# UNIVERSIDAD TECNICA PARTICULAR DE LOJA

*La Universidad Católica de Loja*

# ÁREA SOCIOHUMANÍSTICA

TITULACIÓN DE MAGISTER EN DERECHO ADMINISTRATIVO

**Reforma al Art. 121 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, respecto de la eficaz y eficiente administración de los contratos de bienes y servicios en las instituciones públicas**

TRABAJO DE FIN DE MAESTRÍA

AUTOR: Parra Cadena, Marlene Azucena

DIRECTOR: Burneo Valdivieso, Julián Mauricio, Mgs.

CENTRO UNIVERSITARIO GUAYAQUIL

2015

**APROBACIÓN DEL DIRECTOR DEL TRABAJO DE FIN DE MAESTRÍA**

Magister
Julián Mauricio Burneo Valdiviezo
DIRECTOR DEL TRABAJO DE FIN DE MAESTRÍA

De mi consideración:

El presente trabajo de fin de maestría, denominado “Reforma al Art. 121 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, respecto de la eficaz y eficiente administración de los contratos de bienes y servicios en las instituciones públicas”, ha sido orientado y revisado durante su ejecución, por cuanto se aprueba la presentación del mismo.

Loja, Abril del 2015

f:……

## DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y CESIÓN DE DERECHOS

"Yo, Marlene Azucena Parra Cadena declaro ser autora del presente trabajo de Fin de Maestría: Reforma al Art. 121 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, respecto de la eficaz y eficiente administración de los contratos de bienes y servicios en las instituciones públicas, de la Titulación de Magister en Derecho Administrativo, siendo el Mgs. Julián Mauricio Burneo Valdivieso director del presente trabajo; y eximo expresamente a la Universidad Técnica Particular de Loja y a sus representantes legales de posibles reclamos o acciones legales. Además certifico que las ideas, concepto, procedimientos y resultados vertidos en el presente trabajo investigativo, son de mi exclusiva responsabilidad.

Adicionalmente declaro conocer y aceptar la disposición del Art. 88 del Estatuto Orgánico de la Universidad Particular de Loja que en su parte pertinente textualmente dice: "Forman parte del patrimonio de la Universidad la propiedad intelectual de investigaciones, trabajos científicos o técnicos y tesis de grado o trabajos de titulación que se realicen con el apoyo financiero, académico o institucional (operativo) de la Universidad".

f:……
Autora: Marlene Azucena, Parra Cadena
Cédula: 0905612255

## DEDICATORIA

Agradezco a DIOS, mi guía y fortaleza; a mis hijos y a mis padres por su apoyo para que continúe creciendo como persona y profesional.

Ab. Marlene Azucena Parra Cadena

## AGRADECIMIENTO

A la Universidad Técnica Particular de Loja por los conocimientos impartidos durante mi preparación académica; y a mi director, Mgs. Julián Burneo Valdivieso por su valioso aporte durante el desarrollo del presente trabajo.

## LA AUTORA

## ÍNDICE DE CONTENIDOS


CARATULA…… i
CERTIFICACIÓN……. ii
DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y CESIÓN DE DERECHOS…… iii
DEDICATORÍA……. iv
AGRADECIMIENTO…… v
ÍNDICE DE CONTENIDOS…….. vi
RESÚMEN EJECUTIVO……. 1
ABSTRACT…… 2
INTRODUCCIÓN……. 3

CAPÍTULO I
EL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL ECUADOR… 6
1.1 Concepto, entidades que la conforman y órganos competentes.….....7
1.2 Objetivos del Sistema Nacional de Contratación Pública……..9
1.3 El Servicio Nacional de Contratación Pública en el Ecuador…..……10
1.4 El Sistema Informático Compras Públicas……..13
1.5 El Portal Institucional……16
1.6 Legislación Comparada……21
CAPÍTULO II
LOS CONTRATOS DE LA ADMINISTRACIÓN…….23
2.1 Reseña Histórica……24
2.2 Naturaleza del contrato administrativo…….. ……26
2.3 Principios que rigen la contratación administrativa……29
2.4 Concepto e identificación de los contratos administrativos..……... 29
2.5 Elementos de los contratos en general……...34
2.6 Requisitos de existencia y validez de los contratos en general.....35
2.7 Requisitos de existencia y validez de los contratos públicos…..……35
2.8 Características del contrato administrativo……36
2.9 Inhabilidades para contratar……37
CAPÍTULO III
LAS ETAPAS DEL PROCESO DE CONTRATACIÓN…….39
3.1 La fase o etapa preparatoria…….……...40
3.2 La fase o etapa precontractual... …….. ……...40
3.3 La fase o etapa contractual..……41
3.4 De las recepciones y la liquidación del contrato ……45
3.5 De la administración del contrato……...46
3.6 La fase o etapa post contractual……..50
3.7 Principios generales y potestades que rigen los contratos administrativos …..... 50
3.8 Las responsabilidades……..... 52
CAPÍTULO IV
ENCUESTAS……..59
4.1 Presentación de Resultados……60
4.2 Contrastación e Hipótesis...……..……....82

CAPÍTULO V
PROPUESTA DE REFORMA……..84
5.1 Base legal para la reforma……...87
5.2 Propuesta de reforma…… .....94
5.3 Proyecto de reforma legal……....98

CONCLUSIONES……..…107
RECOMENDACIONES……105
BIBLIOGRAFÍA ……....108
ANEXOS……...……..…113

## RESUMEN EJECUTIVO

El presente estudio permite realizar un acercamiento a la realidad de esta grave problemática social, jurídico y económico que en la actualidad enfrentan las instituciones públicas y que causa un gran perjuicio económico a los intereses del Estado ecuatoriano, debido a que la norma legal del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, tal como está concebido, no determina en forma eficiente todo lo necesario para un eficaz cumplimiento de las funciones del administrador de contratos.

Las encuestas y entrevistas realizadas a los distintos funcionarios públicos, ingenieros civiles, ingenieros eléctricos, arquitectos, abogados en funciones públicas y en libre ejercicio profesional, y contratistas, la gran mayoría expresó que existen falencias en la Ley y en el Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, así como también en el orden técnico, a la hora de escoger a los funcionarios que van a administrar los contratos, lo cual afecta a la eficiente y eficaz administración de los contratos, por lo que se determinará las respectivas conclusiones y recomendaciones para solucionar esta problemática.



**PALABRAS CLAVES:** Derecho administrativo, Compras Públicas - Ecuador, Contratación Pública - leyes

## ABSTRACT

This study will make an approach to the reality of this serious social, legal and economic issues that currently face the public institutions and causing great economic harm to the interests of the Ecuadorian State, because the statute of General Regulation of the Organic Law of the National Public Procurement System, as designed does not efficiently determines everything needed for effective performance of the functions of the contract administrator.

Surveys and interviews with various government officials, civil engineers, electrical engineers, architects, lawyers in public service and professional free exercise, and contractors, most said that there are shortcomings in the law and in the General Regulations of the Law Organic National Public Procurement System, as well as the technical, choosing the officials who will administer contracts, which affects the efficient and effective administration of contracts, which will determine the respective conclusions and recommendations to solve this problem.



**KEYWORDS:** Administrative Law , Public Procurement - Ecuador , Procurement - laws

## INTRODUCCIÓN

Durante la etapa de ejecución del contrato, la entidad contratante persigue los siguientes objetivos:

a) El cumplimiento del objeto del contrato, en conformidad con los términos de referencia y/o especificaciones técnicas y las cláusulas del contrato. En los contratos de adquisición, las entidades contratantes deben asegurar que el trabajo o servicios necesarios se realicen de manera puntual y eficaz en función de los costos y según el nivel cualitativo estipulado en las condiciones contractuales.

b) La identificación y solución de los problemas, de forma inmediata, a fin de que se tomen las medidas correctivas oportunas y se eviten retrasos innecesarios o daños irreversibles por la falta de acción u omisión del administrador del contrato; y,

c) El buen uso de los recursos públicos en beneficio de la colectividad a quien va dirigido el bien, el servicio, o la obra pública.

Con las reformas a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 100 de 14 de octubre del 2013, su Reglamento General, y las Resoluciones emitidas por el Instituto Nacional de Contratación Pública, INCOP, actual Servicio Nacional de Contratación Pública, SERCOP, se establecen claramente los procedimientos para la contratación y de igual manera regula en buena medida la fase de ejecución de los contratos.

Sin embargo, los procedimientos y los contratos no siempre se interpretan y ejecutan de conformidad con los principios establecidos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, esto es, precautelando el interés público y la debida ejecución del contrato; circunstancia que puede atribuirse, en cierta medida, a la falta de responsabilidad del administrador del contrato, en los casos de contratos de adquisición de bienes y prestación de servicios; o del fiscalizador del contrato en contratos de obra y consultoría.

Con la vigencia de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, se ha procurado un cambio fundamental en la contratación pública en el país, propiciando especialmente el cumplimiento de los postulados de equidad de acceso a los contratos con la administración pública, a la publicidad de la información contractual en el sector público; y al establecimiento de responsabilidades por las acciones y omisiones tanto para la administración pública como para los contratistas.

Con relación a la administración de contratos, el artículo 121 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, establece que, en todo contrato, la entidad contratante debe designar, de manera expresa, un administrador del contrato, quien velará por el cabal y oportuno cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones derivadas del contrato. Adoptará acciones que sean necesarias para evitar retrasos injustificados e impondrá las multas y sanciones a que hubiere lugar.

Este es el ámbito en el que se circunscribirá la presente investigación. La investigación está dirigida a realizar un estudio sobre la normativa prevista en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento General, respecto a la administración de los contratos.

Su elaboración permitirá realizar un acercamiento a la realidad jurídica de esta grave problemática social, jurídico y económico que en la actualidad enfrentan las instituciones públicas y que causa grave perjuicio a los intereses Estado ecuatoriano, debido a que la norma legal tal como se encuentra determinada en el artículo 121 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, no determina en forma exacta todo lo necesario para un eficaz cumplimiento de las funciones del administrador de contratos, lo cual se ha traducido en una errónea aplicación de la norma o en una inaplicabilidad de la norma, con el consecuente perjuicio para el Estado.

*El objetivo general* de este trabajo es el análisis del marco conceptual, doctrinario y jurídico respecto a la administración de contratos de bienes y servicios al tenor de los dispuesto en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento General.

*Los objetivos específicos* son: 1) Analizar las deficiencias que se han presentado respecto del ineficaz ejercicio de la administración de contratos en las instituciones públicas, 2) Analizar las normas de carácter legal respecto a la administración de contratos de bienes y servicios; y, 3) Introducir un modelo de reforma al artículo 121 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

La presente investigación se ha desarrollado en cinco capítulos que me permitirá abordar los diferentes aspectos de la contratación pública y de manera específica sobre la administración de los contratos.

El primer capítulo se denomina El Sistema Nacional de Contratación Pública en el Ecuador, el cual recoge aspectos generales relacionados con el tema tales como conceptos; entidades que la conforman; órganos competentes; objetivos; el Servicio Nacional de

Contratación Pública, SERCOP; el Sistema Informático Compras Públicas; el Portal institucional; y, legislación comparada.

El segundo capítulo trata de los Contratos de la Administración, donde se realiza una pequeña reseña histórica, se trata sobre la naturaleza del contrato administrativo; los principios que rigen la contratación administrativa; el concepto e identificación de los contratos de la administración; los elementos de los contratos en general; los requisitos de existencia y validez de los contratos en general; los requisitos de existencia y validez de los contratos públicos; las características del contrato administrativo; y, las inhabilidades para contratar.

El tercer capítulo tiene relación con las etapas del Proceso de Contratación y trata sobre la fase o etapa preparatoria; la etapa o fase precontractual; la etapa o fase contractual; de las recepciones y liquidación del contrato; de la administración del contrato, la fase o etapa post contractual; los principios generales y potestades que rigen los contratos administrativos; y, las responsabilidades.

El cuarto capítulo tiene relación con las Encuestas. Se presenta los resultados de las mismas; la contrastación e hipótesis; y, la verificación de objetivos.

El quinto capítulo tiene que ver con las Conclusiones, Recomendaciones y Propuesta de Reforma. Recoge las conclusiones a las que se ha llegado luego del análisis de la parte teórica y de los resultados de la investigación de campo; las recomendaciones que se plantea; la base legal para la reforma; la propuesta de reforma; y, el proyecto de reforma legal al artículo 121 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

# CAPÍTULO I
# SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL ECUADOR

## 1.1 Concepto, entidades que la conforman y órganos competentes.

El Sistema Nacional de Contratación Pública (SNCP) es: "El conjunto de principios, normas, procedimientos, mecanismos y relaciones organizadas orientadas al planeamiento, programación, presupuestos, control, administración y ejecución de las contrataciones realizadas por las Entidades Contratantes" [1]

La normativa en que se sustenta el Sistema Nacional de Contratación Pública es: la Constitución de la República, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública la Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; la Ley Orgánica de Empresas Públicas, LOEP; el Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y sus modificaciones; y, las Resoluciones del INCOP y del actual SERCOP. [2]

Los principios y normas que regulan los diferentes procedimientos de contratación pública que realicen los organismos, entidades, personas jurídicas, corporaciones, fundaciones o sociedades civiles, y compañías mercantiles, están determinadas en la LOSNCP. [3]

### Órganos competentes.

El SERCOP junto con la Contraloría General del Estado, la Procuraduría General del Estado, el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social y demás instituciones y organismos públicos que ejercen funciones en materia de presupuestos, planificación, control y contratación pública, forman parte del Sistema Nacional de Contratación Pública en el ámbito de sus competencias.

De conformidad con la Constitución de la República del Ecuador (2008):

> La Contraloría General del Estado es el organismo encargado de efectuar el control de los recursos públicos; asesorar a las Entidades del Estado y determinar las responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal, por las acciones u omisiones cometidas por los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones.

**1** Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, publicada en el R.O. No. 395 de 24 agosto del 2008, Art. 1

**2** Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, publicada en el Segundo Suplemento del R.O. No.100 de 14 octubre del 2013

**3** Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, publicada en el R.O. No. 395 de 24 agosto del 2008, Art. 1

La Procuraduría General del Estado[4], por su parte, es la encargada de controlar con sujeción a la ley los actos jurídicos y los contratos administrativos que suscriban los organismos y entidades del sector público, en todo lo relacionado con su legalidad, al igual que protagonizar la defensa judicial del Estado y sus Instituciones.

El Consejo de Participación Ciudadana y Control Social[5]: Promoverá e incentivará el ejercicio de los derechos relativos a la participación ciudadana, impulsará y establecerá mecanismos de control social en los asuntos de interés público.

Córdova, Vaca y Herández (2014) señalan al respecto, que: "La contratación pública mediante el SNCP y la participación ciudadana sí pueden ser medios para medir el BV, en tanto que puedan crear los instrumentos de política y gestión para su vinculación con el Plan Nacional de Desarrollo"

Córdova et al. (2014), respecto de la veeduría ciudadana y el control social consideran que:

> Las entidades estatales deben desaprender sus imaginarios y rutinas con respecto a la participación y control social. Corrientemente creen que la participación implica que la masa esté presente, se conforman con que escuchemos, hagamos preguntas,(…). Esas prácticas revelan que las entidades estatales no codeliberan con la sociedad, porque el sentido transformador de la deliberación está en que no es simplemente una discusión cara a cara, pero que contenga algún poder de decisión con aquellos que concurran y estén presentes.

El trabajo de los veedores en el país, en ciertos casos, se torna complicado. Una vez concluido su trabajo, sus informes no siempre son bien recibidos, por quienes son los llamados a imponer las sanciones correspondientes a las personas naturales y/o jurídicas estatales y/o particulares que han violado la norma.

No existe una verdera investigación respecto de las denuncias presentadas ante el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, tal véz por asuntos de caracter netamente pólítico.

Por transparencia, el CPCCS debería publicar en la página WEB de la Institución, las estadísticas de las entidades públicas que han sido sancionadas por el incumplimiento en la entrega de la información requerida para sus investigaciones. De esta forma se cumpliría la norma y dejaría de ser letra muerta.

**4** Ibídem,Art.237

5 Constitución de la República del Ecuador, CRE, publicada en el R.O. No. 449 de 20 octubre del 2008, Art. 207

## 1.2. Objetivos del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Los principales objetivos que sustentaron y sustentan la expedición de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, además de los señalados en el artículo 9 de la LOSNCP, se encuentran:

- Transparentar los procesos de contratación pública aplicando tecnologías de información y comunicación y facilitar la veeduría ciudadana;
- Implementar un sistema nacional de contratación pública ágil, seguro y confiable; y,
- Asegurar la calidad de los servicios suministrados por las Entidades. (Servicio Nacional de Contratación Pública – SERCOP, 2013)

Todo esto, con el fin de eliminar la discrecionalidad y la corrupción en la contratación pública; convertir la compra pública en un factor dinamizador de la producción nacional y del desarrollo local; y, garantizar el uso eficiente y eficaz de los recursos del Estado ecuatoriano.

Estos objetivos se han cumplido, en gran medida. Las entidades contratantes, hoy en día controlan que los procedimientos de contración y ejecución de los contratos se realicen de conformidad con la Ley y el Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, garantizando de esta forma la transparencia de los procesos.

El control del Sistema Nacional de Contratación Pública debe ser: "intensivo, interrelacionado y completamente articulado entre los diferentes entes con competencia para ello, e incluye la fase precontractual, la de ejecución del contrato y la de evaluación del mismo" (SERCOP, 2013).

Cada una de estas fases deben ser ejecutadas con responsabilidad por los encargados de cada una de las etapas; caso contrario, serán sancionados por sus acciones u omisiones administrativa, civil y penalmente, de ser el caso.

### 1.3. El Servicio Nacional de Contratación Pública, SERCOP.

Transcurridos seis años y tres meses desde la expedición de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, la Asamblea Nacional[6], acogiendo las políticas públicas del gobierno realizó ajustes a la misma, para viabilizar la implementación de tales políticas, en el Sistema Nacional de Contratación Pública. Como parte de estos ajustes, el 14 de octubre del 2013, se suprimió el Instituto Nacional de Contratación Pública, INCOP y, se creó el Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP)**.**

Este cambio es solamente de forma, no es un cambio de fondo, ya que el SERCOP[7] continúa siendo un "organismo de derecho público, técnico regulatorio, con personalidad jurídica propia y autonomía administrativa, técnica, operativa, financiera y presupuestaria."

La Ley Orgánica Reformatoria a la LOSNCP (Regitro Oficial N°100, 2013) dispuso que cualquier referencia al Servicio Nacional de Contratación Pública como "instituto", "INCP" o "INCOP", sea sustituida en la LOSNCP, otras leyes, reglamentos, normas o regulaciones, por la nueva denominación y siglas "SERCOP".

El SERCOP ejerce la rectoría del Sistema Nacional de Contratación Pública, y entre sus atribuciones consta: "Expedir modelos obligatorios de documentos precontractuales y contractuales, aplicables a las diferentes modalidades y procedimientos de contratación pública".[8]

Los primeros modelos de pliegos de uso obligatorio para los procesos de catálogo electrónico, menor cuantía, cotización y licitación de obras, bienes y servicios, y aquellos relacionados con la contratación de consultoría, fueron oficializados en la Resolución N° INCOP 035-2009 del 12/11/2009 (actual SERCOP).

El SERCOP ha cumplido con la expedición de normas administrativas, manuales e instructivos relacionados con la LOSNCP. Los usuarios del Sistema, Entidades Contratantes y provedores del Estado, pueden acceder al portal institucional, conocer y bajar esta normativa, para un mejor desempeño de sus actividades.

Una de las metas del SERCOP ha sido y es optimizar el gobierno electrónico en el país y masificar la capacitación en línea sobre la norma y el uso de las herramientas informáticas

6 Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, publicada Segundo Suplemento R.O. No. 100 de 14 octubre del 2013

7 Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, publicada R.O. No. 395 de 24 agosto del 2008, Art. 10

8 Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública,publicada en el R.O.No. 395 de 24 de agosto del 2008, Art. 10, número 8

del Sistema Nacional de Contratación Pública y a través de cursos y seminarios presenciales debidamente programadas, y virtuales de autoaprendizaje dirigidos a las Entidades Contratantes y a los Proveedores del Estado, sobre la inteligencia y aplicación de las normas que regulan los procedimientos del Sistema, a fin de que los participantes se ajusten al marco legal y adquieran las competencias necesarias para que las compras gubernamentales sean más eficientes.

El control que ejerce el SERCOP beneficia a los potenciales proveedores del Estado, quienes en caso de no estar satisfechos con el resultado de los procesos en el que participa o participó, pueden denunciar al SERCOP los inconvenientes y/o anomalías presentadas, a fin de que se transparenten los procesos y se evite la corrupción.

Los controles posteriores a los procedimientos de contratación efectuados por las Entidades Contratantes lo realizan los organismos de control del Estado, dentro del marco de sus atribuciones, en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 15 de la LOSNCP.

El SERCOP, en cumplimiento a lo dispuesto por la Ley Orgánica Reformatoria a la LOSNCP, derogó todas las resoluciones emitidas por el INCOP a través de las cuales se aprobaron los modelos de pliegos, formularios y proyectos de contratos oficializados por el INCOP.

Actualizó y expidió los nuevos modelos y formatos de documentos precontractuales y contractuales para Régimen Especial el 27 de diciembre del 2013 y, los Modelos y Formatos de documentos precontractuales y contractuales para Régimen Común, el 20 de febrero del 2014.

El SERCOP también expidió los modelos de documentos precontractuales para la contratación de obras, bienes y servicios, incluidos los de consultoría financiados por el Banco Interamericano de Desarrollo, BID el 29 de octubre del 2014.

El INCOP a partir de su creación (12-08-2008) expidió ciento cuatro Resoluciones, siendo la Resolución No. RE-INCOP-2013-0000104 expedida el 11 de octubre del 2013, la última de ellas. Estas Resoluciones contienen la normativa y herramientas técnicas que tiende a facilitar a los usuarios del Sistema Nacional de Contratación Pública (SNCP) el conocimiento de la Ley y el uso del mismo, para el cabal cumplimiento de los principios de legalidad, trato justo, igualdad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad, rectores del Sistema.

El SERCOP, a partir del 1 de noviembre del 2013, ha venido codificando y actualizando las Resoluciones expedidas por el INCOP, en estricto cumplimiento a lo dispuesto en la Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, LOSNCP.

En tal sentido, el SERCOP:

- Expidió los nuevos modelos y formatos de documentos precontractuales y contractuales; reguló los parámetros de evaluación en la calificación de ofertas; expidió normas para la presentación de recursos y reclamos en la etapa precontractual; suspendió el uso de la herramienta para la presentación de reclamos; expidió normas para el uso eficiente del catálogo electrónico; reformó y derogó Resoluciones.

- Expidió las Normas de Uso de los Módulos Facilitadores de la Contratación Pública "USHAY" [9], las cuales deberán ser utilizadas, de manera obligatoria, por las Entidades Contratantes previstas en el artículo 1 de la LOSNCP y los proveedores particulares del Estado que participen en los procedimientos de contratación pública, a partir del primero de enero del año 2015.

Expidió los Modelos de Documentos Precontractuales para la contratación de obras, bienes y/o servicios, incluidos los de consultoría, financiados por el Banco Interamericano de Desarrollo, BID, en base al "Acuerdo para el uso del Sistema Nacional de Contratación Pública de la República del Ecuador en proyectos financiados por el Banco Interamericano de Desarrollo" suscrito el 13 de mayo del 2014.

- Sustituyó la denominación: www.compraspublicas.gov.ec por la frase: "Portal Institucional".

- Incorporó en el "Portal Institucional" mecanismos de difusión bilingüe;

Como se ha señalado, el cambio de denominación del "portal" no es trascendental, por cuanto no es un cambio de fondo sino de forma. El texto de la denominación suprimida, tal cual estaba concebido, se considera que era más claro y específico.

9 Resolución SERCOP-2014-0000015 de 02-10-2014

Respecto a la difusión bilingüe, en el "portal institucional" se ya cuenta con información en castellano y kichua. La difusión debería extenderse al idioma inglés para potenciar el interés de proveedores extranjeros.

Transcurridos doce meses desde la expedición de la Ley Reformatoria a la LOSNCP, la Presidencia de la República no ha dictado aún el Reglamento a la Ley, a fin de se adecúe al mismo con las nuevas disposiciones. El incumplimiento en la expedición del Reglamento a la citada Ley, sí afecta porque es un asunto de fondo, no de forma.

### 1.4. El sistema informático compras públicas.

El Sistema Oficial de Contratación Pública del Ecuador es de uso obligatorio para las entidades sometidas a la LOSNCP, y es administrado por el SERCOP.[10]

El Sistema Oficial de Contratación del Estado (SOCE) actual cuenta con las herramientas informáticas que permiten que los procesos de contratación pública se encuentren disponibles en línea para dar servicio tanto a las Entidades Contratantes como a los Proveedores particulares del Estado; y, continúa implementando mejoras en la tecnología para optimizar las compras públicas en el Ecuador.

El "portal institucional" ha integrado mecanismos para la capacitación en línea para los actores del SNCP.

La capacitación en línea y presencial que brinda el SERCOP a las Entidades Contratantes y a los proveedores del Estado respecto a la norma y el uso de las herramientasa del sistema, es muy positiva; más aún, cuando a partir del año 2015 el SERCOP ha dispuesto que entre en funcionamiento el "Módulo Facilitador de la Contratación Pública" denominado "USHAY", herramienta informática que permitirá la elaboración del Plan Anual de Contratación (USHAY PAC), las condiciones especiales de los pliegos (USHAY PL), las ofertas (USHAY OF),y la ayuda en la calificación de las ofertas (USHAY CA).

En la actualidad el SERCOP se encuentra en un proceso de Certificación de Competencias, mediante el cual evalúa y califica a los servidores públicos para que las compras gubernamentales sean más eficientes.

10 Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, publicada R.O. No. 395 de 24 agosto del 2008, Art. 21

La certificación de competencias está dirigida a los Jefes Administrativos Financieros, Jefes de Contratación Pública, Responsables Jurídicos, Responsables Requirientes, Gestores de Contratación Pública; y, Administradores de Contratos de las Entidades Públicas Contratantes.

Las Entidades Contratantes tienen la obligación legal de subir al portal institucional "la "información relevante" de los procedimientos de contratación.[11] Esta disposición es necesaria para que exista transparencia en los procesos de contratación pública en el país.

Sin embargo, esta información relevante no siempre es publicada el portal institucional por las Entidades Contratantes, de manera oportuna, como se debería. Por lo general, el plazo establecido para hacerlo es inobservado por los responsables del mismo. Convendrìa saber cuántas Entidades pùblicas han sido sancionadas por este motivo.

Las herramientas informáticas para la implementación del seguimiento de ejecución contractual, para conocimiento, uso y aplicación por parte de las entidades contratantes y contratistas; así como de las herramientas informáticas, para la aplicación de los procedimientos sometidos a Régimen Especial, fueron aprobadas el 30 de enero del 2013, por el hoy extinto, Instituto Nacional de Contratación Pública, INCOP.

El SERCOP (2013) se encuentra actualmente implementando un proyecto estratégico enfocado al procesamiento efectivo de datos estadísticos mediante la herramienta informática *Business Intelligence -BI-.* El sistema BI es una solución informática para Consulta y Análisis de Información que integra herramientas de administración y explotación de la información almacenada en el Sistema Nacional de Contratación Pública.

El BI permitirá a las distintas unidades de la Institución la extracción, manejo, procesamiento, generación de reportes y análisis de la amplia información del SNCP. Además, la herramienta permitirá el acceso a consultas de usuarios externos vía Web, suministrando información estadística desde una única fuente de datos, oportuna, confiable y consistente para las instituciones públicas que requieran monitorear los distintos procesos de contratación pública y de esta manera transparentando la información de los procesos de contratación.

11 Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, publicada en el R. O. 395 de 224 de agosto del 2008, Art.21,inciso cuarto

Según el Banco Interamericano de Desarrollo - BID (2011):

> Ecuador junto con Brasil, Chile y México ostentan un Uso Avanzado de sistemas nacionales de adquisiciones.
>
> El Uso Avanzado de sistemas nacionales de adquisiciones, hace referencia a la validación por parte del BID del sistema de compras públicas del país, que cumplen con las buenas prácticas internacionales, para su uso por debajo de los umbrales para Licitación Pública Internacional y como se especifica en la Guía de Aprobación de Sistemas Nacionales.
>
> Debido a la alta calificación otorgada por el BID al Ecuador respecto al Uso Avanzado de sistemas nacionales de adquisiciones, el 13 de mayo del 2014, el Banco Interamericano de Desarrollo y el Ecuador suscribieron el "Acuerdo para el Uso del Sistema Nacional de Contratación Pública de la República del Ecuador en proyectos financiados por el Banco Interamericano de Desarrollo".

Para el efecto, el SERCOP expidió el 29 de octubre del 2014, los Modelos de Documentos Precontractuales para la Contratación de Obras, Bienes y/o Servicios, incluidos los de Consultoría financiados por el Banco Interamericano de Desarrollo BID.

El ámbito de aplicación de las contrataciones financiadas por el BID, está dirigida exclusivamente para las entidades contratantes, incorporadas en el "plan piloto", y cuyos procedimientos de contratación se encuentren dentro de los "umbrales" acordados en el "Acuerdo para el uso del Sistema Nacional de Contratación Pública de la República del Ecuador en proyectos financiados por el Banco Interamericano de Desarrollo"

Los montos superiores a los umbrales señalados se regirán por las normas previstas en los convenios de préstamos financiados por el BID.

Rivas y López (2009) señalan que:

> Muchos países en el mundo han desarrollado con mayor o menor éxito procesos de gobierno electrónico, bajo varios modelos. Las adquisiciones del gobierno por mecanismos electrónicos se basan en el uso de las tecnologías de información especialmente el Internet (…) para producir sus relaciones con los proveedores y contratistas en la adquisición de bienes, servicios y obras requeridos por el sector público.

> Los objetivos que persigue el gobierno electrónico son: la gobernabilidad, la efectividad y el desarrollo equilibrado. (p. 59)

Entre los principales formatos dinámicos (ya que no son los únicos) se encuentran la subasta inversa electrónica, el convenio marco y las compras corporativas. Ejemplos exitosos de esta plataforma de compras son: el Gobierno Federal de Brasil COMPRASNET; la plataforma chilena CHILECOMPRA y, CONSUCODE de Perù.

Suárez y Laguado (2007) señalan que:

> Transparencia, eficiencia y desarrollo económico suelen estar en las agendas de todos los países que buscan la modernización de sus sistemas de compras y adquisiciones públicas. (…). Los gobiernos, están enfocándose a un cambio institucional que, a través del uso de las TIC´s, les permita (…) proveer servicios públicos de mayor calidad, (…). La introducción de las TIC´s a la gestón pública, como motor de cambio y de reinvención de la forma de llevar a cabo sus labores en beneficio de los ciudadanos y la comunidad, se denomina en varias esferas "gobierno electrónico.
>
> Cuando el gobierno electrónico permea la contratación pública, modernizando los procesos, generando publicidad sobre las oportunidades de negocio con los Estados, agilizando y acortando tiempos que toma el proceso administrativo contractual, (…), nos encontramos frente a un emergente concepto: contratación pública por medios electrónicos. (p.7)

El Ecuador, a través del SERCOP se encuentra hoy por hoy enfocado en un cambio estructural mediante el desarrollo del sistema electrónico, para modernizar la contratación pública en el páis.

### 1.5. El portal de compras públicas.

El portal Compras Públicas[12] es el sistema informático Oficial de Contratación Pública del Ecuador. Esta denominación fue suprimida por la Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCP).

12 Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, publicada en el R.O. No.395 de 24 agosto del 2008, Art, 6, numero 25

La LOSNCP (2013) dispuso que se suprima la denominación www.compraspublicas.gob.ec y, que en el texto donde diga esta frase, se sustituya por la frase “portal institucional” y es obligatorio para las entidades sometidas a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

El portal institucional contiene, entre otras: el RUP, el catálogo electrónico, el listado de las instituciones y contratistas del SNCP, los informes de las entidades contratantes, estadísticas, el registro de contratistas incumplidos y adjudicatarios fallidos, la información sobre el estado de las contrataciones públicas; y, es el único medio empleado para realizar todo procedimiento electrónico relacionado con un proceso de contratación pública, de acuerdo a las dispociones de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (Art. 21), su Reglamento y las regulaciones del SERCOP.

Suárez Beltrán y Laguado Giraldo (2007) consideran que: “El gobierno electrónico puede entenderse como una forma de gestión pública que tiene por objeto obtener una mayor eficiencia, transparencia accesibilidad y permeabilidad de la misma, mediante el uso intensivo de las TIC´s (Tecnologías de la información y la comunicación)”. (p.22)

Pérez (2008) señala que:

> Las pistas de auditorías o de comprobación ofrecen la posibilidad de contar con un seguimiento cronológico de registros, transacciones o comunicaciones de manera secuencial a lo largo del tiempo. Permite supervisar las actividades de acceso, introducción y modificación de datos de los usuarios. Proviene del término “audit trail”, pista de comprobación o seguimiento de auditoría. (p.35)

Por disposición del Reglamento General de la LOSNCP (Decreto N° 1248, Art. 11), el SERCOP debe aplicar una política de confidencialidad y protección de datos, con el objeto de que se guarde la información obtenida a través del portal institucional. Esta información deberá ser empleada “exclusivamente” para los fines para los cuales fue proporcionada por el proveedor o por la entidad contratante.

Para efectos de publicidad de los procedimientos de contratación pública en el “portal institucional”, las entidades contratantes deben considerar como información relevante la señalada en el artículo 13 del Reglamento General de la LOSNCP.

## Indicadores del portal del año 2012

Tabla 1. Indicadores del portal institucional compras públicas.

| **Indicadores del portal** | |
|---|---|
| **Indicador** | **Resultado** |
| Disponibilidad del Portal* | 99,75% |
| No. incidentes que intentaron atentar seguridad del portal | 500.883 |
| No. De invitaciones enviadas a proveedores para participar en procesos de contratación | 53.758.991 |

Fuente: Informe de rendición de cuentas del INCOP del año 2012

Tabla 2. Indicadores de productividad del INCOP.

| **Productividad del Incop** | |
|---|---|
| Presupuesto Asignado al INCOP | $7.544.207,83 |
| No. de Funcionarios | 163 |
| Rebaja Presupuestaria del Sistema Nacional de Contratación Pública | $568.432.477,34 |
| Presupuesto del INCOP /Rebaja Presupuestaria | **1.33% *** ** |

Fuente: Informe de rendición de cuentas del INCOP del año 2012.

## Procesos monitoreados y observados

Tabla 3. Procesos observados.

| | |
|---|---|
| SIN OBSERVACIONES | 4.412 |
| OBSERVADOS | 2.197 |
| **TOTAL PROCESOS REVISADOS** | **6.609** |

Fuente: Informe de rendición de cuentas del INCOP del año 2012.

*Es el tiempo disponible del portal web para los usuarios medidos en horas.
***La gestión del INCOP representa apena el 1.33% de lo conseguido en la rebaja

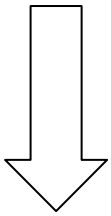
Según el Informe preliminar de rendición de cuentas 2013 del Servicio Nacional de Contratación Pública SERCOP, los Indicadores del 2013 para el control de los procedimientos de contratación pública son los siguientes:

**Indicadores 2013**

**El control de los procedimientos de contratación pública**

**Control y Monitoreo**

- Concurrente: Aleatorio – Criterio de Riesgos
- Específico : Por denuncia o queja



- **Notificación:**
  - Hallazgos
  - De forma (metodológicos)
  - De fondo (inobservancia norma)
- **Respuesta:**
  - Justificación – aclaración
  - Motivación
- **Acciones:**
  - Recomendación
  - Mejora nuevos
  - Suspensión
  - Cancelación
  - Remisión expediente
  - CGE; SNTG

Tabla 4. Procesos del 2013.

| | | |
|---|---|---|
| Supervisados | 5.911 | |
| Observados portal | 1.619 | 27% |
| Sin observaciones | 2.009 | 34% |
| Con observaciones | 2283 | 39% |

Fuente: Informe Preliminar de Rendición de Cuentas SERCOP del 2013.

**Indicadores:**

Incremento de proveedores habilitados en el 2013: 16.766 Proveedores

Total proveedores habilitados al 2013: 94.717 Proveedores

Participación de proveedores por monto de contratación: $6.129.549.414

Tabla 5. Indicadores de los proveedores del estado del 2013.

| | |
|---|---|
| Micro | 23% |
| Pequeña | 18% |
| Mediana | 20% |
| Grande | 39% |

Fuente: Informe Preliminar de Rendición de Cuentas SERCOP del 2013.

Monto contratación: $6.974 millones

Porcentaje adjudicado MIPES: 41%

Monto adjudicado: $2.867 millones

**Tamaño de proveedor por número de contratación.**

Tabla 6. Indicadores del tamaño de los proveedores del 2013.

| | |
|---|---|
| Micro | 30% |
| Pequeña | 18% |
| Mediana | 18% |
| Grande | 34% |

Fuente: Informe Preliminar de Rendición de Cuentas SERCOP del 2013.

Total de procesos: 107.493 procesos

Porcentaje adjudicado MIPES: 48%

Procesos adjudicados: 51.638 procesos

## 1.6. Legislación comparada

Según la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios de Chile, los organismos públicos regidos por esta ley deberán cotizar, licitar, contratar, adjudicar, solicitar el despacho y, en general desarrollar todos sus procesos de adquisición y contratación de bienes, servicios y obras a que alude la presente ley, utilizando solamente los sistemas electrónicos o digitales que establezca al efecto la Dirección de Compras y Contratación Pública. Dicha utilización podrá ser directa o intermediada a través de redes abiertas o cerradas, operando en plataformas de comercio electrónico o mercados digitales de transacciones, sea individualmente o acogiéndose a los beneficios de los contratos marco que celebre la señalada Dirección.(…).

También establece que, los organismos públicos regidos por esta ley no podrán adjudicar contratos cuyas ofertas no hayan sido recibidas a través de los sistemas electrónicos o digitales establecidos por la Dirección de Compras y Contratación Pública y que el reglamento determinará los casos en los cuales es posible desarrollar procesos de adquisición y contratación sin utilizar los referidos sistemas.

Los órganos de la administración tienen la obligación de publicar en el o los sistemas de información que establezca la Dirección de Compras y Contratación Pública, la información básica relativa a sus contrataciones y aquella que establezca el reglamento. Dicha información deberá ser completa y oportuna los organismos públicos regidos por esta Ley, estarán exceptuados de publicar en el sistema de información, aquella información sobre adquisiciones y contrataciones calificada como de carácter secreto, reservado o confidencial en conformidad con la Ley No. 19886 de 30 de julio del 2003, promulgada el 11 de julio del 2013 por el Ministerio de Hacienda de Chile, reformada el 01 de marzo del 2010, Artículos: 18 y 20.

# CAPÍTULO II
# LOS CONTRATOS DE LA ADMINISTRACIÓN

## 2.1. Reseña histórica.

El Estado, tiene la obligación de satisfacer las necesidades de sus habitantes, ese es en primer lugar el objetivo del primordial del Estado, al satisfacer tales necesidades garantiza la convivencia y la paz social.

> La Contratación Administrativa es una herramienta proporcionada al Estado para cumplir con sus fines,(…) porqué es por medio de ella, que se logra acordar con un particular la prestación de un servicio o la realización de una obra que el Estado no puede realizar puesto que no tiene la capacidad para hacerlas.
>
> Para poder obtener dichas prestaciones el Estado recurre a un particular para que le brinde lo que necesita para subsistir, y lo hace por medio de una figura: El Contrato Administrativo.
>
> Debido a la importancia del Contrato Administrativo, éste tiene una regulación especial y más aún porque una de las partes que se presentan en la relación jurídica es la Administración Pública. (México legal, 2013)

Bercaitz, citado por Ubidia C.L.(2003), señala que:

> Para señalar las raíces del contrato se remonta al Derecho Romano, que comprendería cuatro categorías: Los contratos RE, es decir los de carácter real que se perfeccionan con la entrega de la cosa; VERBIS, que reposan en el consentimiento; los UTTERIS, que constan de un reconocimiento del documental del deudor e inclusive en los libros del acreedor; y, los contratos CONSENSU, que comportan el acuerdo de las partes.
>
> En el Derecho Moderno, la noción del contrato se trabaja y enriquece con la profunda transformación Jurídica que produce la Revolución Francesa", empero, recuerda cómo el individualismo del Siglo XIX dio al contrato expresión categórica dentro de la igualdad en el inicio, en la marcha del contrato y en su terminación.

Spota, Dromi y Parada, (citado por Suárez Beltrán y Laguado Giraldo) (2007), señalan que:

> El contrato, institución jurídica y económica que tiene orígenes remotos en las doctrinas justineaneas del derecho romano que lo describieron como un acuerdo que tiene por fin inmediato crear obligaciones. Tiempo atrás dejó de ser una institución exclusiva del derecho privado para pasar a tener un desarrollo propio en el derecho público. (…). Sin embargo, la intervención de un sujeto de carácter público, dio lugar a un régimen

jurídico con principios diferentes, que tienen orígenes en el siglo XIX cuando se sustrajo de la competencia de los tribunales civiles franceses y españoles los conflictos derivados de estos contratos para atribuírsela a la justicia administrativa.

Así surge el régimen jurídico diferenciado sobre el que se constituyó la figura del contrato administrativo, régimen que no modificó la esencia y filosofía del contrato (…) pero que si justifica, por los intereses públicos y las particularidades de la administración como sujeto contratante, un régimen jurídico especial.

Pérez (2000) dice que:

En el Ecuador las nuevas corrientes sobre la contratación pública tiene su origen, por una parte en la influencia del nuevo derecho administrativo europeo y, por otra parte, en la influencia de la normativa del "common law" –el derecho común sajón- y de la contratación pública global, (…)

La contratación pública vigente en el Ecuador, con antecedentes en la reforma de 1938 a la Ley Orgánica de Hacienda, específicamente se desarrolla con normas propias a partir de la primera Ley de Licitación de 1964. (p.25-26)

**Origen y evolución de la Administración Pública en el Ecuador.**

Rodríguez Peñaherrera (1987) señala que:

La génesis de la Administración Pública en el Ecuador podría encontrarse en las formas primarias de organización de los asentamientos indígenas que residieron en lo que hoy constituye el territorio nacional, (…) Durante la época colonial, para el gobierno de América dos fueron los órganos creados por la Corona a fin de centralizadamente administrar no solo las riquezas de sus pueblos,(…) el Real y Supremo Consejo de Indias,(…) y la Casa de Contratación,(…).

Con la expedición de la Cédula Real de 1563, se establece la organización administrativa de la Real Audiencia de Quito (…). La sensible influencia de la administración española en la formación organizativa de nuestro país, es evidente. Para entonces su rasgo principal era la centralización, estilo administrativo que virtualmente se trasplanta y se impone en América y que de alguna manera ayuda a explicar tal situación en la realidad presente. (p.22)

Rodríguez Peñaherrera (1987) considera que*:*

> Una objetiva presentación de la Administración Pública ecuatoriana durante la época republicana debería sustentarse al menos en dos variables fundamentales: El estilo de los Gobiernos y la evolución del Papel del Estado. (…) Sólo en contados y cortos períodos se observa cierta preocupación por analizar y resolver los problemas administrativos y por vincular a la Administración Pública con los objetivos del desarrollo nacional. (p.24)

Pérez y Pérez (2008) dicen que:

> Las más antiguas disposiciones legales sobre la contratación pública del Ecuador se remontan a la Ley de Hacienda en el Siglo XIX, hasta mediados del Siglo XX, en que se promulga la Ley de Licitaciones y Concurso de Ofertas. (…) Desde la publicación de la Ley de Contratación Pública,(…) diferentes instituciones públicas han trabajado en proyectos de una nueva ley, (…) sin que ninguno de ellos haya sido promulgado como una ley, pero con influencias indudables en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. (p. 3-4)
>
> La contratación pública en el régimen anterior al actual Sistema Nacional de Contratación Pública, era dirigida a obras, no a bienes y servicios. (p. 51)

## 2.2. Naturaleza del contrato administrativo

Ramon Parada (2010), dice que:

> Los elementos esenciales de los contratos administrativos son los mismos de los contratos civiles.(…) no hay contrato sino cuando concurren requisitos del consentimiento de los contratantes, objeto cierto que sea materia del contrato, y causa de la obligación que se establezca. (p.257).

La finalidad de los contratos administrativos, no es otra que la satisfacción del interés público, de las necesidades colectivas; y, esa es la caracteristica principal de los contratos administrativos.

Zavala Egas (2011) considera que: ”El derecho público trata de principios y normas que son eficaces para relaciones de superioridad y que trascienden a los individuos como tales, (…) uno de los sujetos es uno de los poderes públicos que persigue precisamente el interés público.”

Para el ortodoxo administrativista Marienhoff, “el contrato ´administrativo´, strictu sensu, es un ´acto administrativo´ de carácter bilateral”. (Pérez, E. 2000, p.25)

> Cassagne: Mantiene que, al menos en Argentina, todo contrato celebrado por el Estado en ejercicio de funciones administrativas constituye esencialmente un acto jurídico administrativo, lo que no es lo mismo decir que el contrato administrativo es un acto administrativo bilateral
>
> Gordillo: Enumera los caracteres clásicos del contrato administrativo (…). Según este publicista, los aspectos más característicos del régimen del contrato administrativo clásico son:

1. Limitación de la libertad contractual de las partes.- (…) se someten al contrato por adhesión;
2. La desigualdad jurídica de las partes.- (...);
3. La mutabilidad del contrato.- (…) modificar el contrato si lo justifica el interés público; (…);
4. Los efectos frente a terceros.- (…);
5. “El privilegio de la decisión unilateral y ejecutiva, (…) que impone al co-contratante la obligación de su cumplimiento inmediato”, (…);
6. Facultad administrativa de imponer sanciones al contratista, (…)
7. Inaplicabilidad de la “exceptio non adimpleti contractus”, (…) “la mora (deuda de las partes) purga la mora (de la otra)” (…);

**8.** El particular permanece obligado a ejecutar, sea cual sea la falta de la administración; sólo puede dirigirse al juez en caso de una acción de compensación por daños y perjuicios, o pedir la recisión en caso de falta muy grave. (Pérez, E. 2000, p.27-28)

La desigualdad de condicones entre el Contratista y la Entidad Contratante, tiene su razón de ser, ya que las Entidades Públicas no persiguen un lucro para sus Instituciones, éstas buscan satisfacer las necesidades o intereses de la comunidad a quien va dirigido la obra, el bien o el servicio. Por lo tanto, el interés o los intereses de los contratistas particulares quedan en un segundo plano, más aún si se toma en consideración que la empresa privada no entrega anticipos para la ejecución de obras, adquisición de bienes o la prestación de servicios a la persona natural o jurídica con quien suscriben el contrato. Las Entidades públicas si lo hacen. He ahí la gran diferencia, y las razones por las cuales al contratista no debe considerarse como una víctima de las potestades del Estado. El beneficio es mutuo. Todos ganan si el trabajo es ejecutado por el contratista con profesionalismo y ética.

El contrato administrativo no está regido por el Derecho Civil o Común, como el Código Civil (CC) y demás leyes comunes, sino por el Derecho Público o Administrativo.

En la conformación de los contratos administrativos, según el ERJAFE (2002), el Art. 76:

> Hay dos fases la precontractual y la contractual o de ejecución. A estas fases concurren también todo potencial contratista(…). Las partes, una de ellas debe ser la Administración Pública, ya sea ésta el Estado o una entidad o empresa de derecho público y la otra parte puede ser también otra entidad o empresa pública o un particular regido por el Derecho Común.

Según el Art. 6, numeral 12 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (2008): Entidades o Entidades Contratantes, son los organismos, las entidades o en general las personas jurídicas previstas en el artículo 1 de la LOSNCP. Por tanto, los contratos que celebran éstas con las personas naturales o jurídicas particulares son: “contratos administrativos”.

## 2.3. Principios que rigen la contratación administrativa.

Suárez Beltrán y Laguado Giraldo (2007) señalan que:

> A la par con el desarrollo de la contratación pública han sido decantados unos principios rectores que son la base que sustenta todos y cada uno de los procedimientos que van a llevarse a cabo dentro del sistema de la contratación pública. (…): transparencia, equidad, confidencialidad, eficiencia, selección objetiva, libre concurrencia y cumplimiento. (p.14)

La legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad; y, participación nacional son principios que se deben observar para la aplicación de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y de los contratos que de ella deriven.[13]

Pérez y Pérez (2008) dicen que:

> La vigencia y aplicación de los "principios" determinados en una ley son relativas, puesto que como se conoce, en Derecho Público no pueden hacerse inferencias a base de "principios". En efecto, el "principio" podría servir para interpretar la norma que no es suficientemente clara, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, pero no para sustituirla o, peor, contradecirla.".
>
> (…) algunos de estos principios resultan autoejecutables, pero, al lado de los principios autoejecutables existen otros más genéricos y sujetos a interpretación como son: trato justo, calidad, vigencia tecnológica y oportunidad" (p.25).

La Constitución de la República del Ecuador (2008) el Art. 288 establece que, "Las compras públicas cumplirán con criterios de eficiencia, transparencia, calidad, responsabilidad ambiental y social.

## 2.4. Concepto e identificación de los contratos administrativos.

El Art. 75 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, ERJAFE (2002), define al contrato administrativo de la siguiente forma: "Es todo acto o declaración multilateral o de voluntad común, productor de efectos jurídicos, entre dos o más personas,

13 Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, publicada en el R.O. 395 de 24 agosto del 2008, Art. 4

de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa. Su regulación se regirá por las normas jurídicas aplicables."

> Forsthofftn, señala: Contrato de derecho público son todos aquellos en que aparece la imposición unilateral de obligaciones estatales.
>
> Bielsa, considera que: La convención que crea derechos y obligaciones para el Estado, como persona de derecho público, con otra persona pública o privada con un fin público es un contrato de derecho público.
>
> Según Ubidia, tratado especial refiere las definiciones del contrato administrativo de: Marienhoff, Cassagne y Escola, asì:
>
> Para Marienhoff: El contrato administrativo es un acuerdo de voluntades generador de obligaciones administrativas que le competen, con otro órgano administrativo o con un particular o administrado, para satisfacer las necesidades públicas.
>
> Según Cassagne contrato administrativo es: Todo acuerdo de voluntades generador de obligaciones, celebrado por un órgano estatal en ejercicio de la función administrativa, caracterizado por un régimen exorbitante.
>
> Escola define a los contratos administrativos así: Son los celebrados por la administración pública con una finalidad de interés público y en los cuales, por tanto, pueden existir cláusulas exorbitantes que coloquen al cocontratante de la administración pública en una situación de subordinación respecto de ésta." (Ubidia, 2003, p.1-2).

Según Cabanellas (2006), contrato administrativo es:

> El celebrado entre la Administración, por una parte, y un particular o empresa, por la otra, para realizar una obra pública, (…). Esta combinación de voluntades, desiguales por su calidad, pública y aun soberana la una, y privada y aun sometida en aspectos generales la otra, revela la flexibilidad de los vínculos contractuales, y anticipa la singularidad de esta contratación. (p.500)

Parada (2010) señala que:

> El Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (…) distingue dos tipos: administrativos a su vez subdivididos en típicos, especiales y mixtos) y privados.

> Son contratos administrativos típicos <aquellos cuyo objeto directo, conjunta o separadamente, sea la ejecución de obras, la gestión de servicios públicos y la realización de suministros, los de concesión de obras públicas, los de consultoría y asistencia de servicios.
>
> Contratos administrativos especiales, (…) aquellos <de objeto distinto a los anteriormente citados, pero que tengan naturaleza administrativa especial por resultar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante.
>
> Un contrato administrativo es mixto cuando contengan prestaciones correspondientes a otro u otros administrativos de distinta clase, en cuyo caso se atenderá, para su calificación y aplicación de las normas que lo regulen al carácter de la prestación que tenga más importancia desde el punto de vista económico. (p.249)

**Prerrogativas de la Administración.**

Crespo, (2007) señala que:

> El Derecho Administrativo establece los órganos e instituciones a través de los que actúa la Administración Pública, (…). La mayoría de estos órganos tienen como característica común, la capacidad para actuar con prerrogativas o poderes superiores a los que poseen los particulares (imperium). (…) el Derecho Administrativo sólo regula aquellas actuaciones de la Administración Pública en la que los órganos administrativos actúan investidos de potestades públicas, es decir, están revestidos de imperium. (p.6)

Según Crespo (2007), entre de las prerrogativas de la Administración Pública se encuentran las siguientes:

**a)** La creación unilateral de deberes y vínculos obligaciones,

**b)** La presunción de validez o legitimidad de los actos administrativos,

**c)** El principio de la ejecutoriedad,

d**)** Prerrogativas relativas con la ejecución de los contratos administrativos**,**

**e)** Prerrogativas Procesales.

Estas prerrogativas ponen de manifiesto la desigualdad que a favor de la administración se mantiene en la ejecución de sus contratos.

Cassagne, señala, a manera de ejemplo, estas prerrogativas:

**1)** Las de dirección y control que la Administración ejerce en el cumplimiento del contrato;
**2)** La modificación unilateral o potestad variandi;
**3)** La potestad sancionatoria;
**4)** La ejecución directa del contrato (p.7)

Parada (2010) considera que:

Los poderes y privilegios que la Jurisprudencia Contencioso-Administrativa reconoció a la Administración se incorporaron como poderes sustantivos en las leyes reguladoras de la contratación administrativa, (…) Así lo evidencian los extraordinarios poderes que la Ley de Contratos reconoce a la Administración frente al contratista (…), como la modificación, sanción y la resolución del contrato por razones de interés público, (…) y que son las que dan un perfil propio a los contratos administrativos. (p.282-283)

Según Iñiguez de Salinas (2010): "La igualdad de las partes quedan subordinadas en el contrato administrativo, (…). No tiene libertad de disentir sobre las condiciones del contrato, solo puede aceptar o rechazarlas, prevaleciendo siempre el interés público sobre el privado" (p.8-9).

Dermizaky Peredo (2008) por su parte señala que:

En los contratos civiles las partes están en pie de igualdad y de libertad absoluta, lo que no ocurre en los contratos administrativos, pues el principio de la autonomía de la voluntad de las partes queda subordinado al interés público, (…) no existe igualdad jurídica en éste y la desigualdad se traduce en las prerrogativas que tiene la Administración Pública para fijar unilateralmente la naturaleza, modo, términos y condiciones de estos contratos para introducir variaciones en los mismos durante su ejecución, (…) para dirigir y controlar su cumplimiento, así como para valerse de otras cláusulas exorbitantes."

Un claro ejemplo del poder público, lo establece el Art. 1478 del Código Civil Ecuatoriano que: Hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al Derecho Público Ecuatoriano.

**Cláusulas exorbitantes.**

Las cláusulas exorbitantes son aquellas que resultan inusuales en el derecho privado y de incorporarse en un contrato entre particulares sería ilícito.

Para Crespo (2007) cláusulas exorbitantes:

> Son estipulaciones cuyo objeto es conferir a las partes derechos u obligaciones ajenos por su naturaleza a aquellos que son susceptibles de ser libremente consentidos por una persona en el marco de las leyes civiles o comerciales. Las ventajas son siempre para el Estado, lo cual determina que se rompa el principio de igualdad entre las partes, (…). Son ejemplos de cláusulas exorbitantes: la rescisión unilateral, las cláusulas penales y la obligación de la ejecución forzosa del contrato". (p.5)

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública contempla este tipo de cláusulas exorbitantes en los artículos 92 (Terminación Contrato), 93 (Terminación por Mutuo Acuerdo), y 94 (Terminación Unilateral).

Para Iñiguez de Salinas (2010, p.1), son cláusulas exorbitantes en un contrato administrativo, las siguientes:

a) La terminación unilateral y anticipada del contrato.

b) La declaración por acto administrativo del incumplimiento de los contratistas.

c) El cobro de las obligaciones derivadas del contrato por la vía de coactiva.

d)El poder modificatorio de la administración (hecho del príncipe, teoría de la imprevisión).

Es necesario desarraigar la idea de que las Entidad Públicas Contratantes son enemigos del contratista. Las Entidades públicas a diferencia de la empresa privada, otorgan al contratista particular recursos del Estado ecuatoriano, en calidad de anticipos contractuales para asegurar la debida ejecución de la obra, la adquisición de los bienes o la prestación

del servicio, sin contratiempo económico alguno. El otorgamiento de “anticipos” en la contratación privada sería impensable.

Por lo tanto, contratar con el Estado, no es un mal negocio para los particulares. Esta es una de las principales razones por las cuales las personas naturales y/o jurídicas privadas jamás van a dejar de contratar con el Estado.

Si el co-contratante particular actúa con ética, diligencia y aptitud técnica, la ejecución del contrato iniciará y terminará sin contratiempos; y, si se presentan inconvenientes durante la ejecución del contrato, la Entidad Contratante no dudará en acudir en su auxilio, en conformidad con lo dispuesto en la Ley el y contrato suscrito entre las partes. El co-contratante que se hace la víctima, por el “supuesto” abuso de autoridad de la Contratante, casi siempre, es un contratista que incumple con sus obligaciones, no actúa con la diligencia que el contrato le exige; y, busca excusas para que le concedan prórrogas de plazo, sin que medie fuerza mayor o caso fortuito, etc.

### 2.5. Elementos de los contratos en general.

Crespo (2007), considera que: “El Contrato Administrativo está configurado por una serie de elementos, objetivos, subjetivos y formales, que deben concurrir en debida forma para que el contrato se constituya válido.(…). El Contrato Administrativo está compuesto por elementos esenciales, los cuales le son muy característicos”. (p.26)

Elementos esenciales de un contrato son los establecidos en el artículo 1 y 68 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en concordancia con los señalados en el artículo 1461 del Código Civil ecuatoriano.

Pérez, A. y Pérez E. (2008) considera que: “Los elementos en los contratos públicos no varían mayormente de los elementos de los contratos civiles y estos son:

a. Sujetos
b. Capacidad, competencia e inhabilidades
c. Voluntad y consentimiento
d. Objeto
e. Causa
f. Forma”(p.46-47)

Según Garófalo Salazar (2003): “El contrato administrativo tiene los mismos elementos esenciales en relación a los contratos privados: capacidad, consentimiento, causa y objeto lícito; sin embargo, al actuar el Estado investido de su potestad, dichos elementos se configuran de manera diferente”. (p.16)

### 2.6. Requisitos de existencia y validez de los contratos en general.

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

- Que sea legalmente capaz; [14]
- Que consienta en dicho acto o declaración, y su consentimiento no adolezca de vicio[15];
- Que recaiga sobre un objeto lícito[16]; y,
- Que tenga una causa lícita[17].

### 2.7. Requisitos de existencia y validez de los contratos públicos.

De conformidad con lo dispuesto en el Art. 68 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (2008) son requisitos indispensables para la celebración de los contratos administrativos, los siguientes:

**1.** La competencia del órgano de contratación;

**2.** La capacidad del adjudicatario;

**3.** La existencia de disponibilidad presupuestaria y de los recursos financieros; necesarios para el cumplimiento de las obligaciones; y,

***4.*** La formalización del contrato, observando el debido proceso y los requisitos constantes en la LOSNCP y su Reglamento.

14 Codificación del Código Civil del Ecuador, publicado en el R.O. No. 46 de 24 junio del 2005, Arts.1461-1462

15 Ibídem, Art.1467

16 Ibídem, Art.1478

17 Ibídem, Art.1483

## 2.8. Características del contrato administrativo.

Según Pozas M. (2008), las características del contrato administrativo son:

- El objeto del contrato,
- La participación de un órgano estatal o de un ente público en ejercicio de la función administrativa,
- La adhesión,
- Las prerrogativas especiales de la administración (modificación, interpretación, resolución del contrato).

Elementos característicos del contrato administrativo son: “el interés general, como causa del mismo; el servicio público, como el objeto; la forma, como requisito esencial; la desigualdad de las partes; la jurisdicción especial; y, la especialidad legal”(Mexico Legal, 1998).

Crespo (2007), dice que:

> Cuando la Administración necesita contratar con un tercero lo hará mediante un contrato administrativo o mediante un contrato privado, dependiendo de la voluntad del legislador la determinación de las modalidades de contratos que, en un momento social determinado, adquiera la condición de administrativos, en función de la propia evolución histórica de la actividad administrativa. (p.24)

Benoit, dice: “Mientras en Derecho privado la idea dominante es que los individuos y sus intereses son tratados con igualdad, el derecho administrativo es el derecho de la desigualdad dentro de un cuadro de legalidad”. (Parada, 2012, p.37-38).

## 2.9. Las inhabilidades para contratar.

Pérez, A. y Pérez, E. (2008) consideran que:

> Una persona puede ser generalmente capaz para contratar, pero encontrarse inhabilitada para la celebración de un contrato público en particular, sea por el cargo o posición que ocupan (…), por su relación con éstos (…), o para todos los contratos públicos, como los contratistas incumplidos o adjudicatarios fallidos, deudores morosos del Estado". (p.174)

Las inhabilidades, para contratar según la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública se clasifican en: generales y especiales.

Las inhabilidades generales son las establecidas en artículo 62 y, las inhabilidades especiales, las establecidas en el artículo 63 de la LOSNCP.

Si se celebrare un contrato contra expresa prohibición de la Ley, "la Entidad Contratante podrá declarar en forma anticipada y unilateral la terminación del contrato" [18]

### Nulidad del contrato.

Los contratos regidos por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, serán nulos si incurren en una cualesquiera de las causales establecidas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

El Procurador General del Estado, "Demandará la nulidad del contrato, sin perjuicio de las responsabilidades administrativa, civil o penal de los funcionarios o empleados por cuya culpa se hubiere causado la nulidad." [19]

A criterio del jurista Pérez E. (2008): "Esta disposición, que ya existía con anterioridad, es evidentemente inconstitucional, puesto que se conoce que el contrato público es un contrato de adhesión, (…). En consecuencia, no procedería sanción contra el contratista que ha actuado de buena fe".

**18 Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, publicada en el R.O.No. 395 de 24 agosto del 2008, Art. 64**

**19 Ibídem, Art. 65**

Parada (2012) señala que:

> Desde la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 se admitió la posibilidad de una anulación directa de los actos anulables declarativos de derechos, una posibilidad que ha venido a cerrar la Ley 4/1999, de Modificación de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que priva a la Administración de esa potestad de anulación directa y obliga ahora a pretender dicha anulación ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa a través del llamado proceso de lesividad. (p.193-194)

Según el Código Civil vigente en el Ecuador: "Es nulo todo acto o contrato al que falta alguno de los requisitos que la Ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, (…). La nulidad puede ser absoluta o relativa". [20]

La nulidad absoluta[21], "puede y debe ser declarada por el juez". La nulidad relativa[22], "no puede ser declarada por el juez sino a pedimento de parte"

Según Alessandri, A. (1988):

Para asegurar el cumplimiento de estas exigencias, y obtener que los particulares se ajusten en sus declaraciones de voluntad a los preceptos legales, necesitó buscar una sanción para el caso de violación a los preceptos legales, (…). A tal fin obedece la institución de la rescisión y de la nulidad". (p. 71)

**20 Codificación del Código Civil del Ecuador, Art. 1697**

**21 Ibídem, Art. 1699**

**22 Ibídem, Art. 1700**

# CAPÍTULO III

# LAS ETAPAS DEL PROCESO DE CONTRATACIÓN

### 3.1. La fase o etapa preparatoria.

Durante esta etapa, las Entidades Contratantes deberán contemplar, los siguientes pasos previos al inicio de todo procedimiento contractual:

- Plan Anual de Contratación:

  El objeto de la contratación debe constar en el PAC.

- Estudios:

  De acuerdo a la naturaleza de la contratación, se debe contar con los estudios, diseños completos y actualizados, especificaciones técnicas, etc. vinculadas al PAC.

- Presupuesto referencial:

  Previo a la convocatoria se deberá contar con la certificación de disponibilidad presupuestaria y la existencia presente o futura de recursos para cubrir las obligaciones derivadas del contrato.

- Modelos y Formatos Obligatorios de Pliegos:

  Las Entidades Contratantes tienen la obligación de usar en sus procedimientos de contratación pública los formatos y documentos pre-contractuales y contractuales expedidos por el SERCOP para cada procedimiento.

### 3.2. La fase o etapa precontractual.

La fase precontractual contempla las siguientes pasos:

**a)** La creación del proceso en el “portal Institucional”.

**b)** La interacción entre la Entidad Contratante y los potenciales oferentes.

**c)** La evaluación de las ofertas presentadas por los oferentes; y,

**d)** La adjudicación del contrato a la mejor oferta presentada.

La adjudicación, "es el acto administrativo por el cual la máxima autoridad de la Entidad o el órgano competente otorga derechos y obligaciones de manera directa al oferente seleccionado. Surte efecto a partir de la notificación y solo será impugnable a través de los procedimientos establecidos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública." [23]

### 3.3. La fase o etapa contractual.

Durante la etapa contractual, La Entidad Contratante deberá contemplar las siguientes actividades:

**a)** La elaboración del contrato y la suscripción del mismo por la Entidad Contratante y el Contratista.

**b)** La Administración del Contrato

**c)** La elaboración de Acta (s) de Entrega – Recepción

**d)** Finalización del Contrato.

Son objetivos específicos de la fase contractual los siguientes:

- Vigilar el cumplimiento del procedimiento de contratación desde la suscripción del contrato hasta la liquidación del contrato;
- La presentación de información real y completa de la fase contractual;
- El registro de todos los eventos; y,
- Seguimiento de la ejecución de los contratos.

Durante la fase contractual, el administrador del contrato juega un rol preponderante.

Por disposición de la Ley y el Reglamento General de la LOSNCP el administrador del contrato, "es el responsable de tomar todas las medidas necesarias para la adecuada

23 Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, publicada en el R.O.No.385 del 24 agosto del 2008, Art. 6, numeral 1

administración del mismo, con sujeción a lo establecido en los pliegos, la oferta, el contrato y demás documentos adjuntos al mismo, en calidad de habilitantes." [24]

Gutiérrez (1989), señala que:

> La obligación del contratista, es ejecutar el hecho o cosa en que consiste la obra, en las condiciones convenidas en el contrato. El contratante por su parte, también adquiere obligaciones derivadas del contrato, (…) recibir la obra y cancelar el precio convenido. (p.331)

Marienhoff (1983) por su parte dice que: "Cuando se ha celebrado un contrato para un objeto determinado y este se ha logrado, va de suyo que el contrato termina normalmente, por cesación de sus efectos". (p.558)

Pero no todos los contratos terminan de forma normal, sin inconvenientes, como seria lo deseado y esperado por las Entidades Contratantes y también por el contratista particular. En muchas ocasiones se va a presentar problemas de distinta índole (técnicos, económicos, incumplimientos, etc) durante la ejecución del mismo, los cuales deberán ser solucionados por las partes, en sede administrativa; caso contrario, estos inconvenientes si no son solucionados podrían provocar la terminación anticipada del contrato por no convenir a los intereses de la Entidad Contratante, en unos casos; y los intereses del contratista o de ambas partes, en otros casos.

Gutiérrez (1989) dice que:

> El contrato administrativo como obra humana que es, puede presentar defectos o inconvenientes en su iniciación, en su elaboración o en su ejecución, que lleven a la Administración a concluir, que de alguna manera se violó la ley y que el contrato adolece de vicios que van a conducir a que sean saneados, si esto es posible, o a que se declare la nulidad del contrato, si no fue posible su saneamiento. (p.342)

24 Reglamento de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Art. 121

Marienhoff (1983) señala al respecto que:

> Los contratos administrativos pueden terminar o hallar fin por dos distintas razones: 1. cesación de efectos; 2. por su extinción. De modo que una cosa es que el contrato cese en sus efectos y otra diferente que dicho contrato sea extinguido. En el primer supuesto termina normalmente; en el segundo concluye en forma anormal. (p.557)

Durante la fase contractual o de ejecución del contrato, es obligación del administrador del contrato llevar un expediente del contrato que administra. Este expediente debería contemplar:

**a)** Contrato suscrito entre la Entidad Contratante y el contratista, así como sus documentos habilitantes.

**b)** Los contratos modificatorios al contrato principal.

**c)** Los contratos complementarios al contrato principal.

**d)** La notificación al Contratista de la disponibilidad del anticipo, de ser el caso.

**e)** Las órdenes de cambio, de haberse emitido.

**f)** Las actas de incrementos y/o decrementos, de haberse emitido.

**g)** La resolución de aprobación de la subcontratación, de ser el caso.

**h)** Las garantías presentadas a la firma del contrato, sus renovaciones, garantías adicionales.

**i)** Los informes técnicos-económicos provisionales y finales del contrato

**j)** Las liquidaciones económicas-contables del contrato.

**k)** Las actas de recepción provisional, parcial, total y definitiva, debidamente suscritas, según sea el caso;

**l)** Los cronogramas de ejecución de actividades contractuales y de pagos;

**m)** Las comunicaciones cursadas al Contratista respecto a prórrogas o negación de prórrogas de plazo, imposición de multas u otras sanciones.

**n)** La resolución de delegación emitida dentro de esta fase por la Entidad Contratante;

**o)** Los reclamos o recursos presentados por el Contratista.

**p)** Las Resoluciones Administrativas expedidas por la Entidad Contratante, etc.

Noillet (2014) señala que:

"La administración posee prerrogativas para la ejecución del contrato, tales como:
1. Ius Variandi: La administración podrá modificar las condiciones del contrato hasta un punto racional.
2. Posibilidad de mayores penalidades al contratista que incumpla con sus obligaciones."

Lo señalado por Noillet es algo que sucede frecuentemente durante la ejecución de los contratos. El administrador del contrato, en muchas ocasiones se ve en la necesidad de solicitar a la máxima autoridad de la Entidad, la celebración de contratos complementarios para ampliar, modificar, o complementar una obra o servicio determinado debido a causas imprevistas o técnicas, que se presentan durante la ejecución del contrato. Para el efecto, y de conformidad con lo que dispone la LOSNCP, el administrador del contrato en base a los informes del fiscalizador del contrato y fiscalizador de campo deberá sustentar de manera "motivada" su petición, a fin de que la máxima autoridad de la Entidad autorice lo solicitado. La Entidad Contratante podrá de conformidad con la Ley ampliar, modificar o complementar una obra o un servicio contratado, pero no puede modificar el objeto del contrato.

Antes de finalizar el proceso, el administrador del contrato "deberá publicar en el portal institucional, toda la información relacionada con la fase contractual y de ejecución del contrato administrado".[25]

Una vez que se ha recibido las obras bienes o servicios materia del contrato, la Entidad Contratante podrá finalizar el proceso de contratación en el "portal institucional".

La finalización del proceso generalmente la realiza la misma persona que lo creó, la compradora/operadora del SNCP autorizada por la Entidad Contratante.

**25 Resolución INCOP No. 053-2011, Fase Contractual y de Ejecución, Artículo 2**

### 3.4. De las recepciones y la liquidación del contrato.

De conformidad con lo establecido en la LOSNCP, “En los contratos de adquisición de bienes y de prestación de servicios, incluidos los de consultoría existen una sola recepción, que se producirá de conformidad con lo establecido en el contrato y tendrá los efectos de recepción definitiva.” [26]

También señala la LOSNCP que, “En los contratos de ejecución de obra, así como en los contratos integrales por precio fijo existen una recepción provisional y una recepción definitiva.” [27]

Sin embargo, en las contrataciones que se puedan receptar obras, bienes o servicios por etapas o de manera sucesiva, “se puede contemplar recepciones parciales” por estar contempladas en la LOSNCP.

Requisito obligatorio para que la Entidad Contratante reciba de manera provisional/definitiva la obra, o definitivamente los bienes y servicios, es que el contratista solicite, por escrito, al administrador del contrato o al fiscalizador del mismo, de ser el caso, tal recepción.

La solicitud de recepción de manera expresa por parte del contratista es necesaria para efectos de cómputo del plazo contractual. Las solicitudes verbales de recepción, no surten efectos legales, solamente las peticiones realizadas por el contratista, por escrito, surten tal efecto. El informe técnico- económico final del administrador del contrato permitirá la recepción provisional/definitiva de las obras, o la recepción única con el carácter de definitivo del bien o del servicio contrato. Sin este informe o liquidación final no puede haber recepción, mucho menos la suscripción de un acta.

La Entidad Contratante, ante la solicitud de recepción del contratista, puede negarse a recibir las obras, el bien o el servicio, amparado en los informes técnicos del administrador del contrato y del fiscalizador del contrato, de ser el caso, pero esta negativa debe ser notificada al contratista para que surta los efectos legales correspondientes.

Si el administrador del contrato o el fiscalizador del mismo, de ser el caso, (los cuales actúan en representación de la Entidad Contratante), no se pronuncian respecto de la solicitud de recepción del contratista, sea aceptándola o negándola, de manera motivada; ni iniciaren la recepción dentro del término establecido para el efecto en el Reglamento de la LOSNCP; la Entidad Contratante, debido a la omisión del administrador del contrato, corre el

**26 Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, publicada en el R.O. No. 395 de 24 de agosto de 2008, Art. 81**

**27 Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, publicada en el R.O. No. 395 de 24 de agosto de 2008, Art. 81, inciso 2**

riesgo de que el contratista solicite a un Juez de lo Civil o a un Notario Público la recepción presunta provisional o definitiva de la obra, el bien o el servicio contratado.

De la misma forma, la Entidad Contratante, también podrá solicitar a un Juez de lo Civil o a un Notario Público la recepción presunta provisional o definitiva de la obra, el bien o el servicio contratado, cuando el contratista se negare expresamente a suscribir las actas de entrega-recepción previstas en el Contrato, o no las suscribieren en el término establecido para el efecto, pese haberla solicitado formalmente el administrador del contrato. [28]

La recepción presunta en la favor de las Entidades Contratantes, es una nueva figura producto de la reforma del artículo 81 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Es positiva, ya que existen contratistas que se niegan a suscribir las actas sin fundamento legal alguno, retrasando indebidamente la terminación del contrato, y perjudicando los intereses de la Entidad.

El funcionario encargado de la elaboración de las actas de entrega-recepción es el administrador del contrato. Previo a la recepción del objeto del contrato, deberá presentar a la máxima autoridad de la Entidad la liquidación técnico-económico final de la obra, el bien o el servicio contratado, la cual junto con la liquidación económica-contable emitida por la Gerencia Financiera son documentos habilitantes del acta a suscribirse.

Las actas de entrega-recepción serán suscritas por el Contratista, el Administrador del Contrato y un Delegado Técnico que no haya intervenido en el proceso, siempre y cuando no existan observaciones pendientes que deban ser solucionadas por el contratista.

### 3.5. De la administración del contrato.

El Reglamento[29] de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública dispone que, “En todo contrato, la entidad contratante, designará de manera expresa un administrador del mismo, quien velará por el cabal y oportuno cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones derivadas del contrato. Adoptará las acciones que sean necesarias para evitar retrasos injustificados e impondrá las multas y sanciones a que hubiere lugar. Si el contrato (…) prevé y requiere de los servicios de fiscalización, el administrador del contrato velará porque éste actúe de acuerdo a las especificaciones constantes en los pliegos o en el propio contrato.”

28 Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, publicada en el R. O. 395 de 24 agosto del 2008, Art.81 reformado

29 Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Decreto 1248, Art.121

Esta disposición fue cumplida parcialmente, en un principio. Las Entidades Contratantes, incumplían con la designación del administrador del contrato antes de la suscripción del contrato. Generalmente se nombraba al administrador del contrato después de haberse suscrito el contrato; y, la notificación de tal designación al funcionario correspondiente tampoco era realizada de inmediato.

La disposición de que se nombre expresamente en el contrato al administrador del mismo, tiene su lógica, ya que a partir de fecha de suscripción del contrato, o de la entrega del anticipo al contratista, de ser el caso, se da inicio a la ejecución del objeto contractual y por ende a la administración del contrato.

La notificación tardía de la designación del cargo de administrador del contrato provocaba y provoca, aún, retrasos en las tareas de la administración y se perjudica los intereses de la Entidad Contratante; ya que, el contratista en ciertos casos no espera tal designación y comienza a cumplir con sus obligaciones contractuales, sin la presencia del administrador del contrato y/o del fiscalizador del mismo, porque tiene un plazo que cumplir, con las consecuentes repercusiones en el orden técnico y legal que este descuido acarrea a la buena administración del contrato.

Las Entidades Contratantes, finalmente consignan el nombre del administrador del contrato e incluso el del fiscalizador del mismo, en una de las cláusulas del contrato, lo cual es positivo por transparencia pero, persiste aún el incumplimiento de notificación inmediata de tal designación a los funcionarios escogidos.

La responsabilidad del administrador del contrato, por las acciones u omisiones, correrá a partir de la fecha en que fue notificado con el encargo, por parte de la máxima autoridad o su delegado.

Debido a la gran responsabilidad que representa la administración del contrato, las Entidades Contratantes debería seleccionar con más detenimiento a los funcionarios que ejerzan dichas funciones. El administrador del contrato debe ser un profesional afín al objeto de la contratación y/o poseer un grado de experiencia suficiente relacionada con el objeto que va a administrar. Si la Entidad Contratante designa para la administración de un contrato a un profesional designado no tiene el conocimiento ni la experiencia suficiente, su actuación será deficiente y tampoco estaría en capacidad de vigilar las actuaciones del fiscalizador del contrato, de ser el caso.

Las atribuciones que la Ley y el Reglamento a la LOSNCP confieren al administrador del contrato son delicadas. Durante la administración del contrato actúa a nombre y en representación de la Entidad Contratante, esto es, en representación de la máxima autoridad. Por esta y demás consideraciones expuestas, es necesario que las Entidades Contratantes designen para las funciones de administrador del contrato a un profesional con especialización afín al objeto de la contratación, y que además de contar con la suficiente capacidad técnica afín, actúe con ética, recordando siempre que la responsabilidad por sus acciones u omisiones durante la administración del contrato, es solidaria.

La Entidad Contratante, a través del administrador del contrato persigue los siguientes objetivos durante la administración del contrato:

**a)** El fiel cumplimiento del objeto contratado. Que la obra, los bienes y los servicios contratados sean ejecutados, entregados y provistos, de conformidad con la oferta, las cláusulas del contrato, los pliegos del proceso, los planos, etc., dentro del plazo establecido.

**b)** Mantener un canal de comunicación directo con el contratista para dar solución inmediata a los inconvenientes que se presenten.

**c)** Evitar retrasos injustificados.

**d)** Multar y sancionar al contratista en caso de incumplimiento de sus obligaciones.

**e)** Las obtenciónes de información técnica oportuna del avance del contrato.

**f)** El control de la vigencia de las garantías.

**g)** Obtener criterios técnicos, motivados que sustenten la concesión o negativa de prórrogas de plazo al contratista.

**h)** Proteger los intereses económicos de la Entidad Contratante; etc.

El objetivo principal del administrador del contrato debe ser la protección de los intereses de la Entidad Contratante, mediante la toma de decisiones técnicas oportunas, apegadas a la Ley y al contrato, las cuales deberán ser siempre puestas en conocimiento de la máxima autoridad o su delegado, previo a su ejecución y comunicación al contratista.

El rol del administrador del contrato es vital durante la ejecución de la obra, la prestación del servicio o la provisión de los bienes; sin embargo, como se ha dicho tantas veces, no siempre se cuenta con una buena administración del contrato, debido a la falta de especialidad y/o experiencia en el objeto del contrato que va a administrar.

Ejemplo: Se han dado casos en que la Entidad Contratante designa como administrador de contrato de obra a un servidor sin la especialidad afín, ingeniería civil y, como fiscalizador del mismo a un ingeniero eléctrico. Ninguno de los dos servidores tienen la formación profesional de ingeniero civil, ni experiencia en la construcción de obras civiles, pero el contratista si. Consecuentemente, durante la ejecución de la obra, el administrador del contrato y el fiscalizador del mismo dependieron en su totalidad del contratista, e hicieron todo lo que el contratista consideró que debía hacerse en la obra. Recibieron la obra de manera definitiva, sin considerar que primero debía receptarse provisionalmente, previa petición del contratista, etc. etc.

Un administrador de contrato con conocimientos afines al objeto de la contratación, asegura el fiel cumplimiento del contrato y que la recepción de la obra el bien o el servicio sea entregado dentro del plazo y, a entera satisfacción de la Entidad Contratante.

Para que el administrador del contrato pueda administrar correcta y eficientemente el contrato, la Entidad Contratante deberá proporcionarle al inicio de su gestión la siguiente documentación:

- Contrato suscrito por las partes.
- Las garantías del contrato.
- Los pliegos del proceso.
- La oferta.
- La designación del cargo en la eventualidad de que no haya sido designado en una cláusula del contrato.
- La fecha de depósito del anticipo al contratista, de ser el caso.

### 3.6. La fase o etapa post contractual.

Una vez que la Entidad Contratante ha recibido las obras, los bienes o los servicios materia del contrato, y suscrito el acta de entrega-recepción definitiva, podrá disponer la finalización del proceso de contratación en el "portal institucional".

Las Entidades Contratantes, contemplan en una de las cláusulas del contrato, el derecho a reclamar al contratista, *en cualquier tiempo*, sobre cualquier pago indebido que por error de cálculo o por cualquier otra razón, debidamente justificada, hubiese realizado a favor de éste, obligándose el contratista a satisfacer las reclamaciones que por este motivo llegare a plantear la Entidad Contratante, reconociéndole, inclusive, el interés correspondiente, por el lapso de tiempo que permanecieron dichos valores en su poder.

El Servicio Nacional de Contratación Pública, "SERCOP lleva un Registro Público Electrónico de todos los Contratos tramitados al amparo de la LOSNCP por las Entidades Públicas Contratantes, con las debidas previsiones técnicas y legales para su acceso en cualquier momento". (Andrade, 2013)

Por tal razón, las Entidades Contratantes tienen la obligación de subir al "portal institucional la información relacionada con los contratos suscritos.

Las Entidades Contratantes, también tienen la obligación de informar al SERCOP, " los efectos derivados de los mismos, como terminaciones anticipadas, unilaterales; las cobro de garantías" [30]

El Registro de Incumplimientos es información pública y consta en el "portal Institucional".

### 3.7. Principios generales y potestades que rigen en la ejecución de los contratos.

Según Escola (1984):

> Una de las singularidades propias de los contratos administrativos es la presencia en ellos de las potestades de la administración como: 1. El principio de continuidad en la ejecución de las obras; 2. La potestad de dirección y control que tiene la administraciòn en la ejecución de los contratos; 3. El principio de mutabilidad; es decir, modificar unilateralmente los términos el contrato; 4. La potestad rescisoria; y por último, 5. La potestad sancionadora. (p.667)

30 Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Decreto 1248, Art. 147

> Monedero Gil considera que el hecho de que un extremo contratante sea de carácter público impone reglas diferentes a las presentes en los contratos comunes. (…), el funcionario contratante está sujeto al principio de legalidad, según el cual a los funcionarios públicos solo les está permitido actuar de conformidad con las indicaciones que la Ley establezca.
>
> Dromi señalan que la causa última que motiva los contratos públicos es la satisfacción de los fines colectivos o de un servidor público, cualquiera que sea su particularidad, (…) la adquisición de los bienes, obras o servicios objeto del contrato debe hacerse de la forma más eficiente y transparente posible.
>
> González López dicen que el contrato estatal debe buscar de forma directa o indirecta, la satisfacción de los intereses colectivos a través del cumplimiento de las obligaciones pactadas. (…).No obstante lo anterior, en la media en que los mecanismos contractuales previstos (…) o los que puedan pactar las partes resultan insuficientes para atender debidamente el interés público se vuelve necesario hacer uso de las potestades o prerrogativas de excepcional aplicación al derecho común. (Suárez Beltrán y Laguado Giraldo, p.10-11)

La administración pública tiene el derecho de exigir al contratista el cumplimiento de sus obligaciones contractuales y la continuidad ininterrumpida de la ejecución del contrato.

Según Escola (1984):

> El principio de continuidad en la ejecución de un contrato puede verse afectado por excepciones que pueden liberar al contratante de esta obligación. Estos hechos extraordinarios son la fuerza mayor, el caso fortuito o los hechos de la administración. Estos hechos pueden impedir transitoriamente o de manera definitiva la existencia de la relación contractual, y se encuentran contemplados en los pliegos y en el contrato. (p.677)

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, contempla estos hechos extraordinarios en sus artículos 92, números 2 y 5; 93, 94 número 7; y, 96, todos ellos relacionados con la Terminación por Mutuo Acuerdo, la Terminación Unilateral del Contrato por circunstancias de orden técnicas o económicas; y, la Terminación por Causas Imputables a la Entidad Contratante.

Según Escola (1984):

> Los contratos administrativos, a diferencia de los contratos privados tienen la posibilidad de ser modificados por la Entidad Contratante de manera unilateral, siempre y cuando el interés público así lo demande. En los contratos privados, esta mutabilidad (cambio) no procede por cuanto en ellos impera el principio de la inmutabilidad o inflexibilidad.
>
> Otra de las singularidades que caracterizan a los contratos administrativos es la prerrogativa de la administración pública de disponer, de manera unilateral, la rescisión de estos contratos. (p.677)

Las Entidades Contratantes durante la ejecución del contrato, tienen la potestad de sancionar al contratista por las faltas cometidas y sus incumplimientos. Las sanciones al contratista, en orden de gravedad, pueden ser de tres clases: pecuniarias (multas), coercitivas y rescisorias.

### 3.8. Las responsabilidades.

La Contraloría General del Estado, "tendrá potestad exclusiva para determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal".[31]

Rivas Casaretto (2013) señala que:

> En materia de Derecho Administrativo, no se puede profundizar estudios si no se tienen claros los conceptos de control y de responsabilidad. El segundo es consecuencia del primero, porque en la administración pública deben haber controles establecidos en leyes y reglamentos para lograr que los recursos públicos (económicos, financieros, materiales y humanos) sean bien utilizados, es decir, logrando que constituyan una inversión y ahorro, mas no un gasto o pérdida para el Estado. (…). Estos controles están presentes antes, durante y después de la ejecución de un acto o de un contrato administrativo.

La Constitución de la República del Ecuador, respecto de las responsabilidades de las y los servidores públicos, durante el ejercicio de sus funciones, es contundente al señalar que:

**31 Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, Art. 56**

“Ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones, y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos”. [32]

Frente a esta delicada situación, corresponde a la máxima autoridad de las Entidades Contratantes, o a sus delegados escoger con sumo cuidado a los funcionarios públicos que van a administrar los contratos de la Entidad, ya que la responsabilidad por las acciones u omisiones cometidas por el administrador del contrato, y el fiscalizador del mismo, serán solidarias con quienes tuvieron la responsabilidad de elegirlos correctamente.

Según el Art. 80 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública: “ El supervisor y el fiscalizador del contrato son responsables de tomar todas las medidas necesarias para su adecuada ejecución,(…). Esta responsabilidad es administrativa, civil y penal según corresponda”.

Según la LOCGE, se presume legalmente que las operaciones y actividades realizadas por las instituciones del Estado y sus servidores, sujetos a esta Ley, son legítimas, a menos que la Contraloría General del Estado, como consecuencia de la auditoría gubernamental, declare en contrario.” [33]

La Contraloría General del Estado es la única que tiene potestad exclusiva para determinar responsabilidades administrativas, civiles culposas e indicios de responsabilidad penal. [34]

Los administradores de contratos y los fiscalizadores del mismo, deberán cumplir con sus funciones apegados a la Ley y al contrato durante la administración de éstos, para evitar ser sancionados por la Ley. Si una vez designados como administradores de contratos, consideran que su profesión o experiencia no es afín con el objeto del contrato, deberán poner en conocimiento de la máxima autoridad de la Entidad o su delegado, tal hecho, a fin de que se nombre a otro servidor para el cargo, y evitar así las responsabilidades por sus acciones u omisiones cometidas durante la administración del mismo, por falta de conocimiento y experiencia.

Los servidores designados como administradores de contratos así como los funcionarios responsables de su designación, “deberán actuar con la diligencia y empeño que emplean

**32 Constitución de la República del Ecuador, CRE, Art. 233**

**33 Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, Ley No. 2002-73, Art. 38**

**34 Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, Ley No. 2002-73, Art. 39**

generalmente en la administración de sus propios negocios y actividades, caso contrario responderán, por sus acciones u omisiones", [35] de conformidad con lo previsto en la LOCGE.

Respecto a las excusas de los servidores públicos, por las acciones u omisiones cometidas durante el ejercicio de sus funciones, la LOCGE señala que:

"Ningún servidor, funcionario o empleado de las instituciones del Estado, podrá ser relevado de su responsabilidad legal alegando el cumplimiento de órdenes superiores, (…). Los servidores públicos podrán objetar por escrito, las órdenes de sus superiores, expresando las razones para tal objeción. Si el superior insistiere por escrito, las cumplirán, pero la responsabilidad recaerá en el superior". [36]

Esta disposición es positiva, aunque muy poco conocida por los servidores públicos. Los administradores de contratos y los fiscalizadores del mismo a menudo se encuentran con este tipo de situaciones. Sus inmediatos superiores, les ordenan de manera verbal, cambios, recepción de materiales, bienes que no cumplen las especificaciones técnicas ni los términos de referencia establecidos en el contrato, poniéndole en grandes aprietos. Finalmente, el administrador del contrato cumple con lo solicitado verbalmente, porque debe "cuidar" su trabajo.

**Predeterminación de responsabilidades.**

Rivas Casaretto (2013) señala que: "De los resultados de los controles ejercidos nace la determinación de las responsabilidades para todos aquellos que administren los recursos públicos, así como para terceros que tienen relación directa o indirecta con tal administración."

Sobre la base de los informes de auditoría y exámenes especiales practicados por las Direcciones de Auditoría Interna de las diferentes entidades sujetas a control, se procede a sustentar jurídicamente la predeterminación de responsabilidades, tanto administrativas como civiles.

Según la Contraloría General del Estado, durante el año 2012, las responsabilidades de los servidores públicos, fueron las siguientes:

**35 Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, Ley No. 2002-73, Art. 40**

**36 Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, Ley No. 2002-73, Art. 41**

Tabla 7. Responsabilidades de los servidores públicos del 2012.

| Descripción | Cantidad | Valor en dolares |
|---|---|---|
| Civiles (Ordenes de Reintegro) | 841 | 5.923.596.00 |
| Sanción Administrativa por uso incorrecto de vehículos públicos | 21 | 18.068,00 |
| Civiles (Glosas) | 1.297 | 25.753.082.00 |
| Sanciones Administrativas | 4.150 | 9.600.668.00 |
| **Total:** | **6.309** | **41.295.414,00** |

Fuente: Informe de rendición de cuentas de la Contraloría General del Estado del año 2012.

- **Responsabilidades administrativas.**

De acuerdo a la LOCGE, "La responsabilidad administrativa culposa de las autoridades, dignatarios, funcionarios y servidores de las instituciones del Estado, se establecen base del análisis documentado del grado de inobservancia de las disposiciones legales, relativas al asunto de que se trate." [37]

Según la Contraloría General del Estado, las responsabilidades administrativas confirmadas, correspondientes al año 2012 son las siguientes:

Tabla 8. Responsabilidades administrativas del 2012.

| Responsabilidades Administrativas | Cantidad | Valor en Dólares |
|---|---|---|
| Confirmadas | 612 | 511.247,64 |

Fuente: Informe de rendición de cuentas de la Contraloría General del Estado del año 2012.

37 Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, LOCGE, Art. 45

- **Responsabilidad Civil Culposa.**

De conformidad con la LOCGE[38], "La responsabilidad civil culposa nace de una acción u omisión culposa aunque no intencional de un servidor público o de un tercero, autor o beneficiario, de un acto administrativo emitido, sin tomar las debidas cautelas, precautelas o precauciones necesarias para evitar resultados perjudiciales directos o indirectos a los bienes y recursos públicos".

- **Responsabilidades civiles (glosas).**

Las responsabilidades civiles culposas son determinadas en forma privativa por la Contraloría General del Estado, cuando por los resultados de la auditoría gubernamental se hubiere determinado que se ha causado perjuicio económico al Estado o a sus instituciones como consecuencia de la acción u omisión culposa de los servidores públicos, o de las personas naturales o jurídicas de derecho privado.

Según la Contraloría General del Estado, las responsabilidades civiles culposas correspondientes al año 2012, son las siguientes:

Tabla 9. Responsabilidades civiles del 2012.

| Responsabilidades Civiles | Cantidad | Valores en dólares |
|---|---|---|
| Confirmadas | 380 | 38.283.697,71 |

Fuente: Informe de rendición de cuentas de la Contraloría General del Estado del año 2012.

- **Responsabilidades civiles - órdenes de reintegro.**

Según la Contraloría General del Estado, las responsabilidades civiles culposas mediante órdenes de reintegro correspondientes al año 2012, son las siguientes:

**38 Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, LOCGE, Art. 52**

Tabla 10. Responsabilidades civiles culposas con órdenes de reintegro del 2012.

| Responsabilidades Civiles | Cantidad | Valores en dólares |
|---|---|---|
| Confirmadas | 5 | 589.793,54 |

Fuente: Informe de rendición de cuentas de la Contraloría General del Estado del año 2012.

- **Recurso de revisión**

Con excepción de las órdenes de reintegro, la Contraloría General del Estado revisará las resoluciones originales que expida en todo lo concerniente a la determinación de responsabilidad culposa, de oficio o a petición del directamente afectado por aquellas.

Tabla 11. Solicitudes de recursos de revisión del año 2012

| Concepto | Cantidad |
|---|---|
| Memorandos enviados a Patrocinio | 72 |
| Certificados de impugnación a Patrocinio | 208 |
| Expediente de resoluciones enviados a recursos de revisión para su estudio | 200 |
| Expedientes de resoluciones por concesión recurso de revisión | 126 |

Fuente: Informe de rendición de cuentas de la Contraloría General del Estado del año 2012.

- **Notificación.**

Determinada la existencia de responsabilidades, ya sean administrativas o civiles culposas, procede las notificaciones a todos los sujetos de la responsabilidad para que ejerzan su derecho a la defensa garantizada por el debido proceso.

Tabla 12. Notificaciones durante el año 2012

| Delegaciones y Regionales | Predeterminación Responsabilidad Civil | Resolución Responsabilidad Civil | Predeterminación Responsabilidades Administrativas | Resoluciones Responsabilidades Administrativas |
|---|---|---|---|---|
| Total | 3469 | 2620 | 3103 | 442 |

Fuente: Informe de rendición de cuentas de la Contraloría General del Estado del año 2012.

- **Clases de responsabilidad.**

La responsabilidad puede ser directa, principal y subsidiaria, y solidaria.

**Responsabilidad directa.**

Según el Art. 42 de la LOCGE: “Los servidores de las instituciones del Estado, encargados de la gestión financiera, administrativa, operativa o ambiental, serán responsables, hasta por la culpa leve, cuando incurrieren en acciones u omisiones relativas al incumplimiento de normas, falta de veracidad, de oportunidad, pertinencia o conformidad con los planes, programas y presupuestos y por los perjuicios que originaren de tales acciones u omisiones.”

**Responsabilidad principal y subsidiaria por pago indebido.**

Según el Art. 43 de la LOCGE: La responsabilidad principal, en los casos de pago indebido, recaerá sobre la persona natural o jurídica de derecho público o privado, beneficiaria de tal pago. La responsabilidad subsidiaria recaerá sobre los servidores, cuya acción culposa u omisión hubiere posibilitado el pago indebido.”

**Responsabilidad solidaria.**

Según el Art. 44 de la LOCGE: “Habrá lugar para establecer responsabilidad solidaria, “cuando dos o más personas aparecieren como coautoras de la acción, inacción u omisión administrativa que la origine.”

# CAPÍTULO IV
# ENCUESTAS

## 4.1. Presentación de resultados.

Con el fin de analizar el problema y conocer los criterios de diferentes funcionarios públicos inmersos en el área de contratación pública, así como de los Abogados en libre ejercicio profesional, Ingenieros Civiles, Ingenieros Eléctricos, Arquitectos, y personas naturales y jurídicas que intervienen como contratistas, acerca de la Reforma al artículo 121 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, respecto de la eficaz y eficiente administración de los contratos de bienes y servicios en instituciones pública, se realizó encuestas, en la ciudad de Guayaquil, para verificar los objetivos e hipótesis, que a continuación me permito exponer.

**Pregunta No. 1**

1) ¿Considera usted que está capacitado para administrar un contrato de conformidad con lo que dispone el Art. 121 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública?

Tabla 13. Respuestas de la pregunta N° 1

| Respuesta | Encuestados | Porcentaje |
|---|---|---|
| SI | 21 | 51% |
| NO | 20 | 49% |
| **TOTAL** | **41** | **100%** |

Fuente: Encuesta realizada por el autor a los usuarios del SNCP

**Representación Gráfica**

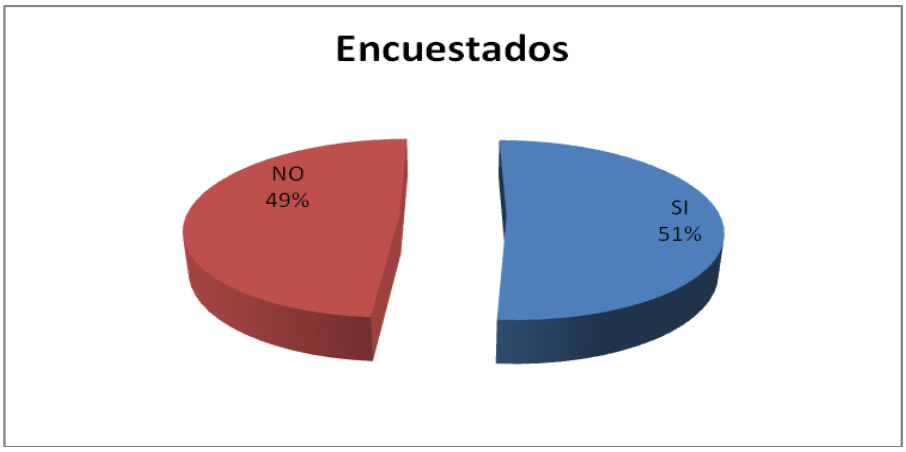



Figura 1. Estadísticas de la pregunta N° 1
Fuente: Encuesta realizada por el autor a los usuarios del SNCP

**Análisis e interpretación:**

La mayoría de los encuestados, esto es, el cincuenta y un (51%) por ciento manifestaron que están capacitados para administrar contratos, no así el cuarenta y nueve (49%) por ciento de ellos quienes dijeron no estar capacitados para administrar contratos, por diferentes razones, las mismas que se exponen a continuación.

**2)** Si en la pregunta anterior respondió negativamente, señale las razones por las cuales considera que no está capacitado para administar un contrato:

Legales (desconocimiento de la LOSNCP) ( )

Técnicas (profesión no afín al objeto/ falta de experiencia ) ( )

Otros ( )

Tabla 14. Respuestas de la pregunta N° 2

| Respuesta | Encuestados | Porcentaje |
|---|---|---|
| No capacitado/ Desconocimiento LOSNCP | 17 | 42% |
| Profesión no afín al objeto/falta experiencia | 14 | 34% |
| Falta de tiempo | 10 | 24% |
| TOTAL | 41 | 100% |

Fuente: Encuesta realizada por el autor a los usuarios del SNCP

**Representación Gráfica**

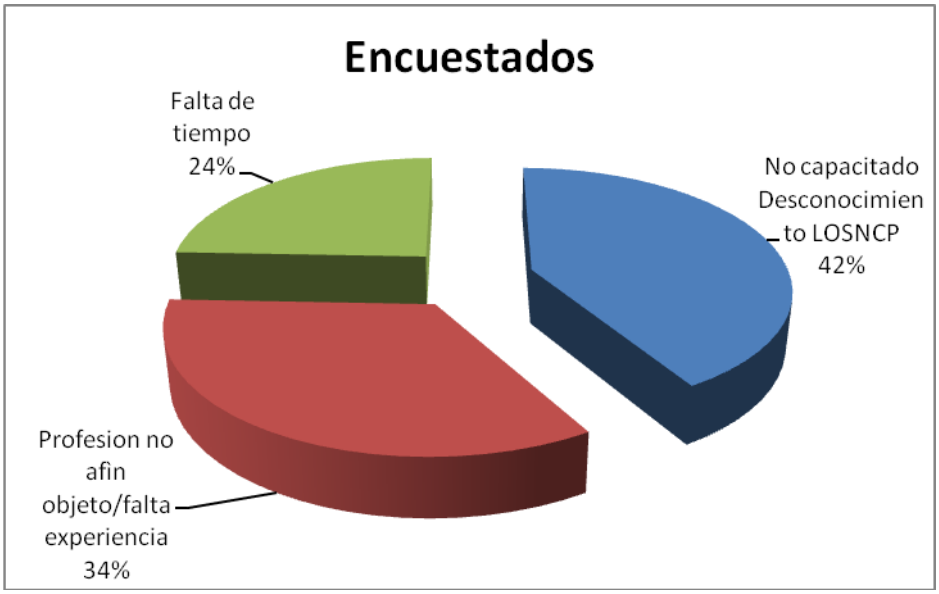



Figura 2. Estadísticas de la pregunta N° 2
Fuente: Encuesta realizada por el autor a los usuarios del SNCP

**Análisis e interpretación:**

El cuarenta y dos (42%) por ciento de los encuestados dijeron no estar capacitados para administrar contratos, por diferentes motivos, siendo uno de los principales, el desconocimiento de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento. Sienten temor por las implicaciones de orden legal que pudieran tener, en caso de cometer algún error durante la administración del contrato.

El treinta y cuatro (34%) por ciento de los encuestados manifestaron que su problema además del poco conocimiento que tienen acerca de la ley, es en el orden técnico, debido a que el objeto del contrato que van a administrar o están administrando es distinto al de su profesión; o no tienen la suficiente experiencia en el mismo, y se ven precisados a solicitar ayuda de otros compañeros, en unos casos, o a aceptar la ayuda del propio contratista, en otros, para cumplir y terminar el contrato sin mayores problemas.

Un veinticuatro (24%) de los encuestados señalan que otro de sus problemas es el poco tiempo del que disponen para administrar el contrato, debido a que deben cumplir normalmente con las tareas propias de su cargo en el área de la Entidad donde laboran; y además, con las funciones que demandan la administración del contrato.

Se establece que la carga de trabajo del servidor público se ha duplicado y en estas circunstancias no es posible administrar correcta y eficientemente un contrato. Para que haya una buena administración del contrato es necesario que se dedique más tiempo a esta tarea, caso contrario, el resultado de la misma será regular, o deficiente.

Casi todos los encuestados manifestaron tener problemas con su inmediato superior, quien no les da permiso para salir a cumplir con las funciones propias de la administración del contrato, y en muchas ocasiones se han visto obligados a cumplir con estas tareas después de su horario laboral; pero hay asuntos, trámites, que necesariamente deben ser realizados durante horas laborables, y no lo pueden realizar, son postergados, para cuando les sea posible ejecutarlos, debido a los inconvenientes señalados.

En conclusión, las Entidades Contratantes deberían prestar más atención respecto del profesional que escogen para administrador de contratos, el cual debe ser un profesional afín al objeto de la contratación, con experiencia como administrador de contratos; y, la suficiente experiencia técnica en el objeto del contrato. También es de vital importancia que, la máxima autoridad de las Entidades Contratantes dispongan, con el carácter de obligatorio, a los jefes inmediatos de los servidores designados para la administración de contratos que se les permita cumplir con sus tareas y les concedan los permisos que soliciten durante la administración del contrato.

También es necesario que la máxima autoridad de las Entidades Contratantes dispongan a las Unidades del Talento Humano que se capacite a los *administradores de contratos* y a los fiscalizadores de los mismos, en el conocimiento de la Ley y el Reglamento de la LOSNCP; y, la correcta administración de contratos públicos.

La capacitación a los administradores de contratos y fiscalizadores de los mismos, no debe ser visto por las Entidades Contratantes como un gasto sino como una "inversión" en beneficio de la Institución, por ser además un derecho de los servidores públicos establecido en la Ley y en la Constitución de la República.

**3**) Considera usted que el procedimiento de designación del administrador del contrato en las instituciones públicas es la adecuada?

Tabla 15. Respuestas de la pregunta N° 3

| Respuesta | Encuestados | Porcentaje |
|---|---|---|
| SI | 12 | 20% |
| NO | 29 | 71% |
| **TOTAL** | **41** | **100%** |

Fuente: Encuesta realizada por el autor a usuarios del SNCP

**Representación gráfica**

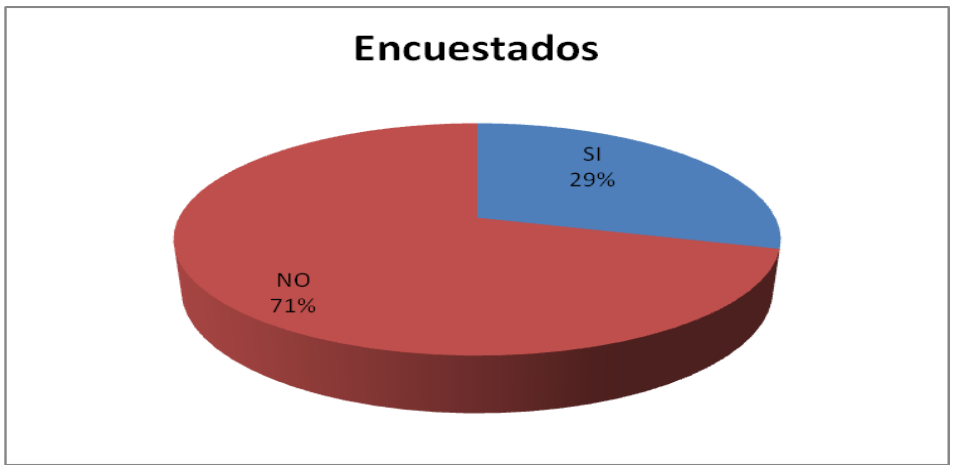



Figura 3. Estadísticas de la pregunta N° 3
Fuente: Encuesta realizada por el autor a usuarios del SNCP

**Análisis e interpretación:**

El setenta y un (71%) por ciento de los encuestados señalan que la forma de designación de los administradores de contratos por parte de las Entidades Contratantes del sector público, no siempre es la más apropiada, ya que estas no toman en consideración si el funcionario designado tiene una profesión afín al objeto del contrato, si el profesional tiene experiencia

técnica específica en ese campo; o si ante la falta de un título profesional afín al objeto de la contratación, el servidor designado cuenta con la experiencia suficiente en el objeto que va a administrar.

Los encuestados manifestaron que esta falta de prevención dificulta su trabajo y la correcta administración del contrato.

Un grupo menor, esto es, el veinte (20%) por ciento de los encuestados consideraron que la forma de designación de los administradores de contratos es la apropiada.

Cabe señalar, por su importancia, que cuando se evalúan las ofertas de obras, bienes y servicios en procesos financiados por el Banco Interamericano De Desarrollo, el BID dispone, como parte de su política, que al calificar la oferta de un licitante se evalúe, entre otras, por ejemplo, que cuenten con un administrador de contratos con 5 años de experiencia en obras de naturaleza y magnitud similares, incluidos por lo menos tres años como administrador.

Los requisitos establecidos por el BID para la selección y evaluación del administrador de contratos para las obras financiadas por este Organismo, deberían ser acogidos en la reforma del artículo 121 del Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Con esto se demuestra la importancia que tiene el trabajo del *administrador de contratos*, y las razones por las cuales las Entidades públicas contratantes deben dar mayor atención a la selección de los funcionarios que van a administrar los contratos, a fin de obtener una eficiente y eficaz administración de los mismos, en beneficio de las propias Instituciones y del Estado ecuatoriano.

**4)** Considera usted que las funciones y deberes del administrador del contrato están suficientemente establecidas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y en el Reglamento General?

Tabla 16. Respuestas de la pregunta N° 4

| Respuesta | Encuestados | Porcentaje |
|---|---|---|
| SI | 16 | 39% |
| NO | 25 | 61% |
| **TOTAL** | **41** | **100%** |

Fuente: Encuesta realizada por el autor a los usuarios del SNCP

**Representación gráfica**

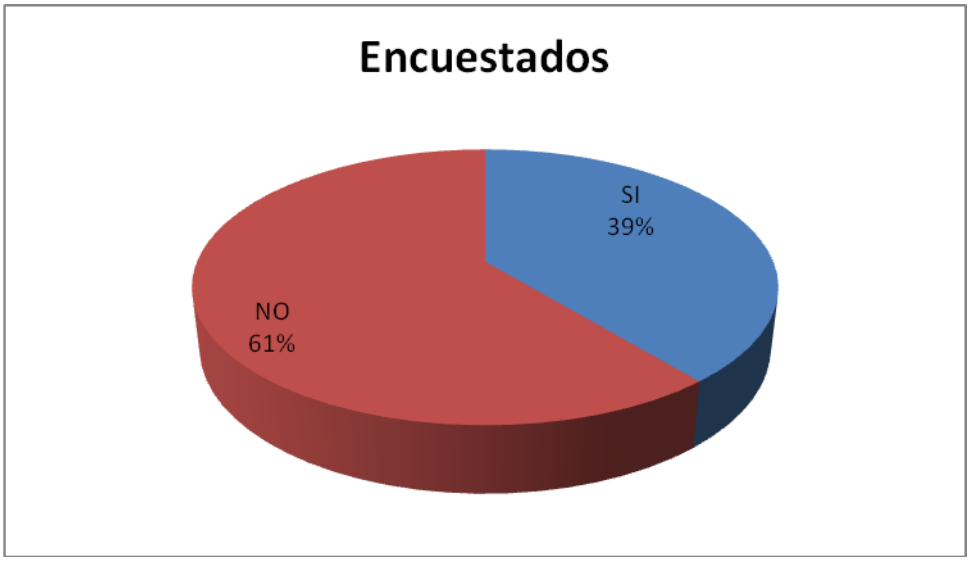



Figura 4. Estadísticas de la pregunta N° 4
Fuente: Encuesta realizada por el autor a los usuarios del SNCP

**Análisis e interpretación:**

El sesenta y un (61%) por ciento de los encuestados manifestaron que la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento no establecen de manera específica las funciones y deberes de los *administradores de contratos*. Que sus disposiciones son generales, poco claras, que se confunden, y no les ayuda como deberían, para el desarrollo de una buena administración de los contratos.

El restante treinta (39%) por ciento de los encuestados consideraron que si son claras las funciones y deberes del administrador del contrato en la Ley.

**5)** ¿Considera usted que un administrador de contrato está en capacidad de administrar varios contratos al mismo tiempo?

Tabla 17. Respuestas de la pregunta N° 5

| Respuesta | Encuestados | Porcentaje |
|---|---|---|
| SI | 19 | 46% |
| NO | 22 | 54% |
| **TOTAL** | **41** | **100%** |

Fuente: Encuesta realizada por el autor a los usuarios del SNCP

**Representación gráfica**

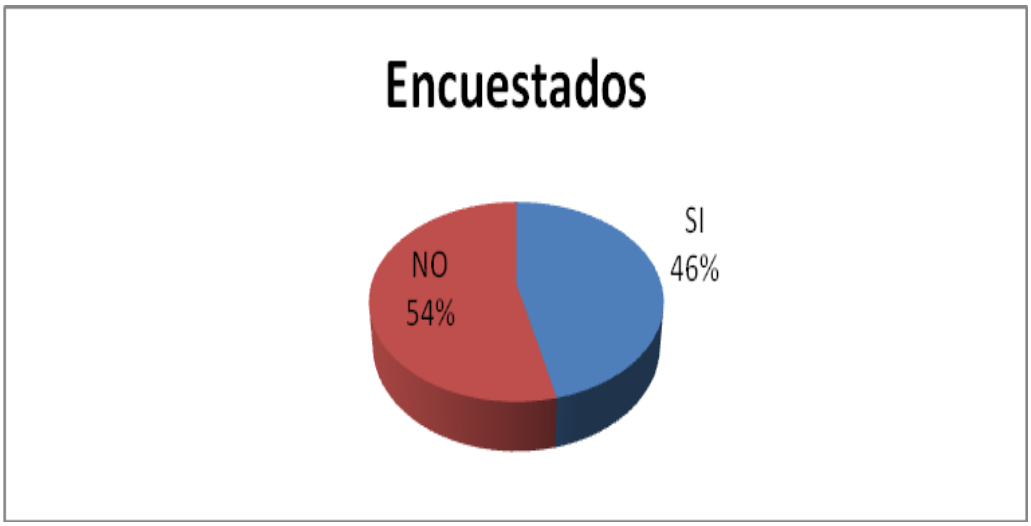



Figura 5. Estadísticas de la pregunta N° 5
Fuente: Encuesta realizada por el autor a los usuarios del SNCP

**Análisis e interpretación:**

El cincuenta (54%) por ciento de los encuestados es frontal al señalar que no es saludable, ni técnicamente procedente, que un funcionario administre varios contratos al mismo tiempo, debido a que su desempeño como *administrador de contratos* no es tan eficiente, como ellos quisieran, ya que además de estas tareas, deben cumplir con las labores propias de su cargo dentro de la Institución donde trabajan.

Manifestaron que su carga de trabajo se ha duplicado, y que su remuneración sigue siendo la misma. Que su jefe inmediato no colabora con ellos, que les obstaculiza su trabajo, ya que insisten que primero cumplan con las tareas del departamento donde laboran, y después con las tareas de administrador del contrato.

Estas opiniones deberían ser tomadas en consideración por las Entidades públicas contratantes, por cuanto lo señalado por los encuestados tiene su sustento, ya que el trabajo del funcionario público no consiste únicamente en administrar contratos. Esta labor la realizan conjuntamente, a la par, con las tareas propias de su cargo en las instituciones donde laboran, y debido a la carga de trabajo extra que tienen no es técnicamente, ni humanamente posible que puedan administrar sin problemas, dos, tres, o cuatro contratos al mismo tiempo.

Los profesionales designados para administrar varios contratos al mismo tiempo, lo va a hacer, porque es su obligación, pero el resultado de tales administraciones no van a ser técnicamente de lo mejor. La administración de estos contratos sería regular, difícilmente buena y peor aún óptima.

El trabajo de los *administradores de contratos*, se vería entorpecido mucho más por su inmediato superior, quien con la administración de un solo contrato no colaboraba con las nuevas funciones delegadas por la máxima autoridad, a éste funcionario, y minimizaba la importancia de su trabajo, al no permitir que abandone las funciones propias de su cargo, para que cumpla con las funciones de administrador de un contrato, mucho menos va a permitir que abandone totalmente su trabajo para que cumpla con la administración de varios contratos, porque el cumplimiento de metas de su área de trabajo, también se vería afectada.

**6**) ¿Considera usted que el administrador del contrato debe poseer experiencia y conocimiento suficientes en relación con el objeto del contrato que va a administrar?

Tabla 18. Respuestas de la pregunta N° 6

| Respuesta | Encuestados | Porcentaje |
|---|---|---|
| **SI** | **41** | **100%** |
| **NO** | **0** | **0%** |
| **TOTAL** | **41** | **100%** |

Fuente: Encuesta realizada por el autor a los usuarios del SNCP

**Representación gráfica**

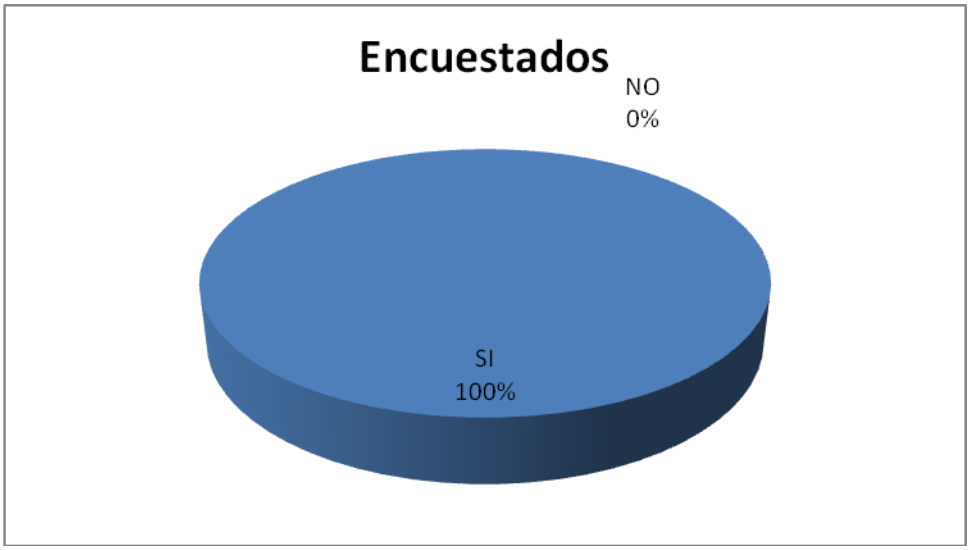



Figura 6. Estadísticas de la pregunta N° 6
Fuente: Encuesta realizada por el autor a los usuarios del SNCP

**Análisis e interpretación:**

El total de los encuestados, esto es, el ciento (100%) por ciento de los mismos están de acuerdo en que es necesario que el funcionario encargado de la administración de contratos tenga los conocimientos suficientes en el orden técnico y de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, para una eficiente administración de los contratos.

La razón es incuestionable, ya que en la práctica, se aprecia a menudo administradores de contratos tímidos frente al Contratista, o ante el fiscalizador del contrato, debido a su falta de conocimiento o experiencia en la materia objeto del contrato y/o en el conocimiento de la Ley.

Esto desde luego deja mucho que desear y no es beneficioso para las Entidades Contratantes, ya que el *administrador del contrato* por su falta de experiencia técnica o falta de conocimiento de la LOSNCP, confía en el criterio del contratista, porque conoce la materia del contrato, y acepta muchas de las veces lo que él dice, como cierto.

Su criterio está supeditado al criterio del fiscalizador del contrato, en el mejor de los casos, o de personas ajenas a la administración del contrato, o del contratista, en otros casos.

**7)** Podría indicar usted a que autoridad/funcionario público representa el administrador durante la administración del contrato?

Tabla 19. Respuestas de la pregunta N° 7

| Respuesta | Encuestados | Porcentaje |
|---|---|---|
| Máxima autoridad | 35 | 85% |
| Desconoce | 06 | 15% |
| Total | 41 | 100% |

Fuente: Encuesta realizada por el autor a los usuarios del SNCP

**Representación gráfica**

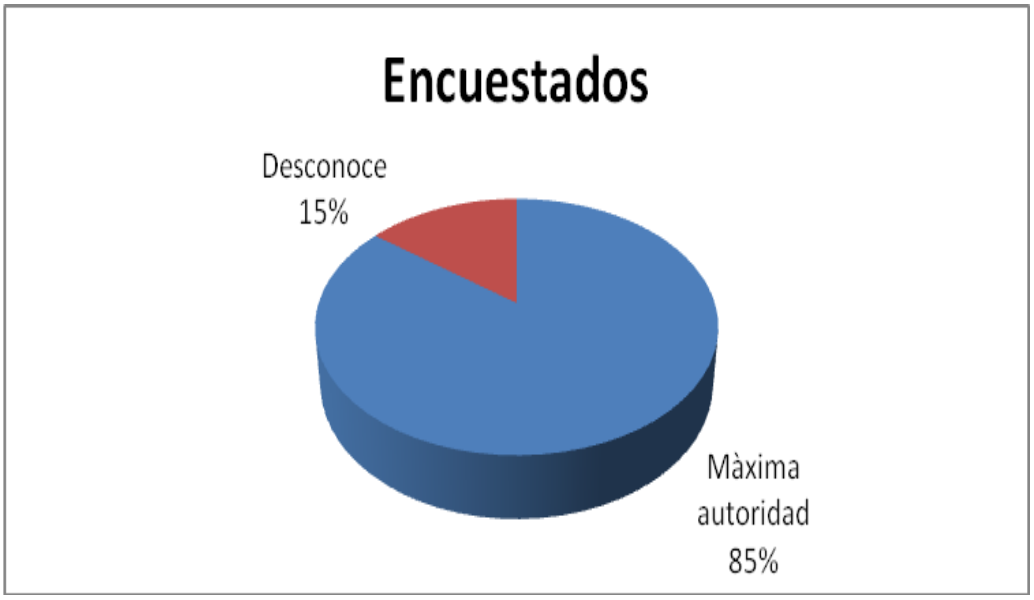



Figura 7. Estadísticas de la pregunta N° 7
Fuente: Encuesta realizada por el autor a los usuarios del SNCP

**Análisis e interpretación:**

El sesenta y nueve (69%) por ciento de los encuestados manifestaron que cuando empezaron a administrar contratos no sabían en representación de que autoridad estaban administrando el contrato. Con el pasar del tiempo asumieron que era en representación de la máxima autoridad Entidad Contratante.

El treinta y un (31%) por ciento de los encuestados señalaron desconocer a quién o en representación de qué autoridad administran los contratos, y que la Ley o el Reglamento debería indicar esto, para su seguridad.

**8)** ¿Qué tipo de contratos ha administrado o fiscalizado en los últimos tres (3) años?

Tabla 20. Respuestas de la pregunta N° 8

| Tipo | Respuesta | Porcentaje |
|---|---|---|
| OBRAS | 6 | 15% |
| BIENES | 10 | 25% |
| SERVICIOS | 10 | 24% |
| Bienes/Obras | 2 | 5% |
| Bienes/Servicios | 5 | 12% |
| Obras/Servicios | 3 | 7% |
| Obras/Bienes/Servicios | 5 | 12% |
| TOTAL | 41 | 100% |

Fuente: Encuesta realizada por el autor a los usuarios del SNCP

**Representación gráfica**

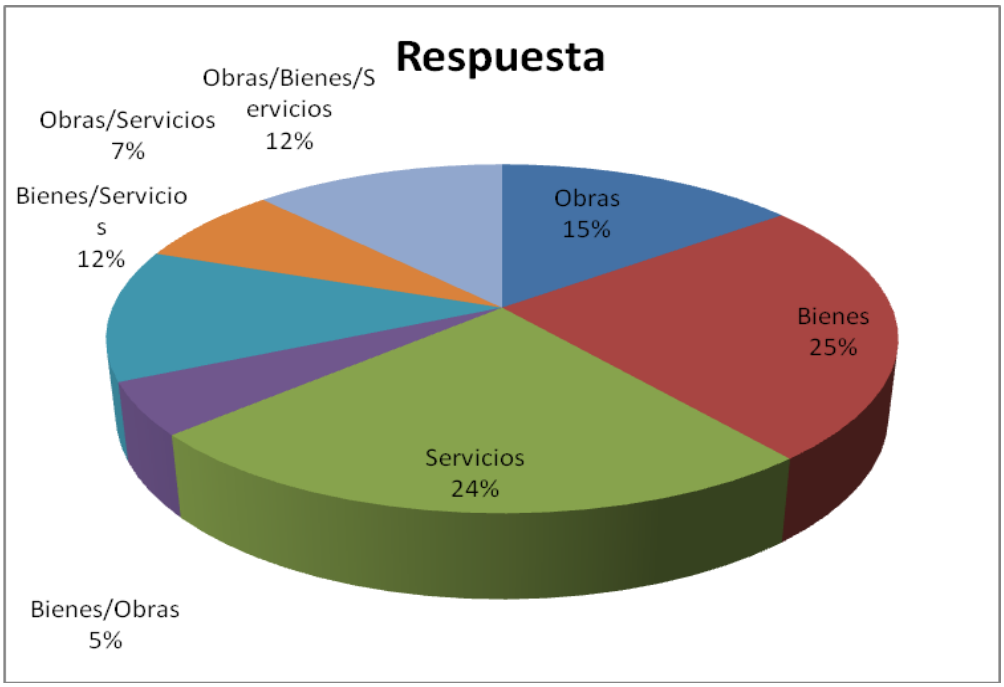



Figura 8. Estadísticas de la pregunta N° 8
Fuente: Encuesta realizada por el autor a los usuarios del SNCP

**Análisis e interpretación:**

El target hacia quien fue dirigido la encuesta manifestó que los contratos que más han administrado en los últimos tres años son los de bienes. El porcentaje obtenido en este rubro es del veinticinco (25%) por ciento.

Le siguen en porcentaje, la administración de contratos de servicios con el veinticuatro (24%) por ciento; y, los contratos de obras con el quince (15%) por ciento.

Los contratos de bienes y servicios y los contratos de obras, bienes y servicios empatan con el doce (12%) por ciento.

Los contratos de obras y servicios obtuvieron un porcentaje del siete (7%) por ciento; y, finalmente los contratos de bienes y obras con un porcentaje del cinco (5%) por ciento.

Esto nos permitió diversificar las opiniones respecto a la *administración de contratos*, ya que no se encasillan en un solo rubro.

**9)** Podría indicar usted cuáles han sido los mayores obstáculos que se presentaron durante la administración de contratos?

**a)** Designación del cargo de Administrador del Contrato después de haberse suscrito el contrato.

**b)** Notificación de la designación del cargo de Administrador del Contrato una vez iniciada la obra, contratado la adquisición del bien o la prestación del servicio.

**c)** Si habiéndose nombrado un Administrador del Contrato éste deja su cargo sin presentar un informe técnico del estado en que queda la ejecución de la obra, el estado del bien (es) o la prestación del servicio contratado para conocimiento del nuevo Administrador del Contrato.

**d)** Desconocimiento o poco conocimiento de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento General.

**e)** Desconocimiento del objeto del contrato que va a administrar.

**f)** La profesión del Administrador del Contrato no es afín con el objeto del contrato.

**g)** La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento General no específica con claridad las funciones del Administrador del Contrato.

**h)** La Ley ni el Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública señalan a que otra normativa debe acudir el Administrador del Contrato, en caso de duda, sobre las funciones y deberes del administrador y fiscalizador del contrato.

**i)** Otros.

Tabla 21. Respuestas de la pregunta N° 9

| Preguntas | Respuestas | Porcentaje |
|---|---|---|
| a) | 7 | 10% |
| b) | 8 | 11% |
| c) | 5 | 7% |
| d) | 13 | 17% |
| e) | 10 | 13% |
| f) | 9 | 12% |
| g) | 7 | 9% |
| h) | 10 | 13% |
| i) | 6 | 8% |
| **TOTAL ENCUESTADOS: 41** | | |

Fuente: Encuesta realizada por el autor a los usuarios del SNCP

**Representación gráfica**

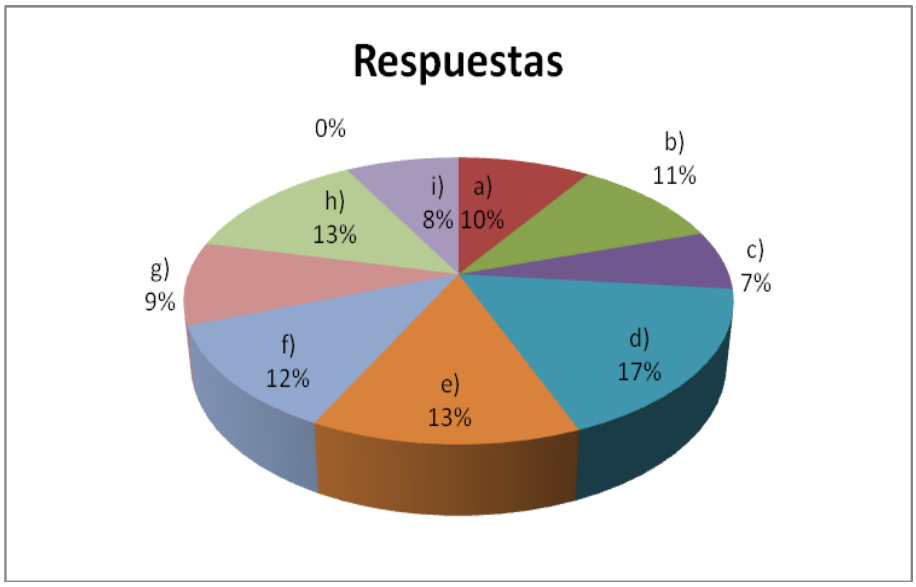



Figura 9. Estadísticas de la pregunta N° 9
Fuente: Encuesta realizada por el autor a los usuarios del SNCP

**Análisis e interpretación:**

El desconocimiento o poco conocimiento de los administradores de contratos sobre la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, LOSNCP y su Reglamento obtuvo el mayor porcentaje durante las encuestas realizadas, con un diecisiete (17%) por ciento. Los administradores de contratos se sienten temerosos y no saben cómo actuar ni a quién acudir para que les absuelvan sus dudas.

Tampoco conocen a que otra ley puede acudir, en caso de duda, para asegurar una correcta administración del contrato. Por esta razón, el porcentaje en este específico punto es del trece (13%) por ciento.

Lo procedente, en estos casos, sería que los administradores de contratos acudan al área legal de cada una de las Entidades donde laboran, y que el área del Talento Humano de las Entidades Contratantes capaciten a los administradores de contratos, sobre la aplicación de Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, LOSNCP y su Reglamento, así como en ámbito específico sobre la administración de contratos.

Se establece que la falta de capacidad y la poca o ninguna experiencia técnica de los administradores de contratos en relación al objeto que van a administar, es uno de los factores que inciden en la pobre administración de contratos. El porcentaje que arroja la encuestra sobre este puntual tema es del trece (13%) por ciento.

Esto se debe a que las Entidades Contratantes no seleccionan a los funcionarios que eligen para la administración de contratos de acuerdo a su perfil profesional, el cual debe ser afín al objeto del contrato que van a administrar. Que el profesional tenga por lo menos tres (03) años de experiencia afín al objeto del contrato, e igual cantidad de tiempo de experiencia en labores como administrador de contratos.

Esta negativa situación debe ser objeto de un cambio radical por parte de las Entidades Contratantes y tomado en consideración en la reforma al artículo 121 del Reglamento de la LOSNCP, a fin de evitar la improvisación y la pobre administración de los contratos. El porcentaje obtenido durante las encuestas sobre este tema es del doce (12%) por ciento.

Otro problema, que persiste y entorpece la buena administración de los contratos en las Entidades Contratantes es la falta de notificación oportuna al interesado con la designación de administrador de contrato, o la designación tardía del administrador del contrato, una vez que el contrato ha sido suscrito por las partes.

Este problema podría ser solucionado por las Entidades Contratantes, si tan sólo cumplieran eficientemente con sus obligaciones, pero al no hacerlo con la celeridad que el caso amerita, se torna en un problema para el administrador del contrato, ya que debido a este retraso, ha dejado de cumplir con su trabajo, y repercute en el normal y buen desarrollo de su administración.

La notificación tardía de la designación al administrador del contrato obtuvo durante las encuestas un porcentaje del once (11%) por ciento; y, la designación del administrador del contrato, en forma posterior a la suscripción del mismo, obtuvo el porcentaje del diez (10%) por ciento.

Esta realidad es preocupante, ya que esta demora incide en la administración de los contratos. Es necesario que las Entidades Contratantes recuerden que el contratista no va a esperar que la Entidad designe al funcionario que va a administrar el contrato. Lo que le interesa al contratista , en unos casos, es iniciar la ejecución de la obra, el servicio, etc. En otros casos, aprovechan la situación y solicitan prórrogas de plazo a la Entidad Contratante, con el argumento de que no pudo iniciar sus trabajos por la falta del administrador del contrato y/o del fiscalizador del mismo.

La tardía notificación de la designación de administradores de contratos, perjudica los intereses de la Entidad Contratante, y la eficiente administración de los contratos.

Como los funcionarios no pueden negarse a aceptar el cargo de administrador de contratos, ya que su negativa, según indican, podría ser considerado como desacato a la autoridad, a órdenes superiores, aceptan el cargo.

En ciertos casos, han aceptado la administración del contrato cuando la ejecución de la obra está avanzada, e inclusive con el agravante de que el ex administrador del contrato se retiró de sus funciones sin haber dejado, como correspondía, un informe técnico-económico que refleje la situación en que deja el contrato por él administrado, lo cual no debería ser permitido por las Entidades Contratantes, por las responsabilidades de orden legal que esto podría implicar, en caso de una mala administración.

El porcentaje obtenido durante las encuestas por la falta de informes técnicos del estado en que dejan los ex administradores de contratos su gestión, es del siete (7%) por ciento.

Manifiestan los funcionarios públicos encuestados que, su rol de administradores de contratos lo ejecutan la mayoría de las veces, por obligación, más que por convicción.

Consecuentemente, su desempeño también será muy pobre, ya que se encuentran desmotivados, por cuanto aumentó su carga de trabajo, no cuentan con las recursos logísticos mínimos necesarios para realizar una buena administración del contrato, tales como movilización. Tampoco cuentan con una respuesta oportuna a sus necesidades y peticiones por parte de la Entidad, etc., etc. El porcentaje obtenido durante las encuestas en estos específicos puntos es del ocho (8%) por ciento.

Estas son la razones por las cuales los encuestados consideran que se debería crear en las instituciones públicas un departamento destinado exclusivamente para administrar contratos; con profesionales especializados en el objeto de las contrataciones; y, que la capacitación sea considerada como una prioridad e inversión en beneficio de la Institución.

**10)** ¿Considera usted que los funcionarios públicos designados para administrar contratos deberían hacerlo a tiempo completo?

Tabla 22. Respuestas de la pregunta N° 10

| Respuesta | Encuestados | Porcentaje |
|---|---|---|
| **SI** | **36** | **88%** |
| **NO** | **5** | **12%** |
| **TOTAL** | **41** | **100%** |

Fuente: Encuesta realizada por el autor a los usuarios del SNCP

**Representación gráfica**

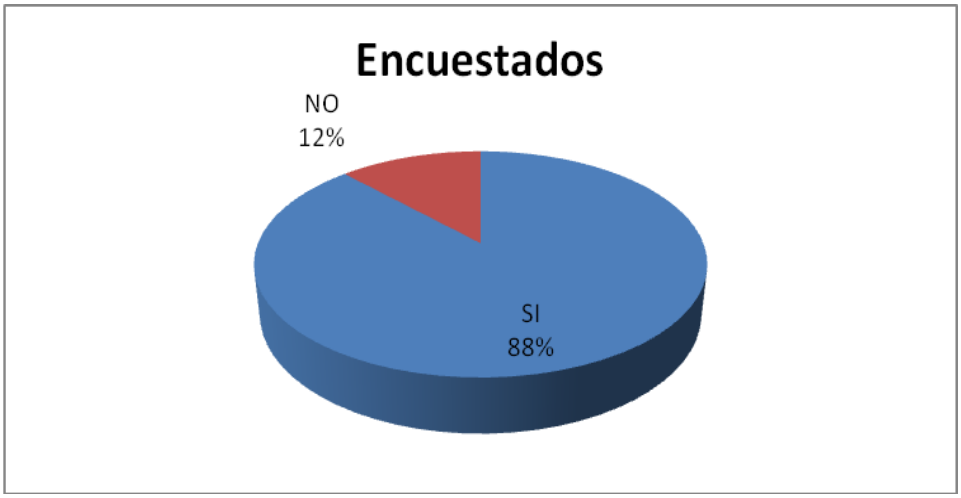



Figura 10. Estadísticas de la pregunta N° 10
Fuente: Encuesta realizada por el autor a los usuarios del SNCP

**Análisis e interpretación:**

La mayoría de los encuestados, esto es, el ochenta y ocho (88%) por ciento de ellos consideran que la tarea de administrar contratos debería ser realizada a tiempo completo.

Esta opinión tiene su razón de ser, por asuntos de orden técnico y disponibilidad del tiempo suficiente para la buena administración de los contratos.

Si las Entidades Contratantes desean un óptimo desempeño de las tareas encomendadas a los *administradores de contratos,* éstas deben procurarles un área propicia para su trabajo, y dotarles del tiempo necesario y logística para que ejerzan las funciones de administradores de contratos con responsabilidad, eficiencia y eficacia.

En la actualidad, como se ha dicho, los administradores de contratos deben realizar varias tareas al mismo tiempo. Las propias de su cargo y la de administrador de uno, dos, tres o más contratos, en ciertos casos.

Por la excesiva carga horaria de trabajo, el desempeño del *administrador del contrato* no va a ser el mejor, aun cuando ésa sea su intención. Por razones, más que obvias, el servidor público, dará más prioridad a las funciones de su cargo en la institución porque de su desempeño en el mismo depende su estabilidad; y, después si el tiempo o su jefe inmediato lo permiten, se dedicará a administrar el contrato.

**11)** ¿Considera usted que las instituciones públicas deberían contemplar dentro de su estructura orgánica la creación de un área destinada a la administración y fiscalización de contratos?

Tabla 23. Respuestas de la pregunta N° 11

| Respuesta | Encuestados | Porcentaje |
|---|---|---|
| **SI** | **38** | **93%** |
| **NO** | **3** | **7%** |
| **TOTAL** | **41** | **100%** |

Fuente: Encuesta realizada por el autor a los usuarios del SNCP

**Representación gráfica**

Figura 11. Estadísticas de la pregunta N° 11
Fuente: Encuesta realizada por el autor a los usuarios del SNCP

**Análisis e interpretación:**

Al igual que las respuestas brindadas en la pregunta anterior, la gran mayoría de los encuestados, el noventa y tres (93%) por ciento de ellos consideran que las instituciones públicas deberían contemplar en sus organizaciones la creación de cargos y un área destinada exclusivamente para la administración de contratos y fiscalización de los mismos.

De ser así, consideran que los servidores y servidoras designados para administrar y fiscalizar contratos, estarían en capacidad de administrar no solamente uno ni dos contratos sino varios de ellos al mismo tiempo, ya que según indican, su tarea sería específicamente ésa, no otra; y, por ende quien ganaría serían las Instituciones donde laboran, ya que se administraría los contratos con mayor profesionalismo.

Por esta razón sería conveniente que las Entidades Públicas contemplen en su organigrama la creación de un área destinada exclusivamente para la administración y fiscalización de contratos, y que el perfil profesional de los servidores que trabajen en dicha área sea escogido de acuerdo con el objeto del contrato que según el giro específico del negocio de cada una de las Entidades deban contratar.

Al crear un área destinada específicamente para la administración y fiscalización de los contratos públicos, las Entidades Contratantes obtendrían una mejor administración de sus contratos, ya que los administradores seleccionados para este trabajo se dedicarían a esa específica tarea, no a otra, y por lógica su desempeño y su administración sería más

eficiente y eficaz, al contar con el respaldo de un Área específica y con la logística necesaria para su buen desempeño como *administrador de contratos* o fiscalizador de los mismos, de ser el caso.

El beneficio para las Entidades públicas contratantes, sería evidente, siempre y cuando los profesionales seleccionados para el cargo, tengan un perfil profesional afín al objeto del contrato que van a administrar o fiscalizar, cuenten con una experiencia técnica suficiente afín al objeto del contrato; y, que posean experiencia mínima de tres años en trabajos como administrador de contratos, o fiscalizador de contratos.

**12)** ¿Considera usted que los funcionarios seleccionados para la administración y fiscalización de contratos deberían ser capacitados continuamente parar lograr una eficaz y eficiente administración de los contratos?

Tabla 24. Respuestas de la pregunta N° 11

| Respuesta | Encuestados | Porcentaje |
|---|---|---|
| SI | 41 | 100% |
| NO | 0 | 0% |
| **TOTAL** | **41** | **100%** |

Fuente: Encuesta realizada por el autor a los usuarios del SNCP

**Representación gráfica**

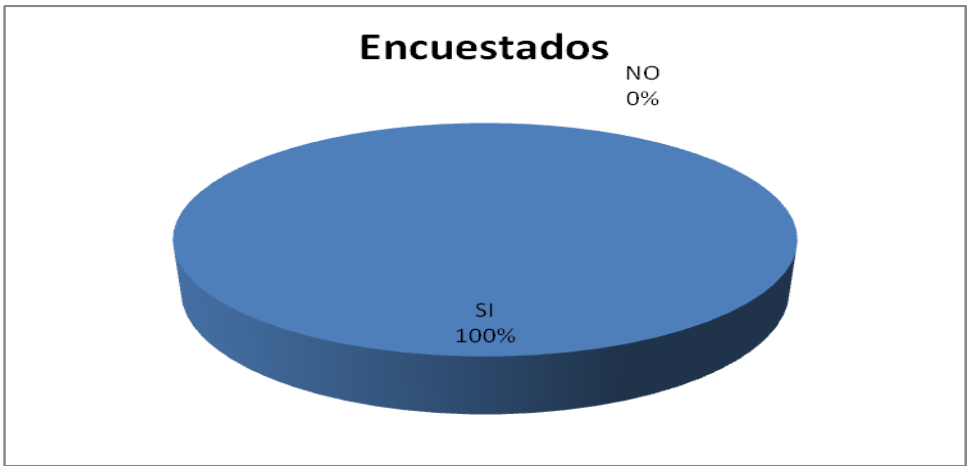



Figura 12. Estadísticas de la pregunta N° 12
Fuente: Encuesta realizada por el autor a los usuarios del SNCP

**Análisis e interpretación:**

La capacitación de las servidoras y los servidores de las instituciones públicas es un derecho y una obligación a todo nivel.

La capacitación se torna especialmente indispensable para aquellos servidores designados como administradores de contratos, o fiscalizadores de los mismos, ya que de su conocimiento y experiencia técnica depende la buena administración de los contratos de las Entidades donde laboran.

El desconocimiento de la norma, puede ser subsanado por las Entidades Contratantes a través de seminarios y cursos de capacitación "específicos" sobre la Ley y el Reglamento de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. También puede ser subsanado mediante el asesoramiento legal de cada una de las Áreas Legales de las Instituciones donde laboran.

Pero, la falta de experiencia técnica o profesión afín al objeto del contrato que se va a administrar o que se está administrando, no puede ser subsanado con un seminario o un curso rápido. Estos conocimientos se los adquiere en los centros de enseñanza superior, en las universidades, y además con la práctica.

Si los administradores de contratos no tienen una profesión afín con el objeto de la contratación ni la suficiente experiencia técnica sobre el mismo, su desempeño será bajo y/o va a depender de lo que diga el fiscalizador del contrato, en el mejor de los casos, o de lo que le diga contratista para "evitarse" problemas.

En la práctica, lamentablemente se ha constatado que el contratista aprovecha el desconocimiento técnico y legal del *administrador del contrato*, en su favor. Esta es la razón por la cual las Entidades Contratantes deben apoyar a sus servidores en cuanto a capacitación específica mediante cursos y seminarios de actualización para aquellos servidores que cuentan con un grado profesional, o a profesionalizarse en centros de estudios superiores del país.

**13)** Considera usted que se debería reformar el Art. 121 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública a fin de que se especifique con claridad las funciones del Administrador del Contrato para una eficiente y eficaz

administración del mismo; y, en representación de que autoridad/funcionario administra este contrato?

Tabla 25. Respuestas de la pregunta N° 13

| Respuesta | Encuestados | Porcentaje |
|---|---|---|
| SI | 35 | 85% |
| NO | 6 | 15% |
| **TOTAL** | **41** | **100%** |

Fuente: Encuesta realizada por el autor a los usuarios del SNCP

**Representación gráfica**

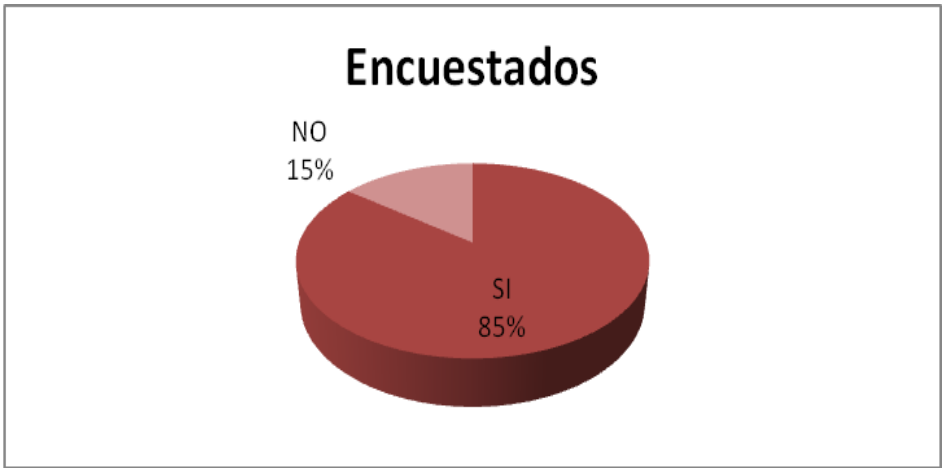



Figura 13. Estadísticas de la pregunta N° 13
Fuente: Encuesta realizada por el autor a los usuarios del SNCP

**Análisis e interpretación:**

El ochenta y cinco (85%) por ciento de los encuestados han coincidido en la necesidad de una reforma al artículo 121 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, debido a que las disposiciones del Reglamento son generales, no se especifica las funciones del administrador del contrato, como se debería, pese a que todo un capítulo del Reglamento a la LOSNCP trata de la Administración del Contrato.

Existe falta de claridad respecto a si la figura del *administrador del contrato* y la figura del *supervisor del contrato*. Si se contempla la figura del supervisor del contrato, es necesario que se reglamente sus funciones, deberes y obligaciones y a quien reporta su trabajo, ya que las mismas no están contempladas en la Ley ni en el Reglamento de la LOSNCP.

## 4.2. Contrastación e hipótesis.

Con los resultados obtenidos luego de la investigación realizada a los actores del proceso, el supuesto hipotético planteado ha sido comprobado.

Al solucionarse la falta de precisión y claridad respecto de quien es el administrador del contrato y quien es el supervisor del contrato, así como los deberes y obligaciones del mismo en el artículo 121 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, se lograría un mejor desempeño de los servidores públicos designados para administrar contratos.

Se evitaría falencias en el orden legal, técnico y económico, ya que el administrador de contratos se empoderaría del conocimiento necesario para una eficiente y eficaz administración, cumpliendo de esta forma con los principios y la finalidad de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento en beneficio de la propia Institución pública y de la colectividad hacia quien va dirigida la obra, el bien o el servicio.

Se ha demostrado la hipótesis planteada a través de los resultados obtenidos durante la investigación de campo, esto es, mediante entrevistas y encuestas.

Se comprueba que aun cuando la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento General presentan una normativa mejorada, frente a la Codificación de la Ley de Contratación Pública, actualmente derogada; sin embargo, se considera que ésta debería ser mejorada, completada, a través de una reforma debidamente estudiada, ya que se ha comprobado durante esta investigación con los actores involucrados en el proceso de administración de contratos, que existen falencias reales que ameritan un estudio y análisis para su reforma.

La falta de claridad entre la figura del administrador del contrato y la del supervisor del contrato, muy probablemente se deba a que en la Codificación de la Ley de Contratación Pública anterior, actualmente derogada, no se contempló la figura del administrador del contrato, sino la figura del supervisor.

La inclusión de la figura del administrador del contrato es propia de la nueva Ley de la materia, esto es, de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

# CAPÍTULO V

# PROPUESTA DE REFORMA

La presente investigación se enmarca en el ámbito de la investigación jurídica, específicamente dirigida a realizar un estudio sobre la normativa prevista en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento General, con relación a la administración de los contratos de ejecución de obras, adquisición de bienes y prestación de servicios, incluidos los de consultoría.

Este estudio permitirá realizar un acercamiento a la realidad de esta grave problemática social, jurídico y económico que en la actualidad enfrentan las instituciones públicas y que causa un gran perjuicio económico a los intereses Estado ecuatoriano, debido a que la norma legal tal como se encuentra determinada en el artículo 121 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, tal como está concebido, no determina en forma eficiente todo lo necesario para un eficaz cumplimiento de las funciones del administrador de contratos, lo cual se traduce en una errónea aplicación de la norma o en una inaplicabilidad de la norma, con el consecuente perjuicio para el Estado.

Durante las encuestas y entrevistas realizadas a los distintos funcionarios públicos, ingenieros civiles, ingenieros eléctricos, arquitectos, abogados en funciones públicas y en libre ejercicio profesional, y contratistas, la gran mayoría expresó que existen falencias en la Ley y el Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, así como también en el orden técnico, a la hora de escoger a los funcionarios que van a administrar los contratos, lo cual afecta a la eficiente y eficaz administración de los contratos. Lo señalado, posteriormente se traduce en un pobre desenvolvimiento del administrador de contratos, debido a que no sabe cómo actuar frente a los problemas que se presentan durante la ejecución del contrato, por la falta de especialidad, experiencia técnica afín con el objeto del Contrato; el desconocimiento de la ley; y, del procedimiento para la administración de contratos.

En muchos de los casos, se ha podido comprobar que el contratista tiene mejores conocimientos de la Ley y el Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública que el administrador del contrato, llegando el contratista, por su experiencia, a “guiar” al administrador del contrato y al fiscalizador del mismo, en la parte técnica y legal, lo cual resulta perjudicial para los intereses del Estado y de las instituciones públicas, ya que no siempre esta ayuda es brindada de manera “desinteresada”.

En otras ocasiones, la falta de conocimiento técnico del administrador del contrato, le obliga a confiar en lo que le informa el fiscalizador del contrato; y a depender de él para la administración del contrato.

El Reglamento General a la LOSNCP debería señalar a que otra ley, reglamento, norma, etc., pueden acudir los administradores de contratos, en caso de duda, o insuficiencia de la norma.

También es necesario que los administradores de contratos sepan con claridad a qué autoridad representan durante la administración de los mismos, a fin de que tomen conciencia de lo delicado de sus funciones, y de la necesidad de que actúen con ética y profesionalismo, para evitar ser sancionados por sus acciones u omisiones en el ámbito administrativo, civil y penal de ser el caso.

Al establecer en el Reglamento de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública que el administrador del contrato representa a la máxima autoridad de la Entidad durante la ejecución del contrato, el contratista sabrá con claridad que todas las comunicaciones relacionadas con la ejecución del contrato deberán ser dirigidas al administrador del contrato.

La máxima autoridad de las Entidades Contratantes o sus delegados, deben considerar que si se designan funcionarios profesionalmente no idóneos ni con experiencia afán n en el objeto del contrato que van a administrar, la responsabilidad por las acciones u omisiones que cometa el administrador del contrato, será solidaria con quien lo designó.

En este punto sería conveniente que en la reforma al artículo 121 del Reglamento de la LOSNCP se contemplen causales para que el funcionario designado pueda excusarse o ser relevado de su cargo de administrador de contratos. De esta forma se evitaría que profesionales no afines con el objeto del contrato ni experiencia técnica suficiente sean designados como administradores de contratos, en perjuicio de la buena administración de los contratos.

Durante la investigación realizada se ha podido establecer que una gran mayoría de funcionarios públicos no están de acuerdo ni conformes con la forma de designación de administradores de contratos por parte de las Entidades Públicas donde laboran, ya que según indican lo hacen sin tomar en consideración si su profesión es afín al objeto del

contrato; si cuentan con la experiencia necesaria para asumir dichas funciones; si tienen experiencia en administración de contratos; si cuentan con el tiempo suficiente para hacerlo; en definitiva, si éste es un profesional idóneo para la administración del contrato.

Señalan los entrevistados que, su carga de trabajo se ha visto incrementada y no le es posible administrar eficientemente el contrato o los contratos asignados por la falta de tiempo y apoyo de su inmediato superior, quien les exige que "primero" cumpla con las tareas propias de su cargo, en su departamento; y luego, con las funciones de administrador de contratos. Desde luego para estos servidores lo principal es cuidar su cargo, por el que reciben una remuneración, ya que la administración de contratos, no es remunerada.

En otros casos, se ha podido observar que los servidores designados como administradores de contratos, se sienten preocupados, estresados, porque una vez notificados con la designación, no saben cómo administrar correctamente el contrato, y mucho menos conoce la ley. Señalan los entrevistados que se han visto obligados a buscar la "ayuda" de otros compañeros profesionales que conocen del objeto que administra, o del fiscalizador, cuando el contrato lo contempla, y a falta de ellos, a "trabajar" lo mejor que puede con el contratista.

Otra de las quejas de los funcionarios designados como administradores de contratos es que los servidores responsables de notificarles con tal designación, no lo hacen a tiempo, y que esto les impide iniciar con la administración del contrato, oportunamente.

Ante esta situación, sería necesario que en la reforma, se reglamente un término, para que el administrador del contrato sea notificado con su designación, a fin de que pueda dar inicio a sus tareas con responsabilidad y a tiempo.

### 5.1 Base legal para la reforma

El sustento legal para la reforma del artículo 121 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública sería:

- Falta de claridad del Art. 121 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública

- Incongruencia entre las disposiciones del Art. 70, el Art. 80 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y el Art. 121 del Reglamento General a la Ley respecto de las figuras del administrador del contrato y del supervisor del contrato.

El artículo 121 del Reglamento General de Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública dispone que:

"En todo contrato, la entidad contratante designará de manera expresa un administrador del mismo, quien velará por el cabal y oportuno cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones derivadas del contrato. Adoptará las acciones que sean necesarias para evitar retrasos injustificados e impondrá las multas y sanciones a que hubiere lugar.

Si el contrato es de ejecución de obras, prevé y requiere de los servicios de fiscalización, el administrador del contrato velará porque ésta actúe de acuerdo a las especificaciones constantes en los pliegos o en el propio contrato."

La designación del administrador del contrato, de manera expresa, en el contrato es muy positivo, con esto queda establecido muy claramente ante quien deberá dirigirse el contratista previo al inicio de ejecución del contrato y durante toda la etapa de ejecución del mismo. De esta manera, se estará evitando que cualquier funcionario público se arrogue funciones que no le competen y termine entorpeciendo el normal desarrollo de la administración del contrato, como lamentablemente sucede.

En la práctica, esta disposición reglamentaria fue cumplida, de manera parcial, por ciertas Entidades públicas, quienes no designaban a los administradores de contratos en el mismo contrato, sino que lo hacían con posterioridad a la suscripción del mismo, mediante un memorando suscrito por la máxima autoridad de la Entidad o su delegado. Hoy en día, las Entidades Contratantes acatan esta disposición e incluyen el nombre del administrador del contrato e inclusive el del fiscalizador del mismo, en una de las cláusulas del contrato, lo cual es positivo.

Sin embargo, persiste aún otro problema, y es la lentitud con que los responsables de las Entidades Contratantes notifican al funcionario designado, con el nombramiento de administrador del contrato, llegándose inclusive, según los encuestados, a extremos de que la notificación les llega hasta con treinta días posteriores a su designación; cuando el contratista ya empezó la ejecución de la obra, del servicio sin la presencia del administrador

del contrato ni del fiscalizador del mismo, de ser el caso, perjudicándose con esta demora el normal desarrollo de la administración del contrato.

El Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, debería reglamentar esta situación, y disponer con el carácter de obligatorio, que las Entidades contratantes notifiquen al funcionario designado como administrador de contratos, dentro de un término de cuarenta y ocho horas, o máximo setenta y dos horas contados a partir de la suscripción del contrato.

En caso de incumplimiento del término, la responsabilidad del administrador del contrato correría a partir de la fecha en que fue notificado; y, la responsabilidad por las acciones u omisiones que ocurrieran durante el lapso de tiempo que no pudo administrar el contrato, recaería en el funcionario que incumplió con su obligación de notificar a tiempo.

Para que el administrador del contrato pueda velar por el cabal y oportuno cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones del contrato, tal como lo dispone el Reglamento General de la LOSNCP, y además vigilar las tareas del fiscalizador del contrato, el Reglamento debería disponer, con el carácter de obligatorio, que las Entidades Contratantes designen como administradores de contratos a funcionarios que cuenten con una profesión y experiencia afín al objeto del contrato; y, con por lo menos tres (3) años de experiencia en el desempeño de las funciones como administrador de contratos.

En la práctica, al no estar reglamentados los requisitos para ser administrador de contratos, las Entidades Contratantes con frecuencia designan como administradores a funcionarios sin el conocimiento, la especialidad, ni la experiencia suficiente relacionada con el objeto del contrato.

Como ejemplos, el artículo 18 del Reglamento General de la LOSNCP dispone que, “Para cada proceso de contratación de: Consultoría por lista corta o por concurso público; (…);3. Licitación; y, 4. Cotización, se conformará la correspondiente Comisión Técnica integrada de la siguiente manera:

1. Un profesional designado por la máxima autoridad, quien la prescindirá;

2. El titular del área requirente o su delegado; y,

3. Un profesional afín al objeto de la contratación designado por la máxima autoridad o su delegado. (…)”

También establece que, “Si la entidad no cuenta en su nómina con un profesional afín al objeto de la contratación, podrá contratar uno para que integre de manera puntual y específica la respectiva Comisión Técnica, sin perjuicio de que, de ser el caso, pueda contar también con la participación de asesoría externa especializada.(…)”

Por otro lado, el artículo 124 del Reglamento General de la LOSNCP dispone a la máxima autoridad de la Entidad Contratante o su delegado que, designe a un técnico (afín al objeto de la contratación) que no haya intervenido en el proceso de ejecución del contrato, para que suscriba las actas conjuntamente con el administrador del contrato.

Esto nos obliga necesariamente a la siguiente reflexión:

a) Si para la conformación de la Comisión Técnica para los procesos de contratación señalados en el artículo 18 del Reglamento de la LOSNCP éste dispuso, con el carácter de obligatorio, que la misma esté conformada por: Un profesional afín al objeto de la contratación; y que ,

Si la Entidad Contratante no cuenta en su nómina con un profesional afín al objeto de la contratación, puede contratar a uno, sin perjuicio de que, de ser el caso, pueda contar también con la participación de asesoría externa especializada;

b) Si para suscribir las actas de entrega-recepción de una obra, bien o servicio, el Reglamento General de la LOSNCP dispuso expresamente que las actas serán suscritas por el contratista y los integrantes de la Comisión conformada por el administrador del contrato y un técnico (en la materia objeto del contrato) que no haya intervenido en la ejecución del contrato;

Con mucha mayor razón el Reglamento General de la LOSNCP debió haber contemplado en el artículo 121 como requisitos indispensables para ser administrador de contratos los siguientes: a) Que el funcionario sea un profesional afín al objeto del contrato; b) Que el funcionario cuente con experiencia afín al objeto del contrato; c) Que tenga experiencia mínima de tres (03) años como administrador de contratos.

Como estos requisitos relacionados con la forma de selección de los administradores de contratos no fueron contemplados en el contenido del artículo 121 del Reglamento General de la LOSNCP, es necesario que se reforme el mismo, y que se incluya estos y otros requisitos indispensable para la selección de los administradores de contratos.

Dispone el artículo 121 del Reglamento General de la LOSNCP que el administrador del contrato deberá adoptar las acciones que sean necesarias para evitar retrasos injustificados durante la administración de los contratos, pero no especifica cuáles son estas acciones. La falta de claridad del citado artículo acarrea confusión y temor en quienes tienen la obligación legal y contractual de la buena administración de los contratos, ya que en caso de incumplimiento, la responsabilidad del administrador del contrato será administrativa, civil y penal de ser el caso.

Por disposición del artículo 121 del Reglamento General de la LOSNCP, el administrador del contrato también es responsable de imponer las multas y sanciones que sean del caso al contratista.

Por ser las multas un asunto delicado que puede acarrear responsabilidades en contra del administrador del contrato, por sus acciones u omisiones en la imposición de las multas en contra del contratista, se torna indispensable que en la reforma al artículo 121 del Reglamento General de la LOSNCP se determine, de manera explícita, hasta qué monto o, hasta cuándo debe multar el administrador del contrato al contratista por sus incumplimientos. Si hasta el cinco (5%) por ciento del valor de la garantía de fiel cumplimiento, o hasta la fecha efectiva de cumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del contratista.

Como se sabe, el fin de las Entidades Públicas Contratantes no es cobrar multas "indefinidamente" al contratista, por cuanto no tienen fines de lucro; ni terminar unilateralmente los contratos cuando las multas impuestas al contratista por el administrador del contrato excedan el valor de la garantía de fiel cumplimiento. El fin de las Entidades públicas es concluir la obra, recibir el bien o el servicio contratado por cuanto estos están dirigidos en beneficio de la colectividad, del pueblo ecuatoriano.

El Reglamento General de la LOSNCP también dispone que el administrador del contrato deberá velar porque el fiscalizador del contrato actúe de acuerdo a las especificaciones constantes en los pliegos y el contrato.

Como se puede apreciar, las tareas encomendadas al administrador del contrato, son puntualmente técnicas, esto requiere, precisa, que quien administre el contrato sea un profesional afín con el objeto del contrato.

Si el funcionario designado para administrar en contrato, no es competente en el ámbito técnico, sea porque:

a) Su profesión es distinta al objeto del contrato,

b) Porque teniendo una profesión afín al objeto, no cuenta con la experiencia necesaria en el objeto del contrato; o,

c) Porque no posee los años de experiencia como administrador de contratos;

Difícilmente el administrador del contrato podrá vigilar las actuaciones del fiscalizador del contrato.

Puede darse el caso, y de hecho sucede en la práctica, que el fiscalizador del contrato si es un profesional afín con el objeto que fiscaliza, y cuenta con más experiencia que el administrador del contrato. En estos casos, el administrador del contrato termina dependiendo del fiscalizador del contrato y de lo que él le informe durante la administración del contrato; y en el mejor de los casos, quien vigilaría las actuaciones del administrador del contrato sería el fiscalizador del contrato.

Las Normas de Control Interno para las Entidades, Organismos del Sector Público y Personas Jurídicas de Derecho privado que dispongan de Recursos Públicos, de la Contraloría General del Estado[39], respecto del administrador del contrato, dispone en la Norma NC-408-17, que:

"El administrador del contrato velará porque la obra se ejecute de acuerdo con lo planeado y programado, pero sin tomar parte directamente en la ejecución rutinaria de las tareas que aseguren su cumplimiento, antes bien, debe lograrlo mediante la delegación y supervisión de esas tareas, la comunicación constante con el personal encargado de llevarlas a cabo, la aplicación de su autoridad para dirimir o resolver cualquier problema que no puedan manejar los niveles inferiores y motivar al personal con el fin de que brinde lo mejor de sí para lograr el éxito del proyecto."

**39 Normas de Control Interno para las Entidades, Organismos del Sector Público y Personas Jurídicas de Derecho privado que dispongan de Recursos Públicos, Acuerdo No. 039.CG, publicadas en el R. O. 87 del 14 de diciembre del 2009, Norma NC-408-17**

La citada Norma de Control Interno, en lugar de auxiliar, confunde al consultante ya que parecería contrariar lo dispuesto en el artículo 121 del Reglamento General de la LOSNCP, el cual dispone que el administrador del contrato debe velar, personalmente, no por interpuesta persona, por el cabal y oportuno cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones derivadas del contrato, adoptando las acciones que sean necesarias para evitar retrasos injustificados e imponiendo las multas y sanciones a que hubiere lugar al contratista. En ninguna de sus partes dice que el administrador del contrato debe ser un mero espectador o que deba delegar sus deberes y funciones a terceros; muy por el contrario, inclusive le ordena que vigile en correcto trabajo del fiscalizador del contrato.

Esta es la razón por la cual las disposiciones del Reglamento General de la LOSNCP deben ser claras y precisas respecto a las facultades del administrador del contrato. La falta de claridad de la norma provoca duda en los funcionarios responsables de la administración y fiscalización de contrato, y puede incurrir en error tratando de interpretarla. Es necesario considerar que la responsabilidad por las acciones u omisiones cometidas por el administrador del contrato pueden ser administrativas, civiles y hasta penales.

El Reglamento de la LOSNCP debe aclarar la confusión que existe entre la figura del administrador del contrato y la figura del supervisor del contrato, respecto a si son una sola figura o dos distintas, o si la figura del supervisor se la debe utilizar únicamente en los "Contratos Integrales por Precio Fijo", como un asistente bajo las órdenes del administrador del contrato; ya que en este tipo de contratos la LOSNCP establece que estará sujeto a la supervisión de la Entidad Contratante, que podrá ser realizada por si misma o por terceros.

Las Normas de Control Interno emitidas por la Contraloría General del Estado, detallan algunas funciones del administrador del contrato. El Reglamento General de la LOSNCP bien podría citar algunas de ellas en un artículo de la reforma.

El Reglamento General a la LOSNCP, debería disponer a que otra norma puede acudir, de manera supletoria, el administrador del contrato, en caso de duda durante la administración de los contratos, a fin de que las decisiones que adopte no afecten su correcta administración; y por ende, los intereses de la Institución. Esta disposición debe ser expresa y constar en el Reglamento.

El Reglamento General de la LOSNCP también debería contemplar en la reforma un artículo donde se señale las causales por las cuales un funcionario público no puede ejercer el cargo de administrador de contratos, y las razones por las cuales un funcionario público

puede excusarse de tal designación, sin que su negativa sea considerada un desacato a órdenes superiores y corra el riesgo de ser sancionado.

**5.2 Propuesta de reforma.**

Concluido el presente trabajo teórico-práctico de investigación y una vez analizados los resultados del proceso, considero que se debería reformar el artículo 121 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, por cuanto no es lo suficientemente explícito. De esta manera se evitaría la discrecionalidad en la toma de decisiones, por parte de las Entidades Contratantes y de los propios administradores de contratos.

La reforma del artículo 121 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública debería contener lo siguiente:

- Numerales en cada uno de ellos. Debería determinarse cada función del administrador del contrato, para lograr con exactitud lo que espera de él, tal como están especificadas las funciones del fiscalizador en el Reglamento de Bienes del Sector Público, emitido por la Contraloría General del Estado.
- En el mismo artículo reglamentario se debería dejar establecido cuál es la autoridad a la que responde el administrador del contrato, y a nombre y en representación de quién administra los contratos.
- Siendo todo un Capítulo del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública el que trata de la administración del contrato, el artículo 121 del Reglamento podría quedar con igual redacción a manera de artículo introductorio que conceptúa a esta Administración; y, en el Capítulo se deberían agregar más artículos que desglosen las labores precisas del administrador del contrato para evitar confusión o duplicidad de funciones con las del supervisor y, determinar al superior jerárquico de este último.

Las razones por las cuales se debería reformar el artículo 121 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública son entre otras, las siguientes:

- Por cuanto existe incongruencia entre lo prescrito en el artículo 70 y el artículo 80 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; y, lo establecido en el artículo 121 del Reglamento General a la LOSNCP.

- Por cuanto el artículo 70 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, establece que los contratos contendrán estipulaciones específicas relacionadas con las funciones y deberes de los administradores del contrato, así como de quienes van a ejercer la supervisión o fiscalización. Es decir señala a tres responsables dentro de la administración del contrato, sin especificar las funciones del supervisor del contrato.

- El artículo 80 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública establece que, el supervisor y el fiscalizador del contrato son los responsables de tomar todas las medidas necesarias para su adecuada ejecución, con estricto cumplimiento de sus cláusulas, programas, cronogramas, plazos y costos previstos. En este artículo de la Ley, se omite la figura del administrador del contrato.

- El artículo 121 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública señala que en todo contrato, la Entidad Contratante, designará de manera expresa un administrador del contrato.

  El citado artículo no menciona al supervisor, figura que si está contemplada en el artículo 70 y 80 de la LOSNCP.

Revisados y analizados los artículos de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y los artículos del Reglamento General de la Ley, en lo que tiene que ver con la figura del administrador de contratos, se considera necesario que en la reforma propuesta al artículo 121 del Reglamento se aclare si el administrador del contrato y el supervisor del contrato son una sola figura, o si son dos cargos distintos, con funciones y deberes específicos cada uno de ellos.

De ser diferentes, es conveniente que se especifiquen con claridad las funciones y deberes tanto del administrador del contrato como las del supervisor del contrato, para poner fin a esta confusión.

En la Codificación de la Ley de Contratación Pública, actualmente derogada, se contempló la figura del supervisor, no así la figura del administrador del contrato. Esta figura es nueva, aparece con la expedición de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; y, es necesario que en la reforma propuesta al artículo 121 del Reglamento General de la LOSNCP se provea al administrador del contrato de facultades, deberes y obligaciones claras y suficientes, por ser éstas, herramientas indispensables para una buena administración del contrato.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en el Capítulo V, Procedimientos especiales, Sección I, Contratación integral por precio fijo, establece que este tipo de contratos estarán sujetos a la *supervisión* de la entidad Contratante, que podrá ser realizada por sí misma o por terceros. [40]

También establece que *la supervisión es la encargada de vigilar* que el contratista se rija a las especificaciones técnicas requeridas y a las obligaciones en cuanto a calidad y origen de los componentes de la obra, establecidos en el contrato.

En el procedimiento de Contratación Integral por Precio Fijo, no se contempla la figura del administrador del contrato. Únicamente contempla a la supervisión, en términos generales, dando a entender como que en este tipo de contratos: a) no es necesaria la figura del *administrador del contrato*, o b) que el *administrador del contrato* y el supervisor del contrato son una sola figura.

El Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación

Pública debería señalar en la reforma propuesta, a que otra norma puede acudir el administrador del contrato en caso de duda, respecto a sus funciones y deberes.

Las normas de control interno para las entidades, organismos del sector público y personas jurídicas de derecho privado que dispongan de recursos públicos[41], respecto del administrador del contrato y del supervisor del contrato, señalan lo siguiente:

La Norma de Control Interno No. 408-16, trata de la administración del contrato y de la administración de la obra y señala que, dependiendo de la entidad dueña del proyecto y de la importancia del mismo, se organizará la administración del contrato o la administración de la obra, según se trate de la ejecución mediante contrato o una ejecución directa de la entidad.

**40 Ley Orgànica del Sistema Nacional de Contrataciòn Pùblica, Capìtulo V, Procedimientos Especiales,Secciòn I, Arts. 53, 56**

**41 Acuerdo No. 039-CG del 2 de diciembre del 2009, emitida por la Contraloría General del Estado, publicada en el R.O. No. 87 del 14 de diciembre del 2009**

Según la citada norma, estas labores las puede realizar la entidad directamente o contratarla con una empresa consultora que se encargará de administrar por delegación. A pesar de la delegación de la administración del contrato, la entidad mantendrá una supervisión rigurosa y estricta sobre la obra con el propósito de vigilar las tareas de fiscalización.

Esto nos da a entender que si la Entidad Contratante contrata los servicios de un administrador de contrato externo, deja de ser administrador del contrato y pasa a ser un supervisor cuyas funciones serían únicamente vigilar la actuación del fiscalizador del contrato. De ser así, la pregunta lógica sería, ¿quién vigila las actuaciones del administrador del contrato externo?.

También señala la citada Norma que, en proyectos que involucren la ejecución de obras civiles y equipamiento o la ejecución de varias obras de la misma naturaleza se designará un administrador del contrato cuyas funciones, en términos generales, consisten en velar por la calidad de la obra, el costo y el plazo.

Esta disposición confunde al consultante, ya que difiere de la disposición anterior.

La Norma 408-16, también señala que toda persona que tenga a su cargo la ejecución o administración de una obra tiene el deber de conocer las disposiciones legales y aplicarlas.

Esta es la razón por la cual se considera que las Entidades Contratantes deben “invertir” en capacitaciones específicas, relacionadas con la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento General, las Resoluciones del SERCOP, y demás normas relacionadas con la administración y fiscalización de contratos públicos. De esta forma se contaría con administradores de contratos dotados del conocimiento necesario de la ley, a fin de que puedan aplicarlas en la administración del contrato.

Así mismo, señala la citada Norma que serán obligatorias todas aquellas normas que se dicten posteriormente a las mencionadas, ya sea para derogarlas, ampliarlas o introducir conceptos nuevos, siempre que entren en vigencia mientras el proyecto se lleva a cabo.

En las organizaciones donde se cuenta con un Director de Obras Públicas o un Jefe de la Unidad, según la Norma 408-16, éste generalmente asume las funciones de administrador del contrato o administrador de la obra. En otras entidades, con muchos proyectos, el administrador del contrato puede asumir la supervisión o manejo de varias obras.

Esta disposición no es clara, confunde al consultante. Por esta razón, se hace hincapié en que las disposiciones de la Ley y el Reglamento de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de

Contratación Pública deben ser claras, puntuales para que tanto las Entidades Contratantes como los funcionarios encargados de la administración de contratos y de la fiscalización no se confundan.

La Norma de Control Interno No. 408-17, dispone que el administrador del contrato velará porque la obra se ejecute de acuerdo a lo planeado y programado, pero sin tomar parte directamente en la ejecución rutinaria de las tareas que aseguren su cumplimiento.

Como se señaló anteriormente, las disposiciones de la Norma 408-16 , la Norma 408-17 y de los artículos 70 y 80 de la LOSNCP, son confusas, ya que dan a entender por un lado, que las funciones del administrador del contrato y del supervisor del contrato rehacen en una sola persona; en otras, que son figuras diferentes pero sin funciones específicas; todo esto, en contraposición con lo dispuesto en el artículo 121 del Reglamento General de la LOSNCP, donde se contempla la figura del administrador del contrato . Por lo que la reforma al Capítulo V del Reglamento General de la LOSNCP se torna indispensable y urgente.

### 5.3. Proyecto de reforma legal

Al concluir el presente trabajo investigativo, se propone un proyecto de reforma legal al artículo 121 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

**Proyecto de Reforma al Artículo 121 del Reglamento General de la Ley Orgánica Del Sistema Nacional de Contratación Pública**

**Rafael Correa Delgado**

**PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA**

**Considerando:**

Que, la Asamblea Nacional Constituyente expidió la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 395 de 4 de agosto del 2008;

Que, la Asamblea Nacional Constituyente expidió la Ley Reformatoria a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 100 del 14 de Octubre del 2013;

Que, mediante Decreto Ejecutivo No. 1700 de 30 de abril del 2009, se expidió el Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 588 de 12 de mayo del 2009;

Que, mediante Decreto Ejecutivo No. 401 de 21 de junio del 2010, se reformó el Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, publicado en el Registro Oficial No. 588 de 12 de mayo del 2009;

Que, mediante Decreto Ejecutivo No. 841 de 2 de agosto del 2011, se reformó el Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, publicado en el Registro Oficial No. 512 de 15 de agosto del 2011;

Que, el Sistema Nacional de Contratación Pública articula todas las instancias, organismos e instituciones en los ámbitos de planificación, programación, presupuesto, control, administración y ejecución de las adquisiciones de bienes y servicios así como la ejecución de obras públicas que se realicen con recursos públicos;

Que, una vez realizado un proceso de evaluación al Capítulo V DE LA ADMINISTRACIÓN DEL CONTRATO del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, es necesario precisar, aclarar y potenciar las funciones y deberes del administrador de contratos de las entidades contratantes del sector público;

Que, es necesario reformar el artículo 121 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, con la finalidad de que sea más específico y se elimine las incongruencias existentes con los artículos 70 y 80 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública;

En ejercicio de las atribuciones que le confiere el número 13 del artículo 147 de la Constitución de la República,

**Decreta:**

**Expedir la siguiente reforma al artículo 121 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.**

**Artículo 1.-** Al artículo 121, realícense las siguientes reformas:

**1.-** En el inciso final, después de la palabra fiscalización, introdúzcase las palabras: " y supervisión".

**2.-** En este mismo inciso, después de la palabra porque, elimínense las palabras: ésta actúe; y, en su lugar introdúzcanse las palabras: "éstos actúen".

**3.-** Después de este inciso, agrácese el siguiente párrafo:

"El administrador del contrato actúa durante la ejecución del contrato a nombre y en representación de la máxima autoridad de la Entidad Contratante o su delegado".

**Artículo 2.-** Después del artículo 121, introdúzcanse los siguientes:

**"Art. 122.1.** Fiscalización y supervisión del contrato: En los contratos de obra, si el contrato prevé y requiere, la entidad contratante designará de manera expresa al fiscalizador y al supervisor del contrato, que podrá ser realizada por sí misma o por terceros.

El supervisor y el fiscalizador del contrato son responsables de tomar las medidas necesarias para la adecuada ejecución del contrato, con estricto cumplimiento de sus cláusulas, programas, cronogramas, plazos y costos previstos, y su trabajo será reportado al administrador del contrato.

Esta responsabilidad es administrativa, civil y penal según corresponda.

**Art. 121.2.** Funciones del Administrador del Contrato.- Son funciones del administrador del contrato, además de las establecidas en la Ley, el Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y el contrato, las siguientes:

**a)** Velar y responsabilizarse porque la ejecución de la obra, la entrega de los bienes, y los servicios, incluidos los de consultoría, se realicen de acuerdo a lo programado.

**b)** Coordinar con las dependencias estatales o privadas que, en razón de sus programas o campos de acción, tengan interés en participar en la etapa de construcción del proyecto.

**c)** Establecer un sistema para medir el logro de los objetivos definidos, de manera que oportunamente se obtenga información exacta sobre su estado y se comuniquen los resultados a las autoridades institucionales competentes.

**d)** Velar porque se efectúen evaluaciones periódicas del proyecto.

**e)** Autorizar el inicio de la obra o de cualquier trabajo no contemplado en los planos originales, que deba cargarse a los fondos destinados al proyecto.

**f)** Coordinar su trabajo con el Jefe Fiscalizador del Proyecto que se encarga de la administración cotidiana del proyecto.

**g)** Establecer la estructura organizacional apropiada para la ejecución de la obra, considerando todos los aspectos que intervienen en ella financieros, legales, de suministros, etc. aunque éstos no sean constructivos y definir las funciones, responsabilidades y autoridad de los participantes; asimismo, proporcionar el apoyo logístico requerido. En el caso de fiscalización realizada por contrato, el Administrador del Contrato, o el supervisor, por encargo de éste, deberá realizar una supervisión responsable sobre todas las labores.

**h)** Intervenir en las actas de entrega recepción provisional, parcial, total y definitiva.

**i)** Delegar, de ser necesario, y en función de la magnitud de la obra, las funciones que considere conveniente al supervisor de la obra.

**j)** En caso de renuncia o cambio dispuesto por la máxima autoridad, deberá entregar, con el carácter de obligatorio, al administrador entrante un informe técnico-económico actualizado del estado en que deja la administración del contrato. El incumplimiento de esta disposición será sancionado administrativa, civil y hasta penalmente.

**k)** Otras.

**Art. 121.3.** Requisitos para ser administrador de contratos.- Para ser administrador de contratos son requisitos indispensables:

**a)** Poseer título profesional afín al objeto del contrato.

**b)** Poseer experiencia afín con el objeto del contrato.

**c)** Poseer experiencia mínima de tres (03) años como administrador de contratos.

**Art. 121.4.** Causas de excusa.- La servidora o el servidor público podrá excusarse ante la máxima autoridad de la Entidad o su delegado de la designación del cargo de administrador de contratos en los siguientes casos:

a) Si pese a contar con un título profesional afín al objeto del contrato no posee la experiencia técnica afín al objeto requerida.

b) Si las funciones propias de su cargo le impiden realizar una buena administración del contrato.

c) Otras.

**Art. 121.5.** Multas.- El administrador del contrato deberá multar al contratista por sus incumplimientos hasta la fecha en que cese definitivamente sus incumplimientos, siempre y cuando la Entidad Contratante resuelva no terminar el contrato por la causal 3 del Art. 94 de la LOSNCP.

**Art. 121.6.** Funciones del fiscalizador del contrato.- Son funciones del fiscalizador del contrato, las establecidas en la Ley y el Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, y el contrato.

**Art. 121.7.** Funciones del supervisor del contrato.- Son funciones y deberes del supervisor del contrato, además de las establecidas en la Ley y el Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, el contrato y las dispuestas por el administrador del contrato.

**Art. 121.8.** Responsabilidad de la administración del contrato.- El administrador del contrato, el fiscalizador(es) y el supervisor del contrato serán responsables administrativa, civil y penalmente según corresponda, por las acciones u omisiones, que cometieren en el cumplimiento de sus funciones.

**Art. 121.9.** Normas complementarias y supletorias.- Los términos del contrato se interpretarán en su sentido literal, a fin de revelar claramente la intención de los contratantes.

En su falta o insuficiencia, se estará a lo establecido la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento; lo dispuesto por la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado y su Reglamento; las Normas de Control Interno para las Entidades, Organismos del Sector Público y Personas Jurídicas de Derecho Privado que dispongan de recursos públicos, emitidas por la Contraloría General del Estado; y, de manera supletoria, en última instancia, las normas contenidas en el Título XIII del Libro IV de la Codificación del Código Civil, “De la Interpretación de los Contratos”, vigente en el Ecuador.

Dada, en el Palacio Nacional, en San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, el día hoy, …….

Rafael Correa Delgado
PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA

## CONCLUSIONES

Como resultado de las encuestas y entrevistas realizadas a través de la presente investigación, se concluye en que es necesario la reforma del artículo 121 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, para lograr una eficiente y eficaz administración de los contratos.

La Constitución de la República del Ecuador y Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, buscan favorecer principios tales como transparencia, eficiencia, eficacia, calidad, etc.; por lo tanto, la administración de los contratos sometidos a esta Ley deben ser realizados conforme a estos principios, tomando en cuenta la necesidad de precautelar el interés institucional, los recursos económicos del Estado ecuatoriano; y, la debida ejecución de los contratos.

El objetivo de este trabajo es el análisis del marco conceptual, doctrinario y jurídico respecto a la administración de contratos, de conformidad con lo dispuesto en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento General, a fin de minimizar los riesgos que pueda acarrear a las Entidades Contratantes una mala selección de servidores públicos para las tareas de administración de contratos.

Las Entidades Contratantes deben tomar en consideración al seleccionar a los servidores públicos para que ejerzan las funciones de *administradores de contratos*, que éstos sean profesionales idóneos para el cargo; esto es, que su profesión sea afín con el objeto del contrato que va a administrar; que posea experiencia suficiente relacionado con el objeto de la contratación; y, que además, cuente con una experiencia de por lo menos tres (03) años como administrador de contratos públicos.

Las Entidades Contratantes deben "invertir" en la capacitación continua de los administradores de contratos, y fiscalizadores del mismo, en temas relacionados con el conocimiento de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento General; y, específicamente en temas que tengan que ver con la administración de contratos y la contratación pública, en general.

Las Entidades públicas deben concienciar, que un capital humano capacitado es la mejor inversión que tiene una Entidad, y un seguro para la obtención de trabajos más eficientes y eficaces, en beneficio de las mismas.

Solamente con el desarrollo del conocimiento de las servidoras y los servidores públicos designados para que ejerzan las funciones de *administrador del contratos* y fiscalizador de los mismos, las Entidades Contratantes obtendrán mejores resultados en la administración de sus contratos.

## RECOMENDACIONES

Se recomienda en base a la investigación realizada, introducir un modelo de reforma del artículo 121 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, debido que las disposiciones de este artículo son generales, al igual que lo dispuesto en el artículo 70 de la Ley Ibídem.

La reforma sugerida debería contemplar lo siguiente:

**1.** Analizar las deficiencias que han llevado a un ineficaz ejercicio de la administración de contratos en las instituciones públicas;

**2**. Revisar y analizar si son suficientes y claras las normas de carácter legal para una correcta y eficaz administración de contratos;

**3.** Concienciar a las Entidades públicas de la necesidad de crear en su organización un área destinada exclusivamente a la administración de contratos.

**4.** Lograr que los administradores de contratos obtengan el conocimiento técnico, legal así como las habilidades y destrezas necesarias para una correcta administración de contratos;

**5.** Lograr que los administradores de contratos cuenten con un procedimiento de administración de contratos para una correcta y eficiente administración de los mismos;

**6.** Que se enumere en el Reglamento de la LOSNCP las funciones/facultades, deberes y obligaciones del administrador del contrato para una eficiente y eficaz administración del mismo;

**7.** Que se determine las funciones, deberes y obligaciones del supervisor del contrato;

**8.** Que se especifique en representación de qué autoridad ejerce las funciones de administrador del contrato;

9. Que se determinen los requisitos para que un servidor o servidora pueda ejercer el cargo de administrador del contratos;

**10.** Que entre los requisitos para que una servidora o un servidor público pueda ejercer las funciones de administrador de contratos, y fiscalizador del mismo, de ser el caso, conste el que sea un “profesional afín” al objeto del contrato y con la experiencia técnica suficiente en el objeto.

**11.** Que en la eventualidad de que la servidora o el servidor no cuente con el grado profesional afín al objeto que va a administrar, que por lo menos posea unos cinco (05) años de "experiencia técnica específica" en el objeto que va a administrar;

**12.** Que la servidora o el servidor que la Entidad Contratante designado para las funciones de administrador de contratos, cuente con un mínimo de tres (03) años de experiencia como administrador de contratos.

## BIBLIOGRAFÍA


- Allesandri, A. (1998). *Derecho Civil: De los Contratos*. Chile: Editorial Jurídica Eduar ConoSur Cia. Ltda.
- Andrade, C. (Mayo del 2013). Registro Contractual, una Herramienta de transparencia para los procesos de Contratación Pública*. La Revista de la Contratación Pública. INCOP*, Edición (3), pp.30.
- Asamblea Nacional (2008). Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449, Quito, Ecuador.
- Biglieri A. (2012). *Contratos Administrativos*, Madrid: lomasapuntes. Recuperado de : https://sites.google.com/site/lomasapuntes/derecho-administrativo-i
- Cabanellas Guillermo, Diccionario de Derecho Usual, Cuarta Edición, Tomo 1, Bibliográfica Omeba-Editores Libreros,Buenos Aires, Argentina.
- Castope Cerquín, L. (1987). *El Fundamento del carácter relativo de la libertad contractual.* Quito, Ecuador: Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales ILDIS.
- Chile Compra (2013). *¿Cómo vender al Estado?*. Chile: Ministerio de Hacienda. Recuperado de: https://www.mercadopublico.cl/portal/MP2/secciones/como-vender/como-vender.html
- Córdova Vinueza, P., Vaca Ojeda, M. y Hernán Jaramillo, J. () *Las Compras como Política Pública-Servicio Nacional de Contratación Pública, SERCOP, Primer Concurso*. Quito, Ecuador: Poder Gráfico Cia. Ltda.
- Codificación de la Ley de Contratación Pública. Quito, Ecuador, 2005
- Codificación del Código Civil del Ecuador. Quito, Ecuador, 2006
- Contraloría General del Estado (2013). *Rendición de Cuentas 2012*. Recuperado de : http://www.contraloria.gob.ec/ley_de_transparencia.asp
- Crespo, P. J. (2007). *Primer Módulo Teoría General del Contrato Administrativo*. Guayaquil, Ecuador: Universidad de Guayaquil.

- Dermizaky Peredo, P. (2010), *Derecho Administrativo.Contrato Administrativo*. Editora J.V.
- Escola, J. H. (1979). *Tratado Integral de los Contratos Administrativos (Volúmen I).* Universidad de Texas.
- Estatuto del Regimen Juridico Administrativo de la Función Ejecutiva, Decreto 2428. Registro Oficial N° 536, Quito, Ecuador, 18 de marzo del 2002.
- Franco Gurtierrez, O. (1989). *La Contratación Administrativa*. Bogotá, Colombia: Biblioteca Jurídica DIKE.
- Garófalo Salazar, A. (2004). *Manual Teórico Práctico de Contratación Pública.* Quito, Ecuador: PUDELECO, Editores S.A.
- Guerra Ramos, C. M. (2012). *Fiscalización Gubernamental (Primera Edición)*. Texto Guía. Loja, Ecuador: Universidad Técnica Particular de Loja.
- Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Registro Oficial No. 395, Quito, Ecuador, 24 de agosto del 2008.
- INCOP (2013). *Informe de Rendición de Cuentas del Instituto Nacional de Contratación Pública 2012*. Recuperado de http://portal.compraspublicas.gob.ec/incop/
- Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Registro Oficial No. 100, Quito, Ecuador, 14 de octubre del 2013.
- Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado. Suplemento del Registro Oficial No. 1, Quito, Ecuador, 11 de agosto del 2009.
- Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado. Quito, Ecuador, 2009.
- Ley No. 19886 de 30-07-2003, Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios de Chile, Chile, 11 de julio del 2003. (Reformada el 01 de marzo del 2010 por el Ministerio de Hacienda).
- Lira Ubidia, C., (2003). *Los Contratos Públicos*. GestioPolis. Recuperado de: http://www.gestiopolis.com/recursos/documentos/fulldocs/eco1/contrapublico.htm

- López Jácome, N. (2007). *La Responsabilidad Administrativa, Civil y Penal, NINA Comunicaciones (Tercera Edición).* Quito, Ecuador.
- Marienhoff M. (1983). *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perot.
- México Legal (1998). Iniciativas de Ley. Recuperado de: http://mexicolegal.com.mx/iniciativasdeley.php
- Noillet, A. (24 octubre de 2014). Contratos administrativos. Selección del contratante. Recuperado de: http://www.unlu.edu.ar/~uai/Articulos/Art/ContratosAdm.htm.
- Normas de Control Interno para las Entidades, Organismos del Sector Público y Personas Jurídicas de Derecho Privado que dispongan de Recursos Públicos, Acuerdo No. 039-CG. Suplemento del Registro Oficial No. 87 del 14 de diciembre del 2009.
- Palacio Incapié Juan Ángel, La Contratación de las Entidades Estatales, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., Primera Edición, 19997, Medellín, Colombia.
- Parada R. (2012), *Derecho Administrativo I (Decimoctava Edición).* Madrid, España: Marcial Pons, Ediciones Jurìdicas y Sociales
- Pérez, E. (2000). *El Poder Ejecutivo en el Derecho Público y en la Constitucion*. Quito, Ecuador: Corporación Estudios y Publicaciones - CEP
- Pérez, E. (2009). *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Quito-Ecuador: Corporación Estudios y Publicaciones - CEP
- Pérez, E. (2006). *Derecho Administrativo. (Tercera Edición actualizada).* Quito, Ecuador: Corporación Estudios y Publicaciones – CEP.
- Pérez A. y Pérez E., (2008). *Manual de Contratos del Estado.* Quito. Ecuador: Corporación Estudios y Publicaciones – CEP.
- Pozos, M. (2008). Derecho Administrativo. Recuperado de: http://derecho-administrativo.blogspot.com/2008/07/el-acto-administrativo-concepto.html
- Resolución INCOP- No. 053-2011, Quito, Ecuador, 14 de octubre del 2011.
- Resolución No. INCOP-2013-0000080. Quito, Ecuador, 14 de enero del 2013.

- Resolución No.INCOP-2013-0000081. Quito, Ecuador 30 de enero del 2013.
- Resolución No. RE-INCOP-2013-0000103. Quito, Ecuador, 13 de diciembre del 2013.
- Resolución No. RE-SERCOP-2013-0000001. Quito, Ecuador, 1 de noviembre del 2013.
- Resolución No. RE-SERCOP-2013-0000002. Quito, Ecuador, 27 de diciembre del 2013.
- Resolución No. RE-SERCOP-2014-000004. Quito, Ecuador, 20 de febrero del 2014.
- Resolución No. RE-SERCOP-2014-0000015. Quito, Ecuador, 02 de octubre del 2014.
- Resolución No. RE-SERCOP-2014-0000017. Quito, Ecuador, 29 de octubre del 2014.
- Ricaurte, M. M. (2012). *Contratación Pública, Guía Didáctica. (Primera Edición)*. Loja, Ecuador: Universidad Técnica Particular de Loja.
- Rincón Soto, I. B., (2009). *Principios Generales de la Contratación Pública, Economía Pública*. Recuperado de: http://webcache.googleusercontent.com .
- Rivas Casaretto, M. D. (2006). *Función Controladora del Estado Ecuatoriano*. Guayaquil, Ecuador: EDINO Editorial.
- Rivas Casaretto, M. D. (2013). Los Recursos del Estado y su Control, *Revista Jurídica, Facultad de Derecho*. p.10.
- Rivas Ordoñéz, L. y López Jácome, N. (2010). *Interrogantes y Respustas sobre la nueva Ley de Contratación Pública*. Quito, Ecuador: NINA Comunicaciones.
- Rodríguez Peñaherrera, C. (1987). *Administración Pública Ecuatoriana, Breve Recuento Histórico y Algunas Ideas para Planificar el Cambio*. Quito, Ecuador: FLACSO Biblioteca.
- SERCOP (2014). *Informe Preliminar de Rendición de Cuentas del Servicio Nacional de Contratación Pública 2013*. Recuperado de: http://portal.compraspublicas.gob.ec/incop/
- Ubidia, C. L. (2003). *Los Contratos Públicos*. Lima, Perú: Universidad San Martín de Porres.
- Suárez Beltrán, G. y Laguado Giraldo R. (2007). *Manual de Contratación Pública Electrónica para América Latina.* Santiago de Chile, Chile: Publicación de las Naciones Unidas.

- Torres Córdova, H.R. (2004). *Teoría General del Contrato Administrativo*. Monografias.com. Recuperado de: http:/www.monografías.com/trabajos16/contrato-administrativo.shtml
- Zavala Egas, J. (2005). *Derecho Administrativo, Volumen I.* Guayaquil, Ecuador: Edino.

# ANEXOS

## ENCUESTAS

**UNIVERSIDAD TÉCNICA PARTICULAR DE LOJA**

**ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS**
**MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO**

Solicito su valiosa opinión, con el propósito de fundamentar mi investigación sobre la "REFORMA AL ART. 121 DEL REGLAMENTO GENERAL A LA LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, RESPECTO DE LA EFICAZ Y EFICIENTE ADMINISTRACIÓN DE LOS CONTRATOS DE BIENES Y SERVICIOS EN INSTITUCIONES PÚBLICAS"

**1. ¿Considera usted que está capacitado para administrar un contrato de conformidad con lo que dispone el Art. 121 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública?**

SI ( ) NO ( )

**2. Si en la pregunta anterior, respondió negativamente, señale las razones por las cuales se considera que no está capacitado para administrar contratos:**

LEGALES (Desconocimiento de la LOSNCP) ( )

TECNICAS (Profesión no afín/falta experiencia objeto) ( )
NINGUN PROBLEMA ( )

**3. ¿Considera usted que el procedimiento de designación del administrador del contrato en las instituciones públicas es la adecuada?**

SI ( ) NO ( )

De ser negativa su respuesta indicar la razón: **……..**
**…….**

**4. ¿Considera usted que las funciones y deberes del administrador del contrato están suficientemente establecidas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y en el Reglamento General?**

SI ( ) NO ( )

De ser negativa su respuesta indicar el por qué: **……**
**…….....**

**5. ¿Considera usted que un administrador de contrato está en capacidad de administrar varios contratos al mismo tiempo?**

SI ( ) NO ( )

De ser negativa su respuesta indicar el por qué: ……..……
**…….**

**6. ¿Considera usted que el administrador del contrato debe poseer experiencia y conocimientos suficientes en relación con el objeto del contrato que va a administrar?**

SI ( ) NO ( )

**7. Podría indicar usted si conoce a que autoridad/ funcionario público representa el administrador durante la administración del contrato?**

SI ( ) NO ( )

De ser afirmativa su respuesta indicar a quien:…….. ……..

**8. ¿Qué tipo de contratos ha administrado o fiscalizado en los últimos 3 años?**

BIENES: ( ) OBRAS: ( ) SERVICIOS: ( )

BIENES/OBRAS ( ) BIENES/SERVICIOS ( )

OBRAS/BIENES ( ) BIENES/OBRAS/SERVICIOS ( )

Si no ha administrado ni fiscalizado contratos, cuál es su experiencia en la administración pública? ….....

**9. Podría indicar usted cuales han sido los mayores obstáculos que se presentaron durante la administración del contrato?**

**a)** Designación del cargo de Administrador del Contrato después de haberse suscrito el contrato.

**b)** Notificación de la designación del cargo de Administrador del Contrato una vez iniciada la obra, contratado la adquisición del bien o la prestación del servicio.

**c)** Si habiéndose nombrado un Administrador del Contrato éste deja su cargo sin presentar un Informe Técnico del estado en que queda la ejecución de la obra, el estado del bien (es) o la prestación del servicio contratado para conocimiento del nuevo Administrador del Contrato.

**d)** Desconocimiento o poco conocimiento de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento General.

**e)** Desconocimiento del objeto del contrato que va a administrar.

**f)** La profesión del Administrador del Contrato no es afín con el objeto del contrato.

**g)** La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento General no específica con claridad las funciones del Administrador del Contrato.

**h)** La Ley ni el Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública señalan a que otra normativa debe acudir el Administrador del Contrato, en caso de duda, sobre las funciones y deberes del administrador y fiscalizador del contrato.

**i)** Otros:……

**10. Considera usted que los funcionarios públicos designados para administrar contratos deberían hacerlo a tiempo completo?**

SI ( ) NO ( )

De ser negativa su respuesta indicar el por qué:……..
……

**11. Considera usted que las instituciones públicas deberían contemplar dentro de su estructura orgánica la creación de un área destinada a la administración y fiscalización de contratos?**

SI ( ) NO ( )

**12. Considera usted que los funcionarios seleccionados para la administración y fiscalización de contratos deberían ser capacitados continuamente para logar una eficaz y eficiente administración de los contratos?**

SI ( ) NO ( )

**13. ¿Considera usted que se debería reformar el Art. 121 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública a fin de que se especifique con claridad las funciones del Administrador del Contrato para una eficiente y eficaz administración del mismo; y, en representación de que autoridad/funcionario administra este contrato?**

SI ( ) NO ( )

**Le agradezco su gentil colaboración**