UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

FACULTAD JURÍDICA SOCIAL Y ADMINISTRATIVA

CARRERA DE DERECHO

TÍTULO:

"LA INSEGURIDAD JURÍDICA GENERADA POR LA AUSENCIA DE INFORMES DE CONTROL DURANTE LA EJECUCIÓN DE CONTRATOS COMPLEMENTARIOS"

TESIS PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL GRADO DE LICENCIADA EN JURISPRUDENCIA Y TÍTULO DE ABOGADA.

AUTORA:

Astrid Carolina Herrera Lalangui

DIRECTORA DE TESIS:

Dra. Gladys Beatriz Reategui Cueva Mg. Sc.

LOJA – ECUADOR

2019

AUTORIZACIÓN

Dra. Gladys Beatriz Reategui Cueva Mg. Sc.

DOCENTE DE LA CARRERA DE DERECHO DE LA FACULTAD JURÍDICA SOCIAL Y ADMINISTRATIVA DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA.

CERTIFICO:

Que el presente trabajo de investigación jurídica, elaborado por la señorita Astrid Carolina Herrera Lalangui, titulado: **"LA INSEGURIDAD JURÍDICA GENERADA POR LA AUSENCIA DE INFORMES DE CONTROL DURANTE LA EJECUCIÓN DE CONTRATOS COMPLEMENTARIOS"**, ha sido dirigido, corregido y revisado cuidadosamente en su forma y contenido de acuerdo a las normas de graduación vigentes en el Reglamento del Régimen Académico de la Universidad Nacional de Loja, y de conformidad al plazo establecido en el cronograma del proyecto de tesis legalmente aprobado, con un avance del 100%, por lo que autorizo su presentación ante el respectivo Tribunal de Grado.

Loja, 15 de abril de 2019

Dra. Gladys Beatriz Reategui Cueva. Mg. Sc.

DIRECTORA DE TESIS

AUTORÍA

Yo, Astrid Carolina Herrera Lalangui declaro ser autora del presente trabajo de tesis y eximo expresamente a la Universidad Nacional de Loja y a sus representantes jurídicos de posibles reclamos o acciones legales, por el contenido de la misma.

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

Autora: Astrid Carolina Herrera Lalangui

Firma: .....

Cédula: No. 1900545326

Fecha: Loja, 04 de Junio de 2019

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

Yo, Astrid Carolina Herrera Lalangui declaro ser autora de la tesis titulada: **"LA INSEGURIDAD JURÍDICA GENERADA POR LA AUSENCIA DE INFORMES DE CONTROL DURANTE LA EJECUCIÓN DE CONTRATOS COMPLEMENTARIOS",** como requisito para optar al grado **de Licenciada n Jurisprudencia y titulo de Abogada**; autorizo al Sistema Bibliotecario de la Universidad Nacional de Loja para que con fines académicos, muestre al mundo la producción intelectual de la Universidad, a través de la visibilidad de su contenido de la siguiente manera en el Repositorio Digital Institucional:

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

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

Para constancia de esta autorización, en la ciudad de Loja, a los 04 días del mes de junio de dos mil diecinueve, firma la autora.

Firma:.....

Autora: Astrid Carolina Herrera Lalangui
Cédula: No. 1900545326
Dirección: Ciudadela Esteban Godoy; Calles: Av. Pasteur y Benjamín Franklin; Cantón Loja.
Correo Electrónico: ascaela_94@hotmail.com

Teléfono Celular: 0982808164 **Convencional:** 2300095

DATOS COMPLEMENTARIOS.

Director de Tesis: Dra. Gladys Beatriz Reategui Cueva. Mg. Sc.

Tribunal de Grado:

Presidente: Dr. Mauricio Aguirre Aguirre, Mg. Sc

Vocal: Dra. Johana Sarmiento Vèlez, Mg. Sc

Vocal: Dr. Eduardo Patricio Armijos Tandazo, Mg. Sc

D E D I C A T O R I A

Esta tesis de grado la dedico, en primer lugar, a nuestra querida Virgen del Cisne, por demostrarme tantas veces de su existencia, y manifestarse a través de sus bendiciones. A mis padres por haberme educado para ser una persona de bien, a mis tres hermanas por su paciencia. A mis abuelos Holger (+) y Bertha pues han sabido brindarme los mejores consejos, a mis tíos por el apoyo económico para que yo pueda formarme profesionalmente.

Y en especial a ti, Antony, por haber estado junto a mí en los triunfos y derrotas.

LA AUTORA

A G R A D E C I M I E N T O

En estas líneas quiero agradecer a todas las personas que hicieron posible esta investigación y que de alguna manera estuvieron conmigo en los momentos difíciles, alegres, y tristes. A mis padres, Maida Lalangui y José Herrera por ser ejemplo de trabajo, amor y sacrificio, permitiéndome llegar a cumplir hoy un sueño más, a mis hermanas Rosibel, Salomé y, de forma muy especial, a la luz de mis ojos, María José, motor principal de mi brío diario, ojalá algún día yo me convierta en su fuerza para que puedan seguir avanzando en el largo sendero de la sabiduría.

Finalmente, agradezco a la Universidad Nacional de Loja por permitir que muchas personas, como yo, cumplan con sus metas académicas, y así poder ser parte del desarrollo de nuestro país.

LA AUTORA

ESQUEMA DE CONTENIDOS

I Portada

II Autorización

III Autoría

IV Carta de Autorización

V Dedicatoria

VI Agradecimiento

1. TÍTULO

2. RESUMEN

2.1. Abstract

3. INTRODUCCIÓN

4. REVISIÓN DE LITERATURA

4.1. Marco Conceptual

4.1.1. El contrato

4.1.2. Contrato administrativo

4.1.3. Sujetos del contrato administrativo

4.1.4. Contrato de obra pública

4.1.5. Contrato Complementario

4.1.6. Reajuste de precio

4.1.7. Seguridad Jurídica

4.1.8. Control

4.1.9. Control previo

4.2. **Marco Doctrinario**

4.2.1. Breve Reseña Histórica de la Contratación Pública en el Ecuador.

4.2.2. Etapas del proceso de contratación

4.2.2.1. Etapa preparatoria o de planeación

4.2.2.2. Etapa precontractual.

4.2.2.3. Etapa contractual**.**

4.2.3. Ejecución de contratos complementarios**.**

4.2.4. Informes de control.

4.2.5. Déficit económico al Estado

4.3. **Marco Jurídico**

4.3.1. Escenario Constitucional de las competencias del servidor público y su facultad controladora.

4.3.2 Escenario internacional de normativa que rige el actuar del servidor público.

4.3.3 Análisis de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

4.3.4 Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado

4.4. **Derecho Comparado**

4.4.1. Legislación española

4.4.2. Legislación peruana

4.4.3. Legislación chilena

4.4.4. Legislación venezolana

5. MATERIALES Y MÉTODOS

5.1. Metodología

5.2. Técnicas

5.3. Observación Documental

6. RESULTADOS

6.1. Resultados de las Encuestas

6.2. Resultados de aplicación de la entrevista

6.3. Estudio de Casos

7. DISCUSIÓN

7.1. Verificación de los Objetivos

7.1.1. Objetivo general

7.1.2. Objetivos específicos

7.2. Contrastación de Hipótesis

7.3. Fundamentación Jurídica para la propuesta de reforma legal

8. CONCLUSIONES

9. RECOMENDACIONES

9.1. Proyecto de reforma

10. BIBLIOGRAFÍA

10.1. **Obras jurídicas**

10.2. **Leyes**

10.3. **Linkografía**

11. ANEXOS

11.1. Proyecto de Tesis Aprobado

11.2. Cuestionario encuestas y entrevistas

Índice

1. TÍTULO

“LA INSEGURIDAD JURÍDICA GENERADA POR LA AUSENCIA DE INFORMES DE CONTROL DURANTE LA EJECUCIÓN DE CONTRATOS COMPLEMENTARIOS”

2. RESUMEN:

La presente tesis titulada, **“La inseguridad jurídica generada por la ausencia de informes de control durante la ejecución de contratos complementarios”**. Lleva consigo un problema latente en nuestra sociedad, es decir, la omisión de la norma del cuerpo legal específico para favorecer a las partes que configuran un contrato de obra pública, ya sea éste, principal o complementario, acción que está generando diversas eventualidades al Estado ecuatoriano que deterioran su ya desgastada estructura económica. Además, se trata de dar una definición aproximada a cerca de la inseguridad jurídica que genera esta falta de aplicación de la ley en todo acto administrativo. El problema evidenciado se enmarca, en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, específicamente en lo concerniente al Artículo 23 donde se determina que “antes de iniciar un procedimiento precontractual, de acuerdo a la naturaleza de la contratación, la entidad deberá contar con los estudios y diseños completos, definitivos y actualizados, planos y cálculos, especificaciones técnicas debidamente aprobados por las instancias correspondientes.

En Ecuador, los contratos complementarios de obra pública, se han visto inmiscuidos por duras críticas y acusaciones de diversa índole relacionadas con sobreprecios en el presupuesto, ausencia y errores en los estudios e informes de control, mala praxis del contratista, la existencia de otros factores calificados como imprevistos, bien por errores de cálculo en cuanto a costos se refiere, así como por negligencia o discrecionalidad

arrastrando a la esfera de la corrupción .Es aquí donde surge la necesidad de celebrar un contrato complementario para dar continuidad a la obra principal que por aspectos no pronosticados en la fase de estudios no fueron tomados en cuenta al momento de la elaboración del proyecto del contrato principal generando al Estado por ello un déficit en la economía. El primer objetivo específico determina las responsabilidades y/o recomendaciones estipuladas en los informes de auditoría de la Contraloría General del Estado, para que prime transparencia y legalidad sin generar perjuicios al ente público correspondiente para ello me permito dar una explicación razonada y pormenorizada de la aplicación de normativa que posibilitó el cumplimiento de los contratos complementarios dentro de la obra pública. Por consiguiente, dentro del tercer y último objetivo específico considero proponer un proyecto de reforma a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública donde tomen en consideración la existencia de informes de control previo a la ejecución de un contrato complementario.

Al establecer parámetros para la investigación conceptual, doctrinario y jurídico, la aplicación de encuestas y entrevistas, permitió obtener criterios con fundamentos claros y precisos, de bibliografía muy reconocida, que aportaron a la verificación de los objetivos y a la contrastación de la hipótesis planteada referentes a esta actividad administrativa; donde la Constitución de la República del Ecuador, respalda a todas las personas dentro de cualquier proceso.

2.1. ABSTRACT.

The present thesis titled, "The legal uncertainty generated by the absence of control reports during the execution of complementary contracts". It carries with it a latent problem in our society, that is, the omission of the norm of the specific legal body to favor the parties that make up a public works contract, be it principal or complementary, action that is generating various eventualities to the State Ecuadorian that deteriorate its already worn economic structure. In addition, it`s about giving a rough definition of the legal uncertainty generated by this lack of application of the law in any administrative act. The problem evidenced is framed in the Organic Law of the National System of Public Procurement, specifically with regard to Article 23 where it is determined that "before starting a pre-contractual procedure, according to the nature of the contract, the entity must have the studies and complete, definitive and updated designs, plans and calculations, technical specifications duly approved by the corresponding instances.

In Ecuador, complementary public works contracts have been interfered by harsh criticism and accusations of various kinds related to overpricing in the budget, absence and errors in the studies and control reports, bad practice of the contractor, the existence of other factors they´re classified as unforeseen, either due to calculation errors in terms of costs, as well as negligence or discretion dragging the sphere of corruption. This is where the need arises to conclude a complementary contract to give continuity to the main work that aspects not predicted in the study phase were not taken into account at the time of drafting the main contract project,

generating a deficit in the economy for the State. The first specific objective determines the responsibilities and / or recommendations stipulated in the audit reports of the Comptroller General of the State, so that transparency and legality prevail without causing damages to the corresponding public entity. For this reason, I allow myself to give a reasoned and detailed explanation of the application. of regulations that made possible the fulfillment of complementary contracts within public works. Therefore, within the third and last specific objective I consider proposing a reform project to the Organic Law of the National System of Public Procurement where they take into consideration the existence of control reports prior to the execution of a complementary contract. In Ecuador, complementary public works contracts have been interfered by harsh criticism and accusations of various kinds related to overpricing in the budget, absence and errors in the studies and control reports, malpractice of the contractor, the existence of other factors They are classified as unforeseen, either due to calculation errors in terms of costs, as well as negligence or discretion dragging the sphere of corruption. This is where the need arises to conclude a complementary contract to give continuity to the main work that aspects not predicted in the study phase were not taken into account at the time of drafting the main contract project, generating a deficit in the economy for the State. The first specific objective determines the responsibilities and / or recommendations stipulated in the audit reports of the Comptroller General of the State, so that transparency and legality prevail without causing damages to the corresponding public entity. For this reason, I allow myself to give a reasoned

and detailed explanation of the application. of regulations that made possible the fulfillment of complementary contracts within public works. Therefore, within the third and last specific objective I consider proposing a reform project to the Organic Law of the National System of Public Procurement where they take into consideration the existence of control reports prior to the execution of a complementary contract.

3. INTRODUCCIÓN

La presente investigación jurídica surge de un estudio minucioso, en la investigación conceptual, doctrinaria y jurídica, contrastación de casos relacionados con la problemática dentro del país, surgiendo el interés mediante la indagación y comparación de legislaciones de otros países.

Este acto administrativo se define como un acuerdo entre las partes del que nacen obligaciones recíprocas y para el que, dada su trascendencia social y económica, la ley establece normas y consecuencias jurídicas. El objetivo primordial del acto administrativo va encaminado a cumplir por sí mismo, una función económica o técnica, cubriendo así las necesidades del órgano estatal que contrata siempre y cuando no exista vulneración de los principios de transparencia, concurrencia, publicidad, eficacia y eficiencia. Cabe recalcar que los sujetos que configuran el acto administrativo serán el contratista y la entidad contratante, y de forma indirecta, destaca la actividad reguladora del fiscalizador de obra y administrador del contrato, que tienen entre sus funciones velar por un recto cumplimiento de las cláusulas del contrato. Es por la falta de responsabilidad de la autoridad competente, que en muchas ocasiones se necesita hacer uso de la figura del contrato complementario, es decir, los contratos complementarios que perfeccionan al contrato original, o principal, dando la posibilidad al contratante de modificar diferentes condiciones contractuales sin que por ello se modifique la esencia del objeto contractual. Dichas modificaciones necesariamente deben surgir de aspectos imprevistos en la fase de estudio o que por razones ajenas a la ejecución del mismo no fueron posibles de prevenir en

su momento. Es la aplicación del contrato de obra complementaria la que da rienda suelta a la inseguridad jurídica, ya que la sociedad civil comienza a desarrollar una conflictividad social e individual, que, frente a la incapacidad del ordenamiento jurídico, que no contiene los medios precisos para hacer respetar los derechos. Se trata de una fase más del proceso administrativo cuya finalidad estima necesaria la vigencia de normas o reglas que permitan una correcta aplicabilidad de toda disposición legal que viabilice la ejecución del proyecto logrando con ello prevenir las inobservancias o vulneración a la ley. Es por ello, que mi propuesta va encaminada a reformar la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública donde tomen en consideración la existencia de informes de control previo a la ejecución de un contrato complementario ya sea mediante la implementación de capacitaciones que genere un espíritu ético y transparente de la autoridad pública designada para dar efecto como la implementación de veedurías ciudadanas que para velar por sus propios intereses, de seguimiento técnico y profesional de las obras ejecutadas en su comunidad. Se determina, además la normativa que involucra a los contratos complementarios, específicamente se alude a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su falta de especificaciones formales en caso de hacer uso de este tipo de contrato, la determinación del modus operandi para evitar contratiempo alguno, así como responsables ante cualquier anomalía que pueda generarse antes, durante y después de ejecutada la obra. De las entrevistas y encuestas realizadas se destaca que toda recomendación y responsabilidad efectuada por la Contraloría General del Estado va encaminada a evitar que existan

irregularidades en el proceso productivo tales como legalidad del suelo donde se va a construir, regirse a los tiempos y no realizar modificaciones técnicas no estipuladas en las cláusulas del contrato ya que ello generaría la ilegalidad del acto solemne. En cuanto a la hipótesis planteada denominada "la falta de control en la ejecución de contratos complementarios está generando un déficit económico al Estado donde la ausencia de estudios genera inseguridad jurídica vulnerando así los principios que rigen la Ley Orgánica del Sistema Nacional Contratación Pública" se contrasta de manera favorable, por cuanto mediante la aplicación de las entrevistas, confirma que si existe déficit económico al Estado por falta de estudios previos, pues varios entrevistados fundamentaron su respuesta alegando que hoy es muy normal ver casos de irregularidades de administradores de justicia y contratistas. Por tanto, la existencia de un vacío legal es claro por todos los entrevistados y encuestados, ya que no existe severidad administrativa para la ausencia de irregularidades durante todo el proceso de construcción de obras complementarias y es requerimiento necesario para ejercer un control más transparente en todo informe de actividades de la empresa privada contratada para ejecutar una obra de carácter público.

Con esta recolección teórica y con los resultados de la investigación de campo desarrollé la Discusión de la problemática, con un análisis reflexivo y crítico, concretándose en argumentos válidos para la verificación de los objetivos planteados y la contratación de la hipótesis, para luego proceder a la fundamentación del proyecto de reforma necesaria en el Régimen Jurídico del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Con todos los argumentos expuestos queda el presente trabajo investigativo a consideración de las autoridades, comunidad universitaria y del Honorable Tribunal de Grado, aspirando que el mismo sirva como medio de consulta y guía para futuras investigaciones de los profesionales y estudiantes del Derecho.

4. REVISIÓN DE LITERATURA

4.1. Marco Conceptual

Resulta indispensable empezar realizando el análisis al contrato, como la base originaria del contrato complementario, motivo principal de esta tesis. Es por ello que el acopio de información conceptual sobre diferentes temáticas que abordaremos con mayor detenimiento a continuación tratará de enmarcar y delimitar de forma sencilla y comprensible el conocimiento del problema encontrado. Hablar sobre la obra pública, contrato de obra pública y contratos complementarios, así como establecer su diferenciación, especialmente entre contrato de obra pública y contrato complementario.

4.1.1. El contrato

> Se define el contrato para el autor Arturo Alessandri Rodríguez como un acto jurídico que tiene como finalidad llegar a consensuar voluntades de dos o más personas que busca “en todo momento la creación de obligaciones, por ello el instrumento contractual tiene la capacidad de crear, extinguir o modificar las obligaciones contractuales” (Rodríguez, 1988, pág. 74).

La voluntad de las partes es un factor que deberá primar en toda solemnidad contractual puesto que de no haber voluntad dicho acto no puede llegar a perfeccionarse y por tanto carecerá de validez jurídica.

> Para el autor Guillermo Cabanellas, “el contrato es el acuerdo de dos o más personas sobre un objeto de interés jurídico, mismo que constituye

> una especie particular de convención, cuyo carácter propio consiste en ser producto de obligaciones” (Guillermo, 1997, pág. 93)

Al ser un acto solemne generará obligaciones para ambas partes que mediante acuerdo de voluntades deberán realizar o no realizar determinada acción anteriormente pactada.

> Según el Diccionario de la Real Academia de la lengua española cita que: “es el pacto o convenio, oral o escrito, entre partes que se obligan sobre una materia o cosa determinada, y a cuyo cumplimiento pueden ser compelidas” (Española, 2011, pág. 27).

Este autor determina la forma verbal o escrita de perfeccionar un acuerdo de voluntades, pero en nuestra actual legislación sólo tiene valor jurídico si dicho acuerdo es plasmado por escrito para poder velar por su validez ante la ley.

> Para la enciclopedia Jurídica Omeba, define al contrato como: “proveniente del latín contractus, que significa contraer, estrechar, unir, contrato, pacto. Y esta voz se deriva de contraho, que, entre otras acepciones, tiene la de juntar o reunir” (Omeba, 1967, pág. 185).

La definición anteriormente citada, tan sólo hace referencia a la determinación de que un contrato busca encauzar la relación entre dos o más individuos, puesto que uno solo no podría llegar a consensuar determinada actividad.

De todas las definiciones citadas con anterioridad podemos extraer ideas claras para formar un concepto propio: se denomina al contrato como un acto solemne entre dos o más personas que busca un acuerdo de voluntades que crea, modifica o extingue obligaciones con arreglo a la ley y destinada a producir un efecto jurídico. Poco importa el objeto del acuerdo si consiste en una conservación, modificación, transferencia, o extinción de un determinado derecho si en primer lugar no existe manifestación bilateral de la voluntad. Por tanto, serán contratos, la tradición, que transfiere un derecho como la novación, que extingue obligaciones y los contratos que las crean, ya que todas estas figuras jurídicas requieren de la existencia de voluntades de dos o más personas para crear en común acuerdo obligaciones para ambas partes. Se debe hacer énfasis al consentimiento en los contratos dado que este acuerdo de las voluntades de dos o más personas radican sobre un objeto jurídico. En toda clase de contratos, sin tomar en consideración el número exacto de obligaciones establecidas, supone un acuerdo para ambas partes y estas partes concurren al contrato por medio de su voluntad, ya que solo a ellos los obliga y aprovecha existiendo además terceros que no tienen obligación alguna porque las cláusulas del contrato no les afectan.

4.1.2 Contrato administrativo

Con el objetivo principal de generar una definición que mencione los aspectos más primordiales del contrato administrativo se citará a continuación a varios autores de forma que hagan más entendible el concepto citado. Como mero dato histórico se cita que para que se de origen

a los contratos administrativos como contratos dotados de una regulación distinta a la de los contratos privados, fue necesario un proceso en el que existía una mínima intromisión administrativa hacia mayor participación pública en todas las áreas que afectan al funcionamiento de la sociedad.

Para el tratadista argentino José Luis Correa, el contrato administrativo es: “Una especie dentro del género de los contratos, caracterizados por elementos especiales tales como que una de las partes intervinientes es una persona jurídica estatal, cuyo objeto está constituido por un fin jurídico o propio de la administración” (Correa, 2002, pág. 383).

Este autor especifica que la esencia de este tipo de contrato es la existencia de la entidad pública como una de las partes que hace efectivo un contrato administrativo así, como delimitar que la contraparte será un ente privado con quien el Estado establecerá una obligación determinada que buscará la utilidad pública.

El tratadista que define al contrato administrativo es Franco Gutiérrez Omar, quien lo define como:

> “Acuerdo que se celebra entre la administración y un particular, tendiente a que este dé, haga algo o se abstenga de hacer algo a favor de la Administración, previo el cumplimiento de ciertos requisitos y teniendo en cuenta que la Administración obra en nombre del Estado”. (Gutiérrez, La contratación Administrativa: Definiciones, 1989).

El perfeccionamiento de este tipo de contrato se dará una vez que la parte correspondiente a la entidad privada cumpla una serie de requisitos establecidos por la ley, puesto que de no haber cumplimiento de solemnidades el contrato carecerá de validez jurídica y podría darse el caso de declararse ilegal.

El argentino Juan Carlos Cassagne, también hace referencia al contrato administrativo de la siguiente forma:

> Es una categoría jurídica peculiar dentro del derecho público, siendo una creación del consejo de Estado y responde a la idea de que los particulares colaboren con la misión que persigue la administración mediante el contrato, que correlativamente le garantiza al contratista privado, la integridad de sus derechos económicos (CarlosCassagne, 1999, pág. 43).

La ayuda del sector privado para cumplir con la finalidad colectiva es uno de los ideales que se persigue haciendo uso de esta figura jurídica, es por ello que las solemnidades sustanciales exigidas por el Estado buscan que un ente privado preste servicios, o la ejecución de obras en beneficio común a toda la ciudadanía.

Hernán Jaramillo, logra realizar en su obra una síntesis que abarca aspectos relevantes conforme a las definiciones anteriormente citadas, manifestando que “el contrato administrativo nace de un vínculo jurídico que coloca a una persona determinada en la necesidad de dar,

hacer o no hacer alguna cosa con respecto a otra persona también determinada” (Ordóñez, 1999, pág. 216).

El vínculo jurídico del que habla este autor hace hincapié a la idea de estar frente a un contrato celebrado con el Estado, que busca en todo momento la ejecución o no de una actividad o la prestación de un servicio en beneficio de la colectividad siempre y cuando exista el cumplimiento de solemnidades sustanciales establecidas por la entidad pública. Se puede definir al contrato administrativo con palabras propias como un acuerdo entre las partes del que nacen obligaciones recíprocas y para el que, dada su trascendencia social y económica, la ley establece normas y consecuencias jurídicas. Las obligaciones nacen por imposición de una ley o por propia voluntad de una persona de contraer obligaciones respecto de otra, mediante un contrato.

4.1.3 Sujetos del contrato administrativo

Una de los segmentos primordiales de un contrato administrativo son sin duda las partes intervinientes, por un lado se halla el contratante, es decir, un órgano o entidad de la administración pública, que pretende celebrar un contrato, que se entiende como una autoridad estatal actuando en el ejercicio de la función administrativa y, por otro lado, se encuentra el contratista, una persona particular.

El doctor Cristóbal Vaca Núñez en su obra Fundamentos de la Contratación Pública, manifiesta que “el sujeto es el individuo o persona determinada susceptible de derechos u obligaciones por excelencia, sujeto es la persona sea humana o física, jurídica o colectiva es decir, todo ente capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones” (Nuñez, 1994, pág. 19).

Para poder establecer vínculo jurídico alguno se requiere de capacidad legal para contratar puesto que una persona que no posee ni capacidad cognitiva ni jurídica generaría una obligación sin validez jurídica alguna, lo mismo sucedería de tratarse de una persona jurídica si posee vicio que invalide su conducta como ente capaz de contratar.

Para el autor Roberto Dromi hablar de sujetos que intervienen en un contrato administrativo afirma que “en lo que respecta al particular, no basta tener la capacidad de ejercicio que señala la legislación civil, sino que además, si se trata de personas jurídicas, sus representantes deben acreditar fehacientemente su personalidad” (Dromi, 1999, pág. 74).

El estatus jurídico es elemental para poder realizar cualquier actividad de índole administrativa siempre y cuando se demuestre que dicha persona o entidad no posee ninguna causa ilícita que tache su conducta.

Para el tratadista Alesandri Rodriguez :

> En los contratos administrativos una de las partes o sujetos se denomina “contratante” que es una institución pública, administración pública, o Estado en general, que incluye gobiernos autónomos descentralizados, empresas públicas o privadas que manejen fondos

públicos en una proporción mayor a 50% y por otro lado, el "contratista", el oferente adjudicado que suscribe el contrato, también denominado el co-contratante (Rodríguez, 1988, pág. 122).

De esto modo se establece que contratistas podrán ser las personas de índole privadas físicas o jurídicas, nacionales o extranjeras, domiciliadas dentro o fuera del territorio nacional y las instituciones públicas que con la suscripción del contrato se compromete a vender bienes, prestar un servicio o ejecutar determinada obra de carácter público, además se especifica que en muchos de los casos el contratista puede no ser un ente particular sino tratarse de un órgano perteneciente a la administración pública, por ende, el contrato se constituye en interadministrativo, que es sometido a un régimen especial. Si se da el caso de que el contratista sea un particular, podrá este presentar sus ofertas de manera individual o asociada ya que la ley establece que el contratista será; persona natural, persona jurídica y consorcio.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública define al Contratista como "la persona natural o jurídica, nacional o extranjera, o asociación de éstas, contratada por las Entidades Contratantes para proveer bienes, ejecutar obras y prestar servicios, incluidos los de consultoría" (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2018).

Por otro lado está la figura del contratante es decir, el órgano o entidad de la Administración pública, ya sea función ejecutiva, legislativa, judicial, de transparencia y control social o electoral, donde forman parte también las

entidades que integran el Régimen seccional autónomo o una de las demás dependencias a las que hace referencia el Art. 1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, al referirse a su ámbito de aplicación, disposición a la que no se le escapa aquellas personas jurídicas de derecho privado con una mayoría de capitales públicos. El contratante es una persona jurídica de derecho público que requiere adquirir o arrendar bienes, la prestación de un servicio o la ejecución de una obra en beneficio de la colectividad.

4.1.4 Contrato de obra pública

El contrato de obra pública es una figura jurídica cuyo máximo superior es el Estado, y dentro de la generalidad de la palabra Estado, podemos citar los siguientes organismos que lo conforman: Gobierno Nacional, Ministerios, Municipios, Gobiernos Provinciales, secretarías, empresas públicas, empresas mixtas, etc. En atención a la generalidad antes expuesta, y con la finalidad de proponer una definición de contrato de obra pública, se citan a continuación los siguientes conceptos emitidos por diferentes autores:

Para el autor Roberto Dromi el contrato de obra pública se define como “el procedimiento mediante el cual el Estado, o entidades públicas no estatales, indirectamente, a través de terceros llevan a cabo la mencionada obra” (Dromi, 1999, pág. 563) .

Esta definición nos lleva a determinar que constituye uno de los medios o formas de realizar la obra pública, donde se da la existencia de dos

partes bien diferenciadas y necesarias para que dicha obra sea llevada a cabo bajo el cumplimiento de los requisitos exigibles, por tanto Estado y particular aúnan esfuerzos por generar el bien de la colectividad.

Para el tratadista Rojas, el contrato de obra pública “consiste en un acto jurídico en virtud del cual una persona se obliga para con otra a realizar una obra material determinada, bajo una remuneración y sin mediar subordinación ni representación” (Rojas, 2003, pág. 281).

Se especifica que dicha obra se ejecuta sobre un bien inmueble, por tanto, la ejecución de la misma se le atribuye a una entidad de carácter privado que cuenta con los medios necesarios para un correcto cumplimiento y deberá hacer frente a toda responsabilidad ocasionada a lo largo de su construcción.

Para Alberto Spota el contrato de obra pública “es un acuerdo mediante el cual una de las partes se obliga a hacer alguna cosa o alcanzar un resultado material o inmaterial para la otra y sin subordinación frente a ésta; todo mediante un precio en dinero” (Spota, 1999, pág. 4).

Este autor recalca la idea de existir un acuerdo contractual entre las dos partes, entidad privada y entidad estatal, pero especifica no existir una relación de subordinación ya que a la entidad privada se le delega la ejecución de una obra pública a cambio de un monto de dinero que cubra todas las necesidades que requiera dicha construcción.

El tratadista Rafael Juristo Sánchez, menciona que contrato de obra pública es:

> Una especie de contrato administrativo por virtud del cual una de las partes llamada contratista o empresario se obliga a realizar, con organización y medios propios, una obra inmobiliaria destinada a satisfacer un interés público, a cambio de un precio cierto en dinero que se compromete a pagarle una administración pública (Sánchez., 1991, pág. 5).

Las solemnidades que requieren los contratos de obras públicas establecen todas las obligaciones a las que están sujetas ambas partes para la realización de un bien inmueble.

Se puede entonces extraer ideas en común que tienen estos autores denominando a la obra pública como un acto consensual entre la entidad pública y un particular para designar la ejecución de una obra sin que exista relación de subordinación alguna a cambio de una cantidad de dinero que cubra todo gasto ocasionado, para que durante el transcurso de dicha ejecución no surja contratiempo alguno que eleve el costo total del proyecto presentado en un inicio.

4.1.5 Contrato Complementario

Los contratos complementarios como su nombre lo indica, complementan al contrato original, o principal, dando la posibilidad al contratante de modificar diferentes condiciones contractuales sin que por ello se modifique la esencia del objeto contractual. Dichas modificaciones necesariamente deben surgir

de aspectos no imprevistos en la fase de estudio o que por razones ajenas a la ejecución del mismo no fueron posibles de prevenir en su momento.

El jurista colombiano Pedro Lamprea, en su obra “Contratos Estatales” analiza a profundidad la figura de los contratos adicionales, también llamados por él complementarios o accesorios, manifiesta que:

> Son los que constituyen ampliación de contratos administrativos en la ejecución de obras o elaboración de estudios, pero que solo pueden efectuarse por reajuste de precios, cambio de especificaciones y por otras causas imprevistas, siempre y cuando tales modificaciones determinen la necesaria variación del valor o del plazo del contrato original (Rodríguez L. P., 2007, pág. 346).

Este tipo de contratos tienen el carácter de accesorios del primero. Puesto que vienen a perfeccionar un contrato principal con diferentes especificaciones, en estas características deduce el Estado que no se trata de un nuevo contrato, independiente o separado del primero, sino continuación o variación de aquél, que busca modificar la estipulación primitiva del precio o el término de duración del contrato que se reforma, pero nunca su objeto o esencia, asunto cuya ejecución se contrata.

El tratadista Franco Gutiérrez Omar, hablando a cerca de los contratos complementarios o adicionales como él los define, señala que:

> Adicionar un contrato, es aumentar algunas cosas que no se tuvieron en cuenta al suscribir el contrato inicial, incrementando por ello el valor

del mismo y en muchos casos la ampliación del plazo, para que las nuevas especificaciones puedan ser dadas o ejecutadas (Gutiérrez, 1989, pág. 373).

Para este autor, las obras adicionales al contrato principal de obra pública generan incremento del valor inicial con un sobreprecio determinado cuya finalidad es la ampliación tomando en consideración las nuevas especificaciones que perfeccionen la entrega de la obra en su totalidad.

El jurista Garófalo Salazar habla acerca de los contratos adicionales en su obra donde se recalca que a su entender "los contratos complementarios son una posibilidad que tiene la entidad contratante y el contratista de llegar a un nuevo acuerdo de voluntades, pero no es obligación para las partes celebrar contratos complementarios si no existe la voluntad de ellos" (Salazar, 2004, pág. 66). Los errores deberán ser corregidos si en el contrato se detecta que existen mediante la suscripción de un contrato complementario siempre y cuando haya acuerdo de voluntades para hacer extensiva dicha opción y mejorar la obra ya efectuada con anterioridad.

Para el tratadista ecuatoriano Nelson López el contrato complementario es "aquella que no figura en el presupuesto referencial o no está indicada en el expediente técnico de obra o no forma parte del contrato pero es necesaria su ejecución para cumplir con la finalidad del contrato" (Jácome, 2010, pág. 78). La denominación de poseer carácter imprevisto es lo que identifica en sí al contrato complementario puesto que al realizar

obras adicionales se busca salvaguardar los intereses establecidos en el contrato principal para que la recepción de dicha obra cumpla con los estándares de calidad y eficacia.

De lo anteriormente citado se extrae una idea principal al considerar al contrato complementario como una herramienta jurídica que, mediante acción debidamente motivada, legaliza la modificación, ampliación o complemento del objeto pactado en el contrato principal, producto de la detección de obras adicionales relacionadas imprevistas en los estudios por causas técnicas, sin embargo, requiere del respectivo reajuste de precios para poder dar continuidad a esa obra principal tomando en consideración nuevos rubros.

4.1.6 Reajuste de precio

Hablar del reajuste de precios como figura jurídica, hace referencia al tema más controversial de esta tesis, puesto que involucra los aspectos positivos y negativos que conlleva la ejecución de un contrato de obra pública.

Para el tratadista ecuatoriano, Aurelio Garófalo el reajuste de precios es definido como;

> El mantenimiento del precio real durante el tiempo de ejecución de obra, de modo que la mora de la entidad en pagar el precio se compensa con el reajuste de precios que se calcula hasta la fecha del pago del precio respectivo (Salazar, 2004, pág. 48).

Se trata de una forma anticipada de prever el incumplimiento del contratante en pagar al contratista, además, en los contratos se prevé el pago de los

reajustes para compensar el deterioro de la moneda en la cual se contrata, pero también se puede prever los pagos en diferentes monedas de manera que no se produzca el deterioro de la moneda.

Para el autor Roberto Dromi, “el reajuste de precios tiende a compensar la depreciación del dinero, el costo de oportunidad es la posibilidad de utilizar el dinero en alguna inversión u operación monetaria” (Dromi, 1999, pág. 67). Nuestra legislación prevé el reajuste de precios donde se reconoce al contratista, el valor del costo de la obra. La determinación de ese reajuste la hace el Estado ya que es aquí donde se materializa el reconocimiento del valor de la obra.

El tratadista Omar Gutierrez refiere en su obra que:

> El significado del reajuste de precios está vinculado a una variación repetida de valores. La primera vez que se modifica un valor se habla de ajuste si, tiempo después, se produce una nueva modificación, a dicho cambio se lo conocerá como reajuste. Esto quiere decir que se alteran las cifras que se habían fijado a través del primer ajuste (Gutiérrez, La contratación Administrativa: Definiciones, 1989, pág. 154).

El reajuste de precios se determina en función de sus componentes básicos considerados en los diferentes precios unitarios ya que cada componente tiene un peso propio en la fórmula polinómica del reajuste de precios.

En los contratos complementarios deberán constar las correspondientes fórmulas de reajustes de precios, misma que debió haber constado en el

contrato principal. Si se crean rubros nuevos, la entidad contratante elaborará la fórmula y sus respectivas cuadrillas tipo, sobre la base del presupuesto del contrato complementario estableciendo los precios o índices de precios a la fecha de aceptación de los precios unitarios para la denominación de los términos correspondientes, Si en el contrato complementario varían las cantidades o se suprimen rubros del contrato original , se modificarán las condiciones del contrato original que servirán además para reliquidar los valores pagados por reajuste de precios del contrato original.

Con estas definiciones podemos elaborar un concepto propio sobre el reajuste de precios, es decir, se considera reajuste a la variación o modificación de valores de acuerdo con la obligación que debe ser cumplida al entregarse el valor nominalmente indicado.

4.1.7 Seguridad Jurídica

Para el tratadista chileno Agustín Squella, la seguridad jurídica es:

> Una dimensión ontológica del derecho, debido a que solo el derecho, como previsión normativa y coactiva, puede brindar ese saber y esa confianza que son constitutivos de la seguridad jurídica, de modo que el derecho es condición necesaria de la seguridad, aunque también es condición suficiente de la misma (Narducci, 2007, pág. 64).

Se trata de un mecanismo al servicio de la ciudadanía que mediante su aplicabilidad genera el bienestar social porque es el Estado el encargado de velar por el fiel cumplimiento de las normas sin distinción alguna.

Para el tratadista Radbruch existen multitudes de antinomias entre el principio de justicia y seguridad jurídica porque “enlaza la seguridad jurídica a cualquier derecho, llegando a decidirse al profundizar en sus disquisiciones, en que si se impusiera otro valor a la seguridad jurídica reinaría el anarquismo” (Gustav Radbruch, 1974, pág. 127). La seguridad jurídica reclama que el Derecho positivo se aplique aun cuando sea injusto puesto que se deberá velar por el interés colectivo.

Afirma Dromi, “una seguridad injusta es precisamente lo contrario al Derecho, pues seguridad y justicia son dos dimensiones radicales del Derecho” (Dromi, 1999, pág. 86). La inseguridad jurídica es fruto de la incompetencia del ente estatal porque no se estaría velando por que prime la justicia en toda interacción así como la falta de equidad en cuanto a aplicabilidad de la ley se refiere.

El tratadista español Manuel Ossorio y Florit considera en su obra a cerca de la formalidad estatal que:

> La seguridad jurídica es condición esencial para la vida y el desenvolvimiento de las naciones y de los individuos que las integran. Representando con ello la garantía de la aplicación objetiva de la Ley, de tal modo que los individuos saben en cada momento cuáles son sus derechos y sus obligaciones sin que el capricho, la torpeza o la mala voluntad de los gobernantes pueda causarles perjuicio (Florit, 2010).

Hablar de inseguridad jurídica hace referencia a la falta de equilibrio necesario entre Estado y bien común puesto que esta anomalía genera un

resquebrajamiento del Estado de derechos y justicia, unitario, intercultural, plurinacional y laico cuya soberanía radica en el pueblo, pues así se halla establecido en la Constitución de la República del Ecuador.

Intentando hacer una definición suficientemente general, la seguridad jurídica constituye la garantía de que gozan las personas naturales y jurídicas, públicas y privadas, nacionales y extranjeras, como sujetos de relaciones jurídicas, así como la sociedad en general, que sabiendo son las normas jurídicas vigentes, tienen fundadas expectativas de que éstas se cumplan; esto es, que exista una objetiva aplicación del ordenamiento jurídico vigente. En tal sentido, proveer seguridad jurídica es un cometido del Estado, que debe asegurar además los mecanismos que hagan efectiva la aplicación de la ley. La conflictividad que surge de la inseguridad jurídica, en el Derecho Público se refleja en una constante pugna entre las Funciones del Estado que tenderán a sobreponerse. La sociedad civil por su parte, comienza a desarrollar una conflictividad social e individual, que frente a la incapacidad del ordenamiento jurídico, que no contiene los medios precisos para hacer respetar los derechos, unida a la ineficiencia del sistema de administración de justicia, facilita la impunidad de conductas delincuenciales que rompen la paz. La inseguridad jurídica que sufre el Ecuador ha llegado a tales extremos que esta situación es vista de forma esporádica en medios televisivos donde hay casos de corrupción en obras públicas, favoritismos a la hora de otorgar contratos lleva al desconcierto ciudadano sin confianza en la administración ejercida por el Estado.

Se visualiza como causa principal de la inseguridad jurídica por la que atraviesa el Ecuador al problema generado por la gran variedad de procedimientos administrativos existentes para situaciones dadas entre individuos, que en muchos de los casos carecen de coherencia jurídica entre sus normas, así como el establecimiento de facultades discrecionales en Derecho Público, la falta de los valores y la influencia política con sus favoritismos, que se traducen en corrupción.

4.1.8 Control

El control es requerido por parte de la autoridad pública competente para el correcto cumplimiento de un contrato principal o complementario, comprenderá la vigilancia permanente antes, durante y después de dicha ejecución generando con ello que no exista anomalía alguna ya que se veló por la fiscalización de mencionada obra.

Para Rubén Granada el control tiene su razón de ser en " la desconfianza de todos con todos como regla general compartida, ante el crecimiento de la corrupción, la deshonestidad, la pérdida de principios y valores morales, éticos, sociales, universales, de orden, máximos organizaciones e individuales" (Granada, 2011, pág. 18). Debido a la enorme inseguridad jurídica que se vive hoy en día en Ecuador se ha visto necesario velar por el estricto cumplimiento de las cláusulas del contrato donde deberán primar los principios éticos y morales de toda institución perteneciente al ente público.

Según el diccionario de Derecho Público se denomina control a todo proceso que mediante una persona natural o jurídica debidamente

autorizada “examina o fiscaliza un acto realizado por otra persona u órgano, a fin de verificar si en la preparación y cumplimiento de dicho acto se han observado todos los requisitos que exige la ley” (Fernández, 1981, pág. 161).

La existencia del control es una fase más del proceso administrativo cuya finalidad estima necesaria la vigencia de normas o reglas que permitan una correcta aplicabilidad de toda disposición legal que viabilice la ejecución del proyecto logrando con ello prevenir las inobservancias o vulneración a la ley.

Para el tratadista y ensayista Roberto Dromi el control como tal distingue varias fases que se clasifican en “antes, preventivo o durante, concomitante o después y represivo” (Dromi, 1999, pág. 178). Es por ello que para cada una de las fases de control existe un modus operandi diferente puesto que no será lo mismo velar por el estricto cumplimiento en la etapa preparatoria del proyecto de obra pública que la aplicación de control oportuno durante la etapa contractual.

Según el autor Enrique Sayaguez “el control es implementado en cualquier organización sea pública, privada, grande o pequeña, cuyo objetivo reside en vigilar las actividades planificadas” (Sayaguez, 2002, pág. 38). La vigilancia es un factor que deberá primar en cada una de las etapas que conforman el proceso productivo en caso de no ser así o no lograr su primer objetivo, el segundo será identificar los errores, para poder introducir los

correctivos y ajustes adecuados, con la finalidad de inspeccionar cada una de las actuaciones dentro de un proceso administrativo.

Tras un breve análisis de varias definiciones de diferentes tratadistas se extrae un concepto propio que abarque las características principales que conforman al control denominándolo como un proceso que usa la autoridad pública designada para tal efecto con la finalidad de asegurar que las actividades realizadas se corresponden con los planes establecidos en las cláusulas del contrato, y con ello verificar si hubo o no eficacia durante dicha vigilancia.

4.1.9 Control previo

Estableciendo con anterioridad las bases sobre las que descansa el control y toda su conjetura es indispensable establecer la existencia y denominación del control previo, como un elemento fundamental para que prime en todo procedimiento la revisión de la legalidad previo a efectuar gasto público en una obra de elevada inversión pública, y con ello evitar riesgos de caer en vicios de ilegalidad e inconstitucionalidad en la contratación pública. Para el tratadista, Agustín Narducci hablar de control previo es:

> El conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por la contraloría con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión o en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio público (Narducci, 2007, pág. 46).

La competencia por parte de la autoridad administrativa siempre irá encaminada en velar por los intereses del Estado para que no exista agravio alguno a la economía estatal. Un control previo eficientemente desarrollado, permite claridad antes de la legalización de la contratación generando un verdadero método de prevención frente a las conductas irregulares o, ilícitas en muchos de los casos, que puedan derivarse de la etapa precontractual. La deficiencia en este mecanismo de control previo, conlleva a exponer los recursos públicos a posibles delitos o deterioros patrimoniales por parte de los responsables de velar por el gasto público.

Desde otro punto de vista el tratadista Alberto Spota afirma que:

> En el control previo escruta que los mecanismos de prevención se generen en el transcurso del ejercicio de la gestión fiscal, o que la revisión de la gestión fiscal pueda iniciarse desde el momento en que se detecte el detrimento al patrimonio público, y que la intervención previa por parte de las oficinas de control interno sea tan efectiva que sirva de insumo para el inicio a la revisión de la gestión fiscal (Spota, 1999, pág. 18).

La intervención del ente estatal debe ser de manera ininterrumpida porque en el transcurso del procedimiento administrativo pueden surgir inconvenientes y mediante la ágil actuación pública se velará por los intereses del Estado ecuatoriano.

El control fiscal se realiza principalmente en el momento posterior a la suscripción del contrato de obra pública, ya cuando se ha determinado y

aprobado el presupuesto, dejándose el control fiscal en la etapa precontractual a las oficinas de control interno generando el autocontrol.

El control de todo acto administrativo, es ejercido de forma previa a perfeccionar un contrato público, para el tratadista Terry hablar de un control previo o ex ante hace mención a "la creación de políticas, procedimientos y reglas diseñadas para asegurar que las actividades planeadas que serán ejecutadas con propiedad" (Terry, 1999, pág. 56). Toda autoridad encargada de velar por los intereses del sector público, tiene como propósito principal prevenir cualquier anomalía y para ello hace uso de su potestad controladora delimitando con anticipación toda diligencia y analizando cada uno de los informes de obra.

Para la ecuatoriana María Rivas los controles previos poseen funciones que los delimitan tales como" la exigibilidad de informes, otorgar asesoría administrativa y autorizar o aprobar el acto o contrato" (María Rivas, 2004, pág. 37). Las directrices emitidas por la autoridad nominadora, en este caso la administración pública tienen su origen en un cuerpo legal donde se establecen todos los derechos y deberes de contratista y contratante al suscribir un contrato complementario de obra pública.

Se puede definir al control previo como un mecanismo de prevención que mediante la debida aplicación de norma busca erradicar todo tipo de inconveniente que cause agravio económico a la ejecución de un contrato de obra pública. La autoridad nominadora, puede ejercer sobre su contratista un control de alcance excepcional, modificando unilateralmente las condiciones

del contrato, dar directivas a la otra parte, declarar extinguido el contrato por sí y ante sí, e imponer sanciones contractuales puesto que es la falta de control durante la ejecución de un determinado contrato la que generará a posterior ausencia de principios constitucionales como justicia, concurrencia, transparencia o igualdad de condiciones para toda persona.

4.2 MARCO DOCTRINARIO

4.2.1 Breve Reseña Histórica de la Contratación Pública en el Ecuador.

En la obra del doctor en jurisprudencia Nelson López Jácome, denominada; Interrogantes y Respuestas sobre la nueva Ley de Contratación Pública, se evidencia el "proceso paulatino de transformación administrativa hasta dar a lo que hoy en día se conoce como derecho administrativo" (Jácome, 2010). Como se ha indicado con anterioridad, la contratación pública toma en consideración a toda clase de contratos amparados en la normativa ecuatoriana, siempre y cuando estos contratos tengan como partes primordiales al sector público y un organismo de índole privada, ya que para la formalización de voluntades entre ambas partes requieren de solemnidades establecidas en la ley orgánica del sistema nacional de contratación pública. El fin a alcanzar por la administración pública es satisfacer las necesidades de la colectividad, debido a esta finalidad, el sector público es regulado por el derecho, elemento rector de las relaciones interpersonales evitando con ello las discordancias que puedan surgir durante la búsqueda del bien común, normando a la sociedad para la

diferenciación entre el bien y el mal así como la determinación de los derechos y deberes del ciudadano ecuatoriano. Estos elementos han configurado la necesidad de regular la relación entre las entidades estatales y personas o empresas privadas que pueden ofrecer bienes y servicios. Es por ello que en el marco internacional, países como Italia, Francia, Inglaterra, Alemania o Estados Unidos vieron la necesidad de abordar con la debida importancia el tema de la contratación pública para otorgar validez jurídica a todo accionar entre la entidad pública y un organismo particular. En Latinoamérica abordar la contratación pública es hablar de transformaciones de ideales, del avance de un mercado internacional que ha reformulado los principios y acciones de contratación por parte de los Estados. Puesto que no son los mismos principios los que priman en la administración pública colombiana que los que rigen las relaciones jurídicas en Ecuador.

La contratación pública como tal no existía en sus inicios, pero tiene sus principios en la Ley de Hacienda de 1927 que era la encargada de direccionar la contratación pública con inicios referentes a la compra de insumos materiales requeridos por el gobierno para su correcto funcionamiento, tal como es el caso de la intervención del Contralor general de la nación para la celebración de contratos que por su naturaleza veían la necesidad de causar egreso público al Estado.

En Ecuador con la consagración de la primera Constitución, en 1830 surge a grandes rasgos la conceptualización de la contratación pública. Con posterioridad surge en 1964 la primera Ley de Licitaciones. Esta ley se ve

inmiscuida en radicales cambios que se van incorporando y contempla la necesidad de contar con una partida presupuestaria que disponga de los fondos necesarios para la celebración del respectivo contrato, en caso de existir el egreso de fondos públicos, el procedimiento era el de licitación, y este a su vez era publicado en el Registro Oficial o un periódico de circulación nacional debidamente aprobadas por la Junta de Licitaciones.

La ley de licitaciones de 1964, incorporó figuras jurídicas propias del ámbito administrativo que hoy en día siguen siendo usadas tales como la cláusula "exorbitante", del derecho administrativo, la "terminación unilateral y anticipada del contrato" priorizando con ellos los principios de la licitación.

Más adelante, cerca de 1990 se alude a un término más específico que regía en aquel tiempo toda relación pública- privada, era la Ley de Contratación Pública pero que ya dejaba entrever vacíos legales de un régimen jurídico con errónea interpretación y aplicación de la norma.

La primera Ley de Consultoría tuvo sus orígenes en el año 1998, cuya función primordial era especificar todo proceso para poder contratar con empresas privadas especializadas en realizar encuestas de servicios, o indagar a cerca de datos para las instituciones del Estado.

Toda controversia o inquietud derivada de un contrato suscrito por el Estado u otros organismos privados a entidades del sector público, eran competencia de los juzgados y cortes superiores de Justicia.

Además se destaca que existían elementos que vale la pena recalcar dentro de dicho cuerpo normativo, tal es el caso de llevar a cabo

determinados concursos o licitaciones mediante documento pre contractual y la aprobación de éstos por parte de los organismos de control, que poseían observaciones a todo proceso y con ello abrir o convocar los concursos o licitaciones. Se dedicaba un capítulo para todo contrato de arrendamiento, compra, venta de bienes de o para el sector público.

Había también un capítulo dedicado a todo tipo de especificaciones en cuanto a garantías o caución se refieren que debían rendir los oferentes u los contratistas, así como lo concerniente a las capacidades e inhabilidades especiales u generales para contratar, la nulidad de las contrataciones: requisitos, forma y registro de contratos: sobre los reajustes de precios; sobre las recepciones; sobre contratos complementarios y adicionales; sobre terminación de contratos; registro de contratistas y sobre las responsabilidades de quienes intervienen en los procesos de contratación.

Años después, surge la figura de la Procuraduría General del Estado, que era la encargada de emitir resoluciones en cuanto a contratos civiles se tratase, ofreciendo alternativas basadas en principios que rigen dentro de la Administración Pública.

Tuvieron que pasar más de diez años para agrupar y conceptualizar cada una de las anomalías que guardaba aquel cuerpo normativo y es en el año 2003 donde surge una reforma pero es derogada en el año 2008 y sustituida con posterioridad por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de contratación Pública.

Meses después, en agosto del 2008 se expidió el Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de contratación Pública mediante el Decreto Ejecutivo No. 1248, publicado en el Suplemento del R.O. 399, reformado por Decreto Ejecutivo No. 1700, que es publicado en el Registro Oficial 588 el 12 de mayo de 2009 (Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional De Contratación Pública, 2009). Se considera como organismo rector al Instituto Nacional de Contratación Pública encargado de velar todo accionar y que todas los organismos del estado efectúen contrataciones de carácter públicas, bien por subastas, licitaciones o por catálogo. Con la entrada en vigor del Reglamento se pretende delimitar cada proceso que pueda darse entre entidades públicas o con una entidad u organismo privado teniendo presente que todo proceso debe regirse bajo principios de publicidad, igualdad y concurrencia.

4.2.2 Etapas del proceso de contratación

Para desarrollar la presente obra, se ha considerado pertinente analizar la obra; Las etapas del proceso de contratación, del autor Willan López Arévalo, pues realiza un análisis exhaustivo respecto a la clasificación de contratos existentes, sus especificaciones y diferenciaciones entre cada uno de los contratos que se derivan de un acto administrativo.

La celebración de un Contrato Público implica la realización de una serie de acciones previas a su suscripción y posteriores al mismo, como son: la planeación, la determinación del proceso de selección y la forma misma del acto contractual; por eso, el proceso de contratación es el producto de una sucesión de etapas que deben ser desarrolladas con toda

responsabilidad e importancia, ya que todas están íntimamente relacionadas y deben ser evacuadas en estricta observancia de las normas legales, conforme lo analizaremos con posterioridad.

Se destaca que la obra pública en palabras del autor Willam López Arévalo:

> "No será fruto de improvisación alguna, sino de un proceso concatenado con el respectivo cuidado y planeamiento que lleve al cumplimiento fidedigno de sus fines, metas, objetivos, procedimientos, estrategias, prioridades, de acuerdo a los intereses públicos y toda necesidad que sea parte de la comunidad tomando en consideración las características y tiempos de ejecución" (Arévalo, 2010, pág. 118).

Es por ello, que en la obra pública se debe planificar de acuerdo a fines específicos tomando en consideración las necesidades sociales y las del Estado, con sujeción al ordenamiento jurídico vigente. Las etapas o fases que conforman el proceso de contratación pública son: preparatoria o de planeación, precontractual y contractual.

Se recalca que por su importancia, estas etapas o fases son de común observancia y aplicación en todos los procesos o procedimientos de contratación previstos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, y consiguiente cumplimiento obligatorio en todo procedimiento que se vaya a ejecutar.

4.2.2.1 Etapa preparatoria o de planeación

En la obra del tratadista William López Arévalo, denominada; Las etapas del proceso de contratación, se trata de forma concisa el temático concerniente, puesto que realiza un análisis exhaustivo de cada una de las etapas que integran en proceso de contratación pública. Constituye la fase interna del proceso contractual, donde existe un órgano de Contratación que configura la voluntad para contratar. Desarrolla toda actuación preparatoria del contrato que configurará el expediente de contratación; estudio de necesidades, elaboración de un proyecto, redacción de los pliegos de cláusulas, administrativas y de prescripciones técnicas, formulación de presupuesto, verificación de solvencia económica para ejecutar el contrato, sometimiento del expediente a fiscalización previa.

La etapa preparatoria o preliminar de la contratación administrativa, es el proceso de diseño y selección de objetivos, metas y acciones acorde a la visión para el logro de resultados. Su producto es un plan que contiene políticas, programas, cronogramas y presupuestos. Se trata por tanto de una proyección realista y verificable. La importancia de la actividad preliminar a todo contrato administrativo es que constituye la base y soporte fundamental del contrato y del trámite, ya que permite que el contrato se ajuste a las necesidades del Este estatal, convirtiendo el contrato en un medio que haga efectivo el cumplimiento de la misión de la entidad pública. Es por ello que la etapa preliminar o de planeación requiere de información detallada, concreta y confiable que será de gran utilidad a varios contratos.

Si existe una óptima planeación, los productos que se originen permitirá a largo plazo valorar y prever los riesgos, determinar toda cantidad de recursos necesarios y las fuentes de los mismos y con ello llegar a establecer el proceso de selección correspondiente.

En caso de existir omisiones en esta etapa se verán reflejadas en el desarrollo del proceso de selección o durante la ejecución del contrato forjando la declaración desierta de una licitación u otro tipo de figura en el campo administrativo generando sanciones administrativas, civiles, penales para los responsables.

Los requisitos que deberán cumplirse en la etapa preparatoria serán: estudios previos, registro en el sistema nacional de contratación pública, elaboración y aprobación de los pliegos, determinar y obtener los permisos, licencias y autorizaciones requeridos para proceder, determinar el impacto social y ambiental; consulta sobre impuestos; análisis de mercado; elaboración del presupuesto; determinación del sistema de precios; selección de la forma de pago; estimación de los costos por ajustes e imprevistos; determinación y procedimiento de selección del contratista; verificación y certificación presupuesta; programación de la contratación programa del desarrollo del contrato.

En cuanto al desarrollo de la fase preparatoria se destaca que uno de los antecedentes principales del proceso preparatorio contractual es el plan anual de contratación de una determinada entidad estatal, como resultado de la planeación realizada por las instancias competentes y donde se

señalan las prioridades de acción de la entidad en términos de viabilizar las estrategias, programas y proyectos que se imponen como directrices y objetivos del Plan Nacional de Desarrollo. La esquematización de la contratación permite ordenar en forma secuencial y cronológica las actividades necesarias para el ejercicio de la actividad contractual, desde la etapa de planeación hasta la iniciación de la ejecución. La planeación exige el cumplimiento de algunas actividades sin importar cómo se seleccionará después el contratista. Es obligación de toda entidad elaborar el plan anual de contratación (PAC), con el presupuesto correspondiente para ese año según la planificación plurianual de cada institución, asociados al plan nacional del desarrollo y a los presupuestos del Estado.

En cuanto a los estudios llevados a cabo dentro de la etapa preparatoria constituyes un soporte necesario para estructurar los alcances técnicos y jurídicos del contrato y con ello definir las condiciones en que debe ser ejecutado el mismo. Dichos estudios permitirán establecer si es conducente, pertinente y conveniente a los intereses de la entidad estatal y por ende al interés público.

Todo estudio en el que se analice la conveniencia y oportunidad de realizar la contratación de que se trate, tendrán lugar de manera previa a la apertura de los procesos de selección debiendo contener los siguientes requisitos:

1. Definición de la necesidad que la entidad estatal pretende satisfacer con la contratación

2. La definición técnica de la forma en que la entidad puede satisfacer su necesidad, que entre otros puede corresponder a un proyecto, estudio, diseño o prediseño.
3. Las condiciones del contrato a celebrar, tales como objeto, plazo y lugar de ejecución del mismo.
4. El soporte técnico y económico del valor estimado del contrato.
5. El análisis de los riesgos de la contratación y en consecuencia el nivel y extensión de los riesgos que deben ser amparados por el contratista.

La entidad contratante, antes de dar inicio a cualquier procedimiento precontractual contará de forma obligatoria con los estudios y diseños completos, definitivos y actualizados, aprobados por la instancia correspondiente que por exigencias legales deberá tomar en cuenta toda característica técnica del proyecto y sus componentes como objetos del contrato.

En cuanto al presupuesto, se hace hincapié a la idea de si en un contrato requieren de obligaciones económicas para la administración, se deberá tomar en cuenta con anterioridad, el análisis de la disponibilidad presupuestaria que tenga dicha entidad para la prestación del contrato, esta certificación será conferida por parte del departamento financiero de la entidad pública correspondiente.

En caso de celebrarse un contrato donde no exista certificación presupuestaria no se tomará como jurídicamente válido ya que esta irregularidad no tiene influencia alguna sobre la existencia o validez jurídica

del contrato. Según el caso, la falta de crédito presupuestal, a pesar de ser un acto con ausencia de legalidad, no generará nulidad del contrato pero producirá responsabilidad administrativa.

4.2.2.2 Etapa precontractual.

Dentro de la etapa precontractual se dará inicio a la fase externa del proceso de contratación ya que el procedimiento administrativo desplegado de forma preliminar por parte de la entidad estatal, integrando el accionar del futuro contratista a través de diversas actividades.

Para el autor William López Arévalo esta fase “constituye la realización del proceso de selección con base en los pliegos condicionantes donde se estableció el objeto del contrato” (Arévalo, 2010, pág. 140). Las condiciones del contrato a realizar y los criterios objetivos para la dirección que deba dar el contratista son parte de los pliegos condicionantes, es decir, la exigencia de que en todo proceso de contratación existe la función jurídica de señalar las obligaciones generales de las partes en el contrato proyectado, es por ello que el contrato deberá cumplir de forma minuciosa cada uno de los elementos integrantes del contrato. Estos pliegos de condiciones forman parte esencial del contrato ya que son fuente principal de los derechos y obligaciones de las partes y base para toda interpretación del contrato ya que posee la voluntad de la administración a la que es sometida.

En cuanto al desarrollo de la fase precontractual se debe hacer énfasis a la convocatoria, es decir, al acto mediante el cual la administración

exterioriza su intención de contratar mediante un llamado público, se da conocimiento general a todos los interesados en el proceso y con ello a presentar sus ofertas siempre y cuando estén realizadas de acuerdo a la Ley y a los pliegos aprobados por el ente estatal.

Esta convocatoria será publicada en el Portal de Compas Públicas y contendrá para tal efecto la información que determine el Instituto Nacional de Contratación Pública.

Las ofertas presentadas de forma pública constituyen un acto jurídico donde la entidad contratante y los oferentes participan en el procedimiento de contratación mediante declaración de su voluntad con un objetico común, es decir, establecer, crear, modificar derechos o relaciones jurídicas.

Un alto grado de diligencia liderará la elaboración de la oferta por parte de un ente de carácter privado ya que el posible desajuste o errores imputables a su conducta acarrea responsabilidad a la entidad contratante. Toda oferta será técnica y económica. La primera hace referencia al compromiso por parte del oferente a sujetarse a las condiciones y especificaciones establecidas por la administración en los pliegos de condiciones que ya se explicaron anteriormente. Por otra parte, la oferta económica hace alusión al precio ofertado para el cumplimiento del objeto contractual, mismo que puede sufrir variaciones o aumentos como es en el caso de los contratos complementarios.

La oferta una vez presentada no podrá ser modificada pero sus errores si podrán ser convalidados una vez revisados por la autoridad

competente para tal efecto como errores tipográficos, foliado, sumillado o de certificación de documentos. Dentro del periodo de convalidación concedido por el ente estatal, “se integrará a su oferta todo documento adicional que no implique modificación del objeto de la oferta” (Arévalo, 2010, pág. 143). Para este autor, la posibilidad de subsanar cualquier anomalía de forma toma en consideración omisiones sobre su capacidad legal, técnica o económica siempre y cuando el pedido de convalidación sea notificado para que tenga validez jurídica a través del Portal de Compras Públicas.

En cuanto a adjudicación se refiere, el autor William López Arévalo la define como; “acto formal mediante el cual la Entidad Contratante acepta una de las ofertas realizadas, que implica un convenio jurídico entre la parte seleccionada y la administración” (Arévalo, 2010, pág. 143). El acto de adjudicar determinada obra a un contratista hace surgir entre las partes una situación de iguales derechos y obligaciones ya que se trata de un contrato solemne de voluntad entre las partes que se obligan a dar, hacer o no hacer determinado acto.

4.2.2.3 Etapa contractual.

La etapa contractual tiene su inicio, en el momento que el asesor jurídico de la entidad contratante revisa de manera exhaustiva el expediente administrativo de la contratación, debiendo corroborar que no existan vicios ni de fondo ni de forma en el procedimiento que afectaren la validez del contrato. Si todo accionar ha sido ejecutado en las anteriores etapas con apego a lo establecido en el cuerpo legal correspondiente y con ello haber respetado el debido proceso el contrato administrativo tendrá plena validez

para que en lo posterior no surjan inconvenientes o atrasos en el normal desenvolvimiento de la ejecución del contrato. Se evita con esto, generar desgaste de recursos institucionales y con ello un déficit económico a la economía ecuatoriana.

El tratadista Dávila en su Manual de práctica procesal de la contratación pública ecuatoriana señala que “cuando el abogado de la institución tiene en sus manos el expediente de contratación, tiene que examinarlo minuciosamente para verificar que no existan vicios de procedimiento que puedan afectar la validez del contrato” (Dávila, 2013, pág. 28). Analizadas con anterioridad cada una de las posibles consecuencias que puedan darse a lo largo del procedimiento, sólo se permite hacerse correcciones en caso de existir errores en la forma de presentación de dicha oferta. Estos vicios del procedimiento acarrean con posterioridad nulidad a todo el proceso administrativo y con ello el rechazo en el concurso de dicha oferta. El respetar las normas del debido proceso y la instancia encargada de la calificación de ofertas siempre y cuando se apliquen los principios que regulan las compras públicas y de forma muy específica el trato justo donde la importancia radica en que todo oferente cumpla con los requisitos exigidos por la ley .

4.2.3 Ejecución de contratos complementarios.

Un contrato complementario, se ejecuta cuando está incompleto el contrato principal, pero se debe considerar que este contrato complementario no modifique de alguna manera el objeto del contrato

principal si no, la incorporación de mejoras para que la recepción de la obra sea en óptimas condiciones sin desperfectos ni imprevistos.

En toda obra se dan estos imprevistos y con ello se obligan a ejecutar cambios que no pueden ser realizados únicamente con acciones meramente administrativas. No se debe perder de vista que la acción del funcionario público es reglada, o sea que debe someterse obligadamente a normas preestablecidas.

Hablar de la ejecución de un contrato complementario hace alusión al cumplimiento de los términos contractuales. La ejecución supone que una u otra parte cumplan con lo previsto en el contrato complementario establecido tomando en cuenta el plazo convenido.

La forma de como se ha de ejecutar el contrato deviene de la naturaleza misma del contrato. La entrega de bienes tiene un cumplimiento elemental ya que la obligación principal consiste en entregar o prever de bienes establecidos con anterioridad en el contrato que firmaron las partes. La transferencia de dominio deberá expresarse en el acta de entrega o recepción de la obra, considerada como tal en las fases que conforman el proceso de contratación.

Para el autor Aurelio Garófalo Salazar la recepción “es la aceptación expresa que hace el contratante del objeto del contrato” (Salazar, 2004, pág. 51). La recepción jurídicamente equivale al pago, a la prestación efectiva y por ende, extingue la obligación. En los contratos de ejecución de obra quien recibe la obra, en este caso, la entidad contratante, no tiene los elementos

de juicio suficientes para declarar cumplida la obligación y es por ello que se realiza una recepción provisional y una definitiva mediando entre una y otra un tiempo que permite evidenciar el cumplimiento del objeto de la obra.

Esta recepción no extingue el contrato, únicamente se extingue la obligación principal pero no el contrato ya que del contrato nacen nuevas obligaciones. Generalmente, en el acta de entrega se establecen las obligaciones pendientes. Se debe hablar de entrega recepción y no únicamente de recepción. No se puede recibir algo si es que alguien no hace entrega de algo y jurídicamente por que la recepción no tiene ningún efecto. Realmente el objeto de los contratos de ejecución de obra, prestación de servicios y el suministro de bienes son transferencias de dominio.

Este contrato, donde debe entregarse un bien con las mejoras pactadas mediante la firma de un contrato complementario no tiene una recepción tan simple, ya que si la obra estuvo o no bien ejecutada no es posible de determinar si no que requiere que la obra se encuentre funcionando durante un periodo razonable de tiempo para poder determinar si la ejecución del contrato complementario estuvo bien realizada y tomando en consideración las especificaciones que así plantearon en las cláusulas del contrato.

La participación de la entidad contratante y del contratista es mucho mayor que en la provisión de bienes puesto que la participación de la entidad contratante, es decir, el sector público se da a través de la fiscalización de las obras.

Para el tratadista ecuatoriano Garófalo este tipo de contrato complementario “incorpora cosas materiales en un bien que pueden ser muebles o inmuebles, incorporación realizada en el transcurso del tiempo al percatarse de contratiempos surgidos o mejoras” (Salazar, 2004, pág. 60). En este proceso el contratista será el protagonista ya que su obligación es entregar la obra sin anomalías ni desperfectos, y para ello cuenta con la fiscalización del contratante.

Existen tres causas para que ocurran los contratos complementarios:

1. Cuando sea necesario modificar, ampliar o completar una obra determinada, debido a causa imprevista o técnica presentadas con su ejecución.
2. Cuando se requiere la creación de rubros nuevos cuya cuantía no sea mayor al 50% del valor del contrato actualizado y reajustado
3. Cuando se requiere corregir errores de hecho contenidos en el contrato.

Cualquier cosa que indique una situación diferente a lo que dice la Ley, es un error de Derecho. Los errores deberán ser corregidos si en el contrato se detecta que existen, mediante la suscripción de un contrato complementario.

Hablar del reajuste de precios en el contrato complementario, hace mención a la incorporación de las correspondientes fórmulas para incrementar el valor inicial por el que se iba a ejecutar un contrato principal. Si se crean rubros nuevos, la entidad contratante elaborará la fórmula sobre la base del presupuesto del contrato complementario y establecerá los

precios o índices de precios a la fecha de aceptación de los precios unitarios, para los denominadores de los términos correspondientes. Cuando los rubros del contrato original vayan a ser pagados a precios unitarios reajustados, en el contrato complementario se incluirán las fórmulas sobre la base de los análisis de precios unitarios reajustados por componente y las cantidades a ejecutar en este contrato complementario. Se establecerán como denominadores los precios o índices de precios a la fecha a la que fueron reajustados dichos precios.

Si en el contrato complementario varían las cantidades o se suprimen los rubros del contrato original, en cuyo caso la entidad elaborará la fórmula respectiva para el reajuste de precios de las obras del contrato original más el complementario que servirán para reliquidar los valores pagados por reajuste de precios del contrato original. Estas fórmulas deberán tener como denominadores los precios o índices de precios del contrato original.

4.2.4 Informes de control.

Hablar de informes de control hace referencia realizar un análisis detallado de los procedimientos realizados, de tal forma que se justifique legalmente. La fiscalización se cumple a través de un fiscalizador que controla que las obras se ejecuten de acuerdo a lo especificado en el contrato. Esta facultad la puede ejercer no sólo directamente por medio de sus funcionarios, sino también por medio de contratistas que se encargan de las tareas básicas de fiscalización.

Este control permite la recepción del objeto contractual. Para ello, es necesario intervenir durante la ejecución hasta la entrega o recepción de la obra. Durante la ejecución de la obra es el fiscalizador el que deberá representar al contratante, aunque es indispensable realizar una tarea fiscalizadora audaz y minuciosa también puede ser utilizada en los contratos de suministros de bienes y en los de prestación de servicios, aunque no con la misma cobertura o detalle que lo requieren los contratos de obras.

Al ser obligatorios los informes de control se materializa mediante el libro de obra, para el autor Aurelio Garófalo es "una memoria de la construcción que sirve para controlar la ejecución de la obra durante su desarrollo" (Salazar, 2004, pág. 63). El libro de obra deberá estar bajo responsabilidad y cuidado del fiscalizador. Además, las instrucciones que se estimen por parte de la fiscalización quedan registradas en el libro y son de cumplimiento obligatorio para el contratista. Los contratos de ejecución de obras son de hacer algo y las obligaciones que sobrevienen de ello pueden ser: genéricas, específicas, solidarias e indisolubles.

Si la cosa es genérica, como el precio, el deudor deberá cumplir entregando el valor en cualquier tipo de especie y el acreedor no puede exigir que se le entregue cualquier género. Si es específico o cuerpo cierto, el contratista solo deberá cumplir la obligación suministrando el bien específico del contrato.

Para el tratadista Agustín Gordillo los informes "son parte del accionar consultivo de la administración y se divide en facultativos y obligatorios, y

estos a su vez se subdividen en vinculantes y no vinculantes" (Gordillo, 2009, pág. 10). Hablar del carácter facultativo hace alusión a la capacidad de solicitar o no a un órgano consultivo con autorización respectiva determinada actividad que justifique el accionar. El carácter obligatorio, en cambio es el que se halla establecido en la ley cuya falta de consideración generará invalidez del acto jurídico. El carácter vinculante, es un mecanismo coercitivo que obliga a proceder según lo aconsejado para mayor eficacia en la ejecución de la obra y con ello prevenir cualquier contratiempo o desperfecto a futuro.

Sin embargo, la eliminación del control previo en la ejecución de un contrato, ha ocasionado pérdidas económicas muy elevadas porque el control ejercido en la actualidad basa estos informes en estudios técnicos deficientes, hasta el punto de hacer uso de la figura jurídica que da nombre a mi tesis, es decir, el contrato complementario, mismo que origina mayor inversión estatal para la culminación de la obra principal. El informe de control que aquí se requiere busca la indagación minuciosa de todos los errores que puedan darse en todo el proceso productivo o también errores de forma como las solemnidades sustanciales que debieron primar en cada una de las etapas del proceso.

4.2.5 Déficit económico al Estado

Es el faltante en que incurre el Estado ecuatoriano al intervenir, mediante el gasto público, en la actividad económica en forma directa para el financiamiento de obras públicas en beneficio de la sociedad en general. En la mayoría de los casos la realización de una obra principal acarrea una

serie de gastos imprevistos que se desmarcan del presupuesto inicial establecido para una determinada obra. Es por ello que estas modificaciones presupuestarias pueden variar hasta tal punto de doblar el precio inicial por el que la obra iba a ser ejecutada incluso haciendo uso del contrato complementario para finiquitar la obra con los imprevistos surgidos a lo largo de la elaboración del contrato. Un proyecto llega a encarecerse por numerosos motivos tales como; falta de firmeza del suelo, surgimiento de yacimientos arqueológicos, aguas subterráneas próximas a dicha obra, lejanía de la red de agua más cercana, todo ello encarece el costo total del proyecto. Ya se ha convertido hoy en día en una práctica habitual la firma de contratos complementarios para dar solución a los contratiempos que no fueron previstos en las fases anteriores a la firma del contrato sin otorgar a la entidad contratante solución alternativa alguna que merme significativamente el monto económico para suplir los desperfectos. Para el tratadista ecuatoriano Nelson López Jácome “el contratista debería analizar de forma más detallada el proyecto que va a realizar con anterioridad, haciendo una oferta que esté dentro de las posibilidades de la entidad acreedora” (Jácome, 2010, pág. 72). No se trata de ofertar un precio bajo que agrade a la entidad contratante si no de ofertar un precio que tome en consideración también el margen de error al que están expuestos con la ejecución del contrato, y así establecer de manera fija un presupuesto que no varíe a posteriori.

Se recalca que la reducción del presupuesto para obra pública se sitúa en las medidas de austeridad anunciadas por el presidente Moreno,

reprochando a su antecesor Rafael Correa el no haber dejado las cuentas nacionales en orden. Así, la mayor parte del presupuesto nacional del Estado está previsto que se destine a amortizar la deuda acumulada en los últimos años así como el déficit público. El equipo económico del Gobierno ha anunciado que para el año que viene harán falta 10.000 millones adicionales para el presupuesto. Los principales egresos del Presupuesto General del Estado (PGE) los componen los pagos de salarios, la inversión en obras públicas e intereses de deudas. Es por ello que se debe crear conciencia económica en cuanto a ofertantes se refiere ya que de ellos depende mejorar la economía del Estado ecuatoriano, sin embargo la realidad es otra muy distinta pues los contratistas buscan generar mejores ganancias con un contrato de obra pública tanto principal como complementario y no dar la debida importancia a la funcionalidad y calidad de la obra llevada a cabo.

4.3 MARCO JURÍDICO

4.3.1 Escenario Constitucional de las Competencias del Servidor Público y su Facultad Controladora.

El artículo 211 de la Constitución ecuatoriana señala que, una de las actividades que regirá el proceso administrativo será “controlar la utilización de los recursos estatales y asegurar la consecución de los objetivos institucionales del Sector Público y organismos de derecho privado” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. 132). Es potestad

otorgada al servidor público competente, velar por los intereses del Estado sin que medie ningún tipo de mecanismo que haga declarar ilícito el procedimiento tales como el soborno o la falta de control durante la ejecución de los contratos complementarios.

Una de las funciones encomendadas por la Constitución en su artículo 225, numeral 3 para erradicar cualquier tipo de desfalque en la economía estatal ha sido “crear los organismos y entidades para cumplir la potestad estatal” con ello se garantiza que en todo momento una autoridad designada para una actividad específica vele por los intereses y garantizar con ello, el bien común. La Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 226 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 (Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. 56)

La Constitución de la república del Ecuador, determina todas las facultades, derechos y obligaciones a los servidores públicos, catalogadas como atribuciones y deberes que deben cumplir a cabalidad, dentro de la competencia de sus funciones y con ello otorgar validez jurídica a su accionar, y en caso de existir actividades ejercidas fuera del rango permitido

serán catalogadas como inconstitucionales e ilegales ante la autoridad superior competente.

En cuanto a los antecedentes de la legislación relativa a la contratación pública vigente en el Ecuador que tiene, como una de sus principales motivaciones, el artículo 227 de la Constitución de Montecristi señala que “La administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. 89). Se trata, por tanto, de las bases sobre las que deberán sustentarse cada uno de los procedimientos que entable la entidad estatal con cualquier organismo ya sea de índole pública o privada. Son estos procesos los que se rigen por los principios citados con anterioridad pero de entre todos ellos hay cinco principios que deberán primar para garantizar con ello la seguridad jurídica a la ciudadanía: legalidad, publicidad, concurrencia, igualdad y adhesión.

Es el control específicamente, el factor primordial en cada uno de los procesos administrativos para que no existan anomalías que den paso a la corrupción o malversación de fondos públicos. Para ello la constitución en su artículo 237 determina “controlar, con sujeción a la ley los actos y contratos que suscriban los organismos y entidades del sector público” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. 143). Anteriormente se dedicó un capítulo completo a denominar qué es el control y cuál es su finalidad, por

ello se recalca que sin control no existe validez jurídica del procedimiento administrativo ya que es este mecanismo el que garantizará que un contrato realizado por una entidad privada ha sido ejecutado siguiendo los lineamientos específicos para tal efecto.

Se debe hacer mención, a que la contratación pública para la ejecución de contratos de obra pública tanto principales como complementarios, no deja de lado la irradiación de la Constitución y por ello no ignora los fines para los que fue creada la Ley suprema. Así lo establece la Constitución en su artículo 277 donde especifica los deberes generales que deberán primar en el estado soberano:

> Para la consecución del buen vivir, serán deberes generales del Estado: 1. Garantizar los derechos de las personas, las colectividades y la naturaleza. 2. Dirigir, planificar y regular el proceso de desarrollo. 3. Generar y ejecutar las políticas públicas, y controlar y sancionar su incumplimiento. 4. Producir bienes, crear y mantener infraestructura y proveer servicios públicos. 5. Impulsar el desarrollo de las actividades económicas mediante un orden jurídico e instituciones políticas que las promuevan, fomenten y defiendan mediante el cumplimiento de la Constitución y la ley. 6. Promover e impulsar la ciencia, la tecnología, las artes, los saberes ancestrales y en general las actividades de la iniciativa creativa comunitaria, asociativa, cooperativa y privada (Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. 156).

Un medio de hacer efectiva la administración es la materialización de contratación de obras públicas donde se da la posibilidad de convenir tanto el sector público como el sector privado y con ello, plasmar en una obra, una necesidad que tenga la sociedad en general.

Según el artículo 288 de la Constitución se establecen los principios básicos y obligatorios que deberán regir a la hora de realizar compras públicas, estos principios son “eficiencia, transparencia, calidad, responsabilidad ambiental y social” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. 178). Se trata, por tanto, de un intercambio de bienes y servicios entre la administración y los administrados y con ello la construcción de obras públicas que generen el bien común siempre y cuando se enmarquen dentro de los fines y competencias de cada uno de los órganos de la administración que se refiere. Por otra parte se destaca el papel del contratista que no busca un interés público sino personal, es decir, obtener un beneficio de índole económica dentro de los límites otorgados por el buen vivir o “Sumak Kawsay”. Este lucro económico generado al contratista a cambio de satisfacer las necesidades de la sociedad ecuatoriana debe estar dentro del rango permitido por la ley, pagos que serán considerados como justos puesto que para ello hubo un proyecto donde se establecieron los gastos que iba a generar la construcción de dicho bien.

Otro de los aspectos importantes que trata la actual Constitución de Montecristi es el tema de la obra pública, en el artículo 313 en cuanto a

asuntos de obra pública se refiere, es función primordial del Estado dar cumplimiento a una gran variedad de roles tales como "administrar, regular, controlar y gestionar" (Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. 201) .Con la finalidad de satisfacer el interés social, se tomarán en cuenta los sectores estratégicos que tiene Ecuador de conformidad a los principios de prevención, eficiencia, y sostenibilidad ambiental para que en cada proceso que vaya a ser ejecutado primen los principios mencionados con anterioridad y cada proceso posea validez jurídica, sin llegar a rechazarlo por falta de solemnidades.

El artículo 314 de la actual Constitución señala que el Estado ecuatoriano es, además "responsable de la provisión de los servicios públicos de agua potable y de riego, saneamiento, energía eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, infraestructuras portuarias y aeroportuarias y los demás que determine la ley" (Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. 234). Al tener la obligatoriedad de brindar servicios básicos a la ciudadanía, y con ello satisfacer las necesidades de la colectividad se pone a disposición del Estado una serie de medios económicos que cubran todas estas necesidades, tal y como el caso que ocupa la presente tesis, la ejecución de contratos de obra pública que buscan generar el bien a la colectividad ya sea de manera generalizada o específica.

Además, la Constitución en el artículo 381, garantiza, mediante una actividad exhaustiva el "estimular, garantizando los recursos y la infraestructura necesaria para estas actividades" (Constitución de la

República del Ecuador, 2008, pág. 254). Estos recursos se encuentran controlados por el departamento financiero, cuyo fin primordial es velar por la correcta utilización de los fondos públicos durante el proceso de ejecución de un contrato de obra pública, ya sea mediante la rendición de cuentas o mediante fiscalización para que estos recursos sean distribuidos de forma equitativa entre cada una de las necesidades que requiera la sociedad ecuatoriana.

Todo proceso, por ende, deberá estar enmarcado en el plano constitucional tanto el ordenamiento jurídico como las actuaciones llevadas a cabo por la administración para que tengan validez jurídica, al respecto el artículo 424 de la Constitución ecuatoriana señala que:

> La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica. La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público (Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. 266).

Al ser la carta magna que rige el accionar de un país es importante tomar en cuenta el efecto de irradiación que tiene la Constitución puesto que toda norma que afecte a la contratación pública y con ello su oferta, objetivo,

reajustes, contratista dependerá del Estado. Para el tratadista Antonio Manuel Peña Freire;

> En el ideal del Estado constitucional de derecho no hay decisiones en un terreno distinto del constitucional, ni pueden encontrarse materias o asuntos, por banales que a priori pareciesen, que no estén impregnados, quizá en sus últimos aspectos, por las normas constitucionales; por otro lado, toda acción de gobierno es una acción jurídica constitucionalmente reglada no sólo en sus formas, sino también en su contenido de modo que podrá ser anulada si, a decir de los órganos jurisdiccionales correspondientes, resulta incompatible con la propia interpretación de la constitución (Freire, 2004, pág. 767).

El Estado constitucional de derechos y justicia que posee el Ecuador y con ello su poder normativo está sujeto a limitaciones de tipo material, es decir, a los derechos y deberes que rigen el accionar público para garantizar las relaciones interpersonales entre la ciudadanía. Derechos que son irrenunciables, intransferibles e irrevocables porque así lo garantiza el Estado mediante una serie de mecanismos que los materializan. Es por ello, que las responsabilidades que recaen sobre los administradores públicos y sus facultades deberán enmarcarse siempre dentro de los límites permitidos por la actual Constitución del 2008 y en caso de existir actuaciones que no estuvieren comprendidas dentro de la normativa constitucional serán considerados como nulos y sin validez amparada en la Constitución.

4.3.2 Escenario Internacional de Normativa que Rige el Actuar del Servidor Público.

En cuanto a administración pública se refiere, se determina que la actuación es establecida de forma unilateral, si existen de por medio actos y normas administrativas y se da actuación bilateral cuando la administración pública requiere de los servicios del sector privado, materializado a través de los contratos. Los contratistas, a través de esta figura, son seleccionados a través de un sistema de oferentes por la administración con arreglo a estrictos parámetros de legalidad y objetividad con la finalidad de que las obras que vayan a ser ejecutadas sean las más idóneas respondiendo a posibilidades técnicas y económicas del ente acreedor. Dado que se busca satisfacer necesidades colectivas, el contratista o empresario privado se ve en la obligación de ejecutar una obra o prestar un servicio público de acuerdo con las especificaciones requeridas por la autoridad rectora, se integra, por tanto, el contratista en la Administración Pública aunque no de manera estructural si de manera temporal hasta la culminación y recepción de la obra.

La globalización es catalogada como un fenómeno que ha generado importantes cambios al derecho público, y con ello llegar a observar hoy en día que dentro del Derecho administrativo existen actos y normas de validez internacional, estas normas han sido creadas por juristas sobresalientes de cada uno de los países más desarrollados que generan influencia en Ecuador, buscando en todo momento generar interés general global

siempre y cuando no se rocen los límites permitidos por la actual Constitución, partiendo desde los postulados del Estado de Derecho.

A nivel internacional el derecho administrativo cada día está más latente en legislaciones de diferentes países que poseen fundamentos similares ya que las categorías y las instituciones que forman parte del derecho administrativo no se limitan a territorios determinados sino de manera generalizada a todo el territorio nacional, aunque con diferencias insignificantes, el modelo de Estado no varía mucho entre un país y otro, tal es el caso de los contratos públicos, donde sus características y especificaciones no difieren de forma radical entre Ecuador o Colombia. Es el ente público el encargado de manejar los fondos pertenecientes al Estado y para ello siempre rigen su accionar principios como publicidad y concurrencia. La Unión Europea, Mercosur, Naciones Unidas, Banco Mundial, Fondo Monetario Internacional, Banco Interamericano de Desarrollo entre otros órganos de dimensión internacional hacen uso de la figura de contratación con empresas privadas, la ejecución de obras o prestación de servicios públicos enmarcados en una política de gobierno interno similar a la de derecho administrativo global de contratación pública.

Dado que no existió desde un primer momento interés alguno por normar las relaciones internacionales a cerca de contratación pública, hubo la necesidad de incluir la contratación pública en las normas de comercio convenidas internacionalmente cuando en Tokio se celebraron las Negociaciones Comerciales de la Ronda. A partir de este acto solemne, se

firmó en 1979 el primer acuerdo de Compras del Sector Público, años más tarde, en 1994, se firmó en Marrakech un acuerdo sobre Contratación Pública. Este acuerdo es plurilateral ya que muchos países fueron los que se inscribieron al mismo. Este pacto tan controversial establece una serie de derechos y obligaciones entre sus partes en cuanto a leyes, reglamentos y procedimientos se refiere. El acuerdo hace énfasis primordial al principio de no discriminación y es a raíz de ello que en nuestra actual legislación prima el principio de igualdad y publicidad en los procedimientos contractuales. Tanto la parte contratante como la contratista deberá garantizar un trato favorable sin distinción alguna y que sus entidades no generen discriminación.

Para que exista mayor índice de transparencia en todo proceso de contratación, el Acuerdo establece que “cada gobierno suscrito informe de manera anual, mediante el uso de estadísticas, si hubo o no aplicación de lo estipulado en el Acuerdo” (Acuerdo sobre Contratación Pública, 1994).

Se establece por tanto que este acuerdo vela por los intereses públicos ya sea para prestación de bienes y servicios nacionales o extranjeros, mediante la aplicabilidad de procedimientos que garanticen transparencia de las leyes, reglamentos y prácticas relativas a la contratación pública.

Otro aspecto internacional que debe ser rescatado y que atañe al tema investigativo es el Protocolo sobre Contrataciones Públicas de MERCOSUR, ya que este acuerdo considera como relevante las compras

dentro del sector público. Sin embargo, no toman en consideración las excepciones especiales en cuanto a aplicación de trato nacional y prácticas de no discriminación de bienes y servicios se refieren.

4.3.3 Análisis de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública

Al tratarse de obras en beneficio de la colectividad, hay que hacer mención especial a la Ley orgánica que rige los procedimientos en cuanto a obras públicas se refiere, y con ello velar porque este sistema armonice a todas las instancias, organismos e instituciones en los ámbitos de planificación, programación, presupuesto, control, administración y ejecución de las adquisiciones de bienes y servicios así como en la ejecución de obras públicas que se realicen con recursos públicos. Esta ley en sus Considerandos ya establece que "la ausencia de planificación y de políticas de compras públicas ha derivado en discrecionalidad y desperdicio de recursos públicos por parte de las instituciones contratantes del Estado" (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2018). Es decir, que dada la falta de mecanismos que regulen la administración de fondos públicos de manera más eficaz y oportuna se crea este cuerpo normativo. Además, es requisito necesario el generar innovación en cuanto a contratación se refiere, mediante procedimientos ágiles, transparentes, eficientes y tecnológicamente actualizados, que impliquen ahorro de recursos y que faciliten las labores de control tanto de las Entidades Contratantes como de los propios proveedores de obras, bienes y servicios y de la ciudadanía en general.

Este cuerpo legal, no busca solamente el interés colectivo si no también velar por los intereses económicos del Estado, y con ello velar por que se hagan efectivos los pagos de forma mínima y justa, en relación a la actividad ejecutada por el contratista. Por ello el artículo 9 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública implanta los objetivos prioritarios del Estado en materia de contratación pública:

> 1. Garantizar la calidad del gasto público y su ejecución en concordancia con el Plan Nacional de Desarrollo; 2. Garantizar la ejecución plena de los contratos y la aplicación efectiva de las normas contractuales; 3. Garantizar la transparencia y evitar la discrecionalidad en la contratación pública; 4. Convertir la contratación pública en un elemento dinamizador de la producción nacional; 5. Promover la participación de artesanos, profesionales, micro, pequeñas y medianas empresas con ofertas competitivas, en el marco de esta Ley; 6. Agilitar, simplificar y adecuar los procesos de adquisición a las distintas necesidades de las políticas públicas y a su ejecución oportuna; 7. Impulsar la participación social a través de procesos de veeduría ciudadana que se desarrollen a nivel nacional, de conformidad con el Reglamento; 8. Mantener una sujeción efectiva y permanente de la contratación pública con los sistemas de planificación y presupuestos del Gobierno central y de los organismos seccionales; 9. Modernizar los procesos de contratación pública para que sean una herramienta de eficiencia en la gestión económica de los recursos del Estado; 10. Garantizar la permanencia y efectividad de los sistemas de control de

gestión y transparencia del gasto público; y, 11. Incentivar y garantizar la participación de proveedores confiables y competitivos en el Sistema Nacional de Contratación Pública (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2018).

De entre estos objetivos, se recalcan los numerales 1 y 2 ya que van directamente ligados al control del gasto público y fiscalización de obras para que no existan durante el proceso inconvenientes que causaren desgaste económico mayor al que ya habría sido establecido en el contrato principal. Por tanto, es importante el interés colectivo como salvaguardar los intereses del ente acreedor, y con ello, el interés del contratista ya que con el fin de generar réditos económicos deberá ejecutar una obra garantizando la "calidad del gasto" que no es lo mismo que ahorro infundado, es decir, que el uso de materiales en cada una de las etapas constructivas será de acuerdo a las especificaciones técnicas señaladas en el proyecto presentado en un inicio al organismo público.

El tratadista Roberto Dromi señala que "quien contrata con la Administración Pública no es un contratista ordinario, sino un colaborador que coopera en la ejecución de cometidos públicos" (Dromi, 1999, pág. 321). Los intereses de las partes, están presentes a lo largo de todo el procedimiento administrativo del contrato de obra pública ya que el contratista no debe olvidar que dicha obra busca satisfacer intereses colectivos, más no individuales.

En cuanto a control de obras dentro de la contratación pública, el artículo 15 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública contempla los siguientes aspectos relacionados:

> Atribuciones de los Organismos de Control.- Corresponde a los organismos de control del Estado, dentro del marco de sus atribuciones, realizar los controles posteriores a los procedimientos de contratación efectuados por las Entidades Contratantes. Es obligación del Instituto Nacional de Contratación Pública informar a la Contraloría General del Estado y a la Procuraduría General del Estado cada vez que conozca el cometimiento de infracciones a lo dispuesto en esta Ley. (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2018)

Se establece en la ley, que todo tipo de control se hará de forma posterior, una vez realizadas las solemnidades de ley para que el contrato llegue a materializarse. Sin embargo, este artículo no contempla casos excepcionales, donde este control se realice de manera anticipada, evitando con ello cualquier tipo de inconveniente tanto económico, como en lo administrativo, según el caso. Deberían existir excepciones de ley, donde se contemple o se viabilice la existencia de un control previo de manera minuciosa para salvaguardar los intereses del Estado.

Las modificaciones económicas que en lo posterior puedan darse del contrato inicial deberán someterse a un análisis minucioso y pormenorizado, para evidenciar si verdaderamente es necesaria mayor inversión económica,

así está establecido en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública donde además, determina los casos en los que no procede aumentar el monto por el que el contrato iba ser ejecutado, recayendo dicha responsabilidad sobre el contratista y con ello solventar todo acto inoportuno que ha surgido por falta de previsiones técnicas en el momento preciso para ello. Como se debe salvaguardar los intereses del Estado, en todo momento tienen presente los administradores públicos que prevalecerá el interés colectivo sobre el particular. Y tan sólo harán uso de la figura del contrato complementario, si existe extrema necesidad y urgencia de culminar una obra con nuevas especificaciones.

Énfasis especial, dado la naturaleza del tema de tesis, es el concerniente al Artículo 23 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, pues define los parámetros a utilizar para ejecutar un control oportuno:

> Estudios.-Antes de iniciar un procedimiento precontractual, de acuerdo a la naturaleza de la contratación, la entidad deberá contar con los estudios y diseños completos, definitivos y actualizados, planos y cálculos, especificaciones técnicas debidamente aprobados por las instancias correspondientes, vinculados al Plan Anual de Contratación de la entidad (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2018).

Los generales de ley sobre los que se sustenta un proyecto, son un requisito básico para que un proyecto pueda materializarse, caso contrario se vería

inmerso en la ilegitimidad del acto administrativo. Además, toda corrección o modificación busca que a futuro, y durante el desarrollo del proyecto, no surja contratiempo alguno que ralentice la ejecución o genere costos adicionales tanto para el contratista como para la entidad pública que ha realizado dicho contrato.

En cuanto a características de contrato público se refiere, el artículo 60 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública menciona que “los contratos celebrados al amparo de esta son contratos administrativos” (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2018). Al ser un tipo de contrato específico que determina el procedimiento específico para la ejecución de obras públicas se denominará también contratos públicos, buscando con ello crear relaciones jurídicas. Las características del contrato de la Administración surgen a partir de:

- Objeto del contrato, tales como las obras y servicios públicos cuya realización y prestación constituyen los fines de la Administración.
- Participación de un órgano estatal o ente no estatal en ejercicio de la función administrativa.
- Prerrogativas especiales de la Administración en orden a su interpretación, modificación y resolución.

La administración pública es la encargada de otorgar un trato igualitario entre los administrados o contratistas, ya que no se deberán otorgar responsabilidades que no estén dentro de los parámetros establecidos en el perfeccionamiento de dicho contrato bilateral.

En la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública se habla el tema de los reajustes de precios, específicamente su artículo 82 lo determina así:

> Los contratos de ejecución de obras, adquisición de bienes o de prestación de servicios, a que se refiere esta Ley, cuya forma de pago corresponda al sistema de precios unitarios, se sujetarán al sistema de reajuste de precios de conformidad con lo previsto en el Reglamento a esta Ley. Serán también reajustables los contratos de consultoría que se suscribieran bajo cualquier modalidad (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2018, pág. 47).

La finalidad de aplicar la figura del reajuste de precios es modificar los valores iniciales pactados ya en el proyecto principal con el objetivo de hacer uso de estos porcentajes y culminar de forma satisfactoria la obra pública complementaria.

En cuanto a contratos complementarios, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Publica dedica un capítulo completo para aclarar toda duda existente respecto a esta temática. El artículo 85 del mencionado cuerpo legal denomina al contrato complementario como un mecanismo que tan sólo puede ser usado:

> En el caso de que fuere necesario ampliar, modificar o complementar una obra o servicio determinado por causas imprevistas o técnicas, debidamente motivadas, presentadas con su ejecución, el Estado o la

> Entidad Contratante podrá celebrar con el mismo contratista, sin licitación o concurso, contratos complementarios que requiera la atención de las modificaciones antedichas, siempre que se mantengan los precios de los rubros del contrato original, reajustados a la fecha de celebración del respectivo contrato complementario (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2018).

No se considera como una opción, que vaya a darse por voluntad del contratista sino, como un acuerdo en caso de extrema urgencia y que deberá ser ejecutado por el mismo contratista que realizó el contrato principal, siempre y cuando se sujete a las nuevas especificaciones dadas por la entidad contratante y bajo el pazo de tiempo convenido para la culminación y posterior entrega de la obra. En tal virtud, el artículo 87 de Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública señala que:

> La suma total de las cuantías de los contratos complementarios (…) no podrá exceder del treinta y cinco (35%) por ciento del valor actualizado o reajustado del contrato principal a la fecha en que la Entidad Contratante resuelva la realización del contrato complementario. Esta actualización se hará aplicando la fórmula de reajuste de precios que consten en los respectivos contratos principales. (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2018)

Un contrato complementario, en ninguno de los casos podrá exceder el monto original, por el que se está ejecutando el contrato principal. Sin embargo, se conoce que la realidad es otra bien distinta, ya que hoy en día

se ven numerosas edificaciones, donde el contrato complementario supera con creces el monto original de un contrato principal, generando con ello un déficit a la economía estatal dada la falta de control previo a la ejecución de dicho contrato complementario.

Sin embargo, no existe ningún artículo ni literal en este capítulo que haga referencia alguna al control de contratos complementarios, antes, durante, ni después ya que, da por sentado el legislador que se debe ejercer el mismo control tanto en el contrato principal, como en el complementario. Siendo tan indispensable establecer cláusulas específicas en el accionar del contratista durante la ejecución de un contrato complementario.

4.3.4 Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado

La Constitución de la República del Ecuador otorga a la contraloría general del estado la potestad para aplicar al Sistema de Control, Fiscalización y Auditoría los principios constitucionales, y especialmente los de legalidad, responsabilidad financiera, transparencia, economía, eficiencia y eficacia, junto con los criterios de equidad, y, ética y las políticas de descentralización y desconcentración operativas con la finalidad de velar por los intereses superiores del estado y subsanar errores previo al perjuicio económico. El artículo 4, inciso tercero especifica que

> Están sometidas al control de la Contraloría General del Estado, las personas jurídicas y entidades de derecho privado, exclusivamente sobre los bienes, rentas u otras subvenciones de carácter público de que dispongan, cualquiera sea su monto(…) cuando el Estado o sus

> instituciones hayan delegado a empresas privadas la ejecución de obra pública (Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, 2015).

Es por ello que es función principal de la Contraloría vigilar en cada momento el interés general del Estado cuando otorga un contrato de obra pública a un ente privado, que se materializa mediante la ejecución del control respectivo en cada una de las etapas del proceso productivo sin tomar en cuenta si el monto por el que el contrato está siendo realizado sea mínimo o muy elevado.

Además establece el artículo 12 del mismo cuerpo normativo los tiempos en los que habrá intromisión de Contraloría en la ejecución de un contrato de obra:

> Tiempos de control.- El ejercicio del control interno se aplicará en forma previa, continua y posterior: a) Control previo.- Los servidores de la institución, analizarán las actividades institucionales propuestas, antes de su autorización o ejecución, respecto a su legalidad, veracidad, conveniencia, oportunidad, pertinencia y conformidad con los planes y presupuestos institucionales; b) Control continuo.- Los servidores de la institución, en forma continua inspeccionarán y constatarán la oportunidad, calidad y cantidad de obras, bienes y servicios que se recibieren o prestaren de conformidad con la ley, los términos contractuales y las autorizaciones respectivas; y, c) Control posterior.- La unidad de auditoría interna será responsable del control posterior interno ante las respectivas autoridades y se aplicará a las actividades

> institucionales, con posterioridad a su ejecución (Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, 2015).

Se busca, no dar paso a que existan vacíos temporales entre una etapa y otra evitando con ello que el contratista no posea vigilancia alguna por parte de la autoridad administrativa, designada para dicha diligencia. Las obras públicas llevan un libro diario de actividades que en muchos de los casos por falta de tiempo no es realizado con la responsabilidad que se requiere, es por ello que hoy en día se visualizan procesos de obra que demuestran la falta de control por parte de la autoridad competente llegando al punto de hacer uso de nuevos rubros porque existieron etapas productivas que generaron una gran cantidad de contratiempos.

Así mismo el artículo 23 de antedicho cuerpo legal establece una modalidad de auditoria gubernamental y con ello el tema que atañe al presente tema investigativo:

> Auditoría de obras públicas o de ingeniería.- Evaluará la administración de las obras en construcción, la gestión de los contratistas, el manejo de la contratación pública, la eficacia de los sistemas de mantenimiento, el cumplimiento de las cláusulas contractuales y los resultados físicos que se obtengan en el programa o proyecto específico sometido a examen (Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, 2015)

Es deber del contralor designado para dicha actividad, el efectuar una evaluación donde se dé cabal cumplimiento a cada una de las cláusulas

convenidas en el contrato entre entidad acreedora y contratista haciendo las correcciones que fueren necesarias para que se siga el proceso establecido en la ejecución de obra.

En cuanto a funciones y atribuciones por parte de la Contraloría General se refiere, el artículo 31 del antedicho cuerpo normativo, señala en el numeral 28, la competencia de esta entidad;

> Realizar el seguimiento y control continuos de las obras públicas en sus diferentes fases o etapas o en cada una de ellas, hasta su ejecución total; de los ingresos, gastos e inversiones; de la utilización de recursos; de la administración y custodia de bienes que tengan carácter público (Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, 2015).

Este seguimiento y control debería tener carácter permanente pero por falta de tiempo o de personal capacitado para ello, en muchos de los casos deja de surtir efecto y deja a voluntad del contratista que ejecute siguiendo los parámetros establecidos, la obra pública que se pactó.

4.4 Derecho Comparado

La ciencia jurídica, siempre es susceptible de cambio, se acondiciona, conforme a las necesidades de cada población y avances del tiempo; de esta manera, es que el derecho comparado es de gran utilidad, puesto que su principal objetivo es identificar las deficiencias del sistema jurídico de un país en concreto con otras legislaciones, con la única finalidad de mejorar. Por ende, en el caso de Ecuador, existe falta de control más riguroso y

oportuno durante cada uno de los procesos contractuales entre la entidad pública y un ente privado, para ello, se procede a comparar a Ecuador con países como España, Perú, Chile y Venezuela para analizar si existe mayor o menos control en su administración pública. Por consiguiente es preciso analizar dichos sistemas jurídicos, como aporte para el desarrollo de la presente investigación.

4.4.1 Legislación española

España posee una ley específica que regula los contratos públicos así se determina en la Nueva Ley de Contratos del Sector Público donde en el artículo 105, numeral segundo hace mención a las circunstancias en las que se da la existencia de un contrato complementario catalogándolos como supuestos:

> La modificación del contrato no podrá realizarse con el fin de adicionar prestaciones complementarias a las inicialmente contratadas, ampliar el objeto del contrato a fin de que pueda cumplir finalidades nuevas no contempladas en la documentación preparatoria del mismo, o incorporar una prestación susceptible de utilización o aprovechamiento independiente. En estos supuestos, deberá procederse a una nueva contratación de la prestación correspondiente, en la que podrá aplicarse el régimen establecido para la adjudicación de contratos complementarios si concurren las circunstancias previstas en los artículos (Nueva Ley de Contratos del Sector Público, 2017).

Se da la existencia de varias similitudes a la legislación ecuatoriana tal es el caso de la naturaleza del contrato de obra principal puesto que con la necesidad de ejecutar una obra complementario no se podrá desvincular de formar total o parcial de la función para la que fue ejecutoriada una obra principal. En caso de que la obra complementaria se aleje de los principios que rigen la obra principal, se verán en la necesidad de suscribir otro contrato de obra distinto al anterior con nuevas especificaciones que busca siempre el interés colectivo.

Además el artículo 107 del antedicho cuerpo legal estipula que estas modificaciones no previstas, es decir, la existencia de un contrato complementario, deberá constar de forma anticipada en la documentación que rija tal licitación de lo contrario no surtirá efecto jurídico válido:

> Las modificaciones no previstas en los pliegos o en el anuncio de licitación solo podrán efectuarse cuando se justifique suficientemente la concurrencia de alguna de las siguientes circunstancias: a) Inadecuación de la prestación contratada para satisfacer las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato debido a errores u omisiones padecidos en la redacción del proyecto o de las especificaciones técnicas. b) Inadecuación del proyecto o de las especificaciones de la prestación por causas objetivas que determinen su falta de idoneidad, consistentes en circunstancias de tipo geológico, hídrico, arqueológico, medioambiental o similares, puestas de manifiesto con posterioridad a la adjudicación del contrato y que no

> fuesen previsibles con anterioridad aplicando toda la diligencia requerida de acuerdo con una buena práctica profesional en la elaboración del proyecto o en la redacción de las especificaciones técnicas. c) Fuerza mayor o caso fortuito que hiciesen imposible la realización de la prestación en los términos inicialmente definidos (Nueva Ley de Contratos del Sector Público, 2017).

Tan sólo cuando se den unas de las antedichas especificaciones podrá hacerse uso de la figura jurídica del contrato complementario. Si bien, nuestra actual legislación solo considera aspectos básicos que la legislación española se encarga de delimitar y explicar razonadamente. En caso de existir caso fortuito o fuerza mayor, es una de las causales que también posee la legislación ecuatoriana o en caso de existir situaciones imprevistas que a la larga generen desperfectos o imposibilidades funcionales de la obra pública.

4.4.2 Legislación peruana

En Perú los contratos complementarios son también denominados como contratos de tipo adicional de una obra principal así lo establece la Ley de Contrataciones del Estado en su artículo 41:

> Prestaciones adicionales, complementarias, reducciones y ampliaciones, la Entidad podrá ordenar y pagar directamente la ejecución de prestaciones adicionales en caso de bienes y servicios hasta por el veinticinco por ciento (25%) de su monto, siempre que sean indispensables para alcanzar la finalidad del contrato. En el

supuesto de que resultare indispensable la realización de prestaciones adicionales o complementarias de obra por deficiencias del Expediente Técnico o situaciones imprevisibles posteriores a la suscripción del contrato, hasta un máximo de cincuenta por ciento (50%) del monto originalmente contratado, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda corresponder al proyectista, el Titular de la Entidad podrá decidir autorizarlas (Ley de Contrataciones del Estado).

La figura del pago directo no es tomada en consideración en la legislación ecuatoriana ya que el contrato principal y en contrato complementario corren por la misma cuenta ante el contratista mediante la aplicación de la fórmula del reajuste de precios se considerarán los nuevos rubros para la culminación exitosa de la obra complementaria en unión a la obra principal. Al igual que en la legislación ecuatoriana, la legislación peruana establece que surge la figura del contrato complementario por situación no prevista , o caso fortuito dando cabida al contratista de mejorar los desperfectos ocasionados por dicho imprevisto. Está en juego en la contratación del Estado, el dinero público, así como la transparencia en los procesos de selección del personal adecuado para la realización de una obra que beneficie a la colectividad.

Además, se señala que la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y Contraloría General de la República hace mención al control que debe ejercer la autoridad competente para el correcto cumplimiento de los contratistas en su artículo 22, al establecer que:

> Son atribuciones de la Contraloría General, las siguientes k) Otorgar autorización previa a la ejecución y al pago de los presupuestos adicionales y complementarias de obra pública, y de las mayores prestaciones de supervisión en los casos distintos a los adicionales de obras, cuyos montos excedan a los previstos en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, y su Reglamento respectivamente, cualquiera sea la fuente de financiamiento. (Ley orgánica del Sistema Nacional de Control y Contraloría General de la República del Perú, 2018).

La supervisión del procedimiento desde un inicio hasta su fin, es obligación por parte de los funcionarios públicos, ya que son estos los que velan por los intereses del Estado, teniendo acceso a todo documento por muy restringido que éste sea a cualquier persona. Esta supervisión será ejecutada de manera ininterrumpida al igual que lo estipulado en la legislación ecuatoriana en cuanto a Contraloría se refiere.

4.4.3 Legislación chilena

Dentro del marco jurídico chileno se enmarca la figura del contrato complementario considerado como tal en el código civil, específicamente su artículo 2003 en cuanto a edificaciones se refiere señala que:

> Los contratos para construcción de obras públicas celebrados con un empresario, que se encarga de toda la obra por un precio único prefijado, se sujetan además a las reglas siguientes: 1. El empresario no podrá pedir aumento de precio, a pretexto de haber encarecido los

jornales o los materiales, o de haberse hecho agregaciones o modificaciones en el plan primitivo. 2. Si circunstancias desconocidas, como un vicio oculto del suelo, ocasionaren costos que no pudieron preverse, deberá el empresario hacerse autorizar para ellos por la autoridad administrativa específica y ser catalogado como obra complementario del contrato principal; y si éste rehúsa, podrá ocurrir al juez para que decida si ha debido o no preverse el recargo de obra, y fije el aumento de precio que por esta razón corresponda. 3. Si el edificio perece o amenaza ruina, en todo o parte, en los cinco años subsiguientes a su entrega, por vicio de la construcción, o por vicio del suelo que el empresario o las personas encargadas de fiscalizar no corrigieron en aquel tiempo, dicha obra tendrá responsabilidad conjunta (Código civil chileno, 2018).

Debe darse la existencia de circunstancias desconocidas hasta el momento, para que tenga validez la aplicabilidad de un contrato complementario al de obra principal. Dada la naturaleza y complejidad científica o técnica que acarrea la construcción de una obra pública, es imposible determinar desde un primer momento las circunstancias que puedan darse con el transcurso del tiempo, por ello adquiere carácter de relevante jurídicamente las circunstancias que generen imprevistos y con ellos modificar el presupuesto otorgado para el financiamiento de la obra pública. El desconocimiento deberá recaer en el constructor, mas no en el fiscalizador de obra ya que se encontrarían ante una figura de omisión de solemnidades que causaren perjuicio económico al Estado que representan.

La falta de conocimiento del contratista deberá estar latente al momento de presentar su oferta en el portal de compras públicas ya que es en este periodo donde ya se tomaron en consideración los costos, gastos, riesgos que puedan ocasionarse y utilidades esperadas que conlleva la ejecución de las obras, entonces el precio será determinado en base al análisis ejecutado.

4.4.4 Legislación venezolana

La legislación venezolana trata el tema de los contratos complementarios o adicionales al de obra principal en su Ley de Contrataciones Públicas, específicamente dedica un capítulo completo a abordar este temática desde diferentes vértices como son, económico, administrativo, facultativo, entre otros. El artículo 106 en cuanto a modificaciones del contrato se refiere determina que:

> El órgano público o ente contratante podrá, antes o después de iniciado el suministro de los bienes, la prestación de los servicios o la ejecución de la obra, introducir las modificaciones complementarias que estime necesarias, las cuales serán notificadas por escrito al contratista. Así mismo, éste podrá solicitar al órgano o ente contratante cualquier modificación que considere conveniente, la cual deberá ir acompañada del correspondiente estudio económico, técnico y de su presupuesto, y el órgano o ente contratante deberá dar oportuna respuesta a la misma. El contratista sólo podrá realizar las modificaciones propuestas cuando reciba autorización por escrito del órgano o ente contratante,

debidamente firmada por la máxima autoridad o de quien éste delegue (Ley de Contrataciones Públicas, 2018).

La obligatoriedad de presentar un informe, previo a la aceptación de realizar un contrato complementario es un requerimiento sin el cual no hay acto consensual entre la administración pública y el contratista. Las especificaciones técnicas son la base sobre la que un contrato complementario se sustenta y que deberá regir en el accionar en caso de dar por aprobado dicha ejecución adicional. La legislación ecuatoriana no contempla un estudio económico, técnico y de presupuesto para la ejecución de un contrato complementario ya que se da en circunstancias de extrema necesidad que a simple vista son de rápida ejecutoriedad. En Venezuela primero se analiza la capacidad presupuestaria por parte del ente estatal para materializar la posibilidad de dar cumplimiento completo a un contrato con las especificaciones surgidas por imprevistos de último momento.

5. MATERIALES Y MÉTODOS

5.1 Metodología

Para el perfecto progreso del presente trabajo investigativo, se han hecho uso de varios métodos, destinados a la recopilación de datos informativos y explicativos que aporten a la fundamentación de mi tesis. En primer lugar, el uso del método inductivo ha sido esencial para el correcto desarrollo de la presente tesis, ya que mediante este método se ha procedido a realizar un análisis minucioso y pormenorizado de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en cuanto al oportuno control de obras y competencias se refiere, así como la individualización del contrato de obra pública como un elemento muy distinto del contrato principal, pero que no sin éste no se materializa. Además, se visualiza en una recolección de información coherente. Este método ha facilitado la organización de toda la información en cuanto a temas principales y secundarios se refiere y así abordar conclusiones de forma general. En cuanto a método deductivo se refiere, ha permitido ahondar en lo concerniente a la mala ejecución del control a las obras públicas de forma general y con ello llegar a concluir que esta falta de control arrastra a la esfera de la inseguridad jurídica formando con ello el motivo de mi propuesta jurídica. En lo que respecta al método comparativo, se ha hecho posible la comparación de la legislación ecuatoriana con legislación española, chilena, colombiana y venezolana, para abordar el tema de la administración de las obras públicas desde diferentes vertientes. El uso del método histórico ha sido plasmado, a lo largo del análisis de las diferentes etapas por las que

atravesó el Ecuador, en cuanto a la administración de obras públicas, pues sufrieron disímiles acontecimientos y errores que llevaron a la plasmación de lo que hoy es día es, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Se evidencia el uso del método estadístico ya que ha servido para la investigación de campo, específicamente en la tabulación de los cuadros y gráficos de las encuestas aplicadas. El uso del método hermenéutico se materializa en la interpretación de la norma, de forma implícita en el procedimiento vigilancia y control de las respectivas obras por parte de la entidad acreedora, los reajustes de precio y los contratos complementarios. Idónea herramienta ha sido el método exegético ya que hace posible buscar el origen etimológico de la contratación pública, contrato administrativo y contratos complementarios para desarrollarlo y describirlos en la presente investigación puesto que en el Ecuador son de nueva data. Finalmente, se visualiza la utilización del método mayéutico, mediante el dialogo que se realizó con especialistas en la materia, permitiendo así interrogar al interlocutor y debatir sobre las diferentes posiciones o concepciones generales que tenemos y, en especial, sobre la contratación pública y la mala praxis del control riguroso que debería hacerse antes, durante y después de la ejecución de una obra complementaria.

La presente tesis posee un desarrollo ejecutado en las siguientes fases: una primera fase que tuvo como objetivo primordial realizar una recolección de datos lo más amplia y variada posible, y para ello fue necesario hacer uso de la técnica del fichaje, que sirvió de apoyo informativo a la bibliografía recabada, ampliando con ello los vastos conocimientos

poseídos en la materia. Junto a ello, se materializó la técnica de archivo, ya que fue imprescindible el uso del internet, permitiendo así realizar una clasificación de cada uno de los temas abordados. En la segunda etapa, se realizó una recolección de datos de campo, es decir, se hizo posible la realización de treinta encuestas a profesionales de la materia, quienes defendieron diferentes posiciones respecto a: "LA INSEGURIDAD JURÍDICA GENERADA POR LA AUSENCIA DE INFORMES DE CONTROL DURANTE LA EJECUCIÓN DE CONTRATOS COMPLEMENTARIOS"**;** la técnica de la entrevista fue realizada a seis especialistas de la administración pública como procurador síndico del Gobierno Autónomo Descentralizado de Yantzaza, fiscalizador de obra, director de planificación, director de obras públicas, auditor interno y financiero. En lo que respecta a la última fase, se materializó la concreción de resultados obtenidos, mediante el uso de gráficos estadísticos, así como el uso del método hipotético- deductivo para contrastar la hipótesis planteada en un inicio y contrastar los objetivos propuestos. Además, de servir de sustento verificable para elaborar las diferentes conclusiones y recomendaciones y por ende, la propuesta jurídica para dar solución al problema planteado.

Tras haber culminado con el sustento y fundamento teórico necesario para el presente trabajo investigativo, proseguiré a presentar el desarrollo del trabajo de campo en sus tres dimensiones; analítica, sintética y la representación de los resultados obtenidos. Manifestando así, las discordantes opiniones de profesionales de la materia, y con ello

fundamentar o justificar los vacíos legales existentes en cuanto a control de obra pública se trata.

5.2 Técnicas

La creación de la parte teórica fue realizada gracias al uso de la técnica del fichaje, residiendo en la elaboración de fichas bibliográficas que fueron sustento de información en físico de toda pesquisa recabada a cerca de cada una de las temáticas primordiales para sustentar de forma jurídica, conceptual y doctrinaria la presente tesis. En lo que respecta a la labor de campo, se hizo uso de dos técnicas obligatorias para tal efecto, es decir, la encuesta y la entrevista, mismas que fueron aplicadas de forma directa al personal especializado en la materia correspondiente como fundamento a la tesis aquí planteada. Vale recalcar que la encuesta tuvo un total de siete interrogantes y la entrevista contó con siete preguntas, respondidas y fundamentadas todas por profesionales del Gobierno Autónomo Descentralizado de Yantzaza, tales como; procurador síndico, fiscalizador de obra, director de planificación, director de obras públicas, auditor interno y financiero.

Todos los criterios obtenidos, como resultado de una labor frente a frente, han permitido elaborar criterios muy rigurosos y determinados sobre el control de obras públicas principales y complementarias en un gobierno autónomo, evidenciando las discrepancias existentes entre cada uno de los entrevistados y encuestados. Además, cabe recalcar que es gracias a estas encuestas y entrevistas que se pudo realizar conclusiones y recomendaciones coherentes y afines a la materia que ocupa lugar, puesto

que muchas de las dudas poseídas, fueron aclaradas por estos profesionales de la materia en cuestión.

6. RESULTADOS.

Tras haber realizado la respectiva fundamentación teórica, y de acuerdo a los lineamientos, en cuanto a metodología se refiere, se procederá a realizar un análisis minucioso y detallado mediante la investigación como sustento fáctico o real, tales como las técnicas de entrevista y encuesta, las cuales fueron cumplidas de forma cabal y que se detallan a continuación.

6. 1 Resultados de Encuesta.

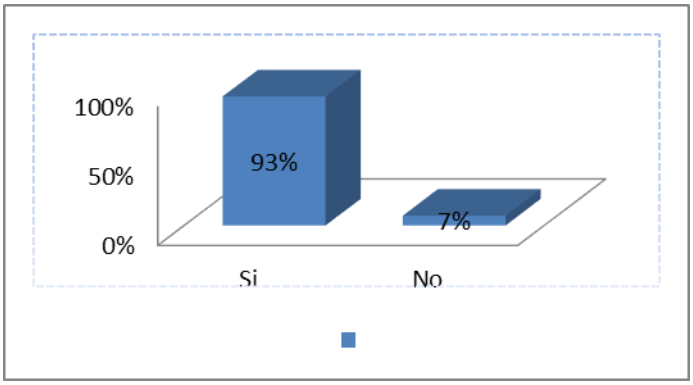
Pregunta Nº 1: ¿Considera usted, necesaria la existencia de un control previo a la ejecución de contratos complementarios?

Gráfico No.1

Si	**28**	**93%**
No	2	7%
Total	30	100%

Fuente: Profesionales del Derecho
Elaborado por: Astrid Carolina Herrera Lalangui

Gráfico No.1



Interpretación:

Siendo un total de 30 los profesionales del derecho encuestados, en la ciudad de Yantzaza, conforme a los resultados obtenidos se destaca que, un 93%, equivalente a 28 encuestados, considera oportuna la existencia de un mecanismo de control que asegure una vigilancia minuciosa previa a la ejecución de un contrato complementario. Sin embargo, un 3%, equivalente a 2, de los encuestados considera que no es oportuna la creación de mecanismos más rigurosos para ejercer dicho control ya que existen mecanismos afines a ello.

Análisis:

En lo que respecta a la primera pregunta, los encuestados aportan con sus conocimientos en la materia, y consideran oportuno el generar mecanismos para un perfeccionamiento del control técnico, y así poder velar por los intereses institucionales ; es así, que de acuerdo a las respuestas obtenidas un 97% considera que deberían implementar nuevos mecanismos más ágiles y oportunos, frente a un 3% que considera que es suficiente con el control que ya ejerce la autoridad competente, cualificado para ello, siendo innecesario dar mayor énfasis a dicha actividad que, a día de hoy, no ha generado desgaste a la potestad designada porque todo mecanismo es usado de forma apropiada.

Concuerdo con la idea de que, los mecanismos existentes buscan satisfacer todas las necesidades del organismo que respaldan, pero que debería existir

un mayor control mediante la implantación de nuevos mecanismos para que coadyuven a ejercer veeduría de vigilancia a todo proceso que genere un desgaste a la economía ecuatoriana.

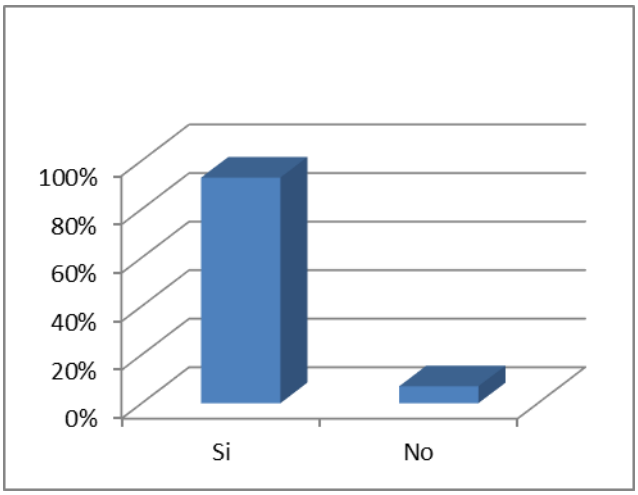
Pregunta No.2: ¿Está usted de acuerdo con que, durante la ejecución de un contrato complementario, deban existir informes de control?

Gráfico No.2

Si	28	93%
No	2	7%
Total	30	100%

Fuente: Profesionales del Derecho
Elaborado por: Astrid Carolina Herrera Lalangui

Gráfico No.2



Interpretación:

Como producto de la segunda pregunta, se ha podido delimitar que un 93% del total ha considerado oportuna la existencia de informes de control durante la ejecución de contratos complementarios pese a un 7% que no considera como necesaria la existencia de informes de control porque es facultad ética del fiscalizador de obra el realizar un seguimiento adecuado a cada etapa productiva de la obra principal y complementaria, específicamente.

Análisis:

De acuerdo a esta pregunta, una mayoría abrumadora, considera que si es necesaria la existencia de informes de control, porque en toda obra deben existir mecanismos de vigilancia interna, por parte de la entidad contratante, y más importante aún, si se trata de una obra de tipo complementario, ya que por las causas imprevistas o técnicas requieren de un control más riguroso para velar por el recto cumplimiento de estas anomalías, y se logre así su perfeccionamiento. En cuanto al 3% que considera innecesaria la implantación de nuevos mecanismos para lograr un control más eficaz, alude la existencia de mecanismos de control, sin percatarse de que estos mecanismos son los mismos que no acatan las autoridades designadas y que dicha ausencia generan un déficit a la economía.

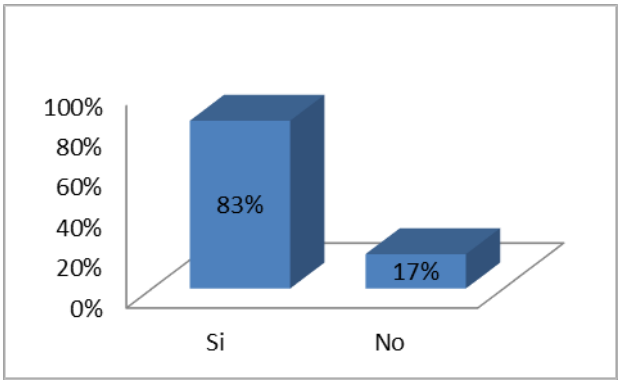
Pregunta No.3: ¿Cree usted, que existe inseguridad jurídica, dada la ausencia de informes de control durante la ejecución de contratos complementarios?

Gráfico No.3

Si	**25**	**83%**
No	5	17%
Total	30	100%

Fuente: Profesionales del Derecho
Elaborado por: Astrid Carolina Herrera Lalangui

Gráfico No.3



Interpretación:

La pregunta número tres, resultó ser un tanto controversial ya que tomaba en consideración un aspecto muy importante en esta tesis, la inseguridad jurídica que posee el Estado ecuatoriano, un 83% de los encuestados dijo que si existe inseguridad jurídica dada la ausencia de informes de control, frente a un 17% que consideró que no existe inseguridad jurídica.

Análisis:

Considero, al igual que la mayoría, que si existe inseguridad jurídica en Ecuador, por la falta de un control oportuno en el accionar de una obra complementaria. Sin embargo, un porcentaje considerable estima que no existe inseguridad jurídica porque estamos en un país democrático, y soberano que en todo momento tiene presente velar por los derechos constitucionales. Un control cuando es realizado posee toda la cláusula de rigor, pero existe en este punto el problema de la corrupción, ya sea por falta de competencia del fiscalizador de obra, o por las ilegalidades que conlleva ejercer un control tal y como señala la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

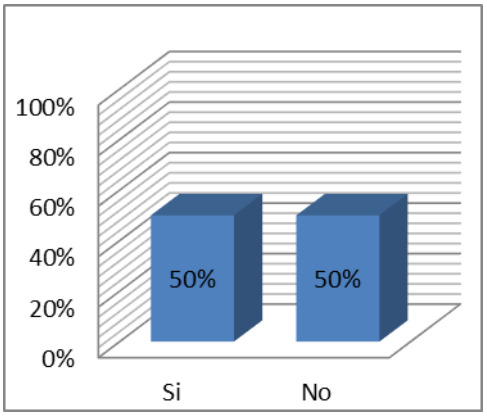
Pregunta No.4: ¿Cree usted, que existen sobreprecios en el presupuesto designado para la ejecución de un contrato complementario?

Gráfico No.4

Si	**15**	**50%**
No	15	50%
Total	30	100%

Fuente: Profesionales del Derecho
Elaborado por: Astrid Carolina Herrera Lalangui

Gráfico No.4



Interpretación:

La pregunta número 4 es la más ambigua que existe en todo el cuestionario, ya que , de forma equitativa, considera un 50% que si existen sobreprecios en el presupuesto designado para la ejecución de un contrato complementario, y el otro 50% considera que no hay presencia de sobreprecio, justificando su respuesta con diferentes factores abordados a continuación.

Análisis:

El presupuesto establecido para la ejecución de una obra principal, es la base sobre la que fija sus cimientos el presupuesto dedicado a la ejecución de un contrato complementario, por tanto, el monto del contrato antedicho, no podrá exceder al del monto original. Sin embargo, más allá de la realidad, se encuentra que en muchos de los casos el monto fijado para la corrección de causas imprevistas o técnicas supera con creces al presupuesto designado para la elaboración de una obra principal. El 50%, que consideró

que no existe sobreprecio, justificando su respuesta, en el uso de precios unitarios donde se toma en cuenta, las posibilidades del margen de error que puedan ocasionarse en el transcurso de ejecución de la obra. Es decir, si consideran oportuno hacer uso de 50 sacos de cemento para la elaboración de un muro de contención, podrán oscilar el requerimiento con la demanda de 60 sacos, para corregir error alguno que pueda generarse.

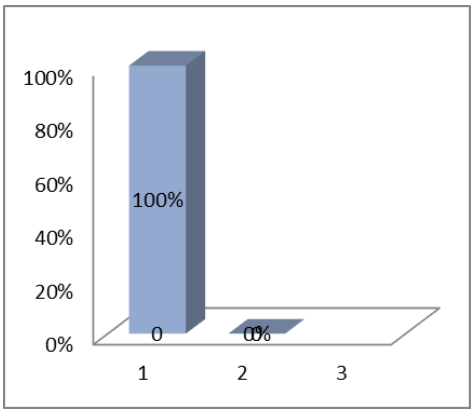
Pregunta No.5: ¿Considera usted, necesaria la celebración de un contrato complementario cuando surjan "causas imprevistas o técnicas"?

Gráfico No.5

Si	**30**	**100%**
No	0	0%
Total	30	100%

Fuente: Profesionales del Derecho
Elaborado por: Astrid Carolina Herrera Lalangui

Gráfico No.5



Interpretación:

La pregunta número 5 posee un rotundo 100% de favorabilidad de ejecución de contratos complementarios, en caso de existir causas imprevistas o técnicas ya que, todos los encuestados han creído pertinente que por esta razón justificada de forma debida, pueda darse este tipo de contrato y se pueda dar la ejecución de la obra.

Análisis:

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública establece en su Artículo 85, que cuando exista el caso de "ampliar, modificar o complementar una obra o servicio determinado por causas imprevistas o técnicas, debidamente motivadas, presentadas con su ejecución," el Estado o la Entidad Contratante podrá celebrar con el mismo contratista, sin licitación o concurso, contratos complementarios que requiera la atención de las modificaciones antedichas, siempre que se mantengan los precios de los rubros del contrato original, por tanto todos los encuestados han creído pertinente que si deba darse ejecución de un contrato complementario, porque así lo establece la ley, y no por circunstancias que no considere el mencionado cuerpo normativo. Con la finalidad de entregar la obra terminada y funcional, es que la ley prevé circunstancias diversas y específicas siguiendo lineamientos que busquen en todo momento el bien común y con ello, velar por los intereses del Estado.

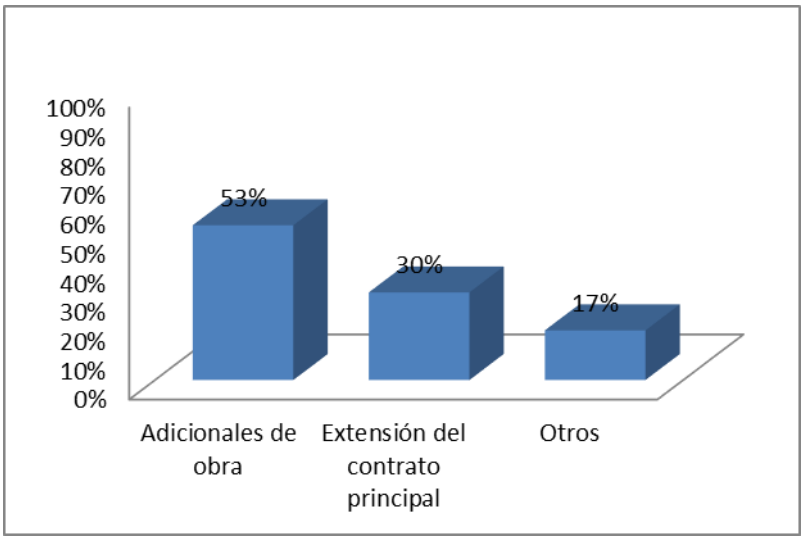
Pregunta No.6: De las siguientes alternativas, cuál consideraría usted pertinente para dar continuidad al contrato principal

Gráfico No.6

Adicionales de obra	**16**	**53%**
Extensión del contrato principal	9	30%
Otros	5	17%
Total	30	100%

Fuente: Profesionales del Derecho
Elaborado por: Astrid Carolina Herrera Lalangui

Gráfico No.6



Interpretación:

De todos los encuestados, un 53% ha considerado pertinente utilizar la figura del adicional de obra para dar continuidad al contrato principal, y no hacer uso del contrato complementario, un 30% ha visto como aspecto primordial el uso de la extensión del contrato principal, si bien, con cierto reajuste de precios del contrato principal y un 17% considera pertinente hacer uso de otras alternativas no tomadas en consideración en los literales establecidos.

Análisis:

Poco más del 50% de los encuestados, un 53% ha visto pertinente hacer uso de la figura jurídica denominada “adicionales de obra” para suplir el uso desmedido del contrato complementario, aun tomando en cuenta el aumento de la cuantía del contrato principal, desde mi punto de vista, es una de las opciones más canalizadas para evitar déficit económico a la entidad pública contratante. El 30% ha considerado plausible hacer uso de la “extensión del contrato principal” para mejorar los aspectos no previstos en la etapa precontractual y entregar la obra en óptimas condiciones, aun cuando se genere aumento del monto original destinado para dicho proyecto. Finalmente, un minorizado 17% ha considerado pertinente exponer otras alternativas a las opcionadas para no hacer uso de la figura del contrato complementario, como la realización de un análisis más exhaustivo por personal técnico cualificado para ello que analice las posibles consecuencias

y aspectos que generen problema alguno. Evitando así, el uso de la figura jurídica que tanto daño ha generado a la economía de nuestro país.

Pregunta No.7 Apoyaría usted, la presentación de una propuesta de reforma a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública donde se tome en consideración la existencia de informes de control previo a la ejecución de contratos complementarios

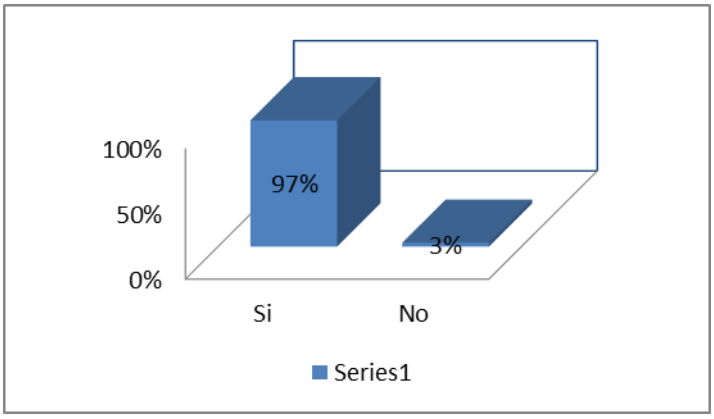
Gráfico No.7

Si	**29**	**97%**
No	1	3%
Total	30	100%

Fuente: Profesionales del Derecho

Elaborado por: Astrid Carolina Herrera Lalangui

Gráfico No.7



Interpretación:

Con la finalidad de realizar una labor controladora más eficaz de todo procedimiento de control de obra, un 97% de los profesionales encuestados han dicho Si a la propuesta de reforma a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública frente a un 3% que considera que no es oportuno reformar la ley antes mencionada porque ya existe un control oportuno.

Análisis:

La presentación de una propuesta de reforma a la Ley que concierne a este asunto, es necesaria desde el punto de vista justificado por los 30 encuestados ya que sin un control realizado de manera estricta y en su debido momento, se evitarían el sinnúmero de atropellos surgidos hasta el momento, por la falta de seguimiento a todos los procesos administrativos de obra pública complementaria. Para ello, se debería preparar a personal especializado en la materia, donde su ética profesional siempre prevalezca ante cualquier acto que incite a generar un control con falta de transparencia.

6.2 Resultados de la aplicación de la entrevista

La técnica de la entrevista fue aplicada a cinco conocedores de la temática comprendidos entre abogados, ingenieros civiles, arquitectos, economistas, que poseen amplios conocimientos sobre el tema abordado y han

evidenciado la problemática más de cerca al estar en constante contacto con la Administración Pública.

PREGUNTA UNO.- ¿Cuáles cree usted que serían las responsabilidades o recomendaciones estipuladas en los informes de Auditoría de la Contraloría General del Estado?

Respuestas:

Entrevistado 1.-

Cuando ha existido actividad de Contraloría en esta municipalidad, se nos ha recomendado el respetar las especificaciones técnicas del contrato principalmente, así como la relación entre planos, contratos y elaboración de presupuestos.

Entrevistado 2.-

Normalmente las responsabilidades que se generan en la auditoría a partir de la actividad de Contraloría son responsabilidades administrativas, dependerá del monto para que se genere una responsabilidad, las recomendaciones usuales son la existencia de informes técnicos y legales, la estipulación de los plazos y cumplimiento de presentación de las pólizas.

Entrevistado 3.-

Antes de emitir cualquier contratación, se verificará que, en el contrato consten todos los lineamientos técnicos para que la obra sea realizada correctamente, tales como permisos, legalidad del terreno, o respetar los plazos establecidos en el contrato.

Entrevistado 4.-

Las responsabilidades que nos han sido encomendadas, serían los plazos, prórrogas que se vayan a dar de forma acondicionada a las cláusulas del contrato así como los volúmenes de obra bien calculados.

Entrevistado 5.-

Se deberían tener en cuenta según los informes que nos han sido emitidos; los plazos, términos, especificaciones y recomendaciones de forma específica, así como la legalidad de cada uno de los procesos productivos que dan como resultado una obra ejecutada en su totalidad.

Comentario de la Entrevistadora

En cuanto a esta interrogante de ardua importancia, puedo sintetizar lo argumentado por cada uno de los entrevistados en una idea básica, es decir, que toda recomendación o responsabilidad siempre será la misma para cualquier tipo de obra pública puesto que Contraloría propicia el buen actuar del servidor público facultado para ello, donde no exista contratiempo alguno por falta de legalidad u omisión de solemnidades del proyecto en su proceso operativo, así como la preponderancia de los tiempos establecidos para los avances de la obra.

PREGUNTA DOS.- ¿Podría usted determinar la normativa legal que se aplica para el fiel cumplimiento de contratos complementarios dentro de la obra pública?

Respuestas:

Entrevistado 1.-

De la normativa aplicable en tema de obras públicas, es de mi conocimiento del Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía y Descentralización así como la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública pero he de destacar que no he aplicado norma alguna porque no es mi responsabilidad, aunque por interés de alguna norma específica, si he buscado en el cuerpo legal correspondiente.

Entrevistado 2.-

La normativa legal que se aplica actualmente en este caso para dar cumplimiento a contratos complementarios será la misma que se aplica a los contratos principales, tales como la Ley Orgánica de Contratación Pública, la Constitución y el reglamento de esta ley.

Entrevistado 3.-

Se deberían aplicar las normas relativas a contratación pública, donde existen montos máximos que no deben ser sobrepasados, establecidos en Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Entrevistado 4.-

La normativa legal que conozco la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, sería la norma básica que debería regir todo proceso concerniente a obra pública complementaria.

Entrevistado 5.-

El desempeñar el puesto que ocupo me ha hecho conocedora de un amplio campo de legislación relativa a obra pública, puedo hacer referencia en primera instancia a la Constitución, pues ahí nos establecen los derechos y deberes que como ciudadanos tenemos, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública que de forma específica rige el actuar en toda obra pública, sobre todo lo relacionado a obligaciones de parte y parte, el reglamento que rige a este cuerpo normativo y de igual manera el Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía y Descentralización.

Comentario del Entrevistador

La opinión que merece esta segunda interrogante, va relacionada de forma directa al conocimiento de toda Ley, normativa interna o suprema que regirá el accionar del servidor público en cuanto a obras públicas se refiere. Los entrevistados no podían emitir criterio alguno ya que meramente hacía referencia al nivel de conocimiento respecto a leyes específicas aunque cabe recalcar que no todos conocían que existían leyes específicas para direccionar la actividad de obras complementarias.

PREGUNTA TRES.- ¿Qué opinión le merece; que la falta de control durante la ejecución de contratos complementarios está generando un déficit económico al Estado donde existe ausencia de estudios previos?

Respuestas:

Entrevistado 1.-

La falta de control me ha hecho razonar la idea de que si genera cierto déficit económico a la institución, ya que debe haber control de proyecto u obra hacia la empresa privada contratada, y que la falta de este control generará un desbalance en su presupuesto.

Entrevistado 2.-

En mi opinión, es algo que sucede a nivel nacional, se trata de una situación crítica para el estado jurídico, técnico y económico por la falta de control riguroso durante la ejecución del contrato complementario y a cada uno de sus rubros.

Entrevistado 3.-

Desde mi punto de vista, me parece que el contrato complementario es importante en cuanto a finalidad se refiere, ya que da funcionalidad a la obra. Sin embargo, se han generado perjuicios al Estado y a diferentes instituciones. El aumentar el control a estos contratos complementarios sería idónea solución, pero no eliminar esta base legal.

Entrevistado 4.-

Estos controles que se pueden realizar son efectivos, para vigilar la estabilidad económica, con una óptima verificación de los rubros, y ahí toma

importancia el informe técnico que evalúa la necesidad de hacer uso de la figura del contrato complementario.

Entrevistado 5.-

Desde el inicio de la obra, si hay falta de control tiene raíces de corrupción. Los responsables de la construcción, es decir, ingenieros civiles y arquitectos deberían realizar un buen proyecto para que no hayan incrementos así como viabilizar este proyecto hacia aspectos que generen perjuicio económico a la institución.

Comentario de la Entrevistadora

Tras haber escuchado diferentes puntos de vista sobre una misma interrogante, he de rescatar la idea que muchos de ellos supieron defender, misma que apoya sus bases en un proyecto ejecutado con ética y apego a la ley para evitar con ello cualquier tipo de desfase en lo económico hacia la institución a quien rinden responsabilidad.

PREGUNTA CUATRO.- ¿Podría indicar usted, cuáles son los principios que rigen el Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública?

Respuestas:

Entrevistado 1.-

Desde mi punto de vista, considero pertinentes dentro de esta ley, la legalidad del procedimiento, la agilidad dada en el control oportuno de la

obra así como la oportunidad vista desde el ámbito de otorgar la facultad a diferentes contratistas de ofertarse para ejecutar dicha obra.

Entrevistado 2.-

Los principios que rigen la ley son los de igualdad, trato justo, y publicidad de forma específica.

Entrevistado 3.-

Los principios que rigen todo procedimiento de obras públicas serían, legalidad, publicidad, concurrencia, trato justo, entre otros.

Entrevistado 4.-

Los principios rectores del artículo 4, de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública que priman todo proceso son; legalidad, trato justo y oportunidad.

Entrevistado 5.-

Entre los principios que rigen esta Ley Orgánica tenemos, el trato justo, subsidiariedad, legalidad, oportunidad y calidad.

Comentario de la Entrevistadora

El conocimiento de los principios, en la aplicación de la ley en todo contrato que pueda darse durante cualquier etapa, preponderará en toda relación entre la entidad pública y una entidad privada serán; legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia,

transparencia, publicidad; y, participación nacional. La finalidad siempre será precautelar los intereses públicos, pero no siempre existe fiel aplicación de estos principios, bien por falta de ética de la entidad contratante o por la ausencia de obligatoriedad ante los contratistas, arrastrando así hacia la esfera de la corrupción.

PREGUNTA CINCO.- ¿Considera usted, que la ausencia de estudios genera inseguridad jurídica, vulnerando así los principios que rigen la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública?

Respuestas:

Entrevistado 1.-

Yo pienso que la falta de estudios rigurosos si genera inseguridad jurídica porque no hay intención por parte de la autoridad designada de velar por los intereses de la institución, dejando al desamparo todo bien en beneficio de la colectividad.

Entrevistado 2.-

Por supuesto que sí, antes que la inseguridad jurídica, se genera inseguridad técnica por falta de estudio previo realizado con total responsabilidad o negligencia.

Entrevistado 3.-

Si no existe un estudio en el cual basarse, se deja a arbitrio del contratista y fiscalizador realizar cualquier acto que vulnere los derechos del ciudadano que no fueren tomados en consideración en etapas anteriores.

Entrevistado 4.-

La ausencia de estudios es un factor primordial por tanto si no hay suficiente control no habrá un total desempeño de la obra al cien por ciento. Generando así desequilibrio económico pos no haber tomado en consideración tal o cual aspecto importante.

Entrevistado 5.-

Sí, porque la falta de control ha generado que la ciudadanía ecuatoriana no crea fielmente en el Estado, se siente indefenso de cierta manera al observar hoy en día que existe falta de ética en todo procedimiento administrativo y más aún si se trata de la ejecución de un contrato de obra pública donde se ven inmersos grandes valores de tipo económico que no cumplen la función para lo que fueron dispuestos.

Comentario de la Entrevistadora

La pregunta más polémica de toda la entrevista, ya que trata temas delicados como son la mala utilización de recursos públicos. La realidad que vive nuestro país es evidente puesto que a diario se ven en medios informativos casos de corrupción donde no hubo cultura ciudadana que rija los procesos administrativos y con ello la falta de intención de salvaguardar los intereses de una entidad pública.

PREGUNTA SEIS.- De acuerdo a la norma Constitucional, en el Artículo 211, ¿se cumple con la facultad designada a la Contraloría, encargada del control de la utilización de los recursos estatales?

Respuestas:

Entrevistado 1.-

En este caso, lo que se ha podido ver hasta el momento, es que hace falta mayor control riguroso porque si bien la facultad ejercida se realiza de manera parcial por diferentes motivos ya sea por tiempo o por falta de personal especializado.

Entrevistado 2.-

De lo que se puede observar, la Contraloría cumple de forma parcial este artículo ya que esta entidad tiene muchas facultades encomendadas por tanto, las auditorías son realizadas de forma aleatoria, por tanto considero oportuno destacar que debería existir mayor control si se trata de velar por el bien común.

Entrevistado 3.-

En la mayoría de los casos si se cumple, pero no se analiza el 100% de los contratos por falta de tiempo o personal, es por ello que dicha entidad obliga a las instituciones públicas a regirse de forma imparcial a las recomendaciones, para que en su accionar no surjan imprevistos que causen deterioro económico a la entidad pública correspondiente.

Entrevistado 4.-

Exacto, la facultad de controlar el 100% no generará una auditoria, de unas 10 se hará seguimiento a unas 6 obras, por tanto las 4 restantes corren el

riesgo de sufrir irregularidades abriendo carta para que exista mala administración de los fondos públicos otorgados para la ejecución de la obra.

Entrevistado 5-

De la experiencia que tengo, la Contraloría no cumple con el 100% de los procesos, ya que no existe personal dedicado por completo a ello, pero en caso de procesos de contratación altos, siempre existirá mayor inclinación para ejercer un control más riguroso.

Comentario de la Entrevistadora

La facultad designada a esta noble institución, requiere de mucha responsabilidad porque están en juego los intereses económicos del Estado. Sin embargo, ya sea por falta de personal o de tiempo no existe el debido control que debería darse a todos y cada uno de los procesos de contratación. Se trata de una anomalía muy difícil de corregir porque no cuenta esta institución con los medios a su disposición para subsanar dichas anomalías.

PREGUNTA SIETE. ¿Qué alternativa de solución sugiere usted, para evitar la inseguridad jurídica generada por la ausencia de informes de control durante la ejecución de contratos complementarios?

Respuestas:

Entrevistado 1.-

En este caso, considero necesario que deberían ejercerse controles más rigurosos, auditorías con mayor espacio de tiempo para que el seguimiento

pueda hacerse con las especificaciones más apegadas a la realidad y al tiempo.

Entrevistado 2.-

En este punto, sería necesario ampliar el reglamento de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública donde se generen los pasos para realizar la ejecución de un contrato complementario, así como realizar seguimientos más continuos a esta ejecución de contratos.

Entrevistado 3.-

Principalmente se debería enfatizar en los encargados de realizar auditorías a los contratos puesto que debería ser realizado por personal técnico afín a cada rama, por tanto contar con profesionales de dicha obra a auditar permitirá generar mayores controles oportunos y salvaguardar los intereses del Estado.

Entrevistado 4.-

En mi opinión, debería existir normativa donde se establezcan informes de control con un margen apegado a la ley y que rijan para todos por igual permitiendo a la Contraloría ejercer un control más periódico y técnico.

Entrevistado 5.-

Si sugiero que por parte de la Secretaría Nacional de Contratación Pública, se haga un reglamento específico en cuanto a contratos complementarios. Se trata de un tema muy disperso en diferentes cuerpos legales que genera

confusión a la hora de interpretarlo y así permita no justificarse por no haber entendido la ley.

Comentario Entrevistador

Las alternativas realizadas por los cinco entrevistados van encaminadas hacia un mismo fin, la realización de una ley específica que agrupe toda normativa que afecte a los contratos complementarios. Hoy en día la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública contempla el tema de los contratos complementarios pero a grandes rasgos, sin enfatizar demasiado en el procedimiento a seguir en caso de surgir causas imprevistas o técnicas o el modo en que el control de obra deba ser ejercido.

6.3 Estudio de casos.

Caso Nro. 1.

1. Datos Referenciales

Fuente: Contraloría General del Estado

Número: DAPyA-0007-2016

Caso: Contrato 20111022 para la ejecución e instalación de un Sistema de Tratamiento de Aguas Residuales y Aguas Negras del Terminal Pascuales y de la Estación de Transferencia Tres Bocas, suscrito entre la Gerencia de Gestión Socio Ambiental de PETROECUADOR EP y la empresa SOUTH ECUAMERIDIAM S.A.", a cargo de Petroecuador.

Titular: Terminal Pascuales y Estación Tres Bocas

Fecha: desde 2008/12/12 hasta 2015/11/06

Página web:

http://www.contraloria.gob.ec/WFDescarga.aspx?id=41549&tipo=inf&fbclid=IwAR0P4VpsAdPq99cX95ZPtg_hQtnuVmzvgCvUmSIxcbmCgurfMBP0qUUcxHY

2. Antecedentes:

El 30 de septiembre de 2011 se suscribió el contrato 20111022 entre la Subgerente de Gestión Socio Ambiental de la Gerencia de Seguridad, Salud y Ambiente de EP PETROECUADOR y la empresa SOUTH ECUAMERIDIAN S.A. para ejecutar, terminar y entregar el "Sistema de Tratamiento de aguas residuales y aguas negras del Terminal Pascuales y de la Estación de Transferencia Tres Bocas". Según el oficio 33-002-003/11 publicado el 20 de marzo del año 2012, tomando en consideración una reunión celebrada entre el subgerente de Gestión Socio Ambiental, el contratista y el administrador del contrato cuya finalidad era delimitar las especificaciones de la instalación eléctrica en cuanto al sistema de tratamiento de aguas residuales industriales del Terminal Pascuales y Estación Tres Bocas que dada las causas imprevistas y técnicas debidamente motivadas exigía su ejecución mediante la figura de un contrato complementario. Seguidamente, el contratista notificó al Administrador indicándole que daba inicio a los trabajos del contrato complementario adjuntando para el efecto el cronograma de actividades durante un periodo de tiempo de 30 días sin alegar extensión temporal del contrato ni ningún tipo de especificación. Para dar ejecución a este contrato de instalación eléctrica, se hizo necesario realizar un aumento de costos en

rubros nuevos, dando un total 81.350,44 USD, proporcional a un 26,11% del monto del contrato principal. El 2 de mayo del año 2012, se firmó un acta que daba finalización a los trabajos complementarios correspondientes a obra civil, que contaban con el criterio de fiscalización de haber ejecutado satisfactoriamente la obra en su totalidad. El 9 de noviembre del 2012 se firmó un acta de variación de cantidades de obra donde surgieron cantidades adicionales de rubros contractuales que habían sido ejecutados aprobando con ello que las cantidades y precios unitarios de los rubros nuevos habían sido ejecutados de forma efectiva. Sin embargo, tras un análisis minucioso y pormenorizado se llegó a la conclusión de que tanto el administrador como el subgerente de gestión socio ambiental de EP Petroecuador no habían solicitado la certificación presupuestaria para garantizar el pago de dicha obligación contraída y con ello no se materializó por la vía legal la suscripción del contrato complementario aun teniendo en cuenta que el contratista lo había solicitado por varias ocasiones. Para dar legalidad al pago de obras complementarias, el administrador del contrato solicito en su momento, al gerente de asuntos jurídicos el criterio legal en cuanto a convenio de pago se refiere a través del cual, se quiso realizar todos los pagos de los rubros nuevos. Se destaca que el supervisor del Poliducto Tres Bocas- Pascuales era a su vez el fiscalizador del contrato de obra civil, responsable de aprobar junto con el administrador del contrato las planillas de ejecución de obra, existiendo una serie de intereses personales entre estas dos personas que manejaban a su libre arbitrio dicha administración. Además, dentro de las cláusulas del contrato merece especial relevancia, la

cláusula décima quinta, en relación a “Contratos Complementarios, diferencia en cantidades de obra u órdenes de trabajo” donde establecía que por causas justificadas, las partes podrían firmar contratos complementarios o establecer modificaciones en cantidades de obra u órdenes de trabajo. Para ello, sustentaron de forma jurídica amparándose en los Artículos 85,86, 87, 88 y 89 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Es así, que el Artículo 86 de este cuerpo legal hace referencia a la “creación de rubros nuevos” donde la adecuada ejecución de una obra por motivos técnicos podrá celebrarse mediante la figura de contratos complementarios. El Artículo 87, de la misma ley, especifica que “en cuanto a sectores hidrocarburíferos , la suma total de la cuantía de los contratos no podrá exceder del 35% del valor actualizado o reajustado del contrato principal” Pero resulta que este contrato complementario celebrado bajo la vista de la legalidad sobrepasaba con creces este porcentaje establecido. Es por ello, que tras el informe de finalización de obra y los respectivos reajustes de precios, se determina que Petroecuador adeuda al contratista la cantidad de 88 677,03 USD. Evidenciando así, un acto más de corrupción en el Estado ecuatoriano, ya que el fiscalizador y el administrador del contrato autorizaron la tramitación de rubros nuevos sin tomar en cuenta la existencia de partida presupuestaria legal correspondiente, ni realizar el trámite pertinente para efectuar los pagos con debida oportunidad. Alegan ambas autoridades que ejecutaron dichos actos fuera del rango de lo legal para no prolongar innecesariamente la ejecución de obra en sitios de alto riesgo, acordando así con el contratista dar continuidad a la instalación eléctrica

mientras se daba trámite correspondiente al contrato complementario , mismo que nunca llegó a suscribirse aun cuando en la ley se establece que, antes de materializar cualquier acto administrativo se debe contar con la autorización conferida por la autoridad nominadora.

3. Resolución:

Se dispone al Subgerente Socio Ambiental de Petroecuador, que; en caso de requerir rubros nuevos para la terminación de obras contratadas, previa autorización de ejecución de tales rubros, deberá proceder al trámite pertinente solicitando la certificación presupuestaria que garantice el pago de los trabajos ejecutados, suscribir el contrato complementario para que tenga validez así como solicitar al contratista la entrega de las garantías correspondientes.

4. Comentario del Investigador:

Este caso en particular demuestra la desquebrajada administración de fondos públicos, ya que pueden ser vulnerados en cualquier momento con la certeza de que cuando sea desmantelado su acto corrupto e ilegal no será muy grave la sanción, si no tan solo recomendaciones para que a futuro no se vuelva a repetir dicho acto. Si bien, se evidencia que hubo incompetencia absoluta por parte del administrador de obra, que a sabiendas de que no era legal dicho contrato complementario permitió su ejecución con una partida presupuestaria que nunca fue presentada ni aprobada por la autoridad nominadora. La Ley Orgánica Del Sistema Nacional De Contratación Pública, es clara aunque no muy específica según el caso ya que se ha demostrado que da lugar a múltiples interpretaciones o a su omisión total, ya

que artículos como el 86, 87 y 88 fueron totalmente vulnerados esperanzados a que a posteriori, una vez ejecutada la obra, si den legalidad a su actividad administrativa. Además, un informe de control previo a la ejecución del contrato complementario no tuvo la fuerza jurídica necesaria para que haya sido acatada en su totalidad, si bien, las autoridades designadas para tal efecto, desistieron de toda recomendación para ejecutar a su manera y dar paso a la corrupción que asola hoy en día al Ecuador.

Caso Nro. 2

1. Datos Referenciales

Fuente: Procuraduría General del Estado

Número: oficio no. 047

Caso: Contrato de ejecución de obra para la terminación de obra de remodelación integral y adecuación del centro de atención ambulatoria de Zamora

Titular: Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social

Fecha: 9 de diciembre del 2009

Página.web

http://www.pge.gob.ec/index.php/component/azurapagebuilder/?view=page&id=7

2. Antecedentes:

Se suscribe el contrato para la construcción del Centro de Atención Ambulatoria del IESS en la ciudad de Zamora, contrato que se materializó por la suma de 459.723,37 USD cuyo plazo se determinó para 120 días, contados a partir, de la notificación de la disponibilidad del anticipo. Dentro

de las cláusulas de este contrato se destaca por su formalidad, la cláusula décima quinta pues era relativa a los contratos complementarios, específicamente haciendo referencia al Artículo 85 de la Ley Orgánica Del Sistema Nacional de Contratación Pública; ejecución de contratos complementarios, creación de rubros nuevos, diferencia de cantidades de obra donde no deberá extenderse más del 25% del valor reajustado del contrato así como las especificaciones en las órdenes de trabajo. Además en la cláusula 15.07 del referido contrato se dispone que “la suma total de las cuantías de los contratos complementarios referidos en los Artículos 85 y 86 de la LOSNCP, no podrá exceder el 35% del valor actualizado o reajustado del contrato principal a la fecha en que el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social resuelva la ejecución de un contrato complementario”. Más sucede que, con posterioridad y mediante oficio No. S.C.A.A.Z-026 del 21 de junio del 2010 dirigido al director del centro de atención ambulatoria de Zamora Chinchipe, el fiscalizador de obra determina qué; en los estudios y diseños realizados con anterioridad no fueron tomados en cuenta volúmenes reales y rubros necesarios para una culminación íntegra del edificio , especificaciones referentes a obra civil, estructura, sistema hidráulico, sistema sanitario, instalación de gases médicos, instalación de aire acondicionado e instalaciones eléctricas según las normativas de la Empresa Eléctrica de Loja y del municipio de Zamora. Según la valoración técnica ejecutada por la fiscalización de obra especifica la necesidad de celebrar un contrato complementario por el valor de 168.821,22 USD.

3. Resolución

Por razones técnicas, amerita la suscripción de un contrato complementario, por lo que se actualiza el contrato principal y se define el monto del contrato complementario siendo inferior al 25% del valor actualizado reajustado del contrato principal.

4. Comentario del Investigador

Se evidencia en este contrato la falta de previsión a la hora de elaborar el contrato principal, es decir, sin tomar en consideración diferentes aspectos indispensables para la ejecución completa y definitiva del centro de Atención Ambulatoria de Zamora. Si hubiera existido un control más minucioso de todas las falencias existentes tanto en suelo, ornamentación o servicios básicos no hubiera sido necesario hacer uso de la figura del contrato complementario. Se destaca, que el monto designado para ejecutar el contrato complementario no supera el 35% establecido por el Artículo 87 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, por tanto no significó de manera considerable un déficit económico para el Estado ecuatoriano. En toda contratación efectuada por una entidad pública debería tomar en cuenta las razones o causas técnicas a las que aluden los artículos 85 y 86 del anteriormente citado cuerpo normativo, y con ello poder tener un fundamento jurídico y técnico especializado que justifique hacer uso de la figura de un contrato complementario que deberá responder a la necesidad de “ampliar, modificar o complementar una obra o servicio determinado” así como para crear rubros nuevos y con ello, llegar a ejecutar la obra en la forma en que ha sido diseñada. Finalmente, y para que no exista necesidad

de crear rubros nuevos, se atenderá a lo establecido en el artículo 23 de la misma Ley, pues antes de dar inicio a un procedimiento contractual, “toda entidad deberá contar con los estudios y diseños completos, definitivos y actualizados, planos y cálculos, especificaciones técnicas” dando como resultado una determinación específica de características de la obra objeto de la futura contratación.

Caso Nro. 3

1. Datos Referenciales

Fuente: Contraloría General del Estado

Número: RE-ICO-010-2011.

Caso: Ministerio del deporte, “construcción del proyecto integral complementario para el centro de formación y desarrollo de deportes colectivos Carpuela en el cantón Carpuela, provincia de Imbabura

Titular: Ministerio del deporte

Fecha: 19 de abril del 2011

Página.web

:http://www.contraloria.gob.ec/WFDescarga.aspx?id=44821&tipo=inf&fbclid=IwAR28qANs5XTEGqhV3lY-tvObD1-dkSweqQD6ki0W6PZixAwl4A_wo14KIAg

2. Antecedentes:

Con fecha 30 de mayo del 2008, el Ministro del Deporte y un consultor externo suscribieron un contrato para la elaboración del diseño definitivo del Centro de Formación y Desarrollo de deportes colectivos para Carpuela por un monto de 206 000 USD contando con un plazo de 45 días para su

ejecución contados a partir de la entrega del respectivo anticipo. Contó además con la notificación del Notario Vigésimo octavo del cantón Quito a la Ministra de Deporte procediendo así, por la facultad conferida por el Artículo 81 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, a la recepción única, definitiva de pleno derecho de los diseños objeto del contrato. Sin embargo, la construcción del escenario deportivo Carpuela quedó inconclusa durante la gestión del ex ministro del deporte, Sr. Raúl Carrión Fiallos. El no haber entregado una obra en su totalidad generó perjuicio económico al Estado ecuatoriano ya deteriorado por anteriores incompetencias administrativas. El 26 de julio del 2011, el Coordinador General de Asesoría Jurídica emitió la resolución 077 donde se declara la terminación unilateral y anticipada del contrato 102- DJ-2008 dada la existencia de fisuras entre el contra piso y la pared lateral del coliseo de hasta 2 cm, y varias fisuras en las paredes, puesto que el contratista no fue capaz de resolver los problemas de estabilidad estructural. Además, y por su falta de competencia ética y moral, se inscribió al contratista en el Registro de contratistas incumplidos y adjudicatarios fallidos del Instituto Nacional de Contratación Pública (INCOP). Muchas de las anomalías existentes en dicha entrega anticipada eran del tipo estructural, mas no de ornamentación. No contó con los estudios necesarios que permitan verificar la capacidad portante del suelo, así como la ausencia de diseño de muros de sostenimiento de la primera plataforma, generadores tiempo después de asentamientos pronunciados. Finalmente, acogiéndose a las disposiciones del Decreto Ejecutivo No. 731 del 11 de abril 2011, publicado en el Registro

Oficial No. 430 del 19 de abril 2011, el Ministerio del Deporte delegó al Instituto de Contratación de Obras Públicas la construcción del “Proyecto Integral complementario para el centro de formación de deportes colectivos Carpuela”

3. Resolución

Dispuso al Administrador del contrato, para la recepción definitiva, liquide el plazo de la obra, considerando las fechas reales de ejecución, las ampliaciones de plazo otorgadas y la validación de plazo que será efectiva previo visto bueno de la máxima autoridad.

4. Comentario del Investigador

El caso número tres evidencia de forma clara, la falta de rigurosidad de los estudios previos, tan importantes para dar inicio a la ejecución de un contrato principal, puesto que desde un inicio se debe tomar en consideración todos los aspectos técnicos y posibles imprevistos que posee el suelo en el que va a ser edificada la obra. Y con ello, evitar con posterioridad la existencia de causas imprevistas y técnicas que den lugar a hacer uso de la figura del contrato complementario. Puesto que no hubo un informe previo, que especifique el estado de suelo, en lo posterior se evidenció con una obra inacabada con innumerables fisuras características de la mala calidad de los materiales empleados y haber construido sin las especificaciones técnicas necesarias. Además, hubo un incremento de rubros nuevos del contrato complementario, que representó el 35% del valor del contrato principal.

7. DISCUSIÓN.

7.1 Verificación de objetivos.

En el presente trabajo investigativo, se ha planteado un objetivo general y tres objetivos específicos.

7.1.1 Objetivo general.

"Realizar un estudio teórico, doctrinario y jurídico sobre el procedimiento y ejecución de contratos complementarios, (analizando posibles consecuencias con la reforma de los artículos 23, 87, 88, 89 y 100 de la LOSNCP, en la aplicación de las normas de los contratos complementarios) para la ejecución de la obra pública"

El presente objetivo se verifica, a través del íntegro desarrollo investigativo del marco teórico, doctrinario y jurídico; es así que en primer lugar, se inició las definiciones básicas sobre contrato, contrato de obras públicas, objeto del contrato, contrato complementario, contrato administrativo, inseguridad jurídica, reajuste de precios, entre otros; los cuales me permitieron asimilar las principales ideas que aportan significativamente para el desarrollo de mi trabajo investigativo.

En lo que respecta al marco doctrinario, inicié con una pequeña reseña histórica acerca de la Contratación Pública en el Ecuador, con énfasis especial en los momentos más importantes que dieron forma a lo que hoy en día se conoce como contrato de obra pública, y sus procesos creadores de actos consensuales; continuando con un análisis reflexivo de las etapas del

proceso de contratación para que se pueda apreciar las diferenciaciones existentes entre una etapa y otra. Estas etapas son imprescindibles, puesto que la omisión de una de ellas, acarrea nulidad jurídica del proceso de contratación, hasta tal punto de que no puede haber coexistencia lógica de una etapa sin la otra. Además también se abordó tres temáticas imprescindibles, para generar un conocimiento básico sobre lo que concierne a la obra pública. Los informes de control, con su aval técnico y profesional salvaguardan los intereses tanto del Estado, en forma general, como de la institución, de forma específica, con la cual se estableció una relación de intereses, es este control el que regirá por un proceso legítimo y oportuno. El punto que hace referencia a contratos complementarios, abordó de forma íntegra sus características esenciales, las situaciones en las que tiene lugar esta figura jurídica administrativa que tanto problema económico ha ocasionado al país, así como las posibles consecuencias que puedan darse en caso de hacer caso omiso a las recomendaciones otorgadas por la autoridad competente, encargada de dar seguimiento a dicha obra.

Finalmente, en el marco jurídico, he realizado en primer lugar un análisis de la Constitución de la República del Ecuador, donde se enmarquen todos los derechos, deberes y obligaciones de los administradores públicos, ya que de estas autoridades depende el fiel cumplimiento de la ley respecto a administración de recursos públicos. Y analicé, de forma específica, diferente articulado referente a control, en este caso, facultad designada a la Contraloría General del Estado, como la única institución facultada para velar por los intereses del Estado y obligar a todo organismo de carácter

privado, a otorgar documentos de respaldo para que exista legalidad en los procesos constructivos. Además, también se abordó normativa internacional respecto a la administración de fondos públicos y la entidad competente para este efecto en los diferentes tratados y convenios a los cuales Ecuador se encuentra suscrito. Se vio indispensable realizar un análisis pormenorizado de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, donde hace hincapié al control que debe ser ejercido por la autoridad nominadora, la forma en que el control es ejercido, plazos, tiempos y especificaciones técnicas. Como finalización del marco jurídico se trató la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, ya que es el cuerpo normativo que regula el accionar del administrador público en cuanto a contratos de obra principal y complementaria se refieren. Es allí, donde se determina que tan sólo por causa imprevista o técnica se podrá hacer uso del contrato complementario, el reajuste de precios, informes de control y garantías en caso de tratarse obras de cuantía elevada. Para culminar con la sección de la legislación comparada, en la cual he analizado las posturas en cuanto a contratos complementarios se refiere en países como Chile, Venezuela, España y Perú.

7.1.2 Objetivos específicos

“Determinar las responsabilidades y/o recomendaciones estipuladas en los informes de auditoría de la Contraloría General del Estado”.

Del marco jurídico se desprende el análisis efectuado a las potestades ejercidas por el contralor con la finalidad de llevar a cabo las auditorías de toda obra pública o de ingeniería. De la misma forma, se fundamenta este primer objetivo con la pregunta número uno realizada en mi entrevista. ¿Cuáles cree usted que serías las responsabilidades o recomendaciones estipuladas en los informes de Auditoría de la Contraloría General del Estado? Interrogante dirigida a determinadas autoridades competentes conocedoras de la materia, tales como fiscalizador de obra, director de obras públicas, director de planificación, auditor interno, entre otros. De las respuestas manifestadas por todos ellos, se destaca que muchas de las recomendaciones que han conocido durante su trayectoria laboral son; el cumplimiento de todas las cláusulas del contrato, legalidad de todo trámite como predios declarados de utilidad pública, en donde será ejecutada determinada obra, ceñirse a los tiempos determinados en las cláusulas del contrato, seguimiento del presupuesto sin llegar a reajustarlo, especificaciones técnicas, etc. El Artículo 31 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado especifica en su redacción, dar seguimiento y control continuo de las obras públicas en sus diferentes fases hasta su ejecución total; de los ingresos, gastos e inversiones; de la utilización de recursos. Es así, que la función de esta auditoría de la Contraloría General del Estado busca que los resultados físicos que se obtengan en el programa o proyecto específico sometido a examen, se materialicen con un cabal cumplimiento de las responsabilidades y recomendaciones señaladas por el contralor competente.

“**Establecer la aplicación de normativa que posibilitó el cumplimiento de los contratos complementarios dentro de la obra pública”**

Con la justificación pertinente, se abordó a través del marco jurídico y doctrinario, todo aspecto concerniente a contratos complementarios. En cuanto al marco doctrinario se destaca que, la figura del contrato complementario es usada cuando un contrato de obra principal se encuentra incompleto mediante la incorporación de mejoras otorgando una recepción de la obra sin desperfectos ni imprevistos. El marco jurídico, por su lado, se enfoca de manera parcial en determinar la figura jurídica, conocida como contrato complementario, sin otorgarle una definición conceptual específica en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, sino, una determinación casuística donde podrá ser usada dicha figura, mas no el modus operandi del fiscalizador de obras en cuanto a obras complementarias se refiere, no abarca ni el manejo de tiempos, ni características u obligaciones que deberán existir entre contratista y contratante puesto que la ley no contempla esta figura como un mecanismo jurídico que requiera de un reglamento o manual como cualquier otro y que pueda ser usado sin tantos inconvenientes interpretativos. Es así que, de acuerdo a los criterios recabados en encuestas y entrevistas, en su mayoría afirma conocer la existencia de normativa que rige el accionar de los contratos complementarios, pero que no ha surgido hacer uso de ella en su vida laboral, que si consideraría pertinente ejercer controles más rigurosos para que la obra sea entregada bajos los parámetros establecidos en las

cláusulas del contrato y mejorar con ello, la resquebrajada economía del Estado ecuatoriano.

“Presentar propuesta de reforma a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública donde tomen en consideración la existencia de informes de control previo a la ejecución de un contrato complementario”.

Como producto del desarrollo de la presente tesis, la cual está enfocada a establecer un informe de control previo a la ejecución de contratos complementarios, se ha creído conveniente dar iniciativa a una propuesta de ley que vaya íntimamente relacionada al correcto accionar de los operadores administrativos facultados para ejercer un control veraz y oportuno de obras complementarias. Tras haber realizado las respectivas entrevistas y encuestas, se ha obtenido un 97% de favorabilidad en cuanto a mejorar el control de obras complementarias, puesto que es desorbitante la cantidad de fondos públicos que no son justificados cuando se hace uso de esta figura, frente a un 3 % que considera que la ley se rige de forma óptima sin existencia de tergiversación legal a conveniencia de contratistas y contralores.

7.2 Contrastación de hipótesis

La hipótesis planteada, busca la contrastación del siguiente enunciado:

> **“La falta de control en la ejecución de contratos complementarios está generando un déficit económico al Estado donde la ausencia de estudios genera inseguridad jurídica vulnerando así los**

principios que rigen la Ley Orgánica Sistema Nacional Contratación Pública".

La presente hipótesis se contrasta de manera favorable, por cuanto mediante la aplicación de las entrevistas, en la contestación a las preguntas número 3, 4 y 5 se hace referencia de manera directa a las distintas categorías que conforman esta hipótesis, dando como resultado que la mayoría confirma que si existe déficit económico al Estado por falta de estudios previos, pues varios entrevistados fundamentaron su respuesta alegando que hoy es muy normal ver casos de irregularidades de administradores de justicia y contratistas que, mediante el uso de coimas hacen y deshacen a su antojo todo acuerdo de voluntades. Tratando el tema de los principios que rigen la Ley Orgánica del Sistema Nacional Contratación Pública establecidos en el Artículo 4, tales como; legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad; y, participación nacional, se destaca que de los cinco entrevistados, 4 conocían de ellos por la aplicación constante de los mismos, mientras que el fiscalizador principal de obras públicas desconocía cuáles eran ya que no había tenido la ocasión de hacer uso de los mismos. El uso de estos principios en todo procedimiento que concierna a esta ley, servirá como base interpretativa sin que diere lugar a una mala interpretación por desconocimiento de la norma, cuya finalidad será precautelar los intereses públicos y la debida ejecución del contrato. La pregunta número 5 hace referencia a la inseguridad jurídica generada por vulnerar los principios que rigen la ley antedicha dando como resultado que

la mayoría de las respuestas iban encaminadas hacia un mismo fin. Por tanto, la existencia de un vacío legal es claro para todos los entrevistados y encuestados ya que no existe severidad administrativa para que no se evidencien irregularidades durante todo el proceso de construcción de obras complementarias y es requerimiento necesario para ejercer un control más transparente en todo informe de actividades de la empresa privada contratada para ejecutar una obra de carácter público.

7.3 Fundamentación Jurídica para la Propuesta de Reforma Legal

El fin a alcanzar de la administración pública, va encaminado a satisfacer las necesidades de la colectividad, y por ello posee regulación legal de la rama correspondiente, para que no existan vacíos legales en cuanto a relaciones interpersonales de entidad pública y un particular se refiere. En el marco doctrinario se trató de forma detallada el cambio paulatino que ha sufrido nuestro sistema administrativo público, ya que, en Ecuador, existieron arraigadas transformaciones de ideales, la inclusión en un mercado internacional con mayor preponderancia de principios que rijan el accionar del administrador público. Tuvo sus inicios en 1927 mediante la vigencia de la Ley de Hacienda, que era la encargada de direccionar la contratación pública con inicios referentes a la compra de insumos materiales requeridos por el gobierno para satisfacer las necesidades de la amplia colectividad. No es hasta el año 2008, donde se expidió la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, vigente hasta a la actualidad, que si bien, posee diversos articulados que dan pie a varias interpretaciones y con ello, ilegalidades en los procesos contractuales. Las etapas del proceso de

contratación son un factor primordial para dar legalidad a la ejecución de una obra pública. Las etapas que conforman el proceso de contratación, son; preparatoria, precontractual y contractual. Al no existir control de forma constante antes, durante y después de la materialización del proyecto , puede surgir la necesidad de hacer uso del contrato complementario para subsanar cualquier aspecto técnico no pronosticado o imprevisto, generando con ello desgaste económico al Estado, que por satisfacer necesidades de la sociedad, resquebraja su economía. Además, la ley que rige la administración pública, no delimita el accionar de los contratos complementarios, ya sea por informes de control, por libros diarios o por falta de competencia de la autoridad designada, dando pie a que alejen los objetivos del contrato principal por el que surgió, y en muchos de los casos, superando el 35% establecido para el reajuste de precios designado a los contratos complementarios. En cuanto a marco jurídico se refiere, la Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 211 establece que una de las actividades que regirá el proceso administrativo será “controlar la utilización de los recursos estatales y asegurar la consecución de los objetivos institucionales del Sector Público y organismos de derecho privado” pero la realidad muchas de las ocasiones ha sido otra bien distinta puesto que existe falta de control de estos procesos administrativos, ya sea por falta de personal, por falta de tiempo o por favoritismo a la hora de fiscalizar una obra determinada. Otro Artículo de la Carta Magna que debe ser rescatado, es el artículo 227 puesto que señala que: “La administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de

eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación". Principios que, como se ha señalado con anterioridad muchas de las veces han sido pasados por alto, o incluso ignorados, preponderando siempre el interés personal sobre el particular hasta tal punto de caer en la corrupción, es decir, ejercer actividades alejadas de la transparencia de los procesos administrativos. El artículo 15, de la ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública contempla determinados aspectos en cuanto a control de obras se refiere:" Corresponde a los organismos de control del Estado, dentro del marco de sus atribuciones, realizar los controles posteriores a los procedimientos de contratación efectuados por las Entidades Contratantes. Es obligación del Instituto Nacional de Contratación Pública informar a la Contraloría General del Estado y a la Procuraduría General del Estado cada vez que conozca el cometimiento de infracciones a lo dispuesto en esta Ley". Se habla, por tanto, de un control ejercido de manera posterior al hecho generador, cuando lo que se quiere es que no exista necesidad de hacer uso de la figura del contrato complementario mediante la utilización de métodos y técnicas que dirijan el accionar para evitar inconvenientes y un mayor gasto público para la institución. La Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, en su artículo 12 establece los diferentes tiempos de control, "a) Control previo.- b) Control continuo, c) Control posterior". A pesar de existir diferentes tiempos para la aplicación del control y tras haber conocido de primera mano mediante las entrevistas con especialistas de la rama correspondiente, tales como fiscales de obra, directores de obras

públicas, auditores internos, etc., La verificación *in situ* de si hubo un control previo, continuo o posterior, tan sólo puede ser verificable con la presentación de informes que así lo convaliden, pero existe falta de informes dada la gran cantidad de obras públicas existentes sin fiscalización correspondiente. De las treinta encuestas realizadas se puede rescatar ideas claves en el presente proyecto investigativo, puesto que en verdad si existe déficit económico a la institución beneficiada con dicha obra, así como ademanes para viabilizar las obras hacia fines personales con ánimos de lucro, dejando muy lejos los fines a los que se compromete la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Por tanto, existe la necesidad de reformar la ley, así lo fundamentan muchos de los encuestados considerando que debería existir un mecanismo más arraigado y coercitivo que permita reglar el gasto público ya sea mediante el uso de veedurías ciudadanas específicas o con la inclusión de un artículo en la ley específica que determine la labor del control de obras previo a la ejecución de un contrato complementario. Por lo expuesto, estimo conveniente reformar la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública ya que es preciso y necesario aportar que dentro de la normativa, exista un procedimiento para reglar los contratos complementarios en cuanto a control previo, concomitante y posterior se refiere para que de esta manera haya compromiso por parte de los organismos con su potestad encomendada y no exista inseguridad jurídica por la falta de aplicación de los principios que rigen la actividad administrativa y su consiguiente déficit económico al Estado ecuatoriano.

8. CONCLUSIONES.

Una vez desarrolladas la revisión de literatura y realizada la investigación de campo se procede a presentar las siguientes conclusiones:

- La Constitución de la República del Ecuador determina que una de las actividades que regirá el procedimiento administrativo es controlar la utilización de los recursos estatales y asegurar la consecución de los objetivos institucionales del Sector Público y organismos de derecho privado, sin embargo, al revisar las resoluciones y la potestad sancionadora por parte de Contraloría, en el ámbito administrativo, se halla inobservancia del debido proceso.
- La auditoría de la Contraloría General del Estado busca que los resultados físicos que se obtengan en el programa o proyecto se materialicen con un cabal cumplimiento de las responsabilidades y recomendaciones señaladas por el contralor.
- Se ha evidenciado que no existe normativa específica que rija los contratos complementarios en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.
- Con el estudio comparado de legislaciones de Perú y Chile la situación sobre las leyes en materia administrativa de contratos complementarios se encuentra en similitud con la nuestra, con ligeros cambios que no son de mayor transcendencia, a excepción de España que contempla entre sus causales la falta de idoneidad, consistentes en circunstancias de tipo geológico, hídrico, arqueológico, aspectos no considerados en nuestra legislación.

- Con los resultados de la investigación de campo realizada a profesionales del derecho, mencionan la existencia de una la mala o deficiente forma de ejecutar los contratos complementarios, ocasionada por vicios, que afectan la seguridad jurídica del administrado que se somete a este tipo de procedimientos.
- La seguridad jurídica se ha visto vulnerada por la actividad de las autoridades competentes, pues en muchas ocasiones, actúan no apegados a la norma.
- Se ha creído conveniente dar iniciativa a una propuesta de ley que vaya íntimamente relacionada al correcto accionar de los operadores administrativos facultados para ejercer un control veraz y oportuno de obras complementarias.

9. RECOMENDACIONES.

Una vez concluida, la presente investigación propongo las siguientes recomendaciones.

- Al Estado, para que, a través de la Contraloría General del Estado, efectivice la acción de control, con el fin de velar por los intereses de la institución.
- La Contraloría General del Estado para que fortalezca las sanciones conferidas a la empresa pública o privada encargada de ejecutar determinada obra complementaria con un mayor control previo a la ejecución de contratos complementarios.
- A la Administración, en uso de las facultades especiales que goza, debe enmarcar su actuación dentro del parámetro legal contemplado para los procedimientos precontractuales, y contractuales de esta manera evitar abusos de poder.
- La autoridad administrativa debe dar cumplimiento a las solemnidades, establecidas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y evitar de esta manera la nulidad del contrato por vicios del procedimiento.
- La Administración pública, favorecida con una obra para su beneficio, no debe usar como justificativo de orden técnico o económico, la inaplicabilidad de los estudios previamente aprobados, se debe responsabilizar del perjuicio económico que ocasionan al Estado, a quienes elaboraron y aprobaron los estudios que subyacen en la ilegalidad.

- La autoridad pública nominadora deberá normar la relación entre contratistas y fiscalizadores exigiendo responsabilidad solidaria, obligando a éstos últimos a ser más técnicos y cuidadosos en sus controles.
- La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública debe regular las disposiciones del contrato complementario tales como ampliaciones de plazos o reajuste presupuestario de precios unitarios, para evitar que la ejecución del contrato se extienda en forma excesiva y la obra sea recibida de forma incompleta.
- A la Universidad Nacional de Loja, acoja este trabajo de investigación como fuente de introducción al estudio administrativo y poder objetar en el irrespeto que genera la falta de control por parte dela autoridad competente a toda obra pública complementaria.
- A la Asamblea Nacional, revisen y aprueben este proyecto de reforma a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, modificar los artículos 15 y 23 para un correcto control de fondos públicos y supremacía de los principios que rigen este cuerpo normativo en todo accionar, pues la legalidad y la transparencia en muchos de los casos no se aprecia.

9.1 PROYECTO DE REFORMA JURIDICA

REPÚBLICA DEL ECUADOR

ASAMBLEA NACIONAL

CONSIDERANDO

Que: el artículo 211 de la Constitución señala que, una de las actividades que regirá el proceso administrativo será controlar la utilización de los recursos estatales y asegurar la consecución de los objetivos institucionales del Sector Público y organismos de derecho privado.

Que: el artículo 227 de la Constitución establece: la administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación".

Que: en su artículo 237, la Constitución determina la facultad de controlar, con sujeción a la ley los actos y contratos que suscriban los organismos y entidades del sector público.

Que: el numeral 4 del artículo 277 de la Constitución establece que, uno de los deberes generales que deberán primar en el estado soberano será: producir bienes, crear y mantener infraestructura y proveer servicios públicos.

Que: el numeral décimo noveno del Acuerdo sobre Contratación Pública al que está suscrito el Ecuador establece que: tanto la parte contratante

como la contratista deberá garantizar un trato favorable sin distinción alguna y que sus entidades no generen discriminación alguna.

Que: el artículo 15 de la ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública determina que es su potestad el realizar controles posteriores a los procedimientos de contratación efectuados por las Entidades Contratantes cuya obligación recae en el Instituto Nacional de Contratación Pública que informará a la Contraloría General del Estado y a la Procuraduría General del Estado cada vez que conozca el cometimiento de infracciones a lo dispuesto en esta Ley.

Que: el artículo 85 de la ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública denomina al contrato complementario como un mecanismo que tan sólo puede ser usado en el caso de que fuere necesario ampliar, modificar o complementar una obra o servicio determinado por causas imprevistas o técnicas, debidamente motivadas, presentadas con su ejecución, el Estado podrá celebrar con el mismo contratista, sin licitación o concurso.

Que: el artículo 23 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado señala que la Auditoría de obras públicas o de ingeniería evaluará la administración de las obras en construcción, la gestión de los contratistas, el manejo de la contratación pública, la eficacia de los sistemas de mantenimiento, el cumplimiento de las cláusulas contractuales y los resultados físicos que se obtengan en el programa o proyecto específico sometido a examen.

En el uso de las atribuciones que le confiere a la Asamblea Nacional el artículo 120 numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador expide la siguiente:

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

Art. 1. - El segundo inciso del artículo 85, dirá**:**

"Corresponde a la entidad contratante, dentro del marco de sus atribuciones, realizar control previo y concurrente, por parte del administrador del contrato, previo informe de la Contraloría General del Estado, para la suscripción del contrato complementario. Siempre y cuando, el antedicho control cumpla con la finalidad de salvaguardar los recursos institucionales mediante la adopción de medidas administrativas que fueren necesarias y reajustes pertinentes, garantizando así, la seguridad jurídica de todo proceso administrativo".

Artículo final quedan derogadas todas las disposiciones legales que se opongan a esta reforma.

Disposición General: La siguiente Ley Reformatoria entrará en vigencia una vez publicada en el Registro Oficial.

Dado en la Sala de Sesiones de la Asamblea Nacional en la ciudad de San Francisco de Quito, a los dos días del mes de marzo del 2019

……..	……..
F. Presidente	**Secretario**

10. BIBLIOGRAFÍA

10.1 Obras Jurídicas

- ARÉVALO, W. L. (2010). Las etapas del proceso de contratación. Quito: Jurídica Ecuador.
- CABANELLAS Guillermo, (1997). Diccionario enciclopédico del Derecho usual,. Buenos Aires: Eliasta.
- CASSAGNE Carlos, J. (1999). El contrato administrativo,. Buenos Aires: Abeledo–Perrot.
- CORREA, J. L. (2002). Contrato administrativo. Buenos Aires: LexisNexis.
- DÁVILA. (2013). Manual de Práctica Procesal de la Contratación Pública. Quito: Cevallos.
- DROMI, R. (1999). Licitación Pública. Buenos Aires: NN.
- ESPAÑOLA, R. A. (2011). Diccionario de la Lengua. Madrid: n.n.
- FARRANDO, I. (2002). Contratos administrativos. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- FERNÁNDEZ, E. (1981). Diccionario de derecho público administrativo constitucional. Buenos Aires: Astrea.
- FREIRE, A. P. (2004). Garantismo y Derechos Fundamentales. Constitución. Madrid: Secretaría General Técnica.
- GORDILLO, A. (2009). Tratado de Derecho Administrativo. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo.
- GRANADA, R. (2011). Manual de Control Interno Sector Público - Privado y. Bogotá: Nueva Legislación.
- GUTIÉRREZ, O. F. (1989). La contratación administrativa: La adición al contrato inicialmente pactado de los contratos adicionales. Bogotá, Colombia: Biblioteca Jurídica Dike.
- GUTIÉRREZ, O. F. (1989). La contratación Administrativa: Definiciones. Bogotá: Biblioteca Jurídica Dike.
- JÁCOME, N. L. (2010). Interrogantes y respuestas sobre la nueva ley de contratación pública. Quito, Ecuador: Lopez y asociados.

- MARIENHOFF, M. (2000). Tratado de derecho administrativo. Buenos Aires: Abeledo perrot.
- NARDUCCI, A. S. (2007). Introducción al Derecho. Santigo-Chile: Editorial.
- NUÑEZ, C. V. (1994). Fundamentos de la contratación pública. Quito: N.N.
- OMEBA. (1967). Enciclopedia Jurídica Omeba. Buenos Aires: Bibliográfica.
- ORDÓÑEZ, H. J. (1999). Manual de Derecho Administrativo. Loja: Universidad Nacional de Loja.
- RADBRUCH Gustav. (1974). Introducción a la Filosofía del Derecho. México: FONDO DE CULTURA ECONÓMICA
- RIVAS María. (2004). El control de los contratos administrativos. Guayaquil, Ecuador: Edino.g
- RODRÍGUEZ, A. A. (1988). De los contratos. Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- RODRÍGUEZ, L. P. (2007). Contratos Estatales. Bogotá, Colombia: Temis.
- ROJAS, D. (2003). El Contrato de Obra, razones de las órdenes de cambio o reclamaciones de los contratistas. Buenos Aires: Vniversitas.
- SALAZAR, A. G. (2004). Manual teórico practico de contratación pública. Quito, Ecuador: Jurídica.
- SÁNCHEZ., R. J. (1991). La ejecución del contrato de obra pública,. Madrid: Hauser y Menet.
- SAYAGUEZ, E. (2002). Enciclopedia Jurídica del derecho administrativo. Santiago: Anaya.
- SPOTA, A. G. (1999). Tratado de Locación de Obra. Depalma.
- TERRY, F. (1999). Principios de Administración. Mexico: Continental.

10.2 Leyes

- Acuerdo sobre Contratación Pública. 1994. Marrakech.
- Código Civil chileno. (2018). Santiago de Chile.

- Constitución de la República del Ecuador. 2008. Quito: N.N.
- Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado. (2015). Quito: Congreso Nacional.
- Ley de Contrataciones Públicas. (2018). Caracas.
- Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. (2018).
- Ley orgánica del Sistema Nacional de Control y Contraloría General de la República del Perú. (2018). Lima.
- Ley de Contrataciones del Estado. (s.f.). Lima.
- Nueva Ley de Contratos del Sector Público. (2017). Madrid.
- Reglamento a la Ley Orgánica Sistema Nacional Contratación Pública, Asamblea Nacional Constituyente, Registro Oficial 588 de 12 de mayo, 2009.

10.3 Linkografía

- GORDILLO, Agustín.El Procedimiento Administrativo., https://www.gordillo.com/pdf_tomo5/03/03-capitulo1.pdf.
- FLORIT, M. O. (2010). Diccionario de derecho. Obtenido de https://www.biblio.uade.edu.ar/
- http://ual.dyndns.org/Biblioteca/Argumentacion%20Juridica/Pdf/Unidad_09.pdf.
- MAYTHALER, José. Sobre la legalidad y la seguridad jurídica a partir de lo contencioso administrativo. http://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/archivo_de_contenidos/D ocuments/IurisDictio_5/Sobre_la_legalidad_y_la_segurida_juridica.pdf.
- http://www.contraloria.gob.ec/WFDescarga.aspx?id=41549&tipo=inf&fbclid=IwAR1uz05H2sHGDzWEYVSr-hdIdKgGPoOxis9QdfI8duaopbdQ4uz0pmuEaUs

- http://www.contraloria.gob.ec/WFDescarga.aspx?id=44821&tipo=inf&fbclid=IwAR35Eiwg7YjrAe1GpLEpcfAzpgG_wq5LkApFdjXWcRsRWlfUYmt2EO0YFQA

11. ANEXOS.

11.1 Cuestionario Encuestas

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

FACULTAD JURÍDICA SOCIAL Y ADMINISTRATIVA

CARRERA DE DERECHO

Distinguido profesional del Derecho de la manera más respetuosa solicito a usted se digne contestar las preguntas de la encuesta acerca del título: "**LA INSEGURIDAD JURÍDICA GENERADA POR LA AUSENCIA DE INFORMES DE CONTROL DURANTE LA EJECUCIÓN DE CONTRATOS COMPLEMENTARIOS",** resultados que me servirán para culminar mi Tesis de Grado.
De antemano agradezco su colaboración.

CUESTIONARIO

1. **¿Considera usted, necesaria la existencia de un control previo a la ejecución de contratos complementarios?**

Si ( ) No ( )

Por qué:

-

2. **¿Está usted de acuerdo con que, durante la ejecución de un contrato complementario, deban existir informes de control?**

Si ( ) No ( )

Por qué:

---

3. **¿Cree usted, que existe inseguridad jurídica, dada la ausencia de informes de control durante la ejecución de contratos complementarios?**

Si ( ) No ( )

Por qué:

---

4. ¿Cree usted, que existen sobreprecios en el presupuesto designado para la ejecución de un contrato complementario?

Si ( ) No ( )

Por qué:

---

5. ¿Considera usted, necesaria la celebración de un contrato complementario cuando surjan "causas imprevistas o técnicas"?

Si ( ) No ( )

Por qué:

---

6. De las siguientes alternativas, cuál consideraría usted pertinente para dar continuidad al contrato principal.

a. Adicionales de obra ( )

b. Extensión del contrato principal ( )

Otros:----------

7. **Apoyaría usted, la presentación de una propuesta de reforma a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública donde se tome en consideración la existencia de informes de control previo a la ejecución de contratos complementarios.**

Si ( ) No ( )

Por qué:

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

FACULTAD JURÍDICA SOCIAL Y ADMINISTRATIVA

CARRERA DE DERECHO

Distinguido profesional del Derecho, de la manera más respetuosa solicito a usted se digne contestar las preguntas de la entrevista acerca del título: "**LA INSEGURIDAD JURÍDICA GENERADA POR LA AUSENCIA DE INFORMES DE CONTROL DURANTE LA EJECUCIÓN DE CONTRATOS COMPLEMENTARIOS",** resultados que me servirán para culminar mi Tesis de Grado.
De antemano agradezco su colaboración.

CUESTIONARIO

1. ¿Cuáles cree usted que serían las responsabilidades o recomendaciones estipuladas en los informes de Auditoría de la Contraloría General del Estado?

---

2. ¿Podría usted determinar la normativa legal que se aplica para el fiel cumplimiento de contratos complementarios dentro de la obra pública?

---

3. ¿Qué opinión le merece; que la falta de control durante la ejecución de contratos complementarios está generando un déficit económico al Estado donde existe ausencia de estudios previos?

---

4. ¿Podría indicar usted, cuáles son los principios que rigen el Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública?

---

5. ¿Considera usted, que la ausencia de estudios genera inseguridad jurídica, vulnerando así los principios que rigen la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública?

---

6. De acuerdo a la norma Constitucional, en el Artículo 211, ¿se cumple con la facultad designada a la Contraloría, encargada del control de la utilización de los recursos estatales?

---

7. ¿Qué alternativa de solución sugiere usted, para evitar la inseguridad jurídica generada por la ausencia de informes de control durante la ejecución de contratos complementarios?

11.2 Proyecto Tesis Aprobado.

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

FACULTAD JURÍDICA SOCIAL Y ADMINISTRATIVA

CARRERA DE DERECHO

TEMA:

"LA INSEGURIDAD JURÍDICA GENERADA POR LA AUSENCIA DE INFORMES DE CONTROL DURANTE LA EJECUCIÓN DE CONTRATOS COMPLEMENTARIOS".

PROYECTO DE TESIS PREVIO A OPTAR POR EL GRADO DE LICENCIADA EN JURISPRUDENCIA Y TÍTULO DE ABOGADA

AUTORA

ASTRID CAROLINA HERRERA LALANGUI

LOJA – ECUADOR

2018

1. TEMA

LA INSEGURIDAD JURÍDICA GENERADA POR LA AUSENCIA DE INFORMES DE CONTROL DURANTE LA EJECUCIÓN DE CONTRATOS COMPLEMENTARIOS.

2. PROBLEMÁTICA

El presente tema de Proyecto de Tesis se enmarca en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, específicamente en lo concerniente al artículo 23 donde se determina que "antes de iniciar un procedimiento precontractual, de acuerdo a la naturaleza de la contratación, la entidad deberá contar con los estudios y diseños completos, definitivos y actualizados, planos y cálculos, especificaciones técnicas debidamente aprobados por las instancias correspondientes, vinculados al Plan Anual de Contratación de la entidad" (LOSNCP, Art.23). En cuanto a la reforma del articulado que regula los contratos complementarios para la ejecución de obras, ¿cuál sería la contribución para corregir o disminuir las anomalías que motivan la suscripción de contratos complementarios?,¿podrían darse casos excepcionales de contratos complementarios que requieran informe de control previo a la Contraloría General del Estado, tomando en cuenta que el artículo 15 de la Ley orgánica del sistema nacional de contratación pública dispone que los controles son posteriores?

En Ecuador, los contratos complementarios de obra pública, se han visto inmiscuidos por duras críticas y acusaciones de diversa índole relacionadas con sobreprecios en el presupuesto, ausencia y errores en los estudios e informes de control, mala praxis del contratista, la existencia de

otros factores calificados como imprevistos, bien por errores de cálculo en cuanto a costos se refiere, así como por negligencia o discrecionalidad arrastrando a la esfera de la corrupción .Es aquí donde surge la necesidad de celebrar un contrato complementario para dar continuidad a la obra principal que por aspectos no pronosticados en la fase de estudios no fueron tomados en cuenta al momento de la elaboración del proyecto del contrato principal generando al Estado por ello un déficit en la economía.

Se enmarca así el propósito de analizar el tema de los contratos complementarios en obras públicas tomando en consideración el marco legal en el que surge la contratación, abordado desde la legalidad que implica la realización de estudios, la vigencia de controles, ejecución de procesos precontractuales, etapa de adjudicación, ejecución y recepción, conforme al marco legal establecido, la fundamentación en la existencia de casos reales de contratación pública así como los posibles efectos que pudiera tener la última reforma a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, según Registro Oficial No. 966 publicado el 20 de marzo de 2017.

Demostrando de esta manera si existe o no control de obra antes, durante y después de la ejecución de la misma para evitar así un posible sobre precio constructivo.

3. JUSTIFICACIÓN

La investigación jurídica presente intitulada **"**La inseguridad jurídica generada por la ausencia de informes de control durante la ejecución de contratos complementarios**"** se justifica académicamente porque constituye requisito obligatorio que exige la Universidad Nacional de Loja al estudiante

de la Carrera de Derecho para cumplir lo que establece el Reglamento del Régimen Académico previo a la obtención del título de Abogada de la República del Ecuador, cabe mencionar que posee los recursos económicos que permitirán solventar la realización y discusión; además se cuenta con el apoyo orientación indispensable de la docente de décimo ciclo.

Jurídicamente con el presente proyecto se pretende demostrar la falta de control en muchos de los contratos complementarios y sus respectivos estudios, distorsión originada hoy en día por los actos administrativos carentes de transparencia, calidad, concurrencia o publicidad que conllevan al perjuicio económico estatal.

Para corregir determinadas anomalías, en marzo del 2017 la Asamblea Nacional aprueba la reforma a la Ley Orgánica del Sistema de Contratación Pública, fijando nuevos porcentajes para aplicar en contratos complementarios, pero éstos son relativamente inferiores a los derogados.

El presente trabajo justifica su factibilidad de estudio trascendente, pertinente y vigente ya que se llevará a cabo con la ayuda de métodos y técnicas de investigación jurídicas que se anunciarán en su modo de aplicación, análisis bibliográficos que se ha podido compilar, de tal manera que nos sirva de referencia en el marco teórico para realizar y culminar satisfactoriamente el proceso investigativo.

Se justifica el presente trabajo para aportar a la investigación jurídica y doctrinaria sobre las flaquezas que evidencia la obra pública, el contrato de obra pública; asimismo ahondar en un análisis teórico y práctico sobre la

falta de aplicación de las normas que regulan los contratos complementarios de obra pública, valorando si los artículos reformados tendrán eficacia por sí mismos o requerirán de acciones de control complementarias más coercitivas y factibles.

4. OBJETIVOS:

El estudio centra su atención en tres variables: obra pública, contrato de obra pública y contrato complementario. Estudio que comprenderá un análisis teórico de dichas variables, su interrelación, fundamentadas en los principios que regulan los actos administrativos y principios que rigen los contratos administrativos.

4.1 OBJETIVO GENERAL.

Realizar un estudio teórico, doctrinario y jurídico de contratos complementarios, (analizando posibles consecuencias con la reforma de los artículos 23, 87, 88 y 89 de la LOSNCP, en la aplicación de las normas de los contratos complementarios) para la ejecución de la obra pública.

4.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS.

- ✓ Determinar las responsabilidades y/o recomendaciones estipuladas en los informes de auditoría de la Contraloría General del Estado.
- ✓ Establecer la aplicación de normativa que posibilitó el cumplimiento de los contratos complementarios dentro de la obra pública.
- ✓ Presentar propuesta de reforma a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública donde tomen en consideración la

existencia de informes de control previo a la ejecución de un contrato complementario.

5. HIPÓTESIS

La falta de control en la ejecución de contratos complementarios está generando un déficit económico al Estado ecuatoriano donde la ausencia de estudios genera inseguridad jurídica, vulnerando así los principios que rigen la Ley Orgánica del Sistema Nacional Contratación Pública.

6. MARCO TEÓRICO

6.1. **Control**

Primeramente, se debe hacer énfasis a la diferenciación existente entre lo que es un contrato de obra pública y un contrato complementario ya que el primero es el principal y el segundo en cambio es el accesorio del contrato de obra pública. Más adelante se desarrollará de forma más pausada espacio suficiente para delimitar estos conceptos de relevancia trascendental en nuestro tema investigativo, así como la diferenciación existente.

Por otra parte, se debe hacer hincapié al uso de los diferentes mecanismos de control que posibilitan el seguimiento a cada una de las etapas que conforman el proceso constructivo es por esta razón que necesitamos ahondar en la naturaleza jurídica del “control” en la ejecución de contrato, para Fayol, citado por Melinkoff (1990), el control:

> Consiste en comprobar si todo se realiza de acuerdo al programa adoptado, a las disposiciones impartidas y a los principios

administrativos. Cuya finalidad es establecer las faltas y los errores con el único objeto de repararlos y evitar su repetición. (Melinkoff, 1990, p.62).

La comprobación por parte de la autoridad competente de todo proceso para verificar si se ha seguido las pautas preestablecidas es algo necesario puesto que la ausencia de control es lo que ha llevado hoy en día a analizar la necesidad de ejercer mayor vigilancia evitando con ello la incompetencia de ciertas autoridades cuando han sido designadas en un momento determinado para ejercer control y seguimiento de ejecución de un contrato complementario. Como se ha dicho con anterioridad es en mucho de los casos por falta de tiempo o por ser considerado un arduo trabajo que se deja de lado dicho control riguroso. Se necesita por tanto de personal preparado para este efecto que goce de principios éticos y ánimo de velar por el fiel cumplimiento de obras ya que está en juego la desquebrajada economía nacional cuyo único propósito siempre ha sido realizar obras públicas que satisfagan las necesidades de la población en general.

Por otro lado, Terry (1999) en su obra literaria “Principios de Administración” destaca que hay tres clases de control: el control preliminar, el concurrente y el de retroalimentación. Como resultado define el control preliminar como:

> (...) El que tiene lugar antes de que principien las operaciones e incluye la creación de políticas, procedimientos y reglas diseñadas para asegurar que las actividades planeadas serán ejecutadas con

propiedad. En vez de esperar los resultados y compararlos con los objetivos es posible ejercer una influencia controladora limitando las actividades por adelantado. (Terry, 1999,p.674)

Por ello una idea clave que reúnen estos autores ya que se deduce que el control previo o preliminar se posibilita en la etapa precontractual dentro de las etapas de los contratos administrativos con el único propósito de fijar parámetros y poder subsanar todo error encontrado en su momento oportuno logrando así culminar la obra en el tiempo establecido en el contrato. En caso de omitir la realización de este control se incentivaría la producción de errores a futuro y con ello la necesidad de requerir de obras innecesarias, en muchos de los casos, para subsanar el mal generado por falta de un control previo.

Es por ello que según el Art. 31, numeral 16, de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado que fue derogado específicamente por el numeral 5 de las Derogatorias ubicadas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública publicada en el Registro Oficial No. 395 de 4 de agosto de 2008 establecía que, al ser un ente de control debía “Emitir informes razonados, como requisito previo a la celebración de todo contrato de las instituciones del Estado, que afecte al recurso público o implique egreso de recursos públicos (…)” (Ley orgánica de la contraloría general del Estado, Art. 31).

En cuanto a la entidad encargada de velar por el fiel cumplimiento de una obra pública, la Constitución de la República del Ecuador en su Art.235 establece que:

> Procuraduría General del Estado será la facultada para ello al ser un organismo de carácter público, técnico jurídico, que cuenta con autonomía económica, presupuestaria y financiera cuyo máximo dirigente será la Procuradora o Procurador General del Estado cuya función en el cargo comprenderá de un período de 4 años. (Constitución del Ecuador, 2008, Art, 235)

Además, se determina en el Art.237 numeral 4 del mismo cuerpo legal que una de las facultades que tiene la Procuradora o Procurador General del Estado es la de ejercer control con aplicación a la ley, en todo acto y contrato que suscriban los organismos y entidades del sector público.

Siempre que exista participación económica mayoritaria por parte del Estado en una Institución privada, la Constitución de la República del Ecuador señala que tendrán sujeción a las leyes que rigen la administración pública donde se evidencia que existe el afán de ejercer control en toda actividad administrativa de este tipo.

Por tanto, ejercer el control previo a toda actividad administrativa permitirá a futuro evitar problemas de índole económica, pero se debe tomar en consideración que para ejecutar dicho control se requiere de tiempo e información suficiente para poder analizar todas las anomalías que puedan entorpecer la correcta ejecución de determinada obra pública hasta su

culminación evitando así la necesidad de hacer uso de la figura de un contrato complementario.

Sin embargo, no existe apoyo, en muchos de los casos, por parte de dicha institución pública que tiene a cargo una obra pública específica para facilitar dicha información requerida para realizar el control previo, ya sea porque los demandados documentos se encuentran extra papeleados o porque necesita de un lapso extenso para la búsqueda de documentos específicos.

6.2. Obra pública

Se ha recalcado con anterioridad que es indispensable analizar el concepto de obra pública, basándose en el estudio de fuentes referenciales que permitirán compararlo con el marco jurídico ecuatoriano, evaluando con ello si existe eficacia, eficiencia o insuficiencia en cuanto a aplicabilidad de la norma se refiere. Se puede abarcar dos vertientes que permita justificar si existe o no aplicabilidad de la ley tales como:

a. Definición de obra pública.

b. Marco legal ecuatoriano.

A continuación, se procederá al análisis y estudio de cada uno de los parámetros con la finalidad de establecer ideas claras y concisas que toma en cuenta la obra pública como tal.

a. Definición de Obra Pública

Para tener una total comprensión del concepto de obra pública y su naturaleza jurídica generando con ello un juicio de valor mediante una definición comprensible de la misma se procederá a citar varios autores que definen el mencionado concepto: Garófalo Arurelio menciona la definición donde sintetiza al decir que obra pública “es toda actividad constructiva, modificatoria, conservatoria que mantiene o destruye un bien inmueble que son realizadas por un ente estatal ejecutada por su propia cuenta o mediante la subcontratación de una entidad de carácter privado para el efecto”.(Garófalo,2004,p.75)

La obra pública por tanto deberá favorecer al Estado ya sea con la finalidad de culminar una obra principal o mejorar desperfectos ocasionados por agentes naturales o por falta de presupuesto. El modelo de la subcontratación no es algo novedoso ya que la empresa principal en este caso el Estado busca centrar su atención en aspectos más importantes delegando dicha ejecución a una empresa especializada para ello, entre las ventajas de ejercer la subcontratación se puede encontrar:

- ✓ Reducción de costos.
- ✓ Permite centrar atención en otros aspectos importantes del Estado.
- ✓ Ejecución de la obra por mano de obra cualificada para el efecto.
- ✓ Reduce los riegos que se puedan generar por falta de conocimiento.

A pesar de la existencia de las numerosas ventajas generadas al subcontratar a otra empresa que ejecute una obra complementaria o principal , se da también la existencia de inconvenientes, tal es el caso de la mala administración de fondos públicos, uso de materiales de mala calidad, delegación de funciones por parte del jefe de obra en muchos de los casos a personal poco cualificado para ejercer cargos con elevado grado de responsabilidad, así como omisión de actividades que fueron tomadas en cuenta en el proyecto presentado ante la autoridad estatal competente pero que sin embargo por abaratar costos fueron suprimidas.

Según la definición extraída de la obra de Allende Eduardo se conceptualiza la obra pública como “un bien inmueble o mueble que es construida con finalidad pública que garantice el bien común que está a cargo es una entidad estatal”.(Allende Eduardo, 2001,p.50)

La culminación exitosa de una obra y de su calidad tiene relación directa con la supervisión llevada a cabo a lo largo de todo el proceso de ejecución de la misma, a pesar de que en el resto de etapas que forman parte del proceso de ejecución , tales como adjudicación, preselección son de gran importancia, es la ardua labor de la supervisión y control de obra dado que es el resultado final al momento de entregar dicha obra la que visibiliza la inconformidad o satisfacción de la entidad estatal contratante, siendo éstos los beneficiarios de la obra.

Hablar de personal designado para tal responsabilidad toma en consideración el hecho de ser una persona que sabe el grado de

compromiso asumido y que por tanto no debe dejar en malos términos el nombre de una institución tan prestigiosa o del sinnúmero de sanciones que pudieran ser ocasionadas por ausencia de control constante.

Teniendo presente la idea de que el trabajo encomendado consiste en ejercer control sobre la labor que realizan terceras personas, en este caso contratistas, se debe hacer hincapié al aspecto de selección de perfiles que mediante subasta inversa fueron seleccionados para la realización de tal proyecto y si en muchos de los casos cumplen con los perfiles requeridos por la entidad estatal que demandó de dichos servicios.

> Bielsa, (1966) establece que obra pública "es aquella realizada por el Estado directamente o por contratistas, siendo indiferente su afectación al uso público, dominio público como calles, escuelas, hospitales o incorporación al dominio privado del Estado" (Bielsa Rafael ,1966, p. 234)

Es decir, que se especifica claramente que toda obra pública va encaminada al beneficio de la colectividad y por tanto es tarea de las entidades estatales ejercer el control oportuno para que a futuro no existan inconformidades con la misma como existe hoy en día con la gran cantidad de obras con desperfectos o a punto de derrumbarse que evidencian el mal control o ausencia del mismo. Este autor recalca que no existe preferencia alguna a la hora de ejecutar una obra si es para función pública o privada ya que es el contratista el que debe velar por un fiel cumplimiento de un proyecto que fue aprobado bajo una serie de estándares que no pueden ser modificados en su accionar. Hablar de obras del Estado relaciona

directamente con el caso de las Escuelas del Milenio o los nuevos hospitales que por medios de prensa, radio o televisión dan a conocer la gran cantidad de anomalías que se han detectado en ellas, culpa del Estado, culpa del contratista o de la falta de vigilancia es lo que ha llevado a ver esta dura realidad hoy en día. Unidades educativas, que, si bien es cierto, gozan de buena apariencia pero que con el pasar de los tiempos van dejando entrever una serie de anomalías como paredes derrumbadas, tuberías colapsadas o ventanas corroídas, es decir, todo ellos por haber hecho uso en su momento de materiales de mala calidad que no tienen una extensa vida útil.

b. Marco legal ecuatoriano

No se establece de forma específica en la legislación ecuatoriana un concepto específico de obra pública, ni en la Constitución de la República del Ecuador, Código Civil o en el Código Orgánico del Sistema Nacional de Contratación Pública por lo que se presupone que todos tienen nociones generales de lo que significa en sí una obra de carácter público.

Sin embargo, si existe una denominación semejante que hace referencia al proyecto que da origen a la ejecución de una obra de tales características. Esta definición se localiza en el Acuerdo Nº. 039 establecido en las Normas de Control Interno de la Contraloría General del Estado donde puntualiza que proyecto es:

> El conjunto de antecedentes, investigaciones y evaluaciones administrativas, y socioeconómicas que posibilitan la toma de decisiones a fin de realizar o no una inversión para la construcción de

obras, prestación de bienes o servicios que busca siempre el bien común. Proyecto que es considerado en sí mismo hasta la culminación del mismo y pase a formar parte de los bienes del Estado. (NCICGE. Sección 408).

Esta definición hace referencia de manera clara y sencilla al concepto de obra pública pero enfocado desde aspectos más avanzados como lo es un proyecto, mismo que tendrá el seguimiento y control oportuno por parte de la entidad beneficiaria, tomando en cuenta el aspecto económico que requiere de un análisis exhaustivo para analizar las posibles consecuencias que pueda tener realizar una inversión económica de tal magnitud. Al ser considerado proyecto en sí mismo hasta la culminación del mismo alude a la definición ya mencionada en capítulos anteriores donde se puntualizaba que una obra no adquiere la calidad de bien público hasta la culminación y entrega del producto final al Estado, siempre y cuando haya pasado por las fases obligatorias tales como el diseño, fase de estudios y, como no, la fase de entrega de dicho producto final.

Tras un breve análisis de la situación del concepto de obra pública en nuestra legislación ecuatoriana se puede construir un concepto razonado, lógico y comprensible a todos que reúna las características más similares a las definiciones ya mencionadas.

Se define a la obra pública como aquella actividad elaborada por parte del Estado con naturaleza social. Dichas obras requieren de financiación pública, puesto que el beneficio siempre será para la

colectividad, este financiamiento provendrá de impuestos o tributos recaudados a todos los ciudadanos ecuatorianos sin distinción alguna puesto que no existe ningún fin de lucro si no social. Obras públicas que están integradas por una gran variedad de trabajos de construcción. Se pretende generar mejores infraestructuras de transporte tales como; carreteras, rutas, puertos, vías, ferrovías, aeropuertos, además de obras urbanas (alumbrado público, parques) y la creación de edificios de interés social como hospitales o escuelas. Se puntualiza la importancia hoy en día de construcción de obras hidráulicas, eólicas y solares cuya finalidad es sacar el máximo provecho a aquello que nos proporciona la Pachamama.

6.4 Contrato de obra pública

Al rescatar el concepto del tratadista Roberto Dromi sobre el contrato de obra pública se destaca que “es un procedimiento mediante el cual el estado, o entidades públicas no estatales, indirectamente, a través de terceros, llevan a cabo la mencionada obra” (Dromi Roberto, 1998,p440) recalcando que no hay la necesidad de que exista la obra misma ya que en muchos de los casos puede ser ejecutada por medio de un contrato una obra sin finalidad o utilidad colectiva.

Esta definición alude a un concepto que ya había sido tratado con anterioridad, es decir, al aprovechamiento que un sector específico de la población hará de una obra pública, por ejemplo, de una central hidráulica a la que solo tiene acceso los trabajadores de la planta donde ejercerán sus labores diarias pero cuyo beneficio eléctrico atañe a la sociedad en general.

Para el autor William René Parra Gutiérrez el contrato de obra pública dentro del derecho público:

> Por regla general es un contrato de tipo formal ya que su perfeccionamiento necesita del cumplimiento de una serie de requisitos establecidos por la normativa vigente y sin los cuales el convenio no surtirá efecto alguno que beneficie a las partes. (Parra, 1998,p107)

Al ser un contrato requiere de una serie de formalidades tales como su registro o disponibilidad presupuestaria, publicación, aprobación de pólizas de garantía entre otras, con el único fin de no vislumbrar anomalía alguna a lo largo del proceso ejecutivo. Existen dos partes bien diferenciadas en el mismo tales como el Estado, como contratante y la empresa privada como contratista. Mientras que el ente estatal pone todo medio a disposición del contratista para que una obra sea ejecutada sin inconvenientes, el contratista deberá ejecutar la obra en los plazos establecidos en el proyecto de obra.

Se define al contrato de obra pública como un contrato formal, es decir, bilateral, oneroso, que se perfecciona entre la entidad pública contratante y una particular contratista cuya finalidad es ejecutar un bien de aprovechamiento colectivo.

6.5 Contrato complementario.

El tratadista colombiano Lamprea Pedro manifiesta en su obra que los contratos complementarios:

> Son los que constituyen ampliación de contratos administrativos en la ejecución de obras o elaboración de estudios; pero que solo pueden efectuarse por reajuste de precios, cambio de especificaciones y por otras causas imprevistas, siempre y cuando tales modificaciones determinen la necesaria variación del valor o del plazo del contrato original. Tales contratos tienen el carácter de accesorios del primero. En estas características deduce el Consejo del Estado que no se trata de un nuevo contrato, independiente o separado del primero, sino continuación o variación de aquél, que busca modificar la estipulación primitiva del precio o el término de duración del contrato que se reforma, pero nunca su objeto, esto es, el asunto cuya ejecución se contrata. (Lamprea,2007 p.346)

Este autor especifica la diferenciación existente entre un contrato administrativo y un complementario puesto que uno subyace del otro, y no tendría validez si no existiera el contrato administrativo. Es por ello que tienen la finalidad de complementar un contrato original, otorgando la posibilidad a la entidad que contrató dicho servicio a realizar las modificaciones pertinentes sin producir inconveniente alguno a la obra principal, en todo caso mejorarla. En la actual legislación ecuatoriana se especifican los motivos por los cuales puede hacerse uso de un contrato complementario y por ello establecemos que tan sólo será por motivos tales como; razón imprevista o técnica que sea firme y justificable al ser considerada dicha modificación como generadora del bien común. Por tanto, rescataremos varias características que reúnen este tipo de contratos:

- ✓ No son modificatorios ni perjudiciales al contrato principal.
- ✓ Se formalizará entre las mismas partes contractuales del contrato inicial.
- ✓ Requiere de un reajuste de precios.
- ✓ Surgen por razones imprevistas o bajo justificaciones de aprovechamiento público.
- ✓ Accesorio de un contrato principal.
- ✓ Se ejecutan en contratos de obras o servicios.
- ✓ Requiere de las mismas garantías que un contrato principal.

Por otra parte, haciendo referencia al marco legal ecuatoriano, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública no otorga una definición específica al contrato complementario, pero hace uso del término para determinar las situaciones en las que puede ser usada esta figura:

En el caso de que fuere necesario ampliar, modificar o complementar una obra o servicio determinado por causas imprevistas o técnicas, debidamente motivadas, presentadas con su ejecución, el Estado o la Entidad Contratante podrá celebrar con el mismo contratista, sin licitación o concurso, contratos complementarios que requiera la atención de las modificaciones antedichas, siempre que se mantengan los precios de los rubros del contrato original, reajustados a la fecha de celebración del respectivo contrato complementario. (LOSNCP, 2009, p.87)

Al ser un contrato accesorio del principal se deberá tomar en consideración las mismas especificaciones que existieron con el primero, en cuanto a sistema de precios unitarios se refiere y al control que deberá realizarse a lo largo de dicha ejecución. La existencia de nuevos rubros requerirá de un estudio previo donde se evalúe la necesidad o no de recurrir a esta nueva figura administrativa o si se pudiera hacer uso de otras alternativas con menor costo. Además, la ley establece que no se podrá exceder del 35% del contrato principal reajustado y si a consultorías se refiere no podrá exceder el 70%, permitiendo por tanto la inclusión de reajuste de precios.

6.6 Inseguridad jurídica

El tratadista español Manuel Ossorio y Florit estima que:

> La seguridad jurídica es condición esencial para la vida y el desenvolvimiento de las naciones y de los individuos que las integran. Representa la garantía de la aplicación objetiva de la Ley, de tal modo que los individuos saben en cada momento cuáles son sus derechos y sus obligaciones sin que el capricho, la torpeza o la mala voluntad de los gobernantes puedan causarles perjuicio. (Ossorio y Florit)

Desde esta perspectiva se entiende a la seguridad jurídica como una garantía que otorga la nación a personas tanto naturales como jurídicas, ya sea de ámbito público o privado, nacionales o extranjeras, que son considerados sujetos de relaciones jurídicas, así como la sociedad en general cuya finalidad no es otra que el conocimiento de cuáles son las normas jurídicas vigentes a las que todos tenemos derechos y qué deberes

tenemos como ciudadanos. El proveer de seguridad jurídica es un cometido del Estado, que debe asegurar también los mecanismos que hagan efectiva la aplicación de la ley.

> El diccionario jurídico Espasa (2007,p.175) define a la seguridad jurídica de esta manera, Consiste en la confianza que tiene en un Estado de derecho el ciudadano al ordenamiento jurídico vigente, es decir, al conjunto de leyes que garantizan la seguridad y orden jurídico.

Una idea fundamental que abarca la seguridad jurídica es ser considerada como un bien colectivo, que no tiene favoritismo alguno, aparentemente, ya que se extiende a una sociedad igualitaria. No existirá, por tanto, seguridad jurídica si se pretende hacer surtir efectos retroactivos a una determinada disposición legal haciéndola aplicable a situaciones y derechos adquiridos en virtud de una norma jurídica anterior o en el caso de que el Estado altere o falte el respeto las reglas formales establecidas con anterioridad por él mismo para regir una relación determinada, dejar pasar por alto el principio de igualdad ante la ley es violar la seguridad jurídica que el país otorga como ciudadanos ecuatorianos.

7. METODOLOGÍA

7.1. Métodos

Método Inductivo

Aplicaré el presente método con el fin de realizar un estudio a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación y por medio de esta al

estudio de los contratos y el oportuno control de los contratos complementarios para poder llegar a la comprobación de la hipótesis.

Método Deductivo

Contribuirá a la investigación de temas referentes a la mala ejecución del control ya que ocasiona inseguridad jurídica, así como el uso responsable debido al reajuste de precios.

Método Comparativo

Este método como su nombre mismo lo indica me permitirá comparar entre legislaciones contractuales de Ecuador, México, Argentina y Venezuela en lo concerniente a determinación de obra pública

Método Histórico

Emplearé éste método en el presente trabajo investigativo porque se sustenta en el análisis y síntesis de obras jurídicas, libros, revistas judiciales y páginas de internet sobre el Contrato complementario, figura avalada en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación vigente.

Método Estadístico

Se abordará este método para la investigación de campo, específicamente en la tabulación de los cuadros y gráficos de las encuestas aplicadas.

Método Hermenéutico

Este método me permite la interpretación de la norma de forma implícita en el procedimiento vigilancia y control de las respectivas obras por parte de la entidad acreedora, los reajustes de precio y los contratos complementarios.

Método Exegético.

Me permite buscar el origen etimológico de la contratación pública, contrato administrativo y contratos complementarios para desarrollarlo y describirlos en la presente investigación puesto que en el Ecuador son de nueva data.

Método Mayéutico.

Mediante el dialogo que mantendré con especialistas en la materia me permitirá interrogar al interlocutor y poder debatir sobre las diferentes posiciones o concepciones generales que tenemos de la contratación pública y en especial sobre la contratación pública y la mala praxis del control riguroso que debería hacerse antes, durante y después de la ejecución de una obra complementaria.

7.2. Procedimientos y Técnicas

Bibliográfica:

Realizaré un estudio de libros, documentos, e internet para conocer acerca de la Ley Orgánica de Sistema Nacional de Contratación Pública y con énfasis el procedimiento de estudios de contratos complementarios.

Encuesta:

Aplicare esta técnica a treinta profesionales del Derecho en el Cantón Loja y cantón Yantzaza para conocer su opinión respecto a la problemática abordada.

Entrevista:

Realizaré cinco entrevistas, específicamente Abogados en libre ejercicio profesional y profesionales administrativos en el cantón Yantzaza.

7.3. Esquema Provisional del Informe

El informe final de la investigación socio – jurídica propuesta seguirá el esquema previsto en el Art. 151 del Reglamento del Régimen Académico, en actual vigencia, que establece: Resumen en Castellano, Traducido al inglés; Introducción; Revisión de la Literatura; Materiales Métodos; Resultados; Discusión; Conclusiones; Recomendaciones; Bibliografía; y Anexos.

Sin perjuicio de dicho esquema, es necesario que este acápite de metodología se establezca un esquema provisional para el Informe Final de la investigación socio-jurídica propuesta, siguiendo la siguiente Lógica.

Acopio Teórico

a) Marco Conceptual: la contratación pública, contratos complementarios las herramientas, procedimientos, procedimientos dinámicos.

b) Marco Jurídico: La Constitución de la República del Ecuador, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación y el Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación.

c) Criterios Doctrinarios: Consulta de manuales de procedimiento autores nacionales y extranjeros sobre la problemática.

Acopio Empírico

a) Presentación y análisis de los resultados de la encuesta.
b) Presentación y análisis de los resultados de la entrevista.

Síntesis de la Investigación Jurídica:

a) Indicadores de verificación de los objetivos.

b) Contrastación de las Hipótesis.

c) Concreción de fundamentos jurídicos para la propuesta de reforma.

d) Deducción de conclusiones.

e) Planteamiento de recomendaciones o sugerencias, entre las que estará la propuesta de reforma legal en relación al problema materia de la tesis.

ACTIVIDADES 2018 -2019	NOVIEMBRE	DICIEMBRE	ENERO	FEBRERO	MARZO	ABRIL	MAYO	JUNIO	JULIO
Elaboración del proyecto de investigación.	X								
Aprobación del Proyecto de Investigación.		X							
Revisión de Literatura.		X							
Elaboración del Marco Doctrinario, Jurídico.			X						
Resultados de Investigación.			X						
Tabulación de Datos, verificación de objetivos, contrastación de hipótesis.				X					
Recomendaciones y conclusiones, propuesta de reforma.				X					
Entrega de los Borradores de la Tesis, revisión y corrección.					X				
Elaboración informe final.					X				
Trámites de Aptitud Legal.						X			
Designación del Tribunal.							X		
Sesión Reservada.							X		
Sustanciación de Tesis.								X	
Grado Oral por materias.									X

8. PRESUPUESTO Y FINANCIAMIENTO

9.1. Recursos Humanos

- ✓ Investigadora: Astrid Carolina Herrera Lalangui
- ✓ Director de Tesis: Por designarse.
- ✓ Población Investigada: Abogados y Funcionarios Públicos que estén relacionados con la Contratación Pública.

9.2. Recursos Materiales.

RUBRO	VALOR
Adquisición de Bibliografía	200,00
Internet	100,00
Fotocopias	100,00
Material de oficina	100,00
Reproducciones de borrador	100,00
Edición de tesis	200,00
Reproducción y empastado	100,00
Trámites Administrativos	150,00
Movilización	100,00
Imprevistos	150,00
TOTAL	1300.00

9.3. Financiamiento

Los gastos que ocasionare el presente trabajo de investigación serán de responsabilidad y sufragados por la postulante, los cuales ascienden a la cantidad de mil trecientos dólares americanos.

10. BIBLIOGRAFÍA

✓ Normativa

-Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449 de 20 de 2008 y Registro Oficial 490, Suplemento, de 13 de julio de 2011 Linares Jara, M. (2009). Adicionales de obra pública. Obra pública y contrato, adicionales, función administrativa, control público, arbitraje y enriquecimiento sin causa. Pág 54-61

-Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Ecuador,, artículo 87

-Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, Registro Oficial 312 de 13 de abril de 2004.

✓ Lincografía

-ALLENDE Eduardo, C. D. O. Obra pública y contrato de obra pública. En Lecciones y Ensayos. Pág 50 Recuperado de http:// *historico.juridicas.unam.mx*

-Normas de Control Interno de la Contraloría General del Estado, sección 408, Administración de Proyectos. Recuperado de http://contraloriageneraldelestado.ec

-MELINKOFF, R. (1990). Los procesos Administrativos. Caracas, Venezuela, Panapo. Recuperado de https://www.gestiopolis.com

-OSSORIO, Manuel, citado por José Manuel Sánchez Naveros, Presidente del Partido Popular de España en Argentina, Recuperado de http://www.uces.edu.ar.

-RIÉFFOLO Bessone, José F., Contrato de obra pública, Buenos Aires, 1946,p.456. Recuperado de http://www.biblo.una.edu.ar

-TERRY, G., Flanklin, S. (1999). Principios de Administración. México: Continental. Recuperado de http://www.manualfinanciero.gob.mx

✓ **Obras**

-BIELSA, E., Rafael A. (1966). “Derecho Administrativo”, 5 Tomo, Editorial La Ley, Buenos Aires, Argentina,1966, p.234.

-Fundación Tomás Moro & Reoyo C. Diccionario Jurídico ESPASA. Espasa Calpe. (2007) Pág. 175

-GARÓFALO Salazar Aurelio, 2004, Manual teórico práctico de contratación pública. Quito, Ecuador:Editorial Jurídica p.75

- LAMPREA Rodríguez Pedro Antonio, “Contratos Estatales”, Editorial Temis, Bogotá - Colombia, 2007, página 346.

- DROMI Roberto, , Derecho Administrativo, 7ª Edición, Buenos Aires, 1998, pg 440.

- PARRA Gutiérrez William René, , Los Contratos Estatales, Bogotá, 1998 p, 107

INDICE

AUTORIZACIÓN ii

AUTORÍA iii

CARTA DE AUTORIZACIÓN iv

D E D I C A T O R I A v

A G R A D E C I M I E N T O vi

ESQUEMA DE CONTENIDOS vii

TÍTULO 1

RESUMEN: 2

Abstract. 4

INTRODUCCIÓN 7

REVISIÓN DE LITERATURA 11

Marco Conceptual 11

El contrato 11

Contrato administrativo 13

Sujetos del contrato administrativo 16

Contrato de obra pública 19

Contrato Complementario 21

Reajuste *de precio* *24*

Seguridad Jurídica 26

Control 29

Control previo 31

Marco Doctrinario 34

Breve Reseña Histórica de la Contratación Pública en el Ecuador. 34

Etapas del proceso de contratación 38

Etapa preparatoria o de planeación 40

Etapa precontractual 44

Etapa contractual. 46

Ejecución de contratos complementarios. 47

Informes de control. 51

Déficit económico al Estado 53

Marco Jurídico 55

Escenario Constitucional de las Competencias del Servidor Público y su Facultad Controladora 55

Escenario Internacional de Normativa que Rige el Actuar del Servidor Público. 63

Análisis de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública . 66

Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado 74

Derecho Comparado 77

Legislación española 78

Legislación peruana 80

Legislación chilena 82

Legislación venezolana 84

MATERIALES Y MÉTODOS 86

Metodología 86

Técnicas..... 89

RESULTADOS. 91

Resultados de Encuesta. 91

Resultados de la aplicación de la entrevista..... 103

Estudio de casos. 116

DISCUSIÓN. 127

Verificación de objetivos. 127

Objetivo general. 127

Objetivos específicos..... 129

Contrastación de hipótesis..... 132

Fundamentación Jurídica para la Propuesta de Reforma Legal 134

CONCLUSIONES..... 138

RECOMENDACIONES. 140

PROYECTO DE REFORMA. 142

BIBLIOGRAFÍA..... 145

Obras Jurídicas..... 145

Leyes 146

Linkografía..... 147

ANEXOS. 149

Cuestionario Encuestas 149

Proyecto Tesis Aprobado..... 153