



UNIVERSIDAD TÉCNICA PARTICULAR DE LOJA

La Universidad Católica de Loja

AREA SOCIO HUMANISTICA

TITULO DE MAGÍSTER EN DERECHO ADMINISTRATIVO

**Responsabilidad en los procesos de contratación pública y en la
ejecución de los contratos para la Corporación Nacional de
Telecomunicaciones CNT EP.**

TRABAJO DE TITULACION

AUTOR: Freire Villafuerte, Héctor Bolívar

DIRECTOR: Díaz Toledo, Darío, Magíster

CENTRO UNIVERSITARIO LAGO AGRIO

2017



Esta versión digital, ha sido acreditada bajo la licencia Creative Commons 4.0, CC BY-NY-SA: Reconocimiento-No comercial-Compartir igual; la cual permite copiar, distribuir y comunicar públicamente la obra, mientras se reconozca la autoría original, no se utilice con fines comerciales y se permiten obras derivadas, siempre que mantenga la misma licencia al ser divulgada. <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/deed.es>

2017

Aprobación del Director del Trabajo de Titulación

Mgtr.

Darío Alcides Díaz Toledo

DOCENTE DE LA TITULACIÓN

De mi consideración:

Que el trabajo a fin de maestría denominado "RESPONSABILIDAD EN LOS PROCESOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA Y EN LA EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS PARA LA CORPORACIÓN NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES (CNT EP), realizado por Héctor Bolívar Freire Villafuerte, ha sido orientado y revisado durante su ejecución, por cuanto se aprueba la presentación del mismo.

Loja, abril de 2017

f).....

DECLARACIÓN DE AUTORIA Y CESIÓN DE DERECHOS

“Yo, Héctor Bolívar Freire Villafuerte, declaro ser autor del presente trabajo de fin de Maestría “Responsabilidad en los procesos de contratación pública y en la ejecución de los contratos para la Corporación Nacional de Telecomunicaciones (CNT EP)”, de la Maestría en Derecho Administrativo, siendo Darío Díaz Toledo, 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, conceptos, 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 Técnica 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 trabajo de titulación que se realicen con el apoyo financiero académico e institucional cooperativo de la universidad.”*

f).....

Freire Villafuerte Héctor Bolívar

CI: 1600273823

DEDICATORIA

A Dios por permitirme llegar a este momento tan especial de mi vida. Por lo momentos de felicidad, tristeza, enfermedad y salud que me ha enseñado a valorar cada día más.

A mi madre por su inmenso amor que me dio y siento su presencia constante cada día,

A mi hermana presente durante mi enfermedad.

A mi esposa, mis hijos testigos de éxitos y fracasos, mi familia razón especial de mi esfuerzo y de mis luchas, por el apoyo incondicional, el afecto y el cariño que me han brindado siempre.

El Autor.

AGRADECIMIENTO

Expreso mi infinita gratitud, a todas las personas e instituciones que participaron en mi formación profesional, en especial a las autoridades de la Maestría en Derecho Administrativo de la Escuela de Ciencias Jurídicas de la Universidad Técnica Particular de Loja.

A mis Maestros Universitarios, por haber compartido sus conocimientos y experiencias en el ámbito administrativo.

Agradezco de manera especial al Mgtr. Darío Díaz Toledo, por haberme orientado en el proceso de desarrollo de este trabajo de investigación, brindándome su conocimiento y experiencia, para que este estudio quede terminado y apto para ser considerado como requisito para la obtención del título de Magister en Derecho Administrativo.

Autor.

INDICE DE CONTENIDOS

	Pág.
CARÁTULA.....	i
APROBACIÓN DEL DIRECTOR DEL TRABAJO DE TITULACIÓN.....	ii
DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y CESIÓN DE DERECHOS.....	iii
DEDICATORIA.....	iv
AGRADECIMIENTO.....	v
ÍNDICE DE CONTENIDOS.....	vi
RESUMEN.....	1
ABSTRACT.....	2
INTRODUCCIÓN.....	3
CAPITULO I.....	40
1.1 Los Contratos en la Administración Pública	8
1.1.1 Fase Interna.....	11
1.1.2 Fase Externa.....	12
1.2 Naturaleza del Contrato Administrativo.....	14
1.3 Requisitos de los Contratos Públicos.....	17
1.3.1 La capacidad del Adjudicatario.....	19
1.3.2 Las Formalidades.....	20
1.4 Principios de la Contratación Pública	22
1.4.1 Principio de Legalidad.....	23
1.4.2 Principio de Igualdad y Trato Justo	23
1.4.3. Principio de Calidad	23
1.4.4. Principio de Vigencia Tecnológica	24
1.4.5. Principio de Oportunidad	24
1.4.6. Principio de Concurrencia	24
1.4.7. Principio de Transparencia	25
1.4.8. Principio de Publicidad	25
1.4.9. Principio de Participación Nacional	25
1.5 Garantía de los Contratos.....	27
1.5.1 Garantía de Fiel Cumplimiento.....	31
1.5.2 Garantía por Anticipo.....	31

1.6. Ejecución del Contrato	34
1.6.1 Única.....	39
1.6.2 Provisional.....	39
1.6.3 Definitiva.....	39
1.6.4 De Pleno Derecho.....	39
1.7 Liquidación del Contrato.....	39
1.7.1 Terminación del Contrato.....	40
1.7.2 Contrato Regular.....	40
1.7.3 Contrato Irregular.....	40
CAPITULO II.....	40
2.1. Antecedentes de Creación y Base Legal de la CNT EP.....	42
2.2 Análisis y Desarrollo Jurídico del Giro Específico del Negocio.....	45
2.3 Análisis Jurídico del Sistema de Contratación "Swiss Challenge"	50
2.4 Análisis de Caso en el Proceso de Contratación de la CNT EP	54
CONCLUSIONES.....	55
RECOMENDACIONES.....	56
COMPROBACION DE HIPOTESIS.....	57
BIBLIOGRAFIA.....	58
ANEXOS.....	60
Anexo 1.-Decreto de Transición de Entidad Anónima a Entidad Pública de la CNT EP.....	65
Anexo 2.-Análisis comparativo entre: Reglamento Interno de Contratación,Obras, Bienes y Servicio de Consultoría de la CNT-EP y la LOSNCP	64

RESÚMEN

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCP) publicada en el Registro Oficial 395, del 4 de agosto de 2008, dispone la derogación de todas las normas especiales de contratación pública, que contengan otras leyes, salvando las contrataciones de bienes de carácter estratégico necesarias para la defensa nacional, es por esta disposición que las contrataciones en la Administración Pública ecuatoriana deberán ser cumplidas por todas las instituciones en los diferentes niveles de Gobierno con la finalidad de satisfacer las necesidades de las entidades contratantes.

La Ley Especial de Telecomunicaciones y el Reglamento para otorgar concesiones de los servicios de telecomunicaciones una vez emitida la "LOSNCP", fueron derogadas todas las normas especiales de contratación pública, que contenían otras leyes y se incluyeron en el ámbito de la misma a todos los organismos de control y regulación, por lo que entidades como la Secretaria Nacional de Telecomunicaciones se sujetan a las disposiciones de la presente "LOSNCP" artículos 103 y 104 y con la aprobación previa por parte del Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP).

PALABRAS CLAVE: Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; Reglamento Contrataciones en la Administración Pública Ecuatoriana, derogación de la Ley Especial de Telecomunicaciones.

ABSTRACT

The Organic Law of the National Procurement System published in Official Gazette 395, of August 4, 2008, it provides for the repeal of all special procurement rules, etc... contained in other laws, saving procurement of goods of a strategic nature it necessary for national defense, is this provision that the contracts in Ecuador`s public administration must be fulfilled by all institutions at different levels of government in order to meet the needs of the contracting entities.

The Special Telecommunications Law and Regulation to grant concessions of telecommunication services issued once the LOSNCP, they were repealed all special procurement rules, etc... containing other laws and they were included in the scope thereof to all control and regulatory bodies, so that organizations like the National Secretariat of Telecommunications are subject to the provisions of the LOSNCP.

Regulation on public procurement, etc...Article 104 contracting by public companies will be subject to specific regulations in the line of business.

KEY WORKS: Organic Law of the National Public Procurement System; Procurement Regulations in Public Administration, repeal of the Special Telecommunications Law.

INTRODUCCIÓN

La Constitución de la República del Ecuador (2008), establece:

“Art. 226.- Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que le sean atribuidas por la Constitución y la Ley” (p.118). Son varios los principios esenciales que rigen los procedimientos para la adquisición de obras, bienes y servicios, incluidos los de consultoría que se encuentran establecidos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su respectivo Reglamento, los cuales han sido asignados por el ordenamiento constitucional y legal a cada uno de estos procesos de contratación.

Constitucionalmente, “los principios que rigen la contratación pública en el Ecuador según el artículo 4 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública son, la legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad y participación nacional.” (LOSNCP R.O. 395, p.3)

La Contratación Pública ha ido evolucionando desde sistemas o principios apegados a la honorabilidad de la persona o entidad a contratar bienes, obras y servicios, pasando por leyes de: licitaciones, hasta alcanzar este momento el rango de Ley Orgánica.

De todas maneras, basados en criterios técnicos (que no necesariamente terminan en decisiones o adjudicaciones acertadas) hay instituciones, como la Corporación Nacional de Telecomunicaciones, que tiene su propia normativa para ciertos procedimientos de contratación bajo el nombre: “*REGLAMENTO INTERNO DE CONTRATACIONES DE OBRAS, BIENES Y SERVICIOS, INCLUIDOS LOS DE CONSULTORIA, DE LA CORPORACIÓN NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES CNT EP*”.

Esta facultad de ampliación normativa para una Institución Ecuatoriana denominada “CNT-EP” le permite a los técnicos administrativos y legales

de la entidad, adjudicar contratos que siendo objetivos, mancilla el trato justo e igualitario, ya que es muy difícil que pequeños proveedores puedan ser calificados para contender frente a contratistas que tienen a su haber societario mayor cuantía accionaria y movimientos de capital; es decir, colegimos que a mayor normatividad supuestamente conexas sobre un mismo tema "llámese contratación" , no siempre es más efectivo el resultado, igualdad y trato justo que conlleva el actuar contractual de las entidades que conforman el sector público ecuatoriano.

El presente trabajo se encuentra estructurado en tres capítulos descritos a continuación:

Capítulo I, temas relacionados con: Contratos en la Administración Pública; Historia y Normativa Legal de los Procedimientos de Contratación Pública aplicados en la Corporación Nacional de Telecomunicaciones "CNT - EP".

Capítulo II, Análisis comparativo entre el Reglamento Interno de Contrataciones aplicado por la Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT- EP y la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Seguidamente un análisis breve de procedimientos contractuales en las cuales la no aplicabilidad de la ley favorece a personas contraponiéndose al principio de la Contratación Pública del trato justo y para finalmente incorporar las conclusiones y recomendaciones a aplicarse en los procesos contractuales.

La investigación desarrollada tiene como fundamento la experiencia personal en la Corporación Nacional de Telecomunicaciones en calidad de Analista de Compras Públicas, el cual permite la revisión diaria de resoluciones del "SERCOP"-Servicio Nacional de Contratación Pública, normas jurídicas que están relacionadas con la contratación pública que es objeto de estudio.

OBJETIVOS

OBJETIVO GENERAL

Determinar la Responsabilidad de la Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT-EP en los procesos de contratación y ejecución de los contratos de obras, bienes y servicios, respecto de los adjudicatarios.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

Analizar los motivos jurídicos y de hecho que permiten que la CNT-EP, disponga de un Reglamento de Contratación exclusivo para dicha Institución.

Analizar la necesidad y los efectos de aplicación de la modalidad de contratación denominada, Giro Específico del Negocio.

Evaluar la aplicación de contratos bajo la modalidad de Cotización y Licitación celebrados por la CNT-EP.

HIPÓTESIS

Que, de acuerdo a los Procedimientos de Contratación contemplados en la normativa vigente esto es, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento respectivo, a través de la aplicación del Reglamento Interno de Contratación de la Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT EP, bajo criterios técnicos erróneos, se estaría permitiendo algún tipo de contratación preferencial, directa o discrecional con ciertos proveedores, contrariando a la normativa jerárquicamente superior.

Que, la contratación bajo la modalidad de GIRO ESPECIFICO DEL NEGOCIO, en sectores económicos que no corresponden a la naturaleza del negocio conforme con la ley, lesiona ciertos principios de la contratación pública, como igualdad y trato justo, porque no permite la libre participación de los oferentes en igualdad de condiciones, puesto que no se transparenta en debida forma.

Que, la contratación con el modelo de Cotización y Licitación, no permite la participación y desarrollo de micro y pequeñas empresas, porque da preferencia a las de mayor capital económico.

CAPÍTULO I

1.1 Los Contratos en la Administración Pública

El término contrato se debe limitar “a los convenios en virtud de los cuales se crean obligaciones patrimoniales, y no extenderse para indicar los acuerdos por los que se crean obligaciones extra patrimoniales” y la definición del Código Civil proviene de Pothier, para quién el contrato es, una “convención por la cual dos partes recíprocamente o solo una de ellas, prometen y se obligan para con la otra a darle alguna cosa, o a hacer una cosa” (Ortiz & Valencia, 2014,p.78).

“Respecto al Código Civil Ecuatoriano, este distingue en el contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza y las puramente accidentales (Art. 1460 C.C.). En éste punto también es perfectamente aplicable el derecho civil a la contratación pública. Estos principios del Derecho Civil han sido adaptados a la contratación pública con las necesarias modificaciones. Inclusive la teoría del Acto Administrativo acoge estos elementos, a veces en forma inapropiada como en el caso de la voluntad, cuya existencia se discute entre los elementos del acto administrativo, puesto que se considera que resulta inadecuado referirse a la voluntad de la Administración Pública. En efecto, si el contrato privado se sustenta en la autonomía de la voluntad, las reglas de la acción administrativa son la competencia y el principio de especialidad” (Perez Camacho, 2008, p.767-768).

Es necesario hacer un antecedente sobre la contratación en Roma para evolucionar hasta nuestros días:

Posterior a la Revolución Francesa en 1789, cuando la soberanía deja de radicar en el Monarca y pasa el poder al ciudadano, se establece las normas jurídicas, al transcurrir los años nace el Derecho Administrativo para regular el quehacer de los derechos y obligaciones, a principios del mismo no se establece la formalidad de los contratos, para que tengan la legalidad respectiva tuvo que darse un gran salto desde la Revolución Francesa, Revolución Industrial en el siglo XIX pasando por el mismo capitalismo, lo que trajo consigo la explotación del hombre por el hombre.

En la actualidad existe una forma de Estado a lo que hoy conocemos como Estado Social de Derecho, estos cambios revolucionarios y la definición de Estado evoluciona, cambia en su estructura, el cual plantea una preocupación total por los ciudadanos.

El desarrollo de las actividades del Estado provoca que la Administración Pública necesite utilizar con más frecuencia la contratación con particulares para determinados servicios, y es ahí en su constante actividad que surgen los Contratos Administrativos, lo que en la práctica hace diferente a esta forma de contratar es la particularidad de la Administración, como organizativa y su peculiaridad para satisfacer las necesidades generales e interés público.

Conforme al Derecho Romano, la vinculación jurídica fue meramente personal, es decir, las deudas eran personales y no se comprometía bienes para pagos, al transcurrir el tiempo con "Lex Poetelia Papiria" la cual data de los años 428 a.C. al 326 d.C., en esta pasa la responsabilidad a vincular bienes por incumplir obligaciones del deudor.

Los romanos conceptualizan a la obligación como un vínculo, que establece la necesidad de pagar cierta obligación.

La Administración Pública se estableció como un ente represor al servicio de la máxima autoridad y sin norma alguna.

Con la Revolución Francesa se cambia la forma de Gobierno y se establecen normas jurídicas; en la Administración moderna la contratación gira en torno a las actividades públicas y las normas que la guían por su naturaleza. El derecho es cambiante en cuanto a normas, debido a la evolución y moderna concepción de lo que es el Estado y los servicios públicos, fue necesario el surgimiento del Derecho Administrativo como regulador de su funcionamiento.

En esta instancia de la historia no existía los Contratos Administrativos como figura jurídica, para que nazca este tipo de contratos debieron perfeccionarse con el tiempo, conforme se fueron repitiendo estos actos tomaron fuerza y fue necesario normarlos.

Con la nueva forma de Estado, posterior a la Revolución Francesa se establece la división de poderes y se prohíbe entonces a los Tribunales Civiles conocer de los actos de la Administración, surgiendo con este la

Jurisdicción Contencioso Administrativo, de la cual es potestad los contratos públicos, es así que se separa la jurisdicción civil ordinaria de la jurisdicción especial.

En el Derecho Administrativo se habla de Contrato Administrativo, cuando la Administración Pública establece una relación negociación un contratista a objeto de satisfacer una necesidad. A diferencia de otros países de la Unión Europea (principalmente Reino Unido y Alemania) en los que el régimen jurídico de la contratación de los entes públicos es el propio del Derecho Común, en el nuestro se reconoce la figura del Contrato Administrativo, heredado del Sistema Francés, este Sistema distingue dos ámbitos en la actividad contractual pública, por un lado, los contratos privados de la Administración cuyo conocimiento se atribuye a la jurisdicción ordinaria, y por otro, aquellos que se regulan, con arreglo al Derecho Administrativo Sustantivo, cuya jurisdicción es por supuesto, la jurisdicción Contencioso-Administrativa" (Larrea Holguin, 2006,p.286).

El contrato administrativo se articula en dos fases:

1.1.1 Fase Interna

En ella el órgano de contratación va configurando su voluntad para contratar. Desarrolla las actuaciones preparatorias del contrato que van a ir formando el expediente de contratación: Estudio de necesidades, elaboración de un proyecto (contrato de obras), redacción de los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas, formulación de un presupuesto, verificación de si existe crédito adecuado y suficiente para acometer el contrato y sometimiento del expediente a fiscalización previa. Esta fase finaliza con la decisión del órgano de contratación de que efectivamente va a contratar, ésta decisión se plasma en el acuerdo de aprobación del expediente de contratación, que normalmente, también supone la aprobación del gasto correspondiente y conlleva la apertura de adjudicación.

1.1.2 Fase Externa

En esta fase la Administración Pública ya sabe qué va a contratar y decide dar publicidad al proceso, de manera que se produzca la concurrencia de ofertas.

“La publicidad y concurrencia variará en función del importe del presupuesto del contrato, ya que de ello va a depender que el anuncio deba o no publicarse en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas, o en el Boletín Oficial del Estado o de los boletines o diarios de las Comunidades Autónomas o de las entidades locales; y en relación al procedimiento de adjudicación que vaya a utilizarse para seleccionar al adjudicatario, a saber, procedimientos abiertos, restringidos y negociado con o sin publicidad.” (Enciclopedia Jurídica, 2014, *Recuperado de: <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/>*).

“Para que nazcan los Contratos Administrativos como contratos dotados de una regulación distinta a la de los contratos privados, fue necesario que se produjera un proceso de profunda evolución en el que, partiendo inicialmente de un grado muy reducido de intervención administrativa, se va evolucionando hacia un volumen muy elevado de actuaciones públicas en todas las áreas que afectan el funcionamiento de la sociedad.” (Lopez Arévalo, 2012, p.74).

Este progresivo e importante incremento de las actuaciones del Estado, provoca que la Administración Pública necesite utilizar cada vez más la contratación con particulares para hacer frente a la realización de determinados servicios y, por fin, cuando tales contrataciones se generalizan, surgen definitivamente los Contratos Administrativos, diferenciados de los contratos civiles, con una regulación específica propia, determinada por una doble exigencia: las peculiaridades funcionales de la Administración como organización, y las peculiaridades derivadas del interés público y de la posición dominante de la Administración.” (Samcam, 2015, *Recuperado de: <http://abg-robertolex.blogspot.com/>*).

El contrato en la administración pública empieza a partir de la terminación de la fase precontractual, es en esta etapa donde la entidad contratante y los proveedores del Estado contraen las obligaciones mutuas o reciprocas.

Partiendo de este principio el contrato administrativo se norma por el régimen jurídico administrativo, estructurado por una serie de reglas que entregan privilegios y prerrogativas a la administración pública, lo cual conlleva a otorgar derechos a los particulares en el derecho civil.

Entiéndase que el contrato no solo tiene fuerza obligatoria para los contratantes, sino más bien tiende a imponer con toda la fuerza a las personas que actúan en las partes, es por este principio que en la ley no se puede modificar un contrato ya celebrado.

Estos contratos tienen la importancia que a más de producir efectos entre las partes, también lo producen respecto de los sucesores.

Los contratos que han cumplido con toda la normativa son ley para las partes y no pueden ser invalidados sino por consentimiento recíproco.

Los contratos administrativos tienen reglas a cumplir, porque no se pueden decidir ni celebrar contratos sin justificativos previos, debiendo orientarse a fines colectivos. Y es por esta razón que debe cuidarse las particularidades de cada uno de estos según su razón de ser. Se recomienda que estos sean elaborados por escrito por cuanto se incluyen cláusulas puntuales y específicas a cada uno de ellos, según su necesidad o ámbito de aplicación.

La mayoría de los contratos administrativos son exclusivamente nacidos por necesidad de la Administración Central u órgano Gubernamental y siempre deben hacerse por oferta pública salvo legal excepción, la parte oferente se limita a aceptarla o no, entendiéndose que la entidad contratante siempre buscará la mejor oferta sobre todo en cuanto a precio y calidad para optimizar el uso de recursos que le corresponden a los ciudadanos.

En la mayoría de los contratos la administración establece términos contractuales, establece sanciones, prohibiciones, cobro de intereses, es aquí que se preparan los aspectos legales, técnicos y económicos que debe cumplir el contratista.

Además, se debe tener cuidado en los criterios que se otorga a la máxima autoridad cuando estas requieren asesoramiento; no se puede eludir procedimientos contractuales establecidos aduciendo "Giro Específico de Negocio" por más similitud que parezca entre los objetivos de la entidad y las contrataciones para cumplir estos.

El Instituto Nacional de Contratación Pública, (INCOP, 2012), demuestra este hecho en el Oficio nro. INCOP-DE-2012-0187-OF de Quito, 31 de enero del 2012, en que se dirige a la Empresa Pública Metropolitana de Gestión de Destino Turístico, al indicarle que "servicios como catering, productos de servicios comunicacionales no se considera parte del giro específico de negocio de la empresa solicitante.

Por tanto la empresa pública referida, se sujetará al artículo 104 del Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública para realizar las contrataciones referidas (operadores turísticos, servicios de catering, adquisición de productos elaborados por artistas y artesanos ecuatorianos, etc.)

Del ejemplo citado, claramente puede entenderse que, para que una empresa pública pueda aplicar la modalidad de contratación denominada Giro Específico del Negocio, la necesidad a satisfacer debe ser previamente evaluada, bajo parámetros estrictamente técnicos respecto de la naturaleza de sus actividades, y ciñéndose a las disposiciones emanadas de la LOSNCP y el reglamento general correspondiente.

La fundamentación teórica del trabajo investigativo exige la revisión de algunos conceptos que deben ser comprendidos para avanzar posteriormente al análisis de la problemática central que se constituye en objeto de estudio. Estos criterios conceptuales son los siguientes.

1.2 Naturaleza del Contrato Administrativo

"Debido a la gran cantidad y diversidad de cuestiones que maneja el Estado por la vía de la función administrativa, la Administración Pública tiene la necesidad de realizar convenios y contratos que le permitan efectuar acciones que la habiliten para el logro de sus fines, para lo cual es indispensable que entable relaciones con particulares." (Lopez Arévalo, 2012, p. 75).

Marienhoff (2000,. menciona en la parte atinente a este punto:

"Es, pues, evidente la posibilidad teórica de que existan contratos "administrativos", propiamente dichos, celebrados entre la Administración Pública y los administrados o particulares. La desigualdad que existe en esos contratos no radica precisamente en las "voluntades" de las partes que aparecen niveladas como consecuencia de la "autolimitación" de la Administración Pública propia del Estado de Derecho, sino en los "intereses" que persigue en esas voluntades; mientras que el oferente persigue la satisfacción de su propio interés, la Administración Pública persigue la satisfacción del interés público o general; pero esta desigualdad de intereses en modo alguno obsta a la existencia de contratos administrativos, propiamente tales (...). Al hablar de acuerdo de voluntades "generador de obligaciones", queda hecha la distinción entre "contrato" y "convención", ya que la doctrina distingue ambos términos, e incluso disiente sobre su significado. Así, si bien hay quienes consideran que "convención" es el "género" y "contrato" una "especie" (27), "generadora de obligaciones" (28), otros estiman que "contrato" es aquel en que las voluntades creadoras del acto persiguen fines opuestos, mientras que en la "convención" se persiguen fines coincidentes (29); en tanto otros afirman que los "contratos" tienen por finalidad engendrar derechos crediticios, y que la "convención" es el acuerdo que extingue tales vínculos (30). En la definición se dice, "órgano del Estado en ejercicio de las funciones administrativas que le competen". Esto obedece a dos razones: la primera que en la presente obra la noción de "Administración" está tomada en sentido objetivo, material o substancial, y no en sentido orgánico o subjetivo. (p.10)".

Cualquiera de las funciones esenciales del Estado, Ejecutivo, Legislativo, Judicial, Electoral y Transparencia y Control Social puede celebrar contratos administrativos.

Que esa expresión tiende a advertir que se está en presencia de un contrato administrativo, propiamente dicho, y no de un contrato de derecho común de la Administración, pues cuando un órgano del Estado actúa en ejercicio de las funciones administrativas que le competen, ese órgano estatal actúa ejercitando potestades públicas stricto sensu, lo que no ocurre cuando el contrato es de derecho común de la Administración.

“Desde luego, hay ciertos contratos de la Administración Pública, que por su objeto, son siempre "contratos administrativos" propiamente dichos. Es lo que ocurre, por ejemplo con la concesión de servicios públicos, pues, como acertadamente se dijo, tratase de una figura jurídica insusceptible de ser utilizada entre particulares; igual afirmación puede hacerse de la relación de empleo o función pública, como asimismo de la concesión de uso de bienes del dominio público. En tales supuestos, para establecer la naturaleza jurídica del contrato no es necesario recurrir a criterio diferencial alguno: la naturaleza "administrativa" del acto surge nítida de su propio "objeto". Tratase de materias que efectivamente no pueden ser objeto de contratos entre particulares: dichas materias pertenecen al trato o comercio jurídico del derecho público, en tanto que los actos convencionales que los particulares o administrados celebran entre sí sólo pueden referirse a materias pertenecientes al trato o comercio jurídico del derecho privado VII. Otro criterio propuesto para distinguir un contrato "administrativo" de un contrato de "derecho común" de la Administración, consiste en considerar contrato "administrativo" aquel que involucre ciertas prerrogativas para la Administración, las cuales se manifiestan en las llamadas cláusulas exorbitantes del derecho privado. Como consecuencia de tales cláusulas, el administrado contratante aparece verdaderamente en un estado de "subordinación" respecto de la Administración. Los dos conceptos, "servicio público" y "utilidad pública", son sin embargo, útiles para los fines de la distinción que se busca entre esos tipos de contratos. Pero no corresponde adscribir y limitar la existencia de los contratos "administrativos" al servicio público o a la utilidad pública. El concepto de contrato "administrativo" puede integrarse con el servicio público y con la

utilidad pública, pero es un concepto más amplio; tanto es así que no todos los contratos administrativos tienen en cuenta el servicio público stricto sensu, ni la utilidad pública, pues bien puede tratarse de la utilidad "privada" (ejemplo: concesión de uso de un bien del dominio público, la cual se otorga inmediata y directamente en interés privado del concesionario, como ocurre en una concesión de uso de agua). En este ejemplo de contrato "administrativo" no hay servicio público ni utilidad pública, al menos no en forma "directa" e "inmediata"

Nace así la figura de los Contratos Administrativos, diferenciados de los contratos civiles, nace en función del sujeto, del objeto y de la causa del contrato, con una regulación jurídica específica, determinada fundamentalmente por una doble exigencia. "El Contrato Administrativo cobra así vida real, porque comparte no sólo la decisión de la Administración a través de un acto administrativo, sino que hay una expresión de voluntad del contratante, sin cuyo elemento no se generaría el acto bilateral que es el contrato" (Marienhoff, 2000, p. 27 - 29).

Se parte de que los contratos en la Administración Pública deberán elaborarse por escrito, bajo ciertas formalidades que estos deben seguir y la norma legal que debe aplicarse a los mismos por cuanto siempre su naturaleza e índole es diferente.

En temas de contratación pública estos ya vienen elaborados o definidos para cada una de las modalidades y es aquí donde las entidades contratantes deberán incluir las cláusulas necesarias que permitan beneficiar los intereses de los administrados representados por la entidad, es esta particularidad que le hace diferente, puesto que siempre en el sector públicos se buscará proteger el interés general sobre el particular, ya que es el la ciudadanía en general quien de manera indirecta se beneficia.

Para la formalidad y elaboración de los contratos en el sector público es recomendable revisar el expediente completo es decir la razón y documentos habilitantes, mismos que no contendrán vicios para la validez del contrato.

En la etapa contractual, para dar la validez y legitimidad de la etapa que antecede o fase precontractual, se verificará que se ha cumplido con

todos los principios que norman la contratación pública, para determinar que la etapa precontractual ha cumplido debidamente con toda formalidad.

Existe en derecho una definición respecto de los contratos, la cual manifiesta que, “contrato es un acto mediante el cual una parte se obliga para con otra, a dar, hacer o no hacer alguna cosa, pudiendo ser la parte una o varias”. (Código Civil Ecuatoriano, 2002, Art. 1454, p. 421)

Los privilegios en la Administración Pública en materia de contratación están definidos en las cláusulas exorbitantes, siendo una de estas la terminación unilateral y anticipada de los mismos. Para la contratación pública, los proveedores tienen una serie de elementos jurídicos en caso de incumplimiento a sus obligaciones, permitiéndole ejercer grandes facultades a la entidad contratante.

Las potestades exorbitantes de la contratación pública son la norma jurídica constitucional, legal, reglamentaria; las cuales están estipuladas en el contrato.

Los privilegios que la administración tiene en materia contractual con relación al contratista durante la ejecución del contrato, son en su mayoría derechos subjetivos y de lo cual el único interés que prevalece es el interés público.

1.3 Requisitos de los Contratos Públicos

Conforme a nuestra legislación, de acuerdo a lo establecido por la LOSNCP, los contratos públicos deben cumplir previamente determinados los requisitos señalados en la referida ley en su Artículo 68, los cuales son:

Como se conoce doctrinariamente las normas administrativas corresponden al derecho público, siendo que por tal motivo los órganos y funcionarios que se hallan investidos de una potestad o poder público, solo pueden hacer lo que expresamente les permite la ley. En esta virtud, la competencia que tiene un órgano estatal para poder o no contratar en determinada área o sector, dicha competencia está determinada por la Constitución o la Ley.

1.3.1 La capacidad del Adjudicatario.

Es decir que, para la plena validez del acto o contrato, los adjudicatarios o contratistas deberán gozar de capacidad legal en los términos del Código Civil, sean estos, personas naturales o jurídicas. Tal como lo señala aquella premisa del Derecho, "Todas las personas son capaces, salvo aquellas que expresamente determina la ley que no lo son" Desde este punto de vista, todas las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, gozan de plena capacidad para contratar o ser adjudicatarias en los procesos de contratación con los distintos órganos del poder público, con la salvedad de aquellos que se encuentren inmersos en alguna de las causas de incapacidad, sea por prohibición o incompatibilidad establecidos en la ley, por ejemplo: los contratistas incumplidos.

En esta instancia la comparecencia a la suscripción del contrato lo deberá hacer el respectivo representante legal, facultado por la ley.

La existencia de disponibilidad presupuestaria y de los recursos financieros necesarios para cumplimiento de las obligaciones.

Es decir que, previo a contratar e incluso antes de convocar al oferente, la institución deberá hacer constar documentalmente la existencia de los recursos suficientes y necesarios para ejecutar dicha contratación

De obviar este documento la contratación será nula o se tendrá como obligación no contraída con la respectiva sanción al funcionario responsable.

Este requisito resulta algo lógico para concretar el objetivo contractual, aunque el Tratado de Contratación Pública de López, acota que:

"(...)Es pertinente aclarar, que un contrato celebrado sin contar con la certificación presupuestaria es jurídicamente válido, ya que la irregularidad no tiene influencia ni sobre la existencia, ni sobre la validez jurídica del contrato; además, nuestra Legislación no sanciona tal omisión con la nulidad. Por tanto, la falta de crédito presupuestal, a pesar de ser un acto ilegítimo, no genera la nulidad del contrato; además, nuestra Legislación no sanciona tal omisión con la nulidad" (Lopez Arévalo, 2012, p.107).

Formulación del contrato observando el debido proceso y los requisitos constantes en la Ley y Reglamento.

El cumplimiento del debido proceso así como de los requisitos establecidos por la ley y reglamentos correspondientes, presupone de antemano la legitimidad y plena validez del acto o contrato administrativo, además que este debe reflejar de forma transparente el buen uso de los recursos o bienes públicos a cargo del órgano o ente estatal.

En materia de contratación Pública tenemos por ejemplo como formalidades esenciales, los procedimientos precontractuales, la publicidad de la licitación, el secreto de las ofertas o propuestas, la presentación de garantías, la escritura pública en ciertos contratos, entre otras, cuya omisión acarrea la nulidad absoluta del contrato

La ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública tiene un capítulo dedicado a esta parte legal la cual consta en el Artículo 69 de la misma.

1.3.2 Las Formalidades

“Las formalidades son los requisitos exigidos por la ley para la validez del contrato; estas formalidades pueden ser anteriores (pliego de condiciones), concomitantes (acto de adjudicación) o posteriores (aprobación y recepción) al encuentro de ambas voluntades. En materia de contratación Pública, tenemos por ejemplo como formalidades esenciales, los procedimientos precontractuales, la publicidad de la licitación, el secreto de las ofertas o propuestas, la presentación de garantías, la escritura pública en ciertos contratos, entre otras, cuya omisión acarrea la nulidad absoluta del contrato” (Quizphi Castro, 2006,p.87).

Otra de las formalidades se constituye la etapa precontractual, la publicidad, el secreto de las ofertas recibidas, presentación de garantías (fase precontractual). Es común encontrar estos términos en las formalidades o solemnidades, pero en la parte legal la ley exige el cumplimiento de formalidades para la legalidad de los mismos. Es necesario que los contratos cumplan con todas las formalidades establecidas por la normativa correspondiente para la validez de los mismos; y, de omitir estas, acarrearán la nulidad como inobservancia u omisión.

La actual Ley Orgánica de Contratación Pública establece claramente el procedimiento a seguir en los procesos de contratación desde la etapa precontractual, de la cual los pliegos se constituyen uno de los requisitos indispensables, otra de las formalidades son las dispuestas por el órgano regular en el manejo del portal de compras públicas, es en la adjudicación con la cual la entidad contratante contrae obligación.

La formalidad para la entidad contratante está en esta última fase que es el contrato. En la parte final deberá la entidad finalizar el proceso y cerrarlo conforme dispone el Servicio Nacional de Contratación Pública.

El contrato público es un tipo de contrato en el que al menos una de las partes es un ente de la Administración Pública cuando actúa como tal, sometido a un régimen jurídico que coloca al contratante en una situación de subordinación jurídica frente a la Administración.

El concepto de contrato público, a primera vista no difiere del concepto de contrato en el Derecho privado, pero al ser el Estado (o una de sus Administraciones) una de las partes del mismo, tiene características propias. Puede definirse al contrato administrativo como aquel en el cual la Administración ejerce determinadas prerrogativas en cuanto a su interpretación, ejecución y extinción, cuidando de no alterar la ecuación financiera del mismo. En consecuencia, el objeto de este contrato se rige por el Derecho público. En todo contrato administrativo tiene que participar por lo menos un órgano estatal en ejercicio de función administrativa. Ahora bien, es la Ley la que define qué se entiende propiamente por órgano estatal, que en determinadas circunstancias puede incluir entes no estatales de Derecho Público Interno.

“La Administración no sólo puede alcanzar los fines de interés público mediante decisiones unilaterales e imperativas de carácter normativo o no, sino también, mediante acuerdos, pactos, convenios o contratos, es decir, mediante el concierto de voluntades con otros sujetos. Podría decirse que estas formas de actividad comercial han existido desde siempre, ya que la Administración siempre ha necesitado en mayor o menor medida la colaboración o el consenso de particulares. Ante todo para aprovisionarse de los medios materiales que precisa y para la construcción de obras o la prestación de servicios que no puede llevar a cabo con sus propios

medios de manera eficaz. Cabe destacar que, en nuestros días la actividad negocial o contractual de la Administración ha alcanzado una trascendencia que nunca antes había tenido, por diferentes razones; la Administración ha necesitado desde siempre contratar con particulares o empresas para la realización de algunos de sus fines, que le son imposibles de alcanzar con actos de autoridad o que no le resulta conveniente u oportuno gestionar con sus propios medios (...) Más adelante, el desarrollo de los servicios públicos, que alcanza su apogeo en el siglo XX, impulsará en muchos casos la contratación de su gestión por empresas privadas. Pero además, como es lógico, la Administración ha necesitado siempre adquirir bienes muebles e inmuebles, arrendarlos o enajenarlos, contraer préstamos, así como contratar personal y servicios diversos para su propio funcionamiento. Las modalidades de contratación son en nuestro tiempo más variadas que nunca y la tendencia actual de encomendar a empresas privadas muchas actividades públicas que la Administración no desea realizar con su propia organización o sus empleados, fenómeno que suele denominarse "outsourcing" "externalización de actividades" (Sanchez Moron, 2006, p. 34).

Inicialmente, la Administración recurría a las figuras contractuales de Derecho privado para la celebración de los negocios jurídicos correspondientes, Sin embargo, la necesidad de garantizar el control financiero de la contratación, por un lado, y la libre e igual concurrencia entre los posibles contratistas, por otro para combatir, por cierto, los nada infrecuentes episodios de favoritismo y corrupción vinculados a la contratación pública hizo necesario establecer pronto reglas específicas de Derecho Administrativo.

"La contratación administrativa debe responder eficazmente a los objetivos de interés público para los que se instrumenta. La concurrencia de este peculiar elemento finalista, que no existe en las relaciones jurídicas privadas, conlleva que los contratos públicos, una vez celebrados, puedan reformarse, modificarse e incluso resolverse cuando el interés público lo exige y supone que la Administración no se desentienda de su ejecución, sino que adopte una actitud vigilante y asuma, en su caso, facultades que le permitan dirigir instrucciones al contratista o resolver las dudas que

surjan sobre la interpretación y el cumplimiento del contrato. Es decir, no obstante de tratarse de negocios jurídicos bilaterales, aquellos en los que la Administración es parte o, al menos los más característicos de entre ellos (obras, servicio público, suministro, concesiones, etc.), son contratos en los que las partes no se hallan en situación de estricta igualdad, puesto que la Administración se reserva algunas prerrogativas o facultades exorbitantes. Eso sí, el contratista tiene derecho a mantener el equilibrio financiero del contrato y a ser resarcido de los perjuicios que pueda suponerle el ejercicio de tales prerrogativas” (Sanchez Moron, 2006, p.40-42)

No todo contrato de la Administración debe necesariamente concluirse previa licitación pública, “(...) La regla cierta del Derecho Público francés es que la Administración elige libremente, discrecionalmente, a su contratante. La excepción es que la competencia de la Administración está trabada desde este punto de vista, y que debe procederse por el sistema de la licitación pública” (JÉZE, 1950, p.9).

Esta norma aparece a cada caso relegando la libre elección del contratante a casos de excepción, la elección se cumple mediante un procedimiento especial.

“El contrato administrativo prevaleciente es el contrato de adhesión, en que el contratante público prescribe las normas que debe cumplir el co-contratante. Si el principio de la libertad de contratación es la regla y los sistemas restrictivos la excepción, se deduce que tales principios solo deben ser aplicados, obligatoriamente, a los casos específicamente determinados por la legislación administrativa vigente” (Perez Camacho, 2008, p.605).

1.4 Principios de la Contratación Pública

Son varios los principios administrativos que regulan la contratación pública en general, a continuación se enuncian los siguientes:

1.4.1 Principio de legalidad

Llamado también como habilitación legal previa, en el Derecho Público más concretamente en el sector público, se cumplirá exactamente lo dispuesto por la Constitución y la Ley. Es decir que en temas de

contratación administrativa (Contratación Pública), para el fiel cumplimiento de los altos intereses del Estado y en favor de la ciudadanía, el órgano o el funcionario que actúa en uso de una potestad pública, deberá apegarse estrictamente a lo que la norma de Derecho Público le manda, prohíbe o permite, respetando los distintos niveles de jerarquización de las normas establecido por la Constitución de la República.

1.4.2 Principio de Igualdad y Trato Justo

Son dos principios que en la ley se hallan enunciados por separado, pero para efectos del presente análisis se ha creído conveniente unificarlos. “Los pliegos no podrán afectar el trato igualitario que las entidades deben dar a todos los oferentes ni establecer diferencias arbitrarias entre éstos, ni exigir especificaciones, condicionamientos o requerimientos técnicos que no pueda cumplir la industria nacional, salvo justificación funcional” (LOSNCP, 2008, Art. 20, inciso, IV, p. 8)

Este principio presupone el acceso y participación a los procesos de contratación pública para todos los oferentes, bajo las mismas condiciones y tratos, sin distinción ni preferencia de ningún tipo, puesto que están de por medio los intereses y recursos del Estado, de los ciudadanos en general. Y para evitar posibles abusos e indebidos tratos preferentes en relaciones de poder, especialmente en los órganos estatales o de la administración pública, es por ello que nuestra carta fundamental prohíbe cualquier tipo de discriminación, y concretamente en temas de contratación administrativa, permitiendo que las respectivas leyes y reglamentos tracen los parámetros para que todos participen bajo las mismas reglas y en igualdad de condiciones.

1.4.3. Principio de Calidad

Por este principio se exige, que la contratación de bienes, la construcción de obras o la prestación de los servicios públicos, se realicen bajo parámetros de eficacia y eficiencia con estándares de calidad, por cuanto la razón de ser de la administración pública es la satisfacción de las necesidades colectivas y la protección del interés general. En virtud de lo cual, tanto la contratación de obras como la adquisición de bienes o

prestación de servicios públicos por parte de la administración, estos deberán ser los mejores y de la mejor calidad.

1.4.4. Principio de Vigencia Tecnológica

Se establece que las entidades contratantes en caso de así requerirlo, deben exigir en los pliegos de contratación de obras, bienes y servicios, que se incluya el uso de la mejor tecnología de punta cuya aplicación se encuentre en plena vigencia dentro del ámbito del mercado, del servicio o de la necesidad que se pretende satisfacer, tal es el caso de las telecomunicaciones, servicio que presta y comercializa la CNT-EP, el cual requiere de constante innovación tecnológica. En este sentido, el Sistema Nacional de Contratación Pública establece, que el objeto de contratación debe estar vigente tecnológicamente. En el mismo sentido promueve el uso intensivo de herramientas tecnológicas modernas que ayuden a simplificar los procedimientos de contratación legalmente establecidos, democratizando y permitiendo el acceso gratuito a la información.

1.4.5. Principio de Oportunidad

Los procedimientos precontractuales deben desarrollarse de la forma más ágil y rápida posible, de manera que brinden resultados claros y oportunos, por cuanto se busca satisfacer necesidades urgentes de la población de forma inmediata. Con lo cual se busca lograr que todos, desde el más común de los ciudadanos hasta los de nivel profesional sin excepción alguna, tengan acceso en forma oportuna a participar en los procesos de contratación con los distintos entes del sector público.

1.4.6. Principio de Concurrencia

Para cumplir a cabalidad con este principio, es necesario que los procedimientos precontractuales permitan la libre participación de todos los oferentes que se encuentren interesados en la contratación administrativa, debiendo cumplirse previamente y sin importar el orden, otros principios de los contratos públicos como igualdad y trato justo, oportunidad, entre otros. Este principio no es sino la clara expresión de la condición jurídica de la igualdad ante la ley de la que gozan todas las personas, naturales o jurídicas.

1.4.7. Principio de Transparencia

Permite a los administrados conocer de los procedimientos y procesos de contratación a cargo de los órganos o entes contratantes del poder público, permitiendo y garantizando el debido control social a la actividad contractual de la administración. De igual forma, el principio de transparencia permite que todos los oferentes tengan libre acceso a la información necesaria que les permita participar en los distintos procesos de contratación de los entes públicos, salvo aquellos casos donde la ley disponga la reserva de la información, como es el caso de aquellos contratos que comprometen la seguridad del Estado.

1.4.8. Principio de Publicidad

Por el cual se establece que, las acciones que desarrollen las entidades contratantes en los procedimientos precontractuales, así como los contractuales, estas deberán ser públicas, siendo rigurosamente necesario que se publiquen en el respectivo Portal de Compras Públicas, con lo cual se transparenta tanto la información cuanto los procesos, permitiendo la libre concurrencia de los oferentes en igualdad de condiciones.

1.4.9. Principio de Participación Nacional

La ley garantiza y promueve la participación nacional privilegiando a los proveedores ecuatorianos por sobre los extranjeros, además de promover la participación de proveedores locales sobre los nacionales, fomentando así la participación de pequeñas microempresas. Con la aplicación de este principio, a través de la ley se fomenta y dinamiza la producción nacional,

estableciendo los respectivos criterios de valoración y márgenes de preferencia para los proveedores de obras, bienes y servicios de origen nacional.

Cabe también resaltar respecto de las consultorías, éstas brindan todas las facilidades a las entidades contratantes para escoger entre profesionales del lugar o sector. Con la ley anterior, en este tema existía un reglamento el cual era violentado frecuentemente por parte de las entidades; al crearse en la actualidad el portal de contratación pública, ha permitido que la contratación se realice de forma transparente.

“La ley Orgánica del Sistema Nacional Contratación Pública, establece las normativas necesarias para manejar todos y cada uno de los procesos conforme la modalidad o tipo de contratación, incluso este ente regulador brinda capacitaciones constantes a nivel nacional o en línea” (Sayagues Laso, 2002, p. 560).

Antes que entre en vigencia esta Ley; la mayoría de las entidades contratantes entregaban obras, bienes, servicios a personas sin experiencia únicamente por afinidad, lo que ocasionaba que dichas entidades pierdan credibilidad en sus actos administrativos en razón de estar viciados, muchas de las obras se realizaron sin cumplir con estudios previos y peor aún sin ser competencia de las entidades, a los exámenes de auditoría la mayoría de funcionarios no han podido justificar su actuar.

De forma general se puede establecer que, los principios señalan aquellas conductas que se consideran valiosas y por tanto, deben ser observadas, cabe también tener presente que, los principios son origen y fundamento de las normas que coexisten en un ordenamiento jurídico. Al analizar lo que son las normas (genéricamente hablando), se las puede definir como el conjunto de principios o reglas de actuación que rigen la convivencia colectiva y constituyen uno de los instrumentos de control social, que dirige la organización de la sociedad.

1.5 Las Garantías en los Contratos

Son obligaciones accesorias que garantizan el cumplimiento de las obligaciones principales, cuyo objetivo es asegurar el cumplimiento de la obligación por parte del contratista, estas tendrán vigencia durante el tiempo que perdure la

ejecución del contrato en algunos casos y un periodo posterior a la finalización del contrato en otros.

La garantía se constituye en una especie de vigilante del fiel cumplimiento de las obligaciones contraídas en el contrato, esta incluye el derecho de poder demandar al contratista en caso de que este incumpla en todo o en parte de las obligaciones.

Ley Orgánica de Contratación Pública norma los plazos, montos y formas de las obligaciones a cumplir.

Las garantías estarán siempre a favor de la entidad contratante, las cuales deben prever ciertas contingencias, estas deben ampararse en:

- El buen manejo y correcta inversión del anticipo.
- Pago de obligaciones a favor de terceros.
- Efectivización de multas.
- El fiel cumplimiento.
- La calidad y correcto funcionamiento de los bienes y equipos.

Las Garantías serán emitidas en dólares de los Estados Unidos de América y tienen las siguientes características: son unilaterales, accesorias, consustanciales, incondicionales, irrevocables, de cobro ejecución inmediata, preferentes, inembargables e independientes.

“La Garantía es una Institución muy particular del Derecho Administrativo, ha sido definida por los tratadistas de varias formas, es así que para Bohórquez de Sevilla, (2005),:

Constituyen garantía en el contrato de obra pública, todas las cauciones que la administración pública exige a sus contratantes para asegurar el puntual y exacto cumplimiento de las obligaciones que éstos asumen por el contrato, teniendo en vista la finalidad superior de satisfacción de las necesidades de la comunidad a través de la obra cuya ejecución se trata. La cláusula de garantía es un elemento que integra la naturaleza de un

contrato administrativo, en virtud de la completa generalidad con la que se la inserta en ellos.

El Decreto 222 de la Legislación Colombiana, "por el cual se dictan normas sobre los contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones" dispone en su Art.90: "Los respectivos contratos de garantía toman parte integrante de aquel que se garantiza. De estas nociones se puede advertir las características más sobresalientes respecto de las garantías pactadas en los contratos administrativos: generalmente constituyen un contrato accesorio, unilateral, gratuito, real o solemne y en ocasiones innominado" (p.107).

Antes de analizar uno de los caracteres mencionados, conviene dejar establecida una consideración fundamental: La garantía es un contrato accesorio que se constituye mediante una variedad de obligaciones y contratos: el seguro, la fianza, la prenda, los títulos de crédito, la hipoteca, el depósito, etc., cada uno de los cuales considerado independientemente de su accesoriedad, tiene una estructura y fisonomía propia, muy diferente de aquella.

En consecuencia, unas son las características de las garantías como contrato accesorio del principal al que acceden, y otras muy diferentes de las notas que conforman el perfil específico de la obligación que se utilizó como garantía. Por ejemplo, el seguro como tal, es un contrato principal, solemne, bilateral, oneroso y aleatorio; sin embargo, cuando mediante una póliza de seguros se instrumenta una garantía de anticipo, dicho seguro se convierte en un contrato accesorio, solemne, unilateral y gratuito.

Otro ejemplo: la fianza personal solidaria es un contrato consensual, pero cuando la administración pública acepta esta garantía, el contrato se torna solemne. Cabe una segunda aclaración: por ser tan variadas las figuras jurídicas utilizadas como garantía, la determinación de sus características no debe tomarse a raja tabla, sino con un intento de sistematizar la institución administrativa y de encontrarle una fisonomía propia, dejando a salvo la esencia de cada una de las cauciones de que se vale la administración para asegurar el interés público.

Es un contrato que exige un acuerdo de voluntades, entre el que constituye la garantía y el acreedor principal, en este caso la administración pública. No es necesario que el contrato de garantía se celebre entre el contratante y el

contratista, porque se da el caso frecuente de que la garantía no la otorgue este último sino un tercero. Como toda convención, el contrato de garantía es un acuerdo de voluntades generador de obligaciones.

Es un contrato accesorio, tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal adquirida por el contratista con la administración pública; para subsistir requiere la existencia del contrato principal al que accede. Se caracteriza por su situación de dependencia respecto a la obligación garantizada.

Es un contrato unilateral, genera únicamente obligaciones para una de las partes, en este caso el garante; la administración pública no contrae obligación alguna.

Es un contrato solemne y en ciertos casos real en cuanto a la forma como se perfecciona, el contrato de garantía varía según el tipo de caución de que se trate.

En algunos casos, se trata de un contrato real, ya que se perfecciona con la entrega de la cosa, como ocurre con el depósito en moneda nacional, la prenda de letras de cambio o pagarés a la orden endosados "por valor en garantía" y, la prenda de valores fiduciarios de amplia cotización en el mercado de valores.

Este es el lugar oportuno para referirse al endoso en garantía como un contrato de prenda y, por tanto, como un contrato real. Algunos juristas no aceptan tal clasificación, por considerar que en Derecho Administrativo los contratos son generalmente solemnes.

En sentido contrario, otros la admiten, con la salvedad de que se exprese la mención "valor en garantía", "valor en prenda" u otra equivalente, para evitar que se lo confunda con el endoso en propiedad.

Tal es el caso de Peña Castrillón, (1977), que explica:

"En su sentido más alto, la prenda es un gravamen sobre un bien mueble, o vista desde otro ángulo, la garantía de una obligación constituida sobre un bien mueble. La letra de cambio y en general los títulos valores pueden cumplir esa función que es más evidente desde que la doctrina, y sobre todo las legislaciones los conciben como bienes muebles corporales.

En general, la clasificación y aceptación de las garantías de cualquier clase corresponde a las entidades beneficiarias de las mismas, las que están obligadas a cuidar que reúnan las características exigidas por la ley en cada caso. En consecuencia, es necesario que se revise cuidadosamente, que el formato de la póliza y sus estipulaciones generales y particulares además de contener el requisito de incondicionalidad, irrevocabilidad y de cobro inmediato, hayan sido aprobados por la Superintendencia de Bancos. Entidad que elaboró un modelo especial, para ser utilizado en estas garantías, de tal modo que las estipulaciones generales y particulares no contengan disposición alguna que contravenga los requerimientos de la Leyes de Contratación Pública y de Consultoría" (p.95).

A la fecha la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública especifica tres clases de garantías:

- Garantía de Fiel Cumplimiento.
- Garantía por Anticipo.
- Garantía Técnica.

1.5.1. Garantía Fiel Cumplimiento

Busca asegurar el pleno cumplimiento de las obligaciones contractuales y responder por las que se contrajeren a favor de terceros relacionados con el contrato.

El adjudicatario la rendirá antes o a la firma del contrato por un monto equivalente al 5% del valor del contrato, con la indicación del monto equivalente al 20% en los contratos de obra o de servicios no normalizados; así mismo esta garantía no se exige en los contratos de compraventa de bienes inmuebles, adquisición de muebles que se entreguen al momento de pagárselos y en los de menos de: 72.634,24 dólares de los Estados Unidos de Norte América.

Las formas en que puede presentarse esta garantía son:

- Garantía incondicional, irrevocable y de cobro inmediato.
- Fianza instrumentada en una póliza de seguros.

- Certificado de depósito a plazo.

1.5.2. Garantía por Anticipo

Rinde el adjudicatario por el anticipo recibido, esta garantía cubrirá el cien por ciento del valor del anticipo y será entregada por el adjudicatario en forma previa a recibirlo.

1.5.3. Garantía Técnica

En los contratos de adquisición, provisión o instalación de equipos, maquinaria o vehículos o de obras que contemplen aquella provisión o instalación, para asegurar la calidad y buen funcionamiento de los mismos, se exigirá, además al momento de la suscripción del contrato y como parte integrante del mismo, una garantía de fabricante, representante, distribuidor o vendedor autorizado, la que se mantendrá vigente de acuerdo a las estipulaciones establecidas en el contrato.

Esta corresponde exclusivamente al ente contratante, quien al momento de ejecutar la misma por cualquiera de las causas que consten en el contrato, este pasa convertirse en una especie de acreedor respecto del contratista, debido a las prerrogativas de las que goza la administración, en razón de que representa al interés general. Deben ejecutarse en total apego a derecho y al debido proceso.

“En términos económicos la garantía es una forma de pago. El momento cumbre es cuando se produce el incumplimiento de la obligación. En esa ocasión el acreedor debe cobrar satisfactoriamente su crédito a través de la garantía: es el momento de la ejecución. Si las garantías no logran este propósito no son garantía de nada, y de muy poco servirá que los otros aspectos del sistema hayan sido bien concebidos (...) Las garantías deben conseguir que los contratos se cumplan según los términos acordados por las partes. La ejecución es el momento crucial para lograr este objetivo. La regulación sobre garantías tiene que considerar las características del régimen económico del país. Dicha regulación es parte del régimen económico y por tanto lo que ocurra con ella impactará sobre los objetivos nacionales en esa materia. Esto no significa que las garantías sólo se justifican en regímenes de libre mercado, pero es

evidente que en tales regímenes las deficiencias legales o la ausencia de garantías generan un impacto de más graves consecuencias”

(Mejorada M., 2008,17/06/08, Derecho & Sociedad, La Ejecución de las Garantías Reales: EL momento de la verdad, *Recuperado de:*<http://blog.pucp.edu.pe/blog/derysoc/2008/06/17/la-ejecucion-de-las-gsantias-reales-el-momento-de-la-verdad>).

En la contratación administrativa, y atendiendo a la finalidad de los contratos que se llevan a cabo, las prestaciones derivadas de los mismos y el cumplimiento de las obligaciones de las partes no se realizan con carácter general, de forma simultánea o inmediata a su formalización. Ese hecho tiene una consecuencia inmediata: la necesaria utilización de un régimen de garantías, cuya naturaleza no parece responder en principio sino a la de una obligación accesoria del contratista, tendiente a asegurar el riesgo añadido que se genera en unas prestaciones a las que no tienden finalmente, sino a la consecución del interés general que resulta su razón de ser en último término.

Desde otro punto de vista el régimen de garantías en la contratación administrativa no agota ahí su finalidad. Y de esta manera, si ponemos el foco de atención en las garantías provisionales –segundo gran tipo de garantía que es posible diferenciar, ésta responde asimismo a la finalidad de garantizar, mediante la imposición al contratista de unas obligaciones de aseguramiento, la seriedad y el mantenimiento de las ofertas realizadas a la Administración, dada la naturaleza de los bienes jurídicos que la acción administrativa tiende a conseguir. Objetivos, ambos aludidos, a los que, inclusive podrían añadirse otros que no resultan ser sino consecuencia de los ya aludidos, si bien son útiles de señalar a los fines de este trabajo. (Castillo Blanco, 2013, Recuperado de: <http://api.ning.com/files/8pnqwPqNt2PJXT6Pf2zVufsbyM1amV3pPCa9yDHFo9I4N2jD9G3qn9CvIMa6EwcS09NsSEUPJEGHf8II176cqI5RCNS1t5H/Garantiasprestadasporterterosprimeraparte.pdf>).

Como indican, Rodríguez Arana y Álvarez Barbeito (2013), también podría enunciarse la de “cuantificar de forma anticipada los perjuicios que podría provocar la actuación del contratista, sin que ello suponga limitación alguna a la responsabilidad de aquel, dado

que en todo caso responderá con todos sus bienes presentes y futuros” (p. 67).

En definitiva y acertadamente para concluir estas ideas, se expone:

“El juego de las garantías tiene una doble finalidad: se pretende con ellas asegurar el goce y disfrute de un derecho, o alternativamente, el cumplimiento de una obligación. En la contratación administrativa, las dos finalidades coinciden y se engloban en una misma rúbrica que comprende a ambas”.
(Villalba Pérez, 1996, p.112).

Tradicionalmente se había mantenido por la doctrina que las mismas reunían la naturaleza de pena convencional pero ello es preciso en la actualidad matizarlo ya que no es así en todos los supuestos y, desde luego, se ha suscitado claras discrepancias en la doctrina emanada en los distintos órganos consultivos a propósito de este asunto.

Por otro lado es de señalar, además, que el **Régimen de Garantías Públicas** ha descansado, clásicamente y a diferencia de la contratación privada, en los caracteres de unilateralidad, obligatoriedad y accesoriedad respecto de la obligación principal. La Jurisprudencia de nuestros tribunales lo había señalado así específicamente estableciendo que son caracteres de la garantía administrativa, la unilateralidad, la obligatoriedad, la consubstancialidad a la contratación administrativa y la inembargabilidad.

Villalba P. ,(1996), ha señalado, además, que:

“Dichas garantías en el Derecho Público, presentan otra característica y es la preferencia de la Administración contratante en la ejecución de garantías sobre cualquier otro acreedor, sea cual fuere la naturaleza del mismo y el título en que funde su pretensión. A lo que debe añadirse, la circunstancia nada intrascendente, de que éstas corren íntegramente a cargo del contratista. El ámbito de protección de las garantías, en un principio, se circunscribiría exclusivamente al cumplimiento de la obligación garantizada, desde luego es sin duda, ésta su principal finalidad y la principal razón de ser de su previsión legal tal y como poníamos de manifiesto líneas más atrás.

En cualquier caso, y para la correcta aplicación del precepto, es conveniente tener en cuenta que corresponde la prueba de la existencia de las obligaciones al que reclame su cumplimiento y la de su extinción al que se oponga, siendo en suma patente, por lo que ahora importa, que en el marco de la contratación pública no sólo rige el principio de libertad de pactos y su corolario final inherente a la buena fe en orden a su cumplimiento y al deber de atenerse a lo pactado en sus propios términos conforme a la doctrina de los "actos propios", sino que, además, el contratista adjudicatario asume sus obligaciones contractuales conforme al principio de riesgo y ventura por su parte, sin que quepa su modificación o aún extinción ulterior bajo la cláusula "rebus sic stantibus" más que en caso de aparición de circunstancias sobrevenidas, desconocidas e inesperadas respecto a las que el "onus probandi" corre en exclusiva a cargo del que las mantiene" (p. 77).

Particularmente admito lo controvertido en cuestión, es preciso optar por esta última tesis. La resolución de un contrato siempre implica perjuicios. Ciertamente en algunos supuestos difícilmente cuantificables como las demoras que eventualmente se produzcan, la puesta en marcha de un nuevo procedimiento contractual, etc., y a ello debe responder la garantía definitiva, sin perjuicio, valga la redundancia, de la indemnización de daños y perjuicios que, contrario sensu, no deberá contemplar por tanto este tipo de perjuicios que quedarían garantizados por la pérdida de la garantía definitiva, bien es cierto que atemperando dicha cuestión con soluciones de equidad derivadas de la actuación de la Administración Pública, concurrencia de culpas, en el final anticipado del contrato.

Pero teniendo presente que estamos en un estado constitucional de derechos, respetando la legalidad y derechos de las partes en las obligaciones contractualmente contraídas, de tal manera que el proceso de ejecución de garantías debe seguir también un debido proceso, evitando se demande a las entidades contratantes por no acatar o inobservar los procedimientos establecidos.

1.6. Ejecución del Contrato

La esencia de esta fase es cumplir el objeto del contrato, teniendo en cuenta que el contrato es ley para las partes.

Hay elementos que se conjugan en la etapa de ejecución: como el plazo que es un hecho futuro y cierto, siempre debe pactarse un plazo de ejecución; de conformidad con el artículo 116 del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública para: “el cómputo del plazo de duración del contrato se contarán todos los días y correrá desde el día siguiente de su suscripción o desde el día siguiente de cumplirse las condiciones establecidas en los pliegos, en el Reglamento o en el contrato”(LOSNCP,2008).

Así, el contratista deberá cumplir con las obligaciones derivadas y establecidas en las cláusulas del contrato, si por determinadas circunstancias debiere interrumpir la labor deberá indicar y justificar al contratante este hecho, de no hacerlo la administración le sancionará. Recordemos lo que señala nuestro Código Civil respecto de, fuerza mayor o caso fortuito, que exigen el necesario cumplimiento de una condición negativa externa, es decir que el deudor o contratista no tenga culpa, pero si existe negligencia, dolo o imprudencia la mora de este lo hace responsable.

En cambio la entidad estatal o contratante tiene la obligación de vigilar todo el proceso de ejecución contractual a través de mecanismos como: la administración del contrato, la supervisión o fiscalización, informes claros, precisos y al mismo tiempo el cumplimiento en los pagos a los que tiene derecho el contratista.

El fin público del contrato estatal permite la supremacía de la administración pública frente a los particulares, como la entidad contratante impone las formas de pago; puede haber anticipos, pagos contra entrega, pagos por avance previa presentación de planillas.

El acta de inicio estipula el inicio de la ejecución del objeto materia del contrato, empieza a correr el plazo contractual; las relaciones personales son directas por generalidad, prohibiéndose ceder o subcontratar, como excepción el contratista podrá sub contratar la ejecución parcial del contrato con personas naturales o jurídicas registradas en el RUP, bajo su riesgo y con aprobación de la entidad contratante, las sub contrataciones no pueden ser ilimitadas y no podrán superar el treinta por ciento del monto del contrato

reajustado, y el contratista sigue obligado contractualmente por el todo contratado.

El reajuste de precios así mismo preserva el equilibrio o la ecuación económica del contrato evitando que el dinero a favor del contratista se vea disminuida a consecuencia de la inflación.

De allí, que las fórmulas polinómicas que se utilicen deben cubrir la totalidad de los mayores costos de los componentes que integran las obras, servicios o suministros, o por lo menos de los más representativos, con el objeto que tengan la virtualidad adecuada para restablecer la equivalencia económica del contrato, y principalmente que permitan reconocer al contratista el detrimento patrimonial que pueda sufrir entre el momento en que debió cumplir la prestación conforme al cronograma de ejecución del contrato y el momento en que la Entidad Pública proceda al pago de los trabajos.

“Las fórmulas están constituidas por la suma de diversos factores (mano de obra, energía, materias primas, etc.) que intervienen en la formación del precio del contrato, ponderado cada uno de ellos por un coeficiente que expresa su importancia relativa con relación al total, de modo que la suma de todos los coeficientes es igual a la unidad. Cada coeficiente se multiplica por la relación existente entre el coste del factor correspondiente en dos momentos: en el de la licitación y en el de la fecha a la que se refiere la revisión.” (Lopez Arévalo, 2012, p. 203).

La multa es la sanción pecuniaria que establece la entidad contratante para castigar al contratista en caso que incumpla parcialmente sus obligaciones durante la ejecución del objeto contractual; imponer la multa no es un acto arbitrario, pero si debe emanar de un acto administrativo motivado.

Mediante los contratos modificatorios se enmiendan errores manifiestos de hecho (errores de cálculo, de transcripción).

En cambio los contratos complementarios es un contrato accesorio cuando por causas imprevistas o técnicas sea necesario ampliar, modificar o complementar una determinada obra o servicio.

“En cambio la administración puede disponer modificaciones en la obra y el contratista está obligado a cumplir las órdenes escritas que se le impartan, sin perjuicio de su eventual derecho a indemnización. Este

poder es de principio y se funda en que la obra debe adaptarse en todo momento a los intereses públicos y subsanarse cualquier error o insuficiencia que se constatare. No obstante los pliegos generalmente contienen normas a ese respecto, precisando y limitando los poderes de la administración. Las modificaciones pueden consistir simplemente en el aumento o disminución de las obras contratadas (...). "Las órdenes de trabajo son disposiciones de la administración al contratista, y sin necesidad de contrato complementario para que se ejecuten rubros nuevos necesarios para la obra. Art. 89 Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública: "Órdenes de trabajo.- La Entidad Contratante podrá disponer, durante la ejecución de la obra, hasta del diez (10%) por ciento del valor actualizado o reajustado del contrato principal, para la realización de rubros nuevos, mediante órdenes de trabajo y empleando la modalidad de costo más porcentaje. En todo caso, los recursos deberán estar presupuestados de conformidad con la presente Ley. Las órdenes de trabajo contendrán las firmas de las partes y de la fiscalización" (Lopez Arévalo, 2012, p. 214).

La modalidad de costo más porcentaje Art. 145 del Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública: Modalidad de costo más porcentaje.- Para la ejecución de trabajos a través de la modalidad de costo más porcentaje, y con el límite de hasta el 10% del valor reajustado o actualizado del contrato principal en las situaciones previstas en el artículo 89 de la Ley, se observará el siguiente procedimiento:

La cantidad y calidad del equipo, mano de obra y materiales a ser empleados deberán ser aprobados de manera previa por el fiscalizador.

Se pagará al contratista el costo total de la mano de obra efectivamente empleada, que se calculará sobre la base de los salarios que constan en el contrato, reajustados a la fecha de ejecución.

Se pagará al contratista el costo comprobado de todos los materiales suministrados por él y utilizados en los trabajos, incluyendo transporte de haberlo.

Se pagará el uso del equipo que el fiscalizador considere necesario para la ejecución de los trabajos, sobre la base de los costos horarios constantes en el contrato, reajustados a la fecha de ejecución. De no existir salarios o costos

honorarios en el contrato, éstos se acordarán de mutuo acuerdo entre las partes.

Se añadirá a los costos antes señalados el porcentaje que, por costos indirectos, se hayan establecido en los precios unitarios del contrato principal. Este porcentaje constituirá toda la compensación adicional que recibirá el contratista por estos trabajos.

El uso de las herramientas menores no será pagado, pues se considera incluido en los costos de mano de obra.

Los pagos por estos conceptos serán cancelados dentro de los quince días término, contados desde la fecha de aprobación; y,

El contratista y el fiscalizador deberán mantener registros completos de todos los costos relacionados con los trabajos realizados por esta modalidad, los cuales se ingresarán al Portal.

La recepción, es el acto formal mediante el cual la Administración recibe el objeto contractual o parte de él, busca declarar que se cumplió con lo pactado, se contempla en nuestra Ley, cuatro clases de recepción: única, provisional (total o parcial), definitiva o de pleno derecho.

1.6.1. Única

La entidad contratante recibe ya que considera que el contratista ha cumplido a cabalidad (adquisición de bienes, prestación de servicios).

1.6.2. Provisional

La entidad contratante recibe el objeto del contrato provisionalmente, sujeto a verificación en el término legal. (Ejecución de obra y contratos integrales por precio fijo).

1.6.3. Definitiva

Procede luego de la recepción provisional, es que la entidad contratante considera que el objeto contractual se ha cumplido satisfactoriamente.

1.6.4. De Pleno Derecho

Es una recepción tácita se produce ante el silencio de la administración respecto de la solicitud de recepción hecha por el contratista.

1.7. La Liquidación del Contrato

De origen legal, permite que las partes definan saldos que resultaren a favor o en contra, puede terminar en un acuerdo bilateral, en una liquidación unilateral o en una liquidación arbitral o judicial del contrato.

La liquidación no constituye una decisión nueva del ente estatal o del contratista, constituye un acto de ejecución que produce efectos jurídicos entre las partes, la liquidación final forma parte del acta de recepción definitiva de la obra; es una liquidación contable, dejando constancia de lo ejecutado, determinando valores entregados al contratista, pendientes de pago, deducciones, devoluciones; los valores que resulten de la liquidación deberán pagarse dentro de los 10 días siguientes a la misma.

1.7.1 La Terminación del contrato.

Los contratos administrativos pueden concluir de dos formas, estas pueden ser, de manera regular o irregular, de conformidad con las causas establecidas por la Ley.

1.7.2 De manera regular

Cuando ha concluido el objeto del contrato sin novedad y se han cumplido todas las obligaciones contraídas;

1.7.3 De manera irregular

Esta es abrupta, no deseada, se da por hechos anormales como: obligaciones no cumplidas, muerte del contratista, quiebra, insolvencia. El artículo 92, de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (2008), señala las siguientes causas de terminación de los contratos.

1. "Por cumplimiento de las obligaciones contractuales;
2. Por mutuo acuerdo de las partes;
3. Por sentencia o laudo ejecutoriados que declaren la nulidad del contrato o la resolución del mismo a pedido del contratista;
4. Por declaración unilateral del contratante, en caso de incumplimiento del contratista; y,
5. Por muerte del contratista o por disolución de la persona jurídica contratista que no se origine en decisión interna voluntaria de los órganos competentes de tal persona jurídica" (LOSNCP, Capitulo IX, De la Terminación de los Contratos, 2008).

CAPITULO II

2.1. Antecedentes de Creación y Base Legal de la CNT EP.

La Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT S.A. se constituyó como Sociedad Anónima, mediante escritura pública de fusión de las extintas ANDINATEL S. A. y PACIFICTEL S. A., suscrita el 30 de octubre de 2008, con el objetivo de unificar los servicios y ampliar la cobertura en telefonía fija e internet banda ancha en todo el Ecuador.

ANDINATEL, fue una compañía de telefonía fija de Ecuador. Sociedad Anónima de capital público con sede en Quito. Operaba los servicios de telefonía fija, telefonía pública, servicio de internet, servicios portadores y de valor agregado. La compañía ANDINATEL S.A. fue resultado de la división en dos partes de EMETEL S.A., compañía estatal que prestaba servicios de telefonía en todo el Ecuador. ANDINATEL fue una de las dos compañías en que se dividió al monopolio estatal. Cubría las provincias de la región andina del país (de allí su nombre) tales como: Carchi, Imbabura, Pichincha, Cotopaxi, Tungurahua, Chimborazo y Bolívar la Amazonía tales como: Sucumbíos, Napo, Orellana y Pastaza y la provincia de Esmeraldas (hasta el año 2008 pasó a ser Nacional tras fusionar las 2 Zonas una Zona Centro Norte con provincias tales como: Esmeraldas, Carchi, Imbabura, Pichincha, Cotopaxi, Tungurahua, Chimborazo, Bolívar, Sucumbíos, Napo, Orellana, Pastaza y otra Zona Centro Sur con provincias tales como: Manabí, Los Ríos, Guayas, El Oro, Azuay, Cañar, Loja, Morona Santiago, Zamora Chinchipe y Galápagos).

Recibió una concesión de parte del Estado ecuatoriano el 29 de diciembre de 1997. El 100% de sus acciones son de propiedad del extinto ente estatal denominado Fondo de Solidaridad, Aunque fue creada para ser privatizada, proceso que fracasó, por ello el Estado continúa administrando esta compañía (Corporación Nacional de Telecomunicaciones, *Recuperado de: <https://www.cnt.gob.ec/>*).

Si bien inicialmente se preveía que ANDINATEL tendría menos utilidad que su hermana de la costa ecuatoriana, PACIFICTEL, con los años la compañía afincada en la capital andina, Quito, demostraría mejor desempeño. Todos los años, desde su creación, entregó grandes utilidades a su dueño. Entre 1997 y 2004 fue la compañía con mayores activos y la mayor contribuyente de impuesto a la renta en Ecuador.

En 2000 inició la prestación de servicio de internet (es también un ISP) a través de la marca ANDINANET. En 2002 incursionó en el negocio de la telefonía pública a través de cabinas telefónicas. Antes de ese año, prestaba telefonía pública sólo con aparatos independientes. En 2003 en alianza con PACIFICTEL, se hizo de la tercera concesión de telefonía móvil, la cual opera mediante su filial Alegro.

PACIFICTEL, fue una compañía de telefonía fija de Ecuador. Sociedad Anónima de capital público con sede en Guayaquil. Operaba los servicios de telefonía fija, telefonía pública, servicio de internet, servicios portadores y de valor agregado. **(véase Anexo 1)**

2.2. Análisis Doctrinario y Jurídico al Reglamento Interno de Contratación de la CNT EP y el Fundamento de Hecho y de Derecho de su Creación.

De acuerdo a la naturaleza de sus actividades, con la finalidad de acelerar en forma legal los procesos de contratación para determinados proveedores calificados y frente a la necesidad de contar con un instrumento jurídico ágil, dadas las facultades que le permite a la LOEP (Ley Orgánica de Empresas Públicas), la CNT EP, ha desarrollado su propio "REGLAMENTO INTERNO DE CONTRATACIÓN DE OBRAS, BIENES Y SERVICIOS INCLUIDOS LOS DE CONSULTORÍA, DE LA COORPORACIÓN NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES CNT-EP". En lo referente a su giro específico de negocio.

Quedando para los demás procesos de adquisición con otras entidades públicas, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Públicas (LOSNCP).

El Reglamento Interno de la *CNT EP* y conforme lo indicado anteriormente, en razón de la naturaleza de las actividades propias de la Empresa, permite agilizar la contratación con ciertos proveedores, debido al giro especial que por la naturaleza misma del negocio en determinadas circunstancias se debe atender.

Este instrumento jurídico de carácter contractual norma la contratación de obras, bienes y servicios incluyendo los de consultoría dentro de la CNT-EP. Por cuanto señala el cumplimiento de requisitos y procedimientos necesarios

para agilizar los procesos que permitan ejecutar la contratación dentro de la Empresa.

Dado su nivel jerárquico dentro de las normas, conforme lo establece el artículo 425 de la Constitución de la República del Ecuador, al ser un Reglamento que se desprende de la necesidad de agilizar ciertos procesos dentro de la contratación de la CNT EP, éste debe actuar de manera concordante con la Ley Especial y la Ley Orgánica en materia de contratación pública, pues, bajo ninguna circunstancia el Reglamento podrá disponer sobre la Ley; no así, la Ley si puede disponer por sobre el Reglamento. Es decir, que en caso de conflicto entre las disposiciones de la Ley y las del Reglamento, se estará a lo que disponga la Ley.

“Por reglamento se entiende toda disposición jurídica de carácter general y con valor subordinado a la Ley dictada por la Administración, en virtud de su competencia propia.

Características del reglamento: A diferencia de los actos administrativos, los reglamentos se integran en el ordenamiento jurídico y forman parte del mismo, ampliándolo. Como norma jurídica, no se agota por una sola aplicación ni por otras muchas, sino que cuanto más se aplica más se refuerza su vigencia. No se consumen con su simple cumplimiento, sino que son susceptibles de una pluralidad indefinida de cumplimientos. Por el contrario, los actos administrativos no se integran en el ordenamiento jurídico, son actos aplicativos, es decir, son simple aplicación del mismo, por lo que no lo amplían, agotándose con su simple cumplimiento. No tienen vocación de permanencia, que es lo característico de las normas jurídicas y, aunque afecten a numerosos ciudadanos o, incluso a todos, (por ejemplo, la convocatoria de elecciones generales), se extingue en una sola aplicación” (García Ruiz, 2012, 29 (8) 2016, Derecho en Red, *Recuperado de: www.derechoconstitucional.es*).

Toda normativa tiene la parte considerativa o de motivos, uno de estos determina los estimados para que la CNT EP requiera un: *REGLAMENTO INTERNO DE CONTRATACIONES DE OBRAS, BIENES Y SERVICIOS, INCLUIDOS LOS DE CONSULTORIA, DE LA CORPORACIÓN NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES CNT EP*, dice:

“QUE, de conformidad con la reforma realizada al artículo 71 del Reglamento Interno de Contrataciones de Obras, Bienes y Servicios, incluidos los de Consultoría, el 16 de febrero de 2012, a través de la cual se estableció un procedimiento ágil para el arrendamiento de bienes inmuebles destinados a la ocupación de infraestructura de telecomunicaciones, que permita a la Corporación contar oportunamente con los sitios que viabilizarán la ejecución y cumplimiento del giro del negocio de la CNT EP, es necesario determinar la competencia para autorizar y suscribir estos contratos a los Administradores Regionales y Provinciales.

QUE, mediante sumilla inserta en oficio No. GNFA-0757-2012 de 9 de julio de 2012, el señor Gerente General de la Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT EP, autorizó el desarrollo de la segunda etapa del modelo para la ‘Cadena de Abastecimiento de materiales y bienes de operación, logística y administración de bodegas para la CNT EP’. Lo que hace necesario establecer el procedimiento para la adquisición de bienes y materiales de MBO Locales y de importación y conformar el Comité Ampliado de Abastecimiento para validar la propuesta del PAC de MBO de cada año y los recursos a ser incluidos en la proforma presupuestaria conforme la cuota preliminar prevista para cada Agencia Regional.

QUE, es necesario aclarar el cuarto párrafo del numeral 4 del artículo 71 del Reglamento Interno de Contrataciones de Obras, Bienes y Servicios, incluidos los de Consultoría, y determinar como límite para las contrataciones de arrendamiento de inmuebles destinados a la ocupación de infraestructura de telecomunicaciones es de hasta USD. 5 000.000,00 y en el mismo sentido aclarar las notas en el artículo 12 en los niveles de autorización de los Administradores de las Agencias Regionales y Agencias Provinciales.

Respecto de los considerandos precedentes es necesario reformar el Reglamento Interno, que facilite y articule la aplicación de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, y su Reglamento General de aplicación en la Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT EP. Y en adelante simplemente CNT EP, permitiendo a la Corporación contar con un cuerpo normativo que determine claramente los procedimientos y requisitos a tenerse en cuenta en la tramitación de las contrataciones,

estableciendo las atribuciones y responsabilidades de los distintos niveles administrativos de la entidad;

QUE, el numeral 8 del artículo 11 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, faculta al Gerente General de la Empresa Pública a aprobar los reglamentos internos que requiera la Empresa;" (Corporación Nacional de Telecomunicaciones, *Recuperado de: <https://www.cnt.gob.ec/>*.)

2.2. Análisis y Desarrollo Jurídico de lo que es el Giro Específico del Negocio

Según, Segmentación y Giros De Negocio, (2010),:

"Se define como la división o fragmentación de clientes en grupos asociados por ciertas características en común. Las características principales para segmentar es considerar a grupos homogéneos con una amplia similitud lo que ayuda a que los mismos respondan de modo similar a determinadas estrategias. La segmentación puede hacerse por giro de negocio: según a la actividad comercial que el cliente desempeña por ejemplo pueden ser tiendas detallistas el cual sería un ejemplo de giro de negocio o podría ser una Institución la cual usa nuestros productos como materia prima para elaboración de otros productos. Además los giros pueden estar agrupados por incidencia de compra o de consumo como se conocen estos términos es Off Premise: El consumidor compra el producto pero no lo consume en el lugar ni en el instante de su compra u OnPremisse: El consumidor compra el producto pero lo consume fuera del establecimiento o en sus hogares" (Segmentación y Giros de Negocios, 2010, January 18th, 2010, AJChacon, *Recuperado de: alvarojachacon.com/2010/01/segmentacion-y-giros-de-negocio/*)

En la Ley Organica del Sistema Nacional de Contratación Pública, (2008), se encuentra delimitado de la siguiente manera:

Art. 2.- Régimen Especial.- Se someterán a la normativa específica que para el efecto dicte el Presidente de la República en el Reglamento General a esta Ley, bajo criterios de selectividad, los procedimientos precontractuales de las siguientes contrataciones:8. Los que celebren el Estado con entidades del sector público, éstas entre sí, o aquellas con

empresas públicas o empresas cuyo capital suscrito pertenezca por lo menos en el cincuenta por ciento (50%) a entidades de derecho público o sus subsidiarias; y las empresas entre sí. También los contratos que celebren las entidades del sector público o empresas públicas o empresas cuyo capital suscrito pertenezca por lo menos en cincuenta por ciento (50%) a entidades de derecho público, o sus subsidiarias, con empresas en las que los Estados de la Comunidad Internacional participen en por lo menos el cincuenta por ciento (50%), o sus subsidiarias. El régimen especial previsto en este numeral para las empresas públicas o empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en cincuenta por ciento (50%) a entidades de derecho público o sus subsidiarias se aplicará únicamente para el giro específico del negocio; en cuanto al giro común se aplicará el régimen común previsto en esta Ley. La determinación de giro específico y común le corresponderá al Director Ejecutivo del Instituto Nacional de Contratación Pública.

Art. 103.- Procedencia.- Se sujetarán a las disposiciones contenidas en el artículo siguiente, las contrataciones relacionadas con el giro específico de sus negocios, que celebren:

1. Las empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en el cincuenta por ciento a entidades de derecho público, de conformidad con el párrafo final del artículo 1 y el numeral 8 del artículo 2 de la Ley; y,
2. Las subsidiarias definidas como tales en el numeral 11 del artículo 6 de la Ley y conforme lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 2 de la Ley.

Art. 104.- Giro específico del negocio.- Las contrataciones a cargo de las empresas referidas en el artículo anterior, relacionadas con el giro específico de sus negocios, que estén reguladas por las leyes específicas que rigen sus actividades o por prácticas comerciales o modelos de negocios de aplicación internacional, y los contratos de orden societario, no estarán sujetas a las normas contenidas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y en este Reglamento General. Para el efecto, la máxima autoridad de las empresas o sus delegados, emitirán una resolución motivada en la que se determine taxativamente las contrataciones y el régimen legal aplicable, que será publicada en el Portal de Compras Públicas (en su enlace web), dentro de los quince días

del mes de enero de cada año. Esta disposición no podrá ser utilizada como mecanismo de elusión de los procedimientos de contratación previstos en el Título III de la Ley. Si a juicio del INCOP se presumiera que alguna de las empresas hubiese incurrido en la práctica antes señalada, notificará a la Contraloría General del Estado, de conformidad con lo previsto en el artículo 15 de la Ley.

Art. 105.- Actividades diferentes al giro específico del negocio.-Las contrataciones de bienes, obras y servicios, incluidos los de consultoría, a cargo de las empresas antes referidas, diferentes a las señaladas en el artículo precedente, se deberán llevar a cabo siguiendo los procedimientos generales o especiales contemplados en la Ley y en este Reglamento General (p.2-34-35).

El Giro Especifico del Negocio, es una modalidad de contratación ágil empleada en las empresas públicas con la finalidad de mejorar su productividad y competitividad, esta modalidad de contratación nace de la propia Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, conforme lo expresan los Artículos 2, 103 y 104, de la Ley Orgánica y su Reglamento General la Ley Orgánica de Contratación Pública respetivamente, de acuerdo a lo establecido en las referidas normas que para efectos del presente análisis se las ha citado, en virtud de que, tanto las empresas públicas como sus subsidiarias, están destinadas ya sea a la atención de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, o en general actividades económicas que corresponden al Estado.

Esta modalidad de contratación opera lo más parecido a los decretos de emergencia, por cuanto a través de ella se agiliza los procesos de contratación de determinados bienes o servicios, sin que por ello se deje de transparentar dichos procesos de contratación.

Se podría hasta cierto punto considerar a la modalidad Giro Especifico del Negocio, como una modalidad de contratación emergente, por cuanto a través de ello se agiliza la contratación de bienes o servicios necesarios, permitiendo atender en tiempo oportuno a los requerimientos propios de la actividad, la empresa o la prestación del servicio en el caso de la CNT-EP.

El Giro del Negocio en ningún caso es una forma contratación directa o discrecional, pues su aplicación se considera tan solo un método más ágil

para obtener las obras, bienes o servicios necesarios para mantener el dinamismo de las empresas públicas que les permita competir dentro del ámbito mercantil. Es así que, con el fin de evitar cualquier tipo de discrecionalidad y acatando los principios constitucionales de transparencia, igualdad, trato justo, entre otros, las empresas que apliquen el Giro Especifico del Negocio, es necesario que previamente establezcan un procedimiento claro y competitivo para desarrollar las modalidades de contratación, a fin de evitar posibles abusos o negociados, que suelen darse bajo la modalidad de contratación directa o discrecional.

2.3 Análisis Jurídico del Sistema de Contratación “Swiss Challenge”

El “SwissChallenge” es un mecanismo de selección del socio estratégico de los organismos de la Administración Pública del Estado, para emprender la ejecución de obras de una importante inversión económica y con la necesidad de un flujo de recursos en un proyecto que requiere necesariamente alcanzar su punto de equilibrio; por lo general, se ha desarrollado en proyectos con un presupuesto demasadamente oneroso para ser asumido por los organismos y entidades de la administración pública directamente con los ingresos provenientes de su presupuesto, sea autónomo o central, los elementos fundamentales que involucran y caracterizan a este tipo de procedimiento.

El “SwissChallenge” o “Desafío Suizo” implica: que una empresa presenta públicamente una oferta y que las demás pueden mejorarla, con lo cual, la primera o la que mejora, sale de la competencia. Esto asegura que la oferta escogida, en último término, sea ciertamente la que mejores condiciones ofrezca tanto en los aspectos técnicos cuanto en los financieros (Aguirre Marquez, 2014, *Recuperado de: repositorio.uasb.edu.ec/handle*).

Precisamente, en este caso, debe indicarse que el “**SwissChallenge**” es un procedimiento por medio del cual, como su mismo nombre lo indica, se realiza un verdadero desafío entre un oferente denominado “**primer opcionado**”, quien presenta una oferta base sobre el desarrollo del proyecto y en atención a sus especificaciones técnicas, de la cual se derivarán las demás ofertas que tienen que, en estricto sentido, “**desafiar**” a la propuesta del “**primer opcionado**”; por lo que, al tratarse

de un desafío, una vez presentadas las ofertas que incluyen mejores condiciones a la inicial, el “**primer opcionado**” deberá mejorar su oferta por lo menos en las condiciones de la oferta que le desafía so pena de ser eliminado de la competencia, pasando a ser entonces, el “**primer opcionado**” quien formuló la última propuesta.

En otras palabras el “**SwissChallenge**” ha sido concebido como una forma de adjudicar un contrato de asociación y/o concesión, a un socio estratégico para que emprenda actividades conjuntamente con el organismo de la administración pública.

Constitución Política de la República, (2008), Artículo 316, en su parte pertinente establece que: “El Estado podrá, de forma excepcional, delegar a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria, el ejercicio de estas actividades, en los casos que establezca la ley” (p.164).

Es decir que, por excepción se establecerán este tipo de acuerdos y se propugnará la participación privada en las actividades relacionadas con los sectores estratégicos del Estado Ecuatoriano.

Como podremos apreciar en el siguiente caso; La concesión del aeropuerto de Quito, es una concesión BOT, que involucra la construcción de un nuevo aeropuerto, la operación del existente y la transferencia de la obra total al finalizar en contrato de concesión. Por este motivo es que, el punto: Dos Punto Dos Punto Dos, del contrato, otorga el usufructo de los terrenos, edificios, elementos permanentes y accesorios; así como, de los bienes municipales y de la CORPAQ en el aeropuerto y en el sitio del nuevo aeropuerto, esto es, del sector de Tabavela, parroquia de Puenbo del Distrito Metropolitano de Quito. Finalmente, las obligaciones del concesionario de esta obra, están adjudicadas por el procedimiento denominado **SwissChallenge**.

El sistema “SwissChallenge” fue utilizado en una primera etapa en el Ecuador, para el desarrollo del proyecto hidroeléctrico Toachi Pilaton. Para ello, el Concejo Provincial de Pichincha resolvió la reactivación del proceso de ejecución del Proyecto y la viabilizarían del establecimiento y financiación de la Corporación Toachi-Pilaton, que permita demandar el tramite jurídico para impulsar legalmente el proyecto.

Es así como se creó la compañía HIDROTOAPI S.A., constituida por el mismo Concejo Provincial de Pichincha, para llevar a cabo el proceso para la ejecución del proyecto, al ser por naturaleza una persona jurídica de Derecho Privado y no Público, no debía sujetarse necesariamente a la Ley de Contratación Pública, sino más bien al Reglamento que se expide. Por ello se concibió utilizar el procedimiento "SwissChallenge".

Sin embargo, actualmente dicha sociedad civil paso a ser una empresa pública, por lo que está obligada a sujetar sus procedimientos de contratación, a la LOSNCP.

El procedimiento consiste en sí, en recibir una propuesta formal de un primer proponente para posteriormente en una segunda etapa, efectuar una invitación o convocatoria a otros interesados que, en ese momento podrán presentar ofertas, las que en todo caso, deben enfocarse en mejorar los términos y condiciones presentados por el primer proponente.

De ser el caso se concede el plazo adicional para que el primero pueda mejorar términos y condiciones presentados por terceros, de acuerdo con los criterios de evaluación aprobados. Este procedimiento puede variar según cada proyecto en particular. Sobre este tema existe la consulta realizada a la Procuraduría General del Estado, debido a la facultad asignada al Presidente de la República en el literal e) del Artículo 43 de la Ley de Modernización del Estado.

Por lo expuesto, actualmente ni los gobierno autónomos descentralizados ni las otras entidades del Estado, pueden ejecutar por medio de personas jurídicas de derecho privado este tipo de proyectos, salvo excepción legal, lo que en algunos casos ha terminado en adjudicación dando preferencia a un proveedor, contraviniendo disposiciones legales y la lógica de impulsar al pequeño proveedor o a las personas naturales menos pudientes.

En conclusión, el método "SwissChallenge", solo puede aplicarse por situación de legal excepción y en casos específicos que involucran los más altos intereses del Estado, como son los sectores estratégicos y sectores que por la naturaleza de su actividad podrían comprometer la seguridad del Estado.

2.4 Análisis de Caso en el Proceso de Contratación de la CNT EP

El numeral 8 del artículo 2 de la LOSNCP y el artículo 104 del Reglamento General a la Ley conforme lo establece el Reglamento Interno de contrataciones de Obras, Bienes y Servicios incluidos los de Consultoría, de la Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT-EP. Las herramientas informáticas PAC y SAP generan las validaciones dentro del flujo de pre compra razón por la cual se consideran innecesario mantener documentos adicionales. A continuación resoluciones sobre el Proceso de Contratación de la CNT EP.

Resolución CNT EP GG-012-2013 el Gerente General de la Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT EP, la Gerencia Nacional de Desarrollo Organizacional a través de la Jefatura de Responsabilidad de fecha junio del 2013 emite directrices sobre procedimientos a seguir por los contratistas para ser calificados para ser Proveedores de la CNT EP para el Giro Especifico del Negocio, esta dependencia previa calificación del SERCOP como proveedores según el capital de los oferentes lo va clasificando por categorías. Y previo a recibir o ser beneficiados se realiza sorteos de Planta Externa; dichos sorteos se realizan en dependencias de la CNT EP en audiencias públicas a las que son invitadas las partes interesadas y el monto de sorteo se lo realiza con la calificación previa del SERCOP.

Que mediante **Resolución N° CNTEP-GG-024-2010 de 26 de julio de 2010** se crea el Comité de Abastecimiento, órgano facultado para implementar el modelo de Abastecimiento de materiales y Bienes de Operación, Logística y Administración de Bodegas de la Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT EP.

“ QUE, mediante Decreto Ejecutivo N° 841, publicado en el Suplemento del Registro Oficial N° 512 de 15 de agosto de 2011, se expidió la Reforma al Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, aprobado a través de Decreto Ejecutivo N° 1700 de 30 de abril de 2009, el mismo que ha determinado la necesidad de que el procedimiento de menor cuantía de obras, el mecanismo de sorteo fomente la más amplia participación de proveedores de localidades cantonales en las que se convoquen tales procedimientos; se crea un marco para la aplicación de las preferencias de las micro, pequeñas y

medianas empresas, y a los actores de la economía popular y solidaria, como lo manda el artículo 288 de la Constitución de la República; y, se modifica el artículo 104 del Reglamento General a la ley, para guardar concordancia con la reforma al numeral 8 del artículo 2 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en la que se establece que la determinación de los procesos de Régimen Especial por Giro Específico del Negocio corresponde al INCOP, por lo tanto el segundo inciso del artículo 104 del Reglamento General de la Ley.

A mismo el Decreto al numeral 7.15 dispone que, toda contratación relacionada al servicio y mantenimiento de Obras de Planta Externa, deberá contar con la validación previa de la Gerencia de Operación y Mantenimiento de la Gerencia Nacional Técnica y adjuntarla al iniciar las solicitudes de compra en el PAC. La Jefatura de Homologación de Materiales y Calidad de Compras tendrá la responsabilidad de verificar que el documento de validación otorgado por el Gerente de Operación y Mantenimiento se encuentre anexo a la solicitud de compra y que el mismo.

En la Sección II Contrataciones de Régimen Especial Giro Específico de Negocio el Art. 71 sobre la Procedencia de la contratación sujetas al Régimen Especial Giro Específico de Negocio la determina previo análisis el SERCOP, conforme lo dispone el numeral 8 del artículo 2 de la LOSNCP y artículo 104 del Reglamento General a la Ley.

En lo relacionado al Giro Específico del Negocio constarán como confidenciales y estratégicos y por lo tanto no divulgables, los contratos necesarios para la operación o en las prestaciones de servicios de telecomunicaciones, como son los de interconexión, conexión, acuerdos de roaming nacional e internacional , arriendo de capacidad, reventa de concesiones, permisos, títulos habilitantes en general , servicios satelitales, servicios de telecomunicaciones internacionales , uso de frecuencias , arrendamiento de redes, facilidades de infraestructura, acceso y uso compartido de infraestructura, co ubicación , transporte de datos, derecho de uso irreversible (IRU) venta o arrendamiento de capacidad como provisión de E1 servicios de portadores, servicios de valor agregado, servicios de telefonía y o televisión y otros de naturaleza similar y los de arrendamiento de inmuebles destinados a la ocupación de

infraestructura de telecomunicaciones , que celebre la CORPORACION NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES CNT EP, en su calidad de operador y/o prestador de servicios de telecomunicaciones, los cuales son regulados por usos comerciales, por la normativa legal en materia de telecomunicaciones, convenios, acuerdos internacionales y leyes concordantes, y por tanto se regirán por leyes, reglamentos y demás normativa dispuesta en su respectivo ámbito.

Para proceder con las contrataciones, la Gerencia Nacional, Gerencia de Staff de la Gerencia, Agencia Regional o Agencia Provincial requirente, según el caso, presentarán documentos que justifiquen la existencia de recursos. Ahora conforme lo establece la Constitución Política del Ecuador en su capítulo VI sobre los Derechos de Libertad en el artículo 17 sobre “derecho a la libertad de trabajo” (Corporación Nacional de Telecomunicaciones, 2015, *Recuperado de: <https://www.cnt.gob.ec/>*)

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en el Capítulo I del Sistema y sus Órganos en el Art.10 dispone, la creación del Instituto Nacional de Contratación Pública que en su parte dice: “El Instituto ejercerá la rectoría del Sistema Nacional de Contratación Pública conforme sus atribuciones” (LOSNCP,2008).

La nueva Ley de Contratación Pública derogó todos los cuerpos legales relacionadas a materia de contratación pública, a su vez abolió toda normativa incluyéndose las consultorías, con la ley vigente el SERCOP es el único encargado de la rectoría de temas relacionados a compras públicas en el Ecuador.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública al ser una ley Orgánica no puede ser reemplazada por otros cuerpos legales pero vemos como la Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT EP, por las facultades que le permite la Ley de Empresas Públicas, crea normativa para procedimientos en contratación.

En sí, los proveedores para ser calificados por la Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNE EP deben primeramente ser calificados por el SERCOP; conforme su situación financiera tiene un monto tope de contratación para poder contratar con la CNT EP como proveedor calificado, a esto le solicitan más documentos que pide el personal del área de

abastecimiento de la CNT EP, este mecanismo permite acceder a los sorteos públicos que hace la empresa previo a los requerimientos que se remiten en las provincias, recordando eso sí que estos sorteos son en base a los montos del proveedor.

Esto desde mi óptica no está bien ya que los proveedores que tienen mejor capital es decir un tope de monto alto siempre serán beneficiados, restando oportunidad a pequeños proveedores, que les permita contratar con el Estado y poder desarrollarse en el ámbito del negocio, siendo contrario al espíritu de la ley, en el sentido de dar preferencia e impulsar el desarrollo de pequeños proveedores.

Entre tanto que el giro específico de negocio es una modalidad de contratación que no permite tener información de los procesos ni antes ni después por cuanto son considerados áreas estratégicas del gobierno por tanto aquellos proveedores calificados con mayor capital son beneficiarios de contrataciones en que están en juego grandes recursos económicos, en esta modalidad los pequeños proveedores tampoco no pueden acceder a postularse en este tipo de contrataciones, debido a la capacidad económica que se requiere para contratar en estas áreas de la economía.

CONCLUSIONES

El Derecho, es un agente regulador de las relaciones que se desarrollan dentro de un conglomerado social, integrado por normas de distinta índole y jerarquía, que tienen como cabeza a la Constitución, norma fundamental que establece los principios de los derechos que son fuente de dichas normas, en virtud de lo cual se debe respetar la jerarquía normativa, por lo que es necesario que las leyes y reglamentos especiales y/o supletorios se sujeten estrictamente a la Constitución y la Ley a cuyo origen se deben.

Ante la necesidad de sostener el dinamismo, la producción o la competitividad en las empresas públicas, se debe procurar la aplicación de los criterios más acertados en los procesos de contratación, desarrollando mecanismos de total transparencia, buscando no eludir procedimientos contractuales establecidos, porque puede generar desconfianza ante la modalidad de contratación a utilizar, como es el caso de, "Giro Especifico del Negocio" por más similitud que haya entre el objeto a contratar con el proveedor y las actividades de la empresa contratante.

Ajustar estrictamente a las normas y principios las modalidades de contratación, propendiendo a impulsar el desarrollo de la industria nacional, regional o local, dentro de los criterios establecidos por la Constitución y la Ley.

RECOMENDACIONES

La Corporación Nacional de Telecomunicaciones, al ser un ente público, debe apegarse estrictamente a lo que establecen la Constitución y la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, dado que goza de la facultad de poseer en forma exclusiva de un, Reglamento Interno de Contrataciones de Obras, Bienes y Servicios, Incluidos los de Consultoría, ante lo cual es necesario que establezca de forma clara los criterios técnicos a aplicar en las diferentes modalidades de contratación que emplea la institución.

Es necesario que se transparente la información en todos los procesos de contratación, de manera que todos los proveedores que estén interesados la conozcan aun si no pudieren participar, fomentando así la confianza de los ciudadanos en la institución, dada la circunstancia especial que envuelve a ciertas modalidades de contratación como lo es el, Giro Especifico del Negocio.

Dado el carácter empresarial y el sector estratégico de la economía en el que se desenvuelve la Corporación Nacional de Telecomunicaciones, esta debe dar impulso y preferencia a las PYMES o proveedores conforme dispone la Constitución, dando las facilidades para que aquellos puedan acceder a los procesos de contratación.

COMPROBACIÓN DE LAS HIPÓTESIS.

La Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT EP es una Institución que se ampara en un Reglamento Interno de Contratación, lo que conlleva en ciertos casos a otorgar contratos en forma poco transparente, que termina por coartar oportunidades a pequeños proveedores nacionales, y por ende contrario a lo que establece la LOSNCP, respecto de dar oportunidad e impulso a la pequeña empresa nacional, regional o local.

El Giro Específico de Negocio proceso usado por la Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT EP es un mecanismo jurídico eficiente como lo es la modalidad de adquisiciones bajo “decreto de emergencia”, por cuanto permite mantener el dinamismo y competitividad de las empresas públicas.

La contratación en el modelo de contrato por Cotización y Licitación, califica a los proveedores bajo el criterio de, el de “mayor capital financiero”, con lo cual se excluye automáticamente a los pequeños proveedores, dando oportunidad solo a los grandes, lo cual quebranta el principio de igualdad, contemplado por la Constitución y la Ley.

BIBLIOGRAFIA

- Bohorque de Sevilla, M. (2005). Características de las Garantías en la Contratación Pública. Mexico: Libreros S.A.
- Jeze, G. (1950). Principios generales del derecho administrativo. Francia: Depalma.
- Larrea Holguin, J. (2006). Enciclopedia Juridica Ecuatoriana. Quito - Ecuador: Fundación Latinoamericana Andrés Bello.
- Lopez Arévalo, W. (2012). Tratado de Contratación Pública. Quito-Ecuador: Editorial Jurídica del Ecuador.
- Marienhoff, M. (2000). Contratos de la Administración Pública teorías general y de los contratos en particular. Buenos Aires: Publicaciones Nuevo Mundo.
- Ortiz, A., & Valencia, R. (2014). Derecho Civil , 1. Bogotá: TEMIS S.A.
- Peña Castrillón , G. (1977). La letra de cambio teoría y práctica en América Latina. Bogotá: Temis.
- Perez Camacho, E. (2008). Derecho Administrativo, Normativa Jurídica y Doctrina Comparada, Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito: Hereditos
- Quizphi Castro, O. (2006). Derecho administrativo. Chile: Don Bosco Ltda
- Rodriguez Arana, J., & Alvarez Barbeito, F. (2013). El régimen de las garantías para contratar con la Administración Pública. Chile: Audibles
- Sanchez Moro, M. (2006). Derecho Administrativo, en la terminología anglosajona referente a outsourcing. España: Rústica.
- Sayagues Laso, E. (2002). Tratado de Derecho Administrativo. Montevideo-Uruguay: Fundación de Cultura Universitaria.
- Villalba Perez, F. (1996). Garantías para contratar con la administración. Buenos Aires: Plus Ultra.

LEGISLACION ECUATORIANA

- Constitución de la República del Ecuador. (2008)
- Código Civil Ecuatoriano. (2002).
- Res. 398-INCOP,7 febrero 2012.Instituto Nacional de Contratación Pública-INCOP, 2012, Oficio nro. INCOP-DE-2012-0187-OF de Quito, 31 de enero del 2012.
- Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. (2008).

SITIOS WEB

- Aguirre Maquez, J. L. (2014). Universidad Simón Bolívar. *Recuperado de repositorio.uasb.edu.ec/handle*
- Castillo Blanco, F. (2013). Las Garantías en la Contratación Administrativa y las Responsabilidades a que están afectadas. *Recuperado de <http://api.ning.com/files/8pnqwPqNt2PJXT6Pf2zVufsbyM1amV3pPC-a9yDHFo9I4N2jD9G3qn9CvIMa6EwcS09NsSEUPJEGHf8II176cql5RCNS1t5H/Garantiasprestadasportercerosprimeraparte.pdf>*
- Corporación Nacional de Telecomunicaciones. (s.f.). *Obtenido de <https://www.cnt.gob.ec/>*
- Enciclopedia Jurídica. (2014). *Recuperado de <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/>*
- García Ruiz, J. (2012). Derecho Constitucional. *Recuperado de www.derechoconstitucional.es*
- Hernandez, A. (2010).Segmentación y Giros de Negocios. (2010). *Recuperado de alvarojchacon.com/2010/01/segmentacion-y-giros-de-negocio/*
- Mejorada, M. (2008). La Ejecución de las Garantías Reales. *Recuperado de <http://blog.pucp.edu.pe/blog/derysoc/2008/06/17/la-ejecucion-de-las-gsrantias-reales-el-momento-de-la-verdad/>*
- Samcam, R. (2015). Análisis Coyuntural. *Recuperado de <http://abg-roberto/ex.blogspot.com/>*

ANEXOS

Anexo 1.-Decreto de Transición de Entidad Anónima a Entidad Pública de la CNT EP.

El 14 de enero del 2010 mediante Decreto Ejecutivo No. 218, publicado en el Registro Oficial 122, la Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT S. A. pasa a ser entidad pública denominándose CNT EP (Corporación Nacional de Telecomunicaciones Empresa Pública).

Mediante Decreto Ejecutivo N° 218, publicado en el Registro Oficial 122 de 3 de febrero del 2010 el Presidente Constitucional de la República Economista Rafael Correa Delgado en ejercicio de las facultades y atribuciones que le confiere el artículo 147, numeral 5, de la Constitución de la República del Ecuador, la Disposición Transitoria de la Ley Orgánica de Empresas Publicas, y el artículo 11, letra del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva decreta.

En el amplio campo de las Telecomunicaciones es necesario anotar que el espectro radioeléctrico es propiedad directa del Estado, y por ende pasa hacer un bien de tipo público, el cual en sus características se constituye en inalienable e imprescriptible del cual el Estado es su accionante.

El uso de este se constituye en un servicio el cual es utilizado en la radiodifusión y televisión. Por ende cualquier tipo de servicio de telecomunicaciones deberá hacerse por medio de contratos de concesión, estas por su naturaleza son excepcionales normadas en la Constitución.

Posteriormente la promulgación de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Publica derogo otros cuerpos legales, adicionalmente se crean la Secretaria Nacional de Telecomunicaciones y la Superintendencia de Telecomunicaciones que se sujetan a la Ley vigente.

Para darle un trato preferencial se incluyó una Disposición General Quinta del Reglamento General de la Ley Orgánica de Contratación Publica en relación a la no obligatoriedad de acatar los modelos de pliegos, como tampoco cláusulas obligatorias.

En el Reglamento en el cual se entrega concesiones de las Telecomunicaciones, norma procedimientos, términos y plazo, mediante el cual el Estado podrá delegar, mediante concesión a otros sectores prestadores de servicios de telecomunicaciones en las competencias y concesión del espectro radioeléctrico.

Art. 1.- Créase la Empresa Pública CORPORACION NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES -CNT EP-, como persona jurídica de derecho público, con patrimonio propio, dotada de autonomía presupuestaria, financiera, económica, administrativa y de gestión con domicilio principal en Quito, Distrito Metropolitano, provincia de Pichincha.

Art. 2.- El de la empresa pública CORPORACION NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES CNT EP comprende lo siguiente:

La explotación de los servicios de telecomunicaciones, sean estos finales, portadores, de voz, imagen, datos, video, servicios de valor agregado, convergentes y multimedia, así como todos aquellos servicios que se creen, desarrollen o deriven a partir de los servicios antes mencionados o determinados por los progresos tecnológicos y técnicos en materia de telecomunicaciones.

Entre los servicios antes mencionados se incluye la telefonía fija local y de larga distancia nacional e internacional, telefonía móvil, servicios móviles avanzados, télex, telefax nacionales e internacionales, radiotelefonía y telefonía celular, telefoto, transmisión de datos, acceso a la internet, televisión por suscripción, así como medios para la transmisión de programas de radiodifusión y televisión; y, cualquier otro servicio de telecomunicaciones que pudiera surgir sobre la base de una nueva tecnología. Estos servicios se podrán prestar a través de medios alámbricos e inalámbricos. Igualmente incluye la propiedad de equipos y medios de telecomunicaciones.

La importación y exportación de equipos de computación, procesamiento de datos, electrónicos, telecomunicaciones, hardware y software; así como, la creación, desarrollo y aplicación de software.

La prestación de servicios de soporte, consultoría, asesoría y mantenimiento en telecomunicaciones.

El suministro, instalación, construcción, soporte técnico, operación, mantenimiento y supervisión de redes y de sistemas de telecomunicaciones.

El diseño, fabricación y comercialización de bienes y equipos para los servicios relacionados con su objeto.

Participar en empresas nacionales o extranjeras para el desarrollo y prestación de servicios en telecomunicaciones y sociedad de la información.

La promoción, inversión y creación de empresas subsidiarias, consorcios, alianzas estratégicas y nuevos emprendimientos para la realización de su objeto.

Investigación y desarrollo científicos y tecnológicos en el campo de las telecomunicaciones y de la sociedad de la información.

La representación de personas naturales o jurídicas, fabricantes, productores, distribuidores, comercializadores de marcas, patentes, modelos de utilidad, equipos y maquinarias, en líneas de productos o servicios, iguales, afines o similares a las previstas en su objeto.

La realización de todas las actividades propias de la ingeniería de telecomunicaciones en todas sus áreas, tales como asesoría, consultoría, interventora, montajes, instalaciones, puesta en servicio, análisis técnicos y financieros, diseños, estudios operativos, implantación, fiscalización y mantenimiento.

Las demás actividades que de conformidad con el ordenamiento jurídico del Ecuador le compete al sector estratégico de telecomunicaciones.

Para el cumplimiento de su objeto, la empresa pública podrá realizar toda clase de actos o contratos administrativos, civiles, mercantiles, comerciales, laborales, industriales, de propiedad intelectual o de servicios observando para el efecto la normativa aplicable.

Art. 3.- El capital de la CNT EP es la suma de las cuentas que conforman el patrimonio registrado en el balance de la Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT S. A., cortado a la fecha de expedición de este decreto ejecutivo; y los pasivos por componente de deuda externa que al 16 de octubre del 2009 haya registrado.

Art. 4.- La empresa pública CORPORACION NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES CNT EP se subroga en los derechos y obligaciones de la CORPORACION NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES CNT S. A. extinguida por disposición de la Ley Orgánica de Empresas Públicas y por este decreto.

Los activos y pasivos, y, en general todos los bienes, derechos y obligaciones de la sociedad anónima extinta por disposición legal, CNT S. A., se transfieren en forma total a la empresa pública que mediante este acto se crea, CNT EP, incluyendo los bienes a los que se refiere la disposición transitoria séptima de la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

Se exceptúa el componente de deuda externa, conforme lo establece la disposición transitoria segunda, numerales 2.1.5 y 2.1.12 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

El Superintendente de Compañías, ordenará la cancelación de la inscripción de la sociedad anónima referida en el respectivo Registro Mercantil del Cantón Quito.

Art. 5.- Para los efectos de lo dispuesto en el apartado a) del artículo 7 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, el Directorio de la Corporación Nacional de Telecomunicaciones CNT EP, estará conformado de la siguiente manera:

1. El Ministro de Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información o su delegado permanente;
2. El titular del organismo nacional de planificación o su delegado permanente.
3. Un miembro designado por el Presidente de la República.

Art. 6.- El Directorio de la Corporación Nacional de Telecomunicaciones EP, estructurará el estatuto orgánico por procesos de la empresa y los demás reglamentos internos que correspondan, en los que constarán los aspectos necesarios para la gestión y operación de la empresa.

Art. 7.- En todo lo no previsto en este decreto ejecutivo sobre la administración y gestión de CNT EP, se estará a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Empresas Públicas, su reglamento y las demás disposiciones que conforme a estos dicten el Directorio y el Gerente General.

DISPOSICION FINAL.- De la ejecución del presente decreto ejecutivo, encárguese al Ministro de Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información y al Gerente General de la Corporación Nacional de Telecomunicaciones EP.

El presente decreto ejecutivo entrará en vigencia a partir de la fecha de corte de facturación de la Corporación Nacional de Telecomunicaciones, inmediato posterior a la expedición de este decreto, sin perjuicio de su publicación en el Registro Oficial.

Anexo 2.-

ANALISIS COMPARTIVO ENTRE:

REGLAMENTO INTERNO DE CONTRATACIONES DE OBRAS, BIENES Y SERVICIOS, INCLUIDOS LOS DE CONSULTORÍA, DE LA CORPORACIÓN NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES CNT EP	LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
Resumen ejecutivo, informes, términos de referencia	Plan Anual de Contratación.
Contendrán toda la información para tramitar un proceso de contratación.	Documentos precontractuales elaborados y aprobados para cada procedimiento, que se sujetarán a los modelos establecidos por el Instituto Nacional de Contratación Pública.
Gerente General máxima autoridad, pero podrán actuar por este los autorizadores de adquisiciones, tramitadores, suscriptores del contrato,	La máxima autoridad de la Institución de acuerdo al proceso a seguir en base al tipo de contratación, adjudicará el contrato, al oferente cuya propuesta represente el mejor costo
Comisión Técnica, existe en: Consultoría, Subasta Inversa, Licitación, Cotización	Para la realización de concursos públicos y contratación por lista corta, la dependencia, entidad u organismo respectivo conformará, en cada caso, una comisión técnica.

La celebración de contratos de consultoría se sujetará a las siguientes disposiciones:

<p>Cuando el presupuesto referencial del contrato sea inferior o igual al valor que resultare de multiplicar el coeficiente 0,000002 por el monto del Presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico. El autorizador de adquisición aprobar los pliegos.</p>	<p>Cuando el presupuesto referencial del contrato sea inferior o igual al valor que resultare de multiplicar el coeficiente 0,000002 por el monto del presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico. La selección, calificación, negociación y adjudicación la realizará la máxima autoridad de la entidad contratante de acuerdo al procedimiento previsto en el reglamento a la ley;</p>
<p>Cuando el presupuesto referencial del contrato supere el fijado en el número anterior y sea inferior al valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,000015 por el monto del presupuesto inicial del Estado correspondiente al ejercicio económico; y, si hay un solo proponente la oferta será calificada y evaluada.</p>	<p>Cuando el presupuesto referencial del contrato supere el fijado en el número anterior y sea inferior al valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,000015 por el monto del presupuesto inicial del Estado correspondiente al ejercicio económico; y,</p>
<p>Cuando el presupuesto referencial del contrato sea igual o superior al valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,000015 por el monto del Presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico. Podrá haber un proceso de precalificación de consultores interesados.</p>	<p>Cuando el presupuesto referencial del contrato sea igual o superior al valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,000015 por el monto del Presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico.</p>

Las disposiciones que regulen los procedimientos precontractuales

Catálogo Electrónico autorizador de la adquisición verificará si los bienes o servicios están en el catálogo.

Las contrataciones cuyo presupuesto referencial sea inferior al valor que resultare de multiplicar el coeficiente 0.000002 por el monto del PIE, se las realizará en forma directa con un proveedor seleccionado por la CNT EP. sin que sea necesario que el proveedor referido esté inscrito en el RUP, observando lo dispuesto en el artículo 60 del Reglamento General de la Ley. Esta compra directa no podrá realizarse como un mecanismo de elusión de los procedimientos previstos en la Ley y en el Reglamento General. Para el efecto las áreas requerientes deberán consolidar en una sola compra por ítem o familia de producto o servicio, sus requerimientos de compra constantes en el PAC vigente.

Catálogo Electrónico Las entidades contratantes deberán consultar el catálogo electrónico previamente a establecer procesos de adquisición de bienes y servicios. Solo en caso de que el bien o servicio requerido no se encuentre catalogado se podrá realizar otros procedimientos de selección para la adquisición de bienes o servicios, de conformidad con la presente Ley y su reglamento.

Fuente: La LOSNCP y Reglamento de la LOSNCP.

Elaborado por: El Autor.