

Universidad Laica “Eloy Alfaro” de Manabí

CENTRO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO, INVESTIGACION,
RELACIONES Y COOPERACION INTERNACIONAL

TESIS DE GRADO

Previo a la obtención del Título de:

MAGISTER EN DERECHO CONSTITUCIONAL, POLITICO Y
ADMINISTRATIVO

TEMA

**“ANÁLISIS DE LAS DEBILIDADES DEL SISTEMA
JURÍDICO QUE REGULA LOS CONTRATOS DE
EJECUCIÓN DE OBRAS PUBLICAS EN EL ECUADOR”**

AUTOR

Dr. Matías Cevallos Arteaga

DIRECTOR DE TESIS

Dr. Jorge Morales Alvarez

TUTOR

Dr. Abelardo Ronquillo Armas Mg.SC

MANTA – MANABI – ECUADOR

2008

AGRADECIMIENTO

Agradezco a la Universidad Laica “EloyAlfaro” de Manabi, en las personas de su Rector Dr. Medardo Mora Solórzano, Director del CEPIRCI Dr. Jaime Rodríguez Castillo, MPhE, M.GGAu., Director de Tesis Dr. Jorge Morales Alvarez y Tutor Dr. Abelardo Ronquillo Armas; a los Coordinadores doctor Luis Urgiles Utreras y Dr. Ramón Mendoza Cedeño, por la oportunidad que me brindaron para asistir a este Curso de Postgrado en Derecho Constitucional, Político y Administrativo, que me servirá para impartir los conocimientos y experiencias alcanzadas en beneficio de mis estudiantes.

Dr. Matías Cevallos Arteaga

LOS COMENTARIOS, CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES Y PROPUESTA QUE APARECEN EN EL PRESENTE TRABAJO DE INVESTIGACION SON DE MI ESTRICTA RESPONSABILIDAD, SALVO EL CRITERIO DE LOS TRATADISTAS RECONOCIDOS EN LAS CITAS BIBLIOGRAFICAS.

Dr. Matías Cevallos Arteaga

RESUMEN EJECUTIVO PARA TESIS DE POSTGRADO

Desde la antigüedad se ha tratado sobre la obra pública en el más amplio sentido, pero sin responder a las concepciones jurídicas que se han venido perfeccionando con el transcurso del tiempo. Las grandes obras construidas en el mundo, sean estas civiles, eléctricas, hidráulicas, entre otras, son muestra palmaria de construcciones destinadas a uso público, siendo el Estado a través del gobierno, el encargado de su ejecución y la sociedad beneficiaria en forma directa.

En nuestro país, actualmente la ejecución de obras públicas en unas ocasiones las realiza el Estado en forma directa, en otras los gobiernos seccionales, y en otros casos el sector privado por delegación del Estado.

Como se comprenderá, en toda obra pública el Estado realiza una inversión de carácter económico lo que exige la aplicación de un sistema jurídico que responda a un plan de inversiones que esté en función de las necesidades de la colectividad que aspira a desarrollarse o a satisfacer sus necesidades, que ofrezca las garantías suficientes para que esa inversión cumpla con el requerimiento que motivó su contratación y ejecución, y que fortalezca la

seguridad jurídica en el cumplimiento de los derechos y obligaciones contraídas.

Nuestra legislación, concretamente, la referente a la Ley de Contratación Pública , adolece de inconsistencias que influyen poderosamente en la ejecución normal de las obras públicas, ocasionando graves perjuicios a los intereses del Estado y la colectividad

Es común observar en nuestro país la lentitud con que se desarrollan los procesos precontractuales y la ejecución en sí de las obras públicas indispensables para el desarrollo socioeconómico de la población. Esa lentitud que raya en la mayoría de los casos en la incuria, tiene su origen en la Ley de Contratación Pública, cuya normatividad en lugar de facilitar la ejecución de la obra pública, permite ya de una forma u otra, que tales procesos se vuelvan lentos, y que los costos calculados al inicio del proceso, varíen sustancialmente al momento de ejecutarse la obra, produciéndose no solo perjuicio económica a las arcas del Estado, sino a las justas aspiraciones de la población que tiene que esperar por años y años, la entrega final de la obra llamada a satisfacer las necesidades que motivaron su contratación.

Nuestro país ha sido estigmatizado como uno de los diez países de la región en los que existe mayor corrupción, de manera especial en materia de contratación pública. Este asunto ha venido siendo debatido en distintos

foros, considerando esenciales aspectos como la transparencia, la confiabilidad, el marco legal y procesos honestos.

Esta realidad me ha llevado a realizar el presente estudio descriptivo, dirigido a identificar los vacíos e inconsistencias de la Ley de Contratación Pública que inciden en la aplicación de las cláusulas contractuales y la ejecución efectiva del contrato. Para ello, he realizado un estudio crítico de las normas de la Ley de Contratación Pública y de otras conexas, que me han permitido identificar tales debilidades, analizando por separado especialmente la normativa relacionada con los procedimientos precontractuales, a la luz de criterios doctrinarios de importantes tratadistas consultados y de incuestionables realidades que aparecen a la vista de todos quienes nos hemos interesado en esta clase de temas.

Para llevar a efecto este trabajo, examiné previamente determinados antecedentes que ubican históricamente a la contratación pública, pasando luego a la conceptualización del contrato y sus diferentes modalidades. A continuación, se procedió al análisis de la normativa legal en la que se sustentan los procedimientos legales que rigen los contratos de ejecución de obras, los derechos y obligaciones, tanto del contratista como de la entidad contratante, las normas que regulan la recepción provisional y definitiva de las obras, los medios de solución de controversias

contractuales así como las formas de terminación de los contratos y sus efectos.

Termina este estudio, con el señalamiento de varias conclusiones y recomendaciones y el planteamiento de una propuesta en los términos que se dejan anotados en el documento respectivo.

En la realización del presente trabajo procedí previamente a la recopilación y selección bibliográfica que me permitió desarrollar el marco teórico de los contenidos abordados. Así mismo, consulté opiniones de personas vinculadas a la contratación y ejecución de obras públicas tanto en el campo estrictamente técnico como en el campo legal; en este sector consulté opiniones de abogados en libre ejercicio de la profesión, y de magistrados de la Administración de justicia de Manabí.

Luego del análisis de las fuentes y bibliografía consultada he sintetizado el estudio en las conclusiones y recomendaciones y el la propuesta planteada.

SUMMARIZE EXECUTIVE FOR GRADUATE DEGREE THESIS

From the antiquity one has treated on the public work in the amplest sense, but without responding to the legal conceptions that have come perfecting with the course from the time. The great works constructed in the world, are these civilians, electrical, hydraulic, among others, are obvious sample of constructions destined to public use, being the State through government, the one in charge of their execution and the society beneficiary in direct form.

In our country, at the moment the public work execution in occasions makes the State in direct form, others the seccional governments, and other cases the sector deprived by delegation of the State.

As it is included/understood, in all public work the State makes an investment of economic character what demands the application of a legal system that responds to a plan of investments that is based on the necessities of the colectivity that aspires to be developed or to satisfy its necessities, that it offers the sufficient guarantees so that that investment fulfills the requirement that motivated its hiring and execution, and that fortifies the legal security in the fulfillment of the rights and contracted obligations.

Our legislation, concretely, the referring one to the Law of Public Hiring, suffers from inconsistent that influence powerfully in the normal execution of public works, causing serious damages to the interests of the State and the colectivity

It is common to observe in our country slowness whereupon to the precontractual processes and the execution in himself of public works are developed indispensable for the socioeconomic development of the population. That slowness that borders on most of the cases in the carelessness, has its origin in the Law of Public Hiring, whose normativity instead of ensuring the completion of the public work, allows either of a form or another one, that such processes become slow, and that the costs calculated at the beginning of the process, vary substantially at the time of executing the work, taking place not only economic damage to the coffers of the State, but to the right aspirations of the population that it has to wait for per years and years, the final delivery of the called work to satisfy the necessities that motivated their hiring.

Our country has been stigmatized like one of the ten countries of the region in which greater corruption exists, of special way in the matter of public hiring. This subject has come being debated in different forums, having considered essential aspects like the transparency, the trustworthiness, the legal frame and honest processes.

This reality has taken to me to make the present descriptive study, directed to identify the emptinesses and inconsistencies of the Law of Public Hiring that affect the application of the contractual clauses and the effective execution of the contract. For it, I have made a critical study of the norms of the Law of Public Hiring and other connected ones, that have allowed me to identify such weaknesses separately, analyzing specially the norm related to the precontractual procedures, to the light of doctrinal criteria of important consulted contractors and of unquestionable realities that appear at sight of all who we have been interested in this class of subjects.

In order to take to effect work, I examined previously certain antecedents that locate historically to the public hiring, soon passing to the conceptualización of the contract and their different modalities. Next, it was come to the analysis of the legal norm in which to the legal procedures that govern contracts of work execution, the rights and obligations are sustained, as much of the contractor as of the contracting organization, the norms that regulate the provisional and definitive reception of works, the means of solution of contractual controversies as well as the forms of completion of contracts and their effects.

This study finishes, with the signalling of several conclusions and recommendations and the exposition of a proposal in the terms that are left written down in the respective document.

In the accomplishment of the present work I previously came to the compilation and bibliographical selection that allowed to develop the theoretical frame me of the contents boarded. Also, I as much consulted opinions of tie people to the hiring and public work execution in the field strictly technician like in the legal field; in this sector I consulted opinions of lawyers in free exercise of the profession, and of magistrates of the Administration of justice of Manabí.

After the analysis of the sources and consulted bibliography I have synthesized the study in the conclusions and recommendations and the raised proposal.

INDICE

CAPITULO I

GENERALIDADES DEL CONTRATO

1.1. Aspectos doctrinarios de la contratación	1
1.2. Definición de Contrato.- Aspectos generales	9
1.3. Clasificación de los contratos: Sector Público y sector privado	12
1.4. Antecedentes históricos	15
1.5. Evolución histórica de la contratación pública en el Ecuador	19

CAPITULO II

EL CONTRATO DE EJECUCION DE OBRA

2.1. Modalidades del contrato de ejecución de obras	23
2.2. El contrato de concesión de servicios	32
2.3. Contrato de suministros	33
2.4. Contrato de concesión de obra pública	33
2.5. Diferencias entre contrato administrativo y contrato civil	35

CAPITULO III

PROCEDIMIENTOS LEGALES EN LOS CONTRATOS DE EJECUCION DE OBRAS

3.1. Del proyecto	36
3.2. Etapas del proyecto	38
3.3. Prefactibilidad	38
3.4. Factibilidad y evaluación	39
3.5. Financiación	40
3.6. Diseño	41
3.7. Modalidad y ejecución	42
3.8. Construcción	42
3.9. Mantenimiento	43

CAPITULO IV

DE LOS PROCEDIMIENTOS PRECONTRACTUALES

4.1. Procedimientos comunes	44
4.2. Principio de legalidad	44
4.3. Principio de libre concurrencia	44
4.4. Principio de igualdad ante la ley	45

4.5. Licitación	47
4.6. Concurso público de ofertas	47
4.7. Procedimientos especiales	47

CAPITULO V DE LA SUBDIVISION DE CONTRATOS Y ETAPAS DE EJECUCION

5.1. Etapas de ejecución	54
5.2. Del objeto del contrato y su formalización	55
5.3. De los contratos complementarios	59

CAPITULO VI DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA EN LOS CONTRATOS DE EJECUCION DE OBRAS

6.1. Ejecución y cumplimiento	67
6.2. Del reajuste de precios	71
6.3. Justificativos legales para aplicar el reajuste de precios	74
6.4. Pago de un precio justo por la ejecución de las obras	75
6.5. De las garantías	77

CAPITULO VII

DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL CONTRATANTE

7.1. Fiscalización y supervisión	84
7.2. Disponibilidad financiera	90
7.3. Recepción de obras provisional y definitiva	95
7.4. Solución a los problemas que se presentan en la ejecución del contrato	101

CAPITULO VIII

DE LA TERMINACION DE LOS CONTRATOS

8.1. Formas normales de terminación de los contratos	103
8.2. Modos anormales o irregulares de terminación de los contratos públicos	105

8.3. Declaración unilateral del contratante en caso de incumplimiento del contratista	107
8.4. Efectos de la declaración de terminación unilateral del contrato	109
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	116
PROPUESTA	123
BIBLIOGRAFIA CONSULTADA	124

ANALISIS DE LAS DEBILIDADES DEL SISTEMA JURIDICO QUE REGULA LOS CONTRATOS DE EJECUCION DE OBRAS PUBLICAS EN EL ECUADOR

CAPITULO I

GENERALIDADES DEL CONTRATO

1.1. ASPECTOS DOCTRINARIOS DE LA CONTRATACION.

Para poder conocer los aspectos doctrinarios de la contratación, y básicamente sus antecedentes, resulta imperativo que se recurra a las instituciones jurídicas que rigieron la génesis del derecho en Roma, pues, sin duda alguna, este derecho inspiró y sirvió de base para la mayoría de las legislaciones, y principalmente las latinoamericanas y entre ellas la nuestra.

Los Romanos no conocieron una teoría general de los contratos, porque sencillamente no la concibieron. Los Juristas clásicos se ocuparon ocasionalmente de cuestiones generales sobre contratos y actos jurídicos sin ninguna duda; pero lo hicieron de un modo casuístico, es decir concreto, específico, y sin lograr conceptos generales. La imaginación creadora de los juristas romanos estaba limitada al caso jurídico concreto.

La teoría de los contratos y, en general, de los actos jurídicos es creación de los juristas modernos. Los jurisconsultos romanos, con su característica hostilidad hacia la abstracción, no concibieron una teoría general sobre el tema, sino que, como dije anteriormente, lo hicieron para casos específicos y concretos.

Esta sistematización lógica del hecho jurídico, acto jurídico y contrato, la vemos recogida por primera vez en el Tratado de Ortolán, que es una agrupación de normas que se trató que imperen sobre todo en el territorio romano. Su extraordinario trabajo es una generalización concebida sobre la base del estudio particular de cada institución romana.

“En el derecho romano, desde la fundación de roma hasta el corpus juris civilis de Justiniano, el pacto desnudo no generaba obligación. Los contratos, durante toda la época correspondiente al derecho romano clásico, fueron rigurosamente formalistas; más aún sacramentales. Es lo típico ¹del derecho romano clásico, formalismo que fue atenuándose por el derecho romano vulgar, derecho que, por último, se impuso en la recopilación de Justiniano”.

La Transcripción que he realizado nos da la pauta para comprender que la validez

de un contrato en el derecho romano clásico, estaba supeditada, inexorablemente,

a los rigorismos formalistas, inclusive, dependientes de frases sacramentales; sino contenía estas frases sacramentales y otros aspectos formales, no se generaba la obligación; de allí que el tratadista nos dice que –pacto desnudo- no generaba ninguna obligación, consecuentemente, si no se –reviste- este no surte efecto alguno, requería ese revestimiento para tener vida jurídica.

De lo dicho se desprende que los principios fundamentales de la actual teoría del acto jurídico y del contrato fueron ignorados por el derecho romano clásico.

En el derecho romano clásico, el contrato nacía automáticamente al cumplirse las solemnidades sacramentales, que era la forma única de expresar la voluntad jurídica o consentimiento de todo pueblo primitivo,.Por eso no se concibe los vicios de consentimiento que hoy contempla nuestro Código Civil, por ejemplo (error, fuerza, dolo). La validez de los contratos dependía sólo del empleo de las palabras sagradas, por ser la única forma de expresar voluntariedad y la intención.

En el fondo, el contrato clásico es sólo consensual. Es la tesis clásica, en virtud de la cual no sólo se celebra el contrato, sino que también este

contrato tiene efecto real y no sólo obligacional, como ocurre con los contratos de nuestro derecho civil ecuatoriano.

En cambio la concepción del contrato moderno, en la que adquiere relevancia el elemento psíquico, como lo es la intención, sólo se impone en la época postclásica, porque la subjetividad del derecho romano sólo se viene a manifestar en el derecho romano vulgar, que fue creación del pretor.

En la edad media, el cristianismo influyó a través del Derecho Canónico, en este proceso de subjetivación del contrato, contrato que tendrá fuerza obligatoria por sí mismo, porque los motivos éticos o morales se impondrán y además se debe respetar la palabra empeñada, y eso sucedía en nuestro país, en donde hasta hace poco, las personas sostenían que la – palabra- de u a persona valía más que una escritura pública.

“El profesor López Santa María expresa que, en el antiguo Derecho Romano, el consentimiento no es base de las obligaciones contractuales. Y que estas obligaciones nacen automáticamente al cumplirse la ritualidad externa del contrato”.²

Si se analiza con detenimiento la transcripción realizada, se colige que, la psiquis, es decir el razonamiento que se condensa en el consentimiento, no

² CANDALPO José.- “La contratación en Roma”.- Edit. Harla, México, 1980, pág. 247.

era lo fundamental para la validez del contrato; lo eran en cambio esos rigorismos, esas frases sacramentales, las cuales, con cuya presencia, daban origen a la obligación contenida en el contrato, sin ellas, no había obligación.

“En Roma, contractus es simplemente el sustantivo derivado de contrahere, que significa dar o ligar, siendo irrelevante si la atadura surge o no de un acto voluntario”.³

Yo estimo que el contrato del derecho romano clásico, aunque se celebre con ritos solemnes y sacramentales, es meramente consensual, porque el rito jurídico, en todo pueblo primitivo, constituye voluntad; aun más, es la única forma de expresar voluntariedad, o sea, intención de obligarse jurídicamente.

Este es el verdadero sentido o destino de las formas o solemnidades del contrato en el derecho romano clásico.

En esta perspectiva, la única forma o manera de expresar el consentimiento en los contratos solemnes es practicando las solemnidades requeridas, porque la formalidad, en todo contrato solemne constituye consentimiento.

³ CABANELLAS Guillermo.- “Diccionario Jurídico Elemental”, Helistas, Buenos Aires, 1998, pág. 36.

En el derecho actual, la solemnidad, en cambio, tiene una función de mera publicidad, para poder proteger derechos de terceros y no cumple función psicológica, como ocurre en todo pueblo primitivo.

“Los Franceses tienen, en la teoría de los contratos, la influencia manifiesta de la “mancipatio”, institución clásica antecesora de la compraventa. Esta mancipatio , en el fondo, creó el efecto real con el mero consenso, porque esta institución, conforme a lo dicho, no obstante todas sus solemnidades era contrato consensual, como lo es actualmente el contrato de compraventa en el Código Civil galo y es contrato con efecto no sólo obligacional como nuestra compraventa, sino, con efecto real, porque es título traslativo y tradición a la vez”.⁴

Un paso gigante en lo que se refiere a la teoría general de los contratos, es el que dieron los juristas y legisladores franceses, quienes incorporaron a la contratación uno de los elementos que en mi criterio son fundamentales, me refiero al consentimiento, lo cual va dejando de lado ya sea esa formalidad o ritualidad que imperaba con anterioridad en el aspecto obligacional. Para los Franceses, sino había consentimiento, no había contrato, mucho menos obligación.

⁴ PARRAGUEZ Luis.- “Obligaciones”.- Edit. UTPL, Loja, 1008, pág. 67.

Por lo expuesto, puedo concluir que la mancipatio del derecho romano clásico, con todas sus formalidades sacramentales, sólo concretaba la intención de transferir.

El derecho romano vulgar, subjetivó el derecho romano clásico mediante la simple entrega de la cosa, como ocurre con la compraventa, y, para conocer la intención de las partes, había que recurrir al título, que podía ser traslativo o de mera tenencia, título que permitía calificar la referida entrega en tradición o simple entrega.

Como ejemplo de esta base de abstracción del pueblo romano en este sentido, tenemos todas las formas simbólicas de entrega, que contempla el derecho romano vulgar, como ser mostrando el predio, entregando las llaves, etc., esto, para explicar el carácter meramente consensual del contrato de compraventa del Código Civil Francés y su efecto real y no meramente obligacional.

“Claro Solar estima que los redactores del Código de Napoleón, generalizando los casos específicos de la “brevis manus” y “constituto posesorio”, instituciones propias del derecho romano vulgar, creyeron que era preferible prescindir siempre de la tradición, o sea, de la entrega de la cosa y atribuyó al contrato de compraventa mismo el efecto de transferir el dominio”.⁵

⁵ PARRAGUEZ Luis.- “Obligaciones”.- Edit. UTPL, Loja. 1998, pág. 73.

El comentario que realiza el profesor Claro Solar, me parece bastante pedagógico y por eso lo he transcrito, y básicamente pretende enseñarnos, que el contrato en la legislación francesa traía consigo el efecto de transferir el dominio.

Por la “brevis manus” a la que se refiere Claro solar , el tenedor pasa ostentar la calidad de poseedor y por la “constituto posesorio” pasa a tener la calidad de mero tenedor. En estos dos casos, la tradición se considera realizada o celebrada y, por tanto, constituiría un exceso de formulismo repetirla.

Corresponde ahora referirse a la teoría general de los contratos en el derecho contemporáneo.

Nuestra Ley, en forma concreta, respecto a los contratos, nos dice que la convención es un acto jurídico por el cual la persona se obliga para con la otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas.

El Código Civil ecuatoriano da por establecido que contrato y convención son sinónimos. Esta asimilación es motivada, porque concede a la palabra convención el sentido de concurso real de las voluntades de dos o más personas destinado a un fin jurídico.

Más adelante voy a referirme a que el criterio del legislador ecuatoriano que establece que contrato y convención son similares, no es del todo acertado, y allí esgrimiré las razones que tengo para hacerlo.

Retomando el tema, hay que sostener que el consentimiento de las partes es requisito esencial en todo contrato. Este acuerdo debe versar sobre todos los puntos que constituyen el objeto del contrato. Si no existe acuerdo sobre alguno de estos puntos, no existe contrato.

El acuerdo de voluntades lo requiere toda clase de contratos en que sólo una parte se obliga. Así ocurre en todos los contratos unilaterales, porque genéricamente son actos jurídicos bilaterales.

Se señala como únicas las formas que tienen las partes de expresar consentimiento en los contratos reales, solemnes y consensuales. En el contrato real, efectuando la entrega de la cosa; en los solemnes, observando ciertas formalidades especiales y en los consensuales, por el sólo consentimiento, que puede manifestarse de cualquier manera, siempre que resulte de un modo claro y preciso el acuerdo de las voluntades para contratar.

1.2. DEFINICION DE CONTRATO.- ASPECTOS GENERALES

EL ESTADO.- Se puede definir al Estado en base a los elementos que lo constituyen, como una sociedad política autónoma, fundada de forma permanente en territorio propio, dirigida por una estructura jurídica de gobierno, y cuyo fin es la realización del bien común.

Uno de los elementos que integran el Estado es la potestad gubernativa, que consiste en una facultad jurídica especial que se confiere a los individuos que han de realizar ciertas funciones con la posibilidad extraordinaria del uso de la fuerza dentro de los límites determinados por las normas establecidas. La autoridad debe sujetarse a reglas jurídicas y morales que limitan su ejercicio y en la que su única finalidad es el bien común.

Las normas jurídicas garantizan el orden social, la seguridad individual y la paz de la comunidad. Este orden consolida la vigencia del derecho, que regula la actividad de los órganos de gobierno, de los asociados y en general del ejercicio del poder.

Surge entonces la diferenciación entre mandantes y mandatarios, los primeros aceptan las decisiones tomadas por sus representantes, legítima y democráticamente elegidos; mientras que los otros ejercen la potestad

gubernativa que le es conferida por el pueblo como titular de la soberanía.

La Constitución Política del Estado , al determinar los principios esenciales que rigen la estructura jurídico- política de la República del Ecuador, señala que es un Estado soberano. La soberanía es por tanto, una característica fundamental del Estado Ecuatoriano, tal como lo señalan las modernas teorías del Estado. (Art. 1 de la Constitución Política del Ecuador).

Agrega la Carta Política que la soberanía radica en el pueblo, pero que éste la ejerce a través de los órganos del poder público establecidos por la propia Constitución.

Los organismos del Estado pueden hacer sólo lo que está expresamente permitido por la ley, en otras palabras, los órganos del poder público no podrán ejercer otras atribuciones que las consignadas en la Constitución y la ley. (Art. 119 CPRE).

Personalidad del Estado.- El Estado no se identifica con una persona natural, ni con los mandantes, ni mucho menos con los mandatarios. El

Estado trasciende en el tiempo, de tal suerte que sus obligaciones inmanentes las cumplirá en el presente o en el futuro.

El tratadista Kelsen expresa que “la persona jurídica del Estado muestra el mismo carácter que cualquier otra persona jurídica”.

Lo difícil de entender es cómo es a la vez “poder” – lo que implica la capacidad jurídica para obligar a los individuos mediante la declaración unilateral de su voluntad, e incluso privarle de sus bienes- y es también “persona jurídica” – sujeto de derecho – la teoría establece una explicación haciendo referencia a la doble personalidad del Estado: Atribuye a la comunidad la organización y el origen del mismo, facultándole para ejercer una función coactiva. Inmediatamente es ya el Estado organizado el que a través de su poder confiere, mediante normas, el que establece y regula la capacidad jurídica que tienen los órganos para adquirir derechos y contraer obligaciones.

Existe una corriente mayoritaria de tratadistas que consideran a la unidad como concepto esencial del Estado y por ende su personalidad jurídica como ente sujeto de derechos y obligaciones es también única.

Es así que la Administración Pública Central, tendrá personalidad jurídica única para el cumplimiento de sus fines, lo cual ocasiona que sus órganos dependientes, adscritos o controlados por ella, tendrán solo las respectivas competencias asignadas. Así lo dispone el Estatuto del

Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva. (Art.3 ERJAFE).

La Ley Orgánica del Servicio Exterior en su art. 1 hace referencia a la personalidad del estado señalando que el Servicio Exterior tiene a su cargo cumplir la gestión internacional del Estado conforme a la Constitución Política de la República, a las leyes y al Derecho Internacional; y que el Servicio Exterior , bajo la inmediata dirección del Ministro de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración, ejecuta la política internacional, vela por el respeto de la personalidad , soberanía, independencia, dignidad e integridad territorial de la República y asegura la defensa de sus derechos y la protección de sus intereses.

1.3. CLASIFICACION DE LOS CONTRATOS:

SECTOR PUBLICO Y SECTOR PRIVADO

El Art. 118 de la Constitución Política, establece que son organismos del Estado los siguientes:

1. Los organismos y dependencias de las funciones Legislativa, Ejecutiva y Judicial.
2. Los organismos electorales.
3. Los organismos de control y regulación.

4. Las entidades que integran el régimen seccional autónomo.
5. Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado.
6. Las personas jurídicas creadas por acto legislativo seccional para la prestación de servicios públicos.

Estas entidades, en cuanto a su funcionamiento y actividades, están sometidas a las disposiciones constitucionales y legales administrativas. Por lo tanto, las normas que establecen la responsabilidad penal, civil y administrativa por el manejo de los fondos, aportes o recursos públicos, se aplican a todos sus servidores.

Se debe señalar que aquellas instituciones que la Constitución y la ley determinan, gozan de autonomía para su organización y funcionamiento.

La Ley garantiza los derechos y establece las obligaciones de los servidores públicos en el servicio civil y carrera administrativa.

En cuanto al sector privado, la Constitución garantiza su participación como uno de los sectores de la economía ecuatoriana, desenvolviéndose

con criterios de eficacia, competitividad, transparencia, agilidad, coparticipación en la gestión pública y solidaridad social de conformidad con la Ley. Establece la posibilidad de que el Estado mediante concesión, asociación o cualquier otra modalidad contractual pueda delegar al sector privado, la prestación de los servicios básicos determinados en la ley , así como la explotación de los recursos naturales y servicio de agua, energía eléctrica y telecomunicaciones. Así mismo, se puede traspasar la propiedad accionaria de las empresas – respecto de los citados bienes y servicios – con las limitaciones pertinentes.

De acuerdo con lo que prescribe el Reglamento Sustitutivo del Reglamento General de la Ley de Modernización del Estado, en su Art. 67, el sector público puede delegar al sector privado ciertas actividades. Esos procesos de delegación , en cualesquiera de sus formas, serán regulados y supervisados por el CONAM.

Las Concesiones son otorgadas por las entidades u organismos del sector público que son competentes según la legislación vigente y en las modalidades permitidas. Se otorgan al sector privado con el objeto de que este último por su cuenta y riesgo, en las condiciones estipuladas en la licitación y el contrato, planifique y construya una obra pública, mantenga y mejore una ya existente o preste un servicio público a cambio de recibir una utilidad por sus inversiones y trabajo.

Se puede también celebrar contratos de comodato entre entidades y organismos del sector público y personas jurídicas del sector privado, siempre que dicho contrato se relacione con una mejor prestación de un servicio público, favoreciendo el interés social, estableciendo las correspondientes garantías y con la autorización de la máxima autoridad u organismo, de acuerdo con la ley y los reglamentos.

1.4. ANTECEDENTES HISTORICOS

El contrato de ejecución de obras en sus diferentes fases, acoge en derecho el procedimiento que determina la ley, sometido el proceso de contratación a espacios de tiempo debidamente establecidos. La fuerza que impulsa este ordenamiento tiene dos indicadores: Necesidades básicas insatisfechas y propuestas técnica y económicamente sustentables de gran significación que intentan armonizar los fines y su efectiva realización.

La historia nos ilustra en el sentido que las grandes construcciones de las civilizaciones asiáticas y las del norte de Africa en sus inicios sirvieron de ejemplo para que la comunidad Europea y los Estados del Norte, realicen en gran escala obras importantes que constituyen un referente para los pueblos y sus generaciones.

En América se puede resaltar la época de la colonia, cuya actividad si bien fue reducida, pero sin lugar a dudas relevante, sobre todo es necesario destacar el extraordinario valor que tuvo en la civilización indígena de América Central y América del Sur.

La Cultura arquitectónica que irrumpe sólidamente como arte y como ciencia se evidencia en Egipto al norte de Africa son sus pirámides, las cámaras funerarias de Keops, Kefrén y Micerinos, el faro de Alejandría.

En Roma, el templo de la fortuna y de Vesta.

En Grecia, el Coloso de Rodas.

En Babilonia, sus jardines colgantes.

En la India, edificios famosos como los Stupa que albergaban las reliquias de Buda, y los Chaityas que eran templos enclavados en la roca, el templo subterráneo de la isla de Elaphanta en el siglo VII y el taj-mahal que se construyó en el siglo XVII.

En China se destacan construcciones religiosas en época de la Dinastía Imperial Shang durante el II milenio y con las Dinastia Ming la construcción de la “ciudad prohibida”, fundada por Chu Yuan Chang en 1368.

El renacimiento recoge la manifestación clásica en el occidente europeo que se da en el siglo XV y a mediados del siglo XVI. Esta época fue considerada por Michelet como “el descubrimiento del mundo y del hombre” y manierismo como reacción al período renacentista se da en Italia a inicios del siglo XVI, que tiene como fin el origen individual y el ingenio cuya culminación fue el barroco.

El Neo clasicismo nace en Francia entre el siglo XVII y XVIII. En esta época sobresalen el edificio de la bolsa, la columna imperial en la plaza Vendome y el Arco del Triunfo. En Londres el Bodle's Club, en Berlín la puerta de Brandeburgo, en Munich la Gliptoteca, en la URSS el teatro de Moscú y el Palacio del Senado de Leningrado, en Italia el teatro de la Scala de Milán y el Museo del Vaticano , en España la fachada de la Catedral de Pamplona y el Museo del Prado.

En Estados Unidos de América, las grandes construcciones metálicas aparecen a mediados del siglo XIX. En esta época se construyó el Centro Rockefeller, la Casa Kaufmann y el Museo Guggenheim. En el siglo XVIII y parte del siglo XIX el Capitolio de Washington y la Casa Blanca, desarrollándose además en el campo urbanístico y en esculturas monumentales.

En México, durante el siglo XVI se crearon formas arquitectónicas nuevas como las capillas abiertas o capillas de indios. La escultura fue peculiar de la técnica indígena.

En el siglo XIX fueron consideradas como parte del arte universal ciudades sagradas, (Teotihuacan) pirámides del Sol , de la Luna, esculturas, altares, palacios.

De la época moderna ya en pleno siglo XX podemos citar la Ciudad Universitaria y el Museo Antropológico.

En América Central con la civilización Maya encontramos la construcción arquitectónica llamada Arco Falso, la cuenca interior del Petén al Norte de Guatemala.

En América del Sur:

En Bolivia, grandes monumentos en piedra de la cultura de Tiahuanaco. Durante la época de la Colonia se imita la arquitectura Española, como ejemplo, la Casa de la Moneda. En el siglo XIX se impone el neoclasicismo.

En Perú durante la época precolombina se desarrolló la arquitectura en piedra. El imperio Inca alcanza su máximo esplendor entre 1440 y 1532. Se perfeccionan las obras de ingeniería y aporta grandes innovaciones en la arquitectura y el urbanismo, construcción de edificios de estilo neoclásicos. Sobresalieron en arquitectura ciclópea de enormes piedras irregulares, fortalezas situadas sobre el Cuzco, Sacs Huamán y las de Machu Picchu.

En Ecuador

Existen restos de monumentos Incas en las Provincias de Azuay y Cañar y obras coloniales de extraordinaria concepción como el Templo de San Francisco, la Compañía de Jesús y la Catedral en Quito.

1.5. Evolución histórica de la contratación pública en el Ecuador.- En

cuanto se refiere a la evolución de la normativa jurídica que ha regulado la contratación pública en nuestro país, encontramos el Decreto Supremo N° 679 publicado en el R.O. N° 159 del 27 de Agosto de 1976, mediante el cual se expidió la Ley de Licitaciones y Concurso Público de Ofertas. Esta ley fue reformada mediante los decretos supremos N° 1633 y 2399 publicados en los registros oficiales N° 386 de 25 de Julio de 1977 y 596 del 30 de Mayo de 1978, por la ley N° 165 publicada en el R.O. N° 762 del 11 de Junio de 1984, por los decretos leyes N° 15 y 22 publicados en el R.O. N° 258 del 27 de Agosto de 1985 y 434 del 13 de Mayo de 1986 y el Art. 51 de la ley N° 72 publicada en el R.O. N° 411 del 21 de Mayo de 1990.

La Ley de Contratación Pública entró en vigencia a partir de su publicación en el registro oficial N° 501 de 16 de Agosto de 1990. Tan pronto se expidió este cuerpo legal, el criterio general de los involucrados en el tema era que la clase contaba con una valiosa

herramienta de trabajo, que la ley contemplaba todo cuanto podía haberse legislado al respecto; sin embargo, en la práctica muchas de sus disposiciones fueron irrelevantes, se produjeron reformas y multiplicidad de consultas a los organismos de control con la finalidad de afianzar el marco jurídico vigente.

CAPITULO II

EL CONTRATO DE EJECUCIÓN DE OBRA.

Siendo como lo es el contrato de ejecución de obra un contrato administrativo, he creído necesario realizar previamente una breve reseña sobre los elementos esenciales, las características y las clases de los contratos administrativos.

El contrato administrativo es el convenio celebrado entre la administración y los particulares, y sus elementos esenciales son los siguientes:

Sujetos, es decir las partes contratantes: la Administración Pública y las personas naturales o jurídicas del sector privado y público.

Voluntad, es decir la aceptación que las partes expresan frente a las exigencias del contrato. Esta se manifiesta de la forma establecida por las leyes, reglamentos y las cláusulas que rigen el contrato. Lo común es que , una vez que la propuesta del particular fue favorecida en el concurso, se celebra entre las partes un contrato de adhesión.

Objeto, es decir, la ejecución de obras, la prestación de servicios y la adquisición de bienes. El objeto debe estar claramente definido en el contrato.

Causa, es el motivo por el cual se contrata. La Administración no puede celebrar un contrato si no existe una causa real, legal, clara, y de acuerdo a necesidades prioritarias.

Finalidad, consiste en el bienestar público; sin descuidar los intereses individuales garantizados por la Constitución y otras leyes.

Formalidades, son el conjunto de requisitos necesarios para la validez del contrato. La doctrina es uniforme al señalar que la formalidad rigurosa es un elemento esencial en la contratación pública, imposible de evadir pues se puede incurrir en una causa de nulidad.

En cuanto a las características del contrato administrativo, tenemos las siguientes:

Desigualdad de las partes, es decir la existencia evidente de prerrogativas para la Administración frente al contratista particular, que se concretan en la formulación de cláusulas leoninas que ponen en situación de desventaja al contratista frente a la Administración contratante.

Caducidad, no es otra cosa que la terminación unilateral del contrato por parte de la Administración.

Cláusula penal, consiste en la imposición de una multa por incumplimiento del contrato; pero no es prerrogativa del sector público.

Garantías, la administración establece o determina la clase y monto de garantía atendiendo al tipo de contrato.

Reversión, consiste en la posibilidad de que los bienes del contratista destinados al servicio de una obra, pasen a propiedad del Estado, mediante el pago de su justo valor.

Medidas precautelatorias, están destinadas a frenar las acciones dolosas del contratante y consisten en la aplicación de políticas preventivas que evitan daños posteriores.

Relación Intuitu personae, en estos contratos interesa fundamentalmente la persona del contratista; es por ello que la administración debe asegurarse de sus capacidades técnicas, financieras y jurídicas.

Esta característica determina que el contrato administrativo sea intransferible.

Indivisible, solamente por excepción la ley señala los casos en los cuales puede contratarse por etapas siempre que se cumplan las condiciones necesarias que requiere este régimen particular. La legislación no quiere que se eludan los procedimientos de concurso y licitación, fundamentalmente por la cuantía de este tipo de contratos.

Para el cumplimiento de sus fines administrativos, el Estado a través de la administración actúa en dos formas distintas: ejerce por sí mismo la actividad respectiva o utiliza al administrado o particular para que colabore.

2.1. MODALIDADES DEL CONTRATOS DE EJECUCION DE OBRA

La administración pública puede celebrar dos tipos de contratos:

Contratos administrativos propiamente dichos; y,

Contratos de derecho común.

Ambas categorías integran el género “contratos de la administración”.

Contratos Administrativos:

La doctrina dominante acepta que la figura jurídica contrato pertenece al derecho en general. .

Cuando el Estado está revestido del poder de imperio, de las prerrogativas que le atribuye el orden público y que rompen la igualdad entre las partes se dice que se tratan de contratos administrativos. La presencia de cláusulas exorbitantes requiere además de un régimen jurídico especial que regule estas relaciones.

El contrato administrativo no está orgánica e íntegramente regulado por normas positivas sobre aquél existen varias normas dispersas y se acude a la doctrina con frecuencia para su mejor comprensión.

Los contratos Administrativos propiamente dicho han sido clasificados por los tratadistas teniendo en cuenta la prestación u objeto, se diferencian así de los de atribución (concesión de uso de dominio público) y contratos de colaboración (concesión de un servicio público).

Genaro Eguiguren en su obra “Celebración de Contratos Administrativos”,⁶ hace hincapié en que la doctrina señala que existen básicamente tres modalidades de contratos para la ejecución de obras públicas :

- a) A través de las instituciones del sector público en forma directa,
- b) Construcción de una obra mediante la celebración de un contrato, Y,

⁶ EGUIGUREN GENARO “ Celebración de Contratos Administrativos” Universidad Andina Simón Bolívar del Ecuador. 2001 Pág. 214.

C) Contrato De ejecución de obras bajo la modalidad de concesión.

.

Contratos de atribución.- En nuestra legislación, dentro de esta clasificación se playa, etc. Cada uno de ellos está normado por leyes especiales y en todos se atribuye el uso, explotación o goce de un bien o actividad declarados como de propiedad o explotación reservadas al Estado.

Contratos de colaboración.- Surgen como respuesta al nuevo concepto del papel del Estado y a la tendencia desmonopolizadota y de transferencia a los particulares de áreas asignadas tradicionalmente a aquél.

Los contratos de colaboración ponen en práctica lo que se conoce como delegación. En virtud de ella, el concesionario o delegado presta un servicio o ejecuta una obra determinada y la contraprestación por esas obras o servicios es dada por el pago de un peaje, pontazgo o tarifa y no por un precio.

Esta clase de contratos está normada en nuestro país en primer término por la Ley de modernización del Estado, privatizaciones y prestación de servicios públicos, luego podemos mencionar la Ley para la construcción y mantenimiento de obras públicas como autopistas, puentes,

estacionamientos, similares y la de transporte colectivo urbano; la Ley Orgánica de Aduanas, Ley de Telecomunicaciones.

Forman parte de este grupo los contratos de concesión de obra pública; Los de concesión de servicios aduaneros, los de concesión de frecuencias. En los últimos años, nuestro país debido a la incapacidad de los gobiernos de turno en unos casos y por los altos niveles de corrupción al interior de la administración, ha visto proliferar estos contratos de colaboración mediante los cuales se ha entregado a grupos económicos particulares un sinnúmero de obras públicas que debería haber sido ejecutadas por la Administración Pública, propiciando el enriquecimiento ilícito y descomunal de grupos económicos perfectamente identificados, en perjuicio de los intereses del país. incluyen todos los contratos de concesión de minas, hidrocarburos, zonas de

Los contratos de ejecución de obras, prestación de servicios y adquisición de bienes, regulados por la Ley de Contratación Pública, no pertenecen a ninguna de las categorías citadas anteriormente, pues aquellos no son contratos de atribución ni de colaboración mas bien son típicos contratos de derecho común, pero en los cuales el Estado está revestido de poder de imperio y por ello participan de los contratos administrativos.

En esta clase de contratos es evidente la supremacía que siempre tiene el Estado sobre el cocontratante que se traduce en el control directo y

exclusivo, especialmente en la parte legal y reglamentaria que rige toda la operación y también en la contractual o económica dentro de ciertas limitaciones que es la que interesa al particular.

El Art. 75 del Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva⁷ define a los contratos administrativos como “todo acto o declaración unilateral 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 legales aplicables” y el Art. 76 se refiere a la formación de los contratos administrativos y distingue dos fases: la precontractual y la contractual o de ejecución.

Si se parte del análisis de las disposiciones legales invocadas, en la legislación ecuatoriana habrían los siguientes ámbitos de regulación de los contratos administrativos:

a) General.- Lo regulados por la Ley de Contratación Pública, cuerpo legal aplicable por analogía aún para los contratos excluidos de la misma cuyo objeto⁸ sea la adquisición de bienes, **ejecución de obras y prestación de servicios**, excepto los de consultoría.

b) Especial.- En este grupo se incluyen los siguientes contratos:

⁷ ESTATUTO de Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva.

Los de consultoría regidos por la Ley de Consultoría;

Aquellos de concesión o delegación de obras públicas, servicios públicos o de actividades económicas reservadas al Estado, regidos por la Ley de Modernización del Estado, privatizaciones y prestación de servicios públicos por parte de la iniciativa privada; la Ley para la construcción y mantenimiento de obras públicas como autopistas, puentes, túneles, estacionamientos, similares y la de transporte terrestre;

Los de concesión de servicios aduaneros normados por la Ley Orgánica de Aduanas;

Los de concesión de explotación y aprovechamiento de recursos naturales o de bienes declarados de exclusiva explotación estatal regidos por leyes especiales : Ley de Hidrocarburos, Ley de Minería, Ley Especial de Telecomunicaciones, Ley de Aguas, Ley de Régimen del sector eléctrico, Ley General de Puertos, etc.

Los de crédito público interno y externo, normados por la Ley de Administración Financiera y Control, la Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado, etc.

Los contratos administrativos también pueden ser clasificados, tomando en cuenta el objeto, y a la normatividad a la que se sujetan.

a) Por el objeto:

Contratos de ejecución de obra.- *El objeto principal de este tipo de contratos es la ejecución de una obra pública.* Este contrato podrá ser un contrato sujeto a la Ley de Contratación Pública si la contraprestación por la ejecución de la obra está determinada por un precio; o sujeto a la Ley para la construcción y mantenimiento de obras públicas como autopistas, puentes, túneles, estacionamientos, similares y la de transporte terrestre.

En todo caso en este capítulo se abordará todo lo relacionado con los contratos sujetos a la Ley de Contratación Pública. Lo característico de esta clase de contratación es que la obra se realiza a cuenta y riesgo del contratista. Por ejemplo la construcción de un puente, un túnel, una carretera, etc, Un contrato como éste termina con la construcción del objeto materia del mismo.

Se ha definido al contrato de obra pública como aquél que celebra la administración pública con interpósita persona, para la realización de una obra pública o un trabajo público, mediante el pago de un suma de dinero y conforme a las prescripciones establecidas en la ley y el correspondiente pliego de condiciones, es decir, las bases previamente establecidas.

Es uno de los contratos más frecuentes en la administración pública. De ahí que existen tantas normas legales y reglamentarias e instructivos de uso general que se aplican a otros contratos administrativos.

Nuestra legislación no define la obra pública, el Código Civil en el Título III del Libro II se refiere a los bienes nacionales y distingue los bienes de uso público y los privados que tiene las instituciones; por lo tanto, las obras públicas serían todas las construcciones materiales que ejecute el Estado en sus bienes públicos o en sus bienes privados.⁹

En la doctrina se afirma que deben existir los siguientes elementos para que exista una obra pública:

- El subjetivo, es decir la realización de la obra para satisfacer el interés general;
- El mobiliario o inmobiliario que es el objeto sobre el cual se realiza la obra; y,
- El precio.

Los contratos de obra pública participan de las características señaladas para los contratos administrativos en general. Sin embargo, se caracterizan por lo siguiente:

- El contratista se subroga a la administración, su representación es personal y directa, de lo que resulta que los subcontratistas y obreros se vinculan directamente a él y no a la administración pública.

⁹ Código Civil Ecuatoriano, Libro II Título III

- Conlleva el derecho de inspección y vigilancia de la obra pública por parte de la administración, que no es otra cosa que la potestad de fiscalizar la obra hasta su finalización. Varios especialistas en el tema, difieren de esta modalidad por razones de orden técnicas, económicas y prácticas, especialmente consideran inconveniente adoptar este mecanismo para obras de gran significación y envergadura.
- La administración puede suspender la obra, modificar o rescindir el contrato, ello sin perjuicio de pagar la correspondiente indemnización de perjuicios.
- La obra pública a realizar constituye un conjunto orgánico e inseparable como se proyecta y concibe.
- Siempre que no se alteren las bases de la contratación y consten por escrito, pueden darse aumentos o reducciones de costos o trabajos contratados y si así fuere, los costos se reajustarán para efectos del pago del anticipo y de las planillas de ejecución de obra, desde la fecha de variación mediante la aplicación de fórmulas matemáticas que constarán obligatoriamente en el contrato en base a la fórmula general constante en el Art. 86 de la Ley de Contratación Pública.

El reajuste de precios se realizará mensualmente o de acuerdo a los períodos de pago establecidos en el contrato y será efectuado provisionalmente en base a los precios o índices de precios a la fecha de

presentación de las planillas por la fiscalización o unidad de control de cada obra y se lo tramitará junto al pago de planilla.

En caso de mora o retardo parcial, imputables a la institución contratante, el reajuste de precios se reconocerá hasta la fecha en que se los cubra, por lo que las sumas adeudadas no causarán intereses.

Recepción de la obra:

- La ley ha previsto la recepción parcial y total, y ésta puede ser provisional o definitiva. La recepción tiene el carácter de provisional hasta tanto se haya cumplido el plazo de garantía estipulado. La recepción definitiva se produce cuando se haya producido la expiración del plazo de la garantía;
- Generalmente el contrato de obra pública se cancela mediante pagos parciales, mediante la presentación de planillas;
- En esta clase de contratos para garantizar la debida ejecución de la obra y la buena calidad de los materiales empleados, además de la garantía de fiel cumplimiento, la entidad retendrá del monto global de cada planilla, inclusive de lo correspondiente al reajuste de precios, el cinco por ciento de su valor, como fondo de garantía.

Estos valores serán depositados en el Banco Ecuatoriano de la Vivienda en una cuenta especial, de acuerdo con las regulaciones que emite el directorio del Banco Central.

Los intereses que generen estos depósitos, pertenecen al contratista y serán devueltos con el depósito, Si los pagos se realizan en moneda extranjera también se hará en ese monto y su devolución se hará en la misma moneda del depósito.

El fondo de garantía servirá para reparar o cambiar aquellas partes de la obra en que se descubran defectos de construcción, mala calidad o incumplimiento de las especificaciones, imputables al contratista.

2.2. El Contrato de concesión de servicios.-

José Canasi lo define como “el contrato administrativo por el cual el Estado delega o atribuye a una persona privada, física o jurídica, y a veces a una persona pública, la prestación de un servicio público y ciertos atributos de él, por un término determinado y mediante la fijación de una tarifa, aunque tenga que realizar para dicha prestación construcciones o trabajos accesorios para dicho servicio”.¹⁰

El servicio público es la última *ratio* que realiza el Estado para satisfacer y asegurar la prestación de una actividad de necesidad colectiva. De ahí que revista exponentes de generalidad, igualdad, regularidad y continuidad.

¹⁰ CANASI José

Ello quiere decir que el servicio es para todos por tanto no excluye a persona alguna; es igual para todas las personas que lo utilicen en forma individual; sometido a reglas generales que determinen un sistema organizado; y que debe prestarse sin interrupción (lo que no excluye que pueda ser intermitente o sujeto a horarios y frecuencias).

Esta clase de contratos se caracterizan por lo siguiente:

- Constituye un contrato sinalagmático, porque obliga recíprocamente al concedente y al concesionario;
- Es conmutativo porque las prestaciones son ciertas y equivalentes, suelen ser onerosas aunque con modalidades propias;
- Como todos los contratos administrativos rigen para él los principios generales de los actos administrativos: capacidad, forma, competencia y legalidad. Además, debe constar por escritura pública.

2.3. Contrato de suministros.- Este es un contrato esencialmente de compraventa que también persigue una finalidad de utilidad pública o interés general. Se rige por las normas administrativas y por aquellas de derecho privado civil o comercial de allí que no me voy a detener a examinar esta clase de contratos por cuanto no corresponde al tema central de este estudio.

2.4. Contrato de concesión de obra pública.- Constituye una forma de contratación de obra pública por medio de la cual el Estado atribuye a una persona determinada de conformidad con la ley y a las bases la

realización de una obra pública y le concede como contraprestación el derecho a recibir de los usuarios del servicio que presta dicha obra pública, una tarifa determinada por un plazo también determinado.

Al igual que en el contrato de concesión de servicios públicos, en el de obra pública existe una verdadera delegación de ciertas y determinadas funciones del Estado.

Se distingue primordialmente por la forma de pago de la obra pública realizada, que consiste principalmente en peaje, pontazgo, barcaje, etc. Generalmente con este tipo de contratos se pretende la satisfacción mas rápida de las necesidades públicas.

2.5 DIFERENCIAS ENTRE CONTRATO ADMINISTRATIVO Y CONTRATO CIVIL.

De lo expuesto anteriormente podemos citar las siguientes diferencias más importantes:

- En el contrato administrativo siempre una de las partes es la administración pública; en el contrato civil concurren las personas naturales o jurídicas de derecho privado.

- El contrato administrativo persigue el bien común y no únicamente el interés particular, como sucede en el contrato civil.
- En cuanto a los requisitos, el contrato administrativo tiene un régimen estricto que hay que cumplirlo en forma inexorable para la validez del mismo; mientras

que en el contrato civil se pueden establecer las condiciones solamente con el acuerdo de las partes.

- El contrato administrativo pertenece al ámbito del derecho público mientras que el contrato civil pertenece al derecho privado.

CAPITULO III

PROCEDIMEINTOS LEGALES EN LOS CONTRATOS DE EJECUCION DE OBRAS

3.1. DEL PROYECTO

Las etapas, y procedimientos de orden legal y técnicos hacen de la planificación y el proyecto quizás los puntos más importantes en un proceso de contratación de obras.

El proyecto no es otra cosa que la idea que se tiene de algo que se piensa hacer y de cómo hacerlo. Si tenemos en mente de algo que se

piensa hacer, esta idea puede proyectarse, pero si a esto se suma el interés de hacerlo, necesariamente hay que remitirse a lo que señala la ley, el contrato y normas reglamentarias.

El Reglamento de Determinación de Etapas del proceso de Ejecución de Obras y Prestación de Servicios Públicos, define el proyecto de obra pública como **el conjunto de memorias, planos, especificaciones, cálculos, presupuestos y otros documentos técnicos, que establecen las características y dimensiones de una obra pública, para su valoración, contratación y ejecución.**

La planificación como etapa previa engloba todos estos elementos en función del proyecto, el mismo que debe contar con un presupuesto referencial atendiendo las características y magnitud de la obra.

El cuerpo reglamentario citado instituye para el perfeccionamiento y celebración de un contrato de obra, una serie de formalidades que recogidas en un instrumento público, no tienen otra particularidad, que no sea el cumplimiento de lo que señala la norma legal materia de nuestro estudio.

El Art. 14 de la Ley de Contratación Pública para los procedimientos de licitación y concurso público de ofertas, taxativamente establece requisitos previos a la convocatoria; esto es, estudios, diseños, planos, cálculos, especificaciones generales, y técnicas, presupuestos y demás

documentos necesarios para la elaboración del proyecto y posterior convocatoria. Uno de los aspectos esenciales de esta etapa tiene que ver con la disponibilidad de recursos o fondos, que expresamente recoge la Ley de Contratación Pública y la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control en su Artículo 58.¹¹

En relación a las obras de interés para el país con financiamiento externo o interno, para su implementación se requiere el informe previo y favorable del Ministerio de Economía y Finanzas.

En sí, el proyecto se constituye en la fase primigenia del proceso de contratación, tiene especial importancia desde el punto de vista social y constructivo.

Habiéndose establecido el proyecto, el procedimiento pre-contractual y contractual constituye el soporte en que se asienta la contratación en relación a la ejecución de obras.

3.2.ETAPAS DEL PROYECTO

Cuando nos referimos a un proyecto, cualquiera que este sea, tenemos que recurrir a su fuente de origen, origen o antecedentes que están en

¹¹ Ley de Contratación Pública. Ley Orgánica de Administración Financiera y Control.

las leyes. Los proyectos de obras pública contemplan varias etapas, determinadas en la ley, reglamentos, acuerdos y demás normativa de carácter legal, a saber:

3.3.PREFACTIBILIDAD.-

Este estudio recoge los aspectos más sobresalientes en forma preliminar para la viabilidad del proyecto, además de contar con un banco de datos que identifica en forma inicial la obra en su conjunto. El estudio de prefactibilidad presenta alternativas de solución válidas en esta etapa, cuyas conclusiones derivan de un trabajo profesional y técnico. Analiza así mismo la inversión referencial que demandaría cada una de las propuestas, las mismas que arrojan un costo beneficio considerando los plazos para su ejecución.

Como podemos apreciar, hay una serie de elementos que contiene esta etapa, fase preliminar o previa, imprescindible en la práctica para la realización de estudios definitivos.

3.4. FACTIBILIDAD Y EVALUACION.-

Hemos dicho que la elaboración de proyectos requiere de estudios o etapas que necesariamente tienen que darse previa a una convocatoria pública de licitación o concurso público de ofertas. El estudio de factibilidad o definitivo del proyecto establece en forma completa lo que la ley determina.

Corresponde a una institución o cuerpo colegiado llevar adelante una propuesta que recoja elementos técnicos, legales y económicos para su contratación. Factibilidad comprende lo que es posible hacer. Este estudio pone a disposición para la toma de decisiones un trabajo eminentemente profesional que garantiza la ejecución del proyecto.

3. 5 FINANCIACION.-

Otro de los aspectos fundamentales del proyecto tiene que ver con la financiación. Cuando hablamos de obras de compleja ejecución e importancia , debe contarse con las fuentes de financiamiento externas o internas que aseguren su realización. La LOAFYC establece en su Art. 58,¹² que ninguna entidad u organismo del sector público puede celebrar contratos o contraer obligaciones, respecto de recursos financieros, sin que conste la respectiva asignación presupuestaria y sin que haya disponible un saldo suficiente para el pago completo de la obligación

¹² Lei Orgánica de Administración Financiera y Control LOAFYC.

correspondiente. Para ello se exige que el Ministerio o la entidad respectiva, previamente a la convocatoria, cuente con el certificado del Ministerio de Economía y Finanzas o del Director Financiero, Tesorero o Pagador, según corresponda, que acredite que existen o existirán los recursos suficientes y disponibilidad de fondos. En la certificación se debe hacer constar el número de la partida y los recursos disponibles a la fecha de suscripción del documento. Sin embargo existen en nuestro país obras contratadas sin el cumplimiento de ese requisito, las mismas que se encuentran paralizadas desde hace mucho tiempo en su ejecución. **Esto se ha debido en la mayoría de los casos por el afán de los gobernantes de turno de promover la ejecución de obras que satisfagan intereses de orden político momentáneo o coyunturales, sin importarles que la ejecución de esa obra se vea paralizada más tarde, por falta de recursos.** Muchas personas vinculadas con el sector que han sido consultadas al respecto, sostienen que la Ley de Contratación Pública debe establecer sanciones severas para quienes procedieren a suscribir contratos de ejecución de obra pública sin que se cuente previamente asegurada la fuente de donde emanarán los recursos económicos para el pago de la obra.

3.6. DISEÑO.-

El diseño es el dibujo, la delineación y descripción gráfica de la obra a ejecutar. Esta fase establece las categorías técnicas y de presupuesto en función de cada una de las etapas, es decir, contempla el proyecto definitivo, el mismo que debe contener :

- 1.- Estudios y cálculos
- 2.- Memorias descriptivas
- 3.- Planos instructivos
- 4.- Especificaciones Técnicas
- 5.- Análisis de precios unitarios
- 6.- Presupuestos por rubro y global
- 7.- Programas de trabajo
- 8.- Plazos de construcción, entre otros.

3.7. MODALIDAD DE EJECUCION.-

El capítulo primero de este trabajo recoge en su descomposición como tema las principales modalidades de un contrato:

- a) Por administración directa
- b) Mediante la celebración de un contrato
- c) Por el sistema de concesión

Corresponde entonces a la institución establecer la forma considerando su pertinencia y posibilidades reales.

3.8. CONSTRUCCION.-

Definida la modalidad del contrato, la construcción de una obra contempla los pasos que previamente hemos comentado. La convocatoria Pública pone a disposición del contratista las bases en que se fundamenta la contratación, documento que en forma precisa debe contener las normas de carácter general y específicas que hagan viable en forma transparente la participación en el mayor número posible de profesionales o compañías dedicadas a la construcción.

Esta etapa conlleva la necesidad de mantener institucionalmente un equipo de fiscalización y supervisión que contribuya a enriquecer la obra ejerciendo la actividad fiscalizadora con estricta sujeción a los términos del contrato.

3.9. MANTENIMIENTO.-

Las recepciones provisional y definitiva establecidas en la ley y en el contrato, permite que una vez hecha la entrega en forma legal, la responsabilidad de dar el mantenimiento que proteja su vida útil recaiga en la institución contratante, la misma que debe programar en forma

debida esta última etapa con la finalidad de dar cumplimiento a lo que instituye la ley y disposiciones reglamentarias.

CAPITULO IV

DE LOS PROCEDIMIENTOS PRECONTRACTUALES

La Ley de Contratación Pública vigente a partir de 1990 regula los procedimientos de contratación y precontractuales los mismos que se los clasifica en comunes y especiales.

El procedimiento precontractual previo al de contratación, define el alcance y objeto respecto de la etapa de ejecución de obras.

Antes de la celebración de un contrato, un proyecto debidamente estructurado, de conformidad con lo que establece el reglamento de determinación debe someterse al procedimiento precontractual, de aplicación obligatoria para el sector público con las excepciones que la misma ley contempla.

4.1. PROCEDIMIENTOS COMUNES

La contratación pública dentro de nuestra legislación se encuentra sujeta a determinados principios generalmente aceptados por la doctrina y el derecho comparado, mismos que emanan del espíritu de la Constitución y la ley.

Estos principios son los de legalidad, el de libre concurrencia, y el principio de igualdad ante la ley.

4.2. Principio de legalidad.-

Debemos de partir por encontrar a la contratación administrativa dentro de la esfera del Derecho Público, en virtud del cual, al funcionario le está permitido realizar aquello que expresamente se encuentra prescrito en la norma legal, lo contrario sería una abrogación arbitraria de funciones.

En suma, de conformidad con el Art. 119 de la Constitución Política la facultad de contratación por parte de la Administración pública está determinada y limitada por la misma norma legal.

4.3. Principio de libre concurrencia.-

Consiste en el llamamiento al inversionista privado para la presentación de su oferta. Por ser una convocatoria de carácter público no puede ser restringida, sino por los requisitos determinados por la ley para la calificación de la idoneidad del contratista. Por ello, cualquier persona, sea ésta natural o jurídica legal y técnicamente apta puede participar en la adjudicación de contratos públicos, a fin de salvaguardar cualquier actuación discriminatoria del Estado.

En este sentido, es norma imperativa del Comité de contratación correspondiente realice la convocatoria, a procesos de licitación y concurso público de ofertas en tres días consecutivos en dos de los periódicos de mayor circulación en el país, en dos ciudades distintas, sin perjuicio de poder hacerlo en el exterior y/o en la página web del organismo oferente. Dicha convocatoria deberá ser suscrita por el Presidente del Comité de Contrataciones designado.

Excepcionalmente, la entidad contratante podrá contratar directamente a un particular, para lo cual, el funcionario responsable emitirá una resolución al respecto, debidamente motivada.

4.4. Principio de igualdad ante la ley.-

En general, las personas que se encuentren en idéntica situación deben poseer un trato igualitario, es decir, ante la presencia de varios contratistas, será prohibida la imposición de requisitos diversos entre uno y otros, por ello, más allá de contradecir el principio de prohibición de realizar distinciones arbitrarias, denotaría la voluntad de favorecer a un tercero en particular, lo cual constituye una conducta penalmente tipificada.

La igualdad de trato no sólo incumbe a la recepción de propuestas, sino también a la valoración que se hicieren de las mismas. Así el criterio

preponderante para la adjudicación será el mayor beneficio tanto material como económico a la Administración Pública.

Con lo indicado, a fin de precautelar el principio de igualdad y la seriedad dentro de los procesos contractuales de esta naturaleza, será necesario dotar de las garantías necesarias a fin de evitar irregularidades.

Consciente de ello y con el afán de no otorgar ventajas a alguno de los oferentes la ley prevé la presentación de la propuesta en un sobre cerrado (Art. 21 LCPú.).

Para garantizar este principio la ley exige que, previamente la entidad cuente con los documentos precontractuales o pliego de condiciones, que son de acatamiento obligatorio tanto para ella como para los participantes.

El Art. 4 de la Ley de Contratación Pública toma bajo este procedimiento la ejecución de obras haciendo una clasificación en relación a la cuantía.

El concurso público regulado por esta ley se da mediante:

4.5. Licitación.- Si la cuantía supera el valor que la misma ley expresamente señala producto de multiplicar un coeficiente por el monto del presupuesto inicial del año que corresponde.

4.6. Concurso público de ofertas.- Sigue el mismo procedimiento que el de licitación, variando el coeficiente, por lo que se reducen los montos materia del contrato.

Cuando los montos son inferiores al fijado por el concurso público de ofertas utilizando el coeficiente que la ley prescribe. Bajo esta modalidad, la entidad puede contratar bajo su propia reglamentación.

4.7. PROCEDIMIENTOS ESPECIALES

La propia Ley establece procedimientos especiales cuando se trata de contrataciones relativas a la adquisición de inmuebles, arrendamiento de bienes muebles o inmuebles, y las que se efectúen con préstamos concedidos por organismos multilaterales.

No están sometidos a estos procedimientos los contratos especialmente exceptuados por la Ley (Art. 6).

La Ley de Contratación Pública norma las excepciones al procedimiento precontractual en materia de ejecución de obras, a fin de evitar interpretaciones que estén fuera de la ley y del reglamento.

1. Los necesarios para superar emergencias graves que provengan de fuerza mayor o caso fortuito que demanden la intervención pública para superar los daños que aquellas hayan producido o prevenir los que puedan suscitar.

A menudo se suele confundir la “emergencia grave” con el “estado de emergencia” que declara el Presidente de la República de acuerdo a lo que dispone el Art. 180 de la Constitución Política.¹³ Para efectos de la materia que estamos tratando, debe entenderse que la contratación es emergente y en este caso la declara el representante máximo de la entidad contratante. De igual manera, quien adjudica estos contratos es el representante legal de dicha entidad a diferencia de los otros contratos que son adjudicados por el respectivo Comité de Contrataciones.

2. Los requeridos para la ejecución de proyectos prioritarios que se celebren en aplicación de convenios con otros gobiernos que ofrezcan financiamiento en términos ventajosos para el país;
3. Aquellos que se otorgan con financiamiento privado en atención de la solicitud del gobierno contratante.
- 4.- Los que el Presidente de la República califique como necesarios para la seguridad interna y externa y cuya ejecución corresponda a las Fuerzas Armadas o a la Policía Nacional.
- 5.- Los de permuta, aún cuando el valor de uno de los bienes exceda hasta un veinte por ciento del asignado al otro y el correspondiente propietario se obligue al pago de la diferencia.

¹³ Constitución Política del Estado Ecuatoriano

6.- Los de transporte de correo internacional; y los de transporte interno de correo que se rigen por disposiciones legales y reglamentarias dictadas para el efecto.

7.- Aquellos cuyo objeto sea la ejecución de una obra artística, literaria o científica.

8.- Aquellos cuyo proceso precontractual establecido en esta Ley se declare desierto después de la reapertura y sean calificados como urgentes por el Presidente de la República.

9.- Los que se celebren para la adquisición de repuestos o accesorios que se requieran para el mantenimiento de equipos y maquinarias a cargo de las instituciones públicas.

10.- Los que por leyes especiales, estén exonerados de licitación, concurso público de ofertas.

11.- Los que celebre el Estado con entidades del sector público, éstas entre sí, o aquel o éstas con empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en las dos terceras partes, a entidades de derecho público o de derecho privado con finalidad social o pública.

La calificación que exonera el procedimiento precontractual fundamentalmente debe darse a través de un decreto presidencial, acuerdo ministerial o resolución institucional.

Establecida la exoneración precontractual la entidad correspondiente debe tomar todas las previsiones que la ley franquea y que la moral pública exige con la finalidad de que bajo particularidades responsabilidades se celebren los contratos a favor de la institución y de la comunidad.

La Ley de Contratación Pública prevé, una vez adjudicado el contrato a través de un concurso licitatorio o de ofertas o por régimen de excepción, contar con los informes del Procurador General del Estado y Contralor General, además del informe del Ministro de Economía y Finanzas de conformidad con la ley cuando sea necesario.

La ley establece respecto de contratos que requieren de otros informes fuera de los señalados en el comentario anterior, la obligatoriedad de proceder conforme a las disposiciones legales que en forma expresa así lo disponen.

El régimen precontractual, instituye en la ley y el reglamento la conformación de un Comité de Contrataciones el mismo que debe integrarse en forma profesional y técnica. Por lo general lo preside la autoridad superior de la institución o del ministerio o secretaría descentralizada y desconcentrada. Los demás organismos pueden hacerlo a través de su propia reglamentación, construyéndose el Comité de acuerdo con la ley.

La contraloría General del Estado por disposición de la ley en el proceso precontractual se convierte en un organismo asesor, y puede solicitarse su intervención a petición de la autoridad que preside el comité de contratación respecto de un tema puntual o una asesoría permanente si lo consideran necesaria por la importancia del proceso. Además, el reglamento para el control de las etapas de contratación, establece la facultad que tiene el organismo técnico superior de control de intervenir en cualquier fase del procedimiento, con la finalidad de lograr el objetivo primigenio de la contratación. El interés institucional y el de la comunidad.

CAPITULO V

DE LA SUBDIVISIÓN DE CONTRATOS Y ETAPAS DE EJECUCIÓN.-

La Ley de Contratación Pública trata este tema en el capítulo de las prohibiciones. Prohibición de subdividir los contratos en aras de salvaguardar la integridad de los mismos. El legislador quiso evitar se contravenga la norma legal, para que los procesos pre y contractuales se

los identifique no sólo jurídicamente, sino que también se asegure la unidad del proyecto.

Para una mejor comprensión y análisis del problema transcribo el texto del Art. 64 de la Ley: “El objeto de la contratación o la ejecución de un proyecto no podrá ser subdividido en cuantías menores, en forma que, mediante la celebración de varios contratos, se eludan o se pretenda eludir los procedimientos establecidos en la ley. La transgresión de esta norma será sancionada con la remoción del cargo de los funcionarios que tomaren la decisión, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales a que hubiere lugar. Se entenderá que no existe la antedicha subdivisión cuando al planificar la ejecución del proyecto o revisar tal planificación se hubieren previsto dos o más etapas específicas y diferenciadas, siempre que la ejecución de cada una de ellas tenga funcionalidad y se encuentra coordinada con las restantes, en modo que garantice la unidad del proyecto”.¹⁴

Bajo este precepto pretenderé entonces formular algunas consideraciones:

- 1) La Ley protege el propósito de la no subdivisión de contratos. Su inobservancia viola la norma vigente:
- 2) La disposición de orden legal igualmente establece la imposibilidad de que se subdivide un contrato en cuantías menores. De suyo,

¹⁴ Ley de Contratación Pública

implicaría eludir el procedimiento recogido por el legislador con la finalidad de evitar transgresiones a la ley o posibles actos que atenten contra la moral y transparencia del proceso.

3) Así mismo, el marco jurídico penaliza la decisión de los funcionarios que proceden en forma contraria a lo que dispone de manera expresa el Art. 64, siendo acreedores de sanciones de acuerdo con el grado de responsabilidad que el hecho genera:

- a) remoción del cargo
- b) responsabilidad civil
- c) responsabilidad penal

Producto de la práctica de un examen de auditoria, sea este financiero o de obras por medio del organismo técnico superior de control o de la propia institución si esta cuenta con una unidad de auditoria, establecida la violación del precepto legal, hay una primera e ineludible responsabilidad, la remoción del cargo de los funcionarios que hubiere tomado la decisión. Sin embargo, la misma disposición legal deja abierta la posibilidad de que en un mismo hecho pueda atribuirse responsabilidades de orden civil y penal a que hubiere lugar, de ahí que hago énfasis en el grado de culpabilidad que permita adecuar la conducta para la generación del tipo de responsabilidad.

5.1. ETAPAS DE EJECUCION

El tratamiento del tema ha sido abordado bajo el argumento que la ley en forma expresa consigna, la prohibición de subdividir un contrato constituye la regla, la excepción prevista en el ley permite su implementación.

El manejo de la norma en referencia tiene que darse en forma lógica y secuencial para no alterar su espíritu, sin embargo revisemos el inciso segundo de la disposición que comento.

La excepción a la subdivisión de contratos infiere una debida planificación; prever dos o más etapas específicas y diferenciadas; que la ejecución de cada una de ellas tenga funcionalidad; y, que exista coordinación con las otras etapas para que el proyecto no comprometa su unidad.

Vistas así las cosas, sin entrar a considerar la conveniencia de esta institución considero pertinente consignar al final de este estudio las recomendaciones que a mi juicio corresponden:

Que las excepciones a la prohibición de subdivisión de los contratos de obras públicas consten específicamente definidas en la planificación previa, de tal modo que no se vea afectada su

funcionalidad sin interrumpir o impedir la utilidad o funcionalidad de la otra etapa al momento de ser ejecutada; que dos o más etapas específicas y diferenciadas se relacionen unas y otras en función de la unidad, es decir, que no se afecte al proyecto en su integridad; y, finalmente, que los órganos de control sean más exigentes al momento de autorizar las subdivisiones de los contratos, pues en nuestro país se dan con frecuencia casos de subdivisión de contratos contraviniendo la expresa prohibición de la ley, para satisfacer compromisos de orden político, y cuyos resultados han convertido la obra pública en aspiraciones frustradas de la comunidad necesitada de la obra.

5.2. DEL OBJETO DEL CONTRATO Y SU FORMALIZACION

Si el objeto es el fin al que se dirige una acción, mismo debe en forma precisa e individual determinarse. En el contrato, el objeto debe instituirse en forma clara, transparente, para que sus estipulaciones no sufran modificación alguna o alteren su contenido o esencia.

El Código Civil en su Artículo 1588 al referirse a que un contrato legalmente celebrado es ley para las partes contratantes, obliga en la parte moral y ética a que éste debe darse bajo fundamentos técnicos,

legales y económicos con la finalidad de que se ejecución responda categóricamente a su objeto. En la misma línea nos dice el Código Civil, si el objeto es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible. Es físicamente imposible el prohibido por las leyes o contrario a las buenas costumbres y el orden público ecuatoriano. Los tratadistas sostienen que el objeto del contrato es la cláusula más importante, por ser la que identifica al contrato, establece su finalidad y el alcance principal de la obligación.

El objeto del contrato se identifica a través del nombre del proyecto, la ejecución de la obra y sus fines, particularidades más importantes, especificaciones técnicas, especificaciones generales, planos, diseños y demás documentos necesarios para su perfeccionamiento.

Como puede estimarse, el contrato recoge en forma completa una gama de especificaciones debidamente establecidas en las cláusulas contractuales, las mismas que son de obligatorio cumplimiento.

La observación de requisitos y formalidades legales hacen de un contrato que éste se cumpla con las prescripciones que la ley exige. Acatar el ordenamiento legal y revestirse del marco jurídico implica aceptación a las formas y solemnidades que la norma impone.

Manuel Lucero Espinosa en su obra Licitación Pública manifiesta que “efectuada una adjudicación el órgano convocante y el adjudicatario

deben proceder a llevar a cabo el perfeccionamiento del contrato respectivo, dentro de veinte días naturales siguientes al de la notificación del fallo”¹⁵

La Ley de Contratación Pública en relación a la formalización de los contratos instituye lo siguiente:

- a) Aquellos cuya solemnidad estima en la ley y el contrato, requieren se confiera por escritura pública para su perfeccionamiento y validez.
- b) Por su naturaleza e importancia, la ley contempla su otorgamiento en atención a características o condiciones propias inherentes al objeto del contrato.
- c) Cuando la cuantía sea igual o superior a la base prevista para el concurso público de ofertas, a pesar de la exoneración que pueda haber del procedimiento precontractual, con las excepciones de rigor que la ley establece.

Este tipo de contrato así mismo debe contar con los informes de los organismos superiores de control. Esto es, de la Procuraduría General del Estado y Contraloría General de la Nación.

¹⁵ ESPINOZA Manuel Lucero. “La Licitación Pública”. Primera Edición 1993. México. Pg. 111

Notificada la adjudicación por el funcionario que la ley determina, debe prepararse toda la documentación relativa al proceso, con la finalidad de que la Contraloría y la Procuraduría General del Estado en el tiempo que la ley prevé a partir de su entrega y recepción emitan en el término que corresponde los informes respectivos, término que puede prorrogarse si se requiere se complete la información y entrega de documentos.

Las observaciones efectuadas por los organismos de control deben ser recogidas obligatoriamente por la institución contratante; su inobservancia es de exclusiva responsabilidad de las autoridades principales de la entidad que solicita tales informes, además de la nulidad que pudiera producirse por dicha omisión.

Una vez obtenidos los informes respectivos, en el lapso que la ley establece se celebrarán los contratos. De no perfeccionarse, si la responsabilidad es del adjudicatario, la institución sin más trámite, hará efectiva la garantía de seriedad de la propuesta sin que el adjudicatario tenga derecho a reclamación alguna. De producirse estos hechos el comité de conformidad con la ley puede conocer las propuestas de los demás oferentes y de considerar la conveniencia de adjudicar la obra, se tomará la resolución pertinente, y bajo los mismos términos celebrar el correspondiente contrato. Si ocurre lo contrario en relación a esta reseña, el adjudicatario no tiene la obligación de mantener vigente la garantía de seriedad de la propuesta, sin

perjuicio de ello puede demandar legalmente a la entidad reclamando la indemnización que corresponda en forma legal por los perjuicios ocasionados.

Celebrado el convenio se remitirá para su registro a los organismos de control antes citados.

En definitiva, son éstas las formalidades que la ley establece dentro del marco legal y reglamentario para esta clase de contratos, sin descuidar desde luego, las otras solemnidades propias para la validez de los contratos en general.

5.3. DE LOS CONTRATOS COMPLEMENTARIOS

La Ley de Contratación Pública y su reglamento recogen la complementariedad con la debida importancia que el tema encierra.

El contrato complementario consiste en agregar, adicionar, complementar en relación a la obra con anterioridad contratada y que se requiere en función de su utilidad.

De modo general, es posible ampliar, modificar, continuar o complementar un contrato principal, mediante contratos complementarios o adendums, siempre que se cumplan con los presupuestos establecidos en la ley, especialmente justificando la necesidad de complementar o ampliar el contrato principal. Se deberá hacer constar el origen y las causas que fundamentan tal complemento.

Las causas que motivan la celebración de un contrato complementario se remiten:

- a) causas imprevistas; y,
- b) razones técnicas presentadas en su ejecución.

La primera nace de la planificación de la obra, no contempladas en la elaboración del proyecto, por falta de previsión, diseño, integridad, limitación contractual.

La segunda tiene que ver con problemas de orden práctico-técnicos-profesionales, que suelen suscitarse en la ejecución de la obra.

Siempre que fuere necesario ampliar, modificar o complementar una obra por las razones antes anotadas, el Estado o la entidad contratante podrá celebrar con el mismo contratista, sin licitación ni concurso previo, aunque con el informe previo favorable del Contralor General del Estado, contratos complementarios que requiera la atención de las modificaciones antedichas, siempre que se mantengan los precios unitarios del contrato original, reajustado a la fecha de celebración del respectivo contrato complementario.

Art. 86 de la Ley de Contratación Pública.

Del contenido de la disposición legal citada, se deducen los siguientes requisitos:

- a) Que el contrato sea de ejecución de obra.

- b) Que el objeto del contrato principal esté definido con claridad y precisión.
- c) Que se celebre con el mismo contratista.
- d) Que se justifique la necesidad de ampliar, modificar o complementar la obra o crear nuevos rubros, por ello, se requerirá de los informes técnicos del fiscalizador de la obra.
- e) Que no varíe la naturaleza del contrato con la sustitución o supresión de rubros sustanciales.
- f) Que la cantidad estimada para uno o varios rubros no supere el 50% del valor actualizado del reajuste del contrato principal.
- g) Que se cuente con el informe favorable previo del Contralor General del Estado.
- h) Que se mantengan los precios unitarios del contrato original, reajustados a la fecha de celebración del contrato complementario. Para el pago de rubros nuevos se sujetarán a los precios unitarios referenciales actualizados de la entidad contratante y si no los tuviere, los fijarán de mutuo acuerdo.
- i) Que se cuente con la disponibilidad presupuestaria requerida y que el contratista rinda garantías adicionales de conformidad con los Artículos 58 y 59 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control.

j) Que se celebren mediante el mismo instrumento en que se concretó el contrato principal, de modo que si éste se lo celebró por escritura pública, el contrato complementario deberá hacérselo en idéntica forma.

En este tema, la ley establece determinadas excepciones:

Cuando el contrato principal se encuentra dividido en etapas independientes y una de ellas hubiere finalizado, en este caso, si se declarare la terminación unilateral del contrato por incumplimiento del contratista fallido o por mutuo acuerdo de las partes, podrá contratarse con otro particular para la ejecución de las etapas pendientes, siempre que este acredite capacidad financiera, profesional y técnica para el efecto.

Cuando en los contratos sujetos a la Ley de Contratación Pública se detectaren errores manifiestos producidos de buena fe, se los podrá corregir mediante la suscripción de contratos complementarios, siempre que se cuente con el dictamen favorable del Contralor y Procurador General del Estado, dictámenes que se sujetarán en cuanto a términos y procedimiento a lo indicado en la parte pertinente de esta obra.

Otra de las características del contrato complementario tiene que ver con la fórmula de reajuste de precios el mismo que se inserta en la celebración del

contrato adicional, considerando el presentado originalmente debidamente actualizado.

El error de hecho o de buena fe determinados en el contrato, provoca bajo previsiones obligatorias en relación a los informes de los organismos de control la posibilidad lícita de ejercer el derecho de la complementariedad.

Estos casos expuestos en forma práctica constituyen la regla hablando de la unidad del proyecto, con las excepciones de orden legal que hacen posible dentro de los márgenes que la ley prevé no sea necesario el contrato complementario si se respeta su objeto, aú si hubiere establecimiento de diferencias entre las cantidades reales y las estimadas en el contrato.

Por otra parte, órdenes de trabajo del valor actualizado o reajustado del contrato principal para la realización de rubros nuevos, que recoge la ley sin informes previos bajo la modalidad de costo más porcentaje.

CAPITULO VI

DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA EN LOS CONTRATOS DE EJECUCION DE OBRAS

El reglamento sustitutivo del reglamento general de la Ley de Contratación Pública en sus Arts. 72, 73 y siguientes establece las condiciones mínimas

que todo contrato debe estipular con la finalidad de que el proceso de contratación cuente con un pliego de bases en forma legal.

Si el legislador por los vacíos de que adolece la ley, y por así disponerlo la Carta Fundamental del Estado, en su Art. 171 “expedir los reglamentos necesarios para la aplicación de las leyes, sin contravenirlas ni alterarlas, así como los que convengan a la buena marcha de la administración” en el período presidencial del Dr. Gustavo Noboa Bejarano se establece un nuevo reglamento, suplemento de la ley. Este cuerpo reglamentario regula el procedimiento e instituye condiciones y requisitos que deben observarse en la celebración de contratos de ejecución de obras.

Las primeras consideraciones en relación al contenido general del contrato están dadas por su naturaleza y objeto; es decir, su esencia, calidad, propiedad y fin que se persigue por medio de las correspondientes cláusulas expresamente determinadas, además garantizar a las partes a través del marco jurídico no sólo su validez, sino las debidas seguridades que permitan una efectiva participación.

Roberto Dromí en su libro “Licitación Pública” trata sobre la importancia de las condiciones que regulan la actividad contractual de la administración e incorpora para su estudio la formulación en forma unilateral las cláusulas respectivas establecidas por la institución contratante, y demás

instrumentos de alcance general o particular que reglan el procedimiento de contratación en su preparación y posterior adjudicación.¹⁶

En relación a este criterio de incuestionable valor se infiere la potestad de la Administración respecto de las condiciones que para la celebración de un contrato éste debe contener pero así mismo debe entenderse que este pliego de bases o condiciones del que nos habla Dormí tiene que ceñirse a la normativa legal para su validez. Es necesario también que se tenga clara la facultad institucional respecto a la unilateralidad para conformar el pliego, respetando la ley y más disposiciones obligatorias que tienen esa particularidad.

Del estudio hecho a su obra, con meridiana encontramos que con meridiana claridad incorpora la tesis de la adhesión o cláusulas predispuestas. Esto es, que si las condiciones del contrato están dadas en forma unilateral con sujeción a las normas de orden legal su otorgamiento se reviste de ese carácter, sin embargo, en función de preciar el alcance a las condiciones o pliegos de bases tenemos una excepcionalidad respecto a los precios ofertados en la propuesta. Es lógico entender que el presupuesto referencial tiene esa peculiaridad mas no una condición de estricto cumplimiento.

Lo expresado por Dromí en relación al contenido general y particular que debe complementarse técnicamente, tiene especial importancia porque tal

¹⁶ DROMI Roberto. "Licitación Pública". Segunda Edición. 1999 . Imprenta Fareso. Argentina. Pág. 245.

como lo hemos señalado el contrato a través de sus pertinentes cláusulas debe recoger sin violentar el marco legal, la facultad institucional de establecer el pliego formal del contrato.

La administración pública uniformemente para la ejecución de una obra determina las condiciones generales aplicadas a un mismo tipo de contrato que se complementan con las particulares y técnicas para su perfeccionamiento.

Estas especificaciones deben contener precios unitarios, garantías, rubros de construcción, pruebas de laboratorio, resistencia de materiales. Fiscalización, cuantía, supervisión de equipos e instalaciones, plazos de ejecución, personal responsable, recepción provisional y definitiva, mantenimiento, plazos para aprobación de planillas, multas, retenciones, terminación por mutuo acuerdo, terminación unilateral, solución de controversias y otras que configuran las condiciones generales que hacen del contrato cláusulas obligatorias, así como especificaciones particulares tales como, fecha de iniciación de trabajos, trabajos en el campo, trabajos de oficina, seguridad, trabajos complementarios, condición laboral, protección del medio empleado. En fin, todas aquellas que por particular y especial deben constar fuera del pliego general.

El conjunto de especificaciones técnicas son actos administrativos debidamente reglados en función de las características de la obra a ejecutarse.

Ismael Farrando en su obra “Contratos Administrativos” extracta algunas partes, a saber, características constructivas, especificaciones técnicas sobre los materiales, curvas de inversión, etc. Los pliegos particulares en cambio comprenden para este autor, las provisiones que normalmente se recogen en el pliego de condiciones técnicas.

El tratamiento de cada uno de estos temas obliga a introducirse en el campo de la contratación pública, que por su contenido de orden profesional, se hace necesario conocer, con el objeto de garantizar un proceso que beneficie a la región o sector y de las partes intervinientes.¹⁷

6.1. .EJECUCION Y CUMPLIMIENTO

El reglamento de determinación de etapas del proceso establece una división que permite adecuar el procedimiento, relativo a la ejecución y cumplimiento de un contrato.

Los procesos precontractuales y de contratación, recogen en el orden que la ley y la reglamentación vigente prevén los pasos que deben

¹⁷ FARRANDO Ismael. “Contratos administrativos”. Encuadernación Latinoamericana. Buenos Aires-Argentina. Pág. 215.

considerarse, con la finalidad de ir ultimando todas y cada una de las etapas en función de la fase materia de análisis y comentario.

Aurelio Garófalo Salazar en su obra “Manual Teórico Político de Contratación Pública expresa “es la incorporación de cosas muebles (materiales) en otros bienes que pueden ser muebles o inmuebles”.¹⁸

Esta incorporación se realiza en el transcurso del tiempo, es decir, durante el plazo del contrato. En este proceso es el contratista el protagonista, pues es su obligación efectuar los trabajos previstos en el contrato; se da cumplimiento a esta exigencia bajo la fiscalización del contratante.

Definidas las etapas, previas a la ejecución y debidamente celebrado el contrato, éste tiene que realizarse en los términos que sus cláusulas establecen.

La construcción de una obra, atendiendo el pensamiento del distinguido tratadista, no es sino la incorporación en el trabajo de cosas muebles en otros bienes que pueden tener esa estimación, o reputarse por sus características o calidad de inmuebles.

La ejecución de una obra por su naturaleza de tracto sucesivo, de conformidad con los plazos formalmente estipulados, conlleva a que en

GAROFALO SALAZAR Aurelio. “Manual Práctico de Contratación Pública. Segunda Edición actualizada.2004. Quito. Ecuador.. Pág. 68.

función de los derechos y deberes que establece un instrumento público genere el respeto a los términos y condiciones para su cabal cumplimiento. Si las partes contratantes suscriben un convenio producto de un acuerdo de voluntades, este hecho provoca obligaciones y prerrogativas exigibles por imperio de la ley y el contrato. El estudio de la contratación pública en general y como señalamos en el tema anterior, las condiciones o pliegos determinan a este punto como la “ley del contrato”.

Los derechos y obligaciones contractuales fijados en el pliego, considerando la importancia de la contratación, estima bases económicas, jurídicas, constructivas, en fin todo aquello que se torna imprescindible, identificando a través del documento correspondiente, las estipulaciones que obligan a las partes. Igualmente debe entenderse en relación al proceso, la importancia de regular las distintas etapas que hagan posible ejecutar ese acuerdo de voluntades, atendiendo el espíritu de la propuesta.

Ismael Farrando en el textual que nos hemos referido en líneas anteriores, sobre la continuidad o suspensión de la ejecución, señala que un proceso licitatorio ha finalizado con éxito, cuando se ha adjudicado y celebrado el contrato cuya realización se perseguía , es decir, tiene lugar la etapa de ejecución del contrato.¹⁹

¹⁹ FARRANDO Ismael. “Contratos Administrativos”. Encuadernación Latinoamericana. Buenos Aires-Argentina. Pág. 559.

Una vez más se evidencia en forma clara, el procedimiento que debe seguirse conforme una secuencia debidamente determinada, cuyo cumplimiento contiene una necesaria aplicación en aras a construir una de las últimas fases que registra la celebración de un contrato, bajo prevenciones de carácter estrictamente legal.

Continúa Farrando y nos dice que la ejecución del contrato administrativo se encuentra sometido a dos grandes principios: continuidad y mutabilidad y refiriéndose a estas mismas particularidades nos habla de prerrogativas de continuidad y mutabilidad.

Hemos venido expresando en la disquisición de este tema, en referencia a la ejecución de obras la secuencia que debe tener la contratación pública entendida como la prosecución de etapas diferenciadas que permiten su cumplimiento producto del encadenamiento y unidad del proyecto. En consecuencia, su ejecución de conformidad con las cláusulas contractuales no debe sufrir interrupción alguna, la administración tiene la facultad de exigir su continuidad.

Debemos entender entonces, que este principio se vuelve inalterable, que no hay circunstancia o causa que interrumpa su ejecución.

Cabanellas define a la fuerza mayor como todo acontecimiento que no ha podido preverse, o que previsto no ha podido resistirse; y que impide hacer lo que se debía o era posible y lícito.

La fuerza mayor y el incumplimiento que deriva en causas de orden legal, impiden la continuidad de la obra.

La prerrogativa de continuidad la ejerce la Administración, que tiene a su haber la potestad de exigir, como lo hemos anotado, que no se interrumpa la ejecución materia del contrato legalmente celebrado.

La mutabilidad - transparencia o cambio que la ley recoge y permite con la finalidad de proteger la ejecutabilidad de la obra en su unidad, a más de la prerrogativa de este principio que así mismo recae en la Administración, sin constituir un derecho, sino la facultad que esta tiene para modificar el estatuto con la intención única, reitero, de salvaguardar el bien jurídico.

La Ley de Contratación Pública expresamente determina que es posible ampliar, modificar y complementar una obra por causas imprevistas o técnicas presentadas en su ejecución, de ahí que, se puede apreciar existe coherencia en lo que se ha fundamentado, producto del estudio y citas de ilustres tratadistas que hacen de esta materia, escuela de aprovechamiento y que, además, permite en la práctica fortalecer el sistema legal y reglamentario, a través de un proceso de reformas o de

una nueva ley que transparente la contratación pública en todas sus manifestaciones.

6.2. DEL REAJUSTE DE PRECIOS

El reajuste de precios tiene su razón de ser en la ley y el reglamento, su aplicación permite que se celebren contratos sin que se afecte a las partes, evita controversias que pueden constituir problemas insalvables como consecuencia de una mala política de precios que contribuya a la no ejecución de la obra. Uno de los aspectos que la ley expresamente determina y que obliga al reajuste de precios, es la forma de pago, siempre y cuando se de a través del sistema de precios unitarios.

El Art. 86 de la Ley de Contratación Pública establece que en el caso de producirse variaciones en los costos de los componentes de los precios unitarios estipulados en los contratos de ejecución de obras que celebren el Estado o las entidades del sector público, los costos se reajustarán para efectos de pago del anticipo y de las planillas de ejecución de obra, desde la fecha de variación, mediante la aplicación de fórmulas matemáticas que constarán obligatoriamente en el contrato, en base a la fórmula general que la misma ley determina.

Al incorporar esta disposición en la ley, el legislador ha querido :

- Proteger la terminación del proyecto.

- Que la entrega de la obra se la haga en condiciones técnicas convenientes.
- Que la comunidad sea beneficiaria de la obra; y,
- Que exista equilibrio en cuanto a su economía tanto para la entidad como para el contratista.

Otra de las consideraciones que recoge la ley, tiene que ver con los índices de precios para la implementación de las fórmulas en el contrato, los mismos que están bajo la responsabilidad del Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INEC) organismo que de acuerdo con su propia reglamentación y en atención a lo que dispone la norma, debe facilitar. Sin embargo la ley prevé que si por la naturaleza del contrato esta entidad no pudiere proporcionar lo que es materia de su competencia, la Administración de acuerdo con la misma disposición legal puede solicitar la calificación de los precios puestos a su consideración, calificación que tiene un término improrrogable, y de no darse su incorporación en el tiempo establecido, se perfecciona por el ministerio de la ley bajo su responsabilidad.

Para que tengan efectos prácticos y legales los reajustes de precios deben presentarse en forma mensual o de conformidad con el señalamiento expreso constante en las cláusulas del contrato. Esta segunda estipulación

tiene efectos provisionales ya que está sujeta a la presentación de planillas por parte de la fiscalización.

Cuando el contratista incumpliere lo que determina el contrato o el marco legal respecto al reajuste por mora en la presentación, no pierde el derecho, sin embargo, tiene otro tratamiento que la misma ley establece.

Si existiere terminación anticipada del contrato por una de las causas que contempla la ley o el contrato, igualmente el derecho no se pierde en consideración a la parte de la obra ejecutada.

Y por último, la liquidación final obliga a las partes en función de índices definitivos de precios.

La esencia del reajuste de precios está en la composición de la fórmula matemática, que recoge las incidencias y variables más notables con la finalidad de que las instituciones y el contratista se sometan a los términos que fija la ley, la reglamentación vigente y el contrato.

El análisis de estos temas arroja develar el problema que encierra la contratación pública en el Ecuador. Hemos dicho a lo largo de este estudio, que las leyes deben interpretar el interés del Estado en la necesidad de fortalecer en derecho el régimen constituido.

Genaro Eguiguren en su obra “Reajustes y Conflictos en los Contratos Públicos” destaca el aporte de Holger Vimos Reinoso, quien a través de un examen riguroso toca algunas materias, a las que me voy a referir:²⁰

6.3. JUSTIFICATIVOS LEGALES PARA APLICAR EL REAJUSTE DE PRECIOS.-

Desde el punto de vista doctrinario, el tema tiene incidencia en las leyes y particularmente en la Ley de Contratación Pública. Si tomamos literalmente el título del tema materia de estudio, el reajuste de precios nace de la ley. La normativa legal recoge esta institución que dispuesta en el contrato tiene fuerza de ley, y que además para las partes contratantes comprende un régimen obligatorio.

- Si el reajuste como hemos dicho nace de la ley, su pertinencia se adecua bajo este principio.
- Si el reajuste determina una protección real a favor del contratista su implementación se hace necesaria por imperio de la ley.
- Si el reajuste equilibra la continuidad en la ejecución de una obra procede legalmente su incorporación.

EGUIGUREN Genaro. “Reajustes y conflictos en los Contratos Públicos. Volumen XV . Universidad Andina Simón Bolívar del Ecuador. 2001.

- Finalmente, el reajuste está dado por la capacidad de ejecutar una obra en forma integral. Como puede apreciarse, destaco en la práctica las posibles causas que justifican su permanencia de carácter legal que permita aplicar el reajuste de precios.

6.4. PAGO DE UN PRECIO JUSTO POR LA EJECUCIÓN DE LAS OBRAS.-

Los regímenes socialistas definen el concepto de ley como la voluntad de las clases dominantes. El Código Civil ecuatoriano en su artículo primero nos dice que es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite.

Si hacemos un análisis de estos dos conceptos encontraremos que hay disimilitud por la forma y por el fondo en todas sus partes; sin embargo, ambos atribuyen a la ley, el respeto y su inviolabilidad como garantía para vivir bajo el marco legal en el que se asienta, en este caso, el Estado ecuatoriano.

Bajo esta premisa, celebrado el contrato de ejecución de obras con todas las formalidades que la ley exige, corresponde abordar el tema de *la*

justicia en el pago que no es sino el obrar según la moral y la ley. Si hay dos condiciones para que algo sea justo su aplicación debe recoger exactamente estos dos principios cuya subsistencia depende de su cumplimiento.

Si la ley desechara en su totalidad los concursos públicos, sin lugar a dudas el sistema convertiría a las autoridades en voluntades omnipotentes, atribuciones que no deben ni pueden atribuirse. Por ello se requiere de un régimen de equidad donde el interés institucional constituya una alternativa válida, sin menoscabar la posición del contratista.

El Ecuador antes de implementarse la dolarización, vivía un proceso de devaluación inmanejable frente al dólar, provocando una de las peores crisis económicas que históricamente se recuerde, y que, a la postre llevó a oficializar el curso legal de esa moneda, con gravísimos perjuicios para el Estado y las personas que habitamos en él. Estos hechos, provocaron profundas diferencias en la administración pública en virtud de un sistema de contratación imposible de sostener por las continuas variaciones de precios, cuyo impacto en el sector de la construcción fue determinante a tal punto que casi produce su desaparición.

Aún aplicando las fórmulas de reajuste, las mismas tan solo cubren en parte el desequilibrio producto de un mercado inestable, lo que lleva en muchos casos al cometimiento de actos de corrupción por cuanto los contratistas con el pretexto de cubrirse de eventuales variaciones de precios, optan por pactar obras con sobrepagos que en la mayoría de los casos una parte sirve para cubrir coimas o pagar “favores” de distinta naturaleza. En nuestra provincia, hace unos pocos meses atrás, el Estado se vio en la necesidad de revisar el contrato de construcción de la segunda etapa del sistema de riego Carrizal-Chone, al haberse detectado un sobrepago millonario, que de no haberse procedido en la forma en que se lo hizo, hubiera causado un perjuicio económico al Estado que paga esa obra con dinero del pueblo ecuatoriano.

Por lo anotado, soy del criterio que debe de implementarse un sistema de reajustes de precios que evite se tome como base esa necesidad, para atracar los fondos públicos.

6.5. DE LAS GARANTIAS.

Para el análisis de este tema he considerado dos aspectos:

1. La importancia de la contratación pública en el país.
2. El conocimiento que sobre la materia se tiene por el ejercicio público y profesional. El diccionario enciclopédico ilustrado define el término

garantía como sinónimo de fianza, prenda, caución, cosa que asegura y protege contra algún riesgo.

FIANZA.- obligación que una persona contrae de hacer aquello a que otro se ha obligado si este no la cumple.

PRENDA.- Cosa mueble que se sujeta especialmente a la seguridad o cumplimiento de una obligación.

CAUCION.- Fianza que da una persona por otra.

Guillermo Cabanellas en su Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual define la institución de la garantía como sinónimo de fianza-prenda-caución.²¹

GARANTIA .- Cosa dada para seguridad de algo o de alguien.

FIANZA .- Obligación subsidiaria, constituida para asegurar el cumplimiento de otra principal, contraída por un tercero.

PRENDA.- Contrato y derecho real por los cuales una cosa mueble se constituye en garantía de una obligación, con entrega de la posesión al acreedor y derecho de éste para enajenarla en caso de incumplimiento y hacerse pago con lo obtenido.

CAUCION.- Sinónimo de fianza.

²¹ CABANELLAS Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Edt. Heliasta Buenos Aires Argentina.

He creído necesario transcribir el significado del diccionario enciclopédico y el de Derecho Usual de Cabanellas, para que se tenga cabal comprensión de la similitud conceptual o la consideración sinónima que le otorgan, pero para nuestras leyes o para el Derecho son instituciones diferentes.

La Ley de Contratación Pública, trata ene. capítulo referente a las garantías referidas al contrato debidamente celebrado, por la prestación de ofertas y por la recepción de anticipos, las mismas que deben presentarse conforme con las disposiciones que esta ley establece. En consecuencia, habiéndose suscrito el contrato respectivo, debe presentarse la garantía de seriedad de la oferta, como requisito para la validez y perfeccionamiento del contrato observando el señalamiento expreso que la norma legal establece.

La importancia de esta institución recogida por el legislador asegura en la ejecución de obras todos los aspectos que en materia de contratación de obras pudieran representar riesgos en la eventualidad de que se transgreda la ley o se incumpla el contrato debidamente suscrito.

Celebrado un contrato la consideración principal es que éste se de en los términos previstos de acuerdo a su objeto y fines que la contratación persigue. De ahí que, atendiendo el espíritu de la ley, prevé la garantía del fiel cumplimiento que obliga al contratista a responder como lo hemos señalado por la realización de la obra.

Conforme he venido comentando, si el contrato establece un monto a entregar como anticipo, debe el contratista presentar las garantías que determina la ley y las cláusulas del contrato respectivas, por igual valor a lo recibido. Como puede entenderse, el marco legal pretende amparar todo valor que egrese por este concepto, pero que a su vez exista un respaldo por medio de este instrumento cuyas características son de cobro inmediato si se hacen efectivas.

En la actualidad es difícil contratar pensando tan solo en el contratista. El sector público, la sociedad en su conjunto respaldan la ejecución de un proyecto, bajo el principio de que responda al interés institucional y comunitario, por ello, en contratos que por la naturaleza de la obra contemple provisión de equipos, instalación, maquinarias, vehículos, debe rendirse de acuerdo a lo estipulado la garantía técnica del fabricante que asegure su calidad y funcionamiento, sin embargo, la ley prevé por causas no imputables al contratista se incumpla con esta disposición, en consecuencia le corresponde al contratista hacerlo en las condiciones establecidas y de conformidad con la ley.

Una última garantía tiene que ver con la ejecución de la obra de acuerdo con las especificaciones técnicas que hagan posible su construcción en los mejores términos y que sirva para corregir deficiencias en el trabajo o

incumplimiento de las cláusulas correspondientes, atribuibles al responsable y beneficiario de su implementación.

Independientemente de todas las garantías que en el orden legal hemos señalado, referido este análisis a concursos públicos que demande inconformidad de participantes, presentada la reclamación pertinente debe rendirse la garantía prevista en la ley, cuyo monto la propia norma legal establece.

Lo anteriormente señalado se justifica ante la posibilidad de que el reclamo carezca de legitimidad y más bien a criterio institucional no exista fundamento alguno para su proposición o constituya intención deliberada de causar daño inminente. E tal virtud debe ejecutarse dicha garantía sin que el reclamante tenga derecho a recuperar el valor o ejercer acción alguna producto de la intervención de organismos administrativos o judiciales.

Como puede observarse, hemos tratado lo concerniente a las garantías que por ley deben presentarse para la celebración y ejecución de un contrato, sin embargo, es necesario complementar dicha institución en consideración a las formas de garantía que el mismo cuerpo legal determina.

Las obligaciones contraídas en razón de celebración de un contrato permite al contratista que haciendo uso del derecho que le asiste pueda presentar valores en efectivo considerando el régimen monetario o cheque certificado a la orden de la entidad contratante en el Banco Ecuatoriano de la Vivienda

a través de una cuenta especial. El interés que genere dicho depósito regulado por el directorio del Banco Central del Ecuador deberá ser entregado en su momento al contratista responsable de la ejecución de la obra, garantía incondicional, irrevocable y de cobro inmediato otorgada por un banco o compañía financiera.

En este tipo de garantías participan los bancos y compañías financieras con domicilio en el Ecuador quienes se constituyen en garantes, en razón de la celebración de un contrato legalmente celebrado.

El tipo de garantía que estamos analizando y que la ley prevé, asegura a la entidad contra todo riesgo que eventualmente pueda correrse. Si el cobro puede exigirse de manera inmediata ya que no existe condición alguna que limite hacerlo, y no habiendo forma que pueda revocar su cumplimiento, su determinación, puede decirse sin ambages, responde a la condición que genera su otorgamiento.

Otra de las formas de garantía que establece todas las seguridades, son las que emiten las compañías de seguros por medio de una póliza, así mismo incondicional, irrevocable y de cobro inmediato. Su concesión produce los mismos efectos señalados en el párrafo anterior en referencia a los bancos y entidades financieras.

Así mismo puede instituirse una garantía por medio de primera hipoteca sobre bienes raíces con las condiciones y formalidades que determina el

cuerpo legal, responden solidariamente por hechos irregulares quienes intervienen en su constitución.

Garantías por depósitos de bonos del estado, bonos municipales y del sector público, certificados de Tesorería General de la Nación, cédulas hipotecarias y demás documentos que tengan ese carácter, valores que se estimarán en la bolsa de acuerdo a su cotización y empleo, sus intereses corresponden al beneficiario de la obra o contratista.

El estudio realizado corresponde a dos momentos que la ley establece. La presentación de garantías por mandato legal y formas de garantía que aseguren la vigencia y cumplimiento en todas sus partes de un contrato debidamente aprobado.

Estimo que el legislador en forma profesional ha previsto todas las posibilidades con la intención de velar por el interés público en particular, sin que eso signifique la desprotección del contratista, sino más bien garantizar una contratación transparente y honesta.

Sobre los tipos de garantía, la institución generalmente establece como medio más práctico y efectivo la garantía bancaria o póliza de seguro, que por su incondicionalidad, carácter irrevocable y de cobro inmediato se considera el instrumento más ágil e idóneo a presentar.

Una particularidad especial que la ley determina es la vigencia de las garantías, obligación exigible al contratista de acuerdo a los términos del

contrato. Su renovación debe darse de conformidad con los plazos legales, no hacerlo confiere a la entidad el derecho para hacer efectivo las mismas.

Mercedes Bohórquez de Sevilla, en su obra “Las Garantías en la Contratación Pública” nos dice que el concepto de garantía está presente en todas las ramas del derecho, constituyendo uno de los basamentos más firmes en el que se apoyan las instituciones fundamentales de cada uno de los campos de nuestra ciencia²²

Su aporte innegable al fortalecimiento en derecho de esta compleja institución se traduce a través de una inteligente y real participación

CAPITULO VII

DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL CONTRATANTE

7.1. FISCALIZACION Y SUPERVISION.

Para el análisis de este tema, considero pertinente transcribir el artículo 85 del Reglamento Sustitutivo del Reglamento General de la Ley de Contratación Pública.

²² BOHORQUEZ DE SEVILLA Mercedes, “Las Garantías en la Contratación Pública”, Pág. 15.

“Art.85.- Alcance mínimo de fiscalización y supervisión.- La fiscalización y la supervisión de la ejecución de un contrato deberán cubrir por lo menos la cabal observancia de las estipulaciones previstas para los contratos respectivos, según la naturaleza de ellos. En los contratos de ejecución de obras se aplicarán las reglas contempladas, respecto a las etapas de construcción y supervisión, en el reglamento que expida la Contraloría General del Estado, de conformidad con el Art. 113 de la Ley”.

Aurelio Garófalo Salazar en su obra “Manual teórico Práctico de Contratación Pública” define la fiscalización como “el control de la ejecución del contrato (obra) . La fiscalización se cumple a través de un fiscalizador que controla que las obras se ejecuten de acuerdo a lo especificado en el contrato.”²³

El control permite la recepción del objeto contractual. Para esto es necesario intervenir durante la ejecución, el fiscalizador es el que representa al contratante durante la construcción de la obra.

La norma reglamentaria como lo hemos señalado recoge la participación de la fiscalización en los contratos de ejecución de obras. Si bien la ley contempla este tema a través de una disposición general, el reglamento determina su ámbito en forma precisa, trasladando su vigencia al

²³ GAROFALO SALAZAR Aurelio. “Manual Teórico Práctico de Contratación Pública” Segunda Edición actualizada 2004, Quito - Ecuador. Pág. 58,

contrato debidamente celebrado, que viene a constituir para el fiscalizador el instrumento que le obliga a ejercer la función con apego estricto a lo que dimana de dicho instrumento.

El reglamento de etapas de proceso de ejecución de obras contempla en su artículo 5 las diferentes fases de los proyectos de obra públicas y entre ellas, la fiscalización, la misma que adquiere una importancia extrema por el control que ejerce, tal como lo hemos sostenido de acuerdo con el contrato.

El reglamento sustitutivo deja abierta la facultad que tiene la Contraloría General del Estado, de normar la participación de la fiscalización de conformidad con el Art. 113 de la Ley, que en su inciso segundo señala en forma imperativa el alcance y los procedimientos que para este caso deben observarse. Otra consideración importante tiene que ver con la magnitud de la obra, que obliga a contratar la fiscalización con la finalidad de mantener en forma permanente un equipo de trabajo que responda y garantice respetando los términos y especificaciones técnicas así como la bondad de la obra.

Decimos con absoluta propiedad que la fiscalización constituye en si para la institución el soporte técnico que hace posible la construcción de una obra en los términos que establece el contrato y demás normas reglamentarias.

La labor de la fiscalización tiene que ver con los aspectos más sobresalientes de la obra, cuya participación se estructura a nivel de apoyo en forma directa para la institución y asegura el cumplimiento en todas sus partes del contrato debidamente celebrado.

El trabajo de fiscalización comprende:

- Observar en debida forma los términos del contrato. Debe cumplirse fielmente lo que determinan las cláusulas contractuales, y la base legal en que se asienta la obra.
- Determinar errores de diseño y técnicos. Es obligación de la fiscalización sin afectar el objeto del contrato tratar de superar errores que puedan afectar la fase constructiva en razón de la calidad y funcionalidad de la obra.
- Exigir el cumplimiento de las especificaciones técnicas. La construcción de una obra requiere de normas técnicas mínimas que garanticen la utilidad del proyecto. Sus especificaciones constituyen normas obligatorias para su ejecución.
- Oportunidad en la solución de problemas técnicos. La fiscalización de manera permanente y profesional debe asumir frente a problemas técnicos que se susciten, la solución a los mismos. Su responsabilidad en el proceso constructivo le obliga a intervenir en función de optimizar el trabajo.

- Contar con personal técnico idóneo y suficiente. Las bases del contrato obligan al contratista a presentar un equipo de profesionales competentes en todas las áreas posibles. La fiscalización por su parte debe velar para que se cumpla con esta exigencia a objeto de que se garanticen las posibilidades reales de ejecución.
- Mantener información técnica y operativa. El trabajo de fiscalización consiste también en tener una base de datos técnicos y estadísticos en relación al personal , equipos, medio ambiente, en fin, todo aquello que sea conveniente y que guarde relación con el proyecto. Una manera de identificar la validez de una propuesta descansa fundamentalmente en el conocimiento que se debe tener de los recursos disponibles producto de información confiable técnicamente procesada.
- Información diligente de la obra en ejecución a la institución contratante. Dentro de sus múltiples tareas la fiscalización debe también mantener informado al cuerpo directriz, sobre el avance y ejecución del proyecto, así como de todo aquello que dificulte o permita superar inconvenientes que hagan posible en los mejores términos la culminación de la obra.

La Fiscalización además de los objetivos que hemos establecido tiene también otras funciones que hacen de esta institución un ente supremamente importante en relación al proceso constructivo, a saber:

Revisar y aprobar todo lo concerniente a diseños, planos, y ejecución de obras.

- Determinar el grado de cumplimiento de los frentes de trabajo de acuerdo con el cronograma y etapas de ejecución.
- Ordenar los programas y todo aquello que no afecte la ejecución e integridad del proyecto.
- Mantener la información actualizada del proyecto en forma técnica, profesional y responsable.
- Determinar el avance de las obras y revisar la presentación de planillas y fórmulas de reajuste.
- Supervisar el empleo de materiales, ensayos de laboratorio y la ejecución de las obras de acuerdo con las especificaciones establecidas en el contrato.
- Resolver problemas de orden técnico y de otras características que comprometan la ejecución de la obra.
- informar permanentemente a la institución sobre el avance y cumplimiento del contrato en forma detallada, inclusive sobre lo concerniente a aspectos económicos y financieros.

- Mantener el libro de obras, el cual debe recoger todas las observaciones que la fiscalización tiene sobre la forma en que se ejecutan las obras.
- Coordinar con el contratista aspectos técnicos y constructivos de interés para la ejecución de la obra.
- Informar previo a la recepción provisional o definitiva de la obra sobre todos los aspectos que considera importantes y convenientes, con la finalidad de que se tenga criterios amplios y suficientes para la toma de decisiones en relación a la ejecución del proyecto.

Como se podrá apreciar, la fiscalización está provista de una extensa gama de facultades que hacen de esta institución un nexo que vincula a las partes del contrato y al cuerpo supervisor.

Cuando hablamos de fiscalización tenemos que referirnos a los derechos del contratante, ya que es este capítulo el que recoge la capacidad que tiene la institución para contratar la fiscalización de la obra, o ejercerla a través del personal suficientemente calificado que designen para este fin.

Definida la forma que faculta participar a la fiscalización en un contrato de ejecución de obras, su intervención con arreglo a las formalidades de orden legal están dadas por la correspondiente estipulación contenida en el contrato, el mismo que debe adecuarse a lo que determina la normativa legal para el efecto.

Ejercer este mecanismo permite al organismo respectivo mantener bajo el control supervisor la obra en ejecución. En consecuencia, la fiscalización responde de conformidad con sus funciones, por la bondad del trabajo y por su efectiva realización.

7.2. DISPONIBILIDAD FINANCIERA

Uno de los requisitos indispensables para la contratación de una obra pública lo constituye la disponibilidad de los recursos económicos necesarios suficientes, a través de la partida presupuestaria correspondiente al momento de celebrar el contrato, particular que debe ser acreditado por parte del director financiero, tesorero o pagador de la entidad contratante. Así lo disponen el Art. 15 de la Ley de Contratación Pública, relacionado con el Art. 58 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control.

Así mismo, para procesos licitatorios o concursos con financiamiento externo o interno, la ley exige a más de los informes de los organismos de control, el informe previo y favorable del Ministerio de Economía y Finanzas, por el financiamiento.

La administración pública tomada como ejemplo bajo este sistema, considera la disponibilidad de fondos como la base fundamental para la

ejecución y concreción de una obra. Lo señalado tiene su razón de ser por principio de orden legal y por lógica administrativa.

Si hay disposición de autoridad competente tratándose de organismos públicos para que se lleve a cabo una obra determinada, uno de los requisitos imprescindibles es la acreditación por parte del director financiero, tesorero o pagador, de que existen recursos suficientes a través de la partida presupuestaria correspondiente al momento de celebrar el contrato..

Se requiere entonces tomar todas las previsiones que la ley franquea con la finalidad de evitar no solo transgresiones que tengan ese carácter, sino también un proceso de contratación sin posibilidades de perfeccionarse, ya que no se contaría con los recursos suficientes ni partida presupuestaria para la celebración del contrato.

En un párrafo anterior había expresado que la ley recoge el principio que solo es posible contratar una obra si existen los recursos financieros. Aquello resulta imprescindible si se trata de fortalecer el sistema de contratación de obras públicas. Lo contrario, permitiría que la contratación pública se vea en la mayoría de los casos afectada por conductas deshonestas que afectarían gravemente la ejecución de la obra, a más del consabido perjuicio a la colectividad.

El Art. 58 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control determina los requisitos para contraer compromisos y obligaciones, que como hemos dicho, complementa lo que la ley prevé. La primera consideración no admite posibilidad alguna que altere su prescripción, cuando habla de que “ninguna entidad u organismo del sector público”, establece en forma precisa que no existe ninguna institución exenta de esta formalidad legal. Igualmente, al referirse “ni funcionario o servidor de los mismos” no hay forma de algún resquicio que permita al funcionario o servidor público atentar contra esta disposición imperativa.

Por lo expuesto, puede celebrarse un contrato, contraer compromisos, autorizar o contraer obligaciones siempre que existan los recursos suficientes y se cuente además con la partida presupuestaria para el efecto.

El Art. 58 inciso segundo trata sobre los contratos cuya ejecución no concluyen en un período presupuestario. Dos cosas debemos entender ante este señalamiento de la ley. Se colige por una parte de que se trata de una obra de gran magnitud que va más allá del período o ejercicio presupuestario de ese año y subsiguientes de acuerdo con la disposición que analizo, y por otra parte, que este contrato cuya duración se extiende por algunos años, debe contener los recursos suficientes que permitan cubrir el costo de la obra a ejecutarse en esos períodos.

Aún más la normativa legal prevé el cumplimiento total de las obligaciones contractuales para los años subsiguientes de conformidad al espíritu de esta disposición, manteniendo la partida del presupuestaria y asignando los recursos con la finalidad de que no se interrumpa el proceso y pueda contarse con una obra de acuerdo con la planificación en el tiempo estimado.

Recoge esta disposición en forma más amplia y precisa el procedimiento que debe seguirse para la celebración de un contrato cuyos fondos se acrediten por el correspondiente empleado a través de la certificación pertinente.

Si la LOAFYC en su Art. 58 no hubiese prescrito esta norma tal cual está redactada, y de no existir complementariedad, sería evidente el vacío que la Ley de Contratación Pública dejaría entrever.

Omar Franco Gutiérrez en su obra “La Contratación Administrativa”, sobre el tema que hemos venido analizando nos dice: ningún gasto, ninguna inversión, puede hacerse por la administración, si no está debidamente presupuestado.²⁴

Subsidiariamente a las disposiciones de orden legal que hemos comentado los tratadistas enfatizan en forma muy clara, que no procede obligación alguna si esta no contempla en su ejercicio presupuestario la

²⁴ FRANCO GUTIERREZ Omar, “La Contratación Administrativa. I Edición. 1089. Biblioteca Jurídica Dike. Colombia. Pág. 227

inversión respectiva que implique contratar en los términos que la ley ordena,

De la lectura de la ley se puede colegir que ésta recoge el principio que solo es posible contratar una obra si existen los recursos. Sin embargo, en nuestro país existen claras evidencias sobre obras que fueron contratadas sin observar o cumplir con esta exigencia, en unos casos, y en otros, sin el financiamiento suficiente, situaciones que han derivado en la paralización de la ejecución de la obra. Lo anterior se ha dado con mayor frecuencia cuando se aproximan cambios de gobiernos o mandatarios que a última hora se apresuran a contratar obras sin el respectivo financiamiento, para favorecer con los valores denominados anticipos, a sus coidearios o grupos de poder.

De lo anteriormente expuesto, surge la necesidad imperiosa de introducir una reforma a la ley, que sancione con mayor severidad a quienes desacatando la norma legal contrataren obras sin el suficiente financiamiento.

7.3. RECEPCION DE OBRAS PROVISIONAL Y DEFINITIVA.-

La importancia de este tema radica en la utilidad legal que genera la entrega – recepción de una obra debidamente terminada.

Aurelio Garófalo Salazar en su obra “Manual Teórico Práctico de Contratación Pública” manifiesta que la recepción es la aceptación expresa que hace el contratante del objeto del contrato.

La recepción jurídicamente equivale al pago, a la prestación efectiva y por ende, extingue la obligación, precisamente por la naturaleza del contrato, por lo tanto se la realiza de una manera singular, que consiste en una recepción provisional y una definitiva, mediando entre una y otra un tiempo que permite evidenciar el cumplimiento del objeto de la obra.

25

De acuerdo a la acepción que el tratadista hace de esta institución, basta la aceptación expresa del contratante para que se perfeccione la recepción, sea esta provisional o definitiva. Sin embargo, soy del criterio que el procedimiento es insuficiente si este no cumple con las formalidades de orden legal establecidas.

El autor también incorpora otros elementos importantes que es necesario analizar, como es el de que “la recepción jurídicamente extingue la obligación”, creo a mi juicio que se debe precisar en el sentido que la recepción definitiva sea la que jurídicamente extingue la obligación.

La Ley de Contratación Pública señala que esta puede darse o suscribirse siempre y cuando el contrato haya sido cumplido en todas sus partes,

²⁵ GARÓFALO SALAZAR Aurelio. Manual Teórico Práctico de Contratación Pública “ II Edición actualizada 2004, Pág. 59 Quito Ecuador.

legal y técnicamente. De existir inconvenientes por los hechos descritos, es perfectamente válida la posición institucional de no admitir o negarse a la recepción de la obra.

Por la naturaleza del contrato expresa Garófalo , que quien recibe no tiene los elementos suficientes para declarar cumplida la obligación.

Sin entrar a considerar que se tenga o no los elementos de juicio, las normas legales sobre la materia establecen la responsabilidad del contratista aún habiéndose llevado a cabo la recepción definitiva de la obra.

La Ley de Contratación Pública nos habla a más de la recepción provisional y definitiva, de la recepción parcial provisional y de la recepción definitiva presunta. Como puede inferirse, existe un encadenamiento a través de las correspondientes etapas debidamente establecidas en la ley y normas reglamentarias.

El contratista una vez concluida la obra en los términos que contempla el contrato, hará conocer al contratante por escrito se proceda a recepcionar la obra en forma provisional. El plazo para hacerlo debe estar estipulado en la cláusula respectiva del contrato y si esta no recoge esa consideración se estará en forma expresa a lo estatuido en la ley.

Este plazo permite por diversas circunstancias que la entidad contratante esté plenamente de acuerdo, legal y técnicamente con la recepción, ya

que ésta puede negarse a firmar el documento si tuviere razones suficientes que como hemos dicho, deben justificarse. Sin embargo, la ley también deja abierta la posibilidad de que habiéndose comunicado por escrito que se reciba la obra en los términos fijados en el contrato, si esta no se da, por el ministerio de la ley se presume su recepción, obligando al contratista a ocurrir al juez de la materia para que se notifique a la institución con la finalidad de que opere legalmente la recepción provisional.

Definidos en forma práctica los hechos, si no existiese conformidad con lo realizado, puede la entidad legítimamente ejercer el derecho de presentar las reclamaciones que considere pertinentes desde la fecha de recepción provisional real o presunta hasta la recepción definitiva.

El contrato debidamente celebrado puede prever por la naturaleza de la obra, recepciones provisionales parciales, siempre y cuando la recepción de una de sus partes tenga funcionalidad y que además se sujete a las disposiciones generales que la ley establece.

Como podemos apreciar, mientras no se contravenga el espíritu de la ley, el contrato de obra pública puede instituir en forma amplia derechos y obligaciones que en la práctica representan el interés legal de las partes.

Así mismo, existe un plazo que extingue las obligaciones determinadas en el contrato una vez decepcionada la obra parcialmente si ésta se la

hace bajo las normas legales y técnicas previstas, caso contrario, puede la entidad ejercer el derecho que le asiste de presentar la reclamación que corresponda por la ejecución parcial de la obra materia de la recepción. Esta situación conlleva también a que en lo atinente a las garantías éstas sufran variaciones como consecuencia de la recepción provisional parcial, sin desestimar el derecho institucional que se tiene por las responsabilidades a que hubiere lugar si la obra no cumple con las estipulaciones contractuales y por vicios de construcción.

RECEPCION DEFINITIVA.

Transcurrido el plazo determinado en el contrato y cumplidas en todas sus formas las estipulaciones contractuales, el contratista puede ejercer el derecho previsto a que la entidad reciba definitivamente la obra, derecho que no será menor a seis meses de la recepción provisional, real o presunta de la obra en su integridad.

Establece así mosmo, la condicionalidad que ampara a la entidad para no suscribir la recepción definitiva, en razón de que se mantengan las reclamaciones pendientes, las mismas que no hubieren sido satisfechas y por consiguiente constituyen un impedimento de carácter legal para su cumplimiento. tiene igualmente el organismo un término para no aprobar la recepción que empieza a correr a partir de la petición hecha por el contratista y que a juicio de la entidad no debe implementarse, por

razones debidamente justificadas. De no existir pronunciamiento alguno en el lapso que hemos señalado , imperativamente la ley considera perfeccionada la recepción definitiva y en tal virtud el contratista puede ocurrir al juez que corresponda para que notifique a la institución y opere en forma legal la recepción definitiva presunta.

Si la recepción definitiva se da en la forma señalada anteriormente, la liquidación debe llevarse a cabo en consideración a lo que estipula el contrato, caso contrario debe estarse a los términos que señala la Ley de Contratación Pública.

Si el período que reconoce la ley no surte efectos para que se suscriba la liquidación técnico - económica, la norma legal prevé un nuevo espacio de tiempo con la finalidad de que se notifique a la entidad a través de la administración de justicia.

Practicadas las recepciones referidas a la Ley de contratación Pública, cuyo cumplimiento está regulado por la ley y el contrato, deben éstas constar en actas en las que intervendrán el contratista por una parte y por otra una comisión que represente a la entidad contratante, designada por la autoridad de mayor rango. La designación de profesionales técnicos en la materia lo dispone la propia ley y entre ellos uno que no hubiere participado en el proceso de ejecución.

La fiscalización en esta etapa proporciona toda la información pertinente con la finalidad de que a través de las personas intervinientes las actas recojan no solo sus observaciones, sino todas las consideraciones que estimen deben contener tales documentos.

Como hemos manifestado a lo largo de este análisis por la naturaleza y magnitud de la obra, la entidad contratante mantiene especiales prerrogativas destinadas a asegurar en todas sus partes la ejecución de las obras. En fin las actas fuera de las observaciones que la fiscalización haga, deben contener en forma pormenorizada todos los antecedentes que tienen que ver con el proceso que permita contar con documentos legalmente suscritos.

7.4. SOLUCION A LOS PROBLEMAS QUE SE PRESENTAN EN LA EJECUCION DEL CONTRATO.

La contratación pública en general requiere de una revisión rigurosa de los organismos competentes para hacerlo. El momento especial que atraviesa el sector de la construcción, exige una nueva ley que ordene el sistema que nos rige **o profundas reformas que hagan posible contar con un cuerpo legal ágil y transparente.**

Sin lugar a dudas, los sectores vinculados con el tema verían con satisfacción se den los primeros pasos, conducentes a implementar cualquiera de estas alternativas.

Las falencias que la ley contiene, permiten que sus normas, muchas veces contravengan el espíritu que determinó su expedición. Bajo estos principios creemos que una participación activa, comprometida con la clase y el país imponen una suerte distinta para su tratamiento.

La fase de ejecución de un contrato contempla un sinnúmero de inconvenientes. Si esta no altera en el fondo su validez, es posible sin desnaturalizar el objeto, posibles soluciones que las partes en forma legal y pertinente obligatoriamente deben acordar.

Los factores que intervienen en la solución a los problemas que se presentan en la ejecución de un contrato, así mismo sin disminuir las razones legales o técnicas que les asistía, deben tener siempre la predisposición que permita superar diferencias que puedan afectar la terminación de una obra. En la ejecución de un contrato se debe observar que sus cláusulas sean claras y además posibles con el fin de que las mismas no alteren su prescripción.

Sin embargo, es necesario insistir que un proyecto debidamente elaborado contribuye a que la obra a realizarse se de en los términos acordados. Cuando hablo de que la obra se lleve a cabo “en los términos acordados”,

no debe entenderse que su ejecución tiene que darse sin contratiempos, pero indudablemente las condiciones para hacerlo son más expeditas y mejores.

El Art. 108 de la Ley de Contratación Pública trata en el capítulo IX de las controversias sobre inconvenientes que no han podido ser superados en el proceso de ejecución y que, requieren la participación de otras instancias para solucionar sus diferencias. Este procedimiento se contrapone a la solución que los intervinientes en los procesos de ejecución toman para que no se interrumpa la continuidad de la obra y su posterior terminación.

Genaro Eguiguren en su obra “Celebración de Contratos Administrativos” expresa que “los acuerdos constituyen un medio de solución²⁶ práctica de conflictos surgidos entre la administración y el contratista. Consiste principalmente en el arreglo directo entre las partes contratantes o los buenos oficios planteados por los contratistas para resolver el problema”.

El acuerdo directo comprende la negociación de las diferencias entre la administración y el contratista con el fin de no atentar con el trabajo que se impulsa. Sin embargo, existen inconvenientes que requieren para su solución la firma de un convenio. Así mismo, hay errores y/u omisiones que pueden ser subsanados en forma inmediata a través de la fiscalización; igualmente, problemas de orden técnicos que no afecten la ejecución de la

²⁶ EGUIGUREN Fernando. “Celebración de Contratos Administrativos”. Universidad Andina Simón Bolívar del Ecuador. 2001. Pág.80.

obra queden corregirse o solucionarse de manera directa, así como aspectos que generen dudas por su complejidad referidos a diseños, planos, detalles constructivos que ameritan la intervención de la entidad y el contratista con el ánimo de allanar dificultades.

Tal como hemos señalado, la ley recoge con cierta flexibilidad hechos que internamente pueden resolverse, siempre y cuando no atenten contra la unidad del proyecto.

CAPITULO VIII

DE LA TERMINACION DE LOS CONTRATOS

8.1. FORMAS NORMALES DE TERMINACION DE LOS CONTRATOS

Doctrinariamente se acepta que los modos de terminación de los contratos públicos son dos:

- Por cumplimiento de las obligaciones contractuales; y,
- Por vencimiento del plazo estipulado.

Cumplimiento de las obligaciones contractuales:

Encontrándose plenamente identificado y determinado el objeto del contrato, es decir la prestación o el servicio que debe prestar el contratista

para con la entidad pública contratante, lo común es que una vez satisfecha la necesidad pública mediante la ejecución de la obra pública, la provisión de determinados bienes o la prestación de un servicio, el contrato público se extinga. La actual Ley de Contratación Pública señala expresamente que “los contratos terminan por el cumplimiento de las obligaciones contractuales”.

Esta forma de terminación de contratos es común para toda clase de obligaciones, sea en el sector privado o en el público, puesto que una vez que las partes consideran cumplidas las necesidades que le llevaron a contratar, es decir se cumple con la finalidad que perseguían, el contrato pierde por su naturaleza la razón de ser.

Debe entenderse y así lo recoge nuestra legislación, que una vez cumplido el contrato, suscritas las actas de recepción definitiva de la obra y efectuada la liquidación correspondiente, termina el contrato, sin embargo, los contratistas, los representantes legales y personas que participan en la contratación, responderán administrativa, civil y hasta penalmente por los vicios ocultos de los bienes o de los trabajos correspondientes a la etapa a su cargo, sea la de diseño, la de ejecución de obra material de construcción o la de mantenimiento.

Vencimiento del plazo estipulado:

Esta modalidad de terminación de los contratos públicos se presenta solo en aquellos en los cuales el plazo es factor determinante, el cual pone límite a su vigencia, lo que significa que al cumplirse el plazo concluye la relación contractual mediante la vigencia del plazo del contrato, la administración pública pretende asegurarse que la actividad, es decir, la prestación del servicio público por parte de su contratante.

Por lo general los contratos que tienen esta forma de terminación son fundamentalmente los de concesión de servicio público y el de concesión de obra pública.

8.2. MODOS ANORMALES O IRREGULARES DE TERMINACION DE LOS CONTRATOS PUBLICOS.

Entre los modos anormales o irregulares de terminación de los contratos públicos que prevé nuestra legislación y reconocidos por la doctrina, se encuentra los que a continuación se describen:

Por mutuo acuerdo entre las partes:

La ley prevé por causas ajenas a lo que prescribe el contrato, que de común acuerdo puede dejarse sin efecto la obligación contraída. Esta forma de terminación de los contratos en el campo del derecho civil se le denomina

“resciliación”, al decir el Código Civil “que las obligaciones se extinguen, en todo o en parte, por convención de las partes interesadas , que sean capaces de disponer libremente de lo suyo”; debe entenderse entonces, lo realizan por su propia liberalidad, es decir sin ninguna causa, motivación o fundamento previsto en la ley para realizarlo.

En materia de contratación pública no opera la simple voluntad de las partes sino una causa previamente determinada en la ley por la cual, a juicio de la entidad no fuere posible o conveniente para los intereses públicos ejecutar total o parcialmente el contrato.

Por circunstancias imprevistas, técnicas o económicas o de fuerza mayor o caso fortuito.

Ante cualesquiera de las causas indicadas, las partes tienen la facultad de invocarlas con la finalidad de extinguir todas o algunas de las obligaciones contractuales, en el estado en que se encuentren, siempre que las mismas sean calificadas razonablemente por la entidad contratante, es decir, que realmente se comprueben las causales invocadas dentro de los conceptos de imprevistos técnicos o económicos, o situaciones como un terremoto el cual es un imprevisto imposible de resistir, según la definición que contempla el Código Civil de lo que constituye el caso fortuito o fuerza mayor.

Para que las obligaciones contenidas en un contrato público termine en todo o en parte por mutuo consentimiento, el proyecto de contrato requerirá el dictamen previo favorable del Procurador General del Estado, siempre que hubiere emitido dictamen para la celebración del contrato principal, proyecto al cual deben anexarse los documentos que justifiquen la existencia de las causales invocadas.

Esta forma de terminación de los contratos públicos, como se colige, es anterior al cumplimiento del objeto del contrato y/o a la expiración del plazo pactado. Es necesario resaltar también, que la ley prohíbe celebrar contrato posterior sobre el mismo objeto con el mismo contratista con quien se acordó la terminación de mutuo acuerdo.

8.3. DECLARACION UNILATERAL DEL CONTRATANTE EN CASO DE INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATISTA.

La doctrina considera que por el hecho de que la administración pública mediante los contratos públicos que suscribe debe satisfacer necesidades públicas, tiene la necesidad de contar con determinados privilegios frente al contratista, denominadas cláusulas exorbitantes, siendo una de éstas la facultad que tiene la administración de dar por terminado el contrato en forma unilateral, sin necesidad de acudir a los jueces; es decir, que impera

la voluntad de una de las partes la que da por terminado el contrato por el interés público. Nuestra legislación contempla diversas causas, pero éstas necesariamente deberán estar probadas documentadamente, es decir que la facultad que tiene la administración **para dar por terminado el contrato en forma unilateral no puede ser arbitraria.**

Las causas por las cuales la entidad puede dar por terminado el contrato en forma unilateral y anticipadamente son:

- Por incumplimiento del contratista;
- Por quiebra o insolvencia del contratista;
- Si el valor de las multas supera el monto de la garantía de fiel cumplimiento del contrato (5% del valor total del contrato);
- Por suspensión de los trabajos, por decisión del contratista, por más de sesenta días, sin que medie fuerza mayor o caso fortuito;
- Por haberse celebrado contratos contra expresa prohibición de la ley;
- y,
- En los demás casos estipulados en el contrato, de acuerdo con su naturaleza.

En el caso de terminación del contrato por habérselo celebrado contra expresa prohibición legal, la máxima autoridad de la entidad lo declarará así, sin que proceda reconocimiento de indemnización alguna al contratista,

a partir de la fecha en que se declare la terminación unilateral. Así mismo, la entidad se abstendrá de realizar cualquier pago en razón del contrato, salvo de lo que resultare de la liquidación que se practicará.

Si la celebración del contrato causare perjuicio económico a la entidad contratante, serán responsables solidarios el contratista y los funcionarios que hubieren tramitado y celebrado el contrato, sin perjuicio de la sanción administrativa y penal a que hubiere lugar.

8.4. EFECTOS DE LA DECLARACION DE TERMINACION UNILATERAL DEL CONTRATO.

Entre los efectos de la declaración de terminación unilateral del contrato podemos anotar las siguientes:

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

Adjudicatarios fallidos que lleva la Contraloría General del Estado. La inscripción en dicho registro inhabilita al contratista incumplido o fallido, para celebrar contratos con el Estado o entidades del sector Público por un período de dos años contados a partir de la fecha en que se hubiere hecho efectiva la garantía de fiel cumplimiento. En la práctica existen criterios distintos sobre la forma de cancelar o levantar esta inhabilidad: de acuerdo con la ley la inhabilidad dura dos años (salvo que la entidad declarante hubiere dejado sin efecto el acto administrativo y lo hubiere notificado), entendiéndose que transcurridos los referidos dos años, de pleno derecho cesa la inhabilidad; sin embargo, la Contraloría General del Estado exige que para levantar o cancelar la inhabilidad la entidad declarante presente solicitud expresa en tal sentido, aún cuando ya hayan transcurrido los dos años.

Debe señalarse además, que la resolución que declare la terminación unilateral del contrato debe ser comunicada a la Contraloría y Procuraduría Generales del Estado, dentro del término de seis días.

Nuestra legislación contempla además otros modos de terminar el contrato público:

Por sentencia ejecutoriada que declare la resolución del contrato a pedido del contratista.

Este es un modo de terminar el contrato público ante la falta de cumplimiento por parte de la entidad contratante, de las obligaciones que emanan del mismo, el contratista argumenta una o más causales previstas en la ley para demandar ante los jueces competentes la resolución y terminación del contrato. Es de anotar que las causas que el contratista invoque en su demanda, deben ser sobrevivientes con posterioridad a la celebración del contrato, por ejemplo, circunstancias de orden técnico o económicas que impidan la vigencia del contrato.

El contratista podrá demandar la resolución del contrato invocando las siguientes causas imputables a la entidad contratante.

- Por incumplimiento de las obligaciones contractuales por más de sesenta días;
- Por la suspensión del trabajo por más de sesenta días dispuestos por la entidad sin que medie fuerza mayor o caso fortuito.
- Cuando los diseños definitivos sean técnicamente inejecutables o no se hubieren solucionado defectos e ellos; y,
- Cuando ante circunstancias técnicas o económicas imprevistas o de caso fortuito o de fuerza mayor debidamente comprobados, la entidad contratante no hubiere accedido a terminar de mutuo acuerdo el contrato.

Es claro que la fuerza mayor o el caso fortuito pueden causar la terminación del contrato público, acontecimientos naturales como un

terremoto, o provenientes del hombre como una guerra o una paralización general del país, producen consecuencias que si son de tal magnitud pueden incidir en la ejecución del contrato, y una de estas formas puede ser la imposibilidad de continuar el contrato.

Si la entidad contratante negare la calidad de caso fortuito o fuerza mayor, el contratista deberá acudir a los órganos judiciales competentes a fin de que mediante sentencia se declare la terminación del contrato.

Muerte del contratista o disolución de la persona jurídica.

Estas formas de terminación del contrato público en doctrina se la denomina “por imposibilidad del contratista”, ya que al extinguirse o desaparecer una de las partes del contrato, éste obviamente no puede subsistir.

En nuestra legislación no se establece ningún procedimiento para éstos casos, por lo que debe entenderse que producidos, la terminación opera de pleno derecho, por la existencia de la causal.

Esta forma de terminación de los contratos se refiere en realidad a las situaciones:

Muerte del contratista.- Se refiere a la muerte de la persona natural. El Código Civil señala que “la persona termina con la muerte”. La muerte se

define como la cesación de la vida o extinción de las funciones vitales, el fin natural del proceso evolutivo de toda materia viva. En derecho, la muerte de la persona es decir del ser humano, constituye la extinción de la personalidad jurídica, y por consiguiente, la de la capacidad jurídica de las personas físicas, ya que la existencia de la persona física es el supuesto fundamental de toda capacidad.

Con la muerte del contratista terminan las relaciones jurídicas que emanaron del contrato suscrito entre la entidad contratante y el contratista ya que la ley considera que el contrato es a título personal, no siendo posible la transmisión y sucesión de las obligaciones contractuales a los herederos o sucesores.

Disolución de la persona jurídica contratista.- El Código Civil define a la persona jurídica como “una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente”. La persona jurídica es un ente creado por el legislador para poder obrar, y ejercer derechos y obligaciones. Así como tiene nacimiento, la persona jurídica tiene una extinción mediante su disolución y liquidación.

Para que se de esta forma de terminación del contrato, la disolución de la persona jurídica contratista debe realizarse siempre que no se origine en

decisión voluntaria interna de los órganos competentes de la persona jurídica.

Si la disolución de la persona jurídica contratista se originare en la declaración interna voluntaria de sus órganos competentes, daría lugar al incumplimiento contractual y como consecuencia a la declaración de terminación unilateral del contrato.

Los representantes legales de las personas jurídicas cuya disolución se tramita están obligados, bajo su responsabilidad y solidaria, a informar a la autoridad a la que le compete aprobar la disolución, sobre la existencia de contratos que aquellas tengan pendientes con las entidades del sector público, y a comunicar a las entidades contratantes respectivas sobre la situación y causales de disolución.

Igualmente, antes de expedirse la resolución de la autoridad correspondiente deberá comunicar sobre el particular al Contralor General del Estado, para que éste en el término de diez días , informe si la persona jurídica cuya disolución se tramita tiene contratos pendientes con entidades del sector público o precise cuáles son ellos. En la práctica suele solicitarse información sobre los contratos y controversias pendientes a la Procuraduría General del Estado y sólo después de obtener respuestas de estas dos instituciones se autoriza la liquidación de las personas jurídicas.

Con la contestación de la contraloría y la Procuraduría General del estado, vencido el antedicho término, se dará trámite a la resolución , sin perjuicio de la responsabilidad de los funcionarios que incumplieron su deber de informar.

De existir contratos pendientes de la persona jurídica frente al Estado informará sobre aquellos a la entidad contratante, a la autoridad que compete aprobar la disolución y a la Procuraduría General del Estado, para que adopten las acciones conducentes a precautelar y defender los intereses públicos.

En la liquidación de la persona jurídica se tomarán las medidas necesarias para precautelar los intereses del Estado y entidades del sector público.

Transacción

En el campo civil se define la transacción como el contrato por el cual las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente, o precaven un litigio eventual. Puede transigir la persona capaz de disponer de los objetos comprendidos en la transacción, solo surte efecto entre los contratantes, no vale sobre derechos ajenos o sobre derechos que no existen.

La Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado señala que en las controversias judiciales derivadas de contratos, el Procurador General del

Estado podrá autorizar a los representantes legales de las dependencias, entidades u organismos del sector público, a petición de éstos y previo informe favorable del Procurador o asesor jurídico a transigir cuando la cuantía sea superior a los veinte mil dólares de los Estados Unidos de América o, cuando se la cuantía indeterminada que pueda exceder de dicho monto. El Procurador podrá ejercer también esta facultad cuando directamente comparezca como actor o demandado en el juicio. En los juicios de cuantía inferior, los representantes legales de las entidades del sector público, actuarán bajo su propia responsabilidad administrativa, civil y penal.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

1.- La Codificación de la Ley de Contratación Pública, en su artículo 3, regula los procedimientos de la etapa precontractual y de contratación, sin embargo, la potestad de las instituciones contratantes reglamentar el proceso precontractual de un amplio universo de contratos de ejecución de obras, adquisición de bienes y prestación de servicios no regulados por la Ley de Contratación Pública, cuyas cuantías son inferiores al valor que resulta de multiplicar el coeficiente 0,00002 por el monto del Presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico.

Si revisamos las regulaciones emitidas para el efecto por las Municipalidades, Consejos Provinciales y demás entidades del sector público, observaremos que contienen disposiciones disímiles.

RECOMENDACIÓN:

Para mantener armonía con disposiciones de la Ley de Contratación Pública, es necesario que se regulen los procesos precontractuales para las contrataciones inferiores al resultado de multiplicar el coeficiente 0,00002 por el monto del Presupuesto inicial del Estado, para todas las instituciones del sector público. Este reglamento podría ser elaborado por la Contraloría General del Estado de la misma manera como se le ha encargado en la Ley para la preparación de los modelos precontractuales para licitación y concurso público de ofertas, o por una comisión conformada por representantes de la Contraloría General del Estado, la Procuraduría General del Estado, las Cámaras de la Construcción, Asociación de Municipalidades del Ecuador y el Consorcio de Consejos Provinciales del país.

2.- Del análisis a las disposiciones que regulan los procedimientos de licitación y concurso público de ofertas, se observa que la única diferencia entre estas dos modalidades de contratación, radica en el término para presentar las ofertas que en la licitación es entre 18 y 48 días y para el

concurso de ofertas, entre 12 y 24 días, término que es fijado en función de los montos.

RECOMENDACIÓN:

El término para la presentación de ofertas no siempre debería ser de acuerdo al monto del contrato, sino que debería tenerse en cuenta la complejidad de la obra, la adquisición o la prestación del servicio. Además, debería establecerse en la ley un solo procedimiento precontractual, estableciendo un término para la presentación de ofertas único, que podría ser entre 18 y 48 días, que sería determinado por el Comité de contrataciones, en función del monto del contrato y de la complejidad de la obra, adquisición o prestación del servicio a contratarse.

3.- La normativa legal vigente, excluye del régimen de contratación pública a ciertas entidades del sector público respecto a las cuales una ley especial así lo disponga. Esto ha permitido que instituciones como Pacifictel, Andinatel, empresas eléctricas, de petróleo entre otras, que están fuera del ámbito de la Ley de Contratación Pública hayan sido fuente de enriquecimiento ilícito de unos pocos, pactando contratos de dudosa transparencia.

RECOMENDACIÓN:

Suprimir esta disposición que altera el ordenamiento jurídico vigente, con lo cual se eliminarán focos de corrupción y latrocinio.

4.- Previo a iniciar cualquier procedimiento precontractual la entidad debe contar con los estudios, diseños, incluidos planos, cálculos. Especificaciones generales y técnicas debidamente concluidos y aprobados con la programación total, los presupuestos y demás documentos que se consideren necesarios, según la naturaleza del proyecto.

RECOMENDACIÓN:

Debe determinarse la actualización de los estudios a la fecha de llamamiento a concurso, con la finalidad de evitar su inaplicabilidad al no responder a la realidad del proyecto por cuestiones de tiempo.

5.- La Ley no establece plazos para la cancelación de planillas de avance de obras, obras adicionales y reajustes de precios.

RECOMENDACIÓN:

Debe estipularse en la Ley o el reglamento un plazo no mayor de 15 días una vez aprobada por la fiscalización la planilla correspondiente, con el objeto de no afectar la ejecución de la obra por falta de pago oportuno.

6.- El Art.15 de la Ley de Contratación Pública y el Art. 58 de la LOAFIC, establecen los requisitos que deben observarse en el aspecto financiero, previo a la celebración del contrato. Si bien tratan estos cuerpos legales sobre la disponibilidad financiera para la ejecución de una obra, no se determina penalización alguna para quienes incumplen el mandato legal.

RECOMENDACIÓN:

Introducir mediante reformas a la ley y el reglamento la sanción o penalización para quienes transgredan disposiciones legales que afecten la ejecución de una obra.

7.- El Art. 64 de la Ley de Contratación Pública prohíbe la subdivisión de contratos a fin de evitar se eludan los procedimientos establecidos en este cuerpo legal, no obstante, el inciso segundo de dicha norma permite la subdivisión si se cumplen los presupuestos que la misma ley determina.

RECOMENDACIÓN:

Debe reformarse la ley respecto a la subdivisión, ya que ésta significa dividir una parte señalada por una división anterior, y en el segundo inciso debe estipularse en forma precisa esta excepción, suprimírsela o reglamentársela debidamente a objeto de que no se abuse de ese arbitrio.

8.- La Ley de Contratación Pública no contempla la paralización de las obras por falta de pago de planillas presentadas.

RECOMENDACIÓN: Debe establecerse de manera precisa las condiciones para la paralización de las obras por falta de pago, considerando que si no se ha devengado el anticipo, sería improcedente que se paralice una obra por esta razón.

9.- La Ley no establece el valor que por anticipo debe entregarse al contratista que ha sido beneficiado con la adjudicación de la obra.

RECOMENDACIÓN:

Debe introducirse una norma que determine que el porcentaje del anticipo se en función del tipo y magnitud de la obra a ejecutarse.

*10.- El Art. 26 de la Ley de Contratación Pública establece que el Comité de Contrataciones adjudicará el contrato al proponente que hubiere presentado la oferta más conveniente a los intereses nacionales e institucionales, lo que encierra cierto grado de **subjetividad** en la toma de decisión por parte de la entidad contratante.*

RECOMENDACIÓN:

Debe incorporarse en la Ley la aplicación de la fórmula del “doble promedio” entre las ofertas participantes que hayan sido calificadas, que consiste en obtener un primer promedio de aquellas ofertas que hayan cumplido los requisitos técnicos, económicos y que no estén incurso en causal de descalificación o rechazo de la propuesta. Obtenido el primer promedio, se eliminará a aquellas ofertas que estén fuera del más - menos 10%. De las ofertas que no hayan sido eliminadas, se obtendrá un segundo promedio y se adjudicará a la oferta igual o menor más próxima al segundo promedio.

PROPUESTA

Como ha quedado establecido en este estudio, en nuestro país la ejecución de la obra pública en unas ocasiones las realiza el Estado en forma directa, en otras los gobiernos seccionales y en otros casos por entidades del sector privado por delegación del estado, y en muchos casos por fundaciones de derecho privado, utilizando recursos públicos.

Como se comprenderá. En toda la obra destinada al servicio público, el Estado realiza una inversión de carácter económico lo que exige la aplicación de un ordenamiento jurídico que responda a un sistema de inversiones que esté en función de las necesidades de la población que aspira a desarrollarse o satisfacer sus necesidades en forma oportuna y con las garantías suficientes que esa inversión cumpla realmente con el objetivo que motivó su contratación y ejecución, y que fortalezca la seguridad jurídica en el cumplimiento de los derechos y obligaciones contraídas. Ese marco legal debe prever y sistematizar procesos ágiles y honestos que garanticen transparencia y confiabilidad, características muy venidas a menos en los últimos años, motivados en gran parte por una Ley de Contratación Pública que agoniza ante los avances de las nuevas corrientes jurídicas y tecnológicas.

Establecidas como han quedado las debilidades de la Ley de Contratación Pública en materia de ejecución de obras , de manera especial las relacionadas con disposiciones que en lugar de agilizar, retardan los procedimientos precontractuales, contractuales y la ejecución de las obras, propongo que aprovechando la oportunidad de que la Asamblea Constituyente se encuentra investida de plenos poderes, expida una nueva ley de contratación pública, que contenga nuevos mecanismos de contratación y adquisición de bienes y servicios, ya que la actual, según nuestro análisis efectuado, se encuentra limitada a regular los procesos de contratación, regulaciones que en la mayoría de los casos traban o paralizan la contratación o ejecución de obras. La nueva ley que propongo se promulgue debe contener disposiciones destinadas a eliminar las trabas burocráticas que la actual ley contiene y que en forma sintetizada hago constar en ls recomendaciones planteadas.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

GANDOLFO José.- “La Contratación en Roma.- Edit.Harla, México, 1980.Pág. 247

CABANELLAS Guillermo. “Diccionario Jurídico Elemental” Helistas, Buenos Aires, 1998, Pág. 36

PARRAGUEZ Luis. “Obligaciones”.- Edt.UTPL. Loja. 1998. Pág. 67.

EGUIGUREN Genaro. “Celebración de Contratos Administrativos”.- Universidad Andina Simón Bolívar del Ecuador. 2001. Pág. 214.

ESPINOZA Manuel Lucero.- “La Licitación Pública”. Primera Edición. 1993. México. Pág. 111.

FARRANDO Ismael, “Contratos Administrativos”. Encuadernación Latinoamericana. Buenos Aires. Argentina. Pág. 215.

GAROFALO SALAZAR Aurelio. “Manual Práctico de Contratación Pública”. Segunda edición actualizada.2004. Quito-Ecuador. Pág. 68.

EGUIGUREN Fernando. “Reajustes y conflictos en los contratos Públicos”. Volumen XV. Universidad Andina Simón Bolívar del Ecuador. 2001.

Constitución Política de la República del Ecuador.

Ley de Contratación Pública. Codificación de 22 de Febrero 2001. Ecuador.

Ley Orgánica de Administración Financiera y Control.

Código Civil Ecuatoriano. Libro II. Título III.