



1859



Universidad
Nacional
de Loja

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

“DEFICIENCIA NORMATIVA EN LOS CONTRATOS DE OBRA REALIZADOS POR EL ESTADO, EN LO REFERENTE A LA GARANTÍA DE LOS DIEZ AÑOS SUBSIGUIENTES A LA ENTREGA DEFINITIVA DE LA OBRA, RESPECTO DE LOS VICIOS DE CONSTRUCCIÓN O DE SUELO, QUE EL CONTRATISTA O SUS EMPLEADOS DEBÍAN CONOCER EN RAZÓN DE SU TRABAJO.”

**Trabajo de Integración Curricular
previa a la obtención del título de
abogado**

AUTOR:

Lenin Santiago Jara Viñan.

DIRECTORA:

Dra. Paz Piedad Rengel Maldonado Mg.Sc.

**Loja-Ecuador
2022**

Certificación del director del trabajo de integración curricular



Facultad Jurídica, Social y Administrativa Carrera de Derecho

CERTIFICACIÓN

Dra. Paz Piedad Rengel Maldonado Mg Sc.

DOCENTE TITULAR 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 el señor LENIN SANTIAGO JARA VIÑÁN, titulado: "DEFICIENCIA NORMATIVA EN LOS CONTRATOS DE OBRA REALIZADOS POR EL ESTADO, EN LO REFERENTE A LA GARANTÍA DE LOS DIEZ AÑOS SUBSIGUIENTES A LA ENTREGA DEFINITIVA DE LA OBRA, RESPECTO DE LOS VICIOS DE CONSTRUCCIÓN O DE SUELO, QUE EL CONTRATISTA O SUS EMPLEADOS DEBÍAN CONOCER EN RAZÓN DE SU TRABAJO", ha sido dirigido de acuerdo a los elementos que conforman la tesis, así mismo se ha corregido y revisado cuidadosamente en su forma y contenido y de conformidad a las normas de graduación vigentes en el Art. 229 del Reglamento del Régimen Académico de la Universidad Nacional de Loja 2021; por lo que, en cumplimiento con el Art. 231 del citado Reglamento procedo acreditar y emitir satisfactoriamente el certificado de culminación del Trabajo de Integración Curricular, por verificar su fiel cumplimiento de conformidad al plazo establecido en el cronograma del proyecto de Trabajo de Integración Curricular legalmente aprobado, certificando que la ejecución del presente Trabajo de Integración Curricular se encuentra ejecutado en un 100%, por lo que autorizo a la autora que continúe con el trámite administrativo de aptitud legal y para su presentación ante el

Honorable Tribunal de Grado, para la sustentación y defensa de la Tesis de conformidad con el Art. 235, 236, y 237 del Reglamento antes mencionado.

Atentamente,



Dra. Paz Piedad Rengel Maldonado Mg.Sc.
DIRECTOR DEL TRABAJO DE INTEGRACIÓN CURRICULAR

Loja, 25 de febrero de 2022



Autoría del trabajo de integración curricular

Yo, **Lenin Santiago Jara Viñan**, declaro ser autor del presente Trabajo de Integración Curricular y eximo expresamente a la Universidad Nacional de Loja y a sus representantes jurídicos de posibles reclamos y acciones legales, por el contenido de la misma. Adicionalmente acepto y autorizo a la Universidad Nacional de Loja la publicación de mi del Trabajo de Integración Curricular en el Repositorio Digital Institucional–Biblioteca Virtual.

Firma:

Autor: Lenin Santiago Jara Viñan.

Cédula de Identidad: 1104980832

Fecha: 15/07/2022

Correo electrónico: lenin.jara@unl.edu.ec

Teléfono o Celular: 0993026406

Carta de autorización del estudiante

Carta de autorización del trabajo de integración curricular, por parte de la autora para la consulta, reproducción parcial o total y publicación electrónica de texto completo

Yo, **Lenin Santiago Jara Viñan** declaro ser autor del Trabajo de Integración Curricular titulada “**Deficiencia normativa en los contratos de obra realizados por el Estado, en lo referente a la garantía de los diez años subsiguientes a la entrega definitiva de la obra, respecto de los vicios de construcción o de suelo, que el contratista o sus empleados debían conocer en razón de su trabajo**” como requisito para optar el título de **Abogado**, autorizo al sistema Bibliotecario de la Universidad Nacional de Loja para que con fines académicos muestre la producción intelectual de la Universidad, a través de la visibilidad de su contenido de la siguiente manera en el Repositorio Institucional.

Los usuarios pueden consultar el contenido de este trabajo en el Repositorio Institucional, 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 del Trabajo de Integración Curricular que realice un tercero.

Para constancia de esta autorización, en la ciudad de Loja, a los quince días del mes de Julio del año dos mil veinte y dos.

Firma:

Autor: Lenin Santiago Jara Viñan

Cédula: 1104980832

Dirección: Esteban Godoy

Correo electrónico: lenin.jara@unl.edu.ec

Celular: 099326406

DATOS COMPLEMENTARIOS

Director del Trabajo de Integración Curricular: Dra. Paz Piedad Rengel Maldonado Mg.Sc.

Presidente del Tribunal: Dr. Paulo César Arrobo Rodríguez.

Dr. James Augusto Chacón Guamo.

Dra. Gladys Beatriz Reategui Cueva.

Dedicatoria

En el presente del Trabajo de Integración Curricular quiero dedicar primeramente a Dios, pues en sus manos pongo a mi familia, mis metas, mis triunfos y mis derrotas. Sé que si camino de su mano jamás perderé el rumbo de mi vida.

A mi madre la Sra. Emma Raquel Viñan, quien es lo más importante que tengo en mi vida, a ella le debo todos mis triunfos, gracias a mi madre estoy por titularme como abogado, siempre me formaste desde pequeño con estrictas normas, y ahora que te encuentras lejos me han servido para poderme desenvolver en el día a día con el orgullo personal de no haberte defraudado, tu madrecita eres el motivo para a pesar de las circunstancias nunca darme por vencido.

A mi hermano el Sr. Patricio Jara, por ser mi amigo incondicional y un gran ejemplo a seguir, gracias por todos tus consejos, por enseñarme el camino y sobre todo que de las caídas siempre hay una lección para continuar y nunca darse por vencido. Y por ser las veces de un padre para nosotros, la vida da vueltas y estoy seguro que me permitirá compensarte todo el apoyo que nos diste a todos nosotros.

A mi hermana la Licenciada Kelly Jara, eres mi orgullo y un gran ejemplo a seguir, hermanita te quiero mucho, gracias por estar siempre a mi lado, soy un hombre muy afortunado por tenerlos como mi familia y sin lugar a duda ustedes son mi tesoro máspreciado.

El Autor.

Agradecimiento

Agradezco al Alma Mater de la Universidad Nacional de Loja, por abrirme las puertas y permitirme formarme académicamente para poder servir a la sociedad como un profesional del derecho, en especial agradezco a mi directora del del Trabajo de Integración Curricular Dra. Piedad Paz Rengel Maldonado, Mg. Sc. por su dirección en todo el proceso de la realización del presente trabajo, quien dirigió y me supo orientar en la investigación, contribuyendo en todo momento para la mejor realización del mismo.

Y en general a todos los docentes que me impartieron sus conocimientos haciendo de mí una mejor persona, conservare sus ejemplos y sus consejos que sin lugar a duda hicieron de mí cada día un mejor ser humano.

A mis compañeros de clase con quienes no solo compartimos los conocimientos por parte de los docentes, sino también el aula donde compartimos muchas experiencias que sin lugar a duda quedarán para el recuerdo y servirán de anécdotas que darán una brisa fresca a nuestras vidas al recordarlo.

A los profesionales del derecho en libre ejercicio, quienes con su asesoría lograron ir cultivando sus conocimientos y corregir mis errores, acciones que sin lugar a dudas darán frutos el día de mañana y con sus experiencias estoy seguro que tendré un giro distinto en mi futura profesión.

Sin lugar a dudas elegir esta carrera fue la mejor decisión en mi vida, sé que empezar es difícil, pero con esfuerzo diario alcanzare a llegar a ser un buen profesional al servicio de la sociedad, y a mi manera de pensar, no existe mejor profesión que ser Abogado y no hay mejor satisfacción que la de servir a los demás.

El Autor.

Índice de contenidos

Portada	i
Certificación del director del trabajo de integración curricular	ii
Autoría del trabajo de integración curricular	iv
Carta de autorización del estudiante	v
Dedicatoria	vi
Agradecimiento	vii
Índice de contenidos	viii
Índice de tablas	ix
Índice de gráficos	ix
Índice de Anexos	ix
1. Título.....	1
2. Resumen	2
2.1 Abstract.....	3
3. Introducción	4
4. Marco teórico.....	6
4.1 Derecho Constitucional	6
4.2 Adjudicación.....	7
4.3 Contratación Pública.....	11
4.4 Consultor – Proveedor	19
4.5 Contratistas y Contratantes.....	21
4.6 Sistema Nacional de Contratación Pública.....	24
4.7 Análisis a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.....	27
4.8 Vicios de construcción, de suelo y de materiales	36
4.9 Contratos administrativos de obra y la recepción.....	42
4.10 Garantías existentes en los contratos de adjudicación de obra.....	48
4.11. Instrumentos internacionales.....	56
4.12. Derecho comparado.....	63
5. Metodología.....	71
5.1. Métodos.....	71
5.2. Técnicas.....	72
6. Resultados.....	73
6.1. Resultados de las Encuestas	73

6.2.	Resultados de Entrevistas.....	78
6.3.	Estudio de Casos	83
6.4.	Análisis de datos Estadísticos	88
7.	Discusión	90
7.1.	Verificación de Objetivos.....	90
7.2.	Fundamentación Jurídica de Reforma Legal.....	92
8.	Conclusiones.....	95
9.	Recomendaciones	96
9.1.	Proyecto de Reforma Legal.....	97
10.	Bibliografía.....	100
11.	Anexos.....	105

Índice de tablas

Tabla Nro 1.	Cuadro Estadístico No.1.....	73
Tabla Nro 2.	Cuadro Estadístico No.2.....	74
Tabla Nro 3.	Cuadro Estadístico No.3.....	75
Tabla Nro 4.	Cuadro Estadístico No.4.....	77

Índice de gráficos

Figura 1.	Representación Gráfica No.1.....	73
Figura 2.	Representación Gráfica No.2.....	74
Figura 3.	Representación Gráfica No.3.....	76
Figura 4.	Representación Gráfica No.4.....	77

Índice de Anexos

Anexo 1.	Formato de Encuestas	105
Anexo 2.	Formato de Entrevista.....	107
Anexo 3.	Designación de director de trabajo de integración curricular	108
Anexo 4.	Certificación del Abstract	109
Anexo 5.	Certificación del Tribunal de Grado	110

1. Título

“Deficiencia normativa en los contratos de obra realizados por el estado, en lo referente a la garantía de los diez años subsiguientes a la entrega definitiva de la obra, respecto de los vicios de construcción o de suelo, que el contratista o sus empleados debían conocer en razón de su trabajo.”

2. Resumen

La presente investigación tiene por objetivo. Realizar un análisis sobre cuáles son las disposiciones que contienen los contratos de obra para ser suscritos por el Estado y el adjudicatario, Determinar si existe deficiencia normativa en los contratos de adjudicación de obra, respecto a garantías posteriores a la entrega y recepción definitiva de la obra. Determinar cuáles son los efectos que produce la deficiencia normativa en los contratos de obra realizados por el Estado, respecto a los vicios de construcción o de suelo que el contratista o empleados deberían de conocer en razón de su trabajo. Determinar si existe necesidad de Reformar la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública o su Reglamento, respecto de las garantías que deberían existir en los contratos de obra posterior a la entrega y recepción definitiva de la misma. Para la concreción de mencionados objetivos se realizó un estudio doctrinario, conceptual y jurídico, la metodología se basó en diversos métodos como científico, inductivo, deductivo, analítico, exegético, hermenéutico, comparativo y estadístico. Las técnicas metodológicas aplicadas fueron, en primera instancia, la técnica de acopio documental, donde a partir del marco teórico se exteriorizan temáticas importantes para poder tener fundamentos acertados acerca del tema de investigación, se utilizó también técnicas como la entrevista a profesionales de derecho y la encuesta al alumnado de la Universidad, esto, con la finalidad de conocer su posición y opinión en cuanto al tema de estudio. Como uno de los principales resultados se obtuvo que, el 73,3% si tiene conocimiento de lo que es un vicio de construcción, vicio de suelo o vicio de materiales, al igual que el 66,7% coincide en que los recursos públicos no se encuentran amparados adecuadamente con la legislación ecuatoriana bajo el Código Civil y Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Por otra parte, también se analizan casos como el de la hidroeléctrica Coca Codo Sinclair y la Refinería de Esmeraldas, que hasta el presente son noticia nacional por cuanto los vicios encontrados en sus construcciones. Es por ello que se propone hacer una reforma a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, ecuatoriano, específicamente al artículo 74 y que además se considere un apartado para los vicios ocultos de construcción. La pertinencia de esta propuesta de reforma se debe a los ya conocidos casos de corrupción que se han dado en los procesos de contratación pública, teniendo siempre presente que las finanzas públicas deberán conducirse de forma sostenible, responsable y transparente procurando la estabilidad económica de los ecuatorianos.

2.1 Abstract

The objective of this research is to carry out an analysis of the characteristics of the provisions contained in the work contracts to be signed by the State and the successful bidder, to determine if there is a regulatory deficiency in the work award contracts, with respect to the guarantees subsequent to delivery and final reception of the work. Determining requirements are the effects produced by the normative deficiency in the construction contracts carried out by the State, with respect to the construction or soil vices that the contractor or employees harm from knowing due to their work. Determine if there is a need to reform the Organic Law of Public Procurement or its Regulations, regarding the guarantees that may exist in the work contracts after the final delivery and reception of the same. For the realization of some objectives, a doctrinal, conceptual and legal study was carried out, the methodology was based on various study methods such as scientific, inductive, deductive, analytical, exegetical, hermeneutical, comparative and statistical. The methodological techniques applied were, in the first instance, the documentary collection technique, where from the theoretical framework important themes are externalized in order to have correct foundations about the research topic, techniques such as the interview with legal professionals and the survey to the students of the University, this, with the purpose of knowing their position and opinion regarding the subject of study. As one of the main results, 73.3% had knowledge of what a construction defect, soil defect or material defect is, as well as 66.7% agree that public resources do not they are adequately covered by Ecuadorian legislation under the Civil Code and the Organic Law of the National Public Procurement System. On the other hand, cases such as the Coca Codo Sinclair hydroelectric plant and the Esmeraldas Refinery are also analyzed, which until now are national news due to the vices found in their constructions. That is why it is proposed to make a reform to the Organic Law of the National System of Public Procurement of Ecuador, specifically to article 74 and that it is also considered a section for hidden construction defects. The relevance of this reform proposal is due to the well-known cases of corruption that have occurred in public procurement processes, always bearing in mind that public finances must be conducted in a sustainable, responsible and transparent manner, seeking the economic stability of Ecuadorians.

3. Introducción

En la actualidad el gasto público constituye una de las principales herramientas a la que acuden las autoridades con el fin de reactivar a la economía del País. Este gasto se canaliza a través de la inversión pública, fundamentalmente en infraestructura. Como consecuencia de ello, la contratación pública adquiere una importancia mayor, ya que debe ser un vehículo ágil y eficiente para poder generar desarrollo y lograr una adecuada inversión de los dineros públicos.

Los Sistemas de Contratación Pública en América Latina se crearon con el objetivo de optimizar los procesos de compras del sector público, para lograr una adecuada administración de los fondos del Estado y reducir los riesgos de corrupción inherentes a la presencia de personal decisorio en los procesos de adquisición de bienes y servicios por parte de entidades estatales en cuantías de menor y mayor tamaño. Para que esta optimización resulte eficaz, fue muy importante la identificación de los aspectos vulnerables que surgen en las diferentes etapas del proceso de contratación pública, utilizando diferentes metodologías para medir los problemas en el sistema de compras públicas que se utilizaba. (Obando Torresano, 2011, p. 34)

Los procesos de compras públicas, son una herramienta de desarrollo económico que nos ayuda a prevenir a que importantes sectores que se encuentran en vulnerabilidad dentro de la sociedad y que perjudica directamente al empleo como a la canalización de las inversiones y al desarrollo productivo. Según él (Banco Mundial, 2019), pueda asegurar la sostenibilidad fiscal, impulsar la inversión privada, garantizar la protección social para los grupos más vulnerables, ya que pretende mejorar la competitividad y la creación de empleos, equilibrar y adecuar su economía a un contexto desafiante. Es por ello que se indica que mejora el desarrollo en los diversos niveles de dirección tanto a nivel nacional, así como también en las comunidades, implementando diferentes mecanismos que garantizan el nivel productivo.

En Ecuador, la Contratación Pública está rectorada por la Constitución de la República (Ecuador, Asamblea Nacional Constituyente, 2008) como la máxima legislatura; y por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (Ecuador, Asamblea Nacional, 2008). junto con la Resolución No. SECOB-DG-2018-0012 (Ecuador. Presidencia de la República, 2019) publicada en el Registro Oficial 397 de 2 de enero de 2019. Solo en 2018 Ecuador llegó a transaccionar por la vía de la contratación pública

7.000,6 millones de dólares, esto equivale al 6.4 % del PIB y el 20.1% del presupuesto general del estado.

Sin embargo, a pesar de esta premisa se ha ido dando situaciones dentro de las cuales, los organismos encargados de ser aval para un proceso equitativo y transparente no han cumplido con lo establecido dentro de la ley, cayendo así en actos de corrupción. No es preciso insistir sobre la importancia que la lucha contra la corrupción tiene en el ámbito de la contratación pública, tanto cuantitativa como cualitativamente. En términos cuantitativos, se estima que un 20% del PIB a nivel de Latinoamérica se moviliza a través de la contratación pública, porcentaje al que se debe añadir el efecto inducido que esta actividad pública produce sobre el conjunto de la economía. Como cita Aymerich Cano (2015, p. 1) en su investigación, textualmente

Cualitativamente, si la corrupción es fuente de descrédito de las instituciones y de desconfianza hacia el proceso democrático, dada su predilección por los lugares de encuentro entre el poder político y el económico, puede afirmarse que los riesgos de corrupción en el ámbito de la contratación pública son elevados.

Dentro de este proyecto en base a estudios de casos relevantes de contratos que han sido considerados irregulares por haber tenido inconvenientes antes o después de haberse adjudicado el contrato, se realiza la propuesta de una reforma a la ley que rige estos procesos, la cual es la Ley Orgánica de Contratación Pública, esto con el fin de que sean íntegros y transparentes estos procesos ya que tanto en Ecuador como en otros países, se ha tomado la contratación pública como escenario para la realización de fraudes y actos de corrupción, dados los altos rendimientos económicos que ofrece, esto se evidencia en los índices de percepción de los últimos años, de acuerdo con lo manifestado por Transparencia Internacional, así como los niveles de impunidad que se manejan. Pese a los esfuerzos legislativos de las autoridades aún no se ha podido realizar un correcto filtro para poder evitar irregularidades.

La prioridad es proteger el bien público, ya que actualmente no existe una garantía luego de la entrega y recepción definitiva de la obra, lo que a consecuencia de ello acarrea pérdidas para el Estado, y al no existir garantías da lugar a las deficiencias que a lo largo de la presente investigación se ha logrado comprobar.

4. Marco teórico

4.1 Derecho Constitucional

Las finanzas públicas, en todos los niveles de gobierno, se conducirán de forma sostenible, responsable y transparente, y procurarán la estabilidad económica. Los egresos permanentes se financiarán con ingresos permanentes. (Constitución de la República del Ecuador).

Los recursos económicos del Estado deberán ser muy bien administrados, es por ello que la presente investigación va encaminada justamente a optimizar las finanzas públicas de una manera responsable, ya que en Ecuador las obras que realiza el Estado son abandonadas o de ser el caso realizan nuevamente contratos para reparar las mismas cuando estas presentan daños por vicios y por consiguiente ha mal construidas.

El Derecho Constitucional es la primera de las ramas del Derecho Público misma que orienta a todas, incluido el Derecho Privado. Esta primacía se comprendía en la Ley de leyes que es la Constitución. En Ecuador a partir del año 2008 entra en vigencia la nueva Constitución, la cual dio un giro trascendental en cuanto al declaración de derechos a favor de las personas e instituciones. La Asamblea Constituyente reunida en Montecristi, elaboró la actual Constitución, por voluntad soberana del pueblo se le concedió plenos poderes, los cuales fueron dilucidados como la facultad de elaborar textos legales, con la finalidad de conservar en el control del Estado, designados por el gobierno Correísta, quienes presidieron la Asamblea Constituyente de ese entonces (Ramos, 2017, p. 8).

En conclusión, el derecho constitucional establece parámetros necesarios para que una nación se encuentre en orden respecto a su orden jurídico, además de contribuir con el equilibrio del sistema democrático. Como se sustenta dentro del texto el contenido que el derecho constitucional es amplio, siempre enfocado en establecer estabilidad en los aspectos primordiales porque es la primera persona de derecho público y representa la personificación del ordenamiento jurídico aplicable a todos sus miembros, dentro de la Constitución, son vistos como realidad material y espiritual.

4.1.1 Las leyes orgánicas

Las leyes orgánicas se distinguen de otro tipo de leyes por poseer características propias, las cuales ayudan a regular resolver situaciones de mayor importancia, a

diferencia de otro tipo de leyes. Además, por estar textualmente dentro de la constitución necesitan de personal especializado en la materia para poder comprender y luego de estudiarla, analizarla tener a su vez la facultad de generar algún cambio dentro de ellas.

Pues estas se caracterizan por ser imprescindibles refiriéndose al enfoque constitucional ya que ayuda a regular algún aspecto de la vida social. Además, son vistas como lugar medio entre las leyes ordinarias y la Constitución para lograr tener un correcto funcionamiento y aplicación de este dentro de las instituciones del Estado.

4.2 Adjudicación

Adjudicación se define como un acto jurídico donde se le atribuye una cosa a una persona a través de una subasta, licitación o partición hereditaria. Cuando nos referimos al campo del Derecho de sucesiones, para que la titularidad de los bienes se concrete y especifique, se hace necesario que se adjudique a cada uno de los herederos, la cosa o derecho que le corresponda, de tal manera, que tras la muerte de una persona, todos sus bienes se distribuirán y se adjudicarán entre los coherederos siempre que se anote en los próximos ciento ochenta días a la adjudicación. Desde la perspectiva de la Administración Pública, la adjudicación es un acto administrativo que consiste en la asignación de un contrato para la prestación de servicios o adquisición de bienes. También el término adjudicación, se aplica a otros campos de actividad jurídica, por ejemplo, para el pago hecho a un acreedor por concurso o quiebra, concediendo a dichos acreedores la opción de realizar una anotación preventiva de su derecho sobre las fincas adjudicadas. (Mora Salazar, 2021, p. 2)

La adjudicación dentro del derecho hace referencia a los requerimientos que necesitan las personas para poder adquirir o hacerse con los derechos de alguna cosa después de algún suceso. Además, se aplica este término en varios campos jurídicos como el pago de acreedores por concurso o quiebra. La sucesión es un derecho dentro del cual es necesario que se adjudique a cada uno de los herederos, la cosa o derecho que le corresponda, de tal manera, que tras la muerte de una persona, todos sus bienes se distribuirán y se adjudicarán entre los coherederos siempre que se anote en los próximos ciento ochenta días a la adjudicación por tal motivo la importancia de este término.

4.2.1. Adjudicación de Contrato.

La anterior ley de Contratación Pública establecía que debía hacerse a la “oferta más conveniente a los intereses institucionales y nacionales”, lo que dejaba abierto a ser tomado como subjetivo, sin embargo la adjudicación de un contrato continúa manteniendo un alto grado de discrecionalidad, pero esta se encuentra restringida por razones en el cumplimiento de los puntos establecidos por la ley, ya que se debe otorgar el contrato bajo el criterio de mejor costo, que no es lo mismo que el costo más bajo, según define la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.(Molina Molina, 2014, p. 6)

Los criterios de adjudicación se basan en la alta discrecionalidad, pero a su vez restringido por los parámetros que establece la ley siendo otorgados a quien tenga el criterio del mejor costo. Por lo que es importante que cuando las personas que están dentro de realizar una adjudicación manejen de la forma más discreta todo tipo de información ya que por seguridad de ellos, se necesita tener estos parámetros en cuidado para que no exista filtraciones o posibles problemas futuros.

Mejor costo en bienes o servicios normalizados: Oferta que, cumpliendo con todas las especificaciones y requerimientos técnicos, financieros y legales exigidos en los documentos precontractuales, oferte el precio más bajo. Se entiende por bien normalizado a aquél cuyas características o especificaciones técnicas han sido estandarizadas u homologadas; y se deberá adjudicar al proveedor que, cumpliendo con los requisitos exigidos en los pliegos, oferte el precio más bajo; respetando los márgenes de preferencia que establece la ley. (Molina Molina, 2014, p. 6)

Dentro de este punto se entiende que quien cumpla con las especificaciones necesarias bajo el criterio del precio más bajo, podrá ser el adjudicador. Toda persona tiene derecho a la participación en este tipo de adjudicaciones, se deben cumplir los parámetros básicos y si es así se determinará un ganador dependiendo además de cuantos participantes se tuvo y si fue necesario que más de uno se presente.

Mejor costo en obras, bienes o servicios no normalizados: Oferta de dotar a la entidad de las mejores condiciones actuales y futuras en los aspectos técnicos, financieros y legales, siendo el precio más bajo el único parámetro de opción. En todos los casos, los parámetros de evaluación deben incluirse en las especificaciones. “La oferta más rentable no es necesariamente la oferta de menor

precio. El precio más bajo es solo uno de los criterios de selección y no una regla de adjudicación constante, ya que otros factores que influyen, como una mayor competencia técnica, el tipo y la calidad de los materiales suministrados, la integración de nuevas tecnologías, la entrega a tiempo, etc. Por lo que cualquier competencia tiene un elemento de incertidumbre, ya que la oferta no solo debe ganar el mejor precio, sino también tener las mejores condiciones técnicas, aunque no siempre más baratas”. Los parámetros de calificación deben incluirse en la especificación para que el postor tenga clara las reglas del juego, sin embargo, esto no es una garantía de equidad, ya que también pueden ajustarse para beneficiar a un postor determinado. (Molina Molina, 2014, p. 7)

En este punto se determina que la oferta más rentable no es siempre la de menor precio, ya que este es solo uno de los criterios de selección y no está establecido tajantemente; por lo que además de tener el menor precio debe cumplir varios parámetros para que sea una oferta equitativa. Como se mencionó en el anterior punto quién cumpla con los parámetros básicos podrá ser quién se adjudique el contrato, dependiendo de quiénes haya participado y los lineamientos que estos hayan tenido.

Mejor costo en consultoría: El criterio de “calidad y costo” con el que se adjudicarán los contratos de consultoría, debido a la ponderación que para el efecto se determine en los plazos correspondientes, y sin que en ningún caso el costo tenga un porcentaje de incidencia superior al veinte (20%) por ciento. Sin embargo, el hecho de que una oferta sea considerada como la de mejor costo, no implica la adjudicación del contrato; puesto que la máxima autoridad de la entidad o su delegado podrían declarar desierto el procedimiento por considerarlo en definitivo inconveniente para sus intereses o los del país. La decisión de adjudicar debe ser tomada con neutralidad, entendida como la “ausencia de toda valoración moral, política o de cualquier otro tipo”; sin embargo, no será posible tal neutralidad mientras la decisión dependa del criterio de una persona. (Molina Molina, 2014, p. 7)

Finalmente, dentro del costo de consultoría, la decisión de adjudicar deber ser neutral y establecida con valoración moral, dependiendo del criterio que tengan las partes interesadas. Cada punto de estos parámetros es necesario para poder determinar el ganador o en este caso adjudicador idóneo, el cual al cumplir con todos los parámetros

necesarios podrá ser el acreedor para adjudicarse el contrato; pero siempre teniendo en cuenta la transparencia con la cual se debe presentar antes y después de esta.

4.2.2. Efectos Jurídicos de la Resolución de Adjudicación.

William López cita que “Una adjudicación es el acto formal por el cual la entidad contratante acepta una de las ofertas realizadas, lo que implica un acuerdo legal entre la parte seleccionada y el regulador. El efecto principal del arbitraje es crear entre las partes una situación de derechos y obligaciones recíprocos, en la que el contrato será sólo un instrumento o acto formal”. También se incluyen criterios de error en nuestra legislación, al indicar que los laudos son actos de “habilitación de derechos y obligaciones”, cuando sabemos que las únicas fuentes de las obligaciones son las reconocidas en nuestra legislación. No somos más que ley, contrato, contrato de compraventa, delito y falta. Por lo tanto, con la Resolución de Adjudicación del Contrato, el adjudicatario no tiene más obligaciones que la de celebrar el contrato, por lo que el licitador no puede obligarlo a cumplir con el objeto del contrato sin que se firmen obligaciones. Los derechos que tiene el contratista son los siguientes: - Tener un contrato con él. El contrato se celebra en los términos y condiciones establecidos en los documentos previos al contrato, incluido el cumplimiento del borrador del contrato que aparece en las especificaciones establecidas. Y las siguientes obligaciones: - Suscribir el contrato en el plazo señalado en el pliego, incurrir en la pena de ser declarado adjudicatario por arreglo razonable y ser dado de baja del Registro Único de Proveedores en el plazo máximo de tres años. - Presentar garantías en caso de ser necesario. No existe confusión en el derecho porque para ellos una adjudicación es un “acto administrativo constituido, mediante la selección por la autoridad competente de uno o más postores para suscribir un contrato de suministro o servicio”, sin insinuar que el ganador tiene otros derechos u obligaciones además de celebrar el contrato. (2012, p. 1)

Dentro de la adjudicación se establecen criterios mediante los cuales se acepta una oferta por parte de los interesados; al asumir la oferta el adjudicatario no tiene más obligaciones además de celebrar el contrato. Al haber finalizado toda la ceremonia, las partes que participaron deben acatar las condiciones establecidas previa a la firma y después de haber finalizado. Se debe tomar en cuenta que una vez finalizado este proceso

no se deben realizar actos que puedan derogar las decisiones ya tomadas, porque infringiría en corrupción y se deberá asumir lo que dictamine la ley

4.3 Contratación Pública

La Contratación Pública se da a partir de un régimen especial mediante elementos diferentes de los contratos civiles, canalizando las actuaciones del servicio público relacionadas a las cláusulas exorbitantes; por esto, el contrato en ocasiones puede ser administrativo de manera expresa o implícita de las partes interesadas; dicho proceso se da cuando la administración realiza una contratación con el régimen de cláusulas exorbitantes en base al derecho común, es decir aquellas que no pertenezcan a la órbita normal del derecho privado, así como la voluntad al expresar la aceptación de las condiciones determinadas por la parte administrativa demostrando el acuerdo en bilateral (Reyna & Benítez, 2019, p.2).

La Contratación Pública, por tanto, se define como la compra realizada por los gobiernos y empresas estatales de obras, servicios o bienes, misma que representa de manera sustancial el dinero de los contribuyentes, por lo que, se espera que el Estado lleve de manera eficiente y bajo estándares de conducta con el fin de fomentar la calidad en la prestación de servicios de modo que se logre salvaguardar el interés público. Además, de armonizar y articular cada una de las instancias, instituciones u organismos en los procesos de presupuesto, planificación, control, administración referente a la adquisición de servicios o bienes, así como lo que respecta a la ejecución de obras públicas que se lleven a cabo con los recursos públicos.

4.3.1 Contrato administrativo y contrato de obra

El Contrato Administrativo se realiza por medio del cual una persona natural o jurídica que se encarga de realizar una obra pública bajo las condiciones necesarias y establecidas como el precio abonado por el Estado. Por lo que, la Contratación Pública se da mediante un procedimiento en el cual, las entidades públicas no estatales llevan a cabo la obra mencionada, posterior se muestra que el contrato no incluye a existencia de la obra pública, debido a realizarse a través de un contrato en el cual no se determine la utilidad colectiva (Arias, 2018, p.50).

Por lo tanto, el Contrato de Obra es considerado como un instrumento en el que las partes interesadas llegan a un acuerdo para iniciar con la construcción del sector

público, sin embargo, para que este tenga validez cumplirá con varias formalidades. Además, es necesario tomar en cuenta que los contratos administrativos deben cumplir con los requisitos determinados por la ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública como la garantía que se brinda al contratista privado referente a la integridad de los derechos económicos. Además, a este contrato se lo considera como uno, en el cual se fundamenta la prestación como una obligación de entregar, hacer o no, misma que debe ser verdadera de forma jurídica y física, lícita y determinable.

Respecto al proceso de Contratación Pública, al iniciar con el contrato se considera las cláusulas exorbitantes, como lo menciona Gordillo (1964):

- Bajo el procedimiento de derecho público como la licitación pública con bases establecidas por la administración de manera unilateral;
- Incorporar cláusulas para ser aplicadas y ejecutadas en penalidades como la extinción unilateral por parte de la administración, pérdida de fianza, multas por tiempo de retardo, ejecución por terceras partes al ser incumplidas, entre otras;
- No tiene responsabilidad de sí mismo por mora o falta de pago siempre y cuando sea reconocido por los intereses;
- Excluye la indemnización debido al lucro cesante en caso de no cumplir con el contrato;
- Mantiene carácter precario frente a los derechos del contratista o en ocasiones del subcontratista de ser el caso (p.109).

Esto se expresa como una secuencia de pasos y actividades que transforman a través de recursos disponibles en la entidad pública, es decir como un bien, necesidad o servicio por un proveedor sea quien presta el servicio o ajeno del mismo. Estas fases se fundamentan en la base de una entidad del conocimiento acerca de la contratación pública. Con esto se llega a la conclusión que el contrato queda sometido a un régimen bajo derecho público, es decir un contrato administrativo y no uno de derecho privado de la administración. Por lo que, estos contratos son los más importantes dentro del Derecho de Contratación Pública debido a ser las primeras expresiones en la administración pública y por la cuantía elevada respecto a su realización en los primeros negocios contractuales a través de un régimen exorbitante, este proceso debe ser transparente,

eficiente y actualizado que facilite el control de las entidades respecto a la iniciación de las obras para beneficio de la ciudadanía en general.

Según García, la Contratación Pública es considerada un contrato de resultado total, en el cual la obra finalizada es responsabilidad del contratista, en este caso mientras el trabajo no sea entregado por la administración, el contratista será el único dueño, quien soportará los riesgos sea por deterioro, pérdida o destrucción entendiéndolo como riesgo y ventura (García, 2011, p.117).

En este caso el contratista deberá entregar la obra o trabajo en su totalidad, ya que, según las normas estipuladas por la ley en caso de destrucción toda responsabilidad caerá sobre esa persona, siendo un documento con mayor intensidad por lo que, se realiza para satisfacer una necesidad o interés público. Dentro de este documento se evidenciará las consecuencias en fines estatales, así como la subordinación jurídica y colaboración de la administración. Además, se considera como un procedimiento a través del cual las entidades públicas indirectamente por medio de terceros inician con una obra, sin embargo, no necesariamente este documento tiende a ver una obra pública ya que puede ser mediante un contrato de una obra que no esté relacionada a la necesidad colectiva.

Por último, William López considera al contrato de obra pública como el típico realizado por la administración, es decir la entidad contratante y por otra parte la persona jurídica o natural con el nombre de contratista, a través del cual se compromete en un tiempo determinado y con la supervisión de la administración al poner en marcha la obra o construcción, instalación o mantenimiento indistintamente en la forma de pago (López, 2011, p.118).

Con lo mencionado se entiende que el contrato es celebrado por la administración en calidad de contratante y el contratista bajo una relación bilateral, con el fin de ejecutar una obra para satisfacer un bien común, aunque debe cumplir todos los requerimientos establecidos en la ley para su efecto. Al expresar como una declaración bilateral se deja claro que es voluntad de ambas partes, asimilando que se llega a un acuerdo mutuo y bajo las condiciones contractuales establecidas y aceptadas, aunque al punto de vista propio la voluntad del contratista se ve forzada a la aceptación de lo impuesto por el contratante referente a las cláusulas contractuales, así como aquellas que son propias de los contratos de este tipo dando un significado a la decisión unilateral de la institución o persona contratante en base a las condiciones impuestas.

4.3.2. Objetivos de la Contratación Pública en Ecuador

Entre los objetivos determinados por el Sistema Nacional de Contratación Pública se menciona los siguientes:

- Planificación y calidad del gasto

Hace referencia a los procesos de contratación durante el año fiscal; detalle de cada uno de los objetivos de contratación identificadas en los bienes y servicios que se desea contratar; estimación de los presupuestos en base a las obras o servicios a contratar; por último, la planificación con tiempos establecidos (Herrera, 2020, p.31).

Por tal motivo, es importante planificar de manera adecuada y con calidad posible todos los gastos referentes a los procesos contractuales y precontractuales a través del portal de contratación pública, debido a ser más ágil y transparente de manera que permita acceder a los Órganos Públicos, proveedores y la ciudadanía. Además, es necesario tener en cuenta que en las contrataciones públicas sean realizadas mediante compras de cualquier índole contractual como bienes, servicios u obras estas deben ser por parte de las entidades administrativas para satisfacer las necesidades de una comunidad o población en general.

- Concurrencia de oferentes y selección de contratistas

Permite garantizar la participación de oferentes que sean competitivos y confiables para mantener una adecuada ejecución en el proceso de contratación con el objetivo de cumplir los servicios a las partes interesadas. Sin embargo, se toma en consideración que la concurrencia en los contratistas en libre buscando garantizar el interés público (Herrera, 2020, p.32).

Es decir, cuando las empresas contratan a proveedores con las cualidades necesarias, están asegurando la adecuada ejecución de los contratos y de la misma manera las normas contractuales y legales, así se llevará a cabo la relación contractual en base a un beneficio igualitario entre las partes de manera que satisfagan sus necesidades. Por esto, es importante que al seleccionar a los contratistas se considera ciertas modalidades establecidas por la ley como la selección abreviada, licitación pública, concurso de méritos, mínima cuantía y contratación directa. Por lo que, es importante que se encuentre ligado al crecimiento o movimiento productivo del país ya que, se previene actividades

comerciales restrictivas como la adjudicación de contratos estatales referente a la competencia, mismo que da como resultado un efecto directo al crecimiento productivo del país, evitando de esta manera en aumento de monopolios.

- **Transparencia en la contratación pública**

Está relacionado con el acceso a la información pública respecto a la ciudadanía con el fin de motivar la participación y vigilancia de los procesos precontractuales excluyendo el perjuicio de la intervención de las entidades de control capacitados para gestionar la parte administrativa, así como el gasto público. Por esto es necesario comprobar total transparencia en la contratación pública, considerado la gestión de contratos y evaluaciones que se realicen de manera pertinente (Herrera, 2020, p.32).

Este objetivo hace referencia al ejercicio de las atribuciones pertenecientes a la Contraloría General del Estado, la cual es responsable de comprobar los procesos precontractuales con el fin de verificar el ajuste de las disposiciones plasmadas en la normativa vigente, inclusive el examinar con calidad los gastos. Implica también hacer público hasta lo más mínimo como la información relativa, actos de gestión referente a la administración en el ámbito presupuestario y económico, mismo que corresponda los contratos públicos. También hace referencia al refuerzo de las actividades públicas con el fin de garantizar calidad en las obras ejecutadas cumpliendo cada una de las responsabilidades y obligaciones establecidas al momento de elaborar el contrato de obra pública.

- **Preferencia de la producción nacional**

Se enfocan en la contratación pública acerca de un elemento dinamizador, fomentando a la participación de la ciudadanía, de manera que se incremente la asignación de recursos que llegan de los contratos estatales. La contratación pública tiene un gran impacto en el mundo, y Ecuador no es la excepción, de manera que una parte del presupuesto ecuatoriano es destino a las compras públicas a través de políticas establecidas por el Estado con el fin de promover la economía del país (Herrera, 2020, p.34).

Con esto, promueven la participación de las empresas, así como el cumplimiento de los objetivos de dinamización nacional. Cabe recalcar que la contratación pública tiene

gran influencia en el país ya que, los recursos destinados hacia las compras públicas se basan en políticas definidas por los organismos estatales. Por esto, es necesario conocer cada una de las políticas referentes a los contratos estatales y de esta manera, no tener inconvenientes al momento de ejecutar las actividades.

- Políticas de compras políticas

El Estado debe enfocarse en producir bienes, así como mantener las obras públicas, prestación de servicios y promover el desarrollo de actividades económicas todas relacionadas con la contratación pública y competencia dentro del mercado, de manera que los ciudadanos elijan los instrumentos primordiales para acceder a los bienes y servicios con el fin de beneficiar a la ciudadanía de una infraestructura pública adecuada (Herrera, 2020, p.37).

Por esto, para las contrataciones deben llevar a cabo el seguimiento y cumplimiento del plan anual de contratación constanding los recursos públicos, mismos que permitan respaldar las obligaciones de los estudios actuales, contratos, entre otros. Sin embargo, es necesario realizar una adecuada planificación evitando inconvenientes en el proceso, así se podrán elaborar contrataciones directas respecto a la gestión de fondos públicos. El objetivo de estas políticas es conocer las bases en las cuales se va a dar inicio a una acción de servicios, esto con el fin de determinar un estilo para gestionar la objetividad, excelencia, transparencia en el proceso de contrato de compras públicas.

4.3.3. Características del contrato administrativo de obra pública

Entre las características o elementos esenciales del contrato de obra pública según el Dr. Boris Barrera (2018) lo establece como:

- Oneroso ya que la administración como el empresario permanecen cada uno en beneficio del otro;
- Conmutativo, obligando a las partes ser equivalentes de la otra;
- La ejecución de los contratos de obra pública no es inmediata sino de manera sucesiva o ejecución de diferentes actos en el tiempo;
- Colaborativo identificado por un factor interpersonal, adjudicado debido a la persona (p.52).

Por esto, se añade que el contrato es sinalagmático ya que, las partes se someten de manera obligatoria e inalterable. La colaboración del contrato de servicios se sujeta en

la obligación de iniciarlo de manera personal, debido a ser un factor en derecho bajo el nombre interpersonal, ya que se toma en consideración las cualidades de la persona escogida. Por tanto, da lugar al principio en el cual, indica que la ejecución del contrato es personal. Es así como, ha venido alcanzando un avance notorio doctrinario, así como jurisprudencial a fin del crecimiento de los requerimientos colectivos.

Por consecuente, en la legislación ecuatoriana se añade una característica, la cual indica que la Contratación Pública se considera como un factor dinamizador referente a la economía local y nacional, comprobando la capacidad nacional y fomentando la generación en la competencia. (Arias, 2018, p.54).

De manera que la administración al ser condicional es la encarada de establecer las condiciones del elemento contractual, mismo que debe ser entregado. Así mismo, dentro del proceso de selección se determinará la particular más competitiva por lo cual, será una colaboración conjunta con la administración con el fin de satisfacer el bien común. En este sentido las entidades y técnicas de contratación pública van de la mano con los fines del Estado en base al interés público, mismo que se desarrolló con relación al destino de cada comunidad.

Para concluir, los contratos administrativos poseen características que varían entre los contratos civiles ya que, en estos predomina el interés particular. De manera que, los primeros prevalecen el interés público, dando a conocer las características más importantes, entre ellas (Arias, 2018):

- Tiene cláusulas exorbitantes, es decir que aseguran el cumplimiento de satisfacer el interés general, mismos que son aceptados de manera voluntaria por el particular, en este caso son las labores de control, supervigilancia, fiscalización, de mando y sanciones como términos del contrato;
- Son válidos jurídicamente y a la vez formales por lo que, están sujetos a las normas determinadas por la ley, uno de sus ejemplos es el pago por lo realizado ya que, el proceso necesita ser verificado y entregado de manera contractual bajo la suscripción de las actas de entrega y recepción;
- Mantienen desigualdad jurídica ya que, se identifican comportamientos presentados en la ejecución de la construcción, por ejemplo, el rol de la administración por variar los aspectos del contrato, la responsabilidad del

contratista con el fin de rendir garantías mismas que validen el cumplimiento contractual;

- La administración seleccionará su contraparte contractual con el objetivo de producir derechos y obligaciones personales;
- Al presentarse controversias deberán ser resueltas frente al Tribunal Administrativo por lo que, ayuda a resolver alternativas de controversias entre ellos la mediación y arbitraje (p.53).

Es importante considerar cada una de las características que lleva la Contratación Pública con el fin de evitar controversias entre las partes interesadas, así el proceso será claro hasta finalizar la obra pública del bien común. Sin embargo, al suscitarse algún contratiempo se procederá a llevar a cabo el debido proceso establecido por el estatuto o normas determinadas por la ley. Por esto, existe varios enfoques con relación a los contratos administrativos según su alcance, naturaleza, existencia o modelo contractual, en el cual se da a conocer las entidades públicas o a su vez las administrativas que están presentes.

Otro de los puntos es la recepción para el proceso de Contratación Pública, iniciada por el contratista a la administración a partir de la entrega de la obra, dando el visto bueno, de manera que se identifique cada una de las condiciones establecidas por las partes dentro del contrato, así mismo con la debida autorización de las entidades correspondientes. En Ecuador se da por medio del concurso de ofertas plasmadas en la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública.(San Miguel, 2017, p.393).

Es decir, en la norma se contempla la recepción aplicada al contrato de obras concebida en el pleno derecho y para todos los procesos de Contratación Pública, expresada en la ley, sin embargo, no está consolidado en el procedimiento. Por esto, es necesario tener claro el procedimiento para la recepción de las obras, misma que se encuentra plasmada en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Así mismo, para la administración como un eje central en las acciones sociales son importantes en el ámbito gubernamental para la creación de administración pública en la cual, las funciones son asignadas o compartidas, ya que las mismas se basan en la gestión y servicio de un interés público.

4.3.4 Contrato de obra

Gómez indica que dentro del contrato de obra la persona contratista está obligada a realizarla adquiriendo un derecho a percibir el precio. Además, hacen referencia al artículo determinado en la Ley 30/2017 del 30 de octubre para Contratación Pública, es decir aquellos trabajos que corresponda a las necesidades establecidas por la empresa del sector público que lo contrata, además se agrega un aporte el cual señala que el contratista al llevar a cabo una obra recibe un beneficio económico, de manera que satisfaga el interés particular (Gómez, 2010, p.4).

De modo que en el contrato administrativo se forma dos intereses, es decir el común por parte de la administración y el del particular. Por cuanto, para que exista una obra pública se necesita un trabajo de construcción, reparación, modificación o mantenimiento de un inmueble, esta debe ser ejecutada por una entidad estatal. Frente a esto, queda claro que ambas partes, es decir la entidad contratante y el contratista siguen intereses, mismos que beneficien a cada uno encaminados a satisfacer los intereses de la comunidad en general. Por consecuente, es considerado como un acto jurídico que se da de forma voluntaria entre dos o más personas con el fin de pactar las obligaciones o a su vez crearlas. De la misma manera, se relaciona como un instrumento contractual para actualizar, modificar, crear o eliminar obligaciones contractuales.

4.4 Consultor – Proveedor

4.4.1 Consultor

Un consultor se define como la persona natural o jurídica, extranjera o nacional con las plenas facultades para brindar servicios de consultoría bajo la conformidad de la ley. De manera que entre las condiciones para la recepción que maneja los consultores puede ser individual o a través de una firma consultora manteniendo la obligación al suscribir un contrato con la entidad contratante del trabajo de construcción durante el plazo que concierne a partir de su recepción tanto del diseño final como de estudios de ingeniería, esto independiente de que la parte contratante sea o no la que contrate los estudios.

De la misma manera, se hace énfasis a las consultorías ya que están relacionadas con la temática, misma que se da por la prestación de servicios, estas personas pueden ser naturales o jurídicas. En casos de personas naturales hacen referencia a consultores individuales, extranjeros o nacionales mismas que tengan registrado su título profesional en la institución pertinente; en el caso de personas jurídicas referente a las empresas

nacionales, éstas deben estar constituidas por la Ley de Compañías así como registradas como razón social, respecto a las personas extranjeras deben mostrar que poseen las facultades legales para accionar en el país y prestar sus servicios como lo determina la ley.

Por otro lado, cuando se da inicio una contratación y el consultor acepta las condiciones, el contrato se iniciará a suscribirlo considerando el tiempo a partir de su notificación como obligación condicional, además debe presentar la garantía de cumplimiento a su suscripción indistinta de las formas brindadas por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, así como del Reglamento General.

- Según el Sistema Nacional de Información (2011) en el contrato de asesoría, mismo que determina la ejecución de la obra para evitar conflictos, el consultor considerará lo siguiente:
- Prestará sus servicios al iniciar, durante y hasta la suscripción del acta de entrega recepción de acuerdo con los estudios de ingeniería y diseño final, mismos que son realizados y aprobados. De manera que, se brindará al contratista la asesoría técnica respecto a la obra, con el fin de informar al administrador y fiscalizadores del contrato en base a las recomendaciones y actuaciones;
- El valor total del contrato de asesoría es el valor establecido al realizar la suscripción de entrega recepción final de los estudios de ingeniería y diseño final bajo los términos determinados por las partes interesadas (p.1).

De manera que, la acción del consultor y enfoque se una como propósito para ayudar de forma intensa y temporal a las entidades a ejecutar un proyecto y no hacerlo por sí sólo, de modo que el equipo de trabajo y administrativos tengan los conocimientos necesarios para llevar a cabo el contrato ya suscrito para iniciar con una obra pública. De la misma manera, por los servicios prestados se determinará un monto que cubra el trabajo que se llevará a cabo. Además, se debe considerar que un consultor puede hacer contratación directa, misma que permite invitar a un consultor y se basa en una fase de negociación; consultoría lista corta, integrada por 3 y máximo 6 consultores, basada en una fase de negociación con una orden de prelación; y consultoría por concurso público, misma que se diferencia de las demás por el monto en los procesos de consultoría.

4.4.2 Proveedor

Se considera como una persona quien entrega bienes o servicios a una empresa contratante. Por lo cual, es quien reconoce los derechos de propiedad en base a los servicios contenidos, nombres comerciales, signos, dominios, logotipos según el Sistema Oficial de Contratación Pública del Ecuador. De modo que, el proveedor se compromete durante la elaboración del contrato, a entregar a los miembros designados por la empresa contratante, toda la información y documentación que soliciten para situar de un conocimiento técnico en base a la ejecución del trabajo, el uso de los bienes incluidos y la infraestructura que le corresponde. También, hace hincapié a los problemas eventuales, técnicos que puedan ocasionarse, así como las herramientas, métodos, tecnologías aplicadas para la solución.

Durante la obra se usará materiales de buena calidad, y a través de técnicas avanzadas por el contratista, mediante métodos eficaces y eficientes, así como la mano de obra factor importante y fundamental durante la obra, misma que será calificada; por lo tanto, el contratista como el equipo de trabajo y los subcontratistas tendrán la responsabilidad de aplicar diligencia y mantener cuidado en los trabajos. (Arias, 2018, p.62).

Es decir, el proveedor brindará la dirección técnica, en este caso todo el equipo capacitado para la ejecución de los trabajos, así mismo todos los materiales que ayudarán a diseñar una infraestructura adecuada. Cabe recalcar que los tiempos de finalización serán planificados a través de un cronograma con el fin de cumplir a tiempo y a cabalidad, satisfaciendo la necesidad del contratante. Considerando que las gestiones, acciones y omisiones del contratista y trabajadores responderán hasta su culminación.

4.5 Contratistas y Contratantes

4.5.1 Contratistas

Garrido (2006), menciona que:

El contrato de obra pública se considera como un arrendamiento como resultado y no de actividad, así como la ejecución realizada a ventura y riesgo del contratista. De modo que, el resultado del bien inmueble es la prestación establecida por el contratista siendo una obra completa susceptible al servicio o uso correspondiente. Así mismo, como regla general, se determina que es el

resultado por unidad de obra permitiendo la liquidación de esta, sin embargo, es abonada al contratista conocido por el nombre de exceso de mediciones (p.75).

El contratista recibe la prestación de los servicios en base a una construcción, modificación, reparación acerca de un bien común, sin embargo, al no ser responsable del trabajo asumirá toda consecuencia el contratista como lo determina la ley. Esto se plasma en un contrato de obra pública determinado por el Estado en el cual se detalla los puntos referentes a la prestación de servicios de manera clara y transparente.

Entre las características del contratista se menciona (Arias, 2018):

- Puede subcontratar a otras personas para la realización de las obras según los términos planteados.
- Es obligado a ejecutar la obra por un precio establecido pactado en un contrato.
- Es quien recibe por el comitente la obra en el transcurso de su construcción.
- Tiene la alternativa de brindar los materiales para construir, sin embargo, esto dependerá de lo que este pactado en el contrato.
- Esta persona puede ser natural o jurídica. (p.4).

Es decir, un contratista es quien está al frente de la obra, es su responsabilidad que la obra concluya según los acuerdos pactados en el contrato, además estará a cargo de cada una de las actividades de las personas que trabajan a su mando, ya que es quien lo subcontrata. Por otro lado, se puede mencionar que, si no recibe el valor pactado en el tiempo establecido por la obra, éste tiene derecho a cobrar sobre ella, sean por cualquier tipo de bienes inmuebles o muebles, al cual se lo conoce como derecho refaccionario.

4.5.2 Contratantes

Según lo indica la Real Academia Española, el contratante es “aquel que contrata, es decir, aquella parte que contrata un determinado servicio, por ejemplo, reflejándose en un contrato” (Coll, 2022, p. 1).

Señalado esto, cabe recalcar que, generalmente, en un contrato interceden dos partes, donde se establece un acuerdo. Estas dos partes son el contratante y el anteriormente mencionado, el contratista. Básicamente, la primera contrata al segundo. Por lo tanto, el contratante es aquel o aquella institución que contrata un servicio. El perfil

del contratante, en el ámbito de la Contratación Pública, hace reseña al espacio o apartado del que debe acomodar o situar una Administración para desplegar publicaciones o anuncios concernientes a las contrataciones que van a ser llevadas a cabo desde la Administración Pública. En este sentido, la Administración debe anunciar la información coherente con las adjudicaciones, licitaciones, pliegos de contratación, de la misma forma, todo lo concerniente con aquellos servicios que la Administración Pública desea contratar.

Para Coll (2022, p. 3), “en el ámbito de la Administración Pública y la contratación pública, la entidad contratante es aquella institución, organismo o empresa que esté facultada para contratar, mediante un contrato público, un determinado servicio”.

Son Entidades Contratantes los organismos, las entidades o en general las personas jurídicas previstas, detallando a continuación lo dispuesto en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública:

- Los Organismos y dependencias de las Funciones del Estado.
- Los Organismos Electorales.
- Los Organismos de Control y Regulación.
- Las Entidades que integran el Régimen Seccional Autónomo.
- Los Organismos y entidades creados por la Constitución o la Ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado.
- Las personas jurídicas creadas por acto legislativo seccional para la prestación de servicios públicos.
- Las corporaciones, fundaciones o sociedades civiles.
- Las compañías mercantiles (Ley Orgánica Del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008, p. 2)

Como se puede observar, dentro del marco jurídico ecuatoriano las entidades contratantes lo conforman diversos organismos e instituciones del Estado, pues, como su nombre lo indica, el contratante, es la parte que contrata, mismo que tiene la obligación de pagar por los servicios que preste el contratista en la ejecución de un proyecto u obra. Dicho de otra manera, se habla netamente de la institución que desea contratar el servicio y efectúa la oferta. En síntesis, es aquel establecimiento interesado en contratar un servicio determinado.

4.6 Sistema Nacional de Contratación Pública

En el Art. 10 del Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP). - Créase el Servicio Nacional de Contratación Pública, como organismo de derecho público, técnico regulatorio con personalidad jurídica propia y autonomía administrativa, técnica, operativa, financiera y presupuestaria. Su máximo personero y representante legal será el Director General o la Directora, quien será designado por el Presidente de la Republica y gozará de fuero de Corte Nacional de Justicia, en las mismas condiciones que un ministro de Estado.

El Servicio Nacional de Contratación Pública ejercerá la rectoría del Sistema Nacional de Contratación Pública. (Ley Orgánica Del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008):

Por ende, se lo considerara al Servicio Nacional de Contratación Pública como el Órgano Técnico Regulatorio del Sistema Nacional de Contratación Pública. De acuerdo con el art. 10 de la mencionada ley se deberá tomar en cuenta las atribuciones (Ley Orgánica Del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008):

- Asegurar y exigir el cumplimiento de los objetivos prioritarios del Sistema Nacional de Contratación Pública;
- Promover y ejecutar la política de contratación pública dictada por el Directorio;
- Establecer los lineamientos generales que sirvan de base para la formulación de los planes de contrataciones de las entidades sujetas a la presente ley;
- Administrar el Registro Único de Proveedores RUP;
- Desarrollar y administrar el Sistema Nacional de Contratación Pública del Ecuador COMPRASPUBLICAS, así como establecer las políticas y condiciones de uso de la información y herramientas del Sistema;
- Administrar los procedimientos para la certificación de producción nacional en los procesos precontractuales y de autorización de importaciones de bienes por parte del Estado;
- Establecer y administrar catálogos de bienes y servicios normalizados;
- Expedir modelos obligatorios de documentos precontractuales y contractuales aplicables a las diferentes modalidades y procedimientos de

contratación pública, por lo cual podrá contar con la asesoría de la Procuraduría General del Estado y de la Contraloría General del Estado;

- Dictar normas administrativas, manuales e instructivos relacionados con esta ley;
- Recopilar y difundir los planes, procedimientos y resultados de los procedimientos de contratación pública;
- Incorporar y modernizar herramientas conexas al sistema electrónico de contratación pública y subastas electrónicas, así como impulsar la interconexión de plataformas tecnológicas de instituciones y servicios relacionados;
- Capacitar y asesorar en materia de implementación de instrumentos y herramientas, así como en los procedimientos relacionados con la contratación pública;
- Elaborar parámetros que permitan medir los resultados e impactos del Sistema Nacional de Contratación Pública y en particular los procesos previstos en esta Ley;
- Facilitar los mecanismos a través de los cuales se podrá realizar veeduría ciudadana a los procesos de contratación pública y monitorear su efectivo cumplimiento.
- Elaborar y publicar las estadísticas del Sistema Nacional de Contratación Pública.
- Capacitar y certificar, de acuerdo a lo dispuesto en el Reglamento a los servidores y empleados nombrados por las entidades contratantes como operadores del Sistema Nacional de Contratación Pública.
- Asesorar a las entidades contratantes y capacitar a los proveedores del Sistema Nacional de Contratación Pública sobre la inteligencia o aplicación de las normas que regulan los procedimientos de contratación de tal sistema.
- Requerir la aplicación inmediata del régimen disciplinario previsto en la Ley Orgánica del Servicio Público a la máxima autoridad de una entidad contratante cuando un servidora o servidor haya realizado una conducta que atente o violente la normativa o principios del Sistema Nacional de

Contratación Pública sin perjuicio de la notificación a los órganos de control respectivos.

- Analizar y controlar todos los procesos de contratación pública, y en torno a este análisis emitir las recomendaciones de cumplimiento obligatorio o tomar acciones concretas según corresponda, así como poner en conocimiento de los organismos de control de ser pertinente, sin perjuicio de las demás establecidas en la normativa aplicable.
- El ente rector del Sistema Nacional de Contratación Pública coadyuvara en la identificación de conductas de conclusión en contratación pública, con la finalidad de que sean sancionadas por los entes de control competentes.
- Las demás establecidas en la presente Ley, su Reglamento General y demás normas aplicables.

Esta institución es considerada como un entorno que abarca las partes interesadas en una contratación pública, es decir a los contratantes, contratistas, organismos de control, planificación, presupuesto mediante normativas, principios y procesos relacionados entre sí, por esto, es fundamental que se conozca cada una de las atribuciones que pertenecen al Servicio Nacional de Contratación Pública con el fin de mejorar el proceso de este, e innovar con herramientas tecnológicas para que, su procedimiento sea más claro y transparente, el mismo deberá regirse a las normas establecidas por la ley. Se habla también acerca de los objetivos presentes en la Ley Orgánica del Servicio Nacional de Contratación Pública entre los cuales se menciona el dinamizar la producción nacional, así como fomentar la participación de profesionales, artesanos, pequeñas y medianas empresas mediante ofertas competitivas.

El Directorio del Instituto Nacional de Contratación Pública está integrado por; (Ley Orgánica Del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008):

- El Ministro responsable de la Producción Empleo y Competitividad quien lo presidirá y tendrá voto dirimente;
- La máxima autoridad del Organismo Nacional de Planificación;
- El Ministerio de Finanzas;
- El Alcalde designado por la Asamblea General de la Asociación de Municipalidades del Ecuador;

- El Prefecto designado por el Consorcio de Consejos Provinciales del Ecuador CONCAPE;
- La máxima autoridad del organismo encargado de la inclusión económica.

Todas estas entidades tienen las funciones de planificar, proponer, priorizar la política nacional relacionada a la contratación pública. Dictar las políticas sectoriales o normas de la contratación pública, mismas que deben ser aplicadas por las entidades y la normativa para el funcionamiento y organización del Sistema Nacional de Contratación Pública. Por esto, las instituciones mencionadas son responsables de administrar el Sistema de Contratación Pública del país, así como plantear las condiciones y políticas para los procesos que se den en contratos de obras públicas a nivel nacional, por lo que se ve enfocado en la gestión referente a los ejes de calidad, eficacia, transparencia, eficiencia, recalcando el ahorro para el Estado y el cumplimiento de los valores, principios, éticas presentes en la contratación pública.

4.7 Análisis a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública

Para iniciar es importante destacar que, la Constitución del Ecuador señala en su artículo 286 que, “Las finanzas públicas, en todos los niveles de gobierno, se conducirán de forma sostenible, responsable y transparente y procurarán la estabilidad económica” (Constitución de La República Del Ecuador, 2008, p. 94).

Manejo de las finanzas públicas. – Las finanzas públicas, en todos los niveles de gobierno, se conducirán de forma sostenible, responsable y transparentemente, y procurarán la estabilidad económica. Los egresos permanentes se financiarán con ingresos permanentes. Los egresos permanentes para salud, educación y justicia serán prioritarios y, de manera excepcional, podrán ser financiados con ingresos no permanentes. (Constitución de La República Del Ecuador, 2008, p. 94).

Este artículo es de gran importancia en todos los niveles de gobierno, sea provincial, cantonal o parroquial deben tenerlo presente en cada momento. Llevar un adecuado control de los recursos financieros, acanala de mejor manera los ahorros del país. Por otro lado, al referirse a recursos públicos, se vuelve transversal la función de seguimiento y evaluación de los mismos, pues, se debe buscar una adecuada efectividad para el desarrollo del Ecuador. Señalando además que, las finanzas o recursos públicos tienen que ser administrados de manera eficiente para que sean aprovechados siempre

respetando la normativa actual de los ecuatorianos y con miras a obtención de mejores resultados a la menor inversión.

La Carta Magna indica en el artículo 288 que, “las compras públicas cumplirán con criterios de eficiencia, calidad, transparencia, responsabilidad social y ambiental. Se priorizarán los productos y servicios nacionales, en específico los provenientes de la economía popular y solidaria, y de las micro, pequeñas y medianas unidades productivas” (Constitución de La República Del Ecuador, 2008, p. 92).

El sistema del Ecuador en contratación pública tiene relación con el acceso y libertad de participación de contratistas y proveedores, sin embargo, da mayor independencia y apunta a la nacionalidad ecuatoriana como origen de las ofertas. Esto es de gran importancia ya que los fondos del Estado se quedan con la mano de obra local, apoyando así a la economía del país, en lugar de escoger a contratistas extranjeros. De esta manera, se contribuye también con el desarrollo local para impulsar el empleo y generar en la sociedad inclusión, prosperidad y cohesión social de forma creciente. Por otro lado, el principio de eficiencia se relaciona de forma directa con el cumplimiento práctico de los fines u objetivos, pues no debe ser visto netamente desde lo económico o presupuestario; ya que, el mencionado principio debe ser articulado de manera que de atención a los objetivos sociales y ambientales y de cómo se comportan adecuadamente para canalizar los recursos o fondos públicos

En Ecuador, la Contratación Pública está regida primeramente por la Constitución de la República como la máxima legislatura; y también por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública junto con la Resolución No. SECOB-DG-2018-0012 publicada en el Registro Oficial 397 de 2 de enero de 2019. Solo en 2018 Ecuador llegó a transaccionar por la vía de la contratación pública 7.000,6 millones de dólares, esto equivale al 6.4 % del PIB y el 20.1% del presupuesto general del estado (Macías et al., 2020, para. 5).

La contratación pública es en realidad un mecanismo de considerable importancia para el desarrollo de la economía del Ecuador, ya que, al mismo tiempo que introduce recursos económicos nacionales que dinamiza e intensifica y activa las actividades industriales, comerciales y productivas. Cabe recalcar que, cuando se cuenta con un sistema transparente de contratación pública y además que se encuentre adecuadamente regulado, nos favorece en el aseguramiento de una relación óptima entre calidad y el

precio. Como se ha mencionado en la pirámide de Kelsen, tenemos en el artículo cuatrocientos veinticinco de la Constitución de la República del Ecuador, el Orden Jerárquico de las Leyes la cual se fundamenta primeramente en la Constitución como su más alto nivel y luego se encuentra las Leyes Orgánicas y su Reglamento General. Es así que se indica que la contratación pública se encuentra formada por diversos instrumentos regulatorios y legales en diversos niveles los cuales deben ser aplicados conforme lo dicta la ley.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, reúne reglas claras para adjudicar los contratos e instituir responsabilidades de los entes contratantes y de todos quienes interceden en los procesos precontractuales y de contratación.

Con la ley se implanta un registro único de proveedores, que incluye un proceso de real control en la ejecución de los contratos, y que impone claras y fuertes sanciones para los infractores. Con su aplicación se otorga a las autoridades y a los ciudadanos parámetros e indicadores sobre la calidad de gasto y la calidad de gestión de los gerentes públicos. Esto significa que una ciudadanía consciente y participativa hará que se estructure de mejor manera la rendición de cuentas de los funcionarios públicos, la cual se verá complementada con un efectivo y ágil control posterior por parte de la Procuraduría y la Contraloría (Presidencia de la República del Ecuador, 2008, p. 5).

Definitivamente, el sistema de contratación pública del Ecuador tiene la postura de convertirse en una herramienta eficaz para alcanzar el desarrollo del país, además de tener incidencia en la automatización de los procesos de compras públicas que se generan, reduciendo así tiempos y con esto los costos administrativos también. En este sentido, se menciona al registro único de proveedores que como se ha señalado impone multas a los infractores sean personas naturales o jurídicas. Este registro enmarca su importancia en que se haga un proceso de contratación de forma transparente y que además se realice de forma rápida y ágil, pues, al tener todos los datos en una base de datos, se dinamiza el proceso burocrático tedioso.

El artículo cuatro de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública se menciona a los principios los cuales está sujeto la contratación pública, y estos son los principios de legalidad, trato justo, calidad, igualdad, vigencia tecnológica, concurrencia, oportunidad, transparencia, publicidad; y,

participación nacional (Ley Orgánica Del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008, p. 4)

El acatamiento a los principios de contratación pública señalados es de gran importancia para el Estado y la sociedad ecuatoriana, pues, los procesos de contratación que sean celebrados deben ser transparentes y de conocimiento general. Con la igual en oportunidades se fomenta a que todos los individuos y la comunidad se encuentren en las mismas condiciones, con la finalidad de que las personas que consideren que se puedan postular lo puedan hacer y así mismo puedan ser elegidos. Todos los principios están ligados entre sí, de esta manera el principio de concurrencia, como ya se ha mencionado anteriormente, todas las personas pueden participar en los procesos de selección para la adjudicación de contratos de obra siempre y cuando consumen con los requisitos requeridos para poder realizarla. Así, tiene su apoyo especialmente en los principios de publicidad e igualdad logrando de esta manera su instrumentación.

Se puede mencionar que, la base legal para la contratación pública en Ecuador es la LOSCNP, sin embargo, no es una norma exclusiva. Existe conjuntamente el reglamento a la Ley y otras resoluciones emitidas. Ninguna de estas resoluciones corresponderá estar en contradicción con ninguna norma que tenga un nivel jerárquico superior.

Es significativo mencionar el artículo 22 de la LOSCNP, el cual hace alusión al plan anual de contratación:

Las Entidades Contratantes, para cumplir con los objetivos del Plan Nacional de Desarrollo, sus objetivos y necesidades institucionales, formularán el Plan Anual de Contratación con el presupuesto correspondiente, de conformidad a la planificación plurianual de la Institución, asociados al Plan Nacional de Desarrollo y a los presupuestos del Estado.

El Plan será publicado obligatoriamente en la página Web de la Entidad Contratante dentro de los quince (15) días del mes de enero de cada año e interoperará con el portal COMPRASPUBLICAS. De existir reformas al Plan Anual de Contratación, éstas serán publicadas siguiendo los mismos mecanismos previstos en este inciso (Ley Orgánica Del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008, p. 12).

Este apartado de la ley enuncia que, las entidades del Estado ecuatoriano deben registrarse a cumplir con el vigente Plan Nacional de Desarrollo (PND), llamado en el anterior gobierno Plan Toda una Vida, mientras que en el actual se denomina Plan de Creación de Oportunidades. Siendo importante este punto debido a dichos palanes tienen como objetivo dotar de los lineamientos necesarios para el crecimiento, desarrollo y progreso del Ecuador. Es por ello que, los planes de contratación de los diferentes niveles de gobierno deben tener una vinculación con el PND, ya que, su ejecución y cumplimiento son trascendentales para el desarrollo del Ecuador.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en su artículo 14 indica el alcance del Sistema Nacional de Contratación Pública (SNCP), que menciona lo siguiente:

El control del Sistema Nacional de Contratación Pública será intensivo, interrelacionado y completamente articulado entre los diferentes entes con competencia para ello. Incluirá la fase precontractual, la de ejecución del contrato y la de evaluación del mismo. El Instituto Nacional de Contratación Pública tendrá a su cargo el cumplimiento de las atribuciones previstas en esta Ley, incluyendo en consecuencia, la verificación de: 1. El uso obligatorio de las herramientas del Sistema, para rendir cuentas, informar, promocionar, publicitar y realizar todo el ciclo transaccional de la contratación pública; 2. El uso obligatorio de los modelos precontractuales, contractuales oficializados por el Instituto Nacional de Contratación Pública; 3. El cumplimiento de las políticas emitidas por el Directorio del INCP y los planes y presupuestos institucionales en materia de compras públicas; 4. La contratación con proveedores inscritos en el RUP, salvo las excepciones puntualizadas en esta Ley; 5. Que los proveedores seleccionados no presenten inhabilidad o incapacidad alguna hasta el momento de la contratación. 6. Que la información que conste en las herramientas del Sistema se encuentre actualizada. Cualquier incumplimiento dará lugar a las sanciones previstas en esta Ley. Para ejercer control del Sistema, el Instituto Nacional de Contratación Pública podrá solicitar información a entidades públicas o privadas que crea conveniente, las que deberán proporcionarla en forma obligatoria y gratuita en un término máximo de 10 días de producida la solicitud. (Ley Orgánica Del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008, p. 10).

Este capítulo de la ley es sumamente importante ya que, habla sobre el control, monitoreo y evaluación del Sistema de Contratación Pública. Llevar a cabo estas actividades permite optimizar recursos y lograr una gestión adecuada del sistema. También se indica que los registros deben ser actualizados de forma obligatoria, pues es de gran auxilio para la agilidad de procesos, tener una base de datos actual. De esta manera, se instituye un verdadero modelo de contratación pública que sea transparente, legal, garantista y que además se enfoque al Buen Vivir de los ecuatorianos que se menciona en la norma suprema. Por otro lado, también se menciona una fase que bastante importante en cuanto a contratación pública, que es la fase precontractual en la cual se debe definir de manera clara y concisa los acuerdos y términos entre las partes para que de esta manera en lo posterior no exista algún contratiempo en la ejecución del contrato.

A continuación, mencionare los artículos 23 y 53 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Art. 23.- 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, 2008, p. 10).

Como se conoce en términos generales, prior a efectuar un proceso de adquisición de bienes, realización de obras o prestación de servicios, la entidad contratante tiene que contar con estudios previos. Corrientemente, esta responsabilidad le pertenece al área requirente de la entidad contratante. Dentro de estos estudios es significativo definir inicialmente el objeto de la contratación, los detalles técnicos, términos de referencia según el caso. El estudio económico es muy importante porque es sobre el cual se basará el presupuesto referencial y demás información que sea el pie para la contratación.

Art. 53.-Procedencia.- Para celebrar contratos de obra, podrá acordarse mediante resolución razonada de la máxima autoridad de la entidad, la celebración del Contrato Integral por precio fijo, cuando se cumplan de forma conjunta los siguientes requisitos: 1. Si del análisis previo a la resolución de la máxima autoridad, resulta más ventajosa esta modalidad con respecto a la contratación por precios unitarios; 2. Si se tratare de la ejecución de proyectos de infraestructura

en los que fuere evidente el beneficio de consolidar en un solo contratista todos los servicios de provisión de equipo, construcción y puesta en operación. 3. Si el presupuesto referencial de dicha contratación sobrepasa el valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,000007% por el monto del Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico; y 4. Que la Entidad Contratante cuente con los estudios completos, definitivos y actualizados.

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

Los contratistas de esta modalidad contractual asumen todos los riesgos y responsabilidades por el cumplimiento del objeto del contrato en las condiciones acordadas. (Ley Orgánica Del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008, p. 10).

Este artículo indica los requisitos que se deben cumplir para acceder a los contratos de obra. Es preponderante identificar y determinar claramente la obra que se desea ejecutar, además que se encuentre dirigida al cumplimiento de los objetivos de la entidad contratante. Claramente debe visualizarse también con horizontes a tener también procesos eficientes, ágiles y circunscribir las tecnologías de la información renovados que benefician a acrecentar la transparencia de estos procesos. Señalando además que, este tipo de contratos integrales por precio fijo son por ejemplo las construcciones de las hidroeléctricas, pues, cuando el Estado hace el contrato para la construcción de las mismas, sería, a criterio personal lo más apropiado que todo venga de un solo lugar, claro está sin que afecte a la economía del contratante. Es así que, en este tipo de contratos se admiten la posibilidad de incluir en su objeto el mantenimiento de los componentes del proyecto, aspecto que deberá ser contemplado previamente en el contrato que se realice.

4.7.1 Código Civil (2019)

El Código Civil Ecuatoriano en su artículo 1937 en relación a los contratos para construir edificios que sean efectuados con un empresario que se encargue de la totalidad de la obra bajo un precio fijado, menciona que están sujetos a las siguientes normas:

Contrato para construcción de edificios. – Los contratos para construcción de edificios, celebrados con un empresario que se encarga de toda la obra por un

precio único prefijado, se sujetan, además, a las reglas siguientes. (Código Civil, 2019, p. 133).

Los contratos que se realicen bajo su celebración, con un empresario donde asuma la responsabilidad de ejecutar una obra de bien inmueble, donde ya se encuentran los precios fijados para la construcción del mismo, deberá de sujetarse a las siguientes reglas.

1a.- 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; salvo que se haya ajustado un precio particular por dichas agregaciones o modificaciones; (Código Civil, 2019, p. 133).

Estos reajustes de precios es importante mencionarlos en este apartado, ya que, desde un inicio los precios ya fueron fijados por las entidades y posterior a ello o en plena ejecución de la obra esto causaría un desbalance en lo presupuestado inicialmente, afectado a la entidad contratante. Además, con los valores inicialmente dados sirve para fijar la cuantía del contrato, y así mismo la de sus garantías que debe estar sujeto a consideración del contratista para no afectar a la otra parte interesada. Adicionando que, los precios fijados del contrato de obra ya deben incluir el denominado beneficio, ganancia, utilidad o remuneración del contratista.

2a.- Si por circunstancias desconocidas, como un vicio oculto del suelo, ocasionaren costos que no pudieron preverse, deberá el empresario hacerse autorizar para ellos por el dueño; 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; (Código Civil, 2019, p. 133).

Para evitar justamente lo mencionado en este apartado, se pide realizar todos los estudios previos técnicos, así lo indica la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. El artículo 23 de dicha ley menciona que, antes de iniciar un procedimiento precontractual de deben realizar todos los estudios concernientes a la obra. Es por ello, que se debe poner la importancia necesaria a lo que indican las leyes para cumplir con los requisitos a cabalidad.

3a.- Si el edificio parece o amenaza ruina, en todo o parte, en los diez años subsiguientes a su entrega, por vicio de la construcción, o por vicio del suelo que el empresario o las personas empleadas por él hayan debido conocer en razón de

su oficio, o por vicio de los materiales, será responsable el empresario. Si los materiales han sido suministrados por el dueño no habrá lugar a la responsabilidad del empresario sino en conformidad al Art. 1934, inciso final; (Código Civil, 2019, p. 133).

Es importante destacar primeramente que, la responsabilidad de cada profesional de la construcción se fundamenta en la actividad que cada uno perpetre, según sea caso, como los arquitectos e ingenieros, es por ello que se detallan en el estudio y proyecto de obras de construcción todos los inconvenientes que estos pudieran originar. Por otro lado, la fiscalización de los trabajos que se hayan ejecutado es otro punto significativo, además de la mano de obra, pues, los obreros basan en la labor de construir y edificar lo que dicen los estudios. Por ello, siempre es trascendental realizar con los estudios adecuados para después no generar pérdidas al Estado a consecuencia de la ejecución de malas obras.

4a.- El recibo otorgado por el dueño, después de concluida la obra, solo significa que el dueño la aprueba como exteriormente ajustada al plan y a las reglas del arte, y no exime al empresario de la responsabilidad que por el inciso precedente se le impone; y, (Código Civil, 2019, p. 133).

Este numeral nos indica que una vez que se haya concedido el recibo por parte del dueño del inmueble o de la obra, al darla por terminada, este la aprueba exteriormente es decir solo por lo que podemos visualizar, mas no por la calidad de los materiales con los que se realizó la obra o si este lleva vicios de construcción, de suelo o de materiales, lo cual no exime al empresario de futuras responsabilidades.

5a.- Si los artífices, empleados en la construcción del edificio, han contratado con el dueño directamente por sus respectivas pagas, se mirarán como contratistas independientes, y tendrán acción directa contra el dueño. Pero si han contratado con el empresario, no tendrán acción contra el dueño sino subsidiariamente, y hasta concurrencia de lo que éste deba al empresario (Código Civil, 2019, p. 133).

Es decir que, el constructor debe responder por las fallas estructurales debido al uso materiales inadecuados, incorrecta adaptación del suelo, o por no cumplir con las reglas antisísmicas, por ejemplo, siempre que estas fallas ocurran dentro del periodo de garantía de los diez años que menciona la ley.

Art. 1940.-Aplicación de las normas del Código de Trabajo

Las disposiciones de este párrafo se aplicarán a los contratos para la construcción de una obra material, en relaciones jurídicas y en los casos que no estuvieran contemplados en el Código del Trabajo y las leyes especiales respectivas. (Código Civil, 2019, p. 133).

Estas disposiciones serán aplicables únicamente para la construcción de una obra material, es decir de un contrato de construcción que tiene por objeto realizar cualquier tipo de obra inmueble, puede ser puentes, carreteras, edificios, y se aplicaran en el único caso que estas no estuvieran contempladas en el código del trabajo y en sus leyes especiales específicas.

4.8 Vicios de construcción, de suelo y de materiales

Cuando una obra que no se encuentra bien ejecutada solemos decir que generalmente es una obra defectuosa. Por lo que es fundamental conocer acerca de los vicios que se pueden presentar en una obra, para saberlos identificar y de esa manera prevenirlos y evitar la ruina de la obra a un futuro.

Obra con defectos también se dice a una obra que tiene vicios. La palabra vicio tiene quizá un significado más intrínseco que la palabra defecto cuando la obra no está bien ejecutada. La palabra defecto, por el contrario, está más relacionada con la no funcionalidad del objeto, es decir, la cosa que se vende, la obra que se realiza (Albiez, 2015, p. 616).

En el lenguaje jurídico se utiliza más a menudo la palabra vicio que la palabra defecto. Aunque la expresión defecto puede tener un significado más extenso que el término vicio, es frecuente utilizar ambos de forma indistinta. El vicio al tener un significado intrínseco, hablando de obras se puede destacar entonces los vicios o defectos que suceden en la construcción o después de su terminación.

4.8.1 Vicio de construcción

Los vicios de construcción son todas aquellas malas acciones que causan el malfuncionamiento o construcción de una obra. El tema de la responsabilidad del constructor en las obras efectuadas sobre inmuebles, lejos de estar agotado, presenta cuestiones novedosas que enfrentan a los profesionales del derecho con la necesidad de encontrar soluciones adecuadas a los tiempos que corren (Sky, 2014, p. 4).

Las obras en su totalidad no están exentas de incurrir en algún momento en un vicio de construcción, por ello, para evitar llegar a instancias legales, es importante tener presente a los contratos precontractuales, los mismos que es un requerimiento que cobra mayor significado en las obras públicas, ya que, la estructura de cada obra responde a un estudio y diseño diferente, además, su construcción requiere una tecnología propia y mano de obra calificada.

El término vicios o defectos de construcción puede ser definido en términos generales, como “toda desviación de la obra de las condiciones estipuladas en el contrato, de las reglas de la construcción y de las obligaciones generales y específicas que incumben a los profesionales que intervienen en el proceso de edificación (Charles, 2018, p. 22).

Uno de los principales problemas que enfrenta la construcción y son, los vicios de construcción de las edificaciones, ya sea por falta de supervisión, o por mala calidad de los materiales utilizados, o la no realización de un estudio teórico. Los vicios de construcción se refieren entonces a cuando se adquieren un edificio, casa o departamento por estrenar y muchas veces, surgen defectos en el inmueble recibido, que tienen que ser reparados. Además, un vicio de construcción se podría mencionar que es la causa que ocasiona un daño material en una edificación o parte de la misma. Por ello es importante la coordinación adecuada por parte de la administración de la obra, los contratistas, trabajadores y proveedores.

Por otro lado, los vicios ocultos en la construcción son defectos o errores en la vivienda, edificio o local, que no se aprecian en la entrega al cliente de la obra, pero pueden ser consecuencia de errores en la fase de ejecución de la obra o de deficiencia en el proyecto. (Campos, 2020, p. 3).

Para quien no esté empapado de la actividad que desarrolla la industria de la construcción, el desafío de temas sin una solución legal clara es una constante que obliga a agudizar el ingenio para resolverlos de la forma más justa. Estos vicios o errores de construcción no son notables al momento de la entrega de la obra, no obstante, con el pasar del tiempo se van haciendo visibles y con ello viene también los problemas por parte de los administradores de obra.

Los vicios ocultos de la construcción más frecuentes son los siguientes:

- Humedades y filtraciones, consecuencia de una mala impermeabilización o de defectos en la instalación de la red sanitaria.
- Grietas de consideración en muros y tabiques.
- Desprendimiento de ladrillos o material de revestimiento.
- Defectos en solados, pinturas, acabados y azulejos como abombamientos, descoloración y desprendimientos.
- Mal funcionamiento de la red eléctrica, interruptores, luces, y tomas de corriente.
- Tuberías que no funcionan correctamente o colocación de colectores defectuosos (TARRADELLAS ADVOCATS, 2016, p. 1).

4.8.2 Vicio de suelo

En un primer acercamiento al concepto de vicio del suelo, se puede definir como:

Causa de la ruina puede considerarse como tal una actuación constructiva inadecuada respecto al suelo sobre el que se asienta la edificación y que trasciende produciendo defectos ruinógenos a la propia edificación. El vicio del suelo es aquel vicio del proyecto de la edificación diseñada por el arquitecto que no atiende a las especiales características del terreno en el que se ejecutará la obra (Fundación Laboral de la Construcción, 2019, p. 1).

En esta definición pueden incluirse desde los defectos técnicos en la redacción del proyecto por el arquitecto al obviar las peculiaridades del terreno en el que ha de realizarse la edificación hasta los defectos constructivos derivados bien de no seguir el constructor las indicaciones del autor del proyecto, bien de ejecutar inadecuadamente las instrucciones de éste. Estos problemas llevan claramente a una molestia para los clientes y la administración de la obra, llegando a ser incluso de carácter legal y con ello a tener valores monetarios por los daños que se pudieran ocasionar por estos vicios de suelo.

Para Garavito (2015), se entiende por vicio del suelo toda construcción hecha sobre un lugar que no tiene aptitud para la transmisión de cargas de que se trata. O sea, que siempre que la cimentación o la fundación no sea adecuada para el tipo del suelo y sobrevenga la ruina total o parcial de la obra, tenemos un vicio del suelo (Palma, 2015, p. 1)

Es por ello que, para de alguna manera evitar los mencionados vicios de suelo, el inspector o fiscalizador de la obra, debe durante la visita, evaluar las prácticas de trabajo que se están empleando. Esta evaluación puede realizarse antes o después de inspeccionar la documentación solicitada por la legislación nacional. Así se aseguran de forma técnica que la obra cuente con documentación adecuada y se aseguran si puede haber o no un vicio de suelo, el cual puede constituir en una amenaza inminente para la seguridad y salud de los trabajadores o de los posteriores dueños de la obra que se esté realizando.

El vicio del suelo está estrechamente ligado al vicio del proyecto, porque este vicio no solo se refiere al terreno impropio para determinada construcción, sino que también se refiere a las circunstancias por las cuales una construcción existente no permite mayor alzamiento (Palma, 2015, p. 1)

Por lo tanto, vicio del suelo es la falta de observación y de cálculo en cuanto a la resistencia del muro antiguo sobre el cual se debe apoyar la nueva construcción. Los vicios del suelo tienen generalmente el carácter de ocultos. En cuanto a la relación con los vicios de proyecto también se menciona que esta concierne a la estructura en sí del edificio, pues, es la que debe soportar las cargas que son los factores sobre si un edificio soporta o no su peso propio, esto es netamente trabajo de los cálculos de ingeniería y a los cuales se debe poner especial cuidado.

Para Sky (2014), el vicio de suelo se considera vicios en el suelo toda negligencia en el estudio de la naturaleza del suelo que por no haber sido tomada en cuenta suficientemente o proporcionadamente por el arquitecto, la hacen impropia para la construcción, para el sistema de estructuras o de cimentación, siendo inexorable que el arquitecto haya incumplido las reglas de su profesión, por lo que no cabrá imputar responsabilidad al arquitecto cuando se pruebe que fue el director de obra o el constructor quienes no siguieron las indicaciones formuladas por el arquitecto en el proyecto, como puede ser lo concerniente a la cimentación, o bien por haber realizado mal lo que el arquitecto, autor del proyecto indicó (Sky, 2014, p. 4).

En consecuencia, puede definirse como vicio del suelo aquel vicio del proyecto realizado por el arquitecto que no tuvo en cuenta las determinadas características del terreno en relación con la obra que sobre el mismo se procuraba realizar. Es importante hacer inspecciones a las obras para poder detectar a tiempo este tipo de vicios y, si los detectan poder dictar medidas apropiadas de forma rápida y segura para así evitar daños

o molestias mayores o afectar a la salud de las personas. Al no tomar en consideración las características del terreno, en su posterior construcción del edificio puede verse afectado los elementos de estructura como las columnas, vigas o cimientos.

Por otro lado, Palma (2015) menciona que, los vicios de suelo son defectos que pueden producir la ruina parcial o total de la obra, como son los que ocurrieran al afectar la estructura general, de suerte que, a causa de ellos, la solidez resultase gravemente comprometida. Son los que resultan ser causa adecuada de la ruina parcial o total de la obra, es decir de la pérdida de estabilidad de la misma, ya sea actual o inminente. Ejemplo: error al calcular las dimensiones de las vigas y columnas de un edificio, espesores de los muros, distribución de estos para que las cargas se transmitan al suelo, etc. (Palma, 2015, p. 2)

En otras palabras, se podría decir que, el vicio del suelo es aquel vicio del proyecto de la edificación diseñada por el arquitecto que no atiende a las especiales características del terreno en el que se ejecutará la obra. El ejemplo que se expone es muy crucial, porque, que sucedería si un mal profesional no realiza adecuadamente los cálculos de un edificio, estos problemas de vicio de suelo es un tema importante que los profesionales en la rama deben manejarlo con tal cuidado, de manera que a su posterior no represente problemas o desafíos para la obra.

4.8.3 Vicios de materiales

Constituyen vicios de los materiales la utilización de elementos no idóneos o que no respondan a las especificaciones legales y convencionales exigidas por la naturaleza de la edificación a construir, ya sea por un vicio intrínseco de los materiales, o por tener una calidad inferior a la requerida. Según los autores chilenos, Prat Echaurren y Corral Talciani, los vicios de los materiales son imputables al empresario constructor, por lo que indirectamente están señalando que éstos se incluyan dentro de los vicios de construcción (Sepúlveda, 2012, p. 260).

Efectivamente, todo vicio ocasionado por la mala calidad de los materiales se transporta irremediablemente a una impericia en el arte de construir, ya que el constructor encargado de edificar la obra es quien debe realizar un adecuado examen y determinar la manera idónea de usar los materiales de construcción. Teniendo presente que, el usar una buena calidad de materiales desde el inicio de una obra conlleva a ganancias en el futuro,

ya que, una buena inversión inicial puede proteger a la obra de daños como por ejemplo infiltraciones o humedad, que, sí no se hubiesen escogido buenos materiales, esto sería un problema.

Es el constructor de la obra quien determinará de acuerdo a los conocimientos de su *lex artis* cuáles son los materiales prescritos y de buena calidad para llevar a buen término la edificación. De modo que surgirá su responsabilidad:

1. En el uso de materiales que adolecen de un vicio intrínseco que los hace inservibles para el fin al que fueron destinados, lo que se traducirá en una obra defectuosa.
2. En el uso de materiales de una calidad inferior a la requerida, ya sea que el constructor utilice materiales buenos en sí mismos, pero que son impropios para el tipo de obra o para el uso a que se les destina (Sepúlveda, 2012, p. 260)

De esta manera, se puede indicar que, la utilización de materiales no aptos o que no conciernan a las descripciones convencionales y legales como por ejemplo el cemento ya caducado acarrea daños y problemas a las obras, por ello, es importante la presencia de un fiscalizador el cual ayude a que la obra se realice con todos los más altos estándares de calidad, teniendo en cuenta que, en obras estatales, el dinero del estado es el dinero del pueblo y debe ser mal invertido.

4.8.4 Vicio de proyecto

Los vicios del proyecto "comprenden todos los defectos técnicos de concepción y disposición que violen las reglas del arte o afecten de cualquier manera a la solidez, al destino, o al uso normal del edificio". Estos vicios pueden ser consecuencia no sólo de deficiencias en los planos, sino también en cualquiera de los demás elementos que integran el proyecto, como por ejemplo en las indicaciones contenidas en las memorias, especificaciones técnicas, cálculos, etc (Sepúlveda, 2012, p. 262).

Por último, el vicio de proyecto también esta inmersos en las obras, se puede mencionar entonces que, un vicio de proyecto no solo carece de aptitud para hacer estable el edificio, sino también que contenga infracciones a las normas administrativas. Se agrupan además los anteriores vicios mencionados, indicando además que, el vicio de proyecto abarca a los diseños no acordes de una obra y, teniendo presente que el diseño

es la parte central e inicial de un proyecto, por ello, tener personal calificado que revise los pliegos de obras es fundamental para evitar cualquier tipo de contratiempo en el proceso de realización de un proyecto y no solo en la parte estatal sino en lo civil también.

4.9 Contratos administrativos de obra y la recepción

4.9.1 El contrato administrativo

El contrato administrativo, se ha desarrollado en la medida de las circunstancias y los requerimientos de la realidad del contexto, ha presentado diversas creaciones, algunas de las cuales, en la actualidad carecen de validez, en referencia a las circunstancias que se presentan ante las situaciones diversas que despliega el sistema jurídico ecuatoriano, sin embargo, ciertos contenidos medulares son considerados actualmente ya que poseen aproximaciones acertadas en lo que respecta a los contratos administrativos, partiendo del hecho de que este, considera el contenido desde el sujeto, la jurisdicción, la forma, el objeto, terminando con el criterio que detallan las cláusulas.

Es importante resaltar que, el contrato administrativo tiene elementos comunes al contrato del derecho privado, pero con variantes directamente relacionadas con el contenido, el fin del mismo, así como los intereses que afecta y del régimen jurídico del cual se sustenta, es decir, considerando los diversos elementos que le integran, este se adapta tanto al interés público, como al privado, sin inutilizar el atributo principal originario del derecho (Dromi, 1987)

En este sentido, (Dromi, 1987) define al contrato como “Una categoría abstracta y genérica, una figura jurídica que en sentido estricto significa acuerdo de voluntades generador de obligaciones” (p.231); por tanto, concibe al contrato de la administración como un instrumento en el régimen jurídico, el cual, no corresponde al derecho público o privado, cuya especialidad generada por la singularidad de los elementos, efectos y caracteres que le integran le otorgan el perfil jurídico propio, en este caso a la Administración Pública.

4.9.2 Los Contratos Administrativos de obra

Una vez contextualizado el contrato administrativo, el cual se origina de la orientación de la Administración Pública de dar cumplimiento de los objetivos institucionales orientados a satisfacer las necesidades del bien común, siendo un

instrumento requerido para solventar situaciones que a simple vista y sin la intervención de este instrumento sería difícil de llevarlas a buen término.

En el marco legal ecuatoriano, entre los sustentos que definen al contrato administrativo se encuentra el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, el cual, determina en el Artículo 75 que el contrato administrativo “Es todo acto o declaración multilateral o de voluntad común; productor de efectos jurídicos, entre dos o más personas, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa. Su regulación se regirá por las normas jurídicas aplicables.”, de esta forma la estructura jurídica enmarca al contrato administrativo como elemento voluntario que posee consecuencias jurídicas ente dos o más personas.

Además, se presenta la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCPP), la cual es la norma que principalmente se enfoca en el entorno de la contratación administrativa, ya que todos los contratos que sean presentados por las entidades contratantes en amparo de esta ley son considerados contratos administrativos (LOSNCPP, 2009, p. 32)

La Ley Orgánica en el Sistema Nacional de Contratación Pública, en el artículo 6 numeral 5 señala: “Contratación Pública: Se refiere a todo procedimiento concerniente a la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras públicas o prestación de servicios incluidos los de consultoría”, (LOSNCPP, 2009, p. 32), en este sentido se amplifica el margen de cobertura de lo que se considera una contratación pública, ya que jurídicamente ingresa al procedimiento o acción de adquisición, ejecución de obras públicas y además la ejecución de servicios incluyendo lo que cumpla con el perfil de consultoría.

Siendo esta, quien regula los principios y normas de los procedimientos de la contratación que ejecuten las instituciones del Estado determinadas para tal fin, por lo que es de relevancia señalar, que el contrato administrativo para ser considerado como tal conlleva ciertas características que lo diferencia de los celebrados dentro del Derecho Privado.

En primer lugar, es que una de las partes es la Administración, la cual, es quien establece las reglas en la dinámica de la participación, considerando que estas no pueden ir más allá de lo que la Constitución y Leyes lo permitan, y la otra parte que constituye la estructura es la persona natural o jurídica, nacional o extranjera con plena capacidad

para obligarse, que reconozca los parámetros determinados por la Administración y declare el consentimiento legal, mediante la suscripción del contrato, exponiendo el acuerdo de voluntades.

En segundo lugar, el objeto del contrato administrativo es de interés público, en otras palabras, la Administración busca el fiel acatamiento de los objetivos establecidos, en la satisfacción de las necesidades colectivas como es el bien común.

Por último, el contrato administrativo dentro de la legislación ecuatoriana existe una norma que exclusivamente regula lo concerniente todos los procedimientos de contratación con la premisa de la protección de los intereses públicos, como lo es la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y el Reglamento General, apoyándose además en las resoluciones emitidas por el Servicio Nacional de Contratación Pública (Sistema Nacional de Información, 2011).

En consecuencia, considerando lo anteriormente expuesto, el contrato administrativo, al ser un acuerdo de voluntades es además un originador de obligaciones y derechos, donde una de las partes obligatoriamente es la administración pública, por lo que el objeto del contrato y los elementos que lo integran, le otorgan el carácter de administrativo vinculado al Derecho Público, por tanto, el fin principal es la satisfacción de necesidades del bien común.

Por otra parte, la participación de un particular es medular para el desarrollo de las actividades administrativas, siendo este un apoyo a la misma, la cual, se encuentra directamente condicionada a los requerimientos de la Administración, orientados principalmente a la satisfacción de las necesidades comunes.

En este sentido, la obra pública es uno de los elementos que está orientado para tal fin, Dermizaky (Dermizaky Peredo, 2001) la define como: “Toda construcción integral y reparación realizada sea por la administración pública directamente, sea por el contratista, o bien por concesionarios sobre bienes inmuebles o muebles directa e indirectamente afectadas al uso público” (p. 151), es decir, en general la construcción, trabajo, remodelación que se lleve a cabo sobre bienes de uso público en manos de la administración o en defecto por terceros con un fin de utilidad común.

El documento que interviene en la concentración de todos los elementos que sustentan la relación antes expuesta es el contrato de obra pública, el cual, se encuentra fundamentalmente lo siguiente:

Para Garrido, F., Palomar A. & Losada H. (2012), por acuerdo en común de las voluntades tanto de la Administración como del particular, se crea, modifica o extinguen relaciones jurídicas entre las partes, así mismo, las relaciones jurídicas son consideradas de carácter bilateral, donde ambas partes quedan ligadas recíprocamente. Siendo, el contrato un acuerdo de voluntades donde asumen obligaciones.

Este, adquiere un régimen especial al integrar elementos que lo diferencian significativamente de los contratos civiles, sin necesidad de que se exprese de administrativo, ya que las cláusulas cuando la administración contrata bajo un régimen están fuera de la órbita normal del derecho privado, la voluntad del particular se manifiesta en la aceptación de las condiciones impuestas por la administración con lo cual se demuestra el acuerdo de voluntades, convirtiéndole al contrato administrativo en acuerdo bilateral.

En este sentido se contempla bajo un procedimiento de derecho público como es la licitación pública, con un pliego de bases y condiciones impuesto por la administración en forma unilateral; incorporando cláusulas por las que puede aplicar y ejecutar por sí ciertas penalidades, por lo que de esta forma se exime asimismo de responsabilidad por falta de pago o mora en los pagos salvo el reconocimiento de intereses reducidos. Entre otras, excluye la indemnización de lucro cesante si no cumple con el contrato (Dromi, 1987, p. 50)

Por lo que el contrato ha quedado sometido a un régimen de derecho público, siendo por lo tanto un contrato administrativo y no un contrato de derecho privado de la administración.

Por otra parte, son los contratos más importantes en el Derecho de la Contratación Pública, Fernández (Fernández, 2000) expresa que:

No solo por ser una de las primeras expresiones de la actividad de la Administración Pública, si no también, por su cuantía que suele ser elevada por su frecuente realización, así como por haber sido de los primeros negocios

contractuales que merecieron regularse mediante un régimen jurídico exorbitante del derecho Privado, por lo que suele considerarlos los contratos administrativos por antonomasia. (p. 140)

Entonces, el contrato administrativo es considerado como el medio o instrumento, por el cual una persona, física, o jurídica, se encarga con relación al Estado de construir o conservar una obra pública en las condiciones que fueren establecidas y mediante un precio que debe abonar el Estado.

Por lo que se enfatiza, en que el contrato administrativo de obra es un instrumento por medio del cual, las partes acuerdan la construcción de una obra pública, pero para que esta tenga plena validez debe cumplir ciertas formalidades.

Gómez & Rincón (Gómez & Rincon, 2001) señalan “que en el contrato de obra el contratista se obliga a la realización de una obra y a cambio, adquiere el derecho a percibir un precio” (p.221), esta definición se agrega un aporte más, es que en el contrato de obra el contratista realiza la construcción de la obra a cambio de un beneficio económico, con lo cual se satisface un interés particular, por tanto en el contrato administrativo se conjuga dos intereses, el interés común que es parte de la Administración y el interés del particular, a decir de Sayagués (Sayagués Laso, 2002) indica “el contrato de obra pública: puede definirse como el contrato que la administración celebra para la ejecución de una obra pública, retribuyendo a la empresa contratista mediante un precio”. (p. 75)

Para que se configure el contrato debe existir necesariamente una administración pública como parte principal, la otra parte denominada contratista, toma a cargo la ejecución de la obra, es generalmente una empresa particular. Para que exista obra pública se requiere un trabajo o labor de construcción, modificación, reparación, o mantenimiento de un bien inmueble.

García (García, 2011) respecto al contrato de obra señala “es un contrato de resultado, y de resultado total” (p. 784), por cuanto la responsabilidad del contratista es la entrega total de una obra terminada, es decir mientras esta no sea recibida y aceptada por la Administración, el contratista continúa siendo propietario y por ende es quien debe soportar los riesgos de pérdida, destrucción o deterioro.

El contrato administrativo de obra pública es uno donde la potestad de dirección y control se pone de manifiesto con mayor intensidad. Esto es así porque, independientemente del riesgo asumido por el empresario, la obra es del Estado y se ejecuta para satisfacer una finalidad o interés público. En el ejercicio de esta potestad, en este contrato se ven claramente dos consecuencias de la finalidad estatal, la subordinación jurídica del particular y el carácter de colaborador de la Administración.

Igual que el resto de los contratos administrativos, el contrato de obra pública tiene como elementos esenciales la capacidad, el consentimiento, causa, objeto y solemnidades o formalidades, como lo indica el Barrera (Barrera Espín, 2001) cuenta con ciertas características, lo describe como:

Un contrato bilateral, porque tanto el Estado como el contratista se obligan recíprocamente. Es oneroso, porque tanto la administración como el empresario se gravan cada uno en beneficio del otro. Es conmutativo, porque cada una de las partes se obliga a una cosa que se mira como equivalente de la otra. Los contratos de obra pública es que su ejecución no es de forma inmediata, sino de tracto sucesivo o de ejecución que se sucede con varios actos en el tiempo. El contrato de obras públicas es un contrato de colaboración que lleva al factor “*intuitupersonae*”, en cuanto él se adjudica en razón de la persona. (p.57)

Se describe el contrato, como un elemento de bilateral pues en ambas partes existe obligación, y dentro de esta sinergia el beneficio es mutuo, con elementos equivalentes de beneficio, tales como el pago recibido en contraparte de realizar lo establecido en el mismo por parte del contratista, que es beneficiado a título personal en la personalidad que represente para obtener el beneficio, ya que se adjudica teniendo en cuenta las cualidades de la persona seleccionada.

Es importante señalar, además, que es un documento de resultado y no de actividad, es decir, genera no a una deuda de medios, sino de resultados, donde la ejecución se realiza a riesgo y ventura del contratista.

Con todos los argumentos expuestos la legislación ecuatoriana en el Decreto 143 agrega una característica más señalando que la contratación pública debe ser considerada como “un elemento dinamizador de la economía local, nacional, identificando la capacidad nacional y promoviendo la generación de ofertas competitivas”.

Es decir, la Administración al ser la parte que condiciona es la encargada de determinar bajo qué condiciones el objeto contractual debe ser entregado; como también, luego de un proceso de selección determinar el particular que este apto para la ejecución de la obra, propendiendo que la participación nacional sea más competitiva, y por ende sea ese particular sea un verdadero colaborador que conjuntamente con la Administración logre la satisfacción del bien común.

Cumplido el procedimiento de selección y emitida la resolución de Adjudicación se determina el oferente seleccionado se procede a la elaboración del contrato el cual debe ser conforme o acorde con los pliegos y al acto administrativo de adjudicación, es decir no podrá incluir estipulaciones que establezcan derechos y obligaciones contrarios a los determinados en el pliego, las cláusulas deben ser claras, precisas y de fácil entendimiento para las partes.

Identificando las partes, determinando periodo de tiempo de ejecución de la obra, presentando las garantías de la obra, entre otros elementos de forma del contrato administrativo. Es de esta forma, que se inicia el desarrollo de una obra pública. Es importante señalar que en el siguiente apartado se hará énfasis en relación a las garantías que deben existir en los contratos al momento de realizar la adjudicación de la obra.

4.10 Garantías existentes en los contratos de adjudicación de obra.

En términos generales, las garantías constituyen una obligación accesoria que garantiza el cabal cumplimiento de una obligación principal, y, en consecuencia, aquella sigue la suerte de esta. En contratación pública, la finalidad de las garantías siempre será que se cumplan oportuna y cabalmente las obligaciones derivadas del contrato por parte del contratista.

Tiene fundamento en la posición de superioridad de la administración dentro del contrato que se plasma en las cláusulas exorbitantes, una de ellas, evidentemente es la que impone la obligación de que se rindan garantías. Las garantías buscan proteger los riesgos que eventualmente se busca tener cubierto el buen uso de anticipos, la calidad de los materiales, el cumplimiento hegemónico del contrato, el respaldo técnico, las obligaciones con terceros. El artículo 73 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública determina las formas de garantía existentes

Presenta inicialmente, la garantía incondicional y la fianza instrumentada, ambas son de carácter irrevocable y la cobranza de la misma es inmediata, la primera es presentada por un banco o institución financiera de establecimiento nacional o siendo este intermediario y la segunda está sustentada en una póliza de seguros.

Según requerimientos de la Administración el contratista, pudiese presentar Primera hipoteca de bienes raíces, considerando que el monto de la garantía no pase del 60% del valor del inmueble, previo avalúo debidamente reconocido a razón de sustentar dicho valor en un estudio de condiciones debidamente sustentado.

Además, el contratista, puede hacer uso de papeles financieros del Estado, municipalidades u otras instituciones del sector público, siempre y cuando el valor este acorde a la cotización de los mismos, al momento en que constituye la garantía, siendo los intereses que estas generan propiedad del contratista. Considerando, además, certificados de depósito a plazo, emitidos por una institución financiera establecida en el país, endosados por valor en garantía a la orden de la Entidad Contratante y cuyo plazo de vigencia sea mayor al estimado para la ejecución del contrato.

Resaltando que estas condiciones solo aplican para entidades del sector privado, ya que en la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública, en su artículo 2, Numeral 8, indica que quedan exentas de garantías aquellos contratos que el Estado celebre o lleve a cabo con: “entidades del sector público o aquellas con empresas públicas o empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en el cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público o sus subsidiarias; y las empresas entre sí”.

Para hacer efectiva la garantía, la Entidad Contratante tendrá preferencia sobre cualquier otro acreedor, sea cual fuere la naturaleza del mismo y el título en que se funde su pretensión. Las garantías otorgadas por bancos o instituciones financieras y las pólizas de seguros, no admitirán cláusula alguna que establezca trámite administrativo previo, bastando para su ejecución, el requerimiento por escrito de la entidad beneficiaria de la garantía. Cualquier cláusula caso contrario, se entenderá como no escrita.

En el Artículo 74 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, hace referencia a la garantía de fiel cumplimiento. La cual se encuentra establecida como elemento de seguridad, por parte de la Administración hacia el

cumplimiento del contrato por parte del contratado, considerando además que las obligaciones que contrajeren a favor de terceros, relacionadas con el contrato, el adjudicatario, antes o al momento de la firma del contrato, rendirá garantías por un monto equivalente al cinco (5%) por ciento del valor del mismo.

Esta garantía se crea en beneficio no solo del buen cumplimiento del contrato, sino también para cubrir obligaciones contraídas a favor de terceros y además de garantizar la debida ejecución de la obra, así como de la buena calidad de los materiales, asegurando con ello las reparaciones o cambios de aquellas partes de la obra en la que se descubran defectos de construcción, mala calidad o incumplimiento de las especificaciones, imputables al proveedor.

En el Artículo 75, de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, se expone la garantía por anticipo, si en el contrato se manifiesta la entrega de anticipos de cualquier naturaleza, el contratista previamente debe presentar una garantía por el mismo valor del anticipo otorgado, este se reducirá en la medida en que se amortice el mismo o se realicen entregas parciales de la obra o servicio. El monto del anticipo lo regulará la Entidad Contratante en consideración de la naturaleza de la contratación.

Es el Artículo 77, de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, el que contempla la Devolución de las garantías:

En los contratos de ejecución de obras, la garantía de fiel cumplimiento se devolverá al momento de la entrega recepción definitiva, real o presunta. En los demás contratos, las garantías se devolverán a la firma del acta recepción única o a lo estipulado en el contrato.

4.10.1 La Recepción de obra

La Recepción dentro del contrato administrativo nace con la solicitud del contratista a la Administración mediante el cual hace la entrega de la obra, esta certificación establece que la obra se ha realizado conforme a las condiciones establecidas en el contrato y que se podía proceder al pago.

La Recepción o el proceso de recepción ha existido en el Ecuador a partir de la Ley de Licitaciones y Concurso de Ofertas, posteriormente constaba en la Ley de Contratación Pública, actualmente la recepción es acogida en la Ley Orgánica del

Sistema Nacional de Contratación Pública, en las normas antes mencionada ya se contemplaba la figura de la recepción presunta únicamente aplicable en el contrato de obras, ahora concebida como recepción de pleno derecho y aplicable para todos los procesos de contratación administrativa.

Para dar por concluido el ciclo del contrato, se debe generar el acto formal que exige la norma en primera instancia es la suscripción de las respectivas actas de recepción, seguidamente la liquidación del contrato, contempladas en el Art. 124 del Reglamento de la Ley Orgánica del Sistema de Contratación Pública.

Establece que el contenido de las actas sea de recepción provisional, parcial, total y definitivas serán presentadas por el contratista y los integrantes de la comisión designada por la máxima autoridad de la entidad contratante o delegado conformada por el administrador del contrato y un técnico que no haya intervenido en el proceso de ejecución del contrato.

En el contenido de las actas se debe considerar los antecedentes de la ejecución, condiciones generales y operativas. exponiendo liquidación económica, liquidación de plazos, constancia de la recepción, cumplimiento de las obligaciones contractuales, reajustes de precios pagados, o pendientes de pago y cualquier otra circunstancia que se estime necesaria, exponer para establecer claramente el contexto del contrato.

Con la consideración de que, en las recepciones provisionales parciales, se registrara como antecedente la información referida con la recepción precedente. La última recepción provisional incluirá la información sumaria de todas las anteriores.

Dromi (Dromi, 1987) coincide en mencionar “El cumplimiento del objeto del contrato supone que las partes podrán verificar en la práctica que ello así ha ocurrido en los términos contratados y que las obligaciones de ambas se encuentran debidamente cumplidas” (p.140), por tanto, una vez comprobado el cumplimiento se otorgará la recepción y liquidación final.

Las actas de recepción son los documentos materializados mediante el cual se determina previa una verificación total que el objeto contractual se ha cumplido a satisfacción, y sobre este resultado se realizará la liquidación total de plazos, entrega de garantías, pagos pendientes o devoluciones, en fin, cierre total del contrato.

Según el Artículo 123 del Reglamento a la Ley Orgánica Sistema Nacional Contratación Pública:

La recepción definitiva procederá una vez transcurrido el término previsto en el contrato, que no podrá ser menor a seis meses, a contarse desde la suscripción del acta de recepción provisional total o de la última recepción provisional parcial, si se hubiere previsto realizar varias de éstas. Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso anterior, para la recepción definitiva de obras, la entidad contratante, podrá establecer un término menor al indicado, situación que constará en los pliegos y en el contrato, según la naturaleza de la obra así lo permita (LOSNCP, 2009, p. 30)

Esto permite al contratista realizar recepciones provisionales, sin perjuicio de lo establecido en el contrato. Siempre y cuando en este no exprese lo contrario, este tipo de modalidad se presenta cuando la magnitud de la obra así lo considere.

El proceso de recepción de obra inicia cuando el contratista, llegado el plazo determinado en el contrato, informa a la Administración que la obra ha sido terminada y por tanto solicita se proceda a recibir la misma.

En los contratos de ejecución de obras, quien recibe la obra no tiene los elementos suficientes para declarar cumplida la obligación, precisamente por la naturaleza del contrato es necesario que se realice de una manera singular, que consiste en hacer dos recepciones una provisional y una definitiva, entre una y otra debe haber un tiempo prudencial que haga evidente el cumplimiento del objeto del contrato. (Barrera Espín, 2001).

La Recepción Provisional, según López (López, 2011): “Es el acto formal mediante el cual la Entidad Contratante recibe el objeto materia del contrato provisionalmente, es decir, sujeto a verificación dentro de un término legal”(p.353), a partir de la solicitud de recepción de la obra efectuada por el contratista, la Administración dentro del plazo determinado en el contrato o en caso de no haberse contemplado el plazo, dentro de los 15 días posteriores a la solicitud del contratista se pronunciará, pudiendo la Administración por razones técnicas debidamente justificadas negarse a recibir la obra, debiendo el contratista dentro del término otorgado subsanar las observaciones efectuadas por la comisión responsable de la recepción, verificado

el cumplimiento de las observaciones la Comisión conjuntamente con el contratista se procederá a suscribir el acta de recepción provisional.

Esta recepción también prevé recepciones parciales en la que se pueda aceptar obras por etapas o se refieren a contratos de tracto sucesivo o de larga duración, en la que las obligaciones se generan y a su vez se extinguen en forma parcial o provisional, a medida que se va ejecutando el contrato.

4.10.2. Entrega definitiva de obra

En el modelo de pliego de los procedimientos de contratación de obras para proyectos financiados por el Banco Inter-Americano de Desarrollo, de acuerdo a la versión de SERCOP (2014), se menciona lo siguiente:

Transcurrido el término fijado desde la suscripción del acta de recepción provisional total, o de la última recepción provisional parcial, o desde la declaratoria de recepción provisional presunta, el contratista solicitará una nueva verificación de la ejecución contractual de la obra, a efectos de que se realice la recepción definitiva de la misma, debiéndose iniciar ésta en el plazo de diez días contados desde la solicitud presentada por el contratista.

8.3. Si en esta inspección se encuentra algún defecto de construcción no advertido en la recepción provisional, se suspenderá el procedimiento, hasta que se lo subsane, a satisfacción de la contratante y a costa del contratista. Si el defecto fuere de menor importancia y a juicio de la contratante pudiere ser subsanado dentro del proceso de recepción definitiva.

8.5. Si la contratante no hiciere ningún pronunciamiento respecto de la solicitud de recepción definitiva, ni la iniciare, una vez expirado el plazo de diez días, se considerará que tal recepción se ha efectuado de pleno derecho, para cuyo efecto un Juez de lo Civil o un Notario Público, a solicitud del contratista notificará que dicha recepción se produjo, de acuerdo con el artículo 81 de la LOSNCP.

8.6. Operada la recepción definitiva presunta, a solicitud del contratista o declarada por la contratante, producirá como único efecto la terminación del contrato, dejando a salvo de los derechos de las partes a la liquidación técnico económica correspondiente.

Las partes buscarán en el plazo de 30 días posteriores a la recepción definitiva presunta suscribir el acta de la liquidación técnico-económica del contrato, sin perjuicio de iniciar las acciones legales de las que se crean asistidas (p. 7).

Dentro de este modelo se menciona que una vez que haya culminado el plazo, a partir de la última acta de recepción y entrega parcial o total de la obra, el contratista debe solicitar una verificación de la ejecución de la obra bajo contrato, con la finalidad de que se realice la entrega definitiva de la obra, el plazo para la entrega de esta por parte del contratista debe realizarse a los diez días a partir de la solicitud de verificación de la obra presentada por el contratista.

Por otro lado, en caso de que durante la inspección se presente algún inconveniente en la construcción de la obra, que no haya sido informado con anterioridad durante la recepción provisional se debe proceder a suspender el proceso hasta que el contratista solucione el problema, o en caso de que este sea de menor grado puede subsanarse al contratante en el momento de la entrega definitiva de la obra.

En caso de que la institución contratante no se pronuncie de ninguna manera con relación a la solicitud de recepción definitiva de la obra, culminado el plazo de los diez días a partir de la solicitud, se procederá a considerar que la entrega de la obra se a realizado de pleno derecho.

Una vez realizada la entrega definitiva de la obra se dará por terminado el contrato, ya sea por solicitud de la empresa contratista o por declaración de la institución contratante, dejando libre a las partes de la liquidación técnico-económica. Además, en el plazo de 30 días a partir de la entrega de la obra tanto el contratista como el contratante deberán suscribir el acta de la liquidación técnico-económica del contrato, sin intención de llevar a cabo acciones legales.

4.10.3. Principios de Contratación Pública

Además, se menciona los principios de Contratación Pública (Zúñiga, 2011):

- **Legalidad:** Considerado como un principio transversal del Derecho público. Además, es establecido en el Manual de Buenas Prácticas en la Contratación;

- Trato justo: Corresponde al trato establecido por la administración para cada uno de los participantes presentes en el Manual de Buenas Prácticas en el proceso de Contratación Pública;
- Igualdad: Se debe a la manifestación constitucional referente al trato igual entre las partes administrativas. Por esto, las entidades contratantes determinan las mismas condiciones entre sus participantes ya que, al no hacerlo construirá una discriminación injustificada;
- Calidad: Referente a las necesidades públicas sean directa o indirectamente deben complacer las necesidades públicas contando con los mejores elementos para satisfacerlos. Además, este principio debe ser del gasto y de los objetos de contratación dependiendo de las determinaciones técnicas y de referencia;
- Vigencia tecnológica: Constituye en la prestación de servicios con el fin de reunir las condiciones de calidad para cumplir el objetivo requerido desde su adquisición hasta un determinado tiempo y vida útil con el fin de integrarse y reponerse, en otras palabras, a través de este principio se garantiza el uso de bienes arrendados o adquiridos mediante tecnología de punta;
- Oportunidad: Hace relación a la eficiencia y eficacia observadas en la administración pública, por lo que, a través de los procesos de compras públicas se logra satisfacer las necesidades de las empresas contratantes, de manera que, se realice con agilidad cada caso dado;
- Concurrencia: Ayuda a la promoción de competencia en base a la contratación y las administraciones públicas a través de ofertas que sean convenientes.
- Transparencia y publicidad: Es consagrado por la Constitución según el art.12 del Código Orgánico Administrativo, por lo que, se define como el acceso a la información pública, así como de interés general, a los archivos administrativos, expedientes y registros.
- Participación nacional: Es considerado como un objetivo de Contratación Pública que permite la dinamización tanto local y nacional mediante los mecanismos e incentivos tomando en cuenta los márgenes de preferencia y bajo los criterios de contratación (p.71).

Todos estos, son considerados como derecho que poseen los actores del Sistema Nacional de Contratación Pública de manera que al establecer un equilibrio en el proceso contractual y precontractual entre el contratante y proveedor se evite que dañen los intereses del Estado. De manera general, todos los principios deben ser aplicados de manera adecuada ya que, puede ocasionar arbitrariedades por el Estado e instituciones al no llevarlo de forma correcta.

Cabe mencionar que para la contratación pública que concierne a instalaciones, construcciones, adecuaciones, remodelaciones, se detalla los siguientes conceptos (Ponce, 2009):

- La restauración y mantenimiento de los bienes inmuebles será ejecutado cuando en realidad requiera modificar el inmueble propio;
- Al momento de derogarse;
- Las obras en las cuales el contratista lleve a cabo desde el diseño hasta la finalización total, en ocasiones se requiere de implementar tecnología;
- Los trabajos con relación a la exploración, perforación, localización, mejoramiento del suelo, extracción con el objeto de desarrollar los recursos naturales permanentes en el subsuelo o suelo;
- Instalaciones y plataformas usadas de manera directa o indirecta para la explotación de recursos naturales;
- Trabajos referentes a la infraestructura agropecuaria;
- Instalaciones, montaje, incluyendo pruebas de operaciones de bienes;
- Proyectos de infraestructura a largo plazo bajo términos legales (p.4).

Todos estos se consideran como obras públicas que tengan el fin de construir o modificar bienes inmuebles para satisfacer las necesidades de las partes interesadas, dicha obra será plasmada bajo un contrato de trabajos públicos para un bien común.

4.11. Instrumentos internacionales

En este apartado se examinarán los estándares internacionales que constituyen el precedente inmediato para la publicación de la LOSNCP.

Convención Interamericana Contra la Corrupción

La Convención, suscrita en el marco de la Organización de los Estados Americanos (OEA), tiene como objetivo promover y fortalecer a cada Estado parte para desarrollar los mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción; promover, facilitar y regular la cooperación entre los Estados, con el fin de detectar, sancionar y erradicar las prácticas corruptas en el ejercicio de la función pública (OEA, 2009).

Con respecto a la contratación pública, los Estados partes acordaron tomar medidas para establecer un sistema de contratación nacional de bienes y servicios para garantizar la transparencia, la equidad y la eficiencia, para de esta manera disminuir la corrupción en los Estados, en vista que cada vez se escucha con mayor fuerza este tema, en el cual los interesados dan incentivos económicos a los encargados de la contrataciones públicas para ser elegidos de entre el resto de concursantes, violando de esta manera el principio de transparencia en estos concursos.

Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción

Esta Convención trata extensamente algunos tópicos para prevenir o combatir la corrupción (Organización de Naciones Unidas, 2004). Dado el alto grado de incidencia de la corrupción en materia de contratación pública, en su Art. 9 establece las siguientes prescripciones:

1. Cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, adoptará las medidas necesarias para establecer sistemas apropiados de contratación pública, basados en la transparencia, la competencia y criterios objetivos de adopción de decisiones, que sean eficaces, entre otras cosas, para prevenir la corrupción. Esos sistemas, en cuya aplicación se podrán tener en cuenta valores mínimos apropiados, deberán abordar, entre otras cosas:

a) La difusión pública de información relativa a procedimientos de contratación pública y contratos, incluida información sobre licitaciones e información pertinente u oportuna sobre la adjudicación de contratos, a fin de que los licitadores potenciales dispongan de tiempo suficiente para preparar y presentar sus ofertas;

- b) La formulación previa de las condiciones de participación, incluidos criterios de selección y adjudicación y reglas de licitación, así como su publicación;
- c) La aplicación de criterios objetivos y predeterminados para la adopción de decisiones sobre contratación pública a fin de facilitar la ulterior verificación de la aplicación correcta de las reglas o procedimientos;
- d) Un mecanismo eficaz de examen interno, incluido un sistema eficaz de apelación, para garantizar recursos y soluciones legales en el caso de que no se respeten las reglas o los procedimientos establecidos conforme al presente párrafo
- e) Cuando proceda, la adopción de medidas para reglamentar las cuestiones relativas al personal encargado de la contratación pública, en particular declaraciones de interés respecto de determinadas contrataciones públicas, procedimientos de preselección y requisitos de capacitación (ONU, 2005, p. 7).

Dado el talante de la Convención, es evidente que el foco de preocupación de sus disposiciones se fundamenta en la adopción de medidas de anticorrupción, para de esta forma reducir este problema a nivel mundial. No obstante, resulta interesante la introducción del concepto de sistema entre sus enunciados, lo cual a su vez coincide con las visiones modernas respecto a la manera de cómo enfrentar los problemas de transparencia y eficiencia en la contratación pública. A causa de estos eventos la Organización Mundial de las Naciones Unidas dispuso de reglamentos en los cuales se menciona que cada Estado está obligado a cumplir con los principios fundamentales de contratación pública para que las decisiones tomadas estén acorde a los beneficios del Estado y la comunidad, y no exista de por medio intereses personales.

Además, para que este proceso se desarrolle de manera adecuada se han establecido las siguientes directrices: difusión pública de los procesos de contratación pública, con el objeto de que toda la comunidad tenga conocimiento acerca del proceso de selección, también se establecieron las condiciones de participación, para que de esta manera no existan privilegios entre ninguno de los contratistas y que todos se encuentren bajo las mismas condiciones, también se dio un planteamiento de criterios y objetivos

para que la toma de decisiones durante el proceso sea lo más transparente posible, estructurado examen interno y un sistema de apelación eficaz.

Dos principios: publicidad y oportunidad, se mencionan como sustanciales para alcanzar transparencia en la contratación pública. Antes de la gran reforma del 2008, no existía una adecuada publicidad por no contarse con un medio único y oficial de registro de actores y de difusión de información, y por tanto quedaba a expensas de invitaciones o convocatorias en medios tradicionales (fundamentalmente publicaciones en periódicos) que en la práctica llegaban de forma limitada a los participantes potenciales (Registro Oficial Suplemento 166, 2005).

Una aspiración plasmada en las disposiciones antes citadas es la objetividad de las decisiones que se adopten por parte de los diseñadores de reglas de juego y evaluadores de propuestas. No es fácil abandonar los sectores discrecionales, pero la ausencia de reglas y lineamientos de un solo organismo fue sin duda una tendencia en las compras públicas de Ecuador antes de 2008.

Una garantía fundamental de un sistema transparente es la capacidad de impugnar las decisiones que afecten los intereses legítimos de los involucrados en los procedimientos de contratación. Sin embargo, hoy como ayer, este sistema carece de mecanismos ágiles y efectivos de queja u objeción, lo cual es una de las debilidades de la reforma (Garofalo, 2013).

Finalmente, otro aspecto trascendental que se enfatiza en este apartado es la capacitación y profesionalización de las compras públicas como soporte para una adecuada gestión y alcance de resultados, todo esto puede llegar a ser posible por medio del arduo trabajo en el sistema hasta conseguir el más perfecto, con las regulaciones más avanzadas y completas, pero en caso de que por medio de la implementación continúa arbitraria o ineficaz e improvisada, no se logrará el resultado de transparencia y eficiencia, se deben optar por nuevas medidas que ayuden a mejorar el sistema, todo ello a favor de mejorar el proceso de compras públicas.

Plan Andino de Lucha Contra la Corrupción

De conformidad con la Decisión 668 del 13 de junio de 2007, el Consejo Andino de ministros de Relaciones Exteriores aprobó el Plan Andino Anticorrupción, que tiene los siguientes objetivos generales:

Promover el establecimiento de políticas, estrategias, metas y mecanismos para aumentar la eficacia y eficiencia en la lucha contra la corrupción que realizan los países miembros de la Comunidad Andina, a través de acciones de cooperación, en el marco de las legislaciones nacionales y de las convenciones internacionales sobre la materia, con el fin de compatibilizar la normativa de los Países Miembros, en aquellos casos que su ordenamiento jurídico interno lo permita, y adoptar estrategias comunes para coadyuvar a la erradicación de prácticas y delitos de corrupción en el ámbito comunitario, mediante la prevención, investigación, sanción de éstos y, cuando proceda, la recuperación de activos (Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, 2007).

El Plan Andino en su lucha contra la corrupción menciona que la eficacia del sistema se fortalece por medio del establecimiento de políticas, metas, estrategias y mecanismos entre los países de la Comunidad Andina, y que de forma estos dentro de sus legislaciones incluyan estatutos que permitan implementar estrategias que colaboren en la erradicación de delitos, y prácticas de corrupción, ayudando de esta manera a la lucha contra la corrupción a nivel regional y mundial, para que de esta forma los procesos de contratación pública tanto de los Estados como de los Municipios se realicen de la manera más adecuada y transparente posible, evitando en medida de los posible la intervención de terceros, conflicto de intereses entre los contratistas y contratantes.

El plan prevé que los países que forman parte de la Comunidad Andina deben desarrollar planes de acción anuales, dentro de los cuales se deben definir ciertas líneas de trabajo. Entre uno de ellos se encuentra la contratación pública, donde se establecen los siguientes términos:

Contratación pública

1. Impulsar la realización de estudios sobre las legislaciones y procedimientos nacionales de contratación pública, con base en los documentos generados dentro del Mecanismo de Seguimiento de la Convención Interamericana contra la Corrupción que lo estableció como tema de interés colectivo en su 1ª Ronda de Análisis.
2. Promover la aplicación de esquemas de competencia transparentes en todos los ámbitos de contratación pública, sin excepciones de montos, instituciones o situaciones de emergencia y otros mecanismos para

democratizar la participación de empresas y particulares en los procesos de contratación pública.

3. Impulsar la elaboración y aplicación de sistemas nacionales de precios de referencia o precios testigos, así como la armonización nacional de estructuras de costos y bases de contratación a partir de los cuales las instituciones públicas sustentan sus procesos de contratación y ejecución de obras públicas.
4. Promover el fortalecimiento de la aplicación de sistemas públicos de difusión de procesos de contratación, sus ejecutores y antecedentes de cumplimiento, a través de medios de información tales como: informáticos, impresos, murales, en el ámbito de todas las instituciones estatales.
5. Impulsar la especial supervisión de contratos públicos en áreas de gran impacto, dentro de un esquema de focalización de acciones de control y verificación de los resultados logrados.
6. Promover mecanismos de participación ciudadana para garantizar la transparencia en los procesos de selección y a la vez la correcta y adecuada destinación e inversión de los recursos públicos (SERCOP, 2015, p. 25)

Como se puede apreciar en lo mencionado, también existen varias preocupaciones dentro de la Comunidad de Estados Andinos –CAN sobre los temas de contratación pública. Este plan propone realizar estudios relacionados con el mecanismo de cumplimiento de la Convención Interamericana contra la Corrupción, el denominado MESICIC, mencionado anteriormente.

Cabe señalar que, por medio del excesivo entusiasmo por promover la competencia como mecanismo de transparencia, se dice que esta debe estar presente incluso en situaciones de emergencia, con lo cual no estamos del todo de acuerdo, porque ante una situación relacionada con un desastre, interno o externo, perturbar el orden público, todas tienen características impredecibles, deben ser manejadas de inmediato, no son aptas para realizar trámites.

Del mismo modo, también se desaconseja la competencia abierta que no tenga en cuenta los montos contractuales en ciertos casos, en los que, debido a los montos

relativamente bajos, no es necesario realizar ofertas sobre el cumplimiento del contrato para responder a un gran número de licitaciones, con el resultado de que se reduce la eficiencia del proceso de selección.

El precio de referencia o de prueba implicará la realización de estudios de mercado para determinar, para cada bien, trabajo o servicio, el cual podría ser la correlación entre el precio-calidad -función-usabilidad apropiada para ser considerado una buena recompra o un buen negocio en general. Esta recomendación debe hacerse tanto durante el desarrollo de las especificaciones del precontrato como durante la evaluación de la oferta y la adjudicación del contrato.

Se advierte una debilidad de los términos analizados al referirse a los sistemas públicos de radiodifusión, ya que el medio informático mezclado con otros medios es tan clásico y obsoleto como la organización mural. No es adecuado recomendar el uso de medios tan limitados, porque ni siquiera los medios escritos -la lectura de periódicos- tienen la garantía de estar tan extendidos como los medios electrónicos, que es una tendencia en la actualidad (SERCOP, 2015, p. 12).

El enfoque de seguimiento de resultados es interesante y se encuentra muy bien orientado, en vista de que tradicionalmente, en el caso de Ecuador, las auditorías y controles se han centrado en la formalidad, dejando de lado aspectos finales como la evaluación del cumplimiento de un contrato con los objetivos establecidos; poniendo a su vez en tela de duda la acción que ejercen las entidades de control acerca de la evaluación calidad y durabilidad a largo plazo de las obras entregadas tanto al Estado como a los Municipios por parte de los contratistas.

En vista de que, se entiende que cada bien o servicio adquirido por el Estado o Municipios deben llegar a satisfacer una necesidad específica entre la población, por lo cual los análisis de desempeño deben enfocarse entonces en determinar, en qué medida y a qué costo se ha satisfecho esta necesidad, solo de esta manera, el uso juicioso de los recursos garantiza un nuevo trabajo, y además, de esta manera se logra establecer el verdadero beneficio de la obra a la comunidad, para justificar que el costo de la obra y que no existan malas interpretaciones.

Finalmente, la participación e intervención ciudadana en estas materias mencionadas en el precepto del texto es un elemento que debe ser considerado de gran

relevancia siempre que los fiscales y contralores sean los mejores para los beneficios fiscales de los propios ciudadanos, además, el esquema normativo anterior a 2008 no menciona nada con respecto a este tema, mientras que la ley actual deja un espacio para la participación social, la cual ayuda a transparentar los procesos.

4.12. Derecho comparado

Para el desarrollo del siguiente apartado se analizaron las legislaciones de dos países, los cuales son considerados como referentes dentro del ámbito jurídico, tal es el caso de México y España.

4.12.1 Ley de Contratación Pública Del Estado de México

Dentro de este contexto con respecto al aseguramiento de la calidad de la ejecución de las obras públicas la Ley de Contratación Pública Del Estado de México (2016), menciona que el comité de adquisiciones y servicios será el encargado de realizar un análisis de las propuestas presentadas, con la única finalidad de que la elección del contratista sea lo más transparente posible y que se elija aquella propuesta que se encuentre dentro del presupuesto fijado por la institución pública contratante y además que cumpla con las exigencias de calidad de la obra, tal como se establece en el siguiente artículo de la ley mencionada:

Artículo 37. El comité de adquisiciones y servicios realizará el análisis y evaluación de las propuestas, mediante la verificación del cumplimiento de la información y de la documentación solicitada en las bases de la licitación y conforme al criterio establecidas en las mismas. Una vez efectuado el análisis cualitativo de las propuestas presentadas, emitirá el dictamen de adjudicación a favor del oferente u oferentes que reúnan los requisitos administrativos, financieros, legales y técnicos requeridos por la convocante; garantizando en todo momento la obtención de las mejores condiciones en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes (p. 11).

Dentro de la Ley de Contratos del Sector Público de España, con relación a la calidad de las obras públicas se menciona lo siguiente:

Artículo 1. Objeto y finalidad.

3. En toda contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales siempre que guarde relación con el objeto del contrato, en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos. Igualmente se facilitará el acceso a la contratación pública de las pequeñas y medianas empresas, así como de las empresas de economía social (p. 17).

Dentro de este artículo se menciona que dentro de los principales objetivos de esta Ley de Contratos del Sector Público de España se encuentra, además de regular la transparencia de la contratación pública, verificación del cumplimiento o extinción de los contratos administrativos, también se encarga regular la relación calidad-precio, para a partir de ello garantizar que las obras que sean entregadas por parte de las empresas contratistas cumplan con todas las especificaciones acordadas dentro de los contratos establecidos, para así garantizar el buen uso de los recursos financieros del Estado y Municipios.

Para supervisar que la obra se efectuó de forma adecuada la institución contratante será la encargada de designar a una persona que se encargará de supervisar la ejecución de las obras, esta persona también tendrá la facultad de tomar decisiones y dictar instrucciones con el único objetivo de garantizar la correcta realización de la obra, tal como se muestra en el Art 62, numeral 3.

En los casos de concesiones de obra pública y de concesiones de servicios, la Administración designará una persona que actúe en defensa del interés general, para obtener y para verificar el cumplimiento de las obligaciones del concesionario, especialmente en lo que se refiere a la calidad en la prestación del servicio o de la obra (p. 52).

De igual manera en Ecuador dentro de la Ley Orgánica Del Sistema Nacional de Contratación Pública (2008), en el Art. 4 se menciona como uno de los principios de legalidad a la calidad de las obras, además se observa que uno de los objetivos del sistema se basa en este:

Art. 9.- Objetivos del Sistema. Son objetivos prioritarios del Estado, en materia de contratación pública, los siguientes:

1. Garantizar la calidad del gasto público y su ejecución en concordancia con el Plan Nacional de Desarrollo (p. 7)

Además, con la finalidad de que las obras que vayan a ser entregadas al Estado o a los Gobiernos Municipales cumplan con los requerimientos de calidad predeterminados se establecen supervisiones periódicas a las obras, con la finalidad de vigilar al contratista en su trabajo y con ello a la vez garantizar la calidad de la obra, asegurando que esta cumpla con las especificaciones establecidas dentro del contrato, tal como se muestra en el Art. 56 de este mismo cuerpo legal.

Art. 56.- Supervisión. Este tipo de contratos estarán sujetos a la supervisión de la Entidad Contratante, que podrá ser realizada por sí misma o por terceros (p. 26).

Todo ello en vista de que la supervisión se encargará de dar una continua vigilancia al proceso, de tal manera que el contratista se rija a las especificaciones técnicas requeridas y a las obligaciones en cuanto a calidad y origen de los componentes de la obra, establecidos dentro del contrato.

Por otro lado, con relación a la garantía de las obras la legislación mexicana en su Art, 76 menciona que:

Los proveedores o prestadores de servicios que celebren los contratos de adquisiciones y servicios a que se refiere esta Ley deberán garantizar, a favor de la contratante:

- I. El anticipo que reciban.
- II. Los bienes o materiales que reciban.
- III. El cumplimiento de los contratos.
- IV. En su caso, los defectos o vicios ocultos de los bienes.

Las garantías a que se refieren las fracciones I y II deberán constituirse por la totalidad del monto del anticipo o del importe de los bienes o materiales. En el caso de la fracción III, las garantías se constituirán por el diez por ciento del importe total del contrato, sin incluir el impuesto al Valor Agregado, y en la hipótesis de la fracción IV, las garantías se constituirán hasta por el diez por ciento del importe total del contrato, sin incluir el Impuesto al Valor Agregado.

Tratándose de contratos abiertos, la garantía de cumplimiento se constituirá por el diez por ciento de la cantidad máxima o del importe del plazo máximo, y la garantía de defectos o vicios ocultos se constituirá hasta por el diez por ciento de la cantidad máxima o del importe del plazo máximo, sin incluir el Impuesto al Valor Agregado (p. 20).

Con este artículo lo que se busca es garantizar el buen uso de los recursos financieros del Estado, estableciendo garantías a favor del contratante, con respecto a la penalidad establecida por incumplimiento de alguna de las garantías se observa que esta varía alrededor del 10% dependiendo del tipo de contrato. De igual manera con los contratos de régimen abierto se establecerá un valor del 10% del valor máximo. Estas medidas son tomadas por los organismos contratantes, de tal manera que exista mayor seriedad en el desarrollo de las obras por ambas partes.

Con relación a las garantías exigibles en los contratos celebrados con las Administraciones Públicas en el capítulo I de la Ley de Contratación Pública del Estado de México y los Municipios se encuentran tanto las garantías provisionales y las garantías definitivas.

Con respecto a la garantía provisional la legislación española en el artículo 106 se menciona lo siguiente:

2. En los casos en que el órgano de contratación haya acordado la exigencia de garantía provisional, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares se determinará el importe de la misma, que no podrá ser superior a un 3 por 100 del presupuesto base de licitación del contrato, excluido el Impuesto sobre el Valor Añadido y el régimen de su devolución.

La garantía provisional podrá prestarse en alguna o algunas de las formas previstas en el apartado 1 del artículo 108.

3. Cuando se exijan garantías provisionales, estas se depositarán, en las condiciones que las normas de desarrollo de esta Ley establezcan, del modo siguiente:
 - a) En la Caja General de Depósitos o en sus sucursales encuadradas en las Delegaciones de Economía y Hacienda, o en la Caja o establecimiento público equivalente de las Comunidades Autónomas

o Entidades locales contratantes ante las que deban surtir efecto cuando se trate de garantías en efectivo.

b) Ante el órgano de contratación, cuando se trate de certificados de inmovilización de valores anotados, de avales o de certificados de seguro de caución.

4. La garantía provisional se extinguirá automáticamente y será devuelta a los licitadores inmediatamente después de la perfección del contrato. En todo caso, la garantía provisional se devolverá al licitador seleccionado como adjudicatario cuando haya constituido la garantía definitiva, pudiendo aplicar el importe de la garantía provisional a la definitiva o proceder a una nueva constitución de esta última.

Estas cláusulas lo que buscan es garantizar el cumplimiento de los contratos públicos en las condiciones establecidas dentro del contrato, y a la vez asegurar el cumplimiento del mismo, razón por lo cual se establece además una penalidad máxima del 3% del valor total del contrato en caso de que se violen alguna de las cláusulas preestablecidas dentro del mismo por mutuo acuerdo entre las partes.

Dentro de la legislación ecuatoriana al igual que las legislaciones de los dos países mencionados anteriormente, lo que se busca es garantizar la distribución adecuada de los recursos financieros, estableciendo cláusulas que vigilen la correcta realización de la obra, un claro ejemplo es el Art. 70 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, donde se menciona que los contratos para obras públicas deben contener las funciones y deberes que deben cumplirse por la entidad ejecutora del contrato, tal como se presenta a continuación:

Art. 70.- Administración del Contrato. Los contratos contendrán estipulaciones específicas relacionadas con las funciones y deberes de los administradores del contrato, así como de quienes ejercerán la supervisión o fiscalización.

En el expediente se hará constar todo hecho relevante que se presente en la ejecución del contrato, de conformidad a lo que se determine en el Reglamento. Especialmente se referirán a los hechos, actuaciones y documentación relacionados con pagos; contratos complementarios; terminación del contrato; ejecución de garantías; aplicación de multas y sanciones; y, recepciones (p. 36).

En el caso de que se violen alguna de las cláusulas acordadas por alguna de las partes se podrán imponer ciertas multas por incumplimiento, las mismas que tienen la finalidad de que exista mayor seriedad y formalidad en la celebración del contrato, de tal manera de que se garantice tanto el plazo de ejecución de la obra, como la correcta ejecución de la misma, satisfaciendo las expectativas de los usuarios y a la vez asegurando la calidad de la obra, su durabilidad a largo plazo; estas penalidades a su vez garantizan el correcto funcionamiento del sistema de contratación pública de cada Estado o Gobierno Municipal, y de esta manera obtener mayor confianza en las instituciones públicas, que en la actualidad a causa de los casos mediáticos de corrupción suscitados han ido perdiendo paulatinamente su credibilidad y confiabilidad.

Dentro de las cláusulas obligatorias estipuladas por este órgano legislativo, se encuentran las detalladas en el Art. 71, donde se hace mención lo siguiente:

En los contratos sometidos a esta Ley se estipulará obligatoriamente cláusulas de multas, así como una relacionada con el plazo en que la entidad deberá proceder al pago del anticipo, en caso de haberlo; el que no podrá exceder del término de treinta (30) días.

Las multas se impondrán por retardo en la ejecución de las obligaciones contractuales conforme al cronograma valorado, así como por incumplimientos de las demás obligaciones contractuales, las que se determinarán por cada día de retardo; las multas se calcularán sobre el porcentaje de las obligaciones que se encuentran pendientes de ejecutarse conforme lo establecido en el contrato.

En todos los casos, las multas serán impuestas por el administrador del contrato, y el fiscalizador, si lo hubiere, el o los cuales establecerán el incumplimiento, fechas y montos.

Las multas impuestas al contratista pueden ser impugnadas en sede administrativa, a través de los respectivos recursos, o en sede judicial o arbitral (p. 36).

En caso de que a la empresa contratista se le imponga una multa por el incumplimiento de alguna de las cláusulas del contrato, y que esta a su vez sienta que no ha incumplido con el mismo puede impugnar la decisión tomada por la institución contratante, de tal manera que ninguno se sienta afectado.

Por otra parte, con relación a la garantía del fiel cumplimiento el Estado ecuatoriano menciona que una vez seleccionado a la empresa contratista, por medio de un análisis de los costos y calidad de la propuesta, se procede a establecer una garantía de alrededor del 5% del total del costo de la obra, con el único objetivo de asegurar la correcta ejecución de la misma en el plazo preestablecido y con las debidas especificaciones estipuladas dentro de cada contrato.

La fijación de estas cláusulas y el posterior cumplimiento, ejecución de las mismas ayudan a darle mayor seriedad y transparencia a los procesos de contratación pública tanto del Estado como de los Gobiernos Municipales, tal como se muestra en el Art 74, que se muestra a continuación.

Art. 74.- Garantía de Fiel Cumplimiento. Para seguridad del cumplimiento del contrato y para responder por las obligaciones que contrajeran a favor de terceros, relacionadas con el contrato, el adjudicatario, antes o al momento de la firma del contrato, rendirá garantías por un monto equivalente al cinco (5%) por ciento del valor de aquel.

En los contratos de obra, así como en los contratos integrales por precio fijo, esta garantía se constituirá para garantizar el cumplimiento del contrato y las obligaciones contraídas a favor de terceros y para asegurar la debida ejecución de la obra y la buena calidad de los materiales, asegurando con ello las reparaciones o cambios de aquellas partes de la obra en la que se descubran defectos de construcción, mala calidad o incumplimiento de las especificaciones, imputables al proveedor (p. 37).

Tanto Ecuador como México y España por medio de sus respectivas legislaciones buscan un adecuado uso de los recursos económicos por medio de una elección transparente de los contratistas para la ejecución de las obras, y por medio del establecimiento de cláusulas de cumplimiento de los contratos, para de esta manera asegurar la correcta ejecución de la obra con los materiales adecuados y una durabilidad proyectada a un largo período de tiempo, de tal manera que se aprovechen al máximo estos recursos y que a la vez se brinden beneficios a la comunidad.

Entre otras de los recursos usados por los contratantes para la correcta ejecución de las obras se encuentra la supervisión constante de las mismas con el objeto de verificar

tanto el plazo del cumplimiento de la obra, como la correcta ejecución de la misma en base a normativas de construcción, asegurando de esta manera la duración a largo plazo de la obra y disminuyendo el porcentaje de posibles accidentes en contra de los usuarios de la misma. A su vez por medio de estas medidas lo que se busca es obtener mayor credibilidad en el manejo de las instituciones públicas, de tal manera que la población tenga mayor confiabilidad en las decisiones tomadas por las mismas, dejando un lado especulaciones acerca de la existencia de conflictos de intereses

5. Metodología

5.1. Métodos

En el proceso de investigación socio - jurídico se utilizó los siguientes métodos:

Método Científico: Son los procesos metodológicos, los mismos que se emplean para encontrar la verdad a través de la observación de un hecho o fenómeno de la realidad objetiva siendo esta directa o indirecta y así establecer los caracteres generales y específicos.

Método Inductivo: Es un proceso sistemático, el cual parte del estudio de hechos y fenómenos que acontecen en la naturaleza y la sociedad para más adelante llegar a las generalizaciones, este es un método que parte de una proposición particular derivando una afirmación de extensión universal; que va de lo particular a lo general.

Método Deductivo: Es un método de análisis parte de lo general a lo específico el cual se exterioriza a través de conceptos, definiciones, principios, leyes o normas generales de los que se obtiene las conclusiones, constituyéndose en un acto mental donde el hombre estructura un nuevo conocimiento a base de razonamiento en su instrumento de expresión.

Método Analítico: Este método consiste en la separación de un todo en partes o elementos constitutivos, aquí para comprender un fenómeno es necesario desarticular en partes, y así poder observar sus causas, naturaleza y efectos para interpretar la naturaleza de lo estudiado, permitiendo conocer más de la problemática planteada con el que se puede explicar, hacer analogías, y establecer nuevas teorías.

Método Exegético: Es el estudio de las normas jurídicas busca el origen etimológico de la norma, figura u objeto de estudio, desarrollarlo, describirlo y encontrar el significado que el legislador. Constituyéndose en el elemento que ayuda a establecer el significado y alcance de las normas jurídicas que forman parte de un ordenamiento jurídico.

Método Hermenéutico: El fin de este método es la interpretación de textos poco claros. La hermenéutica jurídica tiene como finalidad la interpretación de textos jurídicos, presentando los principios para comprender su verdadero significado, siendo por tanto la interpretación del espíritu de la ley.

Método Comparativo: Este método de análisis permite comparar dos existencias legales en Derecho Comparado, dentro del estudio de los diferentes ordenamientos jurídicos

existentes, permitiendo contrastar dos realidades legales de manera minuciosa y de esa forma obtener un posible acercamiento a una norma que está prestando aspectos trascendentales en otro país.

Método Estadístico: El método estadístico consiste en manejar secuencialmente datos cualitativos y cuantitativos de la investigación. Este manejo de datos tiene por propósito la comprobación, en una parte de la realidad, de una o varias consecuencias verificables deducidas de la hipótesis general de la investigación.

5.2. Técnicas

Técnicas de acopio teórico documental: Que sirven para la recolección bibliográfica, fichas bibliográficas, fichas nemotécnicas.

Técnicas de acopio empírico: También conocidas como técnicas de campo.

Observación documental: Estudio de documentos que aportaran a la investigación.

Encuesta: Cuestionario que contiene preguntas y respuestas para reunir datos o para detectar la opinión pública sobre la problemática planteada. Para la presente investigación las 30 encuestas fueron aplicadas a estudiantes de la Universidad Nacional de Loja.

Entrevista: Consiste en un diálogo entre el entrevistador y el entrevistado sobre aspectos puntuales de la problemática de estudio se realizará a 10 personas especialistas de Derecho conocedoras de la problemática, para su ejecución se utilizó herramientas como una grabadora y cuaderno de apuntes.

Materiales: Libros, diccionarios jurídicos, manuales, leyes. Los resultados de la investigación se presentaron en tablas y gráficos y en forma discursiva con deducciones derivadas del análisis de los criterios y datos concretos, que sirvieron para la construcción del marco teórico, verificación de los objetivos, contrastación de la hipótesis, y para arribar a conclusiones y recomendaciones encaminadas a la solución del problema planteado.

6. Resultados

6.1. Resultados de las Encuestas

La encuesta diseñada fue aplicada a personas con bases teóricas a la temática estudiada. Con un total de 30 encuestados. A continuación, se muestra el análisis e interpretación de los datos obtenidos:

Primera pregunta: ¿Conoce usted que es un vicio de construcción, vicio de suelo o vicio de materiales?

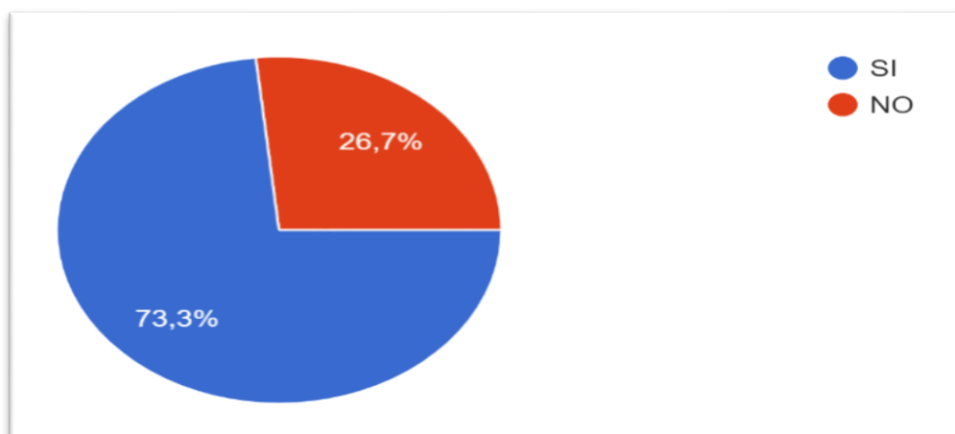
Tabla Nro 1. Cuadro Estadístico No.1

Indicadores	Cantidad	Porcentaje
Si	22	73.3%
No	8	26,7%
Total	30	100%

Fuente: Datos obtenidos de la encuesta realizada en Google Forms

Autor: Jara, 2022

Figura 1. Representación Gráfica No.1



Fuente: Datos obtenidos de la encuesta realizada en Google Forms

Autor: Jara, 2022

Interpretación: En la encuesta realizada a 30 personas se obtuvo que el 73,3%, es decir 22 encuestados respondieron que, si tienen conocimiento de un vicio de construcción, vicio de suelo o vicio de materiales reconociendo la importancia que genera al cumplir lo estipulado en los contratos de construcción bajo los tiempos determinados, y de la misma manera recalando la responsabilidad del contratante y contratista. Además, se evidencia que 8 personas correspondientes al 26,6% no conocen acerca de este tema, por lo que, es

necesario fomentar el aprendizaje en estos temas ya que, en la actualidad al presentarse u ocasionarse situaciones como daños, modificaciones tanto para el contratando como contratista obtienen garantías para su beneficio.

Análisis: En esta pregunta muestra que la mayoría de los encuestados tienen conocimiento acerca de los vicios de construcción debido a la importancia que genera en la actualidad. De manera que, muestran la importancia de este ya que, al realizar contrataciones públicas abarca varias normas, mismas que deben ser comprendidas por el contratista y contratante. Sin embargo, existe una minoría de encuestados, quienes no conocen de estos apartados, por esto es necesario que se estudie la temática ya que, no en todo momento se está exento frente a estas situaciones.

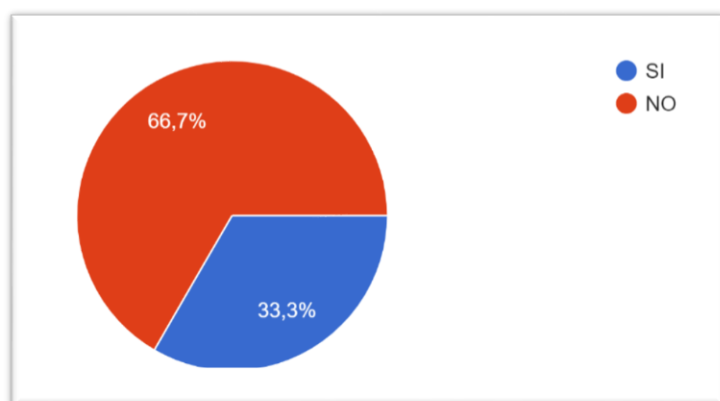
Segunda pregunta: ¿Considera usted que los recursos públicos se encuentran amparados adecuadamente con la legislación ecuatoriana bajo el Código Civil y Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública?

Tabla Nro 2. Cuadro Estadístico No.2

Indicadores	Cantidad	Porcentaje
Si	10	33.3%
No	20	66,7%
Total	30	100%

Fuente: Datos obtenidos de la encuesta realizada en Google Forms
Autor: Jara, 2022

Figura 2. Representación Gráfica No.2



Fuente: Datos obtenidos de la encuesta realizada en Google Forms
Autor: Jara, 2022

Interpretación: De las 30 encuestas, 20 personas correspondientes al 66,7% consideran que los recursos públicos se encuentran amparados adecuadamente con la legislación ecuatoriana bajo el Código Civil y Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública ya que, determinan las normas y principios que permiten regular los procesos de contratación para adquirir o contratar bienes, prestación de servicios, ejecución de obras, consultorías; mientras que 10 encuestados con el 33,3% no lo consideran tal vez por la falta de conocimiento al revisar los documentos mencionados.

Análisis: En esta pregunta comparto con la mayoría de los encuestados al indicar que los recursos públicos no se encuentran amparados adecuadamente con la legislación ecuatoriana bajo el Código Civil y Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, ya que es necesario crear un Sistema de Contratación Pública que permita armonizar y articular cada una de las instituciones, instancias y organismos en los aspectos de planificación, control, programación, control, presupuesto, ejecución y administración referente a los servicios y bienes en la ejecución de obras o trabajos públicos llevados a cabo con los recursos públicos. Por otro lado, estoy en desacuerdo con aquellos que consideran que la legislación ecuatoriana si se encuentra amparada de manera adecuada ya que existen falencias dentro de los artículos que estipulan las leyes referentes a la contratación pública.

Tercera pregunta: ¿Qué criterios de selección cree usted que se debe evaluar de la empresa a la que se adjudique la obra estatal a más de los aspectos técnicos, económicos?

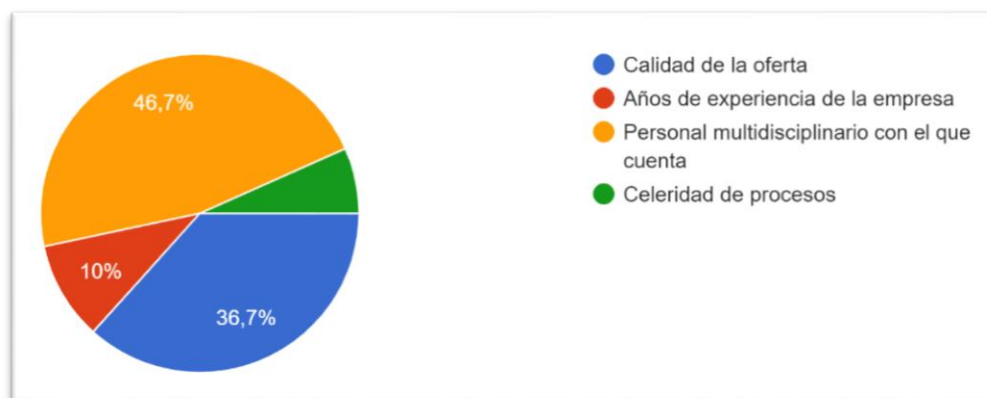
Tabla Nro 3. Cuadro Estadístico No.3

Indicadores	Cantidad	Porcentaje
Calidad de oferta	11	36,7%
Años de experiencia de la empresa	3	10%
Personal multidisciplinario con el que cuenta	14	46,7%
Celeridad de procesos	2	6,7%
Total	30	100%

Fuente: Datos obtenidos de la encuesta realizada en Google Forms

Autor: Jara, 2022

Figura 3. Representación Gráfica No.3



Fuente: Datos obtenidos de la encuesta realizada en Google Forms

Autor: Jara, 2022

Interpretación: De los 30 encuestados, 14 de ellos con el 46% creen que el criterio que se debe evaluar de la empresa a la que se adjudique la obra estatal a más de los aspectos técnicos, económicos es “el personal multidisciplinario con el que cuenta”, 11 correspondientes al 36,7% consideran que el criterio a evaluar es “la calidad de la oferta”, 3 encuestados con el 10% señalan que los “años de experiencia de la empresa” y, por último, 2 que corresponden al 6,7% indican que el criterio es “la celeridad de procesos”, cada uno de ellos son considerados importantes al evaluar una entidad con el fin de verificar los aspectos mencionados, sin embargo, entre los encuestados se muestra una inclinación hacia cada uno de ellos.

Análisis: En esta pregunta, concuerdo con la mayoría de las personas al seleccionar la opción de “personal multidisciplinario con el que cuenta la empresa” ya que son la pieza fundamental para llevar a cabo una obra de construcción, mismos que se encuentran preparados de manera profesional para este tipo de trabajos, contando con varios años de experiencia; sin embargo, quienes indicaron que la “calidad de oferta” se debe evaluar, se considera importante debido a que, la empresa debe brindar un servicio de calidad respecto a las obras que se llevarán a cabo.

Por el contrario, quienes mencionaron que los “años de experiencia de la empresa” es uno de los criterios que se debe evaluar, a opinión propia estoy en desacuerdo ya que, existen varias instituciones que se crean desde cero y brindan un servicio de calidad y con profesionales de alto nivel. De la misma manera, aquellos que indicaron el criterio “celeridad de procesos”, pienso que no es necesario ya que, al planificar las obras se las

hace basado en los tiempos determinados con el fin de entregar la obra en la fecha estipulado, por lo que no resulta necesario acelerar los procesos.

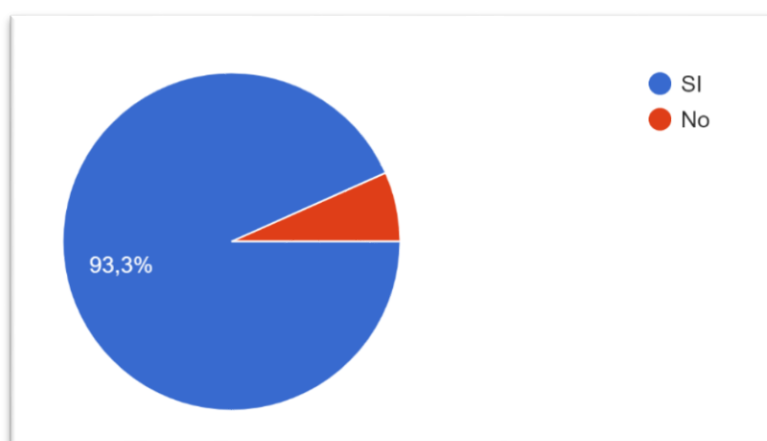
Cuarta pregunta: Está de acuerdo en que, si el edificio o cualquier construcción parece o amenaza ruina, en todo o parte, en los diez años subsiguientes a su entrega, por vicio de la construcción, o por vicio del suelo será responsabilidad del empresario.

Tabla Nro 4. Cuadro Estadístico No.4

Indicadores	Cantidad	Porcentaje
Si	28	93,3%
No	2	6,7%
Total	30	100%

Fuente: Datos obtenidos de la encuesta realizada en Google Forms
Autor: Jara, 2022

Figura 4. Representación Gráfica No.4



Fuente: Datos obtenidos de la encuesta realizada en Google Forms
Autor: Jara, 2022

Interpretación: De los 30 encuestados, 28 de ellos que corresponden al 93,3% están de acuerdo en que, si el edificio o cualquier construcción parece o amenaza ruina, en todo o parte, en los diez años subsiguientes a su entrega, por vicio de la construcción, o por vicio del suelo será responsabilidad del empresario, mientras que 2 encuestados con el 6,7% no están de acuerdo ya que, al ser los materiales entregados o proporcionados por el dueño, no existirá la responsabilidad del empresario.

Análisis: Respecto a la pregunta, estoy en total acuerdo con a mayoría de los encuestados ya que, al pasar 10 años de construcción de las obras y presentarse inconvenientes como ruinas o cualquier daño, debería ser responsabilidad del empresario en reconstruir o reparar la obra, por lo que, la empresa contratada quedará libre de toda responsabilidad. Es decir que el constructor debe responder por las fallas estructurales debido al uso materiales inadecuados, incorrecta adaptación del suelo, o por no cumplir con las reglas antisísmicas, por ejemplo, siempre que estas fallas ocurran dentro del periodo de garantía (10 años).

Por el contrario, no comparto con la minoría de los encuestados, quienes indican que no están de acuerdo en la responsabilidad del empresario al asumir la responsabilidad de los diez años subsiguientes a la entrega, ya que, al finalizar la obra y por ende el contrato se deberá quedar libre ya que la propiedad pertenecerá la otra parte interesada en su totalidad.

6.2.Resultados de Entrevistas

La técnica de entrevista fue aplicada a diez profesionales del Derecho especializados, con los resultados obtenidos se procede a realizar la presente tabulación:

A la primera pregunta: ¿Considera usted que existe vacíos normativos en cuanto a la contratación pública en relación a obras estatales?

Respuestas:

Primer entrevistado: La ley de contratación es un obstáculo para el desarrollo del pueblo.

Segundo entrevistado: Si.

Tercer entrevistado: Si.

Cuarto entrevistado: Si, ya que no está completamente establecidos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, las garantías establecidas como su temática indica en el Código Civil.

Quinto entrevistado: Si, la norma no está específica para la realización de los contratos y garantizar la inversión de los mismos.

Sexto entrevistado: Si existe.

Séptimo entrevistado: Si existe un vacío normativo, lo que dificulta el proceso de contratación.

Octavo entrevistado: Si

Noveno entrevistado: Si, y es indispensable contar con una buena normativa en relación a contratación pública y obras estatales.

Décimo entrevistado: Si existe vacíos en la norma, se tratar este problema.

Comentario del autor: En relación a esta pregunta, al igual que la opinión de los profesionales, considero que si existe un normativo en cuanto a contratación pública de obras estatales. Es por ello que es necesario aportar con conocimientos para lograr eficiencia y transparencia en los procesos.

A la segunda pregunta: ¿Considera usted que la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, garantiza un adecuado proceso de contratación para las obras realizadas por el Estado?

Respuestas:

Primer entrevistado: No porque les deja en libertad a los GAD o Prefectura, y ellos ponen las condiciones, le dan forma y es ilícita porque violan la constitución e ilegal por ley de contratación.

Segundo entrevistado: No. Porque quizás haya intereses personales a la hora de contratar como mucha de las veces pasa.

Tercer entrevistado: No.

Cuarto entrevistado: No, ya que no está establecido las garantías para garantizar la inversión en la obra.

Quinto entrevistado: No, ya que a mi punto de vista el sistema nacional de contratación pública es deficiente al no poder garantizar las obras a un futuro.

Sexto entrevistado: No, porque existen vacíos.

Séptimo entrevistado: No.

Octavo entrevistado: No, precisamente por los vacíos normativos existentes

Noveno entrevistado: No porque muchas veces los alcances políticos rebasan la ley y entra la corrupción.

Décimo entrevistado: No porque la corrupción está presente siendo un elemento que forma parte de la contratación pública estatal.

Comentario del autor: La contratación pública tiene estrecha relación con la corrupción, el velar porque una ley sea cumplida a cabalidad se torna difícil en el contexto actual. Por lo tanto, a criterio personal, no se considera que la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública garantice dichos procesos de contratación.

A la tercera pregunta: ¿Considera usted que los vicios de construcción, vicios de suelo y vicios de materiales deben estar contempladas como responsabilidad a la persona o empresa que se adjudique una obra del estado?

Respuestas:

Primer entrevistado: No porque todo contrato tiene su fiscalizador y administrador.

Segundo entrevistado: Si. Totalmente a la hora de construir deben las empresas tener absoluto cuidado de elaborar los estudios a largo plazo sobre los suelos, o cualquier factor externo, o ambiental, para la iniciación de la construcción. Caso contrario sería responsabilidad de ellos.

Tercer entrevistado: Si.

Cuarto entrevistado: Si, ya que la contratación pública, se ha vuelto un problema en nuestro sistema ecuatoriano.

Quinto entrevistado: Sí, pero ha demás de ello podemos contemplar la importancia de las instituciones públicas competentes para fiscalizar las obras que tengan vicios de construcción.

Sexto entrevistado: Si, muy de acuerdo ya que ellos son los encargados de entregar una obra de calidad.

Séptimo entrevistado: Si. Totalmente.

Octavo entrevistado: Claro, los contratistas deben responder por la calidad de sus obras.

Noveno entrevistado: Si. Porque ellos son los responsables de la construcción.

Décimo entrevistado: Si.

Comentario del autor: Debe ser responsabilidad de la empresa a la que se le adjudique una obra estatal que se encargue de todos los estudios pertinentes. No es posible pagar grandes sumas de dinero y que no se tome en consideración los vicios que pueden llegar a haber. El adjudicado debe responder por la calidad de la obra que entrega, así no será dinero mal invertido.

A la cuarta pregunta: ¿Cree usted que se debe ampliar el tiempo de los diez años subsiguientes a la entrega de obra que se menciona en el artículo 1937 del Código Civil?

Respuestas:

Primer entrevistado: No se debe ampliar, debe cumplirse las cláusulas de contrato porque el contrato es ley para las partes Código civil.

Segundo entrevistado: Si. Debería ser responsabilidad de la empresa. Ya que debe hacer los estudios adecuados y correspondientes.

Tercer entrevistado: No.

Cuarto entrevistado: Estaría bien ejecutar los 10 años o hacerlos cumplir.

Quinto entrevistado: Me parece que los diez años están adecuados para las obras, lo que nos falta es hacer cumplir esta garantía.

Sexto entrevistado: Si.

Séptimo entrevistado: Más que ampliar el tiempo, considero que lo ideal sería hacer cumplir la ley y las cláusulas del contrato de obra.

Octavo entrevistado: Diez años son suficientes, el problema está en hacer cumplir la ley.

Noveno entrevistado: Si.

Décimo entrevistado: No, el tiempo es sensato.

Comentario del autor: Antes de llegar al punto de los diez años, es importante que antes de empezar con un proceso precontractual realizar todos los estudios concernientes a la obra. Así no se tendrían que preocupar por los años subsiguientes, sin embargo, se

considera que ampliar el tiempo es prudente al igual que hacer cumplir la ley y las cláusulas de los contratos de obra pública.

A la quinta pregunta: ¿Qué sugerencia daría usted en cuanto a la mejora en contratación pública del estado y que la misma no perjudique a la adecuada utilización de los recursos públicos?

Respuestas:

Primer entrevistado: Debe reformarse y de no ser así debería derogar esa ley contratación, porque solo sirve para la corrupción.

Segundo entrevistado: Tener profesionales en contratación pública honestos y que sepan administrar los recursos del Estado. Que sigan el debido proceso para cada tipo de contratación. Y que al momento de utilizar los materiales sean los mismos que se estipulen en los contratos.

Tercer entrevistado: Más que una propuesta de reforma, se debería realizar un estricto control de los recursos públicos, el manejo de los procesos de contratación pública debe ser transparentes, la empresa pública que adjudica los contratos no debe estar parcializado o tener ningún tipo de vínculo con los oferentes ya que esto es lo que ocasiona perjuicio a los recursos públicos.

Cuarto entrevistado: Una buena garantía que se cumpla en realidad, que intervenga contraloría, para garantizar el cumplimiento de las obras.

Quinto entrevistado: Cumplir con los requisitos establecidos para realizar una obra, las garantías establecidas en nuestra normativa.

Sexto entrevistado: Ampliar el tiempo de los diez años subsiguientes a la entrega de la obra, para comprobar que la obra cumpla con lo estipulado.

Séptimo entrevistado: Primeramente, contar con personal capacitado y que sea ético en sus funciones, después, motivar a entidades como la contraloría para que ejerzan su función.

Octavo entrevistado: Controlar de mejor manera el uso de los recursos públicos y comprometerse con buenos profesionales.

Noveno entrevistado: Hacer cumplir la norma, ser éticos en el trabajo.

Décimo entrevistado: Pensar en reformular la ley, pues, tiene vacío que incitan a la corrupción.

Comentario del autor: Para mejorar la contratación pública y luchar contra la corrupción del país es necesario en primer lugar ver la parte del personal, contar con profesionales que no se dejen llevar por malos principios. Es necesario realizar una reforma a esta ley para que los recursos estatales sean bien invertidos, desde la fase preparatoria hasta después de los diez años subsiguientes a la entrega de una obra.

6.3. Estudio de Casos

Caso No. 1 Coca Codo Sinclair

1. Datos Referenciales:

Es un proceso que se sigue actualmente, sigue el Estado Ecuatoriano a la empresa china S., financiada con crédito chino, por \$ 1.979 millones, aunque al final la obra costó \$ 2.250 millones. Pertenece al grupo de anomalías presentada en el caso Sobornos periodo comprendido entre 2012 al 2016. Por lo que se expone el número de proceso

Juicio No: 17721-2019-00029G

Juzgado: Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito

Procesados:

D. S. F. P.

M. G. A. J.

C. D. R. V.

C. R. (Representante Legal De La Empresa S.)

M. L. P. M.

S. V. W. H.

G. E. J. D.

M. J. Y. F.

D. P. M. D. L. A.

T. B. L. G.

A. E. R. V.

Defensoría Publica

Defensoría Publica

S. V. W.

Y. M. J.

C. K. D. Y.

P. C. W. Wallace

W. S. V.

D. Y. C.

M. A. E. A.

Víctima: Fiscalía General Del Estado

Procuraduría General Del Estado

Delito: 280 Cohecho

Aplicación: Principio De Culpabilidad

Fecha: 26 De abril Del 2020

2. Antecedentes:

La planta ubicada sobre el curso fluvial del río Coca en la provincia de Napo, a unos 150 km al este del Ecuador, proyectando una capacidad operativa de producción de más de 1.500 megavatios de energía limpia y renovable y cubrir el 30% de la demanda eléctrica de Ecuador con un tiempo de vida útil de 50 años.

Actualmente, la hidroeléctrica no funciona en su capacidad total e incluso el tendido eléctrico que se realizó para transmitir la electricidad al sistema interconectado está subutilizado. Dos años después de la inauguración, en la presa aparecieron miles de fisuras y cada vez más expertos advierten sobre la posibilidad de un desastre.

Siendo la Contraloría del Ecuador en el año de 2019, que denunció una serie de graves problemas, desde fisuras en la obra hasta el aumento exponencial de la erosión del río Quijos y el riesgo potencial de fallo en la casa de máquinas de la central hidroeléctrica. Según el organismo, estas fallas podrían causar un perjuicio económico para Ecuador de decenas de millones de dólares.

La construcción de la obra fue encargada a S. de manera directa y sin ninguna licitación internacional, empresa que realizó diversos sobornos a empleados públicos del Ecuador para ser beneficiados con el otorgamiento de beneficios contractuales.

3. Resolución:

“Este Tribunal coincide con el Tribunal de primera instancia sobre que R. C. y J. G. son considerados como instigadores, es decir son autores bajo la modalidad de instigación, por medio del caudal probatorio conlleva a que por medio de su influencia cognitiva por ende su influencia el delito no se hubiera materializado, como líder de Alianza País con su selecto grupo a su orden afines al gobierno, la recaudación de valores instigó y aconsejó a P. M. para que arme la distribución de los sobornos y el sistema ilícito en una oficina paralela a la Presidencia de la República”, señalaron los conjuces del tribunal.

“J. G. instigó desde sectores estratégicos y luego como vicepresidente de la República y como líder de su movimiento político en el cual con personas de confianza para que a través de P. M. para obtener recursos económicos para el beneficio de su movimiento político y propios”.

4. Comentario del Autor:

Este caso evidencia las debilidades presentadas en la legislación ecuatoriana, debido a no extender los niveles de responsabilidad ante la empresa que realizó la obra; pues si existe un caso de cohecho por la entrega de los sobornos para ser beneficiados con contratos sin cumplir con la norma para ese caso. No se le asigna responsabilidad por los vicios ocultos en la obra ejecutada.

Caso No. 2

1. Datos Referenciales:

Cuando se lanzó el proyecto, la oferta era recuperar la integridad mecánica de la planta al 100% de su capacidad, de 110.000 BPD, e incrementar la capacidad operativa de la Unidad FCC a 20.000 BPD.

En 2018, por ejemplo, las principales unidades de la Refinería (Crudo I, Crudo II y FCC) tuvieron una eficiencia promedio de carga que varió entre el 88% y el 84%. Otras, en cambio, bajaron llegaron hasta el 17%. E incluso, la producción de combustibles -razón de ser de la Refinería- llegó a bajar hasta el 27%, ese año.

Delito: 280 COHECHO

Aplicación: Principio de Culpabilidad

Fecha: 26 de abril del 2020

2. Antecedentes:

Según la Contraloría, existe alto riesgo operativo en el arranque de las principales unidades. Fallas en el sistema de control automático y ventilador. Sistema de almacenamiento en estado crítico. Limitada capacidad instalada de auto generación eléctrica. Sistemas de instrumentación, control, contra incendios y protección atmosférica obsoletos.

En el contrato firmado en 2010 entre la empresa coreana SK E. & C. y la estatal P. se establecía un costo de \$ 289,9 millones, que sumado el IVA llegaba a \$ 324,7 millones. Pero el precio creció cada vez más a la par que se flexibilizaron las modalidades de contratación y conforme se renovaban los estados de emergencia del sector petrolero. Así, en el 2015, la Refinería de Esmeraldas se concluyó con un valor de \$ 2.230 millones.

La refinería produce gasolinas con 1.400 partes por millón de azufre, fuera del estándar. El Gobierno debe importar gasolinas mucho más limpias para mezclarlas y sacar un producto de hasta 650 partes por millón, una medida que no es muy amigable con el ambiente. La idea inicial era que la refinería repotenciada pueda producir gasolinas con norma Euro 5. No ha ocurrido. La refinación tampoco cumple estándares de volumen. Por cada 100 barriles hay 40 de residuo.

3. Resolución:

La Contraloría General del Estado, entidad a la cual acudieron las autoridades de Gobierno a entregar el informe de las empresas que realizaron la auditoría internacional, ya ha emitido una serie de informes con responsabilidad civil, administrativa y penal sobre casos relacionados con los cinco proyectos emblemáticos del anterior Gobierno.

En este sentido, la Contraloría contrastará la información recibida y la usará como insumo para otras investigaciones que pudiera hacer.

Se conoce que la normativa no permite hacer exámenes sobre temas ya tratados.

Caso No. 3

1. Datos Referenciales:

La hidroeléctrica T. P. presenta fallas estructurales que afectan su operación. En su informe de auditoría gubernamental, la Contraloría señala que el túnel de carga T. A., por el que se pagó USD 63'757.254, presenta fracturas que impiden poner en marcha el

proyecto en ese tramo del río. Además, no se cobraron a la contratista multas por USD 29'800.000.

El examen especial, aprobado en diciembre de 2020, indica que la integridad del túnel está comprometida por desperfectos en las obras civiles. Los daños incluyen fisuras, roturas, desprendimiento del hormigón de recubrimiento y altos volúmenes de agua filtrada. Las soluciones que aplicó la constructora no surtieron efecto.

Delito: 280 COHECHO

Aplicación: Principio de Culpabilidad

Fecha: 31 de diciembre del 2019

2. Antecedentes:

En 2018, los fiscalizadores de la obra informaron que la empresa asiática China International W. & E. C. realizó las reparaciones en la parte superior de la sección de revestimiento de hormigón, pero no intervino la mitad inferior ni los sitios por los cuales se filtraba agua.

El informe incluye un registro fotográfico que ilustra el desprendimiento del hormigón de revestimiento en la bóveda y paredes laterales, reparaciones mal ejecutadas, deformaciones en el acero de refuerzo por el empuje de la roca sobre la obra y la ausencia de un sistema de captación y conducción del agua para evitar que se infiltre hacia el interior del túnel.

La zona de captación P. y la presa T. también presentan fallas por el incumplimiento de los protocolos y técnicas constructivas. No se cumplieron las especificaciones adecuadas para impermeabilizar las áreas, incumplimientos que pueden causar socavones y asentamientos diferenciados, disminuyendo la vida útil de infraestructura que alcanzó un costo de USD 2'819.818.

3. Resolución:

Auditoría identificó retrasos que sumaron 970 días en la entrega de las obras. Sin embargo, la Corporación Eléctrica del Ecuador (CELEC EP) no impuso las multas estipuladas en el contrato por USD 29'843.051, procedentes del incumplimiento de los cronogramas de trabajo y por realizar ajustes que comprometen a la obra.

4. Comentario del Autor:

Se expone una situación, que afecta al estado ecuatoriano y al medio ambiente y no se evalúa la corresponsabilidad de los contratados para tal fin, dejando abiertas las posteriores contrataciones y la posibilidad de ejecutar las mismas acciones.

Creando precedentes con fallas sin crear un debido seguimiento a los incumplimientos por parte de los contratistas quienes recibieron a satisfacción el pago convenido según se estableció en el contrato firmado, el cual, fue entregado sin validar las condiciones de responsabilidad por parte de la empresa.

6.4. Análisis de datos Estadísticos

Para recopilar los datos estadísticos se procedió aplicar una encuesta, la cual consta de 4 preguntas respecto a la temática estudiada. A continuación, se detalla el análisis de cada una reflejado en el apartado 6.1.

Análisis primera pregunta: ¿Conoce usted que es un vicio de construcción, vicio de suelo o vicio de materiales?

De acuerdo con el Cuadro Estadístico No.1, se muestra que 22 personas con el 73.3% mencionan que, si conocen los temas de vicio de construcción, suelo y materiales, mientras que el 26,7% correspondiente a 8 encuestados indicaron que no conocen. Por esto, es necesario que este pequeño porcentaje que desconoce el tema investigue ya que, en la rama jurídica se presentan varias situaciones referentes a los vicios de construcción, y como profesionales es importante tener los conocimientos necesarios.

Análisis segunda pregunta: ¿Considera usted que los recursos públicos se encuentran amparados adecuadamente con la legislación ecuatoriana bajo el Código Civil y Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública?

De acuerdo con el Cuadro Estadístico No.2, se muestra que 20 personas con el 66.7% mencionan que, no considera que los recursos públicos están amparados por la legislación ecuatoriana, mientras que el 33.3% correspondiente a 10 encuestados indicaron que si lo están. De esta manera, es necesario revisar de manera cautelosa cada uno de los artículos del Código Civil y ley Orgánica ya que, al presentarse casos de contratación pública y exista problemas acerca de los recursos se tenga la capacidad de sobrellevar las situaciones.

Análisis tercera pregunta: ¿Qué criterios de selección cree usted que se debe evaluar de la empresa a la que se adjudique la obra estatal a más de los aspectos técnicos, económicos?

De acuerdo con el Cuadro Estadístico No.3, se muestra que 14 personas con el 46.7% mencionan que el criterio que se debe evaluar es el personal multidisciplinario, 11 encuestados con el 36.7% indican que es la calidad de oferta, 3 de ellos correspondientes al 10% señalan a los años de experiencia de la empresa y 2 con el 6.7% indican que es la celeridad de procesos. Sin embargo, cada uno de los criterios mencionados son importantes al momento de indicar un contrato de obra pública siendo necesario su evaluación. Estos criterios deberán ser estudiados antes de firmar la contratación ya que, es de interés común para las partes que intervengan.

Análisis cuarta pregunta: Está de acuerdo en que, si el edificio o cualquier construcción perece o amenaza ruina, en todo o parte, en los diez años subsiguientes a su entrega, por vicio de la construcción, o por vicio del suelo será responsabilidad del empresario.

De acuerdo con el Cuadro Estadístico No.4, se muestra que 28 personas con el 93.3% mencionan que, si están de acuerdo que, al suscitarse amenaza o ruina en las obras respecto a los diez años subsiguientes de su entrega, esta responsabilidad cae sobre el empresario, mientras que el 6,7% correspondiente a 2 encuestados indicaron que no lo están. De modo que, al pasar los diez años la empresa deberá ser libre de cualquier responsabilidad ya que, no está en sus manos solventar los daños.

7. Discusión

7.1.Verificación de Objetivos

En el trabajo de investigación jurídico aprobado se establecieron los objetivos entre los cuales se detalla un objetivo general y tres específicos, para lo cual se verifica de la siguiente manera.

7.1.1. Objetivo General

El objetivo general aprobado es el siguiente:

“Realizar un estudio jurídico, doctrinario y conceptual sobre contratación pública, referente a las garantías existentes en los contratos de obra, posterior a la entrega o recepción definitiva”.

Se procede a verificar el estudio jurídico, doctrinario y conceptual con el desarrollo del marco teórico estructurado por: El Derecho Constitucional, Adjudicación, Contratación Pública, Consultor – Proveedor, Instituto Nacional de Contratación Pública, Instrumentos Nacionales, Vicios de construcción, de suelo y de materiales, Contratos administrativos de obra y la recepción, Garantías existentes en los contratos de adjudicación de obra, Instrumentos Internacionales y Derecho Comparado, cada uno con sus respectivos subtemas para dar cabalidad al cumplimiento del presente estudio; por otra parte se aplicó una encuesta y una entrevista a profesionales en el área de derecho, y, por último se dio paso al estudio de casos con relación a la temática estudiada.

7.1.2. Objetivos Específicos

El primer objetivo específico aprobado es el siguiente:

“Realizar un análisis sobre cuáles son las disposiciones que contienen los contratos de obra para ser suscritos por el Estado y el adjudicatario”

Este objetivo se verificó por medio de la revisión de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, el cual se encuentra en el marco teórico, donde se mencionan que la adjudicación de una obra a una institución pública debe ser realizado de una manera transparente por medio de un acto formal donde el contratante debe elegir la oferta más conveniente a sus intereses; además se analizaron los criterios de adjudicación, también se aplicó una encuesta y una entrevista a profesionales del área del derecho para conocer su percepción de la temática planteada.

El segundo objetivo específico aprobado es el siguiente:

“Determinar si existe deficiencia normativa en los contratos de adjudicación de obra, respecto a garantías posteriores a la entrega y recepción definitiva de la obra”

Se determinó si existe o no deficiencia normativa en los contratos de adjudicación de obra, respecto a garantías posteriores a la entrega total de la obra, por medio del análisis de la normativa acerca de contratos administrativos de obra y recepción, garantías existentes en los contratos de adjudicación de la obra y por medio de la revisión de casos, donde se determinó que la normativa tiene deficiencias que deben ser corregidas, ya que observó que existen casos en los cuales las obras que son entregadas en ocasiones no cumplen con las especificaciones requeridas por el Estado o Municipios, o a su vez no muestran una garantía de durabilidad a largo plazo ya sea por su diseño o los materiales empleados durante su construcción de las obras. Además, por medio de la encuesta y entrevista aplicada se pudo conocer más acerca de este tema en estudio.

El tercer objetivo específico aprobado es el siguiente:

“Determinar cuáles son los efectos que produce la deficiencia normativa en los contratos de obra realizados por el Estado, respecto a los vicios de construcción o de suelo que el contratista o empleados deberían de conocer en razón de su trabajo”

He determinado que los efectos que produce la deficiencia normativa en los contratos de obra realizados por el Estado con relación a los vicios luego de la recepción definitiva de la obra, es que al existir deficiencia normativa produce una mala inversión de la obra, la misma que en un futuro puede verse en ruinas, sin que exista un responsable de la reparación de la misma. Lo hemos podido comprobar a través de los resultados de la aplicación de encuestas y entrevistas que se realizó a profesionales del derecho para conocer la perspectiva acerca del tema en cuestión, quienes indicaron que en vista de que no existe una normativa dentro de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

El cuarto objetivo específico aprobado es el siguiente:

“Determinar si existe necesidad de Reformar la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública o su Reglamento, respecto de las garantías que deberían existir en los contratos de obra posterior a la entrega y recepción definitiva de la misma”Para verificar si existe o no la necesidad de realizar una reforma de la Ley

Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública o su Reglamento, con relación a las garantías en la entrega total de las obras, en primer lugar se desarrolló un marco teórico para analizar el proceso de contratación pública, los contratos administrativos de obra y la recepción, las garantías existentes en los contratos de adjudicación de obra, se revisaron instrumentos internacionales acerca del tema y se comparó entre las normativas de España y México. Además, se realizó un análisis de casos y se aplicó una entrevista y una encuesta a profesionales del derecho para conocer su punto de vista acerca de si se requiere una reforma de Ley.

Por otro lado, para la verificación de la existencia o no de la necesidad de realizar una reforma de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública o su Reglamento, con relación a las garantías en la entrega total de las obras, se aplicó una entrevista y una encuesta a profesionales del derecho para conocer su punto de vista acerca de si se requiere una reforma de Ley, quienes respondieron que si es necesario, con la finalidad de que se garantice la durabilidad a largo plazo de las obras y el buen uso de los recursos financieros invertidos, situación que actualmente dentro de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública no existe.

7.2.Fundamentación Jurídica de Reforma Legal

Para realizar la reforma jurídica del proyecto de investigación presente el cual lleva por título “Deficiencia normativa en los contratos de obra realizados por el estado, en lo referente a la garantía de los diez años subsiguientes a la entrega definitiva de la obra, respecto de los vicios de construcción o de suelo, que el contratista o sus empleados debían conocer en razón de su trabajo” se ha llegado a comprobar que si existe una deficiencia normativa, ya que no se está protegiendo el bien público, sin garantizar parcialidad y transparencia al momento de otorgar un ganador se ha comprobado que se infringen muchos de los parámetros que se citan dentro de la Ley Ecuatoriana. Se ha irrumpido con los principios que se establece para realizar el proceso de forma transparente como son legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad; y, participación nacional; otorgando así beneficios inadecuados a personas que no califican de forma correcta y que han sido adjudicados de forma injusta.

Enfoque Jurídico

Este enfoque está basado dentro de la fundamentación jurídica la cual está establecida dentro de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Se puede afirmar que no existe la normativa necesaria para los contratos de obra posterior a cuando se ha realizado la entrega recepción definitiva y que únicamente se utiliza como un complemento esta ley al Código Civil cuándo debería existir en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública una disposición específica que debe de aplicarse de manera obligatoria en todos los contratos que realice el Estado en las obras, por lo que es necesario establecer una reforma. Además de lo dicho, este enfoque se sustenta en simples casos los cuales se han dado dentro de los contratos generados para construcción y reparación de vías dentro del cual se ha notado con irregularidades e incumplimientos dentro de sus presupuestos violentando así el artículo 286 de la Constitución de la República el cual indica que las finanzas públicas deberán conducirse de forma sostenible, responsable y transparente procurando la estabilidad económica. Además de ciertas irregularidades existen casos en donde se ha elegido el terreno o la propiedad donde se va a realizar la construcción de la obra, pero sin cumplir los lineamientos básicos que se necesita para contemplarlo incumpliendo así mismo el artículo 23 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública la cual indica que antes de realizarse un procedimiento precontractual la entidad a cargo deberá contar con los planos, estudios, diseños, especificaciones técnicas. Para establecer la reforma también se toma como referencia el artículo 1937 del Código Civil donde cita que los acreedores, y cualquiera otra persona interesada en hacer valer la prescripción, podrán utilizarla a pesar de la renuncia expresa o tácita del deudor o propietario y además el artículo 6 de la antes mencionada Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública donde indica los diferentes términos que se implementan dentro de la contratación pública los cuales deberán servir como referencia para que no exista ningún tipo de confusión cuando se celebre la adjudicación de alguno de estos.

Enfoque de opinión o resultados

Con los resultados obtenidos de la investigación de campo iniciando con las encuestas se puede observar que de acuerdo con los resultados obtenidos dentro de la pregunta 2 que menciona: “¿Considera usted que los recursos públicos se encuentran amparados adecuadamente con la legislación ecuatoriana bajo el Código Civil y Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública?”, de la población encuestada de 30 personas en su mayoría es decir 20 encuestados que representa el 66,7% , respondieron que No,

llegando a la conclusión de que los recursos públicos no se manejan adecuadamente al momento de realizarle el proceso de contratación pública violentando así la Constitución además de la ley que rige estos procesos como es la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, por lo que se necesita reformar ciertos aspectos que otorgan estos contratos ya que el estado debe garantizar la parcialidad al momento de seleccionar un ganador. Se comparte la misma opinión que los encuestados, ya que se está de acuerdo en que durante muchos años el sector público ha sido foco de corrupción, otorgándose contratos sin cumplir especificaciones, dando así cabida a que la amistad, algún tipo de deuda, o simplemente quien maneje mayor capital se lleve estos contratos, sin tener la mínima idea del proyecto y el contexto de este.

Así mismo dentro de la entrevista en la pregunta 2: “¿Considera usted que la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, garantiza un adecuado proceso de contratación para las obras realizadas por el Estado?”, en donde de los 10 entrevistados todos manifestaron que esta Ley no garantiza un proceso adecuado de contratación para las obras, dando así manifiesto de que incluso la ley que ampara estos procesos no está realizada de forma que se pueda brindar transparencia al momento de otorgar un ganador.

De todo lo expuesto se evidencia la necesidad de reformar la ley que rige a este tipo de procesos, específicamente la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública la cual debe garantizar que los ganadores cumplan con los requerimientos necesarios para cada tipo de proyecto además de que sea equitativo al momento de empezar el proceso, y sea accesible para todos.

8. Conclusiones

Luego de haber concluido con el presente trabajo investigativo, he llegado a las siguientes conclusiones.

1. Existe una insatisfacción sobre el funcionamiento del SERCOP, puesto que este sistema ha impedido transparentar los procesos de contratación de obras.
2. Se ha observado que existen muchas obras que luego de la entrega y recepción definitiva, presentan daños estructurales y que estas no cuentan con las garantías que establece el Código Civil.
3. Que, dentro de la Ley Orgánica de Contratación Pública, existe una deficiencia normativa, en cuanto a las garantías posteriores a la entrega y recepción definitiva de la obra.
4. Luego de haber analizado a la Ley Orgánica de Contratación Pública, se evidencia que existe una deficiencia normativa en cuanto a las garantías en las obras producto de una contratación pública luego de la entrega y recepción definitiva de la obra.
5. No existen garantías en los contratos posterior a la entrega y recepción definitiva de la obra, lo que da paso a que exista una malversación de los recursos públicos al ejecutar obras que a un futuro presentan daños ya sea por vicios de suelo o de construcción.

9. Recomendaciones

Así mismo, luego de haber concluido con el presente trabajo investigativo, he llegado a las siguientes recomendaciones.

1. Que la función legislativa, incorpore reformas a la Ley Orgánica de Contratación Pública, con la finalidad de garantizar las obras que se realiza el Estado a través de la contratación pública posterior a la entrega y recepción definitiva con la finalidad de garantizar el producto del contrato y los recursos públicos.
2. Que el SERCOP capacite a todas las entidades del sector público, universidades y abogados en libre ejercicio, sobre las garantías posteriores que existen luego de la entrega y recepción definitiva de la obra en cuanto a la inversión del Estado.
3. A la Universidad Nacional de Loja, que tome en cuenta todos los proyectos de investigación que como requisito presentan los estudiantes al momento de titularse para elevar planteamientos de reforma a la función legislativa, con la finalidad de garantizar los recursos públicos y los contratos que realice el Estado con empresas privadas y así tengan una garantía luego de la recepción definitiva.
4. Crear una comisión de lucha contra la corrupción, con la finalidad de mejorar al Sistema Nacional de Contratación Pública transparentando así las contrataciones principalmente aquellas que se efectúan en periodos de emergencia.
5. Es pertinente realizar una reforma a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, con la finalidad de incorporar una garantía posterior a la entrega definitiva de la obra protegiendo así las futuras inversiones que realice el Estado.

9.1. Proyecto de Reforma Legal



REPUBLICA DEL ECUADOR

ASAMBLEA NACIONAL

CONSIDERANDO

Que: El artículo 286 de la constitución ecuatoriana establece que, las finanzas públicas, en todos los niveles de gobierno, se conducirán de forma sostenible, responsable y transparente y procurarán la estabilidad económica. Los egresos permanentes se financiarán con ingresos permanentes.

Que: El artículo 288 de la constitución ecuatoriana determina que, las compras públicas cumplirán con criterios de eficiencia, calidad, transparencia, responsabilidad social y ambiental. Se priorizarán los productos y servicios nacionales, en específico los provenientes de la economía popular y solidaria, y de las micro, pequeñas y medianas unidades productivas.

Que: El artículo 6 numeral 5 de la Ley Orgánica Del Sistema Nacional de Contratación Pública establece que, la Contratación Pública, se refiere a todo procedimiento concerniente a la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras públicas o prestación de servicios incluidos los de consultoría. Se entenderá que cuando el contrato implique la fabricación, manufactura o producción de bienes muebles, el procedimiento será de adquisición de bienes. Se incluyen también dentro de la contratación de bienes a los de arrendamiento mercantil con opción de compra.

Que: El artículo 23 de la Ley Orgánica Del Sistema Nacional de Contratación Pública indica que los estudios deben realizarse 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.

Que: El artículo 1937 numeral 3 del Código Civil ecuatoriano establece que, los contratos para construcción de edificios, celebrados con un empresario que se encarga de toda la obra por un precio único prefijado, se sujetan, además, a las reglas siguientes: Si el edificio peca o amenaza ruina, en todo o parte, en los diez años subsiguientes a su entrega, por vicio de la construcción, o por vicio del suelo que el empresario o las personas empleadas por él hayan debido conocer en razón de su oficio, o por vicio de los materiales, será responsable el empresario. Si los materiales han sido suministrados por el dueño no habrá lugar a la responsabilidad del empresario sino en conformidad al artículo 1934, inciso final.

Que: La deficiencia normativa en cuanto a las garantías en los contratos de adjudicación, entrega y recepción de obras es notable, por cuanto es importante precautelar la adecuada utilización de los recursos públicos, esto se puede efectivizar si se protege la inversión del Estado a largo plazo.

En uso de las atribuciones que le confiere la Constitución de la República del Ecuador artículo 120 numeral 6: Expedir, codificar, reformar y derogar las leyes, e interpretarlas con carácter generalmente obligatorio, la Asamblea Nacional resuelve expedir la siguiente reforma:

EXPIDE:

LEY REFORMATORIA A LA LEY ORGANICA DEL SISTEMA NACIONAL DE
CONTRATACION PUBLICA

Como inciso final En el artículo 74, **INCORPÓRESE:**

Art. 1.- Si el edificio parece o amenaza ruina, en todo o en parte, en los diez años subsiguientes a su entrega, por vicio de la construcción, o por vicio del suelo que el empresario o las personas empleadas por el hayan debido conocer en razón de su oficio,

o por vicio de los materiales, será responsable el empresario. Si los materiales han sido suministrados por el dueño no habrá lugar a la responsabilidad del empresario.

Art. 2.- Que todo lo que es contratación de obra pública, tendrá que establecerse lo que dispone el artículo 74 de la presente Ley en cada contrato de manera obligatoria.

DISPOSICIÓN FINAL:

Esta Ley Reformatoria estará en vigencia a partir de su publicación en el registro Oficial.

Dado y firmado en la ciudad de Quito, Distrito Metropolitano, en la sede de la Asamblea Nacional de la República del Ecuador, a los 16 días, del mes de marzo de 2022.

f. _____

f.

Presidente de la Asamblea Nacional

Secretario

10. Bibliografía

- Albiez, K. (2015). Los sistemas de responsabilidad por defectos o vicios en el contrato de obra en el Ordenamiento jurídico español. In LXV (Ed.), *ADC*.
- Arias, A. (2018). *La recepción de pleno derecho y sus consecuencias jurídicas*.
- Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 1 (2008).
- Asamblea Nacional. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*.
- Constitución de la República del Ecuador, (2008).
- Coll, F. (2022). *Contratante*. Economipedia.
<https://economipedia.com/definiciones/contratante.html>
- Aymerich Cano, C. (2015). CORRUPCIÓN Y CONTRATACIÓN PÚBLICA: ANÁLISIS DE LAS NUEVAS DIRECTIVAS EUROPEAS DE CONTRATOS Y CONCESIONES PÚBLICAS (*). *Zaragoza*, 209–239.
- Barragán, C. (2016). *Garantías Constitucionales y Derechos Humanos de las personas privadas de libertad en el centro de detención provisional, ciudad de Quito Distrito Metropolitano, primer semestre del 2016*.
- Barrera Espín, B. (2001). Los contratos de obras públicas”, en Celebración de Contratos Administrativos, Volumen 14 Quito, Editorial Corporación Editora Nacional. *Serie de Estudios Jurídicos*, 59.
- Beloff, M. (2001). Algunas confusiones en torno a las consecuencias jurídicas de la conducta transgresora de la ley penal en los nuevos sistemas de justicia juvenil latinoamericano. *Adolescentes y Responsabilidad Penal*, 1.
<https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/4056/algunas-confusiones.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Campos, L. (2020). *Qué son los vicios ocultos en la construcción*. DCS Abogados.
<https://dcsabogados.com/blog/que-son-vicios-ocultos-en-la-construccion/#:~:text=Los vicios ocultos en la construcción son defectos o errores, de deficiencia en el proyecto.>

- Charles, F. (2018). Reclamaciones por vicios y defectos de construcción en Puerto Rico. *Dimensión Ingeniería y Agrimensura CIAPR*, 4. <https://www.fcharleslawpr.com/pdf/Article.pdf>
- Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores. (2007). *Decimoctava Reunión Ordinaria del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores*. <https://www.comunidadandina.org/StaticFiles/DocOf/DEC668.pdf>
- Dermizaky Peredo, P. (2001). *Derecho Administrativo, 5ta Edición*.
- Dromi, J. R. (1987). *Manual de Derecho Administrativo, Tomo I*. Astrea.
- Fernández, Jorge. (2000). *Derecho Administrativo, Contratos*. México, Editorial Porrúa.
- Fundación Laboral de la Construcción. (2019). *Responsabilidades en la Construcción: Vicios Constructivos. De Construmatica*. https://www.construmatica.com/construpedia/Responsabilidades_en_la_Construcción:_Vicios_Constructivos#:~:text=El vicio del suelo es, que se ejecutará la obra.
- García, E. (2011). *Curso de Derecho Administrativo I* (Aranzadi SA, Ed.; Décima).
- Garofalo. (2013). *ACUERDO DE INTEGRACION SUBREGIONAL ANDINO (ACUERDO DE CARTAGENA)*.
- Garrido, F. (2006). *Tratado de derecho administrativo* (TECNOS, Ed.; Vol. 2).
- Gómez, R. (2010). El Contrato de Obras. *Cuadernos de Derecho Para Ingenieros*, 7, 217–237.
- Gómez, R. ;, & Rincón, F. (2001). *El Contrato de Obras*”, en *Cuadernos de Derecho para Ingenieros*.
- Gordillo, A. (1964). *Obra pública y contrato de obra pública*.
- Código Civil, (2019).
- Herrera, M. (2020). *La aplicación de principios y objetivos de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su reglamento general en la contratación de bienes y servicios con empresas públicas nacionales*.

- Ley de Contratación Pública del Estado de México y Municipios*, 1 (2016).
https://www.ipomex.org.mx/recursos/ipo/files_ipo/2016/1/6/4b68220a4cf50d1b2b3c8d249df697a5.pdf
- López Arévalo, William. (2012). *Tratado de contratación pública: teoría, practica, jurisprudencia*. 694.
http://biblioteca.unach.edu.ec/opac_css/index.php?lvl=notice_display&id=2398
- López, W. (2011). *Tratado de contratación pública: Vol. I* (Jurídica del Ecuador, Ed.; Segunda).
- LOSNCP. (2009). Reglamento General a la Ley Organica del Sistema Nacional de Contratación Publica. *Reglamento 143, 45, 47 y 48*.
- Macías, J., Peñafiel, A., & Arreaga, G. (2020). La contratación pública en el Ecuador, situación actual ante la pandemia Covid-19. *Revista Universidad y Sociedad*, 12, 217–224.
- Molina Molina, G. A. (2014). *Universidad Andina Simón Bolívar Efectos jurídicos de la resolución de adjudicación y su relación con la firma del contrato*.
- Mora Salazar, D. Y. (2021). *PASANTIA ALCALDIA MONQUIRÁ-BOYACÁ APOYO EN LA REVISION, ELABORACION Y FORMUNLACION DE PROYECTOS DE INGENIERIA CIVIL FACULTAD DE INGENIERIA CIVIL SECCIONAL TUNJAI TUNJA-BOYACÁ*.
<https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/35157/2021dianamora.pdf?sequence=2&isAllowed=y>
- Obando Torresano, S. del R. (2011). *Incidencia de la ley orgánica del sistema nacional de contratación pública desde su promulgación en la optimización del gasto de los recursos del Estado Ecuatoriano y en la estructura social y administrativa de sus entidades*.
- OEA. (2009). *OEA - Organización de los Estados Americanos: Democracia para la paz, la seguridad y el desarrollo*.
- ONU. (2005). *Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción* (Registro Oficial Su...). http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic2_ecu_anexo16.pdf

- Organización de Naciones Unidas. (2004). *Convención de Naciones Unidas Contra la Corrupción*. OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO. www.unodc.org
- Palma, J. (2015). *Los Vicios de Construcción*. Fantástico, S.A. <http://alejandra-garavito.blogspot.com/2015/10/los-vicios-de-construccion-del-suelo.html>
- Ponce, E. (2009). *Ley de obras públicas y servicios relacionados con las mismas*.
- Presidencia de la República del Ecuador. (2008). *Discurso presidencial sobre sistema de contratación pública*.
- Ramos, R. (2017). DERECHO CONSTITUCIONAL EN ECUADOR Y ASPECTOS SOBRE LA CORRUPCIÓN DESDE LO PENAL. *Revista Chakiñan de Ciencias Sociales y Humanidades*, 2.
- Registro Oficial Suplemento 166. (2005). *CONVENCION DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA CORRUPCION*.
- Reyna, E., & Benítez, J. (2019). La contratación pública como mecanismo de ahorro en Ecuador. *Fipcaec*, 4(4), 1–16. <https://www.fipcaec.com/index.php/fipcaec/article/view/136>
- Salgado Pesantes, H. (2003). *LECCIONES DE DERECHO CONSTITUCIONAL* (2nd ed., Vol. 1). Ediciones Abya-yala. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/21305r.pdf>
- San Miguel, J. (2017). Contratación pública y colusión. Derecho de competencia frente al derecho administrativo. *Vniversitas*, 135, 337–419.
- Sayagués Laso, E. (2002). *Tratado de Derecho Administrativo*, 7ma.
- Secretaría Nacional de la Administración Pública. (2011). *Manual de Contratación Pública*.
- Sepúlveda, C. (2012). Algunas consideraciones en torno a la responsabilidad de los profesionales de la construcción por vicios constructivos. *Actualidad Jurídica*, 5.
- SERCOP. (2015). *Servicio Nacional de Contratación Pública*. https://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/wp-content/uploads/2021/05/libro_evaluacion_sncp_2021-comprimido.pdf
- Sistema Nacional de Información. (2011). *Capítulo I Procedimientos de régimen común*.

- Sky, R. (2014). *Marco Legal Vicios Construcción*. SCRIBD.
<https://es.scribd.com/document/201969558/Marco-Legal-Vicios-Construccion>
- TARRADELLAS ADVOCATS. (2016). *Defectos en la construcción*. TARRADELLAS
ADVOCATS. tarradellas-advocats.com/defectos-de-construccion.html
- UNIVERSIDAD DE LA RIOJA. (2020). *Derecho constitucional: en qué consiste y qué
ámbitos abarca*. <https://www.unir.net/derecho/revista/derecho-constitucional/>
- Zúñiga, C. (2011). La Contratación Pública en Ecuador. *Revista Jurídica*, 67(82), 67–82.

11. Anexos

Anexo 1. Formato de Encuestas



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

ENCUESTA DIRIGIDA A ESTUDIANTES

Estimado(a) estudiante: por motivo que me encuentro realizando mi Tesis de Grado titulada: **“DEFICIENCIA NORMATIVA EN LOS CONTRATOS DE OBRA REALIZADOS POR EL ESTADO, EN LO REFERENTE A LA GARANTÍA DE LOS DIEZ AÑOS SUBSIGUIENTES A LA ENTREGA DEFINITIVA DE LA OBRA, RESPECTO DE LOS VICIOS DE CONSTRUCCIÓN O DE SUELO, QUE EL CONTRATISTA O SUS EMPLEADOS DEBÍAN CONOCER EN RAZÓN DE SU TRABAJO”**, solicito a usted de la manera más comedida sírvase dar contestación al siguiente cuestionario de **ENCUESTA**, resultados que me permitirán obtener información relevante para la culminación de la presente investigación jurídica.

PREGUNTAS

1.- ¿Conoce usted que es un vicio de construcción, vicio de suelo o vicio de materiales?

Sí No

2.- ¿Considera usted que los recursos públicos se encuentran amparados adecuadamente con la legislación ecuatoriana bajo el Código Civil y Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública?

Sí No Medianamente

3.- ¿Qué criterios de selección cree usted que se debe evaluar de la empresa a la que se adjudique la obra estatal a más de los aspectos técnicos, económicos?

Calidad de la oferta

Años de experiencia de la empresa

Personal multidisciplinario con el que cuenta

Celeridad de procesos

4. Está de acuerdo en que, si el edificio o cualquier construcción perece o amenaza ruina, en todo o parte, en los diez años subsiguientes a su entrega, por vicio de la construcción, o por vicio del suelo será responsabilidad del empresario.

Si No

Anexo 2. Formato de Entrevista



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

ENTREVISTA DIRIGIDA A PROFESIONALES ESPECIALIZADOS

Estimado(a) Abogado(a): por motivo que me encuentro realizando mi Tesis de Grado titulada: **“DEFICIENCIA NORMATIVA EN LOS CONTRATOS DE OBRA REALIZADOS POR EL ESTADO, EN LO REFERENTE A LA GARANTÍA DE LOS DIEZ AÑOS SUBSIGUIENTES A LA ENTREGA DEFINITIVA DE LA OBRA, RESPECTO DE LOS VICIOS DE CONSTRUCCIÓN O DE SUELO, QUE EL CONTRATISTA O SUS EMPLEADOS DEBÍAN CONOCER EN RAZÓN DE SU TRABAJO”**, solicito a usted de la manera más comedida sírvase dar contestación al siguiente cuestionario de ENTREVISTAS, resultados que me permitirán obtener información relevante para la culminación de la presente investigación jurídica.

PREGUNTAS

- 1.- ¿Considera usted que existe vacíos normativos en cuanto a la contratación pública en relación a obras estatales?
- 2.- ¿Considera usted que la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, garantiza un adecuado proceso de contratación para las obras realizadas por el Estado?
- 3.- ¿Considera usted que los vicios de construcción, vicios de suelo y vicios de materiales deben estar contempladas como responsabilidad a la persona o empresa que se adjudique una obra del estado?
- 4.- ¿Cree usted que se debe ampliar el tiempo de los diez años subsiguientes a la entrega de obra que se menciona en el artículo 1937 del Código Civil?
- 5.- ¿Qué sugerencia daría usted en cuanto a la mejora en contratación pública del estado y que la misma no perjudique a la adecuada utilización de los recursos públicos?

Anexo 3. Designación de director de trabajo de integración curricular



UNL

Universidad
Nacional
de Loja

SECRETARIA GENERAL
FACULTAD JURIDICA SOCIAL Y ADMINISTRATIVA

Presentada el día de hoy, a los dos días del mes de febrero de dos mil veintidós, a las ocho horas. Lo certifica, la Secretaria Abogada de la Facultad Jurídica Social y Administrativa de la UNL.

ENA REGINA
PELAEZ
SORIA

Firmado digitalmente
por ENA REGINA
PELAEZ SORIA
Fecha: 2022.02.02
09:48:34 -05'00'

Dra. Ena Regina Peláez Soria, Mg. Sc
**SECRETARIA ABOGADA DE LA
FACULTAD JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA**

Loja, 02 de febrero de 2022, a las 08H01. Atendiendo la petición que antecede, de conformidad a lo establecido en el **Art. 228 Dirección del trabajo de Integración curricular o de titulación**, del Reglamento de Régimen Académico de la UNL vigente; una vez emitido el informe favorable de estructura, coherencia y pertinencia del proyecto, se designa a la Dra. Paz Piedad Rengel Maldonado, Mg. Sc., Docente de la Carrera de Derecho de la Facultad Jurídica Social y Administrativa, como **DIRECTORA del Trabajo de Integración Curricular o Titulación**, titulado: "DEFICIENCIA NORMATIVA EN LOS CONTRATOS DE OBRA REALIZADOS POR EL ESTADO, EN LO REFERENTE A LA GARANTÍA DE LOS DIEZ AÑOS SUBSIGUIENTES A LA ENTREGA DEFINITIVA DE LA OBRA, RESPECTO DE LOS VICIOS DE CONSTRUCCIÓN O DE SUELO, QUE EL CONTRATISTA O SUS EMPLEADOS DEBÍAN CONOCER EN RAZÓN DE SU TRABAJO", de autoría del Sr. LENIN SANTIAGO JARA VIÑÁN. Se le recuerda que conforme lo establecido en el Art. 228 antes mencionado. Usted en su calidad de directora del trabajo de integración curricular o de titulación "será responsable de asesorar y monitorear con pertinencia y rigurosidad científico-técnica la ejecución del proyecto y de revisar oportunamente los informes de avance, los cuales serán devueltos al aspirante con las observaciones, sugerencias y recomendaciones necesarias para asegurar la calidad de la investigación. Cuando sea necesario, visitará y monitoreará el escenario donde se desarrolle el trabajo de integración curricular o de titulación". **NOTIFÍQUESE para que surta efecto legal.**



Firmado digitalmente por:
MARIO ENRIQUE
SANCHEZ ARMIJOS

Dr. Mario Enrique Sánchez Armijos, Mg. Sc.
DIRECTOR DE LA CARRERA DE DERECHO

Loja, 02 de febrero de 2022, a las 08H02. Notifiqué con el decreto que antecede a la Dra. Paz Piedad Rengel Maldonado, Mg. Sc., para constancia suscriben:



Firmado digitalmente por:
PAZ PIEDAD
RENDEL
MALDONADO

Dra. Paz Piedad Rengel Maldonado, Mg. Sc.,
ASESORA DEL PROYECTO

ENA REGINA
PELAEZ
SORIA

Firmado digitalmente
por ENA REGINA
PELAEZ SORIA
Fecha: 2022.02.02
09:48:47 -05'00'

Dra. Ena Regina Peláez Soria, Mg. Sc.
SECRETARIA ABOGADA

Elaborado por: Nancy M. Jaramillo

C.C. Sr. Lenin Santiago Jara Viñán
Expediente de Estudiante

Anexo 4. Certificación del Abstract

GOLDEN GATE ENGLISH LEARNING CENTRE CIA LTDA.

Email: goldengateenglishhouse@gmail.com

Address: Sucre y Lourdes

Phone: +593992062770

Lic. Jinson Michael Vélez Vega

DIRECTOR ACÁDEMICO GOLDEN GATE ENGLISH LEARNING CENTRE

CERTIFICA:

Que el texto de inglés "resumen de tesis abstract" cuyo tema es: "Deficiencia normativa en los contratos de obra realizados por el Estado, en lo referente a la garantía de los diez años subsiguientes a la entrega definitiva de la obra, respecto de los vicios de construcción o de suelo, que el contratista o sus empleados debían conocer en razón de su trabajo" que se presenta por el Sr. **Lenin Santiago Jara Viñan**. De CI: **1104980832**, corresponde exactamente con la versión del mismo en español. Consecuentemente, autorizo el uso del presente certificado según crea conveniente. Adjunto documento.

Loja, 9 de julio de 2022



Jinson Michael Vélez Vega

DIRECTOR

GOLDEN GATE ENGLISH LEARNING CENTRE

RUC: 1191772055001

GOLDEN GATE ENGLISH LEARNING CENTRE CIA LTDA.

goldengateenglishhouse@gmail.com

Anexo 5. Certificación del Tribunal de Grado

Loja, 06 de Julio de 2022

EL TRIBUNAL DE GRADO

CERTIFICA:

Que: Los integrantes del Tribunal De Sustentación Y Calificación De Trabajo de Integración Curricular previo a dar cumplimiento con lo que dispone el Art. 236 del Reglamento de Régimen Académico de la Universidad Nacional de Loja, procedió a reunirse con la finalidad de socializar los contenidos del trabajo de investigación presentado por la señor Lenin Santiago Jara Viñan, titulado

"DEFICIENCIA NORMATIVA EN LOS CONTRATOS DE OBRA REALIZADOS POR EL ESTADO, EN LO REFERENTE A LA GARANTÍA DE LOS DIEZ AÑOS SUBSIGUIENTES A LA ENTREGA DEFINITIVA DE LA OBRA, RESPECTO DE LOS VICIOS DE CONSTRUCCIÓN O DE SUELO, QUE EL CONTRATISTA O SUS EMPLEADOS DEBÍAN CONOCER EN RAZÓN DE SU TRABAJO". Así como del artículo derivado de la misma. Por tal motivo se autoriza la continuación de los trámites pertinentes para su publicación y sustentación pública.

MIEMBROS DEL TRIBUNAL



Dr. Paulo César Arrobo Rodríguez

PRESIDENTE



Dr. James Augusto Chacón Guamo

PRIMER VOCAL



Dra. Gladys Beatriz Reátegui Cueva

SEGUNDO VOCAL