para el cobro de valores por el anticipo a recibir, así como por las liquidaciones por planillas a emitirse por los trabajos realizados tanto del contrato garantizado como de otros a los que tuviere derecho.

La falta de pago de la prima no suspende ni termina los efectos de la garantía.

También podrá convenir que en caso de que los beneficiarios del sector público ordenen la renovación de las garantías, las primas correspondientes

sean pagadas por éstos con cargo a los valores que tengan retenidos a sus contratistas.

La empresa de seguros podrá convenir que el pago de la prima por la emisión o renovación de la póliza, lo realice el solicitante, el afianzado o el asegurado.

El recibo o factura de prima, debidamente certificado por la empresa de seguros, constituye título ejecutivo."[57]

Quien está facultado para otorgar garantías y seguros es la empresa de seguros, institución que debe tener la autorización de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, las que se entregan mediante pólizas, cuentas a terceros, a favor de personas naturales o jurídicas, de derecho público o privado, siempre que estas actividades no estén prohibidas por la ley.

El Art. 7 literales a), b) y c) del Reglamento para el control de las Garantías de los Contratos del SERCOB, expresa: "*Renovación de garantías de fiel cumplimiento y de buen uso de anticipo: status vigente y caducada.- La solicitud de renovación de garantías será potestad únicamente de la Dirección Financiera, sin perjuicio de la responsabilidad del Administrador*

[57] CÓDIGO ORGÁNICO FINANCIERO Y MONETARIO, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2016, Art. 43

del Contrato de advertir oportunamente a dicha Unidad al respecto. Se procederá de la siguiente manera:

a) Automáticamente el Sistema Informático creado para el efecto, enviará con 30 días de anticipación una comunicación al dominio del correo electrónico de las aseguradoras solicitando la renovación de las garantías. Sin embargo, Tesorería también remitirá un oficio solicitando la renovación de las garantías que procedan, para lo cual, dicha unidad revisará:

- *La fecha de vigencia que tiene la póliza.*

- *Las condiciones descritas en el contrato.*

- *Que las obligaciones contractuales se encuentren vigentes.*

b) La Subdirección Técnica de Control de Obras STPCO, informará a la Dirección Financiera del valor exacto de la planilla de liquidación de los contratos; así como las Actas Entrega - Recepción Definitivas de los proyectos, que corresponda. Con ésta información, la Dirección Financiera verificará si procede o no, solicitar la renovación de las garantías, así como los respectivos montos de renovación.

c) Si la solicitud de vigencia procediere, Tesorería remitirá el correspondiente documento a la aseguradora pidiendo la renovación, en base a la presente normativa y demás legislación conexa.”[58]

En la renovación de garantías no existe ninguna norma donde indique que, se renoven cuando el Estado no tiene dinero para pagarle al contratista, lo cual es una irregularidad que llevan a cabo las instituciones y por ende afecta los derechos de las personas y en particular de los contratistas, donde se ven en la necesidad las garantías hasta que llegue el dinero y les paguen lo adeudado, caso contrario puede pasar bastante tiempo y en ese lapso se ordena la renovación de las garantías, lo que afecta la seguridad jurídica, al no establecer una norma donde prohíba la renovación en estos casos, porque ya se concluyó con la obra, y es por demás este procedimiento.

[58] Resolución SECOB-DG-2016-0002 (Registro Oficial 710, 11-III-2016)

8. CONCLUSIONES

- En la contratación pública se determina que en el momento suscripción de los contratos públicos, se exija a los contratistas que otorguen las garantías que correspondan, a la adopción de un riesgo, siendo el Estado el beneficiario.

- Es una disposición de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública que la garantía de buen uso del anticipo de se devolverá a la devengación del 100% del mismo y la de fiel cumplimiento se devuelvan al momento de la entrega recepción definitiva, real o presunta, y en los demás contratos, a la firma del acta recepción única o a lo estipulado en el contrato.

- La ley no estipula se renove las garantías de fiel cumplimiento y buen uso de anticipo, cuando terminado el contrato el Estado no pueda pagar sus obligaciones.

- En la actividad de la contratación pública, las instituciones del Estado han actuado con discrecionalidad al exigir que se renove las garantías de fiel cumplimiento y buen uso de anticipo, cuando no se cancela los valores por la terminación del contrato por la entrega de la obra.

- La exigencia que se renove las garantías de fiel cumplimiento y buen uso de anticipo es un perjuicio al contratista, renovar hasta que el Estado pague sus obligaciones por la terminación del contrato

- La discrecionalidad de las instituciones públicas que renoven las garantías de fiel cumplimiento y buen uso de anticipo viola la norma constitucional que actúen en virtud de una potestad estatal de acuerdo a las competencias y facultades que les sean a ellos atribuidas.

- Es inconstitucional e ilegal la exigencia de renovación de garantías de fiel cumplimiento y buen uso de anticipo aun ya realizada la entrega recepción definitiva real o presunta de obras terminadas.

- Es necesario se reforme la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, para que no se exija la renovación de garantías de fiel cumplimiento y buen uso de anticipo en la entrega recepción definitiva real o presunta en la contratación pública de obras terminadas.

- La sanción que debe recibir la autoridad administrativa que exija se renove las garantías de fiel cumplimiento y buen uso de anticipo en la entrega recepción definitiva real o presunta en la contratación pública de obras terminadas, es pecuniaria y la destitución de su puesto.

9. RECOMENDACIONES

- En la contratación pública se determina que en el momento suscripción de los contratos públicos, se exija a los contratistas que otorguen las garantías que correspondan, a la adopción de un riesgo, siendo el Estado el beneficiario.

- Es una disposición de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública que la garantía de fiel cumplimiento se devuelvan al momento de la entrega recepción definitiva, real o presunta, y en los demás contratos, a la firma del acta recepción única o a lo estipulado en el contrato

- La ley no estipula se renove las garantías de fiel cumplimiento y buen uso de anticipo, cuando terminado el contrato el Estado no pueda pagar sus obligaciones.

- En la actividad de la contratación pública, las instituciones del Estado han actuado con discrecionalidad al exigir se renove las garantías de fiel cumplimiento y buen uso de anticipo, cuando no se cancela los valores por la terminación del contrato por la entrega de la obra.

- La exigencia que se renove las garantías de fiel cumplimiento y buen uso de anticipo es un perjuicio al contratista, renovar hasta que el Estado pague sus obligaciones por la terminación del contrato

- La discrecionalidad de las instituciones públicas que renoven las garantías de fiel cumplimiento y buen uso de anticipo viola la norma constitucional que actúen en virtud de una potestad estatal de acuerdo a las competencias y facultades que les sean a ellos atribuidas.

- Es inconstitucional e ilegal la exigencia de renovación de garantías de fiel cumplimiento y buen uso de anticipo en la entrega recepción definitiva real o presunta de obras terminadas.

- Es necesario se reforme la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en relación que no se exija la renovación de garantías de fiel cumplimiento y buen uso de anticipo en la entrega recepción definitiva real o presunta en la contratación pública de obras terminadas.

- La sanción que debe recibir la autoridad administrativa que exija se renove las garantías de fiel cumplimiento y buen uso de anticipo en la entrega recepción definitiva real o presunta en la contratación pública de obras terminadas, es pecuniaria y la destitución de su puesto.

9.1. Propuesta de Reforma

ASAMBLENA NACIONAL DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR

CONSIDERANDO:

Que el Art. 226 de la Constitución de la República del Ecuador, establece que las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución.

Que el Art. 73 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, como garantías establece: 1. Garantía incondicional, irrevocable y de cobro inmediato, otorgada por un banco o institución financiera establecidos en el país o por intermedio de ellos; 2. Fianza instrumentada en una póliza de seguros, incondicional e irrevocable, de cobro inmediato, emitida por una compañía de seguros establecida en el país; 3. Primera hipoteca de bienes raíces, siempre que el monto de la garantía no exceda del sesenta (60%) por ciento del valor del inmueble hipotecado, según el correspondiente avalúo catastral correspondiente; 4. Depósitos de bonos del Estado, de las municipalidades y de otras instituciones del Estado, certificaciones de la Tesorería General de la Nación, cédulas hipotecarias,

bonos de prenda, Notas de crédito otorgadas por el Servicio de Rentas Internas, o valores fiduciarios que hayan sido calificados por el Directorio del Banco Central del Ecuador; y, 5. Certificados de depósito a plazo, emitidos por una institución financiera establecida en el país, endosados por valor en garantía a la orden de la Entidad Contratante y cuyo plazo de vigencia sea mayor al estimado para la ejecución del contrato.

Que el Art. 74 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública sobre la garantía de fiel cumplimiento indica: Para seguridad del cumplimiento del contrato y para responder por las obligaciones que contrajeren a favor de terceros, relacionadas con el contrato, el adjudicatario, antes o al momento de la firma del contrato, rendirá garantías por un monto equivalente al cinco (5%) por ciento del valor de aquel. En los contratos de obra, así como en los contratos integrales por precio fijo, esta garantía se constituirá para garantizar el cumplimiento del contrato y las obligaciones contraídas a favor de terceros y para asegurar la debida ejecución de la obra y la buena calidad de los materiales, asegurando con ello las reparaciones o cambios de aquellas partes de la obra en la que se descubran defectos de construcción, mala calidad o incumplimiento de las especificaciones, imputables al proveedor.- En los contratos de obra o en la contratación de servicios no normalizados, si la oferta económica adjudicada fuese inferior al presupuesto referencial en un porcentaje igual o superior al diez (10%) por ciento de éste, la garantía de fiel cumplimiento deberá incrementarse en un

monto equivalente al veinte (20%) por ciento de la diferencia entre el presupuesto referencial y la cuantía del contrato.

Que en el Art. 75 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública sobre la Garantía por anticipo.- Si por la forma de pago establecida en el contrato, la Entidad Contratante debiera otorgar anticipos de cualquier naturaleza, sea en dinero, giros a la vista u otra forma de pago, el contratista para recibir el anticipo, deberá rendir previamente garantías por igual valor del anticipo, que se reducirán en la proporción que se vaya amortizando aquél o se reciban provisionalmente las obras, bienes o servicios. Las cartas de crédito no se considerarán anticipo si su pago está condicionado a la entrega - recepción de los bienes u obras materia del contrato.

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

Que en el Art. 77 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública establece que en los contratos de ejecución de obras, la garantía de fiel cumplimiento se devolverá al momento de la entrega recepción definitiva, real o presunta. En los demás contratos, las garantías se devolverán a la firma del acta recepción única o a lo estipulado en el contrato.

En uso de las atribuciones que le confiere el Art. 120 numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador, expide la siguiente:

REFORMA A LA LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

Art. 1.- A continuación del Art. 77 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública agréguese el siguiente inciso:

Se prohíbe la renovación de garantías buen uso de anticipo y de fiel cumplimiento en la entrega recepción definitiva real o presunta en la contratación pública de obras terminadas. Si la autoridad lo exige se sancionará con multa del 10% de la garantía suscrita y la destitución de sus funciones, que se llevará a cabo mediante sumario administrativo.

ARTÍCULO FINAL: Esta ley entrará en vigencia a partir de su promulgación en el Registro Oficial.

Dado en el Distrito Metropolitano de Quito de la República del Ecuador, en la Sala de Sesiones de la Asamblea Nacional, a los..... días del mes de ..... del 2016

f. LA PRESIDENTE f. EL SECRETARIO

10. BIBLIOGRAFÍA

- ANDINO REINOSO, Wilson: La acción ordinaria de protección en el derecho constitucional, Editorial jurídica del Ecuador, primera edición, Quito – Ecuador, 2010, p. 30

- CABANELLAS, Guillermo: Diccionario Jurídico Elemental, Editorial heliasta, 1998, Buenos Aires – Argentina, p. 92

- CASSAGNE, Juan Carlos: Derecho Administrativo, Tomo I, editorial Palestra, Lima – Perú, 2010, p. 473, 482

- CASSAGNE, juan Carlos: Derecho Administrativo, Tomo II, editorial Palestra, Lima – Perú, 2010, p. 65

- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2016, Art. 226

- CÓDIGO ORGÁNICO FINANCIERO Y MONETARIO, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2016, Art. 43

- CUEVA CARRIÓN, Luis: Acción Constitucional Ordinaria de Protección, Ediciones Cueva Carrión, Quito – Ecuador, 2010, p. 59

- DE SANTO, Víctor: Diccionario de Ciencias Jurídica, Políticas, Sociales y de Economía, Universidad editorial, Buenos Aires – Argentina, 1999, p. 292, 453, 735, 954

- DROMI, Roberto: Derecho Administrativo, editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires – Argentina, 2004, p. 614

- ESPINOSA MERINO, Galo: La Mas Practica Enciclopedia Jurídica, Volumen 1, Vocabulario Jurídico, Editorial Instituto de Informática Legal, Quito – Ecuador, 1986, p.142

- GOLDSTEIN, Mabel: Diccionario Jurídico Consultor Magno, Círculo Latino Austral, Buenos Aires – Argentina, 2008, p. 143, 163, 266, 539

- LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2016. Art. 73, 74, 75

- LÓPEZ ARÉVALO; William: Tratado de Contratación Pública, Tomo I, editorial jurídica del Ecuador, primera edición, Quito – Ecuador, 2010, p. 19, 154, 155, 191

- LÓPEZ ARÉVALO; William: Tratado de Contratación Pública, Tomo II, editorial jurídica del Ecuador, primera edición, Quito – Ecuador, 2010, p. 331

- MARTÍNES MORALES, Rafael: Derecho Administrativo, Diccionarios Jurídicos Temáticos, OXFORD, 2000, México, p. 43

- OSSORIO, Manuel: Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Editorial Heliasta Buenos Aires – Argentina, 2008, Pág. 466

- OSSORIO, Manuel; CABANELLAS, Guillermo: Diccionario de Derecho, Tomo II, editorial Heliasta, Buenos Aires – Argentina, 2010, p. 451, 567

- PEÑA TRIVINO, Eduardo: Manual de Derecho de Seguros, editorial, Guayaquil – Ecuador, 2012, p. 310

- PÉREZ, Efraín: Derecho Administrativo, Volumen 1, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2009, p. 1, 460, 461, 462

- PÉREZ, Efraín: Derecho Administrativo, Volumen 2, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2009, p. 566

- PÉREZ, José; LÓPEZ, Daniel; AGUILAR, José: Manual de Contratación Pública, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2011, p. 64, 321, 329, 332

- Resolución SERCOP-DG-2016-0002 (Registro Oficial 710, 11-III-2016)

- TRUJILLO, Julio César: La Acción de Amparo, Manual Teórico de Garantías Constitucionales, Inredh, Quito – Ecuador, 2000, p. 24

- ZAVALA EGAS, Jorge: Teoría y Práctica Procesal Constitucional, EDILESA S.A., Guayaquil – Ecuador, 2011, p. 57

Internet

- http://www.confianza.com.ec/fianzas-garantias/buen-uso-de-anticipo/

- Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministros y Prestación de Servicios de Chile, http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=213004

11. A N E X O S

A N E X O 1

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
UNIDAD DE EDUCACIÓN A DISTANCIA
CARRERA DE DERECHO

Señor Abogado, Sírvase contestar la siguientes preguntas que a continuación detallo relacionado con el tema "EXIGENCIA DE RENOVACIÓN DE GARANTÍAS DE FIEL CUMPLIMIENTO Y BUEN USO DE ANTICIPO EN OBRAS TERMINADAS CON ENTREGA RECEPCIÓN DEFINITIVA, REAL O PRESUNTA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.", su colaboración me será de mucha ayuda en el desarrollo de la presente investigación.

1. ¿Está usted de acuerdo que en el momento suscripción de los contratos de obra públicos, se exija a los contratistas que otorguen las garantías que correspondan, a la adopción de un riesgo, siendo el Estado el beneficiario?

Si ( ) No ( )

¿Por qué? .....
.....

2. ¿Está usted de acuerdo que la garantía de buen uso del Anticipo se devuelvan al momento de la devengacion del 100% del mismo o con el acta de recepción provisional y/o de la entrega recepción definitiva, real o presunta, y en los demás contratos, a la firma del acta recepción única o a lo estipulado en el contrato?

Si ( ) No ( )

¿Por qué? .....
.....

3. ¿Conoce usted si en la ley se estipula que se renove las garantías de fiel cumplimiento y buen uso de anticipo cuando terminado el contrato o luego que se haya hecho al entrega definitiva de la obra, porque el Estado no puede pagar sus obligaciones?

Si ( ) No ( )

¿Por qué? .....
.....

4. ¿Está usted de acuerdo que en la actividad de la contratación pública, las instituciones del Estado tengan la discrecionalidad exigir que se renove las garantías de fiel cumplimiento y buen uso de anticipo, por el hecho que el mismo estado no cancele los valores al contratista por la terminación del contrato y la entrega definitiva de la obra?

Si ( ) No ( )

¿Por qué? .....

5. ¿Cree usted que la exigencia a destiempo de renovar las garantías de fiel cumplimiento y buen uso de anticipo es un perjuicio al contratista, hasta que el Estado pague sus obligaciones por la terminación del contrato?

Si ( ) No ( )

¿Por qué? .....

6. ¿Considera usted que la discrecionalidad de las instituciones públicas a que el contratista renove las garantías de fiel cumplimiento y buen uso de anticipo, viola la norma constitucional que actúen en virtud de una potestad estatal de acuerdo a las competencias y facultades que les sean a ellos atribuidas?

Si ( ) No ( )

¿Por qué? .....
.....

7. ¿Cree usted que en la contratación pública es inconstitucional e ilegal la exigencia de renovación de la garantía de buen uso de anticipo y de fiel cumplimiento en la entrega recepción definitiva real o presunta de obras terminadas?

Si ( ) No ( )

¿Por qué? .....
.....

8. ¿Está usted de acuerdo que se reforme la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, para que no se exija la renovación de garantías de fiel cumplimiento y buen uso de anticipo en la entrega recepción definitiva real o presunta en la contratación pública de obras terminadas?

Si ( ) No ( )

¿Por qué? .....

9. Si su respuesta a la pregunta anterior es positiva ¿Cuál debería ser la sanción que debe recibir la autoridad administrativa que exija se renove las garantías de fiel cumplimiento y buen uso de anticipo en la entrega recepción definitiva real o presunta en la contratación pública de obras terminadas?

Sanción pecuniaria ( )
Multa ( )
Suspensión ( )
Destitución ( )

¿Por qué? .....
.....

A N E X O 2

ENTREVISTAS

1. ¿Cómo contratista le han exigido que renove las garantías de fiel cumplimiento y buen uso de anticipo, cuando terminado el contrato el Estado no pueda pagar sus obligaciones?

.....

.....

2. ¿Cómo les perjudica a los contratistas que se exija que se renove las garantías de fiel cumplimiento y buen uso de anticipo?

.....

.....

3. ¿Qué derechos o normas cree usted que se viola la discrecionalidad de las instituciones públicas que renoven las garantías de fiel cumplimiento y buen uso de anticipo?

.....

.....

4. ¿Qué criterios propondría usted que se reforme la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en relación que no se exija la renovación de garantías de fiel cumplimiento y buen uso de anticipo en la entrega recepción definitiva real o presunta en la contratación pública de obras terminadas?

.....

.....

A N E X O 3

PROYECTO

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

UNIDAD DE EDUCACIÓN A DISTANCIA
CARRERA DE DERECHO

TEMA

"EXIGENCIA DE RENOVACIÓN DE GARANTÍAS DE FIEL CUMPLIMIENTO Y BUEN USO DE ANTICIPO EN OBRAS TERMINADAS CON ENTREGA RECEPCIÓN DEFINITIVA, REAL O PRESUNTA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA."

Proyecto de Tesis previa a la obtención del Título de Abogado

AUTOR: Richard Emilio Carrión Rojas

LOJA — ECUADOR

2016

1. TEMA

“EXIGENCIA DE RENOVACIÓN DE GARANTÍAS DE FIEL CUMPLIMIENTO Y BUEN USO DE ANTICIPO EN OBRAS TERMINADAS CON EN LA ENTREGA RECEPCIÓN DEFINITIVA, REAL O PRESUNTA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.”

2. PROBLEMÁTICA

La Ley exige en el momento suscripción de los contratos públicos, a los contratistas que otorguen las garantías que correspondan, siendo aquellas una relación extracontractual entre el Estado y una compañía de seguros que, dentro de su actividad contrata con un contratista, la adopción de un riesgo, siendo el Estado el beneficiario.

El Art. 73 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, como garantías establece: 1. Garantía incondicional, irrevocable y de cobro inmediato, otorgada por un banco o institución financiera establecidos en el país o por intermedio de ellos; 2. Fianza instrumentada en una póliza de seguros, incondicional e irrevocable, de cobro inmediato, emitida por una compañía de seguros establecida en el país; 3. Primera hipoteca de bienes raíces, siempre que el monto de la garantía no exceda del sesenta (60%) por ciento del valor del inmueble hipotecado, según el correspondiente avalúo catastral correspondiente; 4. Depósitos de bonos del Estado, de las

municipalidades y de otras instituciones del Estado, certificaciones de la Tesorería General de la Nación, cédulas hipotecarias, bonos de prenda, Notas de crédito otorgadas por el Servicio de Rentas Internas, o valores fiduciarios que hayan sido calificados por el Directorio del Banco Central del Ecuador; y, 5. Certificados de depósito a plazo, emitidos por una institución financiera establecida en el país, endosados por valor en garantía a la orden de la Entidad Contratante y cuyo plazo de vigencia sea mayor al estimado para la ejecución del contrato."

Son tres las modalidades de garantías que establece la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que son: la garantía de fiel cumplimiento, que tiene como finalidad asegurar el cumplimiento oportuno y eficaz de las relaciones a favor de la entidad pública y de terceros; la garantía de buen uso y anticipo, éste debe ser otorgada por el contratista en caso de que por la naturaleza de la contratación o forma de pago, la entidad entregue un anticipo para el cumplimiento del contrato, con la finalidad de asegurar el 100 % de los fondos entregado por el Estado o sus entidades; y, la garantía técnica para ciertos bienes, que para ciertos contratos de adquisición, provisión o instalación de equipos, maquinarias o vehículos, tienen la finalidad de asegurar la calidad y buen funcionamiento.

Es el caso que un contratista otorgue las garantías para la realización de la obra, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública prevé, en el Art. 77, que en los contratos de ejecución de obras, la garantía de fiel

cumplimiento se devolverá al momento de la entrega recepción definitiva, real o presunta. En los demás contratos, las garantías se devolverán a la firma del acta recepción única o a lo estipulado en el contrato. Pero se da el caso que la institución del Estado no ha cancelado los valores por la terminación de contrato una vez que ya se entregue la obra terminada y se tenga el acta de recepción definitiva a lo que prescribe el contrato, y éste por la ausencia de planificación y de políticas de contratación pública ha derivado en discrecionalidad exigir al contratista que renove las garantías de fiel cumplimiento y buen uso de anticipo, trayendo un gran perjuicio al contratista, realizar este trámite hasta que el Estado pague sus obligaciones por la terminación del contrato, con lo cual va en contra de los derechos de estas personas, porque el Estado y las entidades públicas se atribuyen obligaciones que no están establecidas en la Ley, violando con ello el Art. 226 de la Constitución de la República del Ecuador, que "*Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución*";

3. JUSTIFICACIÓN

La Universidad Nacional de Loja, a través de la Carrera de Derecho exige a sus estudiantes ser parte integrante de nuestra sociedad mediante la investigación científica en el Derecho Positivo, para optar por el grado de Abogado, por lo que justifico la presentación de este proyecto de tesis denominado "EXIGENCIA DE RENOVACIÓN DE GARANTÍAS DE FIEL CUMPLIMIENTO Y BUEN USO DE ANTICIPO EN OBRAS TERMINADAS CON EN LA ENTREGA RECEPCIÓN DEFINITIVA, REAL O PRESUNTA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.".

Queda justificado este tema porque es uno de los problemas lacerantes y trascendentales en las esferas del ámbito social y jurídico siendo importante tener una investigación analítica y crítica sobre esta realidad.

Es importante determinar que la investigación académica y social es una tarea fundamental e importante para los profesionales contemporáneos, y mucho más en el maravilloso campo de las ciencias jurídicas, donde es necesario el conocimiento profundo y sistemático de las problemáticas que esta implica, a fin de plantear las alternativas de solución a que haya lugar.

Desde el punto de vista social, y por la importancia y relevancia de quienes formamos la sociedad ecuatoriana, es de prioridad absoluta el considerar la renovación de garantías de fiel cumplimiento y de buen uso de anticipo, que no sean exigible cuando el Estado o las entidades pública solo deben pagar

los valores adeudados en el contrato, para con ello garantizar la seguridad jurídica que señala la Constitución de la República del Ecuador.

Desde el punto de vista jurídico, es inconstitucional e ilegal la exigencia de renovación de garantías de fiel cumplimiento y buen uso de anticipo en la entrega recepción definitiva real o presunta en la contratación pública y en pleno conocimiento que la obra se encuentra terminada e incluso inaugurada y en funcionamiento.

Desde el punto de vista académico el desarrollo de esta investigación permitirá que su contenido aporte con importantes conceptos doctrinarios y jurídicos que serán muy útiles para quienes se interesen por estudiar algo más acerca de una institución trascendental en el derecho constitucional como es la renovación de las garantías de fiel cumplimiento y de buen uso de anticipo referidos en la Ley Orgánica del Sistema nacional de Contratación Pública, y la respectiva reglamentación.

Por todo lo expuesto considero factible realizar la presente investigación en aras de contribuir a normar la exigencia de renovar las garantías de fiel cumplimiento y de buen uso de anticipo contempladas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, a los contratistas que han realizado obras con diferentes instituciones del estado y en pleno conocimiento de que dichas obras se encuentran ya terminadas, funcionando, inauguradas e incluso con acta de recepción definitiva.

4. OBJETIVOS

4.1. OBJETIVO GENERAL

- Realizar un estudio jurídico, crítico de la aplicación de las garantías señaladas en Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

4.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Realizar un análisis y revisión de las garantías de fiel cumplimiento y buen uso de anticipo.

- Determinar las consecuencias jurídicas de la renovación de las garantías de fiel cumplimiento y buen uso de anticipo en la entrega recepción definitiva, real o presunta en la contratación pública.

- Proponer una reforma a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en relación que no se exija la renovación de garantías de fiel cumplimiento y buen uso de anticipo en la entrega recepción definitiva real o presunta en la contratación pública de obras terminadas.

5. HIPÓTESIS

Es inconstitucional e ilegal la exigencia de renovación de garantías de fiel cumplimiento y buen uso de anticipo en la entrega recepción definitiva real o presunta de obras terminadas en la contratación pública

6. MARCO TEÓRICO

William López Arévalo expresa que contrato es "*El acto jurídico unilateral, es aquel que solo requiere de la manifestación de la voluntad de una sola persona para perfeccionarse*"[59]

Un contrato de una obra puede ser privado y público, el primero se rige por las normas de la legislación civil, y el segundo por las disposiciones de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, siendo un compromiso entre contratante y contratista el primero paga por el servicio prestado y el segundo a la realización de la ejecución de la obra, existiendo entre las partes compromisos para su cumplimiento y obligaciones que deben cumplir.

El Art. 226 de la Constitución de la República del Ecuador, manifiesta: "*Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución*"[60]

[59] LÓPEZ ARÉVALO; William: Tratado de Contratación Pública, Tomo II, editorial jurídica del Ecuador, primera edición, Quito – Ecuador, 2010, p. 331
[60] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2016, Art. 226

La Constitución establece facultades a los servidores públicos, únicamente de las que determina la propia Constitución y la ley, es decir, son atribuciones y deberes que deben cumplir su función para darle legalidad a sus actividades, porque las acciones fuera de ella se torna inconstitucionales e ilegales. Esto como fin único y efectivo disfrutar los derechos y ejercerlos, para lo cual deberán promoverse y exigirse y que las autoridades garantizarán su cumplimiento.

El Art. 73 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública manifiesta como formas de garantías: "*En los contratos a que se refiere esta Ley, los contratistas podrán rendir cualquiera de las siguientes garantías:*

1. Garantía incondicional, irrevocable y de cobro inmediato, otorgada por un banco o institución financiera establecidos en el país o por intermedio de ellos;

2. Fianza instrumentada en una póliza de seguros, incondicional e irrevocable, de cobro inmediato, emitida por una compañía de seguros establecida en el país;

3. Primera hipoteca de bienes raíces, siempre que el monto de la garantía no exceda del sesenta (60%) por ciento del valor del inmueble hipotecado, según el correspondiente avalúo catastral correspondiente;

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

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

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

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

Las garantías otorgadas por bancos o instituciones financieras y las pólizas de seguros establecidas en los numerales 1 y 2 del presente artículo, no admitirán cláusula alguna que establezca trámite administrativo previo,

bastando para su ejecución, el requerimiento por escrito de la entidad beneficiaria de la garantía. Cualquier cláusula en contrario, se entenderá como no escrita. En caso de incumplimiento, el banco, la institución financiera o la compañía aseguradora, será inhabilitada en el Sistema Nacional de Contratación Pública por el organismo responsable, hasta el cumplimiento de su obligación. En caso de reincidencia será inhabilitada por dos (2) años."[61]

Las garantías tienen características a favor del sector público, estas son incondicional, irrevocable y de cobro inmediato; y, la fianza instrumentada en la póliza de seguros, adicionalmente debe determinar que no admitirá cláusula alguna que establezca trámite administrativo previo. Para hacer efectivo estas garantías, la entidad contratante tendrá preferencia sobre cualquier otro acreedor, sea cual fuere la naturaleza del mismo, y del título en que se constituya su pretensión.

El Art. 74 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública sobre la garantía de fiel cumplimiento indica: "*Para seguridad del cumplimiento del contrato y para responder por las obligaciones que contrajeren a favor de terceros, relacionadas con el contrato, el adjudicatario, antes o al momento de la firma del contrato, rendirá garantías por un monto equivalente al cinco (5%) por ciento del valor de aquel. En los contratos de obra, así como en los contratos integrales por precio fijo, esta garantía se*

[61] LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2016. Art. 73

constituirá para garantizar el cumplimiento del contrato y las obligaciones contraídas a favor de terceros y para asegurar la debida ejecución de la obra y la buena calidad de los materiales, asegurando con ello las reparaciones o cambios de aquellas partes de la obra en la que se descubran defectos de construcción, mala calidad o incumplimiento de las especificaciones, imputables al proveedor.

En los contratos de obra o en la contratación de servicios no normalizados, si la oferta económica adjudicada fuese inferior al presupuesto referencial en un porcentaje igual o superior al diez (10%) por ciento de éste, la garantía de fiel cumplimiento deberá incrementarse en un monto equivalente al veinte (20%) por ciento de la diferencia entre el presupuesto referencial y la cuantía del contrato.

Tales cauciones podrán constituirse mediante la entrega de las garantías contempladas en los números: 1, 2; y, 5 del artículo 73 de esta Ley.

No se exigirá este tipo de garantía en los contratos de compraventa de bienes inmuebles y de adquisición de bienes muebles que se entreguen al momento de efectuarse el pago.

Tampoco se exigirá esta garantía en los contratos cuya cuantía sea menor a multiplicar el coeficiente 0,000002 por el Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico.

Con cargo a la garantía de fiel cumplimiento se podrá efectivizar las multas que le fueren impuestas al contratista."[62]

Sobre la garantía de fiel cumplimiento tiene la finalidad de asegurar el cumplimiento oportuno y eficaz de las relaciones contractuales a favor de la entidad pública y de tercero. Este tipo de garantían no se podrá exigir en caso de contratos de adquisición de bienes en los que haya señalado que los bienes serán entregados a la suscripción del contrato. En los contratos de obra así como en los contratos integrales por precio fijo, esta garantía se constituirá no solo para garantizar el cumplimiento, sino principalmente para asegurar la debida ejecución de la obra y la buena calidad de los materiales, asegurando con ello las reparaciones o cambios de aquellas partes de la obra en la que se descubran defectos de construcción o mala calidad.

El Art. 75 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública expresa: "*Garantía por anticipo.- Si por la forma de pago establecida en el contrato, la Entidad Contratante debiera otorgar anticipos de cualquier naturaleza, sea en dinero, giros a la vista u otra forma de pago, el contratista para recibir el anticipo, deberá rendir previamente garantías por igual valor del anticipo, que se reducirán en la proporción que se vaya amortizando aquél o se reciban provisionalmente las obras, bienes o servicios. Las cartas*

[62] LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2016. Art. 74

de crédito no se considerarán anticipo si su pago está condicionado a la entrega - recepción de los bienes u obras materia del contrato.

El monto del anticipo lo regulará la Entidad Contratante en consideración de la naturaleza de la contratación."[63]

En cuanto a la garantía de anticipo, ésta debe ser otorgada por el contratista en el caso de que por la naturaleza de la contratación o forma de pago la entidad entregue un anticipo para el cumplimiento del contrato, con la finalidad de asegurar el 100 % de los fondos entregado por el Estado o sus entidades. Es decir si por ejemplo, en los pliegos precontractuales, estuvo previsto que la suscripción del contrato se debía entregar el 50% del valor del contrato en calidad de anticipo, el valor de la garantía del buen uso del anticipo deberá cubrir el valor total de dicho anticipo, en este caso por el 50% del valor contratado.

El Art. 77 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública de la devolución de las garantías, manifiesta: "En los contratos de ejecución de obras, la garantía de fiel cumplimiento se devolverá al momento de la entrega recepción definitiva, real o presunta. En los demás contratos, las garantías se devolverán a la firma del acta recepción única o a lo estipulado en el contrato."[64]

---

[63] LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2016. Art. 75

[64] LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2016. Art. 73

Dependiendo del tipo y objeto contractual, la Ley prevé un régimen particular en relación a la devolución de las garantías, en este caso para los contratos de ejecución de obras, la garantía de fiel cumplimiento se devolverá al momento de la entrega recepción definitiva, real o presunta. En los demás contratos, las garantías se devolverán a la firma del acta recepción única o a lo estipulado en el contrato. Por su parte el Art. 75 de la misma ley, señala exclusivamente para la garantía del buen uso de anticipo, que el monto de esta haya asegurado deberá reducirse en la proporción que se haya amortizado dicho anticipo o se reciben provisionalmente, las obras, bienes o servicios contratados.

El Art. 43 del Código Orgánico Financiero y Monetario manifiesta: "*La empresa de seguros, dentro de su actividad, está facultada, previa autorización del Superintendente de Compañías, Valores y Seguros, para otorgar mediante la emisión de pólizas, por cuenta de terceros, a favor de personas naturales o jurídicas, de derecho público o privado, fianzas o garantías cuyo otorgamiento no esté prohibido por ley.*

El afianzado está obligado a entregar a favor de la entidad de seguros, las contragarantías personales o reales que respalden el riesgo asumido.

El afianzado podrá ceder en favor de la empresa de seguros sus derechos para el cobro de valores por el anticipo a recibir, así como por las

liquidaciones por planillas a emitirse por los trabajos realizados tanto del contrato garantizado como de otros a los que tuviere derecho.

La falta de pago de la prima no suspende ni termina los efectos de la garantía.

También podrá convenir que en caso de que los beneficiarios del sector público ordenen la renovación de las garantías, las primas correspondientes sean pagadas por éstos con cargo a los valores que tengan retenidos a sus contratistas.

La empresa de seguros podrá convenir que el pago de la prima por la emisión o renovación de la póliza, lo realice el solicitante, el afianzado o el asegurado.

El recibo o factura de prima, debidamente certificado por la empresa de seguros, constituye título ejecutivo."[65]

Quien está facultado para otorgar garantías y seguros es la empresa de seguros, institución que debe tener la autorización de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, las que se entregan mediante pólizas, cuentas a terceros, a favor de personas naturales o jurídicas, de derecho

[6565] CÓDIGO ORGÁNICO FINANCIERO Y MONETARIO, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2016, Art. 43

público o privado, siempre que estas actividades no estén prohibidas por la ley.

El Art. 7 lietrales a), b) y c) del Reglamento para el control de las Garantías de los Contratos del SERCOP, expresa: "*Renovación de garantías de fiel cumplimiento y de buen uso de anticipo: status vigente y caducada.- La solicitud de renovación de garantías será potestad únicamente de la Dirección Financiera, sin perjuicio de la responsabilidad del Administrador del Contrato de advertir oportunamente a dicha Unidad al respecto. Se procederá de la siguiente manera:*

a) Automáticamente el Sistema Informático creado para el efecto, enviará con 30 días de anticipación una comunicación al dominio del correo electrónico de las aseguradoras solicitando la renovación de las garantías. Sin embargo, Tesorería también remitirá un oficio solicitando la renovación de las garantías que procedan, para lo cual, dicha unidad revisará:

• *La fecha de vigencia que tiene la póliza.*

• *Las condiciones descritas en el contrato.*

• *Que las obligaciones contractuales se encuentren vigentes.*

b) La Subdirección Técnica de Control de Obras STPCO, informará a la Dirección Financiera del valor exacto de la planilla de liquidación de los

contratos; así como las Actas Entrega - Recepción Definitivas de los proyectos, que corresponda. Con ésta información, la Dirección Financiera verificará si procede o no, solicitar la renovación de las garantías, así como los respectivos montos de renovación.

c) Si la solicitud de vigencia procediere, Tesorería remitirá el correspondiente documento a la aseguradora pidiendo la renovación, en base a la presente normativa y demás legislación conexa."[66]

En la renovación de garantías no existe ninguna norma donde indique que, se renoven cuando el Estado no tiene dinero para pagarle al contratista, lo cual es una irregularidad que llevan a cabo las instituciones y por ende afecta los derechos de las personas y en particular de los contratistas, donde se ven en la necesidad las garantías hasta que llegue el dinero y les paguen lo adeudado, caso contrario puede pasar bastante tiempo y en ese lapso se ordena la renovación de las garantías, lo que afecta la seguridad jurídica, al no establecer una norma donde prohíba la renovación en estos casos, porque ya se concluyó con la obra, y es por demás este procedimiento.

[66] Resolución SECOB-DG-2016-0002 (Registro Oficial 710, 11-III-2016)

7. METODOLOGÍA.

7.1. Métodos

El desarrollo de la presente tesis, se realizará mediante el método descriptivo y bibliográfico. La investigación descriptiva es aquella que nos permite descubrir detalladamente y explicar un problema, objetivos y fenómenos naturales y sociales mediante un estudio con el propósito de determinar las características de un problema social.

La método bibliográfico consiste en la búsqueda de información en bibliotecas, internet, revistas, periódicos, libros de derecho; en las cuales estarán ya incluidas las técnicas de utilización de fichas bibliográficas y nemotécnicas.

Recurriré a la aplicación del método deductivo, mediante el cual aplicaré los principios descubiertos a casos particulares, a partir de un enlace de juicios a analizarse, lo cual me permitirá encontrar principios desconocidos, a partir de los conocidos, también me servirá para descubrir consecuencias desconocidas, de principios conocidos.

Utilizaré el método inductivo, el que me permitirá utilizar el razonamiento para que, partiendo de casos particulares, llegar a conocimientos generales.

El método empírico, se obtendrá de la observación directa de la codificación de otras leyes, y en especial de la renovación de garantías de fiel cumplimiento y de buen uso de anticipo en la contratación pública.

El método analítico tiene relación al problema que se va a investigar por cuanto nos permite estudiar el problema en sus diferentes ámbitos. El análisis y síntesis complementarios de los métodos sirven en conjunto para su verificación y perfeccionamiento. El método científico, nos permite el conocimiento de fenómenos que se dan en la naturaleza y en la sociedad, a través de la reflexión comprensiva y realidad objetiva, de la sociedad por ello en la presente investigación me apoyare en este método.

Finalmente con el método estadístico, nos permitirá establecer el porcentaje referente a las encuestas y conocer los resultados positivos o negativos de la hipótesis.

7.2. Procedimientos y Técnicas.

En lo que respecta a la fase de la investigación, el campo de acción a determinarse, estará establecido en que la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en la que no es aplicable que no se exija la renovación de garantías de fiel cumplimiento y buen uso de anticipo en la entrega recepción definitiva real o presunta de obras terminadas en la contratación pública.

La investigación de campo se concretará a consultas de opinión a personas conocedoras de la problemática, previo muestreo poblacional de por lo menos treinta personas para las encuestas y tres personas para las entrevistas; en ambas técnicas se plantearán cuestionarios derivados de la hipótesis, cuya operativización partirá de la determinación de variables e indicadores; llegando a prescribir la verificación de los objetivos, contrastación de la hipótesis, de los contratista en la terminación del contrato, me llevará a fundamentar la Propuesta de Reforma a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en la adecuada aplicación de no renovación de garantías de fiel cumplimiento y buen uso de anticipo en la entrega recepción definitiva real o presunta de obras terminas en la contratación pública.

En relación a los aspectos metodológicos de presentación del informe final, me regiré por lo que señala al respecto la metodología general de la investigación científica, y por los instrumentos respectivos y reglamento del Régimen Académico de la Universidad Nacional de Loja, para tal efecto, y especialmente de la Unidad de Educación a Distancia y cumplirlos en forma eficaz, en el cumplimiento de la investigación.

7.3. Esquema Provisional del Informe Final.

El informe final de la investigación socio-jurídica propuesta seguirá el esquema previsto en el Art. 151 del Reglamento de Régimen Académico que establece: Título, Resumen en Castellano y Traducido al Inglés;

Introducción, Revisión de Literatura; Materiales y Métodos; Resultados, Discusión, Conclusiones, Recomendaciones, Bibliografía; y, Anexos.

Sin perjuicio del cumplimiento de este esquema, es necesario que en este acápite de metodología, se establezca un esquema provisional para el Informe Final de la investigación socio-jurídica propuesta, siguiendo la siguiente lógica:

En primer orden, se concreta el Acopio Teórico, revisión de literatura: a) un Marco Conceptual; b) Marco Doctrinario; Marco Jurídico. En segundo lugar se sistematizará la indagación de campo o el acopio empírico, siguiendo el siguiente orden: a) Presentación y análisis de los resultados de las encuestas y entrevistas.

En tercer orden vendrá la síntesis de la investigación jurídica, con la concreción de: a) Indicadores de verificación de los objetivos y de contrastación de la hipótesis, b) La deducción de conclusiones y recomendaciones; y c) la fundamentación jurídica de la propuesta de la reforma legal, en relación a la materia y al problema materia de la tesis en estudio

8. CRONOGRAMA DE TRABAJO.

Año 2016					
Actividades Tiempo	MAYO	JUNIO	JULIO	AGOSTO	SEPTIEMBRE
Selección y definición del problema objeto de estudio	XX				
Elaboración del Proyecto de Investigación	XX				
Aprobación del proyecto de tesis en junio		X			
Desarrollo de la revisión de literatura de la tesis		XXX	XXXX		
Aplicación de encuestas y entrevistas				XX	
Verificación y contrastación de Objetivos e Hipótesis				XX	
Planteamiento de conclusiones y recomendaciones					XX
Presentación del borrador de la Tesis					XX
Presentación del informe final					X
Sustentación y defensa de la tesis					X

9. PRESUPUESTO Y FINANCIAMIENTO

9.1. RECURSOS HUMANOS:

Director de Tesis.

Asesores.

Richard Emilio Carrión Rojas

9.2. RECURSOS MATERIALES Y COSTOS

Bibliografía Específica	250,00
Digitación e Impresión	400,00
Materiales de Oficina	150,00
Elaboración y publicación	100,00
Imprevistos	100,00
TOTAL	1.000,00 USD

9.3. FINANCIAMIENTO.

La presente investigación será financiada con mis propios recursos.

10. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

- ALBAN ESCOBAR. Fernando: Estudio Sintético sobre el Código de Procedimiento Penal, Tomo I y II, Editorial Torres, Quito- Ecuador, 2001

- CABANELLAS, Guillermo: Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Editorial Heliasta S. R. L., Buenos Aires – Argentina.

- DICCIONARIO JURÍDICO ESPASA, Editorial Espasa, SIGLO XXI, Calpe S. A., Madrid, 1999.

- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2014

- FERRAJOLI, Luigui: Democracia y Garantismo, Editorial Trota, 2008, Madrid - España

- FERRAJOLI, Luigui: Garantismo, Editorial Trota, 2006, Madrid - España

- FERRAJOLI, Luigui; ALEXY, Roberth; GUASTINI, Riccardo; COMANDUCCI, Paolo; MORESO, Juan José: SANCHIS, Luis Prieto; GARCÍA FIGUEROA, Alfonso; POSSOLO, Susana: Neoconstitucionalismo, Editorial Trota, 2009, Madrid - España

- LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2014

- PONCE VILLACÍS, Juan Esteban: El neoconstitucionalismo en el Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2010.

- ZAVALA BAQUERIZO, Jorge: Tratado de Derecho Procesal Penal, Editorial EDINO, Guayaquil – Ecuador, 2005.

- ZAVALA EGAS, Jorge: Derecho Constitucional, Tomo I, Editorial EDINO, Guayaquil – Ecuador, 1999.

- ZAVALA EGAS, Jorge: Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica, EDILEXA S.A., Guayaquil – Ecuador, 2010.

ÍNDICE

PORTADA……..I

CERTIFICACIÓN II

AUTORÍA..... III

CARTA DE AUTORIZACION……..IV

DEDICATORIA V

AGRADECIMIENTO VI

TABLA DE CONTENIDOS.....VII

1. TÍTULO..... 1

2. RESUMEN..... 2

2.1. ABSTRACT 5

3. INTRODUCCIÓN 8

4. REVISIÓN DE LITERATURA 10

4.1. MARCO CONCEPTUAL 10

4.1.1. Exigencia 10

4.1.2. Suscripción 11

4.1.3. Contratos públicos 12

4.1.4. Contratistas..... 14

4.1.5. Garantías 15

4.1.6. Fiel cumplimiento 17

4.1.7. Buen uso de anticipo 18

4.1.8. Extracontractual..... 19

4.1.9. Estado 19

4.1.10. Compañía de seguros..... 20

4.1.11. Valores 22
4.1.12. Terminación de contrato 23
4.1.13. Discrecionalidad..... 24
4.1.14. Renovación 25
4.1.15. Perjuicio 25
4.1.16. Potestad estatal 27
4.1.17. Inconstitucional 28
4.1.18. Ilegal 30
4.2. MARCO DOCTRINARIO 32
4.2.1. Las garantías de fiel cumplimiento y buen uso de anticipo.... 32
4.2.2. Anticipo en la entrega recepción definitiva, real o presunta en la contratación pública 34
4.2.3. Consecuencias jurídicas de la renovación de las garantías en la contratación pública 37
4.3. MARCO JURÍDICO..... 39
4.3.1. Constitución de la República del Ecuador 39
4.3.2. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública 40
4.3.3. Reglamento para el control de las Garantías de los Contratos del SERCOP 46
4.3.4. Código Orgánico Financiero y Monetario..... 48
4.4. LEGISLACIÓN COMPARADA 50
4.4.1. Chile..... 50
4.4.2. Perú 51
5. MATERIALES Y MÉTODOS 55

6. RESULTADOS 58

6.1. Análisis de la aplicación de la encuesta 58

6.2. Resultados de las entrevistas 76

7. DISCUSIÓN..... 79

7.1. Verificación de objetivos 79

7.2. Contrastación de hipótesis..... 80

7.3. Fundamentación jurídica de la propuesta de reforma..... 80

8. CONCLUSIONES 91

9. RECOMENDACIONES..... 93

9.1. Propuesta de reforma 95

10. BIBLIOGRAFÍA..... 99

11. ANEXOS..... 103