



UNIVERSIDAD TÉCNICA PARTICULAR DE LOJA
La Universidad Católica de Loja

ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS

MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO

**“Alternativas para solucionar eficazmente controversias
relacionadas con la ejecución de los contratos tramitados al
amparo de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de
Contratación Pública”**

Trabajo de fin de carrera previo a la obtención del
título de Magister en Derecho Administrativo

Autor:

Castro Quiroz Nicolás Alejandro, Ab

Director:

Burneo Valdivieso Julián Mauricio, Dr

LOJA-ECUADOR

2012

DECLARACIÓN DE AUTORÍA

Las declaraciones emitidas en el contenido del informe final de la presente investigación son de exclusiva responsabilidad del autor.

Nombre del autor:

Firma del autor:

Nicolás Alejandro Castro Quiroz

CESIÓN DE DERECHOS DE AUTOR

Yo, NICOLÁS ALEJANDRO CASTRO QUIROZ, declaro conocer y aceptar la disposición del Art. 67 del Estatuto Orgánico de la Universidad Técnica Particular de Loja que en su parte pertinente textualmente dice: "Forman parte del patrimonio de la Universidad Técnica Particular de Loja la propiedad intelectual de investigaciones, trabajos científicos o técnicos y tesis de grado que se realicen a través, o con el apoyo financiero, académico o institucional (operativo) de la Universidad.

Nombre del autor:

Firma del autor:

Nicolás Alejandro Castro Quiroz

Dr. Julián Mauricio Burneo Valdivieso

DOCENTE-DIRECTOR DE LA TESIS

CERTIFICA:

Que el presente trabajo de investigación, realizado por el estudiante NICOLÁS ALEJANDRO CASTRO QUIROZ, ha sido cuidadosamente revisado por el suscrito, por lo que he podido constatar que cumple con todos los requisitos de fondo y de forma establecidos por la Universidad Técnica Particular de Loja por lo que autorizo su presentación.

Loja, 2012.

Dr. Julián Mauricio Burneo Valdivieso

Agradecimiento,

Mi gratitud a Dios por haberme dado la fuerza necesaria para completar el presente trabajo,

A mis padres que con su ejemplo han sabido guiarme en el camino de la vida,

A la Universidad Técnica Particular de Loja por brindarme la oportunidad de seguirme formando académicamente en mi profesión,

Dedicatoria,

Quisiera dedicar el presente trabajo a mi padre y maestro, doctor Nicolás Castro Patiño, quien con paciencia y vocación me ha ido guiando en los difíciles senderos de la profesión de abogado.

Índice de Contenidos

INTRODUCCIÓN	1
--------------	---

CAPÍTULO I NOCIONES GENERALES

1.1.- Derecho Público y Derecho Privado: definiciones, diferencias	3
1.2.- Derecho Civil y Derecho Administrativo: definiciones, diferencias	5
1.3.- Principales Ramas del Derecho Administrativo: definiciones, análisis	10
1.3.1.- Contratación Pública	10
1.3.2.- Derecho Minero	10
1.3.3.- Derecho Energético	11
1.3.4.- Servicios Públicos	11
1.4.- Las obligaciones y sus fuentes: el contrato	11

CAPÍTULO II EL CONTRATO ADMINISTRATIVO

2.1.- ¿Qué es el contrato administrativo?	12
2.1.1.- Antecedente histórico	14
2.1.2.- Denominaciones diversas	16
2.1.3.- Clases	16
2.1.4.- Características	18
2.2.- Principios rectores	20
2.3.- Elementos	22
2.3.1.- Sujetos	23
2.3.2.- Capacidad, competencia e inhabilidades	23
2.3.3.- Voluntad y consentimiento	25
2.3.4.- Objeto	27
2.3.5.- Causa	28
2.3.6.- Forma	28
2.4.- Normativa aplicable en el Ecuador	29

CAPÍTULO III
LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA EN EL ECUADOR

3.1.- El Sistema Nacional de Contratación Pública	29
3.1.1.- Definición, integrantes, objetivos, principios	30
3.1.2.- El Instituto Nacional de Contratación Pública	32
3.1.3.- Control del sistema	34
3.2.- El Sistema Informático Compras Públicas: el portal	36
3.3.- Los Registros	36
3.3.1.- El Registro Único de Proveedores (RUP)	36
3.3.2.- Registro de Contratos	37
3.3.3.- Registro de Incumplimientos	37
3.3.4.- Registro de Entidades Contratantes	38
3.4.- El Plan Anual de Contrataciones	38

CAPÍTULO IV
DE LOS PROCEDIMIENTOS Y CONTRATOS VIGENTES EN EL ECUADOR DE
ACUERDO AL OBJETO

4.1.- Bienes y servicios normalizados	43
4.1.1.- Compras por Catálogo	44
4.1.2.- Subasta Inversa	44
4.1.3.- Menor Cuantía	46
4.1.4.- Cotización	47
4.1.5.- Licitación	48
4.2.- Bienes y servicios no normalizados	51
4.2.1.- Menor Cuantía	51
4.2.2.- Cotización	51
4.2.3.- Licitación	52
4.3.- Ejecución de Obras	52
4.3.1.- Menor Cuantía	53
4.3.2.- Cotización	54

4.3.3.- Licitación	54
4.3.4.- Contratación Integral por Precio Fijo	55
4.4.- Consultoría	58
4.4.1.- Contratación Directa	63
4.4.2.- Lista Corta	64
4.4.3.- Concurso Público	65

CAPÍTULO V DE LA CONTRATACIÓN ESPECIAL

5.1.- Emergencias	69
5.2.- Adquisición de bienes inmuebles	71
5.3.- Arrendamiento de bienes inmuebles	74
5.4.- Contratos regidos por Normas Especiales	75

CAPÍTULO VI ASPECTOS COLATERALES EN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

6.1.- La Subcontratación	76
6.2.- Régimen de Garantías	77
6.3.- Los Anticipos	82
6.4.- Fuerza Mayor o Caso Fortuito	83
6.5.- Reajustes de Precios	86
6.6.- Contratos Complementarios	87
6.7.- Plazos y Multas	89
6.8.- Adjudicatarios Fallidos y Contratistas Incumplidos	90
6.9.- Recepciones	91

CAPÍTULO VII DE LA NULIDAD Y TERMINACIÓN DE LOS CONTRATOS

7.1.- Antecedentes	92
7.2.- Causas de Terminación	94

7.2.1.- Cumplimiento de obligaciones	94
7.2.2.- Mutuo acuerdo	95
7.2.3.- Unilateral: mora purga la mora, revocatoria de la declaratoria de terminación unilateral	96
7.2.4.- Resolución y nulidad	108
7.3.- Nulidades contractuales	109

CAPÍTULO VIII CONTROVERSIAS

8.1.- Resolución de Discrepancias en Sede Administrativa	110
8.2.- Resolución de Discrepancias mediante Métodos Alternativos de Solución de Conflictos	111
8.3.- Resolución de Discrepancias por vía Judicial	112

CAPÍTULO IX

CONCLUSIONES	113
--------------	-----

CAPÍTULO X

RECOMENDACIONES	114
-----------------	-----

CAPÍTULO XI

PROPUESTAS	115
BIBLIOGRAFÍA	117
DOCUMENTOS CONSULTADOS	120

Resumen

El presente trabajo contiene una compilación de la normativa plasmada en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Reglamentos y demás normas conexas, estructurada en base a criterios que permiten diferenciar cada una de las formas de contratación que prevé la legislación ecuatoriana con respecto a los contratos administrativos.

He comenzado por hacer una reseña relativa a los contratos en general, partiendo de postulados básicos que rigen a la teoría contractual y obligacional en el mundo del derecho; para luego continuar desarrollando cada uno de los aspectos mencionados en el párrafo precedente, haciendo énfasis en el fundamento doctrinario de las instituciones contractuales y temas conexos a la contratación pública.

Mi propósito es desentrañar el porqué de determinadas situaciones que diferencian a la contratación pública de la civil, así como profundizar en las bases teóricas que dan nacimiento a los distintos procedimientos de contratación pública, arribando a varias conclusiones con respecto a la forma en que, bajo mi criterio, debe darse la aplicación e interpretación de algunas normas vigentes en el Ecuador y que integran el sistema nacional de contratación pública.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene su nacimiento en mi interés por profundizar un poco más en el relativamente nuevo sistema de contratación pública que tiene el Ecuador, a raíz de la expedición de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública dictada por la Asamblea Constituyente de Montecristi el 22 de julio de 2008, publicada en el Suplemento del Registro Oficial número 395, del 4 de agosto de 2008.

Esta nuevo régimen de contratación pública derogó varias normas jurídicas, entre ellas, la Codificación de la Ley de Contratación Pública, publicada en el Registro Oficial número 272, del 22 de febrero de 2001; y, la Ley de Consultoría, publicada en el Registro Oficial número 455, del 5 de noviembre de 2004, ambas, hasta ese entonces en vigencia, siendo las normas que, en términos generales, regulaban la contratación administrativa en nuestro país.

A partir de la expedición de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, se produjo un gran cambio en los procesos precontractuales que se venían desarrollando en la contratación administrativa, estableciéndose nuevos mecanismos y reglas de contratación que, aunque inicialmente fueron traumáticos para la administración pública y los administrados, con sus defectos y virtudes, en términos generales, considero que se han ido aplacando, mejorando las contrataciones del Estado.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública concibe como un sistema a todo el aparateje jurídico, técnico y administrativo involucrado en las compras del Estado, sistema que se compone de varias herramientas, entre ellas, registros públicos, principios, normas y, principalmente, el portal informático COMPRASPUBLICAS, que se viene a convertir en la “joya de la corona” de todo el sistema, pues a través de dicho portal el sistema aspira que se realicen todas y cada unas de las contrataciones del Estado, poniéndolas así en sintonía con la modernidad y

las nuevas tecnologías, con el objetivo primordial de lograr transparencia y eficiencia en las adquisiciones estatales.

De suma importancia es el ente rector de la contratación pública que se crea en el país, esto es, el Instituto Nacional de Contratación Pública, el cual se constituye en administrador del portal COMPRASPUBLICA y en la máxima instancia en esta materia dentro de la administración pública.

En fin, espero que con los modestos criterios y explicaciones que se esbozan en el presente trabajo, logre clarificar, aunque sea en algo, cualquier duda que se presente en cuanto al manejo del sistema de contratación pública ecuatoriano, a todos los usuarios del mismo.

CAPÍTULO I

NOCIONES GENERALES

1.1.- Derecho público y derecho privado

Aunque la doctrina jurídica no es unánime en la conveniencia de diferenciar la ciencia del derecho entre público y privado -particular sobre el que se han esbozado varias teorías-, para efectos del presente estudio es fundamental realizar tal distinción, sin perjuicio de que es muy discutible la justificación científica y racional que permita efectuarla, asunto que, en todo caso, queda para el análisis de los filósofos del derecho.

Así pues, la primera gran división que se realiza del derecho es aquella que, en efecto, distingue el derecho público del privado, ramas que a su vez se dividen en otras más especializadas a las que se podría denominar disciplinas jurídicas especiales.

Los romanos fueron los primeros en efectuar la distinción entre el derecho público y privado y *“consideraban como derecho público el referente a la organización de la cosa pública, y como derecho privado el referente al interés de los particulares (ULPIANO: Publicum ius est quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: Digesto, lib. I, tit. I, ley 1)”*¹. Esta concepción romanista es conocida como la teoría del interés en juego, es decir, la naturaleza –pública o privada- de un precepto o de un conjunto de normas, dependerá de la índole del interés que garanticen o protejan.

García Máynez cita a Sohm en su obra Instituciones de Derecho Privado Romano, en la que expone que *“Dícese público lo que beneficia a la comunidad. Derecho público es, pues, el que regula relaciones provechosas para el común. Las facultades de derecho público –por ejemplo: las gubernativas del empleado, el derecho de voto del ciudadano- concédense para ser ejercitadas en orden al bien general. El derecho público rige los poderes que se hallan directamente al servicio de todos; es decir, del pueblo. En*

¹ MOUCHET, Carlos, ZORRAQUIN BECU, Ricardo, *Introducción al Derecho*, Undécima Edición, Buenos Aires, Editorial PERROT, 1987, p. 301.

cambio, los derechos privados –por ejemplo: el de propiedad- los tiene el interesado para sí antes que para nadie; hállanse al servicio de su poder, de su voluntad.”².

Esta concepción acerca de la coexistencia de dos órdenes de relaciones jurídicas, se ha mantenido tradicionalmente en todos los sistemas jurídicos que, como el ecuatoriano, se encuentra influenciado por el derecho romano.

En términos generales, podemos afirmar entonces que el derecho público es aquel que regula y organiza todas las relaciones jurídicas en que de una u otra manera se encuentra inmerso el Estado, sus funciones, instituciones, empresas y cualquier otra entidad que pertenezca al sector público –por naturaleza o por composición de capital-, relaciones que pueden estar determinadas en función del interés, la finalidad, el objeto o los sujetos que intervienen en ella, a efectos de ubicarla dentro del marco regulatorio atinente al derecho público; mientras que el derecho privado, regula y organiza todas las relaciones jurídicas entre particulares, en las que no se encuentran inmersos el Estado ni sus instituciones.

A pesar de lo expuesto, podemos afirmar que la distinción no es absoluta, pues en nuestro derecho positivo y en otros ordenamientos jurídicos, se presenta el fenómeno de que normas y principios de derecho público se encuentran introducidos en cuerpos normativos de derecho privado; e, igualmente, a la inversa, en normas de derecho público, encontramos también disposiciones y principios atinentes al derecho privado. Así, por ejemplo, podemos ver que relaciones jurídicas de derecho público se deben cumplir con formalidades de las privadas, como cuando una institución del Estado da en comodato un bien inmueble de su propiedad, caso en el cual aplica disposiciones del Código Civil. Igualmente, en infinidad de cuerpos normativos de derecho público, observamos la remisión al Código Civil (norma de derecho privado por excelencia) en forma supletoria, más aún, en los principios generales de la contratación que, con particularidades especiales, orientan y trazan el camino de la contratación pública.

² GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, Cuadragésimonovena Edición, Buenos Aires, Editorial PORRUA, 1998, p. 132.

Con anterioridad me referí a las denominadas disciplinas jurídicas especiales, las cuales conforman el conglomerado del derecho público y privado. Entre estas disciplinas podemos identificar a las que se constituyen en baluartes del derecho público y privado, esto es: el derecho administrativo y el derecho civil, en su orden, disciplinas que a su vez tienen otras ramificaciones aún más especializadas, que con la evolución del derecho se han ido desarrollando ampliamente en la ciencia jurídica contemporánea.

1.2. Derecho civil y derecho administrativo

En la antigüedad y dada la importancia del derecho civil, éste fue siempre sinónimo de derecho privado, es decir, derecho privado era igual a derecho civil. Sin embargo, aunque el derecho civil sigue siendo la principal rama del derecho privado, hoy en día dicha equiparación ya no es admisible, puesto que actualmente el derecho civil sólo regula una parte de las relaciones jurídicas de derecho privado, puesto que su ámbito se ha ido reduciendo ante el desarrollo independiente y autónomo de ramas diferenciadas del derecho privado, tales como el derecho comercial, societario, laboral – aunque con ribetes especiales-, propiedad intelectual, informático, derecho de competencia, etcétera.

El derecho civil es la rama más general de la ciencia jurídica, por ende, el Código Civil es el cuerpo normativo más general que podemos encontrar en los sistemas jurídicos contemporáneos con influencia romanista, siendo, así mismo, la columna vertebral de los estudios universitarios de la carrera de derecho. El derecho civil se ocupa en primer término de las personas –naturales y jurídicas-, su nacimiento, relaciones de familia; se ocupa también de los bienes, de las relaciones patrimoniales, de las obligaciones que nacen a raíz de dichas relaciones patrimoniales; y, para finalmente, ocuparse de las relaciones patrimoniales y de familia una vez que se ha extinguido la persona natural con la muerte física o civil (interdicción).

Du Pasquier da una definición del derecho civil que en mi concepto encaja perfectamente en lo que éste abarca, señalando que dicha rama del derecho *“determina las consecuencias esenciales de los principales hechos y actos de la vida*

humana (nacimiento, mayoría, matrimonio) y la situación jurídica del ser humano en relación con sus semejantes (capacidad civil, deudas y créditos) o en relación con las cosas (propiedad, usufructo, etc).³.

Por su carácter de general, el derecho civil cumple una función supletoria respecto de las demás ramas del derecho, con lo cual, cuando una situación no está prevista o resuelta en éstas, se acude a las normas y principios generales de aquél, con lo cual, además, es un derecho que se refiere y es aplicable a toda clase de sujetos, en contraposición a lo que los autores denominan derecho estatutario, que sólo regula las relaciones de cierta clase de sujetos, sustrayéndolos en ciertos aspectos al imperio del derecho común, siendo un ejemplo clásico de esto, el derecho canónico.

García de Enterría y Tomás Ramón Fernández estiman que el derecho administrativo es un derecho estatutario, afirmando que *“no es ni el Derecho propio de unos órganos o de un poder, ni tampoco el Derecho propio de una función, sino un Derecho de naturaleza estatutaria, en cuanto se dirige a la regulación de las singulares especies de sujetos que se agrupan bajo el nombre de Administraciones Públicas, sustrayendo a estos sujetos singulares del Derecho Común”⁴*. No comparto del todo esta opinión, toda vez que en mi criterio, el derecho administrativo es un derecho general, que gobierna y regula todas las relaciones jurídicas que se presentan dentro del derecho público y en las diversas ramificaciones especializadas que se presentan dentro de éste. En mi concepto, el derecho administrativo es para el derecho público lo que el derecho civil es para el derecho privado, en cuanto a su generalidad se refiere, más no en lo referente a la supletoriedad que tiene el derecho civil dentro del derecho privado, toda vez que en el derecho público, por más especializada que sea la rama correspondiente, siempre se deberán aplicar de forma principal, imperativa y con preeminencia a la especificidad de la materia, las normas y principios que rigen al derecho administrativo.

³ DU PASQUIER, Claude, *Introducción a la Teoría General y a la Filosofía del Derecho*, Neuchatel, 1937, p. 18.

⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Octava Edición, Madrid, Editorial Civitas, 1997, p. 37.

En este sentido, estimo que el derecho administrativo es la rama más general del derecho público, y está conformada por un conjunto de principios y normas que rigen las relaciones jurídicas en las que interviene el Estado, sus funciones, instituciones o empresas, éstas entre sí o para con los administrados (particulares).

El derecho administrativo reviste una serie de características especiales, que las sintetizo en las siguientes:

- Pone de manifiesto la posición de superioridad que tiene el Estado –la administración pública- frente al particular –administrado-.
- Dota a las actuaciones emanadas de la administración, de las presunciones de legitimidad y ejecutividad, con lo que se exige su inmediato cumplimiento, sin necesidad de orden judicial.
- Fija los procedimientos para la expedición de actos y para su impugnación en sede administrativa o judicial.
- Es de esencia permisiva, pues lo que no está expresamente autorizado, debe entenderse como prohibido.
- Es flexible en su ámbito de aplicación, que puede ser nacional, regional, provincial o cantonal.
- Se constituye de principios y reglas propias y autónomas, distintas a las del derecho civil, pudiendo incluso modificar ciertas instituciones de dicha rama, adecuándolas al interés público.

Así raíz de la expedición de la Constitución de la República en vigencia (la de Montecristi), nuestro país ha adoptado un modelo constitucional que acoge –al menos en el papel- la corriente jurídica del neoconstitucionalismo. Los seguidores de esta vertiente pregonan que el derecho actual se compone de reglas y principios; y, que

éstos últimos generan actitudes favorables o contrarias, es decir, se toma o no posición con ellos ante situaciones concretas, en salvaguarda de cada caso específico. Señalan que los principios carecen de supuesto de hecho y que a diferencia de lo que sucede con las reglas, sólo entran en actividad a partir de que determinada situación específica los hace reaccionar, para que sólo así se desentrañe su alcance con respecto al asunto en cuestión. De esta forma, dicen, el significado de los principios no puede ser determinado en abstracto sino sólo frente a la situación particular, debiendo utilizarse para su aplicación la denominada ponderación, técnica que consiste en un tipo de razonamiento que permite resolver las tensiones entre diferentes principios y asignar a éstos un contenido definitivo, siempre en función del caso concreto, con lo cual, si bien un principio puede prevalecer frente a otro en un determinado evento, en otro, no necesariamente tendrá la misma jerarquía.

En esta línea de ideas, podemos decir que los principios carecen de escala jerárquica entre sí. Ninguno es más importante o superior al otro, pues están ampliamente relativizados en su categoría, siempre en función del caso concreto en el que se los ponga en funcionamiento.

Para el caso del derecho administrativo estimo que se debe de tener sutil delicadeza en el manejo, interpretación y aplicación de los principios, toda vez que justamente en base a uno de ellos –el principio de legalidad-, es conocido por todos que las actuaciones de la administración están sometidas al ordenamiento jurídico –empezando por la Constitución-, debiendo, en mi concepto, única y exclusivamente utilizarse a los principios como fundamento de decisiones administrativas, de manera complementaria a lo que establece la norma suprema y el ordenamiento jurídico que rige el quehacer público, caso contrario, se corre el peligro de que malos servidores y autoridades públicas cometan abusos y arbitrariedades “en nombre” de los principios.

Cabe pues entonces, señalar que a más de los principios generales del derecho que obviamente tienen cabida en el derecho administrativo, éste está también fundado en una serie de principios especiales que son su base fundamental, los que, en una pequeña parte, paso enunciar:

- Principio de legalidad, cuya base fundamental está dada por el hecho de que la administración pública, a través de sus servidores y autoridades, está sujeta en todas y cada una de sus actuaciones a lo que establece el ordenamiento jurídico atinente al derecho público. El hecho de que el principio se denomine de “legalidad” no quiere decir que se refiera a la Ley en sentido formal, sino, de manera general, a todo el ordenamiento jurídico que se encuentra inmerso dentro de las actuaciones administrativas.
- Principio de proporcionalidad, entendido como la gradualidad que deben tener las actuaciones de la administración en función de los antecedentes de hecho que la lleven a adoptar determinada decisión administrativa, la cual deberá estar siempre ajustada de forma prudente y mesurada a las necesidades y realidades sociales involucradas.
- Principio de autotutela administrativa, el cual pone de relieve la posición jurídica de superioridad de la administración frente a los administrados, toda vez que no necesita someter sus pretensiones a declaraciones judiciales ni imponer su cumplimiento, así mismo, a través de jueces, pues sus decisiones gozan de las presunciones de legitimidad y ejecutividad por su propia autoridad, de modo que las mismas imponen por sí solas el cumplimiento del administrado; y, éste, de encontrarse inconforme, deberá seguir un proceso impugnatorio a la decisión de la administración, el cual, por regla general, no suspende los efectos de la decisión cuestionada.
- Principio de permanencia, el cual tiene relación con la continuada actividad que debe llevar a cabo la administración pública, sin que haya lugar a interrupciones, pues el derecho administrativo debe garantizar a los administrados que el servicio público que brinda la administración –razón esencial de su existencia- sea intemporal, esto es, que exista por siempre.
- Principio de jerarquía, en virtud del cual el derecho administrativo estructura a los órganos, autoridades y servidores en categorías de supra y subordinación

jurídica, dotándose a unos de mayor fuerza que a otros; normas jurídicas con mayor imperio o rigor que otras; y, servidores y autoridades con mayores competencias y potestades que otros, siempre en una lógica relación jerarquizada.

1.3.- Principales ramas relacionadas con el derecho administrativo

Siendo tan amplio el espectro jurídico que abarca el derecho administrativo, es evidente que se encuentra íntimamente relacionado con otras ramas especializadas del derecho público.

1.3.1.- Contratación administrativa: la exigencia que tiene el Estado de satisfacer las necesidades colectivas, ha ido desarrollando una rama muy especializada del derecho público, pero con origen en el derecho privado y, concretamente, en el derecho civil, que se encarga de regular todas y cada una de las relaciones contractuales que lleva a cabo el Estado a través de sus instituciones, entidades, empresas, etcétera, a través del establecimiento de diversos procesos y formas de contratación, cada uno con particularidades propias pero siempre con base en los principios generales del derecho administrativo. De una parte de esta especialísima área del derecho administrativo (la contratación pública) profundizaré en el presente trabajo.

1.3.2.- Derecho minero: el derecho minero, como rama autónoma del derecho administrativo, se encuentra estrechamente vinculada a éste toda vez que regula las relaciones entre el Estado y los particulares –por regla general-, respecto de la explotación de sustancias minerales, de manera especial, las formas bajo las cuales el Estado puede delegar a personas de derecho privado dicha explotación, para que producto de ella, el mismo Estado, como dueño absoluto de los recursos naturales no renovables, participe en los beneficios del aprovechamiento de tales recursos, en un monto que no puede ser inferior al de las personas de derecho privado que tengan delegada la explotación, todo esto, de conformidad con el Artículo 408 de la Constitución de la República.

1.3.3.- Derecho Energético: el derecho energético está íntimamente ligado al sector del petróleo, gas y electricidad, los cuales, de conformidad con el Artículo 313 de la Constitución ecuatoriana, constituyen sectores estratégicos de decisión y control exclusivo del Estado, dada su *“decisiva influencia económica, social, política o ambiental”* . Por las características señaladas, las ramas del derecho energético guardan íntima relación con el derecho administrativo, pues al encontrarse aquellas ampliamente reguladas por el Estado, todas las relaciones que dentro de ella se llevan a cabo de una u otra manera se desarrollan atendiendo los principios generales del derecho administrativo. Aún cuando estamos hablando de una rama jurídica, el tema comporta mucha especialidad y conocimientos técnicos sin los cuales cualquier razonamiento jurídico sería en vano. En nuestro país, por ejemplo, a más de las regulaciones de las entidades administrativas reguladoras del sector, para el caso del petróleo y el gas, contamos con la Ley de Hidrocarburos y para el caso de la electricidad con la Ley del Régimen del Sector Eléctrico.

1.3.4.- Servicios públicos: la administración pública constituye un servicio a los ciudadanos –administrados- que tiene que ser brindado con responsabilidad, eficiencia y calidad, pues la finalidad última del Estado es dotar a sus ciudadanos de bienes y servicios óptimos. En este sentido, con el crecimiento de la ciencia jurídica en lo atinente al derecho público, tenemos que la materia relativa a servicios públicos tiene ya autonomía propia y reglas muy específicas que la van independizando cada vez más como una auténtica especialización dentro del ámbito del derecho administrativo, más aún, teniendo en consideración que los servicios de este tipo son muchos y variados, de los que podemos nombrar a los servicios públicos domiciliarios (luz, agua, teléfono), de seguridad social, banca, educación, salud, telecomunicaciones, justicia, entre otros. La única y última finalidad del servicio público es dar satisfacción en forma regular y continua a todas y cada una de las necesidades de la colectividad, por regla general, de manera directa; y, por excepción, por medio de los particulares.

1.4.- Las obligaciones y sus fuentes: el contrato

Previo a entrar en materia, es fundamental hacer un repaso sobre las fuentes de las obligaciones que nos enseña la doctrina civil, concretamente, sobre una de sus

principales que no es otra que el contrato, teniendo en cuenta que luego pasaremos a estudiar al contrato administrativo.

El contrato, en pocas palabras, es el acuerdo de voluntades de dos o más partes destinado a crear obligaciones. La obligación es la principal consecuencia de la celebración de un contrato, de ahí que éste es una de las principales fuentes de aquella. Sin embargo, debe quedar claro que no todas las obligaciones provienen de los contratos, ya que pueden derivar de otras fuentes, como el cuasicontrato, el delito, el cuasidelito y las normas jurídicas en general (Constitución, leyes, reglamentos, etc).

Nuestro Código Civil, en su Artículo 1454, dice que *“Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa.”*; y, en el Artículo 1453, señala que *“Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones”*, es decir, se concibe como sinónimos al contrato y la convención, lo cual no es jurídicamente preciso. La convención es el género y el contrato es la especie. El contrato es aquella clase de convención que tiene como finalidad crear obligaciones, pero no toda convención tiene dicha finalidad, pues ésta no es más que el acuerdo de voluntades de dos o más partes destinado a producir cualquier efecto jurídico, esto es, si el acto jurídico para producir sus efectos propios necesita la participación de voluntades de las partes, cualquiera que sea la finalidad perseguida por dicho acto jurídico, éste es una convención. Basta la concurrencia de dos o más voluntades, creen (contrato) o no obligaciones.

CAPÍTULO II

EL CONTRATO ADMINISTRATIVO

2.1.- ¿Qué es el contrato administrativo?

Dar una definición única de contrato administrativo no sería preciso, pues existen muchas aristas que dificultan dicha labor.

Para Marienhoff, ⁵“es el acuerdo de voluntades, generador de obligaciones y derechos, celebrado entre un órgano del Estado, en ejercicio de las funciones administrativas que le competen, con otro órgano administrativo o con un particular o administrado, para satisfacer finalidades públicas.”.

Según Dromi, ⁶“es toda declaración bilateral o de voluntad común, productora de efectos jurídicos entre dos personas, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa”.

El Artículo 75 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE), establece que contrato administrativo “es todo acto declaración multilateral o de voluntad común, productor de efectos jurídicos, entre dos o más personas, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa.”.

En criterio de García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, en cambio, el concepto de contrato administrativo no abarca toda la actividad contractual de la administración pública, pues para ellos se debe diferenciar entre contratos administrativos propiamente dichos y contratos privados de la administración, siendo la distinción entre unos y otros, ⁷“exclusivamente en su origen una distinción a efectos jurisdiccionales y no sustantivos”, agregando que ⁸“El Derecho francés, y por influencia suya nuestro propio Derecho, han circulado por rumbos singulares en esta materia. A diferencia de otros Derechos, que han encuadrado pacíficamente el grueso de la contratación de los entes públicos en las regulaciones comunes del Derecho Privado, encomendadas al juicio de los Tribunales ordinarios, la solución francesa ha venido a partir en dos el campo en

⁵MARIENHOFF, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo IIIA, Cuarta Edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 34.

⁶DROMI, Roberto, *Derecho Administrativo*, Décima Edición, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2004, p.475.

⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Octava Edición, Madrid, Editorial Civitas, 1997, p. 676.

⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Octava Edición, Madrid, Editorial Civitas, 1997, p. 675.

discusión: una parte de los contratos de la administración se califican, en efecto, de privados y se atribuye su conocimiento a la jurisdicción ordinaria; la otra, en cambio, queda adscrita a la jurisdicción contencioso-administrativa, de donde va a concluirse derivativamente que su regulación es objeto del Derecho Administrativo sustantivo y no del Derecho Civil; son los llamados <<contratos administrativos>>.”.

En mi concepto, frente a esto último, cuando la administración pública suscribe contratos de derecho privado, no se puede considerar tal actuación como actividad jurídica de la administración, pues para todos los efectos legales, entre ellos los procesales, dicho contrato se regirá por las normas del derecho privado y cualquier controversia se sustanciará ante los tribunales ordinarios y no ante los Tribunales de lo Contencioso Administrativo. Así pues, si determinado órgano o entidad de la administración pública suscribe un contrato de préstamo o mutuo con una institución financiera privada y su representante firma un pagaré, en caso de falta de pago de las obligaciones, se demandará (el banco privado) en juicio ejecutivo el pago de las obligaciones, ante un Juez de lo Civil, pues la administración concurrió a celebrar el negocio jurídico como cualquier otro particular y no dentro de la actividad jurídica llevada a cabo normalmente por ella.

2.1.1.- Antecedente histórico

En el pasado la administración pública operaba como un aparato o sistema meramente sancionador y opresor, al servicio de la monarquía y sin sometimiento alguno a las normas jurídicas que regían al común de los ciudadanos. Esto cambió luego de la Revolución Francesa de 1789, a raíz de la cual se concibió la idea –que con el tiempo se ha ido puliendo- de que la soberanía de un Estado radica en el Pueblo, premisa de la que deriva la consecuencia de que el poder público está al servicio del soberano y se somete en sus actuaciones a un régimen jurídico.

De este modo, bajo la concepción post-revolución, la administración pública empezó a someter sus actuaciones al Derecho, pero con la limitante de que lo hacía con un régimen jurídico que giraba en torno a actividades específicamente públicas, que no contemplaban las relaciones con los particulares (administrados), pues las normas que

regulaban su funcionamiento eran de estricta aplicación para la administración, más no para el Pueblo.

Poco a poco la actividad jurídica de la administración fue evolucionando y se dio cabida a una rama especial del Derecho, el Derecho Administrativo, como régimen regulador del ejercicio de las potestades y obligaciones de la administración pública, diferenciándose del derecho privado, cuyo ámbito de aplicación quedaba sólo circunscrito a los particulares.

Para aquellos tiempos, el Derecho Administrativo no abarcaba aún como figura jurídica específica a los contratos administrativos, pues el aparato público era suficiente para atender por sí mismo las necesidades de la sociedad y no es sino hasta la aparición del Capitalismo, que tuvo su base en la Revolución Industrial del siglo XIX, que se desbordaron varias acometidas revolucionarias en los países europeos, cuyos ciudadanos reaccionaron contra el liberalismo capitalista para exigir y propugnar por la idea de que los intereses de la sociedad, del común de los ciudadanos, están por encima del resto y, por ende, los intereses del Estado, representante del Pueblo, prevalecen sobre los ideales particulares de cada persona.

A raíz de lo dicho, se empezó a concebir la idea del Estado Social de Derecho, que vela por el bienestar de la mayoría de sus ciudadanos, para lo cual requiere fomentar el crecimiento económico privado, por un lado y, por otro, dotar de bienes y servicios a la sociedad, lo que ocasiona que la administración pública necesite cada vez de la mayor colaboración que le puedan brindar los particulares, para cumplir con su cometido de satisfacer las necesidades dándose nacimiento, de este modo, a los contratos administrativos que surgieron como los pactos y acuerdos que celebraba el Estado con particulares para proveer de bienes y servicios a la sociedad, bajo las reglas generales de la contratación civil pero haciendo énfasis en las especiales peculiaridades de la administración pública y en el concepto de interés público y posición superior y dominante del Estado en la relación contractual, concepciones que rigen hasta el día de hoy en esta clase de contratos.

2.1.2.- Denominaciones diversas

Son varias las denominaciones que los autores y las legislaciones han dado a los contratos materia del presente estudio, entre éstas: contratos públicos, contratos del Estado, contratos estatales, licitación pública, compras públicas, contratos de administraciones públicas, adquisiciones públicas, entre otras, que dejan ver, ya sea de forma genérica o específica, la intervención de la administración dentro del respectivo marco contractual.

En mi criterio la denominación que más se acerca a la realidad jurídica de esta clase de instrumentos, por su generalidad, es la de “contratos administrativos”, bajo el entendido de que en ellos siempre tendremos, necesariamente, la intervención de la administración pública, en su búsqueda de satisfacer una necesidad de interés general.

Cabe señalar que nuestra Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCP), en su Artículo 6, número 5, define a la contratación pública como: *“todo procedimiento concerniente a la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras públicas o prestación de servicios incluidos los de consultoría. Se entenderá que cuando el contrato implique la fabricación, manufactura o producción de bienes muebles, el procedimiento será de adquisición de bienes. Se incluyen también dentro de la contratación de bienes a los de arrendamiento mercantil con opción de compra.”*

2.1.3.- Clases

De manera general, y siguiendo el criterio de Dromi, podemos decir que los contratos administrativos pueden ser: a) de colaboración; b) de integración; y, c) de transformación.

Los contratos administrativos **de colaboración** son aquellos en los que la administración concibe a su contratista como un colaborador, con un interés evidentemente pecuniario pero no separado ni alejado del interés general que persigue la administración pública. Dice Dromi que estos contratos son de asistencia, encasillando en ellos a los típicos contratos de obra pública, provisión, suministro, etc.

⁹*“Como técnica de colaboración asiste sin sustituir al Estado, haciendo cosas “para” el Estado y no “por” el Estado”.*

Los contratos administrativos **de integración** son los que emergen con la finalidad de alcanzar uniones económicas, geográficas, culturales, siendo éstos, principalmente, los que tienen sus fuentes en tratados y convenios internacionales suscritos entre Estados, pero no sólo necesariamente entre éstos, sino que también podrían serlo aquellos que se celebran, por ejemplo, en nuestro país, entre los gobiernos autónomos descentralizados, como las mancomunidades, al amparo del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomías y Descentralización. ¹⁰*“Esta forma de contrato siguen siendo “del” Estado, o “de la” Administración, pero llevados al ámbito de la comunidad, con un efecto multiplicador y aperturista.”.*

Los contratos administrativos **de transformación** tienen como característica esencial la sustitución del Estado por parte del contratista particular, delegándose funciones, prerrogativas y sólo reservándose para sí el Estado las labores de control y regulación. Se trata pues de los típicos contratos de concesiones de obras y servicios, autorizaciones, asociaciones, etc. ¹¹*“El Estado, al ser sustituido por sujetos no estatales en la prestación de los servicios públicos, da paso al Estado subsidiario, que abandona la gestión directa y retiene la regulación y el control, subsistiendo su responsabilidad subsidiaria.”.*

En el presente trabajo enfocaré mi análisis hacia la primera clase de contratos administrativos referida, es decir, los de colaboración, sin perjuicio de que si el caso lo amerita, me refiera a las otras dos tipologías señaladas.

⁹ DROMI, Roberto, *Derecho Administrativo*, Décima Edición, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2004, p.487.

¹⁰ DROMI, Roberto, *Derecho Administrativo*, Décima Edición, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2004, p.488.

¹¹ DROMI, Roberto, *Derecho Administrativo*, Décima Edición, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2004, p.488.

2.1.4.- Características

Los contratos administrativos tienen singulares características que los distinguen de los contratos privados, las mismas que obedecen principalmente a que en éstos prima el interés particular mientras que en aquellos prevalece el interés público o general. Entre éstas características tenemos:

- **Cláusulas exorbitantes:** son las que ponen en evidencia los poderes excepcionales que tiene la administración frente a su contraparte contractual, y que le permiten asegurar que se cumpla con la satisfacción del interés general vinculado al objeto contractual. El administrado acepta de forma voluntaria someterse a éstas prerrogativas que tiene la administración, desde el momento en que interviene en el proceso precontractual. Ejemplo de este tipo de cláusulas: la potestad de dar por terminado unilateralmente el contrato –bajo ciertas condiciones- que tiene la administración a su favor, en ejercicio de su autotutela.
- **Formalismo:** los contratos administrativos tienen supeditada su validez jurídica al cumplimiento de solemnidades previstas en la Ley para que se puede llevar a cabo un proceso de contratación. Estas formalidades se evidencia en las varias fases o etapas que se desenvuelven dentro de un contrato administrativo, como la fase precontractual, la de celebración, la de ejecución, la de liquidación y terminación de los contratos. Un ejemplo de las formalidades es la constancia escrita en la que debe quedar plasmada la culminación y liquidación de un contrato, pues el contratista no puede decirle a la administración: terminé, páguenme y me retiro, ya que se debe llevar a cabo, necesariamente, un proceso de verificación y entrega formal del objeto contractual.
- **Desigualdad jurídica:** esta característica podríamos decir que se evidencia, por ejemplo, en las mencionadas cláusulas exorbitantes. Tiene su fundamento en la participación de la administración en la relación contractual y la desigualdad de propósitos perseguidos por las partes (la administración busca el bien público, que se antepone al particular), lo cual trae consigo la imposición de ciertas

prerrogativas y condiciones que ubican en una posición de inferioridad al contratista. Es por esta razón que en los contratos administrativos desaparece el básico principio de igualdad de las partes que rige a la contratación civil, pues, como quedó dicho, la administración aparece en una posición de superioridad. Como ejemplos de dicha desigualdad podemos mencionar: la potestad de la administración para variar ciertos aspectos contractuales, siempre de manera motivada, autorizada por la Ley y en aras del bien público; la obligatoriedad del contratista de rendir garantías que avalicen el cumplimiento contractual; y, la ejecución directa o por medio de otro contratista, en caso de mora o incumplimiento.

- **Intuito personae:** esta característica conlleva que la singularización que hace la administración al momento de elegir y designar a su contraparte contractual, produzca que los derechos y obligaciones generadas en un contrato administrativo sean de carácter personal, vedadas de ser transmitidas o cedidas a otro, salvo autorización expresa de la administración. Esta prohibición tiene su desarrollo normativo en el Artículo 78 de la LOSNCP que señala que está prohibido ceder los derechos y obligaciones emanadas del contrato. Así mismo, mediante Resolución número 037-2009, publicada en Registro Oficial 93, del 22 de diciembre de 2009, el INCOP ha expedido disposiciones relacionada con la prohibición de ceder obligaciones derivadas de contratos administrativos celebrados al amparo de la LOSNCP.
- **Jurisdicción especial:** todo contrato administrativo lleva consigo la necesaria cláusula de controversias que derivará en que cualquier situación generada en esta clase de contratos será conocida y resuelta por un Tribunal especializado en este tipo de asuntos, que para nuestro país son los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, en primera y única instancia y en casación la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia. Sin perjuicio de esto, como lo veremos más adelante, cabe someter las controversias a medios alternativos de solución de conflictos, previa autorización.

2.2.- Principios rectores

Los contratos administrativos, al igual que los de derecho común, se rigen por principios básicos y generales como el de la autonomía de la voluntad de las partes (no se limita por las cláusulas exorbitantes, pues voluntariamente el contratista se somete a ellas), el de la buena fe, seguridad jurídica y todos aquellos que nos enseñan los principios generales del derecho.

Sin embargo, el Artículo 4 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública establece varios principios concretos y específicos que deben regir a la contratación administrativa en el Ecuador, a los que me referiré a continuación:

- **Principio de legalidad:** este principio que forma parte del Derecho Administrativo tiene su base en el Artículo 226 de la Constitución de la República que determina que las *“instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley.”*. Esto implica que ni el órgano de la administración ni el administrado que participen en el contrato, pueden actuar fuera de aquello que está expresamente determinado en el ordenamiento jurídico pertinente. El término “legalidad” no hace referencia únicamente a la Ley en sentido formal, sino más bien a todo el aparataje jurídico encabezado por la Constitución, Tratados Internacionales, Leyes, Reglamentos, Ordenanzas, etc,¹² *“a lo que HAURIUO llamaba <<el bloque de la legalidad>>”*. El principio de legalidad pone límites al poder público y protege el interés general.
- **Principio de trato justo e igualitario:** así mismo, tiene su fundamento en el Artículo 10, número 2, de la Constitución de la República, que establece que todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y

¹² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Octava Edición, Madrid, Editorial Civitas, 1997, p. 427.

oportunidades, sin que quepa aplicar causa de discriminación alguna. Este principio, con premisa constitucional, tiene como fundamento la no discriminación por motivo alguno que se aparte de las causas expresadas en la Ley, buscando impedir que se establezcan privilegios, ventajas o prerrogativas a favor de determinados participantes en los procesos de contratación administrativa, pero con la ulterior finalidad de que se obtenga el bienestar general en base a criterios objetivos y transparentes de selección de los contratistas de la administración. Se configuran excepciones, como por ejemplo en nuestro ordenamiento jurídico, a favor de los oferentes nacionales, para proteger a la producción nacional, plasmándose de este modo el criterio básico de aplicación del principio de igualdad que tiene como máxima el que se trata igual a los iguales; y, en el caso señalado, por política de Estado, la Ley privilegia a los participantes nacionales, considerando que no están en igualdad de condiciones –como para ser tratados iguales- los ofertantes nacionales y extranjeros.

- **Principio de calidad:** este principio busca que los bienes y servicios que se provean a la administración cumplan, como mínimo, los requerimientos que se establecen en los documentos precontractuales, los mismos que de por sí deben considerar únicamente la posibilidad de que se oferten bienes y servicios con características que garanticen la eficiencia y la calidad de los mismos.
- **Principio de vigencia tecnológica:** los bienes y servicios a adquirirse deben ser de punta, de un sobresaliente adelanto y garantía. Igualmente, para que se pueda garantizar el cumplimiento de este principio, los documentos precontractuales deben ser elaborados técnicamente por expertos que cuiden incluir la obligatoriedad de que se oferten bienes y servicios de última tecnología.
- **Principio de oportunidad:** este principio, al igual que el de legalidad, son básicos en varias de las manifestaciones del derecho administrativo, entre ellas, en los contratos. Su contenido se vincula a la necesidad pública de efectuar determinada contratación, con los debidos sustentos y motivaciones que justifiquen la conveniencia de llevar a cabo un proceso de contratación administrativa. Es decir, no se trata de contratar por contratar, sino que la

necesidad debe ser real, verificable y de interés general, para que se considere oportuno realizar determinada contratación.

- **Principio de concurrencia:** la concurrencia se pone de manifiesto en el requerimiento del mayor número posible de participantes en un proceso de contratación administrativa, que brinden transparencia y opciones de selección a las mejores condiciones posibles para la administración, que serán las mejores, así mismo, para el bienestar colectivo. Por esto es que los documentos precontractuales deben contener requerimientos genéricos, dentro de lo posible, que no direccionen la contratación a uno u otro proveedor.
- **Principios de transparencia y publicidad:** estos dos principios están vinculados íntimamente y pretenden dar claridad y apertura a los procesos de contratación administrativa. Por esto se prevé en el ordenamiento jurídico que se realicen convocatorias públicas y se publiquen los hechos más relevantes de las contrataciones, como garantía de honestidad y no corrupción, así como de la imparcialidad de la administración al momento de escoger al contratista
- **Principio de participación nacional:** como ya algo mencioné, este principio viene a ser una excepción al de igualdad, pues privilegia e incentiva la producción nacional por sobre la extranjera, con márgenes de preferencia a tomarse en cuenta de acuerdo a lo establecido por la autoridad competente, en el caso de nuestro país, por el Ministerio de Industrias y Competitividad. Este aspecto se encuentra establecido en el Artículo 25 de la LOSNCP.

2.3.- Elementos

Los contratos administrativos contienen, al igual que los civiles, varios elementos que componen su estructura y sin los cuales no podrían ser propiamente contratos. Paso a referirme a dichos elementos.

2.3.1.- Sujetos

En todos los contratos siempre hay partes; en los contratos administrativos éstas partes se componen siempre de un órgano de la administración pública y un particular o dos órganos de la administración pública (contratos interadministrativos), pero siempre con la intervención de ésta. En esencia, pueden ser sujetos de la contratación administrativa las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, y la administración pública en cualquiera de sus grados o clases.

2.3.2.- Capacidad e inhabilidad, competencia y potestad

La capacidad necesaria para celebrar contratos administrativos, por el lado del cocontratante o particular, es la misma que se establece en el Código Civil para celebrar actos y contratos, entendida ésta como la aptitud jurídica para adquirir derechos y contraer obligaciones que tienen las personas como atributo de su personalidad; sin embargo, la contratación administrativa exige, además de la capacidad, la habilitación para contratar o, dicho a la inversa, el no encontrarse comprendido en ninguna de las inhabilidades previstas en el ordenamiento jurídico para poder celebrar contratos con la administración pública. Éstas inhabilidades las encontramos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento, divididas en generales y especiales, según prevén los Artículos 62 y 63 de dicha Ley. En el caso de que se determine que está participando en el proceso precontractual un oferente inhábil, contra expresa prohibición de la Ley, éste quedará automáticamente eliminado y si se celebra un contrato con persona inhabilitada, al tenor del Artículo 64 de la mencionada Ley, se podrá declarar la terminación anticipada y unilateral del respectivo contrato, sin perjuicio de la sanción administrativa o penal a que hubiere lugar. No obstante lo dicho, el Artículo 66 de la LOSNCP señala que las denuncias sobre contratos celebrados con personas inhábiles se presentarán al Procurador General del Estado para que éste analice la procedencia de demandar la nulidad del contrato, lo que evidencia, a mi modo de ver, que ante la celebración de un contrato con persona inhábil, caben la terminación unilateral de parte de la entidad contratante o, en su defecto, la demanda de nulidad cuyo sujeto activo será el Procurador General del Estado. Los Artículos 110 y 111 del Reglamento a la Ley

también se refieren a las inhabilidades, incorporándose en ésta última norma dos casos adicionales que no se prevén en la LOSNCP.

Ahora bien, por el lado de la administración pública y el órgano correspondiente que celebrará determinado contrato, éste deberá estar dotado de competencia para suscribir válidamente el mismo, competencia que se rige por las normas jurídicas administrativas pertinentes y se distribuye entre los órganos de la administración en razón del grado, del territorio, de la materia, del tiempo, etcétera. Por ejemplo, un Gobierno Autónomo Descentralizado Provincial no puede –por regla general- celebrar un contrato de obra pública dentro del área urbana, pues no se encuentra dentro de su competencia dicha porción geográfica que compete a un Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal.

En este orden de ideas, es preciso diferenciar el concepto de potestad pública del de competencia. La **potestad** es el poder connatural al Estado, ¹³*“que, nacida de la soberanía permite gobernar a la nación (...) La potestad no es prerrogativa, sino poder efectivo, real, mensurable, proveniente de la soberanía (...) La potestad es al poder público lo que la competencia es al órgano de la administración del Estado.”*. Como podemos ver, la potestad es un concepto mucho más amplio y profundo que la competencia administrativa, ya que hace relación al poder del Estado: de legislar, de administrar, de impartir justicia; mientras que la competencia (administrativa) es una técnica jurídica de distribución de funciones entre los órganos de la administración pública.

En todo caso, de conformidad con el Artículo 109 del Reglamento a la LOSNCP, son competentes para contratar los Ministros de Estado y las máximas autoridades administrativas de las entidades contratantes, así como los representantes legales de las personas jurídicas de derecho privado que deban contratar al amparo de la LOSNCP. El Reglamento confunde capacidad con competencia administrativa, siendo,

¹³ SECAIRA DURANGO, Patricio, *Derecho Administrativo*, Loja, Editorial de la Universidad Técnica Particular de Loja, 2008, p. 120.

como quedó dicho, la primera, un atributo de la personalidad que deben tener sin resquebrajamiento alguno las personas que celebren contratos con la administración; y, la segunda, se refiere a la aptitud legal que debe tener el servidor público correspondiente para suscribir un contrato a nombre de la administración, en razón de su nombramiento o encargo, siendo evidente que si dicho funcionario es competente, lo será también capaz para contratar.

En definitiva, la capacidad atañe al particular contratista y la competencia a la administración (números 1 y 2, Artículo 68 LOSNCP), sin que por ello, el servidor que actúe a nombre de la administración pueda ser incapaz.

Por último y en relación a este aspecto, conviene tomar nota también que mediante Decreto Ejecutivo 1793, publicado en el Suplemento del Registro Oficial número 621, del 26 de junio de 2009, se dispone que como requisito previo a la calificación y habilitación de una persona jurídica como oferente, se deberá producir la plena identificación de las personas naturales que intervienen en calidad de accionistas de la empresa, al ser accionistas otras compañías, se requiere determinar las personas naturales que participan de la misma, con la finalidad de establecer las inhabilidades determinadas en la LOSNCP. En cuanto al domicilio de las personas jurídicas, se establece que las compañías radicadas en paraísos fiscales determinados por el Servicio de Rentas Internas, serán descalificadas. Así mismo, se señala que la falta de notificación a la institución contratante y la aceptación de ésta, de la transferencia, cesión, enajenación, bajo cualquier modalidad, de las acciones, participaciones que sea igual o más del 25% del capital de la empresa contratista, será causal de terminación unilateral y anticipada del contrato

2.3.3.- Voluntad y consentimiento

En todo contrato, administrativo o privado, es un requisito sine que non para su validez la voluntad y el consentimiento de las partes, libre de vicios que los afecten (error, fuerza, dolo).

En lo que respecta a la administración pública, su voluntad y consentimiento se manifiestan a través de la convocatoria o invitación a que le presenten ofertas para designar a un proveedor para adquirir determinado bien o servicio. Incluso antes de esto, ya con actos previos, la administración evidencia su voluntad de contratar, al elaborar su plan anual de contrataciones (PAC), los estudios, al solicitar partidas presupuestarias, al tenor de los Artículos 22, 23 y 24 de la LOSNCP, en su orden.

En lo que respecta al particular contratista, su voluntad –formal- de contratar se evidencia desde el momento en que presenta su oferta para participar en determinado proceso precontractual y somete a consideración su propuestas para que sea analizada por la administración.

Normalmente, los contratos permiten que las partes discutan o negocien libremente sus estipulaciones; sin embargo, eso no ocurre en la contratación administrativa, pues sus modalidades y particularidades propias, así como su finalidad, hacen que el concierto de voluntades generalmente opere adhiriéndose el particular a condiciones contractuales previamente prefijadas por la administración. De ahí que la administración debe publicar junto con los documentos precontractuales o pliegos las condiciones contractuales, para que el administrado conozca desde antes de presentar su oferta cuáles serán las estipulaciones convencionales en el evento de que salga favorecido con una adjudicación, según lo dispone el Artículo 31 de la LOSNCP.

Como enseña DROMI, ¹⁴*“La estandarización, automatización o tipificación contractual pública es una resultante de la contratación masiva que el Estado requiere, por cuyo motivo utiliza técnicas uniformes prefijadas que, en detrimento de la libertad contractual, acuden a la rutina acelerada, “en serie”, simple y eficaz que uniforma el contenido jurídico de sus relaciones contractuales.”*

Es importante también mencionar que en materia de contratación administrativa no opera el consentimiento o voluntad presunta o tácita, conocida como silencio

¹⁴ DROMI, Roberto, *Derecho Administrativo*, Décima Edición, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2004, p.480.

administrativo, el cual sólo vale como manifestación positiva o afirmativa de la administración pública cuando así expresamente lo prevé el ordenamiento jurídico y para el caso de la contratación administrativa en el Ecuador esto no está previsto. Cabe, de todos modos, precisar, que el silencio administrativo si opera en la fase de ejecución de los contratos administrativos, cuando así se hubiere establecido en el contrato y lo permita la Ley, como, por ejemplo, en el caso de las recepciones de pleno derecho que prevé el último inciso del Artículo 81 de la LOSNCP, que establece que ante la solicitud del contratista para que se proceda a la recepción dentro del período establecido en el Reglamento (10 días desde la solicitud, Artículo 122), se considerará que la predicha recepción se ha efectuado de pleno derecho, para cuyo efecto un Juez de lo Civil o un Notario Público, a solicitud del contratista, notificará a la administración comunicando que dicha recepción se produjo.

Tómese nota que la recepción se produce ipso jure, con el sólo transcurso del tiempo; y, la notificación a la administración por parte del Juez de lo Civil o del Notario Público, no es más que un requisito de publicidad y eficacia de la recepción presunta producida, la cual es válida desde el día en que se vence el plazo señalado, que dicho sea de paso, cabe precisar, sólo se compone de días hábiles, porque el Reglamento expresamente menciona señala que se trata de un “término” que no es otra cosa que un plazo procesal.

2.3.4.- Objeto

En términos generales, el objeto de un contrato es ¹⁵“*la obligación que por él se constituye*” y que podrá ser de dar, hacer o no hacer, como nos enseña la teoría general de las obligaciones. La contratación administrativa comúnmente tiene como objeto la ejecución de una obra o la prestación de un servicio, así como cualquier otra prestación que busque la satisfacción del interés general.

El objeto de un contrato administrativo, por su naturaleza, y en virtud de las cláusulas exorbitantes a favor de la administración, puede eventualmente variar durante su

¹⁵ DROMI, Roberto, *Derecho Administrativo*, Décima Edición, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2004, p.481.

ejecución, dentro de ciertos límites y siempre en beneficio del interés público, debidamente motivado. Cabe la celebración de contratos complementarios, en la forma que se analizará con posterioridad.

2.3.5.- Causa

La causa es la razón de ser del contrato administrativo, el porqué y para qué del mismo. Es el motivo que induce a su celebración, el cual, en esta clase de contratos, siempre será la satisfacción de un fin público, una necesidad pública, de interés de la colectividad. ¹⁶*“Es independiente del móvil que induce a contratar al contratista y del móvil que pueda determinar el contrato en la mente o en la intención del funcionario, que expresa o ejecuta la voluntad de la Administración Pública. Mientras que estas dos últimas son esencialmente subjetivas, corresponden al yo, al fuero interno de los sujetos físicos que participan en su formación, la causa del contrato administrativo es siempre objetiva, está antológicamente comprendida en el objeto y en la voluntad.”.*

Considero que para la contratación administrativa en nuestro país, que se lleve a cabo bajo el amparo de la LOSNCP, la causa de los contratos tendrá su antecedente más próximo en el Plan Anual de Contrataciones, el mismo que de conformidad con los Artículos 25 y 26 del Reglamento a la LOSNCP, contendrá el detalle de las obras, bienes o servicios en atención a las metas institucionales y se vinculará al Plan Nacional de Desarrollo.

2.3.6.- Forma

No son lo mismo las formalidades y la forma: las primeras hacen relación a las circunstancias que deben darse o existir para la celebración del contrato, tales como la convocatoria, las aclaraciones, el acto de adjudicación, etcétera; mientras que la segunda –la forma- se refiere a la manera cómo se materializa la contratación, por ejemplo, por escrito, por escritura pública, por orden de trabajo, liquidación de compras,

¹⁶ DROMI, Roberto, *Derecho Administrativo*, Décima Edición, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2004, p.482.

factura, etcétera. Con la vigente LOSNCP no es necesario que todos los contratos administrativos se celebren por escritura pública sino únicamente aquellos que su naturaleza así lo requiera (p.e.: adquisición de inmueble), al tenor del Artículo 69 de la mencionada Ley.

2.4.- Normativa aplicable en el Ecuador

Como ya lo he venido mencionando, en nuestro país la contratación pública tiene como marco general a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su Reglamento y las Resoluciones que dicte el Instituto Nacional de Contratación Pública (INCOP). Sin embargo, no está de más señalar que todos los procedimientos de contratación administrativa, en todas sus fases, deben ceñirse a las normas de la Constitución de la República y Tratados Internacionales, así como a otras disposiciones jurídicas que contienen regulaciones sobre contratación administrativa, tales como la Ley de Modernización y su Reglamento, la Ley Orgánica de Empresas Públicas, el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomías y Descentralización (COOTAD), Ley de Hidrocarburos, Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, Ley de Régimen del Sector Eléctrico, Ley Especial de Telecomunicaciones, Ley de Minería y sus Reglamentos, entre varias normas jurídicas adicionales que componen el aparataje jurídico-administrativo del Estado y que de una u otra forma se vinculan a la contratación administrativa.

CAPÍTULO III

LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA EN EL ECUADOR

3.1.- El Sistema Nacional de Contratación Pública

De conformidad con el Artículo 7 de la LOSNCP, el Sistema Nacional de Contratación Pública es el conjunto de principios, normas, procedimientos, mecanismos y relaciones organizadas orientadas al planeamiento, programación, presupuestos, control,

administración y ejecución de las contrataciones realizadas por las entidades contratantes.

Como todo sistema, cuenta con elementos diversos que, organizados y en su conjunto, componen la totalidad de la estructura.

3.1.1.- Integrantes y objetivos

Integran el Sistema Nacional de Contratación Pública del Ecuador, de conformidad con los Artículos 8 y 1 de la LOSNCP: el Instituto Nacional de Contratación Pública, junto con las demás instituciones y órganos que ejerzan funciones en materia de presupuestos (Ministerio de Finanzas), planificación (SENPLADES), control (Procuraduría, Contraloría, Superintendencias), en el ámbito de sus competencias.

Además, son integrantes del sistema, las entidades sujeta al ámbito de aplicación de la LOSNCP, entre las que tenemos:

- Organismos y dependencias de las funciones Legislativa, Ejecutiva y Judicial.
- Organismos electorales.
- Organismos de control y regulación.
- Entidades que integran el régimen seccional autónomo.
- Organismos y entidades creados por la Constitución o la Ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado.
- Personas jurídicas creadas por acto legislativo seccional para la prestación de servicios públicos.

- Corporaciones, fundaciones o sociedades civiles cuando estén integradas o se conformen mayoritariamente con cualquiera de los organismos y entidades señaladas anteriormente o, en general por instituciones del Estado, o aquellas que posean o administren bienes, fondos, títulos, acciones, participaciones, activos, rentas, utilidades, excedentes, subvenciones y todos los derechos que pertenecen al Estado y a sus instituciones, sea cual fuere la fuente de la que procedan, inclusive los provenientes de préstamos, donaciones y entregas que, a cualquier otro título se realicen a favor del Estado o de sus instituciones, siempre que su patrimonio esté integrado en el cincuenta por ciento o más con participación estatal y, en general, toda contratación en que se utilice, en cada caso, recursos públicos en más del cincuenta por ciento del costo del respectivo contrato.
- Compañías mercantiles cualquiera hubiere sido o fuere su origen, creación o constitución que posean o administren bienes, fondos, títulos, acciones, participaciones, activos, rentas, utilidades, excedentes, subvenciones y todos los derechos que pertenecen al Estado y a sus instituciones, sea cual fuere la fuente de la que procedan, inclusive los provenientes de préstamos, donaciones y entregas que, a cualquier otro título se realicen a favor del Estado o de sus instituciones, siempre que su capital o patrimonio esté integrado en el cincuenta por ciento o más con participación estatal y, en general, toda contratación en que se utilice, en cada caso, recursos públicos en más del cincuenta por ciento del costo del respectivo contrato.

En este contexto, de conformidad con el Artículo 9 de la LOSNCP, debo mencionar los objetivos que persigue el sistema que son:

- Garantizar la transparencia y evitar la discrecionalidad en la contratación pública.
- Convertir la contratación pública en un elemento dinamizador de la producción nacional.

- Promover la participación de artesanos, micro, pequeñas y medianas empresas con ofertas competitivas, en el marco de esta Ley.
- Agilizar, simplificar y adecuar los procesos de adquisición a las distintas necesidades de las políticas públicas y a su ejecución oportuna.
- Impulsar la participación social a través de procesos de veeduría ciudadana que se desarrollen a nivel nacional.
- Mantener una vinculación efectiva y permanente de la contratación pública con los sistemas de planificación y presupuestos del Gobierno central y de los organismos seccionales.
- Modernizar los procesos de contratación pública para que sean una herramienta de eficiencia en la gestión económica de los recursos del Estado.

3.1.2.- El Instituto Nacional de Contratación Pública

Según lo establecen el Artículo 10 de la LOSNCP y 5 de su Reglamento, el Instituto Nacional de Contratación Pública es un organismo de derecho público adscrito al Ministerio de Industrias y Competitividad, con personalidad jurídica propia y autonomía administrativa, técnica, operativa, financiera y presupuestaria. Tiene como su máximo personero y representante legal al Director Ejecutivo, quien es designado por el Presidente de la República. Su sede es en la ciudad de Quito, con jurisdicción nacional y con el deber de establecer oficinas desconcentradas a nivel nacional.

Se le confiere la rectoría del sistema, con el ejercicio las siguientes atribuciones:

- Procurar el cumplimiento de los objetivos prioritarios del Sistema Nacional de Contratación Pública.
- Promover y ejecutar la política de contratación pública dictada por el Directorio.

- Establecer los lineamientos generales que sirvan de base para la formulación de los planes de contrataciones de las entidades sujetas a la LOSNCP.
- Administrar el Registro Único de Proveedores (RUP).
- Desarrollar y administrar el Sistema Oficial de Contratación Pública del Ecuador, COMPRASPUBLICAS, así como establecer las políticas y condiciones de uso de la información y herramientas electrónicas del Sistema.
- Administrar los procedimientos para la certificación de producción nacional en los procesos precontractuales y de autorización de importaciones de bienes y servicios por parte del Estado.
- Establecer y administrar catálogos de bienes y servicios normalizados.
- Conocer y resolver, de manera desconcentrada, los reclamos de los oferentes, relacionados con su oferta, respecto del trámite precontractual o de la adjudicación.
- Expedir modelos obligatorios de documentos precontractuales y contractuales, aplicables a las diferentes modalidades y procedimientos de contratación pública.
- Dictar normas administrativas, manuales e instructivos relacionados con la LOSNCP.
- Recopilar y difundir los planes, procesos y resultados de los procedimientos de contratación pública.
- Incorporar y modernizar herramientas conexas al sistema electrónico de contratación pública y subastas electrónicas, así como impulsar la interconexión de plataformas tecnológicas de instituciones y servicios relacionados.

- Capacitar y asesorar en materia de implementación de instrumentos y herramientas, así como en los procedimientos relacionados con contratación pública.
- Elaborar parámetros que permitan medir los resultados e impactos del Sistema Nacional de Contratación Pública y en particular los procesos previstos en la LOSNCP.
- Facilitar los mecanismos a través de los cuales se podrá realizar veeduría ciudadana a los procesos de contratación pública y monitorear su efectivo cumplimiento.
- Publicar en COMPRASPUBLICAS el informe anual sobre resultados de la gestión de contratación con recursos públicos.
- Las demás establecidas en la LOSNCP, su Reglamento y demás normas aplicables.

3.1.3.- Control del Sistema

El Artículo 14 de la LOSNCP establece que el control del Sistema Nacional de Contratación Pública será intensivo, interrelacionado y completamente articulado entre los diferentes entes con competencia para ello; y, que dicho control incluirá la fase precontractual, la de ejecución del contrato y la de evaluación del mismo.

El Instituto Nacional de Contratación Pública tiene a su cargo el control del funcionamiento del sistema, para lo cual emitirá informes periódicos de los resultados de la gestión de la contratación pública, y vigilará que las entidades contratantes y los proveedores y contratistas, en lo que les corresponda, cumplan con las obligaciones establecidas en la LOSNCP, en especial:

- El uso obligatorio de las herramientas del Sistema, para rendir cuentas, informar, promocionar, publicitar y realizar todo el ciclo transaccional de las contrataciones.
- El uso obligatorio de los modelos precontractuales y contractuales oficializados por la Instituto Nacional de Contratación Pública.
- El cumplimiento de las políticas emitidas por el Directorio del INCOP y los planes y presupuestos institucionales.
- La contratación con proveedores inscritos en el RUP, salvo las excepciones puntualizadas en la misma LOSNCP.
- Que los proveedores seleccionados no presenten inhabilidad o incapacidad alguna en el momento de la contratación.
- Que la información que conste en las herramientas del Sistema se encuentre actualizada.

Para ejercer el control del Sistema, el INCOP podrá solicitar información a entidades públicas o privadas que crea conveniente, las que deberán proporcionarla en forma obligatoria y gratuita.

De la misma forma, el Artículo 15 de la LOSNCP señala que los organismos de control del Estado, dentro del marco de sus atribuciones, podrán realizar los controles posteriores a los procedimientos de contratación efectuados por las entidades contratantes y que el INCOP deberá informar a la Contraloría General del Estado y a la Procuraduría General del Estado cada vez que llegue a su conocimiento sobre el cometimiento de infracciones a lo dispuesto en la LOSNCP.

Esto último es una innovación que trajo la LOSNCP, pues hasta antes de su entrada en vigencia los órganos de control ejercían sus labores de manera previa a la celebración de los contratos, mediante la emisión de informes obligatorios, actividad que en muchas

ocasiones conspiraba contra la agilidad que debe tener la actividad contractual del Estado.

3.2.- El Sistema Informático Compras Públicas: el portal

El Artículo 21 de la LOSNCP señala que el sistema oficial de contratación pública del Ecuador COMPRASPUBLICAS, será de uso obligatorio para las entidades sometidas a dicha Ley y será administrado por el Instituto Nacional de Contratación Pública.

Se establece que todo procedimiento electrónico se lo realizará a través de COMPRASPUBLICAS, de acuerdo a las disposiciones de la LOSNCP, su Reglamento y las regulaciones del Instituto Nacional de Contratación Pública, y que toda la información relevante de los procedimientos de contratación se publicará, obligatoriamente, así mismo, a través de COMPRASPUBLICAS.

3.3.- Los Registros

La LOSNCP y su Reglamento prevén la existencia de varios registros como herramientas que abonan a la eficiencia del Sistema. De igual forma, el INCOP ha expedido las normas y procedimientos a seguirse en cuantos a estos registros, en Resolución número 046-2010, publicada en el Registro Oficial 322 del 17 de noviembre de 2010.

3.3.1.- El Registro Único de Proveedores (RUP)

El Artículo 16 de la LOSNCP señala que el Registro Único de Proveedores (RUP) es un sistema público de información y habilitación de las personas naturales y jurídicas, nacionales y extranjeras, con capacidad para contratar, y cuya administración corresponde al INCOP. Señala la misma norma que el RUP será dinámico, que incluirá las categorizaciones dispuestas por el INCOP y se mantendrá actualizado automática y permanentemente por medios de interoperación con las bases de datos de las instituciones públicas y privadas que cuenten con la información requerida, quienes deberán proporcionarla de manera obligatoria y gratuita y en tiempo real.

La inscripción en el RUP es obligatoria para poder participar (previo a intervenir) en los procesos de contratación administrativa que prevé la LOSNCP, salvo procesos de menor cuantía en cuyo caso cabe inscripción posterior, antes de la firma del contrato correspondiente.

La información del RUP de cada proveedor será pública y las entidades contratantes no podrán exigir documentación adicional a los contratistas, quienes al registrarse en el RUP se entiende que ya remitieron toda su información general al INCOP, quien lo publica en el portal COMPRASPUBLICAS.

Existen varias causales para que se suspenda el registro en el RUP, las cuales constan en el Artículo 19 de la LOSNCP.

3.3.2.- Registro de Contratos

El Artículo 97 de la LOSNCP señala que el INCOP llevará un registro público electrónico de los contratos tramitados al amparo de dicha Ley, con las debidas previsiones técnicas y legales para su acceso en cualquier momento.

En este registro las entidades contratantes ingresarán toda la información requerida por el INCOP, para que conste subida en el portal, a efectos de que con las plataformas tecnológicas pertinentes se asegure la recuperación íntegra de la información.

3.3.3.- Registro de Incumplimientos

Por su parte, el Artículo 98 de la LOSNCP prevé la existencia de un registro de incumplimientos, en el cual constará la nómina de todos aquellos contratistas o proveedores que hubieren incumplido sus obligaciones contractuales o se hubieren negado a suscribir contratos adjudicados, que deberán remitir las entidades contratantes al INCOP, acompañando los documentos probatorios correspondientes.

La inscripción de un proveedor en este registro trae como consecuencia la suspensión en el RUP por cinco y tres años, respectivamente, siendo responsabilidad del INCOP la actualización del registro.

El registro de incumplimientos constará publicado en el portal y constituye información pública de acceso gratuito.

3.3.4.- Registro de Entidades Contratantes

El número 12, del Artículo 6 de la LOSNCP establece que son entidades contratantes los organismos, las entidades o en general las personas jurídicas previstas en el Artículo 1 de la misma Ley.

El Artículo 9 del Reglamento a la LOSNCP determina que las entidades contratantes se registrarán en el portal para acceder al uso de las herramientas del Sistema y que para tal propósito ingresarán al mismo la información requerida por el INCOP.

El INCOP entregará a la respectiva entidad una contraseña de acceso al Sistema, por cuyo correcto uso serán solidariamente responsables la máxima autoridad y las personas autorizadas por ésta.

Si una entidad contratante, a su vez, es proveedor de obras, bienes o servicios, deberá registrarse en el RUP, cumpliendo todos los requisitos previstos para las personas jurídicas contratistas.

3.4.- El Plan Anual de Contrataciones

Como quedó dicho, las entidades contratantes deberán elaborar todos los años su Plan Anual de Contrataciones (PAC), con la finalidad de cumplir con sus objetivos y los del Plan Nacional de Desarrollo, así como satisfacer sus necesidades institucionales. El PAC deberá contener el presupuesto correspondiente, de conformidad a la planificación plurianual de la institución, asociados al Plan Nacional de Desarrollo y a los presupuestos del Estado.

El PAC debe publicarse en la página web de la entidad contratante dentro de los primeros quince días del mes de enero de cada año e interoperará con el portal COMPRASPÚBLICAS, todo esto, de conformidad con el Artículo 22 de la LOSNCP.

El Artículo 25 del Reglamento a la LOSNCP establece que hasta el 15 de enero de cada año, la máxima autoridad de cada entidad contratante o su delegado, aprobará y publicará el PAC, el mismo que contendrá las obras, bienes o servicios incluidos los de consultoría que se contratarán durante ese año, en función de sus respectivas metas institucionales.

El PAC puede ser reformado por la máxima autoridad o su delegado, mediante resolución debidamente motivada, la misma que junto con el plan reformado serán publicados en el portal. Salvo las contrataciones de ínfima cuantía o aquellas que respondan a situaciones de emergencia, todas las demás deberán estar incluidas en el PAC inicial o reformulado.

Los procesos de contrataciones deberán ejecutarse de conformidad y en la oportunidad determinada en el PAC elaborado por cada entidad contratante, previa consulta de la disponibilidad presupuestaria, a menos que circunstancias no previstas al momento de la elaboración de dicho PAC hagan necesario su modificación.

Los formatos del PAC serán elaborados por el INCOP y publicados en el portal.

CAPÍTULO IV

PROCEDIMIENTOS Y CONTRATOS VIGENTES EN EL ECUADOR DE ACUERDO AL OBJETO

Analizando la LOSNCP, creo que la manera más didáctica de clasificar a los procedimientos de contratación que trae dicha norma es en base al objeto, aún cuando en muchos casos se repitan los mismos tipos de contratación.

Previo a referirme a dicha clasificación, debo decir que en todos los casos y procedimientos de contratación pública, y en lo que les fuere pertinente, se aplican las normas comunes establecidas en la Sección Primera, del Capítulo I, del Título III de la LOSNCP, que sintetizo a continuación:

- Se debe contar con el PAC, el cual se publica obligatoriamente en el portal, como vimos de forma precedente.
- Se debe contar con los estudios y diseños completos, definitivos y actualizados, antes de iniciar un procedimiento precontractual.
- Los estudios y diseños incluirán obligatoriamente como condición previa a su aprobación e inicio del proceso contractual, el análisis de desagregación tecnológica o de compra de inclusión, según corresponda, los que determinarán la proporción mínima de participación nacional o local de acuerdo a la metodología y parámetros determinados por el INCOP.
- Previamente a la convocatoria, las entidades deberán certificar la disponibilidad presupuestaria y la existencia presente o futura de recursos suficientes para cubrir las obligaciones derivadas de la contratación.
- Los pliegos deben contener criterios de valoración que incentiven y promuevan la participación local y nacional, mediante un margen de preferencia para los proveedores de obras, bienes y servicios, incluidos la consultoría, de origen local y nacional, de acuerdo a los parámetros determinados por el Ministerio de Industrias y Productividad.
- Se podrán presentar ofertas individualmente, en asociación, o con compromiso de asociación o consorcio.
- Son obligatorios los modelos y formatos de documentos pre contractuales, y la documentación mínima requerida para la realización de un procedimiento

precontractual y contractual, que serán elaborados y oficializados por el INCOP, para lo cual podrá contar con la asesoría de la Procuraduría General del Estado y de la Contraloría General del Estado.

- Los procedimientos se tramitan, por regla general y de preferencia, por medio de herramientas informáticas, en este caso, el portal.
- Con la finalidad de conseguir mejores condiciones de contratación y aprovechar economías de escala, dos o más entidades podrán firmar convenios interinstitucionales con el fin de realizar en forma conjunta un procedimiento de selección único, para la adquisición de bienes, ejecución de obras de interés común o prestación de servicios incluidos los de consultoría.
- Las ofertas se entenderán vigentes durante el tiempo que para el efecto prevean los pliegos precontractuales. De no preverse el plazo de vigencia se entenderá que la oferta está vigente hasta la fecha de celebración del contrato, pudiendo prorrogarse el plazo previsto por disposición de la entidad contratante.
- Los Pliegos contendrán toda la información requerida para participar en un proceso de provisión de obras, bienes o servicios, incluidos los de consultoría y son públicos y gratuitos, a través del portal.
- Exclusivamente el oferente adjudicado, una vez recibida la notificación de adjudicación, pagará a la entidad el valor previsto en forma previa en los pliegos, y con el cual se cubra exclusivamente los costos de levantamiento de textos, reproducción y edición de los pliegos, de ser el caso.
- Los interesados podrán realizar preguntas y solicitar aclaraciones sobre los pliegos a la entidad convocante. Las preguntas, las aclaraciones, las respuestas y las modificaciones a los pliegos, en caso de existir, se publicarán en el portal. Los pliegos establecerán el plazo y los procedimientos para formular las preguntas y aclaraciones y para obtener las respuestas correspondientes.

- La máxima autoridad de la entidad contratante, de acuerdo al procedimiento a seguir, en base al tipo de contratación, adjudicará el contrato al oferente cuya propuesta represente el mejor costo, de acuerdo a lo definido en los números 17, 18 y 19 del artículo 6 de la LOSNCP y a los parámetros objetivos de evaluación previstos en cada procedimiento.
- La máxima autoridad de la entidad contratante, siempre antes de resolver la adjudicación, declarará desierto el procedimiento de manera total o parcial, en los siguientes casos: 1) por no haberse presentado oferta alguna; 2) por haber sido inhabilitadas las ofertas presentadas por incumplimiento de las condiciones o requerimientos establecidos en los pliegos; 3) por no celebrarse el contrato por causas imputables al adjudicatario, siempre que no sea posible adjudicar el contrato a otro oferente; y, 4) por considerarse inconvenientes para los intereses nacionales o institucionales todas las ofertas o la única presentada. La declaratoria de inconveniencia deberá estar sustentada en razones económicas, técnicas o jurídicas, con la debida exigencia constitucional de motivación.
- Declarado desierto el procedimiento, la máxima autoridad podrá disponer su archivo o su reapertura.
- En cualquier momento entre la convocatoria y veinticuatro horas antes de la fecha de presentación de las ofertas, la máxima autoridad de la entidad contratante podrá declarar cancelado el procedimiento, sin que dé lugar a ningún tipo de reparación o indemnización, mediante acto administrativo motivado, en los siguientes casos: 1) de no persistir la necesidad, en cuyo caso se archivará el expediente; 2) cuando sea necesario introducir una reforma sustancial que cambie el objeto de la contratación, en cuyo caso se deberá convocar a un nuevo procedimiento; y, 3) por violación sustancial de un procedimiento precontractual.

- Si el adjudicatario o los adjudicatarios no celebraren el contrato por causas que les sean imputables, la máxima autoridad de la entidad, declarará fallido al oferente o a los oferentes y notificará el particular al INCOP.
- Las Entidades Contratantes deberán formar y mantener un expediente por cada contratación en el que constarán los documentos referentes a los hechos y aspectos más relevantes de sus etapas de preparación, selección, contratación, ejecución, así como en la fase pos contractual.

4.1.- Bienes y servicios normalizados: convenios marco

De conformidad con el número 2, del Artículo 6 de la LOSNCP, los bienes y servicios normalizados corresponden a un objeto de contratación cuyas características o especificaciones técnicas se hallan homologados y catalogadas.

El Artículo 42 del Reglamento a la LOSNCP señala que los bienes y servicios normalizados son aquellos cuyas características o especificaciones técnicas han sido estandarizadas u homologadas por la entidad contratante y dichas características o especificaciones son homogéneas y comparables en igualdad de condiciones.

La Ley y su Reglamento utilizan de forma indistinta las palabras "homologados", "estandarizados", "normalizados", "categorizados" o "catalogados", para referirse a aquellos bienes o servicios cuyas características o especificaciones técnicas han sido estandarizadas por la entidad contratante; y, en el caso de los bienes o servicios incluidos en el catálogo electrónico, para referirse a aquellos bienes o servicios, sobre los cuales el INCOP celebró los correspondientes **convenios marco**, a través de los cuales dicho instituto selecciona los proveedores cuyos bienes y servicios serán ofertados en el catálogo electrónico a fin de ser adquiridos o contratados de manera directa por las entidades contratantes en la forma, plazo y demás condiciones establecidas en dicho convenio marco. El Artículo 43 de la LOSNCP determina que el INCOP efectuará periódicamente procesos de selección de proveedores con quienes se celebrará convenios marco en virtud de los cuales se ofertarán en el catálogo electrónico bienes y servicios normalizados. El INCOP, mediante Resolución número

049-2011, publicada en el Registro Oficial 472, del 17 de junio de 2011, ha expedido las disposiciones para los procesos de selección de proveedores para la celebración de convenios marco.

Los bienes y servicios normalizados se adquieren, en su orden: por procedimientos de catálogo electrónico y de subasta inversa, como regla general; y, solo en el caso de que no se puedan aplicar dichos procedimientos o que éstos hayan sido declarados desiertos, se optarán por los demás procedimientos de contratación previstos en la LOSNCP y su Reglamento.

4.1.1.- Compras por catálogo electrónico

El catálogo electrónico es uno de los procedimientos dinámicos que establece la LOSNCP y es la tendencia hacia la cual, a mi parecer, el espíritu de la norma pretendería direccionar todas las contrataciones. El número 3, del Artículo 6 de la predicha Ley establece que es el registro de bienes y servicios normalizados publicados en el portal para su contratación directa como resultante de la aplicación de convenios marco que, como lo referí, se celebran entre proveedores y el INCOP para que sus bienes y servicios sean ofertados en el catálogo electrónico para que sean contratados de manera directa.

No hay montos máximos ni montos mínimos para contratar bajo este procedimiento.

4.1.2.- Subasta inversa

Para Dromi, ¹⁷*“remate es sinónimo de subasta” y “Consiste en la compra y venta de bienes en público, sin limitación de concurrencia y al mejor postor. La adjudicación se hace en el mismo acto, en público”.*

La subasta inversa es el otro procedimiento dinámico de contratación que prevé la LOSNCP y que, ante la imposibilidad de contratar a través del catálogo electrónico, se

¹⁷ DROMI, Roberto, *Derecho Administrativo*, Décima Edición, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2004, p.496.

aplica. El Artículo 47 de la mencionada Ley señala que para la adquisición de bienes y servicios normalizados que no consten en el catálogo electrónico, las entidades contratantes deberán realizar subastas inversas en las cuales los proveedores de bienes y servicios equivalentes, pujan hacia la baja el precio ofertado, en acto público o por medios electrónicos a través del portal.

Los resultados de los procesos de adjudicación por subasta inversa serán publicados, igualmente, en el portal para que se realicen las auditorías correspondientes.

El Artículo 44 del Reglamento a la LOSNCP señala que la subasta inversa se aplica, como lo mencioné, ante la imposibilidad de contratar por el catálogo electrónico, siempre que se trate de bienes o servicios normalizados cuya cuantía supere el monto equivalente al 0,0000002 del presupuesto inicial del Estado. Si los bienes y servicios normalizados que se requieren contratar no exceden la cuantía referida se podrá contratar de forma directa con un proveedor que no debe necesariamente hallarse inscrito en el RUP, lo cual, estimo, vulnera el Artículo 18 de la LOSNCP, puesto que dicha norma únicamente excepciona de inscripción en el RUP a los proveedores con los que se efectúen contrataciones de menor cuantía y, de todos modos, estableciendo la obligatoriedad de inscribirse en el RUP previa firma del respectivo contrato.

Los Artículos 46, 47 y 48 del Reglamento a la LOSNCP regulan el procedimiento a seguirse en las contrataciones por subasta inversa, el mismo que resumo así:

- Se publica la convocatoria en el portal.
- Se presentan las ofertas técnicas.
- Se califican las ofertas técnicas por parte de la máxima autoridad o la Comisión Técnica, de ser el caso, de lo cual se deja constancia en acta.
- Se presentan las ofertas económicas iniciales a través del portal, las cuales deberán ser inferiores al presupuesto referencial.

- En el día y hora señalados en la convocatoria se realiza la puja hacia la baja por medio del portal.
- La duración de la puja constará en los pliegos pero no podrá ser menor a 15 minutos ni mayor a 60 minutos, contados a partir de la hora fijada en la convocatoria y teniendo en consideración la complejidad del objeto contractual y el presupuesto referencial.
- Se publica un informe con los resultados de la puja (Informe de Resultados) en el portal.
- Se adjudica el contrato a la oferta más baja, a consecuencia de la puja efectuada.

Se puede presentar la circunstancia de que la entidad negocie con un único contratista el precio ofertado, cuando: 1) existe sólo una oferta técnica calificada; o, 2) luego de la calificación técnica un solo proveedor presenta la oferta económica inicial. El proveedor, en cualquier caso, para poder ser adjudicado deberá bajar su oferta, como mínimo, en un 5% del presupuesto referencial.

Cabe mencionar que el INCOP, mediante Resolución número 020-09, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 615, del 18 de junio de 2009, ha expedido disposiciones que regulan el proceso de contratación por subasta inversa.

4.1.3.- Menor Cuantía

De conformidad con el Artículo 51 de la LOSNCP, el procedimiento de contratación de menor cuantía aplica, para el caso de bienes y servicios normalizados, cuando sea imposible aplicar los procedimientos dinámicos (catálogo electrónico y subasta inversa) o, en el caso que una vez aplicados dichos procedimientos, éstos hubiesen sido

declarados desiertos, siempre que el presupuesto referencial sea inferior al 0,000002 del presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico.

En este caso se podrá contratar directamente. Además, en los casos de contrataciones por menor cuantía, el Artículo 52 de la LOSNCP señala que se privilegiará la contratación con micros y pequeñas empresas, con artesanos o profesionales, preferentemente domiciliados en el cantón en el que se ejecutará el contrato, quienes deberán acreditar sus respectivas condiciones de conformidad a la normativa que los regulen, y que solamente en caso de que no existiera oferta de proveedores que acrediten las condiciones indicadas se podrá contratar con proveedores de otros cantones o regiones del país.

Mediante Resolución número 039-2012, publicada en Suplemento del Registro Oficial 169, del 12 de abril de 2012, el INCOP ha expedido disposiciones para los procesos de menor cuantía.

4.1.4.- Cotización

La cotización, según lo dispone el Artículo 50 de la LOSNCP, se aplica, para el caso de bienes y servicios normalizados cuando fuese imposible aplicar los procedimientos dinámicos (catálogo electrónico y subasta inversa) o, en el caso que una vez aplicados dichos procedimientos, éstos hubiesen sido declarados desiertos, siempre que el presupuesto referencial oscile entre 0,000002 y 0,000015 del presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico.

Se cursan invitaciones a presentar ofertas a por lo menos cinco proveedores registrados en el RUP escogidos por sorteo público. Sin perjuicio de los cinco posibles oferentes favorecidos en el sorteo, podrán participar en el procedimiento toda persona natural o jurídica registrada en el RUP, que tenga interés en la contratación.

De no existir dicho número mínimo (5), se podrá invitar a presentar ofertas al número de proveedores que consten registrados en el RUP, situación que deberá ser justificada

por la entidad contratante y comunicada al INCOP, para la correspondiente verificación, de ser el caso.

De conformidad con el Reglamento (Artículos 56 y 57) a la LOSNCP, la invitación a ofertar se la hace de forma aleatoria a través del portal, de entre los proveedores que cumplan los parámetros de contratación preferente e inclusión (tipo de proveedor y localidad), debiéndose determinar en los pliegos un sistema de calificación en virtud del cual los proveedores que fueron favorecidos en el sorteo tengan obtengan una puntuación adicional por el hecho de haber salido favorecidos, teniendo presente que cabe que presenten sus ofertas también aquellos que sin haber salido sorteados tengan interés en participar.

El término para la presentación de la ofertas los fija la entidad contratante, atendiendo el monto y la complejidad de la contratación, no pudiendo ser este tiempo menor a siete ni mayor a veinte días.

En lo que fuere pertinente le aplicarán a este procedimiento las normas relativas a la licitación.

Mediante Resolución número 039-2012, publicada en Suplemento del Registro Oficial 169, del 12 de abril de 2012, el INCOP ha expedido disposiciones para los procesos de cotización.

4.1.5.- Licitación

Para Dromi, la licitación pública es ¹⁸*“el procedimiento administrativo de preparación de la voluntad contractual, por el que un ente público, en ejercicio de la función administrativa invita a los interesados para que, sujetándose a las bases fijadas en el pliego de condiciones, formulen propuestas de entre la cuales seleccionará la más conveniente.”*. Es el procedimiento regla, en materia de contratación administrativa.

¹⁸ DROMI, Roberto, *La Licitación Pública*, Segunda Edición, Editorial ASTREA, Buenos Aires, 1977, p.92.

De acuerdo con el Artículo 48 de la LOSNCP, la licitación, para el caso de bienes y servicios normalizados, aplica cuando sea imposible aplicar los procedimientos dinámicos (catálogo electrónico y subasta inversa) o, en el caso que una vez aplicados dichos procedimientos, éstos hubiesen sido declarados desiertos, siempre que el presupuesto referencial sobrepase el valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,000015 por el monto del presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico.

La fase preparatoria de todo procedimiento licitatorio comprende la conformación de la Comisión Técnica requerida para la tramitación de la licitación así como la elaboración de los pliegos.

La fase precontractual comprende la publicación de la convocatoria, el procedimiento de aclaraciones, observaciones y respuestas, contenidos y análisis de las ofertas, informes de evaluación hasta la adjudicación y notificación de los resultados de dicho procedimiento.

El Reglamento (Artículos 49 a 55) a la LOSNCP regula el procedimiento, el mismo que lo resumo a continuación:

- Se publica la convocatoria en el portal con la información que determine el INCOP.
- Se presentan las ofertas técnica y económica hasta el día y hora señalados en la convocatoria, así mismo, a través del portal. Excepcionalmente, considerando el nivel de complejidad y magnitud de la información a presentarse, y previo conocimiento del INCOP, las ofertas podrán ser entregadas físicamente en el lugar, día y hora señalados en la convocatoria por la entidad contratante.
- Las ofertas deben cumplir todos los requerimientos exigidos en los pliegos y se adjuntará todos y cada uno de los documentos solicitados.

- El término entre la convocatoria y cierre de recepción de ofertas los fijará la entidad contratante atendiendo al monto y complejidad de la contratación, pero en ningún caso el término será menor a diez días ni mayor a treinta días.
- Se lleva a cabo el acto de apertura de sobres a través del portal; o, en el lugar señalado en la convocatoria, si las ofertas han sido entregadas de manera física en los casos permitidos.
- Abiertas las ofertas, se publicará en el portal, al menos, la siguiente información: identificación del oferente, descripción básica del bien o servicio ofertado; y, precio unitario de ser el caso y valor total de la oferta.
- La Comisión Técnica revisará que las ofertas cumplan los requisitos mínimos establecidos en los pliegos y rechazará aquellas que no den cumplimiento a los mismos, aplicando los parámetros de calificación previstos en los pliegos.
- La evaluación de la oferta comprende tanto la referida a la propuesta técnica como a la propuesta económica, y será evaluada como la mejor aquella que obtenga el mejor costo de conformidad con el número 18, del Artículo 6 de la LOSNCP.
- La evaluación será realizada por la Comisión Técnica luego del cierre de la apertura de ofertas en un término no mayor a diez días. Si la complejidad de la contratación lo exige, la entidad contratante podrá establecer en los pliegos un término adicional de cinco días.
- Adjudicación.

Mediante Resolución número 022-2009, publicada en el Registro Oficial 619, del 24 de junio de 2009, el INCOP ha expedido disposiciones para los procesos de licitación.

4.2.- Bienes y servicios no normalizados

Los bienes y servicios no normalizados son aquellos cuyas características o especificaciones técnicas no se hallan homologados y catalogadas, y en virtud de lo cual sólo pueden ser contratados bajo tres procedimientos específicos.

4.2.1.- Menor cuantía

De conformidad con el Artículo 51 de la LOSNCP, el procedimiento de contratación de menor cuantía aplica, para el caso de bienes y servicios no normalizados, en los siguientes casos:

- Para las contrataciones de bienes y servicios, exceptuando los de consultoría, cuyo presupuesto referencial sea inferior al 0,000002 del presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico.
- Cuando sea imposible aplicar los procedimientos dinámicos (catálogo electrónico y subasta inversa) o, en el caso que una vez aplicados dichos procedimientos, éstos hubiesen sido declarados desiertos, siempre que el presupuesto referencial sea inferior al 0,000002 del presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico.

En lo demás, se aplican las mismas regulaciones que para el caso de los bienes y servicios normalizados.

4.2.2.- Cotización

La cotización, según lo dispone el Artículo 50 de la LOSNCP, se aplica, para el caso de bienes y servicios no normalizados cuando:

- Cuando sea imposible aplicar los procedimientos dinámicos (catálogo electrónico y subasta inversa) o, en el caso que una vez aplicados dichos procedimientos, éstos hubiesen sido declarados desiertos; siempre que el presupuesto

referencial oscile entre 0,000002 y 0,000015 del presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico.

- Cuando el presupuesto referencial oscile entre 0,000002 y 0,000015 del presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico.

Por lo demás, se aplican las mismas regulaciones que para el caso de bienes y servicios normalizados que ya revisamos con anterioridad.

4.2.3.- Licitación

De acuerdo con el Artículo 48 de la LOSNCP, la licitación, para el caso de bienes y servicios no normalizados, aplica cuando:

- Sea imposible aplicar los procedimientos dinámicos (catálogo electrónico y subasta inversa) o, en el caso que una vez aplicados dichos procedimientos, éstos hubiesen sido declarados desiertos, siempre que el presupuesto referencial sobrepase el valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,000015 por el monto del presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico.
- El presupuesto referencial sobrepase el valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,000015 por el monto del presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico.

En lo demás, se aplican las mismas normas sobre la licitación mencionadas para los casos de bienes y servicios normalizados.

4.3.- Ejecución de obras

El objeto contractual de ejecución de obras es una de los más importantes, toda vez que en base al mismo se ejecutan los grandes proyectos de infraestructura física que

requiere el país para su desarrollo, tales como carreteras, puentes, edificios, colegios, escuelas, hospitales, hidroeléctricas, etcétera.

¹⁹*“El contrato de obras es, sin duda, la figura contractual más definida en el ámbito administrativo. Es aquél que tiene por objeto la construcción, reforma, reparación, conservación o demolición de un bien inmueble o la realización de trabajos que modifiquen la forma o sustancia del suelo o del subsuelo por cuenta de la Administración (...) a cambio de un precio.”*

En la LONSCP se establecen cuatro procedimientos contractuales que se pueden llevar a cabo para la ejecución de obras, que los comento a continuación.

4.3.1.- Menor cuantía

Para el caso de la ejecución de obras, se aplica este procedimiento cuando el presupuesto referencial sea inferior al 0,000007 del presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico.

En este procedimiento, al tenor del Artículo 51 de la LOSNCP, se adjudicará el contrato a un proveedor registrado en el RUP escogido por sorteo público de entre los interesados previamente en participar en la contratación.

Así mismo, de acuerdo al Artículo 52 de la misma norma, para las contrataciones de obra que se seleccionan por procedimientos de cotización y menor cuantía se privilegiará la contratación con profesionales, micro y pequeñas empresas que estén calificadas para ejercer esta actividad, y preferentemente domiciliados en el cantón en el que se ejecutará el contrato.

¹⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Octava Edición, Madrid, Editorial Civitas, 1997, p. 712.

Solamente en caso de que no existieran ofertas de proveedores que acrediten las condiciones predichas, se podrá contratar con proveedores de otros cantones o regiones del país.

4.3.2.- Cotización

La cotización para el caso de ejecución de obras, se utiliza cuando el presupuesto referencial oscile entre 0,000007 y 0,00003 del presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico, según lo indica el Artículo 50 de la LOSNCP.

Se utiliza el mismo procedimiento previsto en los Artículos 56 y 57 del Reglamento a la LOSNCP que hemos referido para los casos de bienes y servicios normalizados y no normalizados, siendo, así mismo aplicables, en lo que fuere pertinente, la normas relativas a la licitación.

4.3.3.- Licitación

En materia de ejecución de obras, por los presupuestos que se manejan en las mismas, la licitación es el procedimiento más común. A más de la definición que nos trae Dromi, que transcribí anteriormente, me parece adecuado mencionar el concepto de Marienhoff que creo es bastante completo y nos dice que la licitación ²⁰*“consiste en un procedimiento de selección del cocontratante de la Administración Pública que, sobre la base de una “previa” justificación de idoneidad moral, técnica y financiera, tiende a establecer qué persona o entidad es la que ofrece el “precio” –o condiciones- más conveniente para el Estado”*. Es destacable que el autor introduce entre los condicionamientos del contratista la justificación de “idoneidad moral” del mismo, concepto que aún cuando puede considerarse abstracto y subjetivo al momento de seleccionar a un cocontratante, creo que debe estar presente en todo procedimiento precontractual así sea de manera tácita e implícita para ser tomado en cuenta por la administración pública para seleccionar al contratista, considerando que de conformidad

²⁰ MARIENHOFF, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo IIIA, Cuarta Edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 181.

con el Artículo 83 de la Constitución de la República, son deberes y responsabilidades de todos los ciudadanos *“Administrar honradamente y con apego irrestricto a la ley el patrimonio público, y denunciar y combatir los actos de corrupción”*, así como *“Ejercer la profesión u oficio con sujeción a la ética”*.

Pues bien, con este preámbulo sobre la licitación, que he creído conveniente hacer en este punto, considerando que para el caso de ejecución de obras este es el procedimiento “madre”, veamos lo que dice la LOSNCP.

El Artículo 48 de dicha Ley señala que para la ejecución de obras se utilizará el mecanismo de la licitación, cuando el presupuesto referencial sobrepase el valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,00003 por el monto del presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico.

En cuanto al procedimiento, se aplican las mismas reglas que he referido para el caso de bienes y servicios normalizados y no normalizados, que se determinan entre los Artículos 49 y 55 del Reglamento a la LOSNCP.

Generalmente, por la complejidad, magnitud y montos de las licitaciones de obras, se cumple la excepción prevista en el segundo inciso del Artículo 50 del Reglamento, relativa a la presentación de ofertas en forma física.

4.3.4.- Contratación integral por precio fijo

El Artículo 57 de la LOSNCP contempla la posibilidad de realizar este tipo de contratación especial, para la ejecución de obras, para lo cual debe existir previamente una resolución razonada (motivada) de la máxima autoridad de la entidad contratante, debiendo cumplirse conjuntamente los siguientes requisitos:

- Que del análisis previo a la resolución de la máxima autoridad, se determine que resulta más ventajosa esta modalidad con respecto a la contratación por precios unitarios.

- Que tratándose de la ejecución de proyectos de infraestructura, se haga evidente el beneficio de consolidar en un solo contratista todos los servicios de provisión de equipo, construcción y puesta en operación.
- Que el presupuesto referencial de la contratación sobrepase el valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,1% por el monto del presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico.
- Que la Entidad Contratante cuente con los estudios completos, definitivos y actualizados.

El Artículo invocado prohíbe en esta clase de contrataciones la celebración de contratos complementarios, la inclusión de fórmulas de reajustes de precios o cualquier otro mecanismo de variación de precios.

Así mismo, se prohíbe que el plazo de ejecución esté sujeto a modificaciones, salvo exclusivamente en los casos de fuerza mayor o caso fortuito.

Los contratistas de esta modalidad contractual asumen todos los riesgos y responsabilidades por el cumplimiento del objeto del contrato en las condiciones acordadas.

De conformidad con el Artículo 54 de la LOSNCP, la selección del contratista para la celebración de este tipo de contratos, se realizará por el procedimiento de licitación, sin que se puedan aplicar procedimientos especiales o de excepción.

Los oferentes deben, necesariamente, entregar el detalle y origen de los componentes de la obra y equipamiento acorde a las especificaciones técnicas requeridas para el fiel cumplimiento del proyecto; y, en la oferta se presentará el cronograma de la provisión, instalación y funcionamiento de los bienes y equipos, así como la puesta en operación del proyecto contratado.

Los pliegos deberán contener criterios de valoración para incentivar el empleo de materiales, insumos, equipo y mano de obra de origen local o nacional.

Según lo dispone el Artículo 55 de la LOSNCP, en esta clase de contrataciones todos los componentes del proyecto deben contratarse bajo la modalidad de contrato integral por precio fijo.

En cuanto a la terminación de mutuo acuerdo, en esta clase de contratos procederá exclusivamente por causas de fuerza mayor o caso fortuito aducidas por el contratista y aceptadas por la entidad contratante o, en su defecto, señaladas por esta última, no siendo aceptables como causales de terminación por mutuo acuerdo circunstancias imprevistas, técnicas o económicas.

En cuanto a la terminación unilateral y anticipada, la entidad contratante la podrá declarar en caso de incumplimiento del contratista o cuando ante circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito señaladas por la entidad, el contratista no aceptare la terminación de mutuo acuerdo.

Las fiscalizaciones las efectúa la entidad contratante directamente o a través de terceros.

Este tipo de contrataciones se efectúa para proyectos de infraestructura de gran envergadura, cuyo monto es singularmente considerable y, en razón de ello, se justifica tanto para la entidad contratante cuanto para el contratista participar en un modelo contractual a precio fijo o, como se lo conoce comúnmente, "llave en mano", es decir, bajo ventura y riesgo del contratista y en base al precio ofertado y contratado, se entrega el proyecto en funcionamiento y en marcha, sin que quepan contratos complementarios, reajustes de precios ni situaciones similares.

4.4.- Consultoría

La consultoría es otro de los objetos contractuales que se requieren de manera habitual en la contratación administrativa, pues de ella, en muchos casos, nacen los estudios que luego permiten la ejecución de obras públicas.

²¹*“Los servicios de consultoría están enmarcados en una doble esfera de acción: como de actividad preventiva y como de corrección y control; en la primera, tiene como objeto identificar, planificar, elaborar o evaluar proyectos en sus distintos niveles, desde la prefactibilidad, hasta el diseño y operación de los mismos; y en relación con la segunda, está encaminada a supervisar, fiscalizar, analizar, estudiar y comprender el trabajo y procesos de una organización, para poder dictaminar sus fallas y aciertos sobre temas como la planeación, organización, dirección y control, a partir de los cuales, se diseña e implanta un plan de mejora para asegurar la competitividad, sustentabilidad y autogestión de las organizaciones. Dentro de su rol normal, tiene como función brindar servicios de asesoría, asistencia técnica, estudios económicos, financieros, organizacionales, de administración, auditoría e investigación.”*

Como podemos ver, en la consultoría predomina el intelecto por sobre la fuerza física o material, se trata pues de levantar informes, estudios, planes, anteproyectos, proyectos, de carácter técnico, económico, organizacional, social, así como de la dirección, supervisión y control de la ejecución y mantenimiento de obras e instalaciones, toma de datos, investigación asesoramiento, entre otras actividades en las que prima la labor intelectual del consultor.

En nuestro régimen de contratación administrativo previsto en la LOSNCP, se puede contratar consultorías mediante tres procedimientos que a continuación pasaremos a referir, no sin antes mencionar que la participación de la consultoría extranjera, sea ésta de personas naturales o jurídicas, se encuentra limitada a los campos, actividades o áreas en cuyos componentes parciales o totales no existe capacidad técnica o

²¹ JHAYYA SEGOVIA, Alberto, *Diccionario de Derecho Administrativo*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2008 p. 54.

experiencia de la consultoría nacional, certificado así por el INCOP, según lo disponen los Artículos 26 y 37 de la LOSNCP. Para efectuar esta certificación, el INCOP deberá solicitar mediante aviso público la presentación de expresiones de interés de proveedores de bienes y servicios nacionales. Si en un plazo de treinta días de solicitada dicha expresión de interés no existen interesados nacionales, o los que manifiesten su interés no cumplen con la capacidad técnica o experiencia solicitada, entonces autorizará a la entidad el concurso de prestadores de servicios de consultoría extranjeros.

La autorización para contratar consultoría extranjera no impide que una vez iniciado el proceso contractual una persona natural o jurídica nacional participe del mismo.

De conformidad con el mencionado Artículo 37 de la LOSNCP, la consultoría será ejercida por personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras que, para celebrar contratos con las entidades sujetas a la dicha Ley, deberán inscribirse en el RUP.

Según lo preceptúa el Artículo 38 de la LOSNCP, para que los consultores individuales, nacionales o extranjeros, puedan ejercer actividades de consultoría, deberán tener por lo menos título profesional de tercer nivel conferido por una institución de educación superior del Ecuador o del extranjero, y en este último caso el título deberá estar reconocido en el país conforme a la Ley.

Sin embargo, como un caso de excepción, se establece que los consultores individuales extranjeros cuyos títulos no se encuentren registrados en el Ecuador que celebren **contratos de consultoría cuyo plazo sea de hasta seis meses**, deberán presentar el título profesional conferido por una entidad de educación superior del extranjero, igual tratamiento se dará al consultor individual nacional que haya obtenido el título de tercer nivel o cuarto nivel en el extranjero. Es decir, para el caso de consultorías que no tengan una duración superior a seis meses se admite el título extranjero sin legalización en el Ecuador.

Con respecto a las personas jurídicas, el Artículo 39 de la LOSNCP, establece que para que una empresa nacional pueda ejercer actividades de consultoría, deberá estar

constituida de conformidad con la Ley de Compañías y tener en su objeto social incluida esta actividad.

En cuanto a las personas jurídicas extranjeras, se requiere que demuestren estar facultadas legalmente en el país de su constitución para ejercer y prestar servicios de consultoría.

En todo caso, para la ejecución de los contratos, dichas personas jurídicas extranjeras deberán estar domiciliadas en el Ecuador de conformidad con lo previsto en el Artículo 6, segundo inciso, de la Ley de Compañías.

Las compañías extranjeras que se hubieren registrado como consultoras en el RUP no podrán ejercer en el país ninguna otra actividad que no sea la consultoría en los campos de su registro.

Las universidades y escuelas politécnicas, así como las fundaciones y corporaciones podrán ejercer la consultoría, de conformidad con las disposiciones legales o estatutarias que normen su existencia legal, siempre que tengan relación con temas de investigación o asesorías especializadas puntuales en las que demuestren su capacidad.

Para ejercer su actividad, las empresas consultoras contratarán y demostrarán que cuentan con consultores individuales, quienes deberán cumplir los requisitos previstos en esta Ley.

Entre las normas comunes a los contratos de consultoría tenemos:

- La entidad contratante determinará la naturaleza de los participantes: sean consultores individuales, firmas consultoras u organismos que estén facultados para ofrecer consultoría. Los procesos de contratación se harán entre consultores de igual naturaleza.

- En todo proceso de contratación, la determinación de los costos de consultoría tomará en cuenta en su composición los costos directos e indirectos requeridos para la ejecución del proyecto, conforme se detalla a continuación: 1) costos directos: definidos como aquellos que se generan directa y exclusivamente en función de cada trabajo de consultoría y cuyos componentes básicos son, entre otros, las remuneraciones, los beneficios o cargas sociales del equipo de trabajo, los viajes y viáticos, los subcontratos y servicios varios, arrendamientos y alquileres de vehículos, equipos e instalaciones, suministros y materiales reproducciones, ediciones y publicaciones; y, 2) costos indirectos o gastos generales: son aquellos que se reconocen a las firmas consultoras y otros organismos que estén autorizados para realizar consultorías, para atender sus gastos de carácter permanente relacionados con su organización profesional, a fin de posibilitar la oferta oportuna y eficiente de sus servicios profesionales y que no pueden imputarse a un estudio o proyecto en particular. El costo indirecto contemplará únicamente los honorarios o utilidad empresarial reconocidos a las personas jurídicas consultoras, por el esfuerzo empresarial, así como por el riesgo y responsabilidad que asumen en la prestación del servicio de consultoría que se contrata.
- En los contratos de consultoría que prevean la ejecución de servicios de apoyo que no puedan ser provistos de manera directa por el consultor, éstos podrán ser subcontratados en los porcentajes previstos en la negociación, sin que haya límite para ello.
- Por presupuesto referencial del contrato se entenderá aquel que haya determinado la entidad, institución, dependencia, entidad u organismo interesados, a la fecha de inicio del proceso.
- Los servicios de consultoría serán seleccionados sobre la base de criterios de calidad y costo.

- Las ofertas de consultoría serán presentadas en dos sobres separados: el primero contendrá los aspectos técnicos sobre los que se evaluará la calidad; y, el segundo, los aspectos económicos, sobre los que se calificará el costo.
- Los procesos de selección se efectuarán entre consultores de la misma naturaleza: así entre consultores individuales, entre firmas consultoras, o entre organismos que puedan atender y estén en capacidad jurídica de prestar servicios de consultoría.
- Los procedimientos de contratación incluirán las siguientes etapas: calificación, selección, negociación y adjudicación.
- La calificación de la calidad de las propuestas de consultoría, se realizará sobre la base de lo previsto en los pliegos respectivos, debiendo tenerse en cuenta los siguientes requisitos, procedimientos y criterios: 1) capacidad técnica y administrativa disponible; 2) antecedentes y experiencia demostrables en la realización de trabajos anteriores; 3) antecedentes y experiencia demostrables del personal que será asignado a la ejecución del contrato; 4) plan de trabajo, metodología propuesta y conocimiento probado de las condiciones generales, locales y particulares del proyecto materia de la consultoría; 5) disponibilidad de los recursos, instrumentos y equipos necesarios para la realización de la consultoría; y, 6) cuando intervengan empresas nacionales en asocio con empresas extranjeras, se tomarán en consideración, adicionalmente, los procedimientos y metodologías que ofrezca la consultoría extranjera para hacer efectiva una adecuada transferencia de tecnología, así como la mayor y mejor utilización de la capacidad técnica de profesionales ecuatorianos.
- Una vez calificadas las ofertas técnicas, se procederá a la apertura de las ofertas económicas, las cuales serán asimismo objeto de revisión y calificación según el procedimiento que se determine en el Reglamento a la LOSNCP y sin que en ningún caso el costo tenga un porcentaje de incidencia superior al veinte por ciento, con relación al total de la calificación de la oferta.

- Con el proponente que obtenga el mayor puntaje ponderado de la oferta técnica y económica, se procederá a la negociación de los términos técnicos y contractuales y a los ajustes económicos que se deriven de tal negociación.
- Si no se llegare a un acuerdo, las negociaciones se darán por terminadas y comenzarán con el consultor calificado en el siguiente lugar, continuándose con el mismo procedimiento que se ha señalado.
- Corresponde a la máxima autoridad de la entidad que convoque al proceso de selección de una consultoría, aprobar los pliegos, términos de referencia, presupuesto referencial y demás documentos del proceso. Son atribuciones de la Comisión Técnica, calificar, seleccionar y negociar con los consultores oferentes.

Mediante Resolución número 021-2009, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 618, del 23 de junio de 2009, el INCOP ha expedido disposiciones para los procesos de contratación de consultoría.

4.4.1.- Contratación directa

Procede la contratación directa de consultoría, de conformidad con el Artículo 40 de la LOSNCP, 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.

El Artículo 36 del Reglamento a la LOSNCP señala que la máxima autoridad, en efecto, invitará y seleccionará a un consultor habilitado en el RUP, que reúna los requisitos previstos en los pliegos, remitiéndole los mismos, los cuales deberán incluir los formatos de información básica necesaria que permitan la confirmación de las calificaciones claves requeridas para cumplir con el objeto del contrato.

Si la máxima autoridad, o su delegado lo consideran necesario abrirán una etapa de preguntas y aclaraciones que se podrán realizar mediante comunicaciones directas con el consultor invitado o a través del portal.

El consultor invitado entregará su oferta técnico-económica en un término no mayor a seis días contados a partir de la fecha en que recibió la invitación. La máxima autoridad, o su delegado, realizarán la evaluación, negociación y adjudicación, sobre la base de los pliegos en un término no mayor a tres días.

En el caso de que el consultor invitado no aceptare la invitación o no llegare a un acuerdo en la negociación, la máxima autoridad o su delegado declarará terminado el procedimiento; y, de estimarlo pertinente, resolverá el inicio de un nuevo proceso de contratación directa con un nuevo consultor, o en su defecto optar por otro procedimiento de contratación.

4.4.2.- Lista corta

La contratación de una consultoría mediante lista corta, de conformidad con el mismo Artículo 40 de la LOSNCP, es factible cuando el presupuesto referencial del contrato supere el valor que resultare de multiplicar el coeficiente 0,000002 por el monto del presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico 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 en curso.

Según el Artículo 42 de la LOSNCP, para la contratación por lista corta, la dependencia, entidad u organismo respectivo conformará una Comisión Técnica que tome a su cargo y responsabilidad el llevar adelante el proceso, la que deberá actuar de conformidad con los pliegos aprobados para el efecto. De ser necesario se podrá conformar una o más subcomisiones de apoyo a la Comisión Técnica.

De conformidad con el Artículo 37 del Reglamento a la LOSNCP, se procederá a invitar a un máximo de seis y un mínimo de tres consultores registrados en el RUP que reúnan

los requisitos previstos en los pliegos, para que presenten sus ofertas técnicas y económicas.

Si no se presentaren ofertas o si las presentadas hubieren sido rechazadas, la entidad contratante podrá realizar un nuevo proceso de contratación conformando una nueva lista corta o en su defecto iniciar un proceso de concurso público.

En este tipo de contratación se observarán, en lo que sea aplicable, las disposiciones relativas a la contratación por concurso público.

El término entre la fecha de la convocatoria y la fecha de presentación de las ofertas será mínimo de diez días y máximo de veinte días.

4.4.3.- Concurso público

En materia de consultoría, procede el concurso público 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, según establece el Artículo 40 de la LOSNCP.

Al igual que para el caso de contratación por lista corta, según el Artículo 42 de la LOSNCP, para la contratación de consultoría por concurso público, la dependencia, entidad u organismo respectivo conformará una Comisión Técnica que tome a su cargo y responsabilidad el llevar adelante el proceso, la que deberá actuar de conformidad con los pliegos aprobados para el efecto. De ser necesario se podrá conformar una o más subcomisiones de apoyo a la Comisión Técnica.

Entre los Artículos 38 y 41 del Reglamento a la LOSNCP se regula el procedimiento a seguirse, que lo resumo así:

- La entidad contratante realizará la convocatoria pública a través del portal para que los interesados, habilitados en el RUP, presenten sus ofertas.

- Si se presenta un solo proponente, la oferta será calificada y evaluada y, si ésta cumple los requisitos y criterios establecidos podrá ser objeto de adjudicación, de llegar a un acuerdo en la negociación.
- La entidad contratante podrá realizar una invitación internacional a participar en el concurso público, previo la autorización del INCOP, formulando invitaciones mediante publicaciones de prensa internacional especializada, por una sola vez en cada medio escrito.
- Las ofertas técnica y económica deberán ser entregadas simultáneamente, en dos sobres separados, hasta el día y hora señalados en la convocatoria, que no será menor a quince días hábiles ni superior a treinta días hábiles contados desde la publicación, a través del portal.
- Vencido el término para la presentación de ofertas, el sistema cerrará de manera automática la recepción de las mismas.
- Para la presentación de ofertas el portal habilitará dos opciones: una para la oferta técnica y otra para la oferta económica. El portal permitirá que la apertura y procesamiento de ambas ofertas se ejecuten en días distintos, con una diferencia entre ambos actos de hasta diez días término: en el primer sobre, la oferta técnica y en el segundo sobre la oferta económica.
- El INCOP establecerá el contenido del primer y segundo sobre, así como los parámetros a ser observados para la evaluación; considerando para este último efecto el mejor costo, según lo determina la LOSNCP.
- Con los resultados finales de la evaluación, la Comisión Técnica negociará con el oferente calificado en primer lugar los aspectos técnicos, contractuales y los ajustes de la oferta técnica y económica en comparación con lo requerido en los pliegos.

- De llegarse a un acuerdo, se procederá a la suscripción del acta de negociación en la que constarán los términos convenidos, la misma que deberá ser publicada en el portal.
- Si en un término máximo de hasta cinco días no se llegare a un acuerdo en la negociación esta se dará por terminada y se iniciará una nueva negociación con el oferente calificado en el siguiente lugar y así sucesivamente hasta llegar a un acuerdo final de negociación o, en su defecto declarar desierto el procedimiento, según corresponda.
- Suscrita el acta de negociación, la máxima autoridad o su delegado, procederán a la adjudicación al oferente con el cual se haya llegado a un acuerdo final de negociación en los aspectos técnicos, económicos y contractuales.

Existe también la posibilidad de que la entidad contratante requiera efectuar primero un proceso de precalificación para la consultoría, en cuyo caso, al tenor del Artículo 41 del Reglamento a la LOSNCP, se deben seguir los siguientes pasos:

- El proceso de precalificación tendrá por objeto solicitar la presentación de información y antecedentes relacionados con la experiencia de los consultores o asociaciones constituidas o por constituirse, relacionada con los trabajos de consultoría requeridos por la entidad contratante.
- La convocatoria deberá prever exclusivamente los procedimientos para evaluar y calificar las experiencias en la prestación de servicios de consultoría en general y en servicios similares a los del objeto del concurso.
- Si como resultado de la convocatoria pública a precalificación, no hubiere interesados, o se presentare solamente un consultor interesado, la Comisión Técnica ampliará por una sola vez y hasta por la mitad del inicialmente previsto, el término para la entrega de la información solicitada.

- Si cumplido el nuevo término persistiere la ausencia de interesados, o se presentare la información de un solo interesado, la comisión declarará desierto el proceso de precalificación.
- En los casos en que los consultores que entregaron la información para la precalificación son dos o más, la comisión, el día y hora señalados para el cierre del proceso, levantará la respectiva acta y según el orden de presentación abrirá los sobres que contengan la información solicitada, y dentro del término de tres días iniciará su evaluación y ponderación en forma ininterrumpida hasta concluir el proceso de precalificación estableciendo la nómina de consultores a los cuales se invitará a presentar sus propuestas técnicas y económicas para la fase de calificación. Esta nómina será de un mínimo de dos y un máximo de seis consultores.
- Si como resultado de la evaluación resultare un solo consultor precalificado, se declarará desierto el proceso e igual procedimiento se observará si ningún consultor es precalificado.
- Los aspectos evaluados y ponderados en la precalificación así como los resultados y puntajes de la misma, no serán considerados para la fase de calificación de propuestas técnicas. En consecuencia, todos los consultores precalificados estarán en iguales condiciones de participación para la fase de calificación.
- Dentro del término de tres días de concluida la precalificación, el Presidente de la Comisión Técnica, mediante comunicación escrita, dará a conocer a todos los consultores participantes los resultados de la precalificación.

CAPÍTULO V

CONTRATACIÓN ESPECIAL

5.1.- Emergencias

De conformidad con el número 31, del Artículo 6 de la LONSCP, son situaciones de emergencia *“aquellas generadas por acontecimientos graves tales como accidentes, terremotos, inundaciones, sequías, grave conmoción interna, inminente agresión externa, guerra internacional, catástrofes naturales, y otras que provengan de fuerza mayor o caso fortuito, a nivel nacional, sectorial o institucional. Una situación de emergencia es concreta, inmediata, imprevista, probada y objetiva.”*.

El fundamento constitucional lo tenemos en el Artículo 164 de la Constitución de la República que se refiere al estado de excepción, que podrá ser decretado por el Presidente de la República en todo el territorio nacional o en parte de él, *“en caso de agresión, conflicto armado internacional o interno, grave conmoción interna, calamidad pública o desastre natural.”*.

De su lado, el doctor Alberto Jhayya Segovia define a la emergencia como ²²*“Alteraciones graves, hechos o actos potencialmente o realmente nocivos que en forma inminente provoquen daños, catástrofes naturales o conmociones internas, sea en la totalidad del territorio nacional o un sector, que afecte a una o más entidades del sector público o al Estado entero o que amenacen contra la seguridad nacional interna y/o externa del país; agresión externa o guerra internacional que puedan afectar las actividades de la sociedad entera o alguna de ellas.”*.

Bajo estos antecedentes, tenemos que el Artículo 57 de la LOSNCP establece que para atender las situaciones de emergencia definidas en el número 31 del Artículo 6 de dicha Ley, previamente a iniciarse el procedimiento, el Ministro de Estado o en general la

²² JHAYYA SEGOVIA, Alberto, *Diccionario de Derecho Administrativo*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2008 p. 95.

máxima autoridad de la entidad deberá emitir resolución motivada que declare la emergencia, para justificar la contratación y que dicha resolución se publicará en el portal.

Hecho lo anterior, la entidad podrá contratar de manera directa, y bajo responsabilidad de la máxima autoridad, las obras, bienes o servicios, incluidos los de consultoría, que se requieran de manera estricta para superar la situación de emergencia, quedando facultada incluso para contratar con empresas extranjeras sin requerir los requisitos previos de domiciliación ni de presentación de garantías, los cuales se cumplirán una vez suscrito el respectivo contrato.

En todos los casos, una vez superada la situación de emergencia, la máxima autoridad de la entidad contratante publicará en el portal un informe que detalle las contrataciones realizadas y el presupuesto empleado, con indicación de los resultados obtenidos.

Como podemos ver, se trata de un régimen excepcional con fundamento único y exclusivo en situaciones de emergencia o crisis y con el único fin de superar las mismas. Trátase pues de una situación de hecho grave, imprevista, concreta y actual que debe estar acreditada y fundada en informes que permitan verificar su acaecimiento, de lo contrario, se estaría conspirando contra la transparencia que se pretende con el sistema de contratación público.

Es deleznable la práctica de argumentar situaciones de emergencia para eludir procedimientos de contratación administrativa y fomentar actos de corrupción; he ahí la importancia de que los órganos de control pongan especial atención a las contrataciones que se lleven a cabo bajo la pedicha emergencia, para que puedan verificar si realmente ésta se ha producido.

Mediante Resolución número 045-2010, publicada en el Registro Oficial 254, del 10 de agosto de 2010, el INCOP ha expedido disposiciones para las contrataciones en situaciones de emergencia.

5.2.- Adquisición de bienes inmuebles

El Artículo 58 de la LOSNCP prevé el procedimiento para la adquisición de bienes inmuebles de parte de la administración pública, del cual me permitiré hacer una síntesis:

- Cuando la máxima autoridad de la institución haya resuelto adquirir un determinado bien inmueble, necesario para la satisfacción de las necesidades públicas, procederá a la declaratoria de utilidad pública o de interés social de acuerdo con la Ley. **Se da inicio a un proceso expropiatorio.**
- Perfeccionada la declaratoria de utilidad pública o de interés social, se buscará un acuerdo directo entre las partes (entidad y dueño), por el lapso máximo de noventa días. **Se discute el precio a pagarse, no el hecho de la expropiación.**
- Para este acuerdo, el precio se fijará, tanto para bienes ubicados en el sector urbano como en el sector rural, en función del avalúo realizado por la Dirección de Avalúos y Catastros de la Municipalidad en que se encuentren dichos bienes, que considerará los precios comerciales actualizados de la zona.
- El precio que se convenga no podrá exceder del diez por ciento sobre dicho avalúo.
- Se podrá impugnar el precio más no el acto administrativo de declaratoria de utilidad pública o interés social, en vía administrativa, en razón de que dicha declaratoria es una potestad pública.
- El acuerdo y la correspondiente transferencia de dominio, se formalizarán en la respectiva escritura pública, que se inscribirá en el Registro de la Propiedad respectivo.

- En el supuesto de que no sea posible un acuerdo directo se procederá al juicio de expropiación conforme al trámite previsto en el Código de Procedimiento Civil, sin perjuicio de recibir a cuenta del precio final que se disponga pagar el valor que preliminarmente ha propuesto la institución pública respectiva. Cabe decir que el Juez en su resolución no está obligado a sujetarse al avalúo establecido por la Dirección de Avalúos y Catastros de la Municipalidad.
- Para la transferencia de inmuebles adquiridos por declaratoria de utilidad pública, los dueños deberán tener cancelados todos los impuestos correspondientes a dicha propiedad, excepto el pago de la plusvalía y los que correspondan a la transferencia de dominio, que no se generarán en este tipo de adquisiciones. Si los tributos se mantuvieran impagos, del precio de venta, se los deducirá.
- La adquisición de bienes inmuebles en el extranjero por parte del Estado o entidades del sector público ecuatoriano se someterá al Reglamento Especial que se dicte.
- En el caso de las Municipalidades el procedimiento expropiatorio se regulará por las disposiciones del Código Orgánico de Organización Territorial, Administración y Descentralización (COOTAD).
- Para la transferencia de dominio de bienes inmuebles entre entidades del sector público, siempre y cuando llegaren a un acuerdo sobre aquella, no se requerirá de declaratoria de utilidad pública o interés social ni, en el caso de donación, de insinuación judicial. Se la podrá realizar por compraventa, permuta, donación, compensación de cuentas, traslado de partidas presupuestarias o de activos. En caso de que no haya acuerdo la entidad pública que expropia procederá conforme a la LOSNCP.
- Para la transferencia de dominio de bienes inmuebles entre entidades del sector público que lleguen a un acuerdo para el efecto, se requerirá resolución motivada

de las máximas autoridades de cada entidad y se aplicará lo referente al régimen de traspaso de activos.

- Las personas jurídicas de derecho privado sujetas a la LOSNCP como entes contratantes, podrán negociar directamente la adquisición de inmuebles dentro de los parámetros establecidos en dicha Ley. Si se requiriera una expropiación, deberán solicitarla a la autoridad pública del ramo correspondiente al que pertenezcan.
- En las municipalidades que no se cuente con la Dirección de Avalúos y Catastros, o a petición de esa entidad, el avalúo lo podrá efectuar la Dirección Nacional de Avalúos y Catastros, para el efecto se podrá suscribir un convenio de cooperación interinstitucional. Asimismo, la Dirección Nacional de Avalúos y Catastros realizará el avalúo si es que habiendo sido requerido el Municipio no efectuare y entregare el avalúo en el plazo de treinta días de presentada la petición.

Como hemos visto, en materia de adquisición de bienes inmuebles por parte de la administración, estamos frente a expropiaciones que por su naturaleza jurídica no son más que ventas forzadas por el poder e imperium del Estado.

La actividad expropiatoria se justifica porque ²³*“no se altera el status general de la propiedad, simplemente se impone un sacrificio de una situación dominica específica ante intereses públicos superiores. Pero, a la vez, tal sacrificio se reduce al mínimo, al no acarrear la pérdida del contenido económico de la situación sacrificada, contenido que es simplemente sustituido por un equivalente dinerario”*.

La Constitución de la República, en su Artículo 323 determina que *“Con el objeto de ejecutar planes de desarrollo social, manejo sustentable del ambiente y de bienestar colectivo, las instituciones del Estado, por razones de utilidad pública o interés social y*

²³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, Octava Edición, Madrid, Editorial Civitas, 1997, p. 221.

nacional, podrán declarar la expropiación de bienes, previa justa valoración, indemnización y pago de conformidad con la ley. Se prohíbe toda forma de confiscación.”. En el Artículo 17 de la Declaración de Derechos del Hombre encontramos una similar disposición.

5.3.- Arrendamiento de bienes inmuebles

El Artículo 59 de la LOSNCP señala que las regulaciones atinentes al arrendamiento de inmuebles en los que intervenga la administración pública, tanto como arrendador o arrendatario se plasman en el Reglamento, el cual, en efecto (Artículos 64, 65 y 66) prevé varias disposiciones cuyo contenido desgloso a continuación:

- Cuando la entidad contratante requiere arrendar un inmueble, publicará en el portal los pliegos en los que constarán las condiciones mínimas del inmueble requerido, con la referencia al sector y lugar de ubicación del mismo.
- Para el caso que la entidad quiera dar en arrendamiento un inmueble de su propiedad, deberá, igualmente, publicar en el portal los pliegos en los que se establecerán las condiciones en las que se dará el arrendamiento, con la indicación de la ubicación y características del bien, previéndose la posibilidad de que el interesado realice un reconocimiento previo del bien ofrecido en arrendamiento.
- Para la suscripción del contrato de arrendamiento, el adjudicatario no requiere estar inscrito y habilitado en el RUP.
- Se aplican de forma supletoria las normas de la Ley de Inquilinato y del Código Civil.
- Corresponde al INCOP determinar el procedimiento y los requisitos que se deberán cumplir en estas contrataciones, para lo cual he expedido Resoluciones, entre ellas, 013-09, publicada en el Registro Oficial 557, del 26 de marzo de

2009, la 026-2009, publicada en el Registro Oficial 620, del 25 de junio de 2009 y la 041-2010, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 169, del 12 de abril de 2010.

5.4.- Contratos regidos por normas especiales

No todos los contratos administrativos en el Ecuador se rigen por la vigente LOSNCP la cual, como dije anteriormente, contiene el marco jurídico general hacia el que se deben enfocar las contrataciones. Sin embargo, hay varios tipos de contratos que tienen regímenes especiales y no en todos sus casos aplican la LOSNCP, entre los cuales tenemos:

- Contratos de concesión: dependiendo de la materia a la que se refieran, se rigen por la Ley de Modernización, Ley del Régimen del Sector Eléctrico, etcétera.
- Contratos petroleros: regidos por la Ley de Hidrocarburos.
- Contratos de Fideicomiso: se rigen por el Código Orgánico de Finanzas Pública, Ley de Mercado de Valores, Resoluciones del Consejo Nacional de Valores, Ley de Régimen Monetario, entre otras normas relacionadas.
- Contratos de Seguros: se rigen por Ley General de Seguros, su Reglamento y normativa dictada por la Superintendencia de Bancos y Seguros. En relación a esto, el INCOP ha expedido la Resolución número 006-2008, publicada en el Registro Oficial 445, del 14 de octubre de 2008.
- Contratos laborales del sector público: se rigen por la Ley Orgánica del Servicio Público y su Reglamento, salvo los obreros de las entidades del Estado que se rigen por el Código del Trabajo.

CAPÍTULO VI

ASPECTOS COLATERALES EN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

6.1.- La subcontratación

El Artículo 79 de la LOSNCP señala que el contratista podrá subcontratar la ejecución parcial del contrato con personas naturales o jurídicas registradas en el RUP, bajo su riesgo y responsabilidad.

Tratándose de subcontratación de consultoría, ésta sólo podrá realizarse para las actividades que expresamente se establezcan en los pliegos y que conste en la oferta adjudicada.

Las subcontrataciones no se las podrá realizar con personas inhabilitadas para contratar de acuerdo con esta Ley, ni podrán superar el treinta por ciento del monto del contrato reajustado.

Por la subcontratación, el contratista no pierde su responsabilidad respecto a la obligación de cumplimiento del contrato para con la entidad contratante, la que no asume responsabilidad principal ni solidaria o subsidiaria con el subcontratado y con su personal.

Acorde a lo señalado en el Artículo 120 del Reglamento a la LOSNCP, la entidad contratante deberá aprobar, por escrito, la subcontratación y en el caso de contratistas extranjeros, éstos se comprometerán a brindar capacitación y transferencia de tecnología a los subcontratistas nacionales que de preferencia serán pequeñas y micro empresas.

Vale decir que la subcontratación es la excepción frente a la regla, pues los contratos administrativos, por su naturaleza, no son transferibles a terceros, son *intuitu personae*,

de esto Marienhoff nos enseña que: ²⁴*“La subcontratación, para ser tenida como lícita, debe ser autorizada por la Administración Pública, sea en el o en los documentos que constituyan el texto del contrato o posteriormente por acto especial. Es frecuente que se autorice la sub-contratación, pues suele ser indispensable para que el cocontratante cumpla su obligación, ya que resulta difícil que una misma persona disponga de todos los elementos requeridos para el cumplimiento íntegro o total del contrato. Pero debe distinguirse “sub-contrato” de “cesión” del contrato”, la cual está expresamente prohibida por el Artículo 78 de la LOSNCP.*

6.2.- Régimen de garantías

En términos generales, decimos que una garantía constituye una obligación accesoria que garantiza el cabal cumplimiento de una obligación principal y, en consecuencia, aquella sigue la suerte de ésta. De por sí todas las personas capaces tenemos una garantía general de prenda, en virtud de la cual respondemos de nuestras obligaciones con nuestros bienes, acorde la teoría general que al respecto nos enseña el Derecho Civil.

En materia de contratación administrativa, la finalidad última de las garantías siempre será que se cumplan oportuna y cabalmente las obligaciones derivadas del contrato, por parte del contratista, teniendo su fundamento en la posición de superioridad de la administración dentro del contrato, que se plasma en las cláusulas exorbitantes, una de ellas, evidentemente la que impone la obligación de que se rindan garantías.

Pero la justificación de este régimen que es común dentro de la contratación administrativa, no es el simple poderío de la administración dentro de la ecuación contractual, sino más bien la delicada prudencia con la que se debe tratar a los dineros públicos con los que se ejecutan y financian las contrataciones administrativas, lo que torna en indispensable que la entidad contratante, en razón del interés general, se

²⁴ MARIENHOFF, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo IIIA, Cuarta Edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 319.

asegure de que las prestaciones que se satisfacen con recursos del Pueblo sean cumplidas de manera satisfactoria por el contratista.

Entonces, vemos que las garantías buscan cobijar los riesgos que eventualmente se produzcan por la inobservancia de las obligaciones a las que se encuentra sujeto el contratista, por lo cual, según la clase y tipo de contrato, se busca tener cubierto el buen uso de anticipos, la calidad de los materiales, el cumplimiento hegemónico del contrato, el respaldo técnico, el cobro de multas, las obligaciones con terceros, etcétera.

El Artículo 73 de la LOSNCP prevé las **formas** de garantías que podrán rendirse para los contratos administrativos, las mismas que resumo:

- Garantía incondicional, irrevocable y de cobro inmediato, otorgada por un banco o institución financiera establecidos en el país o por intermedio de ellos.
- Fianza instrumentada en una póliza de seguros, incondicional e irrevocable, de cobro inmediato, emitida por una compañía de seguros establecida en el país.
- Primera hipoteca de bienes raíces, siempre que el monto de la garantía no exceda del sesenta por ciento del valor del inmueble hipotecado, según el correspondiente avalúo catastral.
- Depósitos de bonos del Estado, de las Municipalidades y de otras instituciones del Estado, certificaciones de la Tesorería General de la Nación, cédulas hipotecarias, bonos de prenda, notas de crédito otorgadas por el Servicio de Rentas Internas, o valores fiduciarios que hayan sido calificados por el Directorio del Banco Central del Ecuador. Su valor se computará de acuerdo con su cotización en las bolsas de valores del país, al momento de constituir la garantía. Los intereses que produzcan pertenecerán al proveedor.
- Certificados de depósito a plazo, emitidos por una institución financiera establecida en el país, endosados por valor en garantía a la orden de la entidad

contratante y cuyo plazo de vigencia sea mayor al estimado para la ejecución del contrato.

De conformidad con el Artículo 117 del Reglamento a la LOSNCP, las formas de garantías señaladas podrán constituirse por combinación de ellas; la elección de la forma de garantía queda a opción de la entidad contratante, conforme se lo determine en los pliegos; todas las garantías asegurarán el total cumplimiento de las obligaciones pertinentes, debiendo constituirse en forma independiente para cada contratación; y, en todo proceso de contratación, las garantías se emitirán en dólares de los Estados Unidos de América, moneda de curso legal en nuestro país.

El Artículo 73 de la LOSNCP también dispone que no se exigirán garantías para los contratos referidos en el número 8 del Artículo 2 de la misma, esto es, aquellos contratos en los que intervengan entidades del Estado entre sí; con empresas con participación pública en más de un cincuenta por ciento; y, contratos celebrados con empresas en las que Estados de la comunidad internacional participen en un cincuenta por ciento o más.

Para hacer efectivas las garantías, la entidad contratante tendrá preferencia sobre cualquier otro acreedor, sea cual fuere la naturaleza del mismo y el título en que se funde su pretensión.

Las cartas bancarias y pólizas de seguro no admitirán cláusula alguna que establezca trámite administrativo previo, bastando para su ejecución, el requerimiento por escrito de la entidad beneficiaria de la garantía y cualquier cláusula en contrario, se entenderá como no escrita.

Ahora bien, la LOSNCP prevé tres tipos u objetos de cobertura que se deberán garantizar con una de las formas de garantías antes señaladas, estos son:

Garantía de fiel cumplimiento del contrato: el Artículo 74 de la LOSNCP señala que para seguridad del cumplimiento del contrato y para responder por las obligaciones que se contrajeren a favor de terceros, relacionadas con el contrato, el adjudicatario, antes o

al momento de la firma del contrato, rendirá garantías por un monto equivalente al cinco (5%) por ciento del valor de aquel.

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

En los contratos de obra o en la contratación de servicios no normalizados, si la oferta económica corregida fuese inferior al presupuesto referencial en un porcentaje igual o superior al diez por ciento de éste, la garantía de fiel cumplimiento deberá incrementarse en un monto equivalente al veinte por ciento de la diferencia entre el presupuesto referencial y la cuantía del contrato. En estos casos, tales diferencias sólo podran ser caucionadas mediante la entrega de: garantía bancaria, póliza de seguro o certificados de depósito a plazo, establecidas en en los números 1, 2 y 5 del Artículo 73 de la LOSNCP.

No se exigirá garantía de fiel cumplimiento en los contratos de compraventa de bienes inmuebles y de adquisición de bienes muebles que se entreguen al momento de efectuarse el pago.

Tampoco se exigirá esta garantía en los contratos cuya cuantía sea menor a multiplicar el coeficiente 0.000003 por el presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico.

Con cargo a la garantía de fiel cumplimiento se podrá efectivizar las multas que le fueren impuestas al contratista.

El Artículo 77 de la LOSNCP señala que la garantía de fiel cumplimiento del contrato se devolverá, en los contratos de ejecución de obras, al momento de la entrega recepción

definitiva, real o presunta; y, en los demás contratos, las garantías se devolverán a la firma del acta recepción única o a lo estipulado en el contrato.

Finalmente, a este respecto, de conformidad con el Artículo 119 del Reglamento a la LOSNCP, si en un contrato no se contempló inicialmente la entrega de la garantía de fiel cumplimiento, porque su cuantía era menor a multiplicar el coeficiente 0.000003 por el presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico, pero luego su valor se incrementare por la celebración de contratos complementarios, órdenes de trabajo o similares, se deberá, previo a la celebración del contrato complementario o de la orden de trabajo, obtener la garantía de fiel cumplimiento del contrato, considerando el monto total del contrato desde su celebración.

Garantía por el anticipo: el Artículo 75 de la LOSNCP determina que cuando por la forma de pago establecida en el contrato, la entidad contratante deba otorgar anticipos de cualquier naturaleza, sea en dinero, giros a la vista u otra forma de pago, el contratista para recibir el anticipo, deberá rendir previamente garantías por igual valor del anticipo, que se reducirán en la proporción que se vaya amortizando aquél o se reciban provisionalmente las obras, bienes o servicios.

Las cartas de crédito no se considerarán anticipo si su pago está condicionado a la entrega-recepción de los bienes u obras materia del contrato.

El monto del anticipo lo regulará la Entidad Contratante en consideración de la naturaleza de la contratación.

Acorde el Artículo 118 del Reglamento, la garantía de buen uso del anticipo se devolverá cuando éste haya sido devengado en su totalidad.

Garantía técnica para ciertos bienes: el Artículo 76 de la LOSNCP dice que 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 del fabricante,

representante, distribuidor o vendedor autorizado, la que se mantendrá vigente de acuerdo con las estipulaciones establecidas en el contrato.

Estas garantías son independientes y subsistirán luego de cumplida la obligación principal.

De no presentarse esta garantía, el contratista entregará una de las previstas en la LOSNCP por igual valor del bien a suministrarse, de conformidad con lo establecido en los pliegos y en el contrato.

Cualquiera de estas garantías entrará en vigencia a partir de la entrega recepción del bien; y, por su naturaleza, con respecto a una eventual devolución, se observarán las condiciones en las que se emite.

6.3.- Los anticipos

En este aspecto la vigente LOSNCP varió rotundamente frente a la derogada Codificación de la Ley de Contratación Pública, toda vez que, creo yo, al dejar a libre criterio de la entidad contratante el porcentaje de anticipo que se entregará, permite que se lleven a cabo procesos serios en los que no intervengan especuladores que buscan financiarse con ingentes entregas de anticipos para desviarlos para otros fines no previstos en el contrato, como ocurría en el pasado. Aún así, podría seguir ocurriendo lo dicho, sin embargo, la entidad deberá manejarse con prudencia para no incurrir en prácticas que permitan estas irregularidades y, así mismo, los órganos de control deben estar atentos a los desembolsos de anticipos que se entregan a los contratistas.

Al haber la posibilidad de entregar porcentajes bajos de anticipos, a mi modo de ver, se garantiza la seriedad del contratista quien ejecutará los trabajos con el profesionalismo requerido para poder acceder al cobro del precio íntegro.

El anticipo se termina constituyendo en un modo a través del cual la entidad le financia parcialmente la ejecución de los trabajos al contratista, pero cuyo uso debe ser

justificado a plenitud, so pena de no devolver la garantía de buen uso de tal anticipo o proceder a su ejecución.

En la LOSNCP se prevé, como lo vimos, en el segundo inciso del Artículo 75, que será la entidad contratante la que regule el monto del anticipo a entregarse, en consideración a la envergadura del contrato; y, en el Reglamento, la Disposición General Sexta dispone que el anticipo entregado con ocasión de un contrato de obra celebrado al amparo de la LOSNCP, será devengado proporcionalmente en las planillas presentadas hasta la terminación del plazo contractual inicialmente estipulado y constará de un cronograma que será parte del contrato.

6.4.- La fuerza mayor o caso fortuito: hecho del príncipe, teoría de la imprevisión

El Artículo 30 del Código Civil ecuatoriano señala que se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etcétera.

Las eventualidades de fuerza mayor y caso fortuito se encuentran reconocidas en la LOSNCP, por ejemplo, en las normas relativas a la contratación en situaciones de emergencia, en lo relativo a la ampliación del plazo de contratos integrales por precio fijo (último inciso, Artículo 53), en lo relativo a la terminación de mutuo acuerdo de los predichos contratos (tercer inciso, Artículo 55), en lo relativo a las terminaciones de mutuo acuerdo en las contrataciones en general (Artículo 93), en lo que respecta a las terminaciones unilaterales (Artículo 94), a las resoluciones contractuales (Artículo 95), entre otras, lo que nos deja ver que la contratación administrativa, al igual que la civil, reconoce como un atenuante para el cumplimiento oportuno de obligaciones las situaciones de fuerza mayor o caso fortuito.

Estas situaciones de fuerza mayor y caso fortuito tiene como consecuencia que se produzca un desbalance en la ecuación económica financiera del contrato, lo que debe ser corregido por la administración.

El contratista interviene en la relación contractual con el objeto de alcanzar un beneficio económico y, para ello, ²⁵*“soportar, a su propio costo y riesgo, el álea “normal” de toda negociación no así el álea “anormal”, cuyas consecuencia deben serle resarcidas o atenuadas (...) si para la Administración es vital la satisfacción de los intereses públicos, para el particular cocontratante el móvil del contrato es interés financiero.”*

Este desbalance en el equilibrio contractual se puede producir por un sinnúmero de circunstancias que, en muchos de los casos, constituyen eventos de fuerza mayor y caso fortuito que a los que la doctrina se ha referido con denominaciones especiales.

Hecho del príncipe: se produce cuando la ecuación económica financiera del contrato se ve alterada por una causa imputable al Estado, a la administración pública, y no necesariamente a la misma administración que intervino en la celebración del contrato administrativo de que se trate. El hecho del príncipe atañe al álea administrativa, más no al álea económica que atañe a la teoría de la imprevisión que comentaré luego.

El hecho del príncipe se encuentra vinculado a actos de la administración pública que afecten al contrato, actos que deberán ser de carácter general y no particular, pues en tal caso se estará ante una responsabilidad contractual del Estado, según enseña Marienhoff.

²⁶*“A raíz del acto lesivo emanado de cualquier órgano o repartición estatal perteneciente a un mismo orden jurídico (es decir, al orden nacional o al orden provincial), se trate o no de la autoridad pública que intervino en la celebración del contrato, el cocontratante puede requerir una reparación integral, invocando para ello la teoría del “hecho del soberano”.*

²⁵ MARIENHOFF, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo IIIA, Cuarta Edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 470.

²⁶ MARIENHOFF, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo IIIA, Cuarta Edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 477.

Los autores han denominado de varias maneras a esta teoría: “hecho del soberano”, “fuerza del príncipe” y “fait du Prince” en Francia.

Se podría encasillar el hecho del príncipe en acciones jurídicas o materiales (físicas), por medio de actos que impliquen una afectación de las cláusulas del contrato e incluso podría darse de manera negativa, por ejemplo, cuando el contratista contaba con la aplicación de determinada norma jurídica vigente a la época de celebración del contrato y luego, durante su ejecución, el Estado no aplicó dicha norma.

En los casos que se encasillen dentro del hecho del príncipe, la reparación al contratista debe ser integral.

Teoría de la imprevisión: según nos ilustra Marienhoff, la teoría de la imprevisión se diferencia del hecho del príncipe en que ésta atañe al álea administrativa del contrato, mientras aquella al álea económica. La teoría de la imprevisión se configura cuando situaciones extrañas al Estado y a la administración pública afectan la ecuación del contrato y se crea la mencionada álea económica. Para el autor referido, ²⁷*“Esta teoría, también llamada del “riesgo imprevisible”, o de “lesión sobreviniente”, es el medio que la ciencia jurídica proporciona para que, ante circunstancias extraordinarias o anormales e imprevisibles –posteriores a la celebración del contrato administrativo-, pero temporarias o transitorias, que alteran la ecuación económica-financiera de tal contrato, deteriorando dicha ecuación en perjuicio del cocontratante, éste pueda requerir la ayuda pecuniaria del Estado para obviar esa crítica situación y poder, así, cumplir o seguir cumpliendo el contrato.”*

Dentro de esta tesis, se sostiene que cuando se produzcan las afectaciones al equilibrio contractual por hechos ajenos al Estado (fluctuaciones del mercado, alza de precios de productos y mano de obra, desocupación, desvalorización en la moneda desastres naturales, etc), la reparación al contratista no será integral sino parcial, será una “ayuda”, pues el fundamento de la teoría de la imprevisión está dado con la finalidad de

²⁷ MARIENHOFF, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo IIIA, Cuarta Edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 501.

evitar o disminuir perjuicios, más no asegurar beneficios, es decir, toma en cuenta el daño emergente y no el lucro cesante.

6.5.- Reajuste de precios

El Artículo 82 de la LOSNCP contempla la posibilidad de que en los contratos de ejecución de obras, adquisición de bienes, prestación de servicios, cuya forma de pago corresponda al sistema de precios unitarios, y, además los contratos de consultoría, tengan un sistema de reajuste de precios, que no es más que un mecanismo que busca la preservación de la ecuación económica del contrato que se puede ver afectada durante su ejecución por diversas causas, entre éstas, la inflación.

Los reajuste de precios se ejecutan a través de fórmulas, mecanismos y caracteres que se desarrollan en el Capítulo VII, del Título IV del Reglamento a la LOSNCP.

El Artículo 84 de la LOSNCP dice que para la aplicación de las fórmulas de reajuste, los precios e índices de precios serán proporcionados por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INEC), mensualmente, dentro de los diez días del mes siguiente, de acuerdo con su propia reglamentación y que para estos efectos el INCOP mantendrá permanente coordinación con el INEC.

Sin perjuicio de lo dicho, si por la naturaleza del contrato, el INEC no pudiere proporcionar los precios e índices de precios, la respectiva entidad solicitará al INEC la calificación de aquellos, tomándolos de publicaciones especializadas, en cuyo caso el INEC, en el término de cinco días contado desde la recepción de la solicitud, calificará la idoneidad de los precios e índices de precios de dichas publicaciones especializadas propuestas.

En caso de que dicho instituto no lo haga en el término señalado, se considerarán calificados tales precios e índice de precios, para efectos de su inclusión en la fórmula polinómica, bajo la responsabilidad de la entidad.

Lo importante aquí es ver que el Estado, a través de una disposición de orden legal, reconoce que el equilibrio económico contractual se puede ver afectado y, para ello, dispone de una solución justa y equitativa.

6.6.- Contratos complementarios

El Artículo 85 de la LOSNCP establece que en el caso de que fuere necesario ampliar, modificar o complementar una obra o servicio determinado por causas imprevistas o técnicas, debidamente motivadas, presentadas con su ejecución, la entidad contratante podrá celebrar con el mismo contratista, sin licitación o concurso, contratos complementarios que requiera la atención de las modificaciones antedichas, siempre que se mantengan los precios de los rubros del contrato original, reajustados a la fecha de celebración del respectivo contrato complementario.

Por su parte, el Artículo 86 de la LOSNCP dispone que si para la adecuada ejecución de una obra o prestación de un servicio, por motivos técnicos, fuere necesaria la creación de nuevos rubros, podrá celebrarse contratos complementarios (hasta un máximo del 35% del contrato principal) y que para el pago de los rubros nuevos se estará a los precios referenciales actualizados de la entidad contratante, si los tuviere; caso contrario, se los determinará de mutuo acuerdo entre las partes.

En el Artículo 87 de la LOSNCP se expresa que la suma total de las cuantías de los contratos complementarios (salvo consultoría y contratos de hidrocarburos) no podrá exceder del treinta y cinco por ciento del valor actualizado o reajustado del contrato principal a la fecha en que la entidad contratante resuelva la realización del contrato complementario. La actualización se hará aplicando la fórmula de reajuste de precios que consten en los respectivos contratos principales.

En lo que respecta a los contratos de consultoría, los contratos complementarios no podrán exceder del setenta por ciento del valor actualizado o reajustado del contrato principal.

El contratista siempre deberá rendir garantías adicionales de conformidad con lo que para el efecto dispone la LOSNCP; en los contratos complementarios se podrá contemplar el pago de anticipos en la misma proporción prevista en el contrato original; no procede la celebración de contratos complementarios para los de adquisiciones de bienes; y, en todos los casos, en forma previa a la suscripción de los contratos complementarios, se requerirá la verificación presupuestaria correspondiente.

No se requerirán contratos complementarios si al ejecutarse la obra de acuerdo con los planos y especificaciones del contrato se establecieren diferencias entre las cantidades reales y las que constan en el cuadro de cantidades estimadas en el contrato, en cuyo caso será factible pagar hasta el veinticinco (25%) por ciento del valor reajustado del contrato, siempre que no se modifique el objeto contractual. A este efecto, bastará dejar constancia del cambio en un documento suscrito por las partes, pero si se sobrepasa el mencionado porcentaje será necesario tramitar un contrato complementario, todo esto, de conformidad con el Artículo 88 de la LOSNCP.

Es procedente también, acorde al Artículo 89 de la LOSNCP, que la entidad contratante disponga, durante la ejecución de la obra, hasta del diez 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, pero tales recursos deberán estar presupuestados. Para el uso de la modalidad de costo más porcentaje, según lo dispone el Artículo 45 del Reglamento, 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.
- 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.

6.7.- Administración del contrato

El Artículo 80 de la LOSNCP establece que el supervisor y el fiscalizador del contrato son responsables de tomar todas las medidas necesarias para su adecuada ejecución, con estricto cumplimiento de sus cláusulas, programas, cronogramas, plazos y costos previstos, responsabilidad que se extiende al ámbito administrativo, civil y penal, según corresponda. **Se les atribuye una responsabilidad conjunta en la administración del contrato.**

El Artículo 121 del Reglamento a la LOSNCP señala que en todo contrato, la entidad contratante designará de manera expresa un administrador del mismo quien velará por el cabal y oportuno cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones derivadas del contrato y adoptará las acciones que sean necesarias para evitar retrasos injustificados e impondrá las multas y sanciones a que hubiere lugar.

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

El Artículo 70 de la LOSNCP aclara un poco más la figura de la administración del contrato y señala que los contratos contendrán estipulaciones específicas relacionadas con las funciones y deberes de los administradores del contrato, así como de quienes ejercerán la supervisión o fiscalización. Entonces, vemos que son tres figuras distintas: fiscalizador, supervisor y administrador.

6.8.- Adjudicatarios fallidos y contratistas incumplidos

El Artículo 35 de la LOSNCP establece que si el adjudicatario o los adjudicatarios no celebraren el contrato por causas que les sean imputables, la máxima autoridad de la entidad, declarará fallido al oferente o a los oferentes y notificará de esta condición al INCOP.

El adjudicatario fallido será inhabilitado del RUP por el plazo de tres años, tiempo durante el cual no podrá contratar con las Entidades Contratantes previstas en esta Ley.

Esta es una sanción a la eventual falta de seriedad de los oferentes que intervienen en los procedimientos precontractuales.

De su lado, el Artículo 98 de la LOSNCP se refiere a los contratistas incumplidos y señala que serán suspendidos en el RUP por cinco años.

Como lo dije en otro apartado, el INCOP ha expedido un procedimiento administrativo para el registro de adjudicatarios fallidos y contratistas incumplidos, mediante Resolución número 046-2010, publicada en Registro Oficial 322, del 17 de noviembre de 2010.

6.9.- Recepciones

El Artículo 81 de la LOSNCP señala que en los contratos de adquisición de bienes y de prestación de servicios, incluidos los de consultoría, existirá **una sola recepción**, que se producirá de conformidad con lo establecido en el contrato y tendrá los efectos de recepción definitiva y que producida la recepción se devolverán las garantías otorgadas, a excepción de la garantía técnica.

En los contratos de ejecución de obra, así como en los contratos integrales por precio fijo existirán una **recepción provisional y una definitiva**.

Sin perjuicio de lo señalado, en las contrataciones en que se pueda receptor las obras, bienes o servicios por etapas o de manera sucesiva, podrán efectuarse recepciones parciales.

También existe la figura de la recepción presunta o de pleno derecho, en los casos en los que ante la solicitud del contratista, la entidad contratante no formule ningún pronunciamiento ni inicie la recepción dentro del término de diez días previsto en el Artículo 122 del Reglamento, se considerará que tal recepción se ha efectuado de pleno derecho, para cuyo efecto un Juez de lo Civil o un Notario Público, a solicitud del contratista notificará que dicha recepción se produjo.

En las actas de entrega recepción deberá constar la liquidación económica del contrato, sobre la cual el Artículo 125 del Reglamento dice que se dejará constancia de lo ejecutado, se determinarán los valores recibidos por el contratista, los pendientes de pago o los que deban deducirse o deba devolver por cualquier concepto, aplicando

los reajustes correspondientes; podrá también procederse a las compensaciones a que hubiere lugar; la liquidación final será parte del acta de recepción definitiva.

Los valores liquidados deberán pagarse dentro de los diez días siguientes a la liquidación, vencido el término causarán intereses legales y los daños y perjuicios que justificare la parte afectada.

Por último, sobre las actas de entrega-recepción, el Artículo 124 del Reglamento establece que las de recepción provisional, parcial, total y definitivas serán suscritas por el contratista y los integrantes de la Comisión designada por la máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado conformada por el administrador del contrato y un técnico que no haya intervenido en el proceso de ejecución del contrato.

Se señala también que las actas contendrán los antecedentes, condiciones generales de ejecución, condiciones operativas, liquidación económica, liquidación de plazos, constancia de la recepción, cumplimiento de las obligaciones contractuales, reajustes de precios pagados, o pendientes de pago y cualquier otra circunstancia que se estime necesaria.

En las recepciones provisionales parciales, se hará constar como antecedente los datos relacionados con la recepción precedente; y, última recepción provisional incluirá la información sumaria de todas las anteriores.

CAPÍTULO VII

TERMINACIÓN Y NULIDAD DE LOS CONTRATOS

7.1.- Antecedentes

De manera ortodoxa u ordinaria, los contratos administrativos deben culminar con su total y oportuna ejecución, alcanzándose así el objetivo de la administración de satisfacer las necesidades colectivas y del contratista de obtener un rédito económico por su trabajo.

Sin embargo, existen varias circunstancias que se pueden ir presentando durante la ejecución de un contrato, que traen como consecuencia la terminación anormal del mismo.

Escola sostiene que el contrato administrativo, si bien es cierto se encuentra plagado de prerrogativas especiales a favor de la administración, las mismas no alcanzan para que pierda su naturaleza de constituir la ley de las partes intervinientes en el mismo, ya que las obliga con idéntica fuerza con la que se obligan quienes concurren a celebrar un contrato privado, eso sí, destacando que la diferencia entre los contratos públicos y los privados, radica en este aspecto, en la flexibilidad y mutabilidad de los términos del contrato administrativo, la cual está dada principalmente por la finalidad de esa clase de contratos que es el interés público. Sin embargo, la mutabilidad señalada, dice Escola ²⁸*“queda restringida a límites reducidos, ya que lo estipulado por las partes en el contrato administrativo debe respetarse en su esencia, de modo que no resulten alterados el objeto y el contenido de la convención celebrada”*.

En el Ecuador la situación no es muy distinta al criterio expuesto por Escola. Así, el Artículo 1561 del Código Civil establece que *“Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.”*, norma que le da categoría de ley a los contratos, entre las partes intervinientes en ellos. De manera concordante con el Artículo 1561 del Código Civil, el número 2, del Artículo 11 de la Constitución de la República pregonan la igualdad de las personas (incluyendo la igualdad ante la Ley), sin distinción alguna (ni aún si se trata de un ente público o privado), por lo cual, si tenemos que los contratos son ley para las partes y todas las personas son iguales ante la ley, podemos concluir que los contratos administrativos en el Ecuador son una ley tanto para la administración como para el privado que concurren a celebrarlo, sin perjuicio de las prerrogativas especiales que tenga a su favor la administración.

²⁸ ESCOLA, Héctor, *Tratado Integral de los Contratos Administrativos*, Volumen I, Parte General, p. 374.

Lo dicho no es más que el desarrollo del principio de Derecho Romano que se refiere al ***contractus lex***, el cual estatuye que las estipulaciones de un contrato son ley para las partes y única y exclusivamente puede ser invalidadas por causas establecidas en el mismo contrato o en la Ley, lo que se armoniza con el principio de legalidad que rige al derecho público de forma general y a la contratación administrativa de forma particular.

En tal virtud, la regla general es que el contrato, al ser ley para las partes, no puede ser invalidado, salvo las excepciones (causas) legales que el ordenamiento jurídico prevé.

7.2.- Causas de terminación

De conformidad con el Artículo 92 de la LOSNCP, los contratos terminan:

- Por cumplimiento de las obligaciones contractuales.
- Por mutuo acuerdo de las partes.
- Por sentencia o laudo ejecutoriados que declaren la nulidad del contrato o la resolución del mismo a pedido del contratista.
- Por declaración unilateral de la entidad contratante, en caso de incumplimiento del contratista.
- 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.

7.2.1.- Cumplimiento de obligaciones: como lo refería, esta es la forma normal y correcta en la que deberían culminar los contratos, viéndose de este modo satisfechas las necesidades de parte y parte. Bajo este esquema, se entiende que las obligaciones cumplidas fueron la ejecución del objeto contractual, en el plazo y forma prevista en el contrato, de parte del contratista; y, el pago oportuno y en la forma convenida en el

contrato, por el lado de la entidad contratante. No habrá cumplimiento de obligaciones si una de las partes no ha ejecutado las que le corresponden.

El cumplimiento de las obligaciones, como lo vimos con anterioridad, debe quedar plasmado en actas de entrega recepción que reflejen la realidad de la extinción de las obligaciones.

7.2.2.- Mutuo acuerdo

El Artículo 93 de la LOSNCP establece que la terminación de un contrato por mutuo acuerdo procede cuando por circunstancias imprevistas, técnicas o económicas, o causas de fuerza mayor o caso fortuito, no fuere posible o conveniente para los intereses de las partes, ejecutar total o parcialmente, el contrato, pudiendo, en consecuencia, acordar la extinción de todas o algunas de las obligaciones contractuales, en el estado en que se encuentren.

La terminación por mutuo acuerdo no implicará renuncia a derechos causados o adquiridos en favor de la entidad contratante o del contratista; dejando eso sí claro la Ley que dicha entidad no podrá celebrar contrato posterior sobre el mismo objeto con el mismo contratista.

Vemos entonces que las causales para que se puedan dar por terminadas las obligaciones contractuales por mutuo acuerdo deben ser las específicamente señaladas en la Ley, de las que podemos observar se refieren básicamente a eventos de fuerza mayor o caso fortuito.

En materia civil la terminación de un contrato por mutuo acuerdo se denomina resciliación, la cual tiene como característica principal el ejercicio de la plena autonomía de la voluntad de las partes, en tanto y en cuanto con dicha resciliación no se encuentre prohibida por la Ley ni perjudique a terceros. En la materia que nos ocupa es a la inversa, como señalé, en aplicación del principio de legalidad, sólo se podrá acordar una terminación de mutuo acuerdo, en el caso de que la causa esté expresamente prevista en la Ley.

La terminación por mutuo acuerdo siempre será anterior a que fenezca la ejecución del contrato, pues en éste último caso estaríamos ante la terminación por cumplimiento de las obligaciones.

7.2.3.- Unilateral: mora purga la mora, revocatoria de la declaratoria de terminación unilateral

La terminación unilateral y anticipada de un contrato procede, de conformidad con el Artículo 94 de la LOSNCP, en los siguientes casos:

- Por incumplimiento del contratista.
- Por quiebra o insolvencia del contratista;
- Si el valor de las multas supera el monto de la garantía de fiel cumplimiento del contrato.
- Por suspensión de los trabajos, por decisión del contratista, por más de sesenta días, sin que medie fuerza mayor o caso fortuito.
- Por haberse celebrado contratos contra expresa prohibición de la LOSNCP.
- En los demás casos estipulados en el contrato, de acuerdo con su naturaleza.
- Por circunstancias técnicas o económicas imprevistas o de caso fortuito o fuerza mayor, debidamente comprobadas, siempre que el contratista no hubiere accedido a terminar de mutuo acuerdo el contrato. En este caso, no se ejecutará la garantía de fiel cumplimiento del contrato ni se inscribirá al contratista como incumplido. En este caso, el contratista tiene la obligación de devolver el monto del anticipo no amortizado en el término de treinta días de haberse notificado la terminación unilateral del contrato en la que constará la liquidación del anticipo, y en caso de no hacerlo en término señalado, la entidad procederá a la ejecución de la garantía de buen uso del anticipo por el monto no devengado. El no pago

de la liquidación en el término señalado, dará lugar al pago de intereses desde la fecha de notificación, intereses que se imputará a la garantía de fiel cumplimiento del contrato.

La terminación unilateral y anticipada del contrato, por decisión de la entidad contratante, no es más que el reflejo del poder y autotutela que tiene la administración, en virtud de las cláusulas exorbitantes que le permiten “hacerse justicia por mano propia” sin necesidad de acudir a la Función Judicial.

Para garantizar el debido proceso, la administración se encuentra en la obligación de seguir un procedimiento previo a resolver la terminación unilateral, el cual se encuentra previsto en el Artículo 95 de la LOSNCP y dispone que antes de proceder a la terminación unilateral, la entidad contratante notificará al contratista, con la anticipación de diez días término, sobre su decisión de terminarlo unilateralmente y que junto con la notificación, se remitirán los informes técnico y económico, referentes al cumplimiento de las obligaciones de la entidad contratante y del contratista.

Dice la Ley que esta notificación señalará específicamente el incumplimiento o mora (la mora de por sí es un incumplimiento) en que ha incurrido el contratista y le advertirá que de no remediarlo en el término señalado, se dará por terminado unilateralmente el contrato.

Si el contratista no justificare la mora o no remediare el incumplimiento **(Son pocas las veces que la administración, ante los descargos del contratista, accede a dar marcha atrás a su decisión de terminar unilateralmente el contrato)** en el término concedido, la entidad contratante podrá dar por terminado unilateralmente el contrato, mediante resolución de la máxima autoridad de la entidad contratante, que se comunicará por escrito al contratista y se publicará en el portal.

Esta resolución no se suspenderá por la interposición de reclamos o recursos administrativos, demandas contencioso administrativas, arbitrales o de cualquier tipo o de acciones de amparo (de protección) de parte del contratista.

Los contratistas no podrán aducir que la entidad contratante está en mora del cumplimiento de sus obligaciones económicas en el caso de que el anticipo que les fuere entregado en virtud del contrato no se encontrare totalmente amortizado. Sólo se aducirá mora en el cumplimiento de las obligaciones económicas de la entidad contratante cuando esté amortizado totalmente el anticipo entregado al contratista, y éste mantenga obligaciones económicas pendientes de pago. Esta disposición plasma el principio universal del Derecho Civil que nadie está en mora de cumplir una obligación, mientras de su lado, la contraparte en determinada relación jurídica, tampoco ha cumplido con su obligación correlativa, principio que en el argot jurídico es conocido como **“la mora purga la mora”**, al cual me referiré en líneas posteriores.

Este principio consta en el Código Civil ecuatoriano, en el Artículo 1568, que figura dentro del Título XII, “De los Efectos de las Obligaciones”, del Libro IV, “De las Obligaciones y los Contratos”, señalando que en los contratos bilaterales ninguna de las partes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras la otra no lo cumple por su parte o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos.

Asimismo, este principio originario del Derecho Civil estuvo plasmado en la Codificación de la Ley de Contratación Pública ecuatoriana (derogada por la LOSNCP), en el segundo inciso del Artículo 105, y establecía, para los casos de notificación de la entidad contratante con la voluntad de dar por terminado el contrato unilateralmente, que si el contratista no justificaba la mora o no remediaba el incumplimiento en el plazo concedido por la entidad, ésta podía dar por terminado unilateralmente el contrato, mediante resolución de la máxima autoridad, pero con la salvedad de que la entidad contratante no podía ejercer este derecho si se encontraba en la situación prevista en el artículo 1595 del Código Civil, es decir, el actual Artículo 1568 referido en líneas precedentes.

Ahora, como vimos, con relación al principio en mención, la LOSNCP, señala que los contratistas no pueden aducir que la entidad contratante está en mora del cumplimiento de sus obligaciones económicas en el caso de que el anticipo que les

fuere entregado en virtud del contrato no se encontrare totalmente amortizado y que sólo se podrá alegar mora en el cumplimiento de las obligaciones económicas de la entidad contratante cuando esté amortizado totalmente el anticipo entregado al contratista, y éste mantenga obligaciones económicas pendientes de pago.

La excepción de contrato no cumplido es una institución del Derecho Civil de remoto origen romano. Se encuentra presente y en pleno desarrollo, sin perjuicio de lo cual muy pocas legislaciones la consagran en forma expresa, sino más bien en normas dispersas o aisladas. Su principio rector es que “el deudor puede negarse a cumplir su obligación, mientras su acreedor no le cumpla a él lo que le debe, o se demuestre llano a hacerlo.”.

Esta institución del derecho civil, le es aplicable únicamente, por obvias razones, a los contratos bilaterales. Los civilistas han afirmado que mediante esta excepción, que también la han llamado de “incumplimiento o de deuda del reclamante”, el deudor obtiene la seguridad de que a su turno se le cumplirá. Por esto, han dicho, se viene a constituir en una garantía de cumplimiento. Así mismo, se ha dicho que deviene en una especie de autotutela, pues el deudor puede legítimamente dejar de cumplir su obligación o, en algunos casos, negarse a la restitución o entrega de una cosa, sin ulteriores responsabilidades para él, pero, además, se le da la tutela de permitir oponer la excepción correspondiente.

Pues bien, la excepción de contrato no cumplido o “exceptio non adimpleti contractus”, es la que corresponde al deudor, como se mencionó, en todo contrato bilateral, para negarse a cumplir su obligación mientras la otra parte no cumpla o se allane a cumplir la suya.

Se ha sostenido que su justificación es la causa: si no se cumple una obligación, la de la otra parte deja de tener causa, y por ello ésta puede negarse a cumplirla. Sin embargo, quienes objetan lo dicho, con fundamento, en mi criterio, dicen que la causa

existió al tiempo de celebrarse el contrato, y es un requisito de validez del acto en sí mismo, más no del cumplimiento de la obligación.

Los civilistas concuerdan en la equidad de la institución, pues no es justo que una de las partes se vea obligada a cumplir con su obligación, y a perseguir por otro juicio el cumplimiento de la suya. En este sentido, se podría decir que la excepción de contrato no cumplido tiene su fundamento en un principio de carácter más general en el Derecho: no puede exigirse lo que no se está dispuesto a dar. La buena fe tiene que presidir el Derecho, y evidentemente no la tiene el acreedor en esa circunstancia.

La excepción de contrato no cumplido se la puede hacer valer cualquiera que sea la forma en que se esté exigiendo el cumplimiento: judicial o extrajudicial.

Judicialmente el deudor podrá oponerla a una demanda de cumplimiento forzado, de indemnización de perjuicios, o de resolución.

En cierto modo, la excepción de contrato no cumplido se asemeja con la compensación porque también se niega un cumplimiento en razón de una deuda del demandante. Sin embargo, sus diferencias son conceptuales: la compensación es un modo de extinguir la obligación, economizando un doble pago, y equivale al cumplimiento, mientras que la *exceptio non adimpleti contractus* tiende únicamente a paralizar la acción contraria. Además, en el caso de la excepción de contrato no cumplido, se trata de obligaciones emanadas de un mismo contrato, que debe ser bilateral, y normalmente de distinta naturaleza, mientras que en la compensación las obligaciones entre las partes han de tener distinta causa, deben, en cambio, ser de igual naturaleza.

La excepción de contrato no cumplido, como quedó dicho, reconoce su origen en la *exceptio doli* del Derecho Romano, pero en él no tuvo desarrollo; éste corresponde a los canonistas y glosadores.

Los requisitos que reconoce la doctrina para oponer la excepción de contrato no cumplido son:

- Se aplica en los contratos bilaterales: así lo señala el Artículo 1568 del Código Civil, por ello, por ejemplo, no es aceptada en la donación u otros contratos unilaterales. En los contratos bilaterales no es exclusiva en la compraventa, sin perjuicio que es en la que más ha tenido aplicación y a la que más le ha dedicado la jurisprudencia y el legislador. De tal manera, procede en el arrendamiento, en la promesa de venta y en los contratos que celebran las instituciones del Estado, sea de obra, de servicios o provisión de bienes.
- Es necesario que la contraparte contra quien se opone la excepción no haya cumplido ni se allane a cumplir alguna obligación emanada del mismo contrato.
- Es necesario que la obligación del acreedor contra quien se opone la excepción sea exigible.
- Requisito indispensable es la buena fe del que opone la excepción: esto es de la esencia de la institución. Con esta exigencia se evita que la excepción se transforme en una herramienta del deudor para retardar o eludir su propio cumplimiento. Por eso, no podrá oponerse frente a incumplimientos insignificantes, como si un comprador pretendiera negarse a pagar el precio por la compra de una cosa porque una llave gotea, ni tampoco si ellos no son imputables al acreedor.

Uno de los más grandes problemas que se han presentado con relación a la aplicación de esta excepción, está dado por la determinación de a quién corresponde probar que se da o no la circunstancia que permite oponer la excepción, es decir, si hay una obligación no cumplida por parte del acreedor demandante, si a éste, por tratarse de

uno de los presupuestos que hacen posible su pretensión, o al deudor, a quien corresponde probar los presupuestos de su excepción.

Predomina la tendencia a que sea el deudor a quien le corresponda probar los presupuestos de la excepción que opone.

Existe una variante de la excepción de contrato no cumplido y es la *exceptio non rite adimpleti contractus*, esto es, del cumplimiento no perfecto, ha pagado de manera parcial o en forma defectuosa. En un caso de excepción de contrato no cumplido no existe cumplimiento, en la non rite lo hay, pero parcial o defectuoso.

La excepción de contrato no cumplido tiene un efecto meramente paralizador; mediante ella el deudor impide que se lo force a cumplir mientras su contraparte no lo haga a su vez, pero no le sirve directamente para obtener el cumplimiento recíproco. Indirectamente se fuerza al acreedor a cumplir a su vez, a fin de obtener su propio pago; ahí está la garantía, y puede significar un verdadero privilegio para el que se asila en ella, al abstenerse de cumplir su obligación, no tiene necesidad de concurrir a la quiebra para cobrar lo que a su turno le deben, con el riesgo consiguiente de no conseguirlo.

La excepción de contrato no cumplido es patrimonial, por tanto, es transmisible y renunciable. Lo de irrenunciable es discutible respecto de si procede en el mismo contrato, pues importa una limitación a las defensas del demandado en el futuro proceso.

Pues bien, habiendo analizado la institución de la excepción de contrato no cumplido, pasaremos a comentar la **aplicación que tiene la misma en la contratación administrativa.**

Se ha dicho que en el Derecho Privado, en los contratos bilaterales, una de las partes no puede exigir el cumplimiento de las obligaciones que pesan sobre la otra, si ella, a su vez, no ha cumplido las que el contrato puso a su cargo. Es así pues, que las obligaciones de las partes son correlativas, y, por ello, que se consideró injusto que una de las partes pretenda que la otra parte cumpla sus obligaciones si ella, a su vez, no hubiere cumplido las que le correspondan.

De tal manera, se ha señalado también que la “exceptio non adimpleti contractus” tiene, pues, como razón de ser la necesidad de evitar una injusticia. Dicha noción es fundamental, según los tratadistas, y jamás debiera ser olvidada, porque la idea de “justicia” debe presidir toda solución jurídica, ya se trate de una relación perteneciente al derecho privado o al derecho público. Aparte de ello, es menester tener en cuenta que en los contratos administrativos bilaterales, las obligaciones de ambas partes son asimismo correlativas o interdependientes, pues tales contratos también son una ley para los contratantes.

Las grandes preguntas que pretendo responder con este breve análisis son:

- ¿Tiene aplicación la excepción de contrato no cumplido en materia de contratación pública, stricto sensu?
- ¿Puede el contratista invocar dicha excepción en el supuesto de que la Administración Pública, a pesar de no haber cumplido ella con sus obligaciones (como no pagar en el tiempo estipulado en el contrato), pretenda que el cocontratante cumpla sus obligaciones e incluso que las cumpla dentro de los plazos respectivos?

Muchos tratadistas simplemente rechazan la aplicación de la excepción de contrato no cumplido en materia de contratos administrativos, cualquiera que sea el incumplimiento en el que haya incurrido la Administración Pública, aceptando sólo que en tales

supuestos al cocontratante le corresponda el derecho de pedir judicialmente la condena al pago de daños y perjuicios, y, otros tratadistas, refiriéndose únicamente a los servicios públicos, dicen que la excepción no es aplicable porque afectaría la continuidad de dichos servicios. Sin embargo gran parte de la doctrina jurídico administrativa es unánime al señalar que el incumplimiento de sus obligaciones por parte de la administración sí autoriza, en ciertos supuestos, al contratista para invocar la exceptio non adimpleti contractus.

Concuerdo con este último criterio y dejo sentada mi opinión que básicamente se sintetiza en que cuando el incumplimiento en que incurra el Estado fuere de tal magnitud que de manera razonable imposibilite al contratista el cumplimiento de sus obligaciones, el incumplimiento del contrato por parte del cocontratante debe considerarse como un derecho de éste, pues el hecho de la administración que impide que el contratista cumpla su obligación se asemejaría a la fuerza mayor, y ésta le sirve al contratista para estar exento de cumplimiento, con lo cual la obligación del contratista de cumplir el contrato aunque la administración pública no lo cumpla cesa por completo.

Aquellos que sostienen que el contratista debe cumplir con el contrato a pesar de un grave incumplimiento del Estado, puede colocar al primero en una situación de gravedad tal que implicaría una virtual violación a principios esenciales de derecho, pues ello se traduciría en el sacrificio de los intereses de una persona determinada (el contratista) bajo el sofisma de que se protege el interés público, sofisma que en tal caso podría, eventualmente, llevar a la ruina económica del contratista, situación en la que éste podría verse colocado ante una prolongada falta de pago por parte de la Administración Pública, de sumas considerables en relación al tipo de contrato y al capital del contratista. **Las cláusulas exorbitantes no habilitan la mora de la administración.** El contratista no puede, por ejemplo, en el evento de una larga morosidad de pago por parte del Estado, ser constreñido a cumplir igualmente el contrato, por cuanto ello implicaría obligarlo a que actúe como financiador de las obras estatales, lo que obviamente no se convendría jamás implícita ni implícitamente en un contrato administrativo; por tanto, obligarlo a ello, sería exigirle que cumpla con

obligaciones que él no asumió, lo cual carecería de todo fundamento jurídico y de toda base ética. Los deberes de un contratista responsable no implican el asumir las consecuencias del prolongado incumplimiento de los pagos por parte de la Administración Pública, ya que dichas consecuencias excederían, y por mucho, los deberes del más de los diligentes contratistas.

La excepción de contrato no cumplido podrá, pues, alegarse por el contratista cuando el comportamiento o actitud de ésta le cree una situación de hecho que prácticamente le impida cumplir el contrato. Así podría ocurrir, por ejemplo, ante la falta de pago en tiempo oportuno por parte del Estado.

A pesar de todo lo expresado, un contratista no podrá alegar la excepción de contrato no cumplido cuando se trate de una dificultad menor o una “mera desinteligencia” entre él y la administración, cuyos resultados no tengan como razonable consecuencia impedirle el cumplimiento de sus propios deberes contractuales.

Adicionalmente, para la procedencia de la excepción de contrato no cumplido es menester que el incumplimiento de las obligaciones por parte de la administración le sea jurídicamente imputable a esta última, ya que caso contrario tal defensa no sería admisible. Un ejemplo de lo dicho sería si el incumplimiento de la administración se diera por una situación de fuerza mayor, o consecuencia de un hecho propio del contratista.

Como he mencionado, la situación generada por la administración que le impida al contratista cumplir sus obligaciones contractuales, no quedaría configurada ante el simple atraso “tolerable” en los pagos sino únicamente el atraso “grosero”, de elevada cuantía y de largo tiempo, que aparece fuera del curso normal de cualquier negocio entre personas respetuosas de los derechos de los otros y de la responsabilidad que se contrae con la firma de un contrato, dejando sentado que los incumplimientos de la entidad contratante no pueden verse tampoco limitados únicamente a factores

económicos, pues pueden presentarse diversos factores que no tengan a relación a falta de pagos, pero que sin embargo, pudieren ser considerados como incumplimientos de la administración.

En conclusión, el atraso grosero y prolongado de la administración en el pago al contratista, o cualquier otra clase de incumplimiento que se configure en forma tal, que el mismo le cree a éste una imposibilidad de cumplir el contrato, exime al contratista de tal cumplimiento, porque de lo contrario ese esfuerzo que se le exigiría se encontraría fuera de sus obligaciones contractuales y obligarlo a cumplir carecería de fundamento jurídico. El interés público no es título hábil para aprovecharse de alguien, ni para poner a cargo de una persona obligaciones carentes de base jurídica. El incumplimiento al que recurriera el contratista, no le acarrearía responsabilidad alguna, sería un incumplimiento sin responsabilidad porque **la mora purga la mora**.

Así como hemos dicho que el contratista bajo las circunstancias de un real incumplimiento del Estado puede hacer uso de la excepción de contrato no cumplido, la administración también puede, de así estimarlo, invocar y poner en juego dicha excepción. No habría fundamento para decir lo contrario. Es una obvia facultad correspondiente a todo contratante en los contratos bilaterales, incluyendo a la Administración Pública.

En la LOSNCP se limita la posibilidad del contratista para oponer la excepción de contrato no cumplido, a un factor meramente económico, con el que no estoy de acuerdo, pues se señala que únicamente se podrá alegar la excepción referida, en el evento de que se haya amortizado la totalidad del monto entregado como anticipo.

Dicha concepción de la ley parte de una hipótesis equivocada y que concibe de manera implícita que la única manera en que la entidad estatal contratante puede incurrir en un incumplimiento sería por una falta de pago, lo cual, en mi criterio, es limitado y erróneo, ya que existen un sinnúmero de situaciones adicionales que pudieran presentarse

dentro de una relación jurídico contractual administrativa, en las que la entidad contratante pudiera ser considerada en mora de sus obligaciones, tales como la no entrega de estudios, planos, expropiaciones, permisos municipales, etcétera, situaciones que no se reducen a lo económico y cuya responsabilidad le puede ser atribuida perfectamente a las entidades contratantes.

Con la concepción actual, pregunto ¿Qué pasa si en efecto un contratista no ha amortizado la totalidad del monto entregado como anticipo, pero sin embargo, no puede continuar con una obra porque el Estado no dicta una resolución expropiando determinada propiedad por donde pasa la obra? Por más que se encuentre entero el anticipo, el contratista no puede hacer nada porque es fundamental atravesar la propiedad no expropiada aún; y, en el evento de que la entidad contratante desee compeler al contratista a la continuación de la obra, o, en su defecto, terminará unilateralmente el contrato, el contratista no podría, bajo la tesis de la Ley vigente, alegar mora del Estado porque aún no se ha amortizado el anticipo. Sería absurdo e injusto.

Por último, quisiera referirme a la posibilidad de que la administración **revoque y deje sin efecto una resolución de terminación unilateral y anticipada del contrato.**

La terminación unilateral de un contrato público es una resolución administrativa que se encuentra plasmada en un **acto administrativo.** Por regla general, los actos administrativos pueden reformarse o revocarse por la misma autoridad que lo dictó en vía administrativa. La revocatoria puede darse por motivos de legitimidad (transgresiones a las normas jurídicas al dictarse) o por razones de oportunidad (caso en el cual si bien es cierto se considera que fue dictado conforme a Derecho, procede su revocación por existir intereses superiores de la colectividad de por medio). En el caso específico de la contratación pública, su fin último es la satisfacción de las necesidades ciudadanas.

Ahora bien, entre los presupuestos para que proceda la revocatoria de los actos administrativos, se encuentra el que con dicha revocación no se vea afectado ningún tercero, ni el propio administrado, en cuyo caso no procedería la revocatoria sino que habría de seguirse un procedimiento de lesividad.

En definitiva, a mi modo de ver es factible que, como acto administrativo que es, la resolución de terminación unilateral de un acto administrativo sea revocada en la misma vía administrativa, por la autoridad que la dictó, por razones de legitimidad y oportunidad, siempre que tal revocatoria no perjudique al administrado ni a terceros.

7.2.4.- Resolución y nulidad

El Artículo 96 de la LOSNCP señala que el contratista podrá demandar la resolución del contrato, por causas imputables a la entidad contratante, que resumo a continuación:

- Por incumplimiento de las obligaciones contractuales por más de sesenta días.
- Por la suspensión de los trabajos por más de sesenta días, dispuestos por la entidad sin que medie fuerza mayor o caso fortuito.
- Cuando los diseños definitivos sean técnicamente inejecutables o no se hubieren solucionado defectos de ellos, en este caso, la entidad contratante iniciará las acciones legales que correspondan en contra de los consultores por cuya culpa no se pueda ejecutar el objeto de la contratación.
- Cuando, ante circunstancias técnicas o económicas imprevistas o de caso fortuito o fuerza mayor, debidamente comprobadas, la entidad contratante no hubiere accedido a terminar de mutuo acuerdo el contrato.

Como se aprecia, el administrado, contratista, al no ser administración pública y carecer de autotutela, debe acudir ante un Juez competente para que éste sea quien conozca las causales bajo las que se demanda la resolución y en sentencia ordene lo pertinente.

El titular de la acción en los casos de resolución es el contratista.

7.3.- Nulidades contractuales

El Artículo 65 de la LOSNCP establece que son causas de nulidad de los contratos las siguientes:

- Causas generales establecidas en la Ley.
- Por haberse prescindido de los procedimientos y las solemnidades legalmente establecidas.
- Por haber sido adjudicados o celebrados por un órgano manifiestamente incompetente.

Dice la LOSNCP que el Procurador General del Estado, tan pronto tenga conocimiento de cualquiera de estas irregularidades, demandará la nulidad del contrato, sin perjuicio de las responsabilidades administrativa, civil o penal de los funcionarios o empleados por cuya culpa se hubiere causado la nulidad.

Como se aprecia de esta norma, el **titular de la acción en los casos de nulidad es el Procurador General del Estado.**

CAPÍTULO VIII CONTROVERSIAS

De manera general, el Artículo 160 del Reglamento a la LOSNCP señala que las entidades contratantes y los contratistas buscarán solucionar en forma ágil, rápida y directa las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual y que para tal efecto, al surgir las diferencias acudirán al empleo de los mecanismos de solución de

controversias contractuales previstos en la ley y a la conciliación, amigable composición y transacción.

8.1.- Resolución de discrepancias en sede administrativa

El Artículo 102 de la LOSNCP señala que los oferentes que se consideren afectados por actos administrativos emitidos por las entidades contratantes, por asuntos relacionados con su oferta, respecto al trámite precontractual o de la adjudicación, tendrán el derecho de presentar las reclamaciones y los recursos administrativos de los que se crean asistidos, de conformidad con la Ley, dejando aclarado que la reclamación o recurso presentado no suspende la ejecución del acto impugnado y que, en todo caso, de la resolución que tome la entidad se podrá presentar demanda contencioso administrativa, en ejercicio del derecho de acceso a la justicia y tutela judicial.

El Artículo 103 de la LOSNCP establece que para deducir la impugnación administrativa, los oferentes tendrán el término de cinco días contados desde la notificación de la adjudicación; y, la entidad contratante en el término de cinco días calificará el recurso como procedente o mandará a ampliarlo, debiendo expedir, de manera motivada, su resolución en un término no mayor a quince días contados a partir de la providencia de calificación del recurso presentado.

El Reglamento a la LOSNCP viabiliza las reclamaciones administrativas y dispone que en las reclamaciones los oferentes podrán petitionar o pretender:

- La formulación de observaciones, consideraciones y reservas de derechos, cuando se impugnen los actos de simple administración.
- La enmienda, derogación, modificación o sustitución total o parcial de actos administrativos relacionados con los procedimientos de contratación en los que intervengan.

Así mismo, se determina que las resoluciones que atiendan los reclamos podrán ser recurridas en recurso de reposición ante el propio órgano que las expidió; y, que son susceptibles de este recurso los actos administrativos que afecten derechos subjetivos directos del oferente.

En cuanto a los términos, el Reglamento dice:

- El término para la interposición del recurso de reposición será de cinco días contados a partir del día siguiente al de su notificación.
- El término máximo para dictar y notificar la resolución será de quince días y transcurrido este término sin que recaiga resolución, se entenderá favorable el recurso al peticionario. Vemos aquí un caso de silencio administrativo.

Contra la resolución de un recurso de reposición no cabrá ningún otro recurso en vía administrativa, salvo aclaración y complementación, si el reclamo o recurso no estuviere claro o no se cumplieran con los requisitos señalados, que se podrá solicitar en el término de cinco días y, de no hacerlo, se tendrá por no presentado el reclamo.

Si los reclamos se dirigieren contra personas jurídicas de derecho privado sujetas a la LOSNCP, corresponderá a la máxima autoridad dar atención y respuesta en el término de quince días, decisión de la cual no habrá ningún recurso, por no tratarse de un acto administrativo, sin perjuicio de la fase arbitral o judicial correspondiente.

8.2.- Resolución de discrepancias mediante métodos alternativos de solución de conflictos

La Constitución de la República, en su Artículo 190, reconoce al arbitraje y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos, determinando en su segundo inciso que en contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado.

Esto quiere decir que si se va a pactar una cláusula compromisoria en el respectivo contrato, previamente se debe contar con la anuencia del Procurador, so pena de que dicha cláusula arbitral carezca de validez y eficacia.

En consonancia con la disposición constitucional, el Artículo 104 de la LOSNCP señala que de existir diferencias entre las partes contratantes no solventadas dentro del proceso de ejecución, podrán utilizar los procesos de mediación y arbitraje en derecho, que lleven a solucionar sus diferencias, de conformidad con la cláusula compromisoria respectiva, como lo dice la Constitución, autorizada previamente por el Procurador General del Estado.

Los Artículos 161 y 162 del Reglamento a la LOSNCP dicen que para el arbitraje se contará con tres árbitros, a menos que las partes decidan acudir a un árbitro único, autorizando que en las controversias de menor cuantía haya un sólo arbitro.

La designación, requerimiento, constitución y funcionamiento del tribunal de arbitraje se regirá por las normas contractualmente estipuladas o las que resulten aplicables; y, para la suscripción de esta cláusula se estará a lo dispuesto en la Ley de Mediación y Arbitraje.

Cuando en el contrato no se hubiere pactado cláusula compromisoria, cualquiera de las partes podrá solicitar a la otra la suscripción de un compromiso o convenio arbitral para que un Tribunal de Arbitraje resuelva las diferencias presentadas en razón de la celebración del contrato y su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación. En este caso, se requerirá informe favorable previo de la Procuraduría General del Estado. **Yo creo que no sólo en este caso, sino en todos, por disposición constitucional.**

En el documento de compromiso o convenio arbitral que se suscriba se señalará la materia objeto del arbitraje, la designación de árbitros, el lugar de funcionamiento del tribunal y la forma de cubrir los costos del mismo.

8.3.- Resolución de discrepancias por vía judicial

El Artículo 105 de la LOSNCP pregona que de surgir controversias en que las partes no concuerden someterlas a los procedimientos de mediación y arbitraje y decidan ir a sede judicial, el procedimiento se lo ventilará ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo aplicando para ello la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Igual competencia le confiere a dichos Tribunales el Código Orgánico de la Función Judicial en el número 4, del Artículo 217, salvo que la denominación del órgano judicial ahora es “Salas de lo Contencioso Administrativo” que forman parte de las respectivas Cortes Provinciales de Justicia.

CAPÍTULO IX

CONCLUSIONES

Como conclusiones que he obtenido y me gustaría compartir, luego de haber culminado el presente trabajo, yendo de lo general a lo particular y específico, tendríamos:

- Que el Estado es una sociedad política autónoma dirigida por una estructura jurídica de gobierno y cuyo fin es la realización del bien común.
- Que las normas jurídicas garantizan el orden social y la seguridad jurídica, lo cual constituye piedra angular del Estado de Derecho.
- Que la administración pública constituye la estructura orgánica compuesta por organismos con funciones de administración, dotados de personalidad jurídica propia y que, por ende, poseen la capacidad jurídica requerida para contratar.
- Que de la manera más lata y sencilla, se puede afirmar que los contratos administrativos son los convenios celebrados entre la administración pública y los particulares.

- Que si bien es cierto existen las esferas del Derecho Público y del Derecho Privado, en materia de principios contractuales, casi todos ellos le son aplicables a una y otra esfera.
- Que el sistema nacional de contratación pública que rige en el Ecuador está compuesto por varias herramientas que viabilizan su ejecución y puesta en marcha.
- Que el sistema nacional de contratación pública que rige en el Ecuador, tiende a normalizar y estandarizar todas las contrataciones del Estado, en la búsqueda de eficiencia, que redunde en la reducción de costos para el Estado.
- Que la principal herramienta con la cual cuenta el sistema nacional de contratación pública en el Ecuador es el portal; y, que éste debe tener un riguroso control para que no se preste a manipulaciones mal intencionadas.

CAPÍTULO X

RECOMENDACIONES

Producto de la investigación que he llevado a cabo, me quiero permitir formular unas pocas recomendaciones a todos aquellos que de una u otra forma se encuentran inmersas en el sistema nacional de contratación pública. Éstas son:

- Los servidores públicos deben tener presente que no por el poder de imperium que tiene el Estado, éste se encuentra autorizado para actuar a su antojo dentro de una relación contractual, pues existen principios y valores jurídicos –a más de las normas- que siempre se podrán invocar a favor de la parte que se considere atropellada en sus derechos.
- Los operadores del sistema nacional de contratación pública, en cada una de sus actuaciones dentro de las distintas etapas de cada uno de los procedimientos

contractuales, deben siempre considerar, antes de tomar cualquier tipo de decisión, que la primordial finalidad de la contratación pública no es otra que la satisfacción –REAL- de las necesidades colectivas, y sin ésta no hay contratación que se justifique.

- Los contratistas del Estado que de una u otra forma se interesen en participar en los procesos que trae el sistema nacional de contratación pública, deben tener claro que los intereses colectivos están por encima de los intereses individuales, y que si en determinada circunstancia la administración pública se encuentra ante la disyuntiva de afectar un derecho individual por hacer prevalecer el colectivo –bajo motivaciones REALES Y VERDADERAMENTE SUSTENTADAS-, deberá siempre inclinar la balanza hacia el la protección de los intereses y derechos de la colectividad.
- El sistema nacional de contratación pública debe ser rigurosamente controlado por los órganos de fiscalización del Estado, para lo cual las autoridades de control deben empaparse de lleno sobre el funcionamiento y operatividad de la principal herramienta del sistema que es el portal, que al ser una herramienta tecnológica pudiera prestarse para manipulaciones y malos usos, si se la utiliza con mala fe y dolosamente.

CAPÍTULO XI

PROPUESTAS

Al finalizar el presente trabajo, me he podido dar cuenta que el sistema nacional de contratación pública es adecuado, pero debe tomar varios correctivos que le permitan brindar una mayor eficiencia a la ciudadanía, para lo cual formulo las siguientes propuestas:

- Que para mayor control, se lleve a cabo una reforma a la LOSNCP, en la que se reintroduzca la facultad de control previo de los órganos de fiscalización como

son la Procuraduría y Contraloría General del Estado, haciendo más eficiente dicho control para que no se empantanen ni dilaten las contrataciones.

- Que se simplifiquen los procedimientos precontractuales, para que los operadores del sistema tengan una mejor y mayor manejo del mismo con una completo conocimiento y expertís en el mismo.
- Que todos los involucrados en el sistema, reciban constantes capacitaciones por parte del INCOP, para que no queden vacíos que muchas veces se presentan en la fase precontractual y contractual, sobre todo con relación al manejo del portal.
- Que se dote al INCOP de la facultad de emitir informes con carácter de vinculantes, en lo atinente al uso y manejo del portal compras públicas, con relación a contrataciones específicas sobre las cuales se le formulen consultas, pues al día de hoy, sus observaciones no son obligatorias.
- Que las personas encargadas de operar los asuntos de contratación pública en las entidades del Estado, sean técnicos en el área y no personas improvisadas.
- Que tanto contratistas como entidades contratantes, antes de intervenir en determinado proceso, se empapen a cabalidad de todas y cada una de las regulaciones atinentes al tipo de contratación específico, a efectos de que luego, a medio camino, no se presenten las interrogantes.

BIBLIOGRAFÍA

- 1.- RODRÍGUEZ, Libardo, (2005), Derecho Administrativo, Bogotá – Colombia, Temis, Décimocuarta Edición.
- 2.- VIDAL PERDOMO, Jaime (1997), Derecho Administrativo, Bogotá – Colombia, Temis, Décimoprimer Edición.
- 3.- RAMOS ACEVEDO, Jairo, (2003), Cátedra de Derecho Administrativo, Bogotá – Colombia, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Primera Edición.
- 4.- MOUCHET, Carlos, ZORRAQUIN BECU, Ricardo, *Introducción al Derecho*, Undécima Edición, Buenos Aires, Editorial PERROT, 1987.
- 5.- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, Cuadragésimonovena Edición, Buenos Aires, Editorial PORRUA, 1998.
- 6.- DU PASQUIER, Claude, *Introducción a la Teoría General y a la Filosofía del Derecho*, Neuchatel, 1937.
- 7.- SECAIRA DURANGO, Patricio, *Derecho Administrativo*, Loja, Editorial de la Universidad Técnica Particular de Loja, 2008.
- 8.- JHAYYA SEGOVIA, Alberto, *Diccionario de Derecho Administrativo*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2008.
- 9.- LÓPEZ ARÉVALO, William, *Tratado de Contratación Pública*, Tomos I y II, Editorial Jurídica del Ecuador, Quito, 2011.

- 10.- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, (1998), Curso de Derecho Administrativo, Tomos I y II, Madrid, Civitas, Octava Edición.
- 11.- MARIENHOFF, Manuel, (1998), Tratado de Derecho Administrativo, Tomo III-A, Buenos Aires, Abeledo Perrot, Cuarta Edición.
- 12.- ABELIUK MANASEVICH Rene, (1993), Las Obligaciones, Tomo I, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, Tercera Edición.
- 13.- ABELIUK MANASEVICH, Rene, (1993), Las Obligaciones, Tomo II, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, Tercera Edición.
- 14.- VODANOVICH, Antonio, (1995), Curso de Derecho Civil, Santiago, Editorial Nascimento, Tercera Edición.
- 15.- ALTAMIRA, Pedro Guillermo, (1971) Curso de Derecho Administrativo, Edición Póstuma, Buenos Aires, Ediciones Depalma.
- 16.- ESCOLA, Héctor, (1973), Tratado General de Procedimiento Administrativo, Buenos Aires, Ediciones Depalma.
- 17.- JARA CRISTI, Manuel, (1998), Manual de Derecho Administrativo. Editorial Jurídica de Chile.
- 18.- DROMI, Roberto, (2004), Derecho Administrativo, Buenos Aires-Madrid, Editorial Ciudad Argentina, Décima Edición.
- 19.- ENTRENA CUESTA, Rafael, (1965), Curso de Derecho Administrativo Volúmenes I y II, Madrid, Editorial Tecnos, Undécima Edición.
- 20.- IDROBO ARCINIEGA, Marco, (1993), La Contratación Pública, Quito, Editorial Jurídica del Ecuador, Segunda Edición.

- 21.- DROMI, Roberto, (1997), La Licitación Pública, Buenos Aires, Editorial ASTREA, Segunda Edición.
- 22.- LOPEZ JÁCOME, Nelson, RIVAS ORDOÑO EZ, Libia, (2008) Interrogantes y Respuestas sobre la nueva Ley de Contratación Pública.
- 23.- PÉREZ, Antonio, PÉREZ Efraín, (2008) Manual de Contratos del Estado, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones.
- 24.- VIDAL PERDOMO, Jaime y otros, (2005), Temas de Derecho Administrativo Contemporáneo, Bogotá, Centro Editorial del Rosario, Primera Edición.
- 25.- PÉREZ, Efraín, (2006), Derecho Administrativo tomos I y II, Quito, Corporación Estudios y Publicaciones, Primera Edición.
- 26.- SARMIENTO GARCÍA, Jorge y otros, (1998), Derecho Público, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, Segunda Edición.
- 27.- ZAVALLES EGAS, Jorge, (2003-2005-2007), Introducción al Derecho Administrativo – Derecho Administrativo Tomo I y II, Guayaquil, Edino, Primera Edición.
- 28.- FRAGA, Gabino, (1986), Derecho Administrativo, México, Porrúa, Vigésimaquinta Edición.
- 29.- CASSAGNE, Juan Carlos, (2002), Derecho Administrativo Tomo I y II, Buenos Aires, Lexis, Séptima Edición.

DOCUMENTOS CONSULTADOS

- Compras públicas del Ecuador (en línea), disponible en www.compraspublicas.gov.ec
- Constitución de la República del Ecuador.
- Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.
- Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.
- Reglamentos y resoluciones varias.
- Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado.
- Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.
- Ley de Modernización.