



UNIVERSIDAD TÉCNICA PARTICULAR DE LOJA
ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS

POSTGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO

TEMA

**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.**

AUTOR

AB. XAVIER RODAS GARCÉS

DIRECTOR

DR. PABLO ZAMBRANO ALBUJA

LOJA, 2010

DECLARACIÓN DE AUTORÍA

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

Ab. Xavier Rodas Garcés

CESIÓN DE DERECHOS DE TESIS

Yo, Gonzalo Xavier Rodas Garcés, 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”*.

Ab. Xavier Rodas Garcés

AUTORIZACIÓN DEL DIRECTOR

DR. PABLO ZAMBRANO ALBUJA
DOCENTE-DIRECTOR DE LA TESIS

CERTIFICA:

Que el presente trabajo de investigación, realizado por el estudiante Abogado Gonzalo Xavier Rodas Garcés, 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, 25 de octubre de 2010

Dr. Pablo Zambrano Albuja

AGRADECIMIENTO

A la Universidad Técnica Particular de Loja, la más democrática de todas las Universidades del país, pionera del sistema de educación superior a distancia, orientada por definidos postulados, principios y valores humanistas, cristianos, de solidaridad, progreso y justicia.

A la Escuela de Ciencias Jurídicas, soporte institucional que hizo posible la realización, con la más alta calidad, del programa de posgrado sobre Derecho Administrativo y con su accionar brindó oportunidades de mejoramiento profesional y suscitó el ímpetu investigador del profesional participante.

A la Dirección y a los Docentes de la Maestría, que marcaron la ruta de los estudios de cuarto nivel en las disciplinas jurídicas vinculadas con la Administración Pública.

Al Director de la Tesis, señor Doctor Pablo Zambrano Albuja, cuyo aval moral y académico me inspira para un ejercicio profesional productivo y de servicio en el campo del Derecho Administrativo.

Ab. Xavier Rodas Garcés

DEDICATORIA

Dedico el esfuerzo de este producto académico acreditable para acceder al grado de Magíster en Derecho Administrativo:

A mis estudiantes universitarios, que dan sentido y vitalidad a mi quehacer docente, profesional y humano;

A mis clientes, tanto del sector público como del sector privado, que me brindan la enriquecedora oportunidad de serles útil mediante el ejercicio del patrocinio legal de sus intereses jurídicos;

A la memoria de mis queridos padres, Moisés y Zoylita, guías inextinguibles que me inspiran y alientan en la cotidianidad de mis actividades profesionales y docentes;

A mi hijo Christian, y a mis nietos Caden y Sophia, testimonios de vida y amor.

Ab. Xavier Rodas Garcés

ESQUEMA DE CONTENIDOS

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.

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO I

EL RÉGIMEN DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL ECUADOR

CAPÍTULO II

LA CONFLICTIVIDAD EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

CAPÍTULO III

LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN SEDE ADMINISTRATIVA

CAPÍTULO IV

MEDIOS JUDICIALES DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

CAPÍTULO V

MEDIACIÓN Y ARBITRAJE EN LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

BIBLIOGRAFÍA

RESUMEN

La presente investigación levanta un mapa descriptivo y analítico de la conflictividad derivada de las relaciones inter partes en el ámbito de la contratación pública y revisa la forma como se procesan jurídicamente las controversias en esa materia, dentro de las coordenadas de los medios administrativos, jurisdiccionales y alternativos, prescritos en el ordenamiento jurídico nacional.

El objeto de la investigación es el régimen jurídico aplicable a la solución eficaz de los desacuerdos provenientes de la ejecución de los contratos tramitados al amparo de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, destacando las limitaciones de las fórmulas de la justicia ordinaria y el consecuente escalamiento de los conflictos en esta materia.

Describe y hace énfasis en las potencialidades de los métodos alternativos de solución de conflictos, como son la negociación directa, la mediación o conciliación y el arbitraje, a cuya institucionalidad han contribuido las dos últimas Cartas Constitucionales, la Ley de Arbitraje y Mediación así como el funcionamiento y consolidación de centros de conciliación y arbitraje, tanto en el sector público como en el sector privado, acreditados para la administración de los respectivos procedimientos, la proliferación de cláusulas compromisorias en los instrumentos contractuales y una práctica cada vez más enriquecedora, que evidencian la forma como sigue ganando terreno y firmeza la justicia alternativa en el Ecuador, y en particular cuando de resolver controversias derivadas de la contratación pública se trata.

INTRODUCCIÓN

Son inherentes a la dinámica de las relaciones jurídicas en el ámbito de la contratación pública, la generación y el escalamiento de controversias entre las partes contratantes que, por lo general, se ventilan ante los órganos jurisdiccionales (Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, o Salas de lo Contencioso Administrativo de las Cortes Provinciales de Justicia, según el nuevo ordenamiento procesal ecuatoriano)¹, a través de dilatados, tortuosos y desgastantes procesos judiciales, regularmente en perjuicio de los intereses jurídicos y patrimoniales de las entidades públicas.

El ordenamiento jurídico de la República prevé también la posibilidad de que las partes de la contratación pública busquen solucionar sus diferencias en forma ágil, rápida y directa, a través de los métodos alternativos de la mediación y el arbitraje en derecho², mecanismos alternativos a la justicia ordinaria que tienen expreso reconocimiento constitucional y un funcional desarrollo legislativo³.

Las controversias que pueden surgir durante el proceso de ejecución del contrato -que de suyo supone que las partes cumplan con lo previsto, en el plazo y bajo las condiciones previamente estipuladas- se derivan de la naturaleza especial que tiene la contratación administrativa, regida por principios diferentes a la contratación privada: principio de la continuidad en

¹ Ley de Modernización del Estado, Art. 38; Código Orgánico de la Función Judicial, Art. 217 n. 4. Es necesario destacar que antes eran los jueces de lo civil, las Cortes Superiores y la Corte Suprema de Justicia, los órganos jurisdiccionales encargados de resolver controversias en materia de contratación pública, según la erosionada legislación patria aplicable en los distintos momentos históricos de la Nación, desde la antigua Ley de Licitaciones y Concurso de Ofertas de 1974.

² Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Art. 104.

³ Constitución de la República, Art. 190; Ley de Arbitraje y Mediación.

la ejecución, potestad de dirección y control, principio de mutabilidad, potestades rescisoria y sancionatoria que tiene la administración pública contratante, entre otros.

La naturaleza de las controversias que surgen entre las partes de la contratación pública tiene que ver con cuestiones relativas al cumplimiento de plazos, cantidad y calidad de obras, bienes y servicios, reajustes de precios, vigencia de garantías, entre otros, que se ventilan, cuando no ha sido posible resolverlos directamente, ante las instancias jurisdiccionales previstas en la Ley.

La litigiosidad en materia contractual en el sector público representa costos adicionales para el Estado, interrupción de la obra pública, contratiempos, y en general, perjuicio a los intereses públicos, unidos al desgaste de las relaciones entre las partes contratantes, a lo que se suma un sistema de administración de justicia, en general, desgarrado por la corrupción, la sobrecarga de trabajo y la lentitud, que muy poco contribuye a la solución integral de los conflictos en esta sensible materia.

En este contexto, es conveniente impulsar mecanismos institucionales que permitan bajar los niveles del litigio en el ámbito de la contratación pública, donde el pleito judicial debe ser el último recurso, no el primero ni el único, para resolver las controversias suscitadas entre las entidades públicas contratantes y sus contratistas. Deben promoverse métodos alternativos de solución de diferencias, como la negociación directa, la mediación, la conciliación y el arbitraje, que hagan posible una pronta y eficaz resolución de los conflictos, en consideración a los altos intereses que encierra la contratación pública, fundamental para el desarrollo del país.

La investigación en torno a la problemática planteada respecto a las 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, encuentra justificación en las siguientes consideraciones: 1.- Es pertinente a las líneas temáticas fundamentales diseñadas en la Maestría en Derecho Administrativo de la Escuela de Ciencias Jurídicas de la Universidad Técnica Particular de Loja; 2.- Es un problema relevante desde el punto de vista de su actualidad e incidencia en las relaciones jurídicas entre el Estado y los particulares que con él contratan en materia de obras, bienes y servicios, 3.- Permite diagnosticar el estado de la conflictividad existente entre las partes de la contratación pública; 4.- Hace posible analizar comparativamente los dos sistemas de solución del conflicto: el proceso jurisdiccional, por un lado y, los procedimientos de justicia alternativa, por otro, a fin de identificar fortalezas y vulnerabilidades de cada sistema; 5.- Permite la formulación de propuestas encaminadas a una más efectiva implementación institucional de los mecanismos alternativos para la solución de conflictos inter partes en la contratación pública.

El estudio de las alternativas para una solución eficaz de las controversias relacionadas con la ejecución de los contratos tramitados al amparo de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, es pertinente y se justifica desde las siguientes perspectivas: 1.- Desde lo social, por el impacto que el problema tiene para la preservación de la seguridad jurídica, la paz social y los superiores intereses colectivos. 2.- Desde lo político, por las connotaciones que el problema reviste en la formulación de las políticas públicas en materia de contratación administrativa y de solución de los conflictos jurídicos que de ella se derivan. 3.- Desde lo jurídico, por cuanto los mecanismos alternativos de solución de las controversias en el ámbito de la administración pública deben estar orientados a garantizar la plena

vigencia de la seguridad jurídica, la paz y los intereses públicos. 4.- Desde lo profesional, porque la problemática plantea retos al ejercicio profesional del Abogado Administrativista, ya en el patrocinio de los intereses del Estado y sus instituciones, ya en el de los intereses de los particulares, asumiendo su rol con solvencia científica y ética, en el marco de los principios fundamentales que inspiran, presiden y sustentan el sistema de soluciones jurídicas alternativas a los conflictos generados por la contratación pública. 5.- Desde lo institucional, porque la investigación contribuirá a crear un marco conceptual, de diagnóstico, análisis y formulación de propuestas respecto de la problemática en estudio.

La presente investigación analiza las características de la conflictividad derivada de la contratación pública y los principales mecanismos que, en el contexto del ordenamiento jurídico nacional, se aplican para solucionarla; diagnostica las debilidades del sistema de administración de justicia estatal y sus limitaciones para procesar eficazmente los conflictos derivados de la contratación pública; examina la viabilidad del marco regulatorio ecuatoriano inherente al régimen alternativo aplicable a la solución de controversias derivadas de la contratación pública; y, propone estrategias legales e institucionales orientadas a consolidar los métodos alternativos de solución de conflictos en materia de contratación pública.

El diseño metodológico de este trabajo de investigación, por la naturaleza jurídica de la temática, es de carácter descriptivo, explicativo y propositivo. Las etapas de planificación, organización, ejecución y valoración de la investigación jurídica en referencia, se realizaron sobre la base de las orientaciones y principios del método científico, expresado mediante la interacción de los procesos de análisis y síntesis, de lo abstracto y concreto, del ascenso y descenso de la construcción del conocimiento científico. Los

métodos especiales, particulares o de apoyo que se aplicaron fueron los métodos lógicos inductivo-deductivo, analítico-sintético, descriptivo, histórico, estadístico, y hermenéutico dialéctico para la interpretación de textos.

El trabajo se realizó en las siguientes fases: Fase Uno.- Estudio teórico conceptual y metodológico técnico de la investigación jurídica propuesta; Fase Dos.- Análisis, ubicación y selección de la materia de investigación (observar, analizar, reflejar); Fase Tres.- Construcción del marco referencial de la investigación; formulación de la problemática: análisis jurídico, situación actual del problema, delimitación del objeto de investigación, preguntas significativas, justificación y objetivos; Fase Cuatro.- Construcción del marco de la investigación: acopio de información, selección de teorías, doctrinas, ubicación de bibliografía; Fase Cinco.- Formulación de la metodología de trabajo de la investigación; Fase Seis.- Elaboración del informe y presentación de los resultados de la investigación.

El escudriñamiento bibliográfico, documental y normativo fue la base de la recolección de información relativa a los aspectos teóricos, regulatorios e institucionales de la contratación pública y el régimen de resolución de controversias aplicable a ese ámbito. Se emplearon técnicas de análisis de documentos, contenido y texto, mapas conceptuales, fichas nemotécnicas y bibliográficas.

El informe de la investigación ha sido estructurado en base a cinco capítulos: el primero, pasa revista a las principales características del nuevo régimen de la contratación pública en el Ecuador; el segundo enfoca el mapa de la conflictividad más frecuente entre las entidades públicas contratantes y sus contratistas y los modos tradicionales de resolverlos; el tercero describe el sistema de reclamos y recursos que en sede administrativa ha sido diseñado por la actual legislación, para resolver los conflictos derivados de la

contratación pública; el cuarto, desarrolla los aspectos más generales de la vía jurisdiccional de solución de controversias y se centra en el análisis de la jurisdicción contencioso administrativa, del proceso contencioso administrativo y de la justicia administrativa en general; el quinto, describe y analiza el sistema alternativo de solución de controversias, compuesto básicamente por la mediación y el arbitraje, que hace parte de la llamada justicia alternativa, orientada a la solución de las tensiones que acecen en el campo de la contratación pública. El informe se cierra con algunas reflexiones a manera de conclusiones y recomendaciones sobre el presente y el futuro de la solución de conflictos en el ámbito de la contratación pública ecuatoriana.

CAPÍTULO I

EL RÉGIMEN DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL ECUADOR

1.1. DEFINICIÓN, NATURALEZA Y ALCANCE DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCP)⁴ establece la creación del Sistema Nacional de Contratación Pública (SNCP) como un 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.

La contratación pública es 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 compra⁵.

La LOSNCP encuentra sus motivaciones, según explícitas declaraciones que constan de sus considerandos, en la necesidad de crear un Sistema de Contratación Pública que articule y armonice a todas las instancias, organismos e instituciones en los ámbitos de planificación, programación, presupuesto, control, administración y ejecución de las

⁴ Registro Oficial No. 395, 4-VIII-2008, Suplemento.

⁵ LOSNCP, Art. 6 num. 5.

adquisiciones de bienes y servicios así como en la ejecución de obras públicas que se realicen con recursos públicos; la ausencia de planificación y de políticas de compras públicas ha derivado en discrecionalidad y desperdicio de recursos públicos por parte de las instituciones contratantes del Estado; la necesidad de innovar la contratación mediante procedimientos ágiles, transparentes, eficientes y tecnológicamente actualizados, que impliquen ahorro de recursos y que faciliten las labores de control tanto de las Entidades Contratantes como de los propios proveedores de obras, bienes y servicios y de la ciudadanía en general; el imperativo de que los recursos públicos que se emplean en la ejecución de obras y en la adquisición de bienes y servicios sirvan como elemento dinamizador de la economía local y nacional, identificando la capacidad ecuatoriana y promoviendo la generación de ofertas competitivas; que a través de la promoción de la producción nacional, los recursos estatales destinados a la contratación pública fomenten la generación de empleo, la industria, la asociatividad y la redistribución de la riqueza; la necesidad de utilizar los mecanismos tecnológicos que permitan socializar los requerimientos de las Entidades Contratantes y la participación del mayor número de personas naturales y jurídicas en los procesos contractuales que el Estado Ecuatoriano emprenda⁶.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública regula lo relativo a: 1.- El establecimiento del Sistema Nacional de Contratación Pública, sus órganos, objetivos, control, monitoreo, evaluación y herramientas; 2.- Los procedimientos dinámicos, especiales, licitación, cotización y menor cuantía; 3.- Las capacidades, inhabilidades, nulidades, requisitos y formas contractuales; 4.- Las garantías que deben presentar los oferentes y contratistas; 5.- La cesión y subcontratación; 6.- La

⁶ Registro Oficial No. 395, 4-VIII-2008, Suplemento.

administración, recepción, liquidación, reajuste precios; 7.- Los contratos complementarios; 8.- La terminación de los contratos; 9.- El registro de los contratos y proveedores; 10.- El trámite para las reclamaciones y controversias.

Forman parte del Sistema Nacional de Contratación Pública las entidades sujetas al ámbito la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, esto es: 1. Los Organismos y dependencias de las Funciones del Estado; 2. Los Organismos Electorales; 3. Los Organismos de Control y Regulación; 4. Las entidades que integran el Régimen Seccional Autónomo; 5. Los Organismos y entidades creados por la Constitución o la Ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado; 6. Las personas jurídicas creadas por acto legislativo seccional para la prestación de servicios públicos; 7. Las corporaciones, fundaciones o sociedades civiles en cualquiera de los siguientes casos: a) estén integradas o se conformen mayoritariamente con cualquiera de los organismos y entidades públicas o, en general por instituciones del Estado; o, b) 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 los recursos que se le asignen, esté integrado en el cincuenta (50%) 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 (50%) por ciento del costo del respectivo contrato; 8. Las 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, patrimonio o los recursos que se le asignen, esté integrado en el cincuenta (50%) 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 (50%) por ciento del costo del respectivo contrato⁷.

En concordancia con la LOSNCP, la Ley Orgánica de Empresas Públicas (LOEP)⁸ prescribe el régimen aplicable en materia de contratación pública para las organizaciones empresariales pertenecientes al sector público. Todo proceso de contratación de obras, bienes y servicios, incluidos los de consultoría, así como las contrataciones en actividades de prospección, exploración, explotación, refinación, comercialización, industrialización de los recursos hidrocarburíferos, las contrataciones de bienes de carácter estratégico necesarias para la defensa nacional, que realicen las empresas públicas, estarán sujetos al Plan Nacional de Desarrollo, con observancia del presupuesto nacional y empresarial, además de lo siguiente: 1. PLAN ESTRATÉGICO Y PLAN ANUAL DE CONTRATACIONES.- Las empresas públicas deberán contar con su Plan Estratégico y Plan Anual de Contrataciones, debidamente aprobados. Los criterios generales del Plan Estratégico guardarán relación con las políticas del gobierno nacional o de los gobiernos autónomos descentralizados, el Plan Nacional de Desarrollo y los intereses del Estado. El Plan Estratégico será una de las herramientas para evaluar a los administradores de las empresas; 2. RÉGIMEN COMÚN.- Las contrataciones de bienes, obras y

⁷ LOSNCP, Art. 1, que instituye el Sistema Nacional de Contratación Pública y fija el ámbito dispositivo y normativo de esta Ley.

⁸ Registro Oficial No. 48, Suplemento, de 16 de octubre del 2009.

servicios, incluidos los de consultoría, que realicen las empresas públicas, se sujetarán a lo dispuesto en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su Reglamento General y demás disposiciones administrativas aplicables. Las empresas públicas procurarán adquirir productos de origen nacional siempre y cuando se encuentren en la misma condición técnica y calidad de los productos importados, para este efecto se aplicarán las resoluciones que emita el Instituto Nacional de Contratación Pública;

3. RÉGIMEN ESPECIAL.- En los casos en que las empresas públicas hubieren suscrito contratos o convenios tales como: alianzas estratégicas, asociación, consorcios u otros de naturaleza similar, será el convenio asociativo o contrato el que establezca los procedimientos de contratación y su normativa aplicable. En el caso de empresas constituidas con empresas de la comunidad internacional las contrataciones de bienes, obras y servicios se sujetarán al régimen especial que se contemple en el documento de asociación o acuerdo celebrado para tal efecto. En lo no previsto en el respectivo convenio o contrato, se estará a las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública;

4. APORTES DE RECURSOS ECONÓMICOS Y/O EXCEDENTES EN SUBSIDIARIAS Y FILIALES.- Las empresas públicas tienen amplia capacidad para invertir sus recursos económicos y excedentes en la ejecución de proyectos a desarrollarse en las mismas empresas, subsidiarias, filiales, agencias o unidades de negocio en los términos que apruebe el Directorio;

5.- INFORMES PREVIOS.- Solo las contrataciones de crédito o líneas de crédito previstas en el artículo 13 de la Ley Orgánica para la Recuperación del Uso de los Recursos Petroleros del Estado y la Racionalización Administrativa de los Procesos de Endeudamiento, requerirán informes previos del Comité de Deuda y Financiamiento, como órgano externo ajeno a la gestión de la empresa, siempre y cuando las deudas a contraerse conlleven la emisión de garantías soberanas o requieran avales o garantías colaterales del Estado. Ninguna otra

contratación que realicen las empresas públicas, ni de régimen común ni de régimen especial, requerirán de informes previos favorables de la Contraloría General del Estado, de la Procuraduría General del Estado o de otro órgano externo a la gestión de la empresa; no obstante lo cual, esta disposición no exime a las empresas públicas de su obligación de rendición de cuentas a la sociedad civil y del control posterior que pueden y deben ejercer las instancias con competencia para ello, de acuerdo a la Constitución de la República y la Ley;

6. **GARANTÍAS SOBERANAS.**- Las empresas públicas, sus subsidiarias y filiales que tengan capacidad financiera de pago podrán beneficiarse del otorgamiento de garantías soberanas concedidas por el Estado para el financiamiento de proyectos de inversión. Para el otorgamiento de la garantía por parte del Estado se debe contar con la aprobación del Directorio de la Empresa, el estudio de la capacidad de pago elaborado por el Ministerio de Finanzas y se deberá seguir el procedimiento establecido en las leyes y normativa que regulan el endeudamiento público;

7. **PROHIBICIONES.**- Las autoridades nominadoras de los miembros del Directorio, los miembros del Directorio, Gerentes, servidores públicos y obreros de las empresas públicas, están impedidos de intervenir a título personal en negociaciones y contrataciones con las empresas públicas, por si o por interpuesta persona, por intermedio de su cónyuge, personas en unión de hecho o de sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad. Si así lo hicieren serán sancionados y sujetos a las acciones civiles y penales a que hubiere lugar observando el derecho al debido proceso;

8. **DESCONCENTRACIÓN EMPRESARIAL.**- Las contrataciones de las empresas públicas de ámbito nacional se realizarán de manera desconcentrada, en consecuencia: a) Las agencias y unidades de negocio deberán contar con su Plan Operativo aprobado por el Gerente General de la empresa pública; b) Las contrataciones para la ejecución de obras, adquisición de bienes y prestación de servicios, incluidos los de consultoría, que requiera realizar la agencia o la unidad de negocio de la

empresa pública, cuya cuantía se encuentre dentro de los límites establecidos por el Directorio, serán responsabilidad del administrador de la respectiva agencia o unidad de negocio. Las contrataciones para la ejecución de obras y adquisición de bienes o prestación de servicios declaradas emergentes en los términos previstos en la ley, de la cuantía que fueren, requieren la autorización previa y favorable del Gerente General de la empresa pública, en caso contrario generaran responsabilidad personal del administrador que autorizó dicha contratación; c) Los Administradores de las agencias o unidades de negocio de las empresas públicas, siempre que la contratación esté dentro del límite de los montos autorizados por la normativa interna de la empresa, serán responsables de los actos y contratos; y en consecuencia asumirán las responsabilidades que de ello se derive; 9. COMPRAS CORPORATIVAS.- Con el fin de garantizar la eficiencia en el uso de los recursos de la empresa pública, el Gerente General podrá disponer que se realicen: Procesos de contratación ejecutados por parte de las empresas públicas en sociedad con otras empresas o instituciones públicas, conforme a lo previsto en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; y, Procesos de contratación concentrados y unificados para la provisión de bienes, obras y servicios que requieran de forma general y común las diferentes filiales y subsidiarias de la empresa pública⁹.

Son objetivos del Sistema Nacional de Contratación Pública los siguientes: 1. Garantizar la calidad del gasto público y su ejecución en concordancia con el Plan Nacional de Desarrollo; 2. Garantizar la ejecución plena de los contratos y la aplicación efectiva de las normas contractuales; 3. Garantizar la transparencia y evitar la discrecionalidad en la contratación pública; 4. Convertir la contratación pública en un elemento dinamizador de

⁹ LOEP, Art. 34

la producción nacional; 5. Promover la participación de artesanos, profesionales, micro, pequeñas y medianas empresas con ofertas competitivas, en el marco de esta Ley; 6. Agilizar, simplificar y adecuar los procesos de adquisición a las distintas necesidades de las políticas públicas y a su ejecución oportuna; 7. Impulsar la participación social a través de procesos de veeduría ciudadana que se desarrollen a nivel nacional, de conformidad con el Reglamento; 8. Mantener una sujeción efectiva y permanente de la contratación pública con los sistemas de planificación y presupuestos del Gobierno central y de los organismos seccionales; 9. Modernizar los procesos de contratación pública para que sean una herramienta de eficiencia en la gestión económica de los recursos del Estado; 10. Garantizar la permanencia y efectividad de los sistemas de control de gestión y transparencia del gasto público; y, 11. Incentivar y garantizar la participación de proveedores confiables y competitivos en el SNCP¹⁰.

El Instituto Nacional de Contratación Pública (INCOP), como órgano rector del SNCP tiene las siguientes atribuciones: 1. Asegurar y exigir el cumplimiento de los objetivos prioritarios del Sistema Nacional de Contratación Pública; 2. Promover y ejecutar la política de contratación pública dictada por el Directorio; 3. Establecer los lineamientos generales que sirvan de base para la formulación de los planes de contrataciones de las entidades sujetas a la presente Ley; 4. Administrar el Registro Único de Proveedores RUP; 5. Desarrollar y administrar el Sistema Oficial de Contratación Pública del Ecuador, COMPRASPÚBLICAS, así como establecer las políticas y condiciones de uso de la información y herramientas electrónicas del Sistema; 6. Administrar los procedimientos para la certificación de producción nacional en los procesos precontractuales

¹⁰ LOSNCP, Art. 9.

y de autorización de importaciones de bienes y servicios por parte del Estado; 7. Establecer y administrar catálogos de bienes y servicios normalizados; 8. Expedir modelos obligatorios de documentos precontractuales y contractuales, aplicables a las diferentes modalidades y procedimientos de contratación pública, para lo cual podrá contar con la asesoría de la Procuraduría General del Estado y de la Contraloría General del Estado; 9. Dictar normas administrativas, manuales e instructivos relacionados con la LOSNCP; 10. Recopilar y difundir los planes, procesos y resultados de los procedimientos de contratación pública; 11. 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; 12. Capacitar y asesorar en materia de implementación de instrumentos y herramientas, así como en los procedimientos relacionados con contratación pública; 13. Elaborar parámetros que permitan medir los resultados e impactos del Sistema Nacional de Contratación Pública y en particular los procesos previstos en la LOSNCP; 14. Facilitar los mecanismos a través de los cuales se podrá realizar veeduría ciudadana a los procesos de contratación pública; y, monitorear su efectivo cumplimiento; 15. Publicar en el Portal COMPRASPÚBLICAS el informe anual sobre resultados de la gestión de contratación con recursos públicos; 16. Elaborar y publicar las estadísticas del SNCP; y, 17. Las demás establecidas en la LOSNCP su Reglamento y demás normas aplicables¹¹.

Son contratos que no se sujetan a la LOSNCP sino a la normativa específica que para el efecto dicte el Presidente de la República, bajo criterios de selectividad (régimen especial), los siguientes: 1.- Las de adquisición de fármacos que celebren las entidades que presten servicios de

¹¹ LOSNCP, Art. 10.

salud, incluido el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social; 2.- Las calificadas por el Presidente de la República como necesarias para la seguridad interna y externa del Estado, y cuya ejecución esté a cargo de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional; 3.- Aquellas cuyo objeto sea la ejecución de actividades de comunicación social destinadas a la información de las acciones del Gobierno Nacional o de las entidades contratantes; 4.- Las que tengan por objeto la prestación de servicios de asesoría y patrocinio en materia jurídica requeridas por el Gobierno Nacional o las entidades contratantes; 5.- Aquellas cuyo objeto sea la ejecución de una obra artística literaria o científica; 6.- Las de adquisición de repuestos o accesorios que se requieran para el mantenimiento de equipos y maquinarias a cargo de las entidades contratantes, siempre que los mismos no se encuentren incluidos en el Catálogo Electrónico del Portal de COMPRASPÚBLICAS; 7.- Los de transporte de correo internacional y los de transporte interno de correo, que se regirán por los convenios internacionales, o las disposiciones legales y reglamentarias dictadas para el efecto, según corresponda; 8.- Los que celebren el Estado con entidades del sector público, éstas entre sí, o aquellas con empresas públicas o empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en el cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público o sus subsidiarias; y las empresas entre sí. También los contratos que celebren las entidades del sector público o empresas públicas o empresas cuyo capital suscrito pertenezca por lo menos en cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público, o sus subsidiarias, con empresas en las que los Estados de la Comunidad Internacional participen en por lo menos el cincuenta (50%) por ciento, o sus subsidiarias. El régimen especial previsto en este numeral para las empresas públicas o empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público o sus subsidiarias se aplicara únicamente para el giro específico del negocio; en cuanto al giro común se aplicara el régimen común previsto en esta Ley. La determinación de giro específico y

común le corresponderá al Director Ejecutivo del Instituto Nacional de Contratación Pública; y, 9.- Los que celebran las instituciones del sistema financiero y de seguros en las que el Estado o sus instituciones son accionistas únicos o mayoritarios; y, los que celebren las subsidiarias de derecho privado de las empresas estatales o públicas o de las sociedades mercantiles de derecho privado en las que el Estado o sus instituciones tengan participación accionaría o de capital superior al 50%, exclusivamente para actividades específicas en sectores estratégicos definidos por el Ministerio del Ramo¹².

La normativa aplicable para los procedimientos precontractuales de las contrataciones previstas como régimen especial observarán la normativa fijada en el reglamento general; en el caso de que en el régimen especial no se describa o detalle algún procedimiento o acción concreta que sean indispensables realizar para la contratación se observará de forma supletoria lo establecido en el régimen general de la ley y en la reglamentación que dicte el Presidente de la República¹³. En las contrataciones que se financien, previo convenio, con fondos provenientes de organismos multilaterales de crédito de los cuales el Ecuador sea miembro, o, en las contrataciones que se financien con fondos reembolsables o no reembolsables provenientes de financiamiento de gobierno a gobierno u organismos internacionales de cooperación, se observará lo acordado en los respectivos convenios. Lo no previsto en dichos convenios se regirá por las disposiciones de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública¹⁴. Para la suscripción de los convenios de crédito o de cooperación internacional se procurará medidas para la participación directa o asociada de proveedores nacionales, El régimen especial previsto en el artículo 3 de la Ley se

¹² LOSNCP, Art. 2.

¹³ Reglamento General de la LOSNCP, Art. 68.

¹⁴ LOSNCP, Art. 3.

observará independientemente que el financiamiento internacional sea total o parcial, siempre que se observen las condiciones previstas en el Convenio¹⁵.

La LOSNCP establece los siguientes procedimientos, según los montos y la naturaleza de la respectiva contratación: procedimientos dinámicos, procedimientos especiales y procedimientos en función del monto del presupuesto referencial.

1. PROCEDIMIENTOS DINÁMICOS, que comprenden: las compras por catálogo y la subasta inversa.

COMPRAS POR CATÁLOGO ELECTRÓNICO: El catálogo electrónico es el registro de bienes y servicios normalizados creado y publicado por el INCOP en el portal www.compraspublicas.gov.ec para su contratación directa. Mediante catálogo electrónico sólo se adquieren bienes y servicios normalizados. Las entidades contratantes deberán consultar el catálogo electrónico previamente a establecer procesos de adquisición de bienes y servicios y solo en el caso de que el bien o servicio requerido no se encuentre catalogado se podrán realizar otros procedimientos de selección para la adquisición de bienes o servicios, de conformidad con la Ley y su Reglamento. La orden de compra emitida a través del catálogo electrónico formaliza la contratación de los bienes o servicios requeridos y genera los derechos y obligaciones correspondientes para las partes.

SUBASTA INVERSA: Consiste en la puja hacia la baja del precio ofertado, por parte de los proveedores de bienes y servicios normalizados equivalentes, en acto público o por medios electrónicos a través del portal de

¹⁵ Reglamento General de la LOSNCP, Art. 2.

compras públicas. La subasta inversa procede en los casos de adquisición de bienes y servicios normalizados que no consten en el catálogo electrónico. Puede ser electrónica o presencial. La subasta inversa electrónica se realizará cuando las entidades contratantes requieran adquirir bienes y servicios normalizados cuya cuantía supere el monto equivalente al 0,0000002 del Presupuesto Inicial del Estado, que no se puedan contratar a través del procedimiento de compras por catálogo electrónico, y en la que los proveedores de dichos bienes y servicios, en el día y hora señalados en la convocatoria, pujan hacia la baja el precio ofertado por medios electrónicos a través del portal www.compraspublicas.gov.ec. La subasta inversa presencial se efectuará sin utilizar el portal, en caso de no ser posible realizar la adquisición de bienes y servicios normalizados a través del catálogo electrónico o de la subasta inversa, y todos los oferentes acreditados pueden realizar durante el periodo de puja, las ofertas sucesivas a la baja que consideren necesarias, las mismas que se presentarán por escrito en las hojas entregadas por la entidad contratante para el efecto, las mismas que serán leídas en alta voz por la máxima autoridad de la Entidad, o su delegado, al momento de recibirlas

2. PROCEDIMIENTOS ESPECIALES, que abarcan: la contratación integral por precio fijo, las contrataciones en situaciones de emergencia, la adquisición de bienes inmuebles y el arrendamiento de bienes inmuebles.

CONTRATACIÓN INTEGRAL POR PRECIO FIJO: Para celebrar contratos de obra, podrá acordarse mediante resolución razonada de la máxima autoridad de la entidad, la celebración del contrato integral por precio fijo, cuando se cumplan de forma conjunta los siguientes requisitos: 1. Si del análisis previo a la resolución de la máxima autoridad, resulta más ventajosa esta modalidad con respecto a la contratación por precios unitarios; 2. Si se tratare de la ejecución de proyectos de infraestructura en

los que fuere evidente el beneficio de consolidar en un solo contratista todos los servicios de provisión de equipo, construcción y puesta en operación; 3. Si el presupuesto referencial de dicha contratación sobrepasa el valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,1% por el monto del Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico; y, 4. Que la entidad contratante cuente con los estudios completos, definitivos y actualizados. Se prohíbe en esta clase de contratos la celebración de contratos complementarios, la inclusión de fórmulas de reajustes de precios o cualquier otro mecanismo de variación de precios. El plazo de ejecución no estará 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 (Art. 53 LOSNCP). La selección del contratista para la celebración de este tipo de contratos, se realizará por el procedimiento de licitación. Los oferentes deberán 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. 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 contendrán criterios de valoración para incentivar el empleo de materiales, insumos, equipo y mano de obra de origen local o nacional (Art. 54 LOSNCP). Todos los componentes del proyecto deben contratarse bajo esta modalidad contractual; y se admite la posibilidad de incluir en su objeto el mantenimiento de los componentes del proyecto, aspecto que deberá contemplarse en el contrato. La terminación por mutuo acuerdo de estos contratos procederá exclusivamente por causas de fuerza mayor o caso fortuito aducidas por el contratista y aceptadas por la entidad contratante; o señaladas por esta última. No se admitirán como causales de terminación por mutuo acuerdo circunstancias imprevistas, técnicas o económicas. La entidad contratante declarará la terminación

unilateral y anticipada de estos contratos en caso de incumplimiento del contratista; o cuando ante circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito señaladas por la entidad contratante, el contratista no aceptare la terminación de mutuo acuerdo (Art. 55 LOSNCP). Este tipo de contratos estarán sujetos a la supervisión de la entidad contratante, que podrá ser realizada por sí misma o por terceros, con el fin de que el contratista se rija a las especificaciones técnicas requeridas y a las obligaciones en cuanto a calidad y origen de los componentes de la obra, establecidos en el contrato (Art. 56 LOSNCP).

CONTRATACIONES EN SITUACIONES DE EMERGENCIA: Se entiende por 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 (Art. 6, num. 31, LOSNCP). Antes de iniciarse el procedimiento, el Ministro de Estado o en general la máxima autoridad de la entidad deberá emitir resolución motivada que declare la emergencia, para justificar la contratación. Dicha resolución se publicará en el Portal COMPRASPÚBLICAS. La entidad podrá contratar directamente, 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, incluso se podrá 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. Una vez superada la situación de emergencia, la máxima autoridad de la entidad contratante publicará en el Portal COMPRASPÚBLICAS un informe que detalle las contrataciones realizadas y

el presupuesto empleado, con indicación de los resultados obtenidos (Art. 57, LOSNCP).

ADQUISICIÓN DE BIENES INMUEBLES: Cuando la máxima autoridad de la institución pública 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. Perfeccionada la declaratoria de utilidad pública o de interés social, se buscará un acuerdo directo entre las partes, por el lapso máximo de 90 días. Para el efecto, el precio se fijará, tanto para bienes ubicados en el sector urbano como 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 10% sobre dicho avalúo. Se podrá impugnar el precio, mas no el acto administrativo, en vía administrativa. El acuerdo y la correspondiente transferencia de dominio, se formalizarán en la respectiva escritura pública, que se inscribirá en el Registro de la Propiedad. 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. 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. En el caso de las municipalidades el procedimiento expropiatorio se regulará por las

disposiciones de su propia Ley. 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 lo dispone la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. (Art. 58, LOSNCP).

ARRENDAMIENTO DE BIENES INMUEBLES: Los contratos de arrendamiento tanto para el caso en que el Estado o una institución pública tengan la calidad de arrendadora como arrendataria se sujetará a las normas previstas en el Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (Art. 59, LOSNCP).

Por lo tanto, si el estado o sus instituciones intervienen como arrendatarios, publicarán en el portal www.compraspúblicas.gov.ec, los pliegos en los que constarán las condiciones mínimas del inmueble requerido, con la referencia al sector y lugar de ubicación del mismo. Por el contrario, si el Estado o sus instituciones intervienen como arrendador, podrán dar en arrendamiento bienes inmuebles de su propiedad, para lo cual publicarán en el portal www.compraspúblicas.gov.ec los pliegos en los que se dará el arrendamiento, con la indicación de la ubicación y características del bien. En los pliegos, se verificará la posibilidad de que el interesado realice un reconocimiento previo del bien en arrendamiento.

3. PROCEDIMIENTOS SEGÚN EL MONTO DEL PRESUPUESTO REFERENCIAL, que incluyen la licitación, la cotización, la contratación de menor cuantía y la contratación de ínfima cuantía, tanto para la adquisición

de bienes y servicios no normalizados exceptuando los de consultoría; para obras; y, para bienes y servicios normalizados, siempre que fuere imposible aplicar los procedimientos dinámicos o en el caso de que dichos procedimientos dinámicos fueren declarados desiertos.

LA LICITACIÓN: Procede si fuera imposible aplicar los procedimientos dinámicos 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 licitación se aplica también para contratar la adquisición de bienes o servicios no normalizados, exceptuando los de consultoría, cuyo 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. Procede contratar mediante licitación la ejecución de obras, cuando su 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.

LA COTIZACIÓN: Se utiliza el procedimiento de cotización en cualquiera de los siguientes casos: 1.- si fuera imposible aplicar los procedimientos dinámicos 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; 2.- la contratación para la ejecución de obras, cuyo presupuesto referencial oscile entre 0,000007 y 0,000030 del presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico; 3.- la contratación para la adquisición de bienes y servicios no normalizados, exceptuando los de consultoría, cuyo presupuesto referencial oscile entre 0,000002 y 0,000015 del presupuesto

inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico. En este procedimiento la invitación a presentar ofertas a cinco proveedores elegidos mediante sorteo público se lo realizará de forma aleatoria a través del portal de compras públicas de entre los proveedores que cumplan los parámetros de contratación preferente e inclusión (tipo de proveedor y localidad).

LA CONTRATACIÓN DE MENOR CUANTÍA: Procede en los siguientes casos: 1.- en las contrataciones de bienes y servicios no normalizados, exceptuando los de consultoría cuyo presupuesto referencial sea inferior al 0,000002 del presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico; 2.- las contrataciones de obras, cuyo presupuesto referencial sea inferior al 0,000007 del presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico; 3.- si fuera imposible aplicar los procedimientos dinámicos 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.

LA CONTRATACIÓN DE ÍNFIMA CUANTÍA: Se aplica para la ejecución de obras, adquisición de bienes o prestación de servicios, cuya cuantía sea igual o menor a multiplicar el coeficiente 0,0000002 del presupuesto inicial del Estado. Se realiza de forma directa con un proveedor seleccionado por la entidad contratante y se formaliza con la entrega de la respectiva factura.

Es importante referir dos especies de contrataciones en el sector público: la consultoría y los seguros, cuyas ejecuciones son fuentes de controversias.

LA CONSULTORÍA.

La consultoría se refiere a la prestación de servicios profesionales especializados no normalizados, que tengan por objeto identificar, auditar, planificar elaborar o evaluar estudios y proyectos de desarrollo, en sus niveles de pre factibilidad, factibilidad, diseño u operación. Comprende además, la supervisión, fiscalización, auditoría y evaluación de proyectos ex ante y ex post, el desarrollo de software o programas informáticos así como los servicios de asesoría y asistencia técnica, consultoría legal que no constituya parte del régimen especial elaboración de estudios económicos, financieros, de organización, administración, auditoría e investigación (Art. 6 num. 8, LOSNCP). Consultor es la persona natural o jurídica, nacional o extranjera, facultada para proveer servicios de consultoría (Art. 6 num. 7, LOSNCP). En los procesos de selección de consultoría, la entidad contratante determina la naturaleza de los participantes, sean consultores individuales, firmas consultoras u organismos que estén facultados para ofrecer consultoría, por lo que los procesos de contratación se hacen entre consultores de igual naturaleza (Art. 41, LOSNCP; Art. 32, RGLOSNCP). Los servicios de consultoría son seleccionados sobre la base de criterios de calidad y costo. Existen tres tipos de contratación de consultoría, dependiendo del monto del presupuesto referencial (Art. 40, LOSNCP): 1.- CONTRATACIÓN DIRECTA, 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; 2.- CONTRATACIÓN MEDIANTE LISTA CORTA, 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;

3.- CONTRATACIÓN MEDIANTE 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.

Los procedimientos de contratación por lista corta y mediante concurso público incluyen las etapas de calificación, selección, negociación y adjudicación (Art. 41, LOSNCP).

LA CONTRATACIÓN DE SEGUROS

Para la contratación de seguros, las entidades contratantes observarán cualquiera de los siguientes procedimientos: 1. El de régimen especial de CONTRATACIÓN DIRECTA, en el caso de que las proveedoras sean empresas cuyo capital está integrado en el cincuenta por ciento o más con recursos públicos; y, 2. El procedimiento de LICITACIÓN, para los casos no incluidos en el número anterior. El INCOP podrá regular los requisitos, términos y demás condiciones que se observarán en estos procedimientos (Art. 107, RGLOSNCPC).

1.2. PRINCIPIOS RECTORES DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.

Los procedimientos y contratos públicos deben observar los principios de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad; y, participación nacional, precautelando de esta manera los intereses públicos y la debida ejecución del contrato (Arts. 4 y 5 LOSNCP).

a) Principio de Legalidad.

La contratación administrativa se encuentra dentro de la esfera del Derecho Público, en virtud del cual, al funcionario le está permitido realizar aquello que expresamente se encuentra prescrito en la norma legal, lo contrario sería una arrogación arbitraria de funciones. En suma, de conformidad con el Art. 226 de la Constitución, la facultad de contratación por parte de la Administración Pública está determinada y limitada por la misma norma legal. Las entidades contratantes deben cumplir irrestrictamente con las disposiciones contenidas en la LOSNCP, el RGLOSNCP, las Resoluciones expedidas por el INCOP y demás normativa expedida por los órganos competentes que regule la adquisición y arrendamiento de bienes, la ejecución de obras y la prestación de servicios incluidos los de consultoría, así como para la adecuada administración y control de los recursos públicos.

b) Trato Justo.

Todo proveedor de obras, bienes y servicios debe tener acceso a contratar con el Estado en condiciones semejantes a las de los demás, por lo que está prohibido la existencia de privilegios, ventajas o prerrogativas, salvo las excepciones previstas en la Ley.

c) Igualdad de los oferentes.

En general, las personas que se encuentren en idéntica situación deben poseer un trato igualitario, es decir, ante la presencia de varios contratistas, será prohibida la imposición de requisitos diversos entre unos y otros porque ello, más allá de contradecir el principio de prohibición de realizar distinciones arbitrarias, denotaría la voluntad de favorecer a un tercero en particular, lo cual constituye una conducta penalmente tipificada. La igualdad de trato no sólo incumbe a la recepción de propuestas, sino también a la valoración que se hicieren de las mismas, así el criterio preponderante para la adjudicación será el mayor beneficio tanto material como económico a la Administración Pública. La máxima autoridad de la institución de acuerdo al proceso a seguir en base al tipo de contratación, adjudicará el contrato, al oferente cuya propuesta represente el mejor costo; y, a los parámetros objetivos de evaluación previstos en cada procedimiento (Art. 32, LOSNCP).

d) Calidad.

Expresada en la idoneidad o aptitud para el uso de la obra, bien o servicio materia de la contratación, en función de características y estándares de calidad previamente definidos por la entidad contratante y que debe satisfacer con rigor el contratista.

e) Vigencia tecnológica.

Que los bienes, servicios o ejecución de obras reúnan las condiciones de calidad y modernidad tecnológica indispensables para cumplir con efectividad los fines para los que son requeridos.

f) Oportunidad.

Las entidades contratantes deben actuar con la celeridad que el caso amerita o en atención a las circunstancias de cada caso en particular, a fin de satisfacer de forma eficiente y eficaz las necesidades y el interés público en general.

g) Libre concurrencia.

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

h) Transparencia.

El procedimiento de la contratación pública está subordinado al rigor de los principios de legalidad, publicidad, libre concurrencia e igualdad, todo lo cual garantiza la transparencia y confiabilidad de las actuaciones.

i) Publicidad

Todas las entidades contratantes tienen la obligación de publicar en el portal www.compraspublicas.gov.ec la información que exige la normativa aplicable, así como las actuaciones relativas a los procedimientos precontractual y contractual, en cada caso. La publicidad permite el acceso

del mayor número de proveedores interesados y de ofertas y garantiza una mejor adquisición para el sector público.

j) Participación nacional.

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 poder público.

Los principios que informan, sustentan y presiden la contratación pública en el Ecuador, son congruentes con el marco axiológico que ha diseñado la Carta Constitucional para la Administración Pública en general definida por el Texto Fundamental como un servicio a la colectividad, regida por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación¹⁶, lo que a su vez guarda congruencia con los deberes primordiales del Estado, relativos a garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución, garantizar la ética laica como sustento del quehacer público y el ordenamiento jurídico, y garantizar a sus habitantes el derecho a vivir en una sociedad democrática y libre de corrupción¹⁷, y en el contexto de los deberes y responsabilidades que tiene todo ecuatoriano de administrar honradamente y con apego irrestricto a la ley el patrimonio público, denunciar y combatir los actos de corrupción, asumir las funciones públicas como un servicio a la colectividad, rendir cuentas a la sociedad y a la autoridad, de acuerdo con la ley, y

¹⁶ Constitución de la República, Art. 227.

¹⁷ Constitución de la República, Art. 3.

participar en la vida política, cívica y comunitaria del país, de manera honesta y transparente¹⁸.

¹⁸ Constitución de la República, Art. 83.

1.3. DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.

A.- PRINCIPALES DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LA ENTIDAD CONTRATANTE

1. DERECHO A EXIGIR EL CUMPLIMIENTO PERSONAL DEL CONTRATO.

En la contratación pública, sea cual fuere el sistema adoptado, la entidad del sector público contrata con la persona que ha seleccionado por estimarla la más idónea para el cumplimiento de las obligaciones adquiridas. La entidad ha decidido vincularse contractualmente con esa persona y no con otra, y lo es no por capricho, sino porque el servicio, la necesidad, el interés público, deben ser atendidos del mejor modo posible.

La correcta ejecución del contrato implica la intervención personal del contratista, sin que pueda transferirlo o cederlo a otras personas, ni siquiera subcontratar parcialmente por su sola voluntad. Este es uno de los elementos característicos del contrato administrativo, debido a su naturaleza especial, por lo que debe observárselo obligatoriamente, a pesar de no habérselo incluido en el texto del contrato.

La LOSNCP prohíbe ceder los derechos y obligaciones emanados del contrato (Art. 78), o cual es plenamente fundamentado en el campo de la contratación pública, puesto que el contratista fue quien participó en el correspondiente procedimiento precontractual, haya habido proceso de selección o no, y a quien se le adjudicó el contrato. Se parte del hecho que su oferta y él fueron evaluados y calificados y cumplieron con todos los

requisitos previamente establecidos, por lo que es exclusivamente él quien debe ejecutar el contrato.

Permitir la cesión del contrato significaría una total distorsión del sistema de contratación pública, y daría pie a situaciones anómalas y perjudiciales para el interés público, como por ejemplo la instauración de un deliberado *modus operandi* consistente en participar frecuentemente en procesos, resultar adjudicatario, no ejecutar el respectivo contrato y más bien ceder los derechos y obligaciones de él emanados.

Lo que sí permite la LOSNCP (Art. 79) es que el contratista subcontrate la ejecución parcial del contrato con personas naturales o jurídicas registradas en el RUP, bajo su riesgo y responsabilidad, hasta por el 30% del monto del contrato reajustado. El encargo de ciertos trabajos a terceros por parte del contratista, no significa vinculación de aquellos con la entidad contratante y, por consiguiente, no existirán derechos ni obligaciones mutuas. El vínculo se constituye entre el contratista y sus colaboradores, cuyos resultados en nada afectarán la ejecución del contrato a que está obligado directamente con la administración.

En caso de que, de hecho cediere parte o todo el contrato, sin aprobación de la entidad contratante, el contratista incurriría en una falta grave que le acarrearía consecuencias negativas y hasta la terminación del contrato por contravención a la ley. El cesionario, por su parte, tiene derecho a reclamar al contratista puesto que ningún nexo legal lo liga con la entidad contratante y, además, por la presunción de derecho del conocimiento general de la ley. En suma, el contratista escogido por su solvencia moral, técnica y económica, entre otros requisitos, es quien debe ejecutar el contrato.

2. DERECHO A REQUERIR QUE SE CUMPLA EL OBJETO CONTRACTUAL.

Uno de los elementos esenciales del contrato es el objeto, que comprende los bienes del suministro, las obras a ejecutar, los servicios materia de la prestación, etc. El derecho público ecuatoriano, considera objeto del contrato a las obras, los servicios o los bienes que son materia del acuerdo de voluntades. El objeto del contrato, sea simple o complejo, debe constar específicamente en el instrumento correspondiente y la entidad u organismo del sector público contratante tiene pleno derecho para exigir su cumplimiento, en las cantidades, calidades, medidas, estado y más condiciones acordadas.

3. DERECHO A LA OBSERVANCIA DEL PLAZO CONTRACTUAL.

La entidad pública contratante tiene derecho a requerir que el contratista cumpla las obligaciones contraídas, dentro del plazo estipulado en el contrato. El plazo es un requisito fundamental de los contratos administrativos, vinculado a otras cláusulas y sin el cual, no puede determinarse su cumplimiento. En realidad, está íntimamente ligado al inicio del contrato, a la conclusión del mismo, a la elaboración de programas y cronogramas de trabajo, a la ejecución parcial y total del objeto del contrato, a la efectivización de sanciones, a los ajustes de precios, etc.

Los plazos acordados deben ser cumplidos por el contratista y su desacato ocasiona sanciones que pueden consistir en multas económicas, el cobro de las garantías y aún la terminación del contrato. El contratista puede quedar eximido del retardo por acciones u omisiones de la entidad pública contratante, por medidas gubernamentales o por fuerza mayor o caso fortuito. En la práctica, el contratista puede verse impedido de ejecutar el

contrato por acciones de la entidad contratante que le imposibiliten hacerlo, requiriéndose solamente un razonable impedimento y no que éste sea absoluto y total.

Los efectos de esa conducta del sector público deben reunir los requisitos de ser inevitables, imprevisibles, impredecibles, reales y efectivos para imposibilitarle al contratista cumplir sus obligaciones. Por ejemplo, una vez celebrado el contrato y firmada la escritura pública para la construcción de un edificio, la entidad ordena que el contratista no comience la obra. Entre las omisiones de la institución contratante, podemos mencionar la falta de entrega del anticipo pactado como condición para iniciar la ejecución del contrato; la falta de entrega de ciertos documentos, como el permiso de importación en el contrato de suministro; y otras.

El incumplimiento de las obligaciones del sector público contratante, ha sido considerado también entre las causas de exoneración del retardo en la observancia del plazo por el contratista. La doctrina ha tenido opiniones contradictorias, pues mientras algunos autores estiman que esta causa no surte efectos válidos, otros si la aceptan. En nuestro país, se acepta como eximente del retardo, habiéndose contemplado especialmente la falta de pago oportuno de las planillas de obra ejecutada, servicios prestados o bienes entregados fundándose en el principio de la bilateralidad contractual administrativa.

Sobre la fuerza mayor o el caso fortuito existe diversidad de criterios e, inclusive, algunas legislaciones consideran como dos figuras jurídicas separadas e independientes, mientras que otras lo hacen como una sola. El caso fortuito es el hecho no imputable a la voluntad del obligado, que impide y excusa el cumplimiento de sus obligaciones. La fuerza mayor consiste en el hecho imprevisto, imprevisible e inevitable, ajeno a la voluntad de las

partes, que imposibilita absolutamente la ejecución del contrato. La fuerza mayor, para que pueda servir de eximente al contratista debe reunir tres condiciones: 1º El hecho invocado debe ser independiente de la voluntad del contratista; 2º El contratista no debe haber podido prever, prevenir ni evitar el hecho; y, 3º El hecho debe colocar al deudor en la imposibilidad absoluta de cumplir sus obligaciones. En general, la fuerza mayor debe reunir cuatro elementos: exterioridad, imprevisibilidad, irresistibilidad y actualidad.

En el Ecuador, la fuerza mayor o caso fortuito está definido en forma unitaria por el Código Civil, en los siguientes términos: "Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc." (Código Civil, art. 30). Los acontecimientos imprevistos de la fuerza mayor pueden provenir de la naturaleza o del hombre. En el primer caso hechos como aluviones, terremotos, deslaves, hundimientos, incendios, erupciones volcánicas, naufragios, etc. En el segundo, pueden provenir de acciones humanas, como el apresamiento por un agente de policía, el impedimento físico al contratista de ingresar al sitio de la ejecución del contrato, el plagio de una persona, guerras, revoluciones, actos terroristas y otros.

La duración de los efectos de la fuerza mayor puede ser transitoria o definitiva. La duración transitoria que imposibilitó definitivamente la ejecución del contrato, una vez concluida, puede permitir, según el caso, la continuación del cumplimiento del contrato, eximiendo completamente del retardo al contratista, por igual tiempo que el de la duración de la fuerza mayor. La definitiva es irreparable por lo que torna imposible el cumplimiento del contrato, debiendo terminar por motivos independientes a la voluntad de las partes.

4. EL MANTENIMIENTO DEL PRECIO.

El precio debe ser respetado por el contratista, y la administración tiene derecho para exigir que así se proceda, de acuerdo al contrato y a las leyes que incidan en él, lo cual señala la exigencia de establecer un precio definido en todo contrato. Pero la firmeza del precio, indispensable en todo contrato administrativo como requisito substancial que no puede ser modificado unilateralmente, por ninguna de las partes, no debe entenderse que es inmutable, ya que, existen varias causas que permiten ajustes razonables, fundamentados en el ordenamiento jurídico vigente para ello y en las estipulaciones contractuales.

5. DERECHO A MODIFICAR EL CONTRATO.

Entre los caracteres que distinguen al contrato administrativo, está la facultad de la administración para modificar el contrato, a pesar de no encontrarse incluida en el pliego de condiciones o de las bases de la contratación. Pero tales modificaciones no pueden hacerse en forma arbitraria porque el interés privado del particular es tan legítimo como el público, por precepto constitucional. La ley determina los límites de las modificaciones y de excederse la administración, el particular puede pedir la terminación del contrato y demandar daño emergente y lucro cesante. En definitiva, el interés público del Estado y el interés privado del particular, están protegidos por la Constitución y regulados por la ley.

Los contratos complementarios están catalogados como accesorios por lo que necesariamente existen como consecuencia de otros. Para celebrar un contrato complementario hay que tener primero un principal que subsiste por si mismo e independientemente de cualquier otro. En realidad, para que pueda hablarse de contrato principal (ya que el término expresa

relación y jerarquía) debe existir otro conexo y dependiente del mismo; si no, se está propiamente ante un contrato aislado, sin punto de referencia posible para la comparación de principal.

Para que un contrato de esta clase sea procedente, la ley exige¹⁹: a) La existencia de un contrato de obra o servicio; b) Que hayan causas imprevistas o técnicas, debidamente motivadas, presentadas con su ejecución; c) La real necesidad de ampliar, modificar o complementar la obra o servicio; e) Que su monto no supere el treinta y cinco por ciento del principal; f) Las garantías ordenadas por la ley; y, g) Las condiciones debidamente elaboradas. A estos requisitos hay que agregar otros como la disponibilidad de fondos y partida presupuestaria, la fórmula de reajuste de precios, la vigencia del contrato principal, etc.

6. DERECHO A LA FISCALIZACIÓN Y CONTROL.

Entre las facultades propias del Estado y las entidades del sector público, se encuentra la de fiscalizar y controlar la ejecución de los contratos administrativos. Esta fiscalización y control se ejerce en todos los contratos para verificar cantidades, calidades, plazos, medidas y, en fin, el cumplimiento de las condiciones estipuladas. Especialmente en las obras públicas, se aplica una fiscalización permanente a lo largo de su ejecución, ya que a más de ser una facultad es una obligación de las entidades públicas contratantes.

7. DERECHO A LA TERMINACIÓN ANTICIPADA UNILATERAL.

¹⁹ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Arts. 85 y ss.

En criterio más o menos generalizado, por la posición preferente que ocupa la administración pública dentro de la contratación administrativa, debido a los intereses sociales que representa, cuenta con determinados privilegios respecto de su contratista. Esta superioridad se expresa en las denominadas cláusulas exorbitantes, que no hacen sino facultar a la entidad para que unilateralmente pueda dar por terminado el contrato en cuestión, sin que para ello sea necesario impulsar un proceso jurisdiccional. De esta manera, la sola voluntad de la institución que representa al Estado, podrá dar por terminado el contrato sin requerir del consentimiento de su contraparte.

La facultad con que cuenta la administración pública para declarar la terminación en forma unilateral y anticipada de los contratos, no puede ser entendida como una oportunidad para incurrir en arbitrariedades. Es por ello que la ley de la materia prevé taxativamente las razones o causales, que fundamentan dichas actuaciones. La entidad contratante podrá declarar terminada anticipada y unilateralmente los contratos, en los siguientes casos (Art. 94 LOSNCP): 1. Por incumplimiento del contratista; 2. Por quiebra o insolvencia del contratista; 3. Si el valor de las multas supera el monto de la garantía de fiel cumplimiento del contrato; 4. Por suspensión de los trabajos, por decisión del contratista, por más de 60 días, sin que medie fuerza mayor o caso fortuito; 5. Por haberse celebrado contratos contra expresa prohibición a la Ley; 6. En los demás casos estipulados en el contrato, de acuerdo con su naturaleza; y, 7. La entidad contratante también podrá declarar terminado anticipada y unilateralmente el contrato cuando, ante circunstancias técnicas o económicas imprevistas o de caso fortuito o fuerza mayor, debidamente comprobadas, 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.

Declarada la terminación unilateral del contrato mediante resolución motivada, ésta se notificará al contratista y se publicará en el portal www.compraspublicas.gov.ec y en la página WEB de la entidad contratante. La declaración de terminación unilateral del contrato inhabilitará de forma automática al contratista registrado en el RUP (Art. 146 RGLOSNC).P).

Antes de proceder a la terminación unilateral, la entidad contratante notificará al contratista, con la anticipación de 10 días término, sobre su decisión de terminarlo unilateralmente. Junto con la notificación, se remitirán los informes técnico y económico, referentes al cumplimiento de las obligaciones de la entidad contratante y del contratista. La notificación señalará específicamente el incumplimiento o mora 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, 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 compras públicas. La resolución de terminación unilateral 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 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. Solo 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.

La declaración unilateral de terminación del contrato dará derecho a la entidad contratante a establecer el avance físico de las obras, bienes o servicios, su liquidación financiera y contable, a ejecutar las garantías de fiel cumplimiento y, si fuere del caso, en la parte que corresponda, la garantía por el anticipo entregado debidamente reajustados hasta la fecha de terminación del contrato, teniendo el contratista el término de 10 días para realizar el pago respectivo. Si vencido el término señalado no efectúa el pago, deberá cancelar el valor de la liquidación más los intereses fijados por el Directorio del Banco Central del Ecuador, los que se calcularán hasta la fecha efectiva del pago. La entidad contratante también tendrá derecho a demandar la indemnización de los daños y perjuicios, a que haya lugar. Una vez declarada la terminación unilateral, la entidad contratante podrá volver a contratar inmediatamente el objeto del contrato que fue terminado, para lo cual se observará el procedimiento de cotización previsto en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (Art. 95 LOSNCP).

Una de las causales de terminación unilateral es el haberse celebrado el contrato contra expresa prohibición, al respecto, en el D.E. 1793 (R.O. 621-S, 26-VI-2009) se dispone que el requisito previo a la calificación y habilitación de una persona jurídica como oferente será 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 los Arts. 62, 63 y 64 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; en cuanto al domicilio de las personas jurídicas, se establece que las compañías radicadas en los “paraísos fiscales” determinados por el SRI, serán descalificadas. La falta de notificación a la institución contratante y de aceptación de ésta, de la transferencia, cesión, enajenación, bajo cualquier modalidad, de las acciones, participaciones que sea igual o más del 25% del

capital; será causal de terminación unilateral y anticipada del contrato prevista en el Art. 78 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Las entidades del sector público no son contratantes comunes y corrientes, sino personas jurídicas especiales, dotadas de prerrogativas de las que carecen las del sector privado. Tales prerrogativas le permiten tomar ciertas decisiones en bien del interés público y, desde luego, despojadas de toda arbitrariedad. Con ese criterio, las entidades públicas contratantes, pueden decidir, fundamentalmente, la extinción anticipada del contrato, pagando todas las indemnizaciones económicas al contratista. Es la facultad que la doctrina denomina facultad rescisoria de la administración.

8. DERECHO A REQUERIR EL CUMPLIMIENTO DE LAS DEMÁS OBLIGACIONES DEL CONTRATO.

El Estado y las entidades del sector público contratante tienen, por último, justo derecho a exigir que el contratista cumpla a cabalidad las demás obligaciones adquiridas, ciñéndose a la ley, a las bases del contrato y a las condiciones acordadas. Hay medidas administrativas y jurisdiccionales que, de acuerdo al régimen correspondiente a cada contrato y a los principios generales de esta clase de contratación, pueden adoptarse, en caso de que se desatendieren las obligaciones de los contratistas.

B.- PRINCIPALES DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA.

1. DERECHO AL MANTENIMIENTO DEL OBJETO DEL CONTRATO.

Determinado concretamente el objeto del contrato sobre el que recae la convención, debe ser respetado por las partes y, las modificaciones que

sean posibles de introducir no han de variar la parte esencial de ese objeto, sino, por el contrario, conducirán a perfeccionarlo mejor. Las modificaciones que pueden hacerse durante la ejecución del contrato, están previstas por la ley, como corresponde al accionar de los funcionarios que representan a las entidades públicas interesadas.

En los contratos de obras públicas, por ejemplo, si se estipuló como objeto la carretera lastrada del punto A al punto B, así debe cumplírsele y no podrían celebrarse un contrato modificatorio para que se entregue la vía totalmente asfaltada, por el mismo precio pactado originalmente. Igual, para el caso inverso. En los contratos de adquisición de bienes no podría cambiarse los que se contrataron entre la entidad pública y el contratista particular, con otros distintos. En los contratos de prestación de servicios sería inaceptable cambiar fundamentalmente el objeto del contrato, por ejemplo, en vez de transporte de bunker para una planta termoeléctrica, cambiar a transporte de cemento, en cuyo caso variaría hasta el tipo de embarcación o vehículo.

Se considera que en esos supuestos, lo procedente sería la terminación y la liquidación del contrato vigente y la celebración de un nuevo contrato que sea el necesario para los intereses de la entidad, reconociendo las indemnizaciones económicas respectivas.

2. DERECHO AL PRECIO Y FORMA DE PAGO.

El precio constituye uno de los componentes esenciales del control administrativo y para el contratista particular es elemento fundamental de su interés, al mismo tiempo que el medio necesario para el cumplimiento de sus obligaciones en la mayoría de los casos. De allí que el contratista particular tiene derecho a que se le pague el precio pactado, en la oportunidad y

condiciones estipuladas, ya consista en el pago total contra entrega de bienes, en anticipos, en pagos graduales por obra realizada o por servicios, etc.

El precio establecido debe pagarse en el lugar, en el tiempo, en la forma y en las condiciones que hayan sido fijadas por las partes en el contrato o por acuerdo posterior, y la observancia de estas circunstancias sirve también a mantener su real intangibilidad. El precio contractual debe ser definido y precisado en todo caso, y conservárselo por las partes contratantes, lo cual no quiere decir que sea invariable, porque sabemos que pueden efectuarse ciertos ajustes permitidos por la ley y los términos del contrato.

En los contratos de obras públicas en que el contratista se vea obligado a realizar determinados trabajos adicionales, debido a las necesidades surgidas al momento de la ejecución, al mejor cumplimiento del contrato, o por disposiciones de los funcionarios autorizados de la entidad contratante, tiene derecho a que se le paguen oportunamente los costos en los que hubiere incurrido. En los casos en que la entidad pública contratante, sin justificación legal suficiente, demorare los pagos estipulados, está obligada a reconocer en favor del contratista particular, los intereses consiguientes, y éste tiene el derecho de reclamarlos, sin perjuicio de otros efectos correlativos, de preferencia, cuando el retardo fuere excesivo.

3. DERECHO AL MANTENIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO FINANCIERO.

Mientras el sector público contrata para satisfacer las necesidades colectivas, el contratista del sector privado, lo hace también para obtener una justa utilidad. Con el fin de mantener el equilibrio económico financiero

del contrato, existen mecanismos legales que pueden adoptarse. La revisión de los contratos es conveniente para la mejor ejecución de la obra o la debida prestación de los servicios para obviar la rescisión a que tienen derecho los particulares, para evitar el incumplimiento del contrato, la interrupción de la ejecución, la quiebra del contratista y las malas calidades o condiciones en que se cumpla.

Las partes no deben sufrir las consecuencias de los acontecimientos que no podrían prever en el momento de la realización del contrato. La Administración, tanto por justicia como por el propio interés de que el servicio o la obra se realice en debida forma, deben revisar sus contratos, aunque esto le cause una carga económica, mejorando los precios de la contratación. Cuando ciertos acontecimientos no previstos provocan un desequilibrio en la economía de un contrato, antes de que éste se resuelva, el contratante que resultara lesionado, tiene derecho a reclamar una compensación de la parte beneficiada. Se requieren tres características: posibilidad física y material de que la obligación se cumpla, aun afectada por el riesgo imprevisible; el cumplimiento de la obligación se hace gravoso a una de las partes por circunstancias sobrevenidas; el beneficio de la otra parte debe una compensación al gravado. La hipótesis es distinta de la que da lugar a la fuerza mayor en la cual no hay posibilidad material de cumplir la obligación.

Puesto que el contratista particular colabora con el sector público en la ejecución de obras, la prestación de servicios u otras actividades públicas análogas, merece protección, apoyo y cooperación de la entidad contratante para el correcto cumplimiento de su contrato, por lo que debe revisar los contratos cuya parte económica resulte alterada por razones imprevisibles, con arreglo a las leyes aplicables. Lo mismo cuando la causa de tal cambio en perjuicio del contratista, provenga del denominado en la doctrina como

“hecho de príncipe”, es decir, disposiciones o medidas gubernamentales o de la propia entidad contratante, en ejercicio de sus potestades de autoridad pública.

El principio de la supremacía del interés público sobre el interés privado, que campea en toda la contratación administrativa, no puede en manera alguna alterar la parte económico financiera de la contratación, en cualquiera de sus manifestaciones, ya que en este aspecto las partes contratantes (Estado y particular) son iguales ante la ley. La inserción de la cláusula de reajuste de precios constituye una solución parcial al problema inflacionario, y en cuanto a los efectos jurídicos en los contratos, la inflación ignora los principios de justicia conmutativa que rigen las relaciones contractuales, ya que, siendo la esencia de todo contrato bilateral la equivalencia o equilibrio de las prestaciones, al producirse el fenómeno de la inestabilidad del poder adquisitivo de la moneda, se deberá procurar que al momento del cumplimiento de dichas obligaciones se mantenga la situación de “equivalencia” que las partes han querido al contratar. De otro modo, a los contratos conmutativos la inflación los convierte casi en aleatorios cuando son de tracto sucesivo.

La indemnización por el hecho de príncipe, debe ser integral y cubrirá el daño emergente y el lucro cesante. La jurisprudencia nacional sostiene que no se puede pensar que una persona se comprometa a realizar una obra, como contratista, mediante convenio bilateral conmutativo, sin proteger razonablemente su utilidad. Las causas que pueden romper el equilibrio económico financiero del contrato son: a) medidas, decisiones o leyes dictadas por el Estado; b) acciones u omisiones de la entidad pública contratante, como el incumplimiento de sus obligaciones o el cumplimiento inoportuno e indebido de ellas; c) motivos independientes a la voluntad de las partes (imprevisión); y, d) razones de fuerza mayor o caso fortuito

cuando son temporales y que, al cesar, permiten continuar la ejecución del contrato. El reajuste de precios se efectúa con sujeción a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento General.

4. DERECHO A INTERRUMPIR LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO.

El derecho común, al regular el efecto de las obligaciones, dispone que en "los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora, dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumple por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos" (Código Civil, Art.1568). No hay consenso en aceptar la fiel aplicación de este precepto en forma absoluta, en el contrato administrativo. En nuestro país se ha aceptado la tesis de que no puede obligarse a una de las partes contratantes el cumplimiento de las estipulaciones contractuales si la otra ha incumplido las suyas. Los principios de igualdad, económico y jurídico, fundamentan suficientemente el derecho del contratista para suspender la ejecución del contrato, cuando la entidad pública incumpla sus obligaciones y afecte de modo importante el desarrollo normal del mismo. El derecho le asiste al contratista, siempre que el incumplimiento de la entidad contratante no obedezca a culpa de aquél, veraz y documentadamente probado.

5. DERECHO A LA TERMINACIÓN O RESOLUCIÓN DEL CONTRATO.

En los contratos bilaterales privados que se rigen por el derecho civil va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. En ese evento, el otro contratante está facultado para pedir, a su voluntad, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios (Código Civil, Art. 1505). En el derecho público, obligatoriamente debe constar en todo proyecto de contrato licitado y

concurado, las cláusulas relativas a la terminación del contrato: por causas generales, unilateral administrativa, por mutuo acuerdo y la demanda para la resolución por culpa de la entidad.

Por regla general, en todo contrato administrativo, cualquiera que sea el sistema que se haya seguido para su celebración, se exige la referida condición, detallando las causas y el procedimiento que se adoptará en caso de llegarse a la terminación o a la resolución del contrato. En los eventos de fuerza mayor o caso fortuito; de medidas, decisiones o leyes dictadas por el Estado; o en presencia de acciones u omisiones de la entidad contratante que imposibiliten la ejecución de contrato, el contratista particular tiene derecho para requerir su terminación o resolución.

6. DERECHO INDEMNIZATORIO POR LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO.

El Estado y las entidades del sector público, en virtud de sus potestades especiales, están facultados para decidir unilateralmente la terminación del contrato, por exigirlo así el interés público y la conveniencia para los intereses nacionales. Pero esas prerrogativas que se asientan en motivaciones superiores de la organización estatal, no deben ejercitarse en perjuicio del contratista particular que ha sido escogido para vincularse jurídicamente con las personas públicas, por la vigencia de las garantías constitucionales y el orden interno que es uno de los fines del Estado.

Cuando se haga necesaria la terminación unilateral del contrato administrativo por voluntad de las entidades del sector público, procede correlativamente el pago de daños y perjuicios, atento el principio constitucional que consagra la obligación indemnizatoria del Estado y las entidades públicas, por los perjuicios que irroguen a los particulares.

El contratista podrá ejercer su derecho a ser indemnizado por los siguientes motivos: 1) En los casos que el sector público haga uso de sus prerrogativas y facultades propias para terminar el contrato; y, 2) En aquellos en que, por decisiones, medidas o leyes emanadas del Estado, o por acciones u omisiones de la entidad contratante, se vea obligado a requerir la terminación del contrato. Las prestaciones indemnizatorias derivadas, comprenderán los conceptos de daño emergente y lucro cesante.

7. DERECHO A REQUERIR EL CUMPLIMIENTO DE LAS DEMÁS OBLIGACIONES CONTRACTUALES.

La naturaleza de las relaciones bilaterales en todo contrato administrativo, incluida su especificidad, crea derechos y obligaciones recíprocos. De allí que el contratista particular puede requerir, ya en la vía administrativa, ya en la jurisdiccional, que la entidad contratante cumpla las demás obligaciones estipuladas. La falta del correcto y oportuno cumplimiento de las obligaciones por parte de las entidades del sector público, puede acarrear los siguientes efectos: a) El pago de intereses por el retardo ocasionado; b) La exculpación del retardo en el cumplimiento parcial o total del plazo; c) El reconocimiento de la interrupción justificada en la ejecución del contrato; d) El pago de daños y perjuicios resultantes; y, e) La facultad de que el contratista requiera la terminación del contrato, si las causas lo ameritaren.

CAPÍTULO II

LA CONFLICTIVIDAD EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

2.1. EL CONFLICTO.

Ordinariamente se define al conflicto como una diferencia de intereses percibida, o una creencia que las partes en sus aspiraciones normales, no pueden alcanzar simultáneamente; o, como intereses opuestos relativos a recursos escasos con objetivos divergentes y frustración; un proceso cognitivo que implica percepciones de metas incompatibles por parte de, al menos, dos individuos; proceso cognitivo-emocional en el que dos personas perciben metas incompatibles dentro de su relación de interdependencia y el deseo de resolver sus diferencias de poder²⁰.

Existe conflicto cuando hay confrontación de intereses. Los elementos básicos que aparecen en la confrontación son: poder (capacidad de coacción), necesidades (búsqueda de satisfactores), valores (creencias centrales), intereses (objetivos deseados) y percepción y comunicación (interpretación y expresión).

Desde una reflexión filosófica, el conflicto y la lucha son innatos en todos los animales, incluyendo al hombre; el conflicto se origina en la

²⁰ La *Conflictología* es el compendio de conocimientos y habilidades para comprender e intervenir en la resolución pacífica y no violenta de los conflictos sociales. Es una disciplina que las contiene todas, incluso la matemática, la física teórica o la biología. Evidentemente son especialmente las ciencias sociales las que más aportan en la comprensión de los conflictos. La *facilitación* es la acción de intervenir en la solución de conflictos, así como también se utilizan términos como *mediación*, *conciliación* o *pacificación*. *Conflictólogo* es la denominación de quien estudia e interviene en la solución de conflictos desde la no violencia, también conocido como "facilitador". Sinónimos de conflictología son *Resolución de Conflictos* y *Transformación de Conflictos*.

naturaleza de las sociedades y depende de cómo se han estructurado; es funcional para el sistema social; ocurre porque se persiguen objetivos incompatibles; es consecuencia de la deficiente comunicación, mala percepción, defectuosa socialización y otros procesos inconscientes; el conflicto es un proceso que pasa en todas las sociedades y en todas existe una regulación del mismo. Hobbes señaló tres fuentes del conflicto: la primera es la competencia; la segunda, la desconfianza; y, la tercera, la gloria²¹.

El “núcleo del conflicto” está constituido por el poder y sus distintas manifestaciones, en la medida en que el poder está presente de continuo en las relaciones sociales. El recurso al poder y a la influencia tiene por objeto resolver algún conflicto en el sentido de conseguir objetivos personales que están limitados por algo o alguien.

La “estructura del conflicto” es compleja, tiene diversidad de elementos, y son entre otros: la meta (objetivos que pretenden las partes en conflicto), el contexto (marco en que se desarrolla el conflicto), las partes (número de las partes en conflicto), el poder (relaciones de poder entre las partes), las fuentes (primeros orígenes del conflicto), el patrón (tipología a la que puede adscribirse el conflicto), la función (del conflicto en la estructura y la relación social), las expectativas (respecto de cada una de las partes), el eje (polaridades sobre las que se desarrolla el conflicto), las vivencias (percepciones, emociones y comunicación, significado), los desencadenantes (factores que catalizan el conflicto), el ciclo (evolución en el tiempo), los métodos (estrategias y tácticas que usan los contendientes), las normas (regulaciones que sigue el ciclo del conflicto), la complejidad (aspectos vinculados a la borrosidad, el caso y el azar), el estilo (forma de

²¹ Citado por Josep Redorta, en *“Cómo analizar los conflictos”* (2004), Ediciones Paidós, Barcelona, página 34.

contender los participantes), los efectos (cómo afecta el resultado del conflicto a cada una de las partes), el ámbito (contexto específico del conflicto). Estos elementos estructurales del conflicto constituyen variables muy significativas para la comprensión del conflicto y la orientación de su solución.

Desde otra perspectiva, el conflicto es un proceso que implica movimiento a través del tiempo, por cuya razón se habla del “ciclo del conflicto” el cual implica una dinámica que sigue el esquema de tensión, punto culminante y distensión, o sus equivalentes escalada, estancamiento y desescalada: primero el conflicto aumenta y se intensifica; en segundo lugar, se produce el clímax y el estancamiento; y, finalmente, el conflicto va descendiendo de intensidad hasta su resolución.

Finalmente, se denomina “gestión del conflicto” al conjunto de estrategias metodológicas y operativas para manejar eficientemente los conflictos, actividad que involucra a la institucionalidad diseñada para el efecto, en cada sociedad u organización.

2.2. CONTROVERSIAS COMUNES SURGIDAS EN LA EJECUCIÓN CONTRACTUAL.

Toca ahora definir los caracteres del conflicto derivado de las relaciones en el ámbito de la contratación pública, que por su naturaleza y en el marco de una más amplia tipología, es catalogado en esencia, como un conflicto de intereses, pues de ordinario contratante y contratista desenvuelven sus relaciones en un clima de tensión originado por la confrontación de intereses y desacuerdos en torno a diversos tópicos de la ejecución contractual: recursos, tiempos, cantidades, calidades y otros

aspectos en juego; en definitiva, disputas motivadas por intereses en no pocos casos abiertamente contrapuestos; y, en el trasfondo de la conflictividad, divergentes interpretaciones alrededor del marco regulatorio que cobija las relaciones contractuales: normas legales, normas reglamentarias, cláusulas convencionales, etc.; y, la percepción de violación o incumplimiento de las reglas aplicables.

La palabra controversia se ha definido o utilizado como sinónimo de litigio, pleito, discusión, etc., es decir la discusión extensa y detenida sobre una materia determinada. En este caso la controversia surge como consecuencia de la ejecución de los contratos celebrados entre la administración pública y las personas naturales o jurídicas. Varias son las contingencias o situaciones que pueden afectar la normal ejecución de un contrato administrativo, bien sea porque dichas situaciones no fueron previstas por las partes o porque la previsión contractual no fue suficiente. Temas como desequilibrio de la ecuación económico-financiera, ineficacia del objeto contractual, rescisión, indemnizaciones o reajustes, recomposición de términos contractuales, daños y perjuicios, incumplimiento de obligaciones contractuales, vencimiento de plazos, prórrogas, variación de costos, modificación de plazos, vigencia de garantías, terminación unilateral, entre otros, son materia frecuente de controversias entre las partes de la contratación pública.

Un primer bloque de conflictividad tiene que ver con las formas y circunstancias de la TERMINACIÓN DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS. De conformidad con la LOSNCP²², los contratos terminan: 1.-Por cumplimiento de las obligaciones contractuales; 2.- Por mutuo acuerdo de las partes; 3. Por sentencia o laudo ejecutoriados que declaren la nulidad del contrato o la

²² LOSNCP, Art. 92.

resolución del mismo a pedido del contratista; 4. Por declaración unilateral del contratante, en caso de incumplimiento del contratista; y, 5. Por muerte del contratista o por disolución de la persona jurídica contratista que no se origine en decisión interna voluntaria de los órganos competentes de tal persona jurídica.

Por la posición preferente que ocupa la administración pública dentro de la contratación administrativa, debido a los intereses sociales que representa, cuenta con determinados privilegios respecto de su contratista. Esta superioridad se expresa en las denominadas cláusulas exorbitantes, que no hacen sino facultar a la entidad para que unilateralmente pueda dar por terminado el contrato en cuestión, sin que para ello sea necesario impulsar un proceso jurisdiccional. De esta manera, la sola voluntad de la institución que representa al Estado, podrá dar por terminado el contrato sin requerir del consentimiento de su contraparte. La facultad con que cuenta la administración pública para declarar la terminación en forma unilateral y anticipada de los contratos es una facultad reglada. La entidad contratante podrá declarar terminada anticipada y unilateralmente los contratos, en los siguientes casos²³: 1. Por incumplimiento del contratista; 2. Por quiebra o insolvencia del contratista; 3. Si el valor de las multas supera el monto de la garantía de fiel cumplimiento del contrato; 4. Por suspensión de los trabajos, por decisión del contratista, por más de 60 días, sin que medie fuerza mayor o caso fortuito; 5. Por haberse celebrado contratos contra expresa prohibición a la Ley; 6. En los demás casos estipulados en el contrato, de acuerdo con su naturaleza; y, 7. La entidad contratante también podrá declarar terminado anticipada y unilateralmente el contrato cuando, ante circunstancias técnicas o económicas imprevistas o de caso fortuito o fuerza mayor, debidamente comprobadas, el contratista no hubiere accedido a

²³ LOSNCP, Art. 94.

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. Declarada la terminación unilateral del contrato mediante resolución motivada, ésta se notificará al contratista y se publicará en el portal www.compraspublicas.gov.ec y en la página WEB de la entidad contratante. La declaración de terminación unilateral del contrato inhabilitará de forma automática al contratista registrado en el RUP (Art. 146 RGLOSNC).P).

Antes de proceder a la terminación unilateral, la entidad contratante notificará al contratista, con la anticipación de 10 días término, sobre su decisión de terminarlo unilateralmente. Junto con la notificación, se remitirán los informes técnico y económico, referentes al cumplimiento de las obligaciones de la entidad contratante y del contratista. La notificación señalará específicamente el incumplimiento o mora 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, 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 compraspublicas.gov.ec. La resolución de terminación unilateral 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 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. Solo 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.

La declaración unilateral de terminación del contrato dará derecho a la entidad contratante a establecer el avance físico de las obras, bienes o servicios, su liquidación financiera y contable, a ejecutar las garantías de fiel cumplimiento y, si fuere del caso, en la parte que corresponda, la garantía por el anticipo entregado debidamente reajustados hasta la fecha de terminación del contrato, teniendo el contratista el plazo término de 10 días para realizar el pago respectivo. Si vencido el término señalado no efectúa el pago, deberá cancelar el valor de la liquidación más los intereses fijados por el Directorio del Banco Central del Ecuador, los que se calcularán hasta la fecha efectiva del pago. La entidad contratante también tendrá derecho a demandar la indemnización de los daños y perjuicios, a que haya lugar. Una vez declarada la terminación unilateral, la entidad contratante podrá volver a contratar inmediatamente el objeto del contrato que fue terminado, para lo cual se observará el procedimiento de cotización previsto en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (Art. 95 LOSNCP).

Una de las causales de terminación unilateral es el haberse celebrado el contrato contra expresa prohibición, al respecto, en el D.E. 1793 (R.O. 621-S, 26-VI-2009) se dispone que el requisito previo a la calificación y habilitación de una persona jurídica como oferente será 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 los Arts. 62, 63 y 64 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; en cuanto al domicilio de las personas jurídicas, se establece que las compañías radicadas en los “paraísos fiscales” determinados por el SRI,

serán descalificadas. La falta de notificación a la institución contratante y de aceptación de ésta, de la transferencia, cesión, enajenación, bajo cualquier modalidad, de las acciones, participaciones que sea igual o más del 25% del capital; será causal de terminación unilateral y anticipada del contrato prevista en el Art. 78 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Por su parte, el contratista podrá demandar la resolución del contrato, por las siguientes causas imputables a la entidad contratante (Art. 96 LOSNCP): 1. Por incumplimiento de las obligaciones contractuales por más de 60 días; 2. Por la suspensión de los trabajos por más de 60 días, dispuestos por la entidad sin que medie fuerza mayor o caso fortuito; 3. 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; y, 4. 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.

Un segundo bloque de conflictos frecuentes en las relaciones jurídicas entre entidades contratantes y contratistas es el relativo al REAJUSTE DE PRECIOS. La LOSNCP ha previsto que en los contratos de ejecución de obras, adquisición de bienes o de prestación de servicios, cuya forma de pago corresponda al sistema de precios unitarios, se sujetarán al sistema de reajuste de precios. Serán también reajustables los contratos de consultoría que se suscribieran bajo cualquier modalidad²⁴. Para la aplicación de las fórmulas, los precios e índices de precios serán proporcionados por el

²⁴ LOSNCP, Art. 82.

Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INEC), mensualmente, dentro de los 10 días del mes siguiente, de acuerdo con su propia reglamentación. Para estos efectos, el Instituto Nacional de Contratación Pública mantendrá permanente coordinación con el INEC. Si por la naturaleza del contrato, el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos no pudiere proporcionar los precios e índices de precios, la respectiva entidad, solicitará al INEC la calificación de aquellos, tomándolos de publicaciones especializadas. El INEC, en el término de 5 días contados 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 entidad²⁵. No serán aplicables el reajuste de precios para los contratos integrales por precio fijo²⁶.

En el caso de producirse variaciones en los costos de los componentes de los precios unitarios estipulados en los contratos de ejecución de obras que celebren el Estado o las entidades del sector público, los costos se reajustarán, para efectos de pago del anticipo y de las planillas de ejecución de obra, desde la fecha de variación, mediante la aplicación de fórmulas matemáticas que constarán obligatoriamente en el contrato, en base a la siguiente fórmula general prevista en el Art. 127 del Reglamento General de la LOSNCP:

$$Pr = Po(p1B1/Bo+p2C1/Co+p3D1/Do+p4E1/Eo... pnz1/Zo + pxX1/Xo)$$

Los símbolos anteriores tienen el siguiente significado:

Pr = Valor reajustado del anticipo o de la planilla.

²⁵ LOSNCP, Art. 83.

²⁶ LOSNCP, Art. 84.

Po = Valor del anticipo o de la planilla calculada con las cantidades de obra ejecutada a los precios unitarios contractuales descontada la parte proporcional del anticipo, de haberlo pagado.

p1 = Coeficiente del componente mano de obra.

p2, p3, p4... pn = Coeficiente de los demás componentes principales.

px = Coeficiente de los otros componentes, considerados como "no principales", cuyo valor no excederá de 0,200.

Los coeficientes de la fórmula se expresarán y aplicarán al milésimo y la suma de aquellos debe ser igual a la unidad.

Bo = Sueldos y salarios mínimos de una cuadrilla tipo, fijados por ley o acuerdo ministerial para las correspondientes ramas de actividad, más remuneraciones adicionales y obligaciones patronales de aplicación general que deban pagarse a todos los trabajadores en el país, exceptuando el porcentaje de la participación de los trabajadores en las utilidades de empresa, los viáticos, subsidios y beneficios de orden social; esta cuadrilla tipo estará conformada sobre la base de los análisis de precios unitarios de la oferta adjudicada, vigentes treinta días antes de la fecha de cierre para la presentación de las ofertas que constará en el contrato.

B1 = Sueldos y salarios mínimos de una cuadrilla tipo, expedidos por la ley o acuerdo ministerial para las correspondientes ramas de actividad, más remuneraciones adicionales y obligaciones patronales de aplicación general que deban pagarse a todos los trabajadores en el país, exceptuando el porcentaje de participación de los trabajadores en las utilidades de la empresa, los viáticos, subsidios y beneficios de orden social; esta cuadrilla tipo estará conformada sobre la base de los análisis de precios unitarios de la oferta adjudicada, vigente a la fecha de pago del anticipo o de las planillas de ejecución de obra.

Co, Do, Eo,...Zo = Los precios o índices de precios de los componentes principales vigentes treinta días antes de la fecha de cierre para la presentación de las ofertas, fecha que constará en el contrato.

CI, DI, EI,...ZI = Los precios o los índices de precios de los componentes principales a la fecha de pago del anticipo o de las planillas de ejecución de obras.

Xo = Índice de componentes no principales correspondiente al tipo de obra y a la falta de éste, el índice de precios al consumidor treinta días antes de la fecha de cierre de la presentación de las ofertas, que constará en el contrato.

X1 = Índice de componentes no principales correspondiente al tipo de obra y a falta de éste, el índice de precios al consumidor a la fecha de pago del anticipo o de las planillas de ejecución de obras.

Las entidades deberán hacer constar en los contratos la o las fórmulas aplicables al caso con sus respectivas cuadrillas tipo, que se elaborarán sobre la base de los análisis de precios unitarios de la oferta adjudicada, definiendo el número de términos de acuerdo con los componentes considerados como principales y el valor de sus coeficientes (Art. 128, inc. 1 RGLOSNC). Se entenderá como "valor de reajuste de precios" la diferencia entre el monto de Pr (valor reajustado del anticipo o de la planilla) menos el valor Po (valor del anticipo o de la planilla calculada con las cantidades de obra ejecutada a los precios unitarios contractuales, descontada la parte proporcional del anticipo, de haberlo pagado) (Art. 133 RGLOSNC).

En los contratos de prestación de servicios sujetos a la ley, se estipularán fórmula o fórmulas de reajuste de precios, en base a los componentes del servicio, las mismas que serán elaboradas por la propia entidad, siguiendo igual procedimiento que para el contrato de ejecución de obra. Los contratos de adquisición de bienes con entrega y pagos

inmediatos no se sujetarán a reajuste de precios (Arts. 140 y 141 RGLOSNCNCP).

En los contratos de consultoría, se podrá hacer constar la fórmula o fórmulas matemáticas de reajuste, que contendrán los componentes por reajustarse, el valor de los coeficientes, la periodicidad y las condiciones de su aplicación, de acuerdo a la naturaleza del servicio contratado. (Art. 142 RGLOSNCNCP). El valor del anticipo y de las planillas de ejecución de servicios, se reajustaran si se produjeran variaciones en los componente en los precios unitarios estipulados en los contratos de consultoría, desde la fecha de variación, mediante la aplicación de la o las fórmulas de reajuste que se incluyan en el contrato. No se reconocerá reajuste de precios a los salarios negociados y contratados para el personal extranjero no residente en el Ecuador, ni en los contratos o aquellas partes de los mismos que no fueren elaborados en el Ecuador. En caso de mora o retardo en la presentación de cada planilla, imputable al consultor, se reconocerá el reajuste de precios a la fecha en que debió presentarla, de conformidad con el cronograma vigente. En caso de mora de la entidad contratante en el pago de planillas, se reajustarán hasta la fecha en que se las cubra, por lo cual no causarán intereses. Las instituciones contratantes de consultoría deberán prever el financiamiento necesario para cubrir los reajustes de precios. El consultor presentará la planilla con los precios contractuales y la planilla de reajuste, esta última calculada de acuerdo con la fórmula estipulada en el contrato, valores que serán pagados hasta en el término máximo de 20 días de su presentación. (Art. 143 RGLOSNCNCP).

Un tercer bloque de conflictividad tiene relación con el régimen de MULTAS aplicables en la contratación pública. De acuerdo con la

LOSNC²⁷, en los contratos se estipulará obligatoriamente cláusulas de multas, así como una relacionada con el plazo en que la entidad deberá proceder al pago del anticipo, en caso de haberlo; el que no podrá exceder del término de 30 días. Las multas se impondrán por retardo en la ejecución de las obligaciones contractuales conforme al cronograma valorado, así como por incumplimientos de las demás obligaciones contractuales, las que se determinarán en relación directa con el monto total del contrato y por cada día de retraso. Las multas impuestas al contratista pueden ser impugnadas en sede administrativa, a través de los respectivos recursos, o en sede judicial o arbitral.

Un cuarto bloque de conflictos es el RÉGIMEN DE GARANTÍAS aplicable en la contratación pública. En la mayoría de los contratos a que se refiere la LOSNC, los contratistas deben rendir garantías que pueden consistir en: 1.- Garantía incondicional, irrevocable y de cobro inmediato, otorgada por un banco o institución financiera establecidos en el país o por intermedio de ellos; 2.- Fianza instrumentada en una póliza de seguros, incondicional e irrevocable, de cobro inmediato, emitida por una compañía de seguros establecida en el país; 3.- Primera hipoteca de bienes raíces, siempre que el monto de la garantía no exceda del 60% del valor del inmueble hipotecado, según el correspondiente avalúo catastral correspondiente; 4.- 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

²⁷ LOSNC, Art. 71.

pertenecerán al proveedor; y, 5.- 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 contrato²⁸.

Estas garantías podrán constituirse por alguna de ellas o por una combinación de las mismas. La elección de la forma de garantía queda a opción del contratista pero deberá observarse lo previsto por la entidad contratante en los pliegos. Todas las garantías, asegurarán el total cumplimiento de las obligaciones pertinentes, debiendo constituirse en forma independiente para cada contratación. En todo proceso de contratación pública, las garantías se emitirán en dólares de los Estados Unidos de América, moneda de curso legal en el país (Art. 117 RGLOSNCNCP).

No se exigirán las garantías en los contratos que celebre el Estado con entidades del sector público, éstas entre sí, o aquellos con empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en 50% a entidades de derecho público o sus subsidiarias; así como también los contratos que se celebren entre las entidades del sector público o empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en 50% a entidades de derecho público con empresas públicas de los Estados de la Comunidad Internacional. Para hacer efectiva la garantía, la entidad contratante tendrá preferencia sobre cualquier otro acreedor, sea cual fuere la naturaleza del mismo y el título en que se funde su pretensión. Las garantías otorgadas por bancos o instituciones financieras y las pólizas de seguros establecidas en los numerales 1 y 2 anteriormente mencionados, no admitirán cláusula alguna que establezca trámite administrativo previo, bastando para su ejecución, el

²⁸ LOSNCP, Art. 73.

requerimiento por escrito de la entidad beneficiaria de la garantía. Cualquier cláusula en contrario, se entenderá como no escrita.

Existen varias clases de garantías a rendirse: a) Garantía de fiel cumplimiento.- Para seguridad del cumplimiento del contrato y para responder por las obligaciones que contrajeren a favor de terceros, relacionadas con el contrato, el adjudicatario, antes o al momento de la firma del contrato, rendirá garantías por un monto equivalente al 5% 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 10% de éste, la garantía de fiel cumplimiento deberá incrementarse en un monto equivalente al 20% de la diferencia entre el presupuesto referencial y la cuantía del contrato. Tales cauciones podrán constituirse mediante la entrega de una garantía incondicional, irrevocable y de cobro inmediato, otorgada por un banco o institución financiera establecidos en el país o por intermedio de ellos; una fianza instrumentada en una póliza de seguros, incondicional e irrevocable, de cobro inmediato, emitida por una compañía de seguros establecida en el país; o un certificado 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. No se exigirá este tipo de garantía 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 (Art. 74 LOSNCP).- b) Garantía por anticipo.- Si por la forma de pago establecida en el contrato, la entidad contratante debiera 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 (Art. 75 LOSNCP).- c) Garantía técnica para ciertos bienes.- 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 Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública 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 (Art. 76 LOSNCP).

En los contratos de ejecución de obras, la garantía de fiel cumplimiento se devolverá al momento de la entrega recepción definitiva, real o presunta. En los demás contratos, las garantías se devolverán a la firma del acta recepción única o a lo estipulado en el contrato (Art. 77 LOSNCP). Las garantías serán devueltas cuando se han cumplido todas las obligaciones que avalan: La garantía de fiel cumplimiento del contrato se devolverá cuando se haya suscrito el acta de entrega recepción definitiva. La garantía técnica observará las condiciones en las que se emite (Art. 118 RGLOSNCP).

Un quinto bloque de conflictos está representado por las controversias originadas alrededor de los CONTRATOS COMPLEMENTARIOS. De acuerdo con la LOSNCP²⁹, 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, el Estado o 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.

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 dentro de los porcentajes que se señalarán más adelante. Para el pago de los rubros nuevos se estará a los precios referenciales actualizados de la entidad contratante, si los tuviere; en caso contrario, se los determinará de mutuo acuerdo entre las partes (Art. 86 LOSNCP). La suma total de las cuantías de los contratos

²⁹ LOSNCP, Art. 85.

complementarios, excepto en los contratos de consultoría y del sector de hidrocarburos, no podrá exceder del 35% del valor actualizado o reajustado del contrato principal a la fecha en que la entidad contratante resuelva la realización del contrato complementario. Esta actualización se hará aplicando la fórmula de reajuste de precios que consten en los respectivos contratos principales. El valor de los contratos complementarios de consultoría no podrá exceder del 70% del valor actualizado o reajustado del contrato principal.

El contratista deberá rendir garantías adicionales de conformidad con la Ley. En estos contratos complementarios constarán la correspondiente fórmula o fórmulas de reajuste de precios, de ser el caso. 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 sujetos a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. En todos los casos, en forma previa a la suscripción de los contratos complementarios, se requerirá la verificación presupuestaria correspondiente (Art. 88 LOSNCP).

Un sexto bloque de conflictos es el relativo a la DIFERENCIA EN CANTIDADES DE OBRA y su respectivo pago. De acuerdo con la LOSNCP³⁰, 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, la entidad podrá ordenar y pagar directamente sin necesidad de contrato complementario, hasta el 25% 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. Si se

³⁰ LOSNCP, Art. 89.

sobrepasa el mencionado porcentaje será necesario tramitar un contrato complementario (Art. 88 LOSNCP). La entidad contratante podrá disponer, durante la ejecución de la obra, hasta del 10% del valor actualizado o reajustado del contrato principal, para la realización de rubros nuevos, mediante órdenes de trabajo y empleando la modalidad de costo más porcentaje. En todo caso, los recursos deberán estar presupuestados de conformidad con la Ley. Las órdenes de trabajo contendrán las firmas de las partes y de la fiscalización.

Para todos aquellos casos en que la entidad contratante decida contraer obligaciones de erogación de recursos por efecto de contratos complementarios, obras adicionales u órdenes de trabajo, de manera previa a su autorización deberá contarse con la respectiva certificación de existencia de recursos para satisfacer tales obligaciones (Art. 90 LOSNCP). No serán aplicables las disposiciones contenidas en la Ley sobre contratos complementarios y obras adicionales a los contratos integrales por precio fijo (Art. 91 LOSNCP).

Un séptimo bloque de tensiones son los procedimientos de RECEPCIÓN Y LIQUIDACIÓN. 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. 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. En los casos en los que ante la solicitud del contratista, la entidad contratante no formule ningún pronunciamiento ni

iniciare la recepción dentro de los períodos determinados en el Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 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 produjo³¹.

La entidad contratante podrá, dentro del plazo de 10 días contados a partir de la solicitud de recepción del contratista, negarse a recibir la obra, bien o servicio, por razones justificadas, relacionadas con el cumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por el contratista. La negativa se notificará por escrito al contratista y se dejará constancia de que la misma fue practicada. Vencido el plazo indicado sin que la entidad contratante objetará la solicitud de recepción ni formulare observaciones al cumplimiento del contrato, operará, sin más trámite, la recepción de pleno derecho, para lo cual el contratista notificará por intermedio de un Juez de lo civil o un notario público (Art. 122 RGLOSNCNCP).

En los contratos de obra, la recepción definitiva procederá una vez transcurrido el plazo previsto en el contrato, que no podrá ser menor a seis meses, a contarse desde la suscripción del acta de recepción provisional total o de la última recepción provisional parcial, si se hubiere previsto realizar varias de éstas.

Una vez que se hayan terminado todos los trabajos previstos en el contrato, el consultor entregará a la entidad contratante el informe final provisional; cuya fecha de entrega servirá para el cómputo y control del plazo contractual. Salvo que en el contrato se señale un tiempo menor, la entidad contratante dispondrá de 15 días término para la emisión de

³¹ LOSNCP, Art. 81.

observaciones y 15 días adicionales para absolver dichas observaciones y presentar el informe final definitivo. Dependiendo de la magnitud del contrato, los términos podrán ser mayores, pero deben constar obligatoriamente en el texto del contrato. El acta de recepción definitiva será suscrita por las partes, en el plazo previsto en el contrato, siempre que no existan observaciones pendientes en relación con los trabajos de consultoría y el informe final definitivo del estudio o proyecto. (Art. 123 RGLOSNCNCP).

Las actas 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 integrada por el administrador del contrato, y un técnico que no haya intervenido en el proceso de ejecución del contrato. 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 precedente. La última recepción provisional incluirá la información sumaria de todas las anteriores (Art. 124 RGLOSNCNCP). En la liquidación económico contable del contrato se dejará constancia de lo ejecutado, se determinarán los valores recibidos por el contratista, los pendientes de pago o los que deban deducírsele 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 plazo causarán intereses legales y los daños y perjuicios que justificare la parte afectada (Art. 125 RGLOSNCNCP).

2.3. MODOS DE ENFRENTAR EL CONFLICTO EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.

La gestión de los conflictos en el proceso de ejecución contractual está prevista en la propia Ley Orgánica de Contratación Pública³², y son los órganos de la justicia alternativa³³ y de la justicia ordinaria³⁴, a elección de las partes, los que resolverán las controversias suscitadas, mediante los procedimientos previstos en las leyes respectivas.

Es necesario en forma obligatoria que en una de las cláusulas del contrato público se manifieste la forma de la solución de las controversias. En la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado conforme a las condiciones establecidas en la Ley³⁵. La Constitución de la República manifiesta que los contratos celebrados por el Gobierno o por entidades públicas con personas naturales o jurídicas extranjeras llevarán implícita la renuncia a toda reclamación diplomática. Si tales contratos fueren celebrados en el territorio del Ecuador, no se podrá convenir la sujeción a una jurisdicción extraña, salvo el caso de convenios internacionales³⁶.

En relación a los métodos a los cuales se puede acudir con el fin de obtener la solución de las controversias inter partes en materia de contratación pública, la legislación vigente nos señala los siguientes: acción judicial; y, mediación y/o arbitraje. El régimen legal de excepción está fijado en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Para las

³² LOSNCP, Arts. 104 y 105.

³³ La justicia alternativa o justicia privada alude, en el contexto de esta investigación, exclusivamente a la mediación y al arbitraje en derecho.

³⁴ La justicia ordinaria hace referencia a la justicia que provee el Estado a través de la Función Judicial y sus competentes órganos jurisdiccionales.

³⁵ Constitución de la República del Ecuador, Art. 190

³⁶ Constitución de la República del Ecuador, Art. 422.

controversias derivadas de los actos y contratos sujetas a la mencionada Ley son competentes los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo³⁷ aplicando para ello la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (R.O. 338, 18-III-1968). El Tribunal Distrital competente para conocer dichas controversias, es el que ejerce jurisdicción en el domicilio del co-contratante del Estado o de las otras entidades del sector público.

Las instituciones del sector público, en controversias provenientes de las relaciones contractuales, tienen la posibilidad de someterse a procesos de arbitraje en derecho, siempre que concurren los siguientes requisitos: 1. La existencia de una cláusula expresa en el contrato que manifieste la voluntad de las partes a tal sometimiento, siempre que el conflicto se presente con posterioridad a la estipulación del pacto arbitral; 2. En la mencionada cláusula se hará constar la forma de designación de los árbitros; 3. Debe constar la firma del funcionario autorizado para el efecto, dentro de la estipulación que declare la renuncia a fuero y domicilio para el sometimiento del conflicto correspondiente al tribunal arbitral.

Tradicionalmente las controversias han sido resueltas a través de los órganos jurisdiccionales de la Función Judicial. No siempre fueron los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, que sólo existen desde 1993, los encargados de resolver las demandas que presentaban las partes de la relación contractual. En sus respectivos momentos también asumieron competencia para administrar justicia en esta materia, los jueces civiles, las cortes superiores y la Corte Suprema de Justicia, indistintamente, y a través de reglas procesales no siempre claras, como se explicará en el Capítulo IV de esta tesis.

³⁷ El Código Orgánico de la Función Judicial (R.O. , marzo de 2009) reemplaza la denominación del órgano jurisdiccional competente por el de Sala de Contencioso Administrativo de la Corte Provincial de Justicia.

Los medios alternativos, esto es, la mediación y el arbitraje han sido de escasa utilización en la solución de las diferencias en materia de contratación pública. Los centros de arbitraje y conciliación, en especial de las cámaras empresariales, registran un número moderado de casos en relación al volumen de contiendas judiciales. La Ley de Arbitraje y Mediación, vigente desde 1997 ha permitido consolidar la práctica jurídica de los medios alternativos de solución de controversias en el ámbito de la contratación pública, y las leyes de la materia, la de Contratación Pública de 2001 y la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública del 2008, consagran la opción de someter la solución de las controversias a la mediación y al arbitraje.

CAPÍTULO III

LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN SEDE ADMINISTRATIVA

3.1. GENERALIDADES.

La LOSNCP ha diseñado un sistema de reclamos y recursos, en sede administrativa, para resolver las controversias entre contratantes y contratistas³⁸.

A través de este sistema, es mediante el procedimiento administrativo que se resuelven las situaciones jurídicas de los administrados (contratistas) que se ven afectados por el ejercicio de poder de la administración pública (contratante) El procedimiento administrativo es de naturaleza propiamente administrativa, vale decir, no jurisdiccional, a diferencia del proceso administrativo, que se reserva estrictamente para el proceso judicial³⁹.

Por su naturaleza, el procedimiento administrativo busca restablecer la legalidad y que el daño causado al administrado por las indebidas actuaciones de la administración sea resarcido, reparado o indemnizado. El ordenamiento jurídico confiere herramientas al administrado, para hacer valer sus derechos en sede administrativa, a través del sistema de recursos contra los actos y disposiciones emanados de la Administración como “un segundo círculo de garantías, puesto que permite a los administrados

³⁸ LOSNCP, Arts. 102 y 103.

³⁹ Dromi, Roberto, pág. 85.

reaccionar frente a los actos y disposiciones lesivos a sus intereses y obtener eventualmente, su anulación, modificación o reforma”⁴⁰.

Rasgo característico del procedimiento administrativo constituye la doble condición de juez y parte que reúne la administración, lo cual le permite autotutelar sus actuaciones a través del enderezamiento en su propia sede, de conductas contrarias a derecho⁴¹.

El procedimiento administrativo se rige por los principios fundamentales de juridicidad, verdad material, oficialidad, informalismo, debido proceso adjetivo, eficacia y gratuidad

Según la legislación ecuatoriana, 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 Ley⁴². La reclamación o recurso presentado no suspende la ejecución del acto impugnado, salvo decisión en contrario de la autoridad⁴³.

Este sistema de reclamos y recursos previsto en la LOSNCP no es sino la plasmación normativa, en el ámbito de la contratación pública, de la garantía constitucional para dirigir quejas y peticiones individuales y colectivas a las autoridades y a recibir atención o respuestas motivadas⁴⁴, así como también la objetivación del principio de impugnabilidad, tanto en la

⁴⁰ García de Enterría, Tomo III, pág. 452.

⁴¹ Morales, Marco, Derecho Procesal Administrativo, Texto Guía, pág. 320.

⁴² LOSNCP, Art. 102

⁴³ Reglamento General de la LOSNCP, Art. 158.

⁴⁴ Constitución de la República, Art. 66 num. 23.

vía administrativa como en la vía jurisdiccional, de los actos administrativos emanados de cualquier autoridad del Estado⁴⁵.

3.2. LA RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA.

El Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva regula lo concerniente a los reclamos administrativos, prescribiendo que en las reclamaciones los interesados podrán petitionar o pretender: a) La formulación de observaciones, consideraciones y reservas de derechos, cuando se impugnaren los actos de simple administración; b) La cesación del comportamiento, conducta o actividad; y, c) La enmienda, derogación, modificación o sustitución total o parcial de actos normativos o su inaplicabilidad al caso concreto. En cuanto a la tramitación de una reclamación, ésta debe ser presentada ante el órgano autor del hecho, comportamiento u omisión; emisor del acto normativo; o ante aquél al cual va dirigido el acto de simple administración. El órgano puede dictar medidas de mejor proveer, y otras para atender el reclamo⁴⁶.

En el ámbito de la contratación pública, los oferentes que se consideren afectados en sus intereses por actos administrativos emitidos por las entidades contratantes, por asuntos relacionados con su oferta, respecto al trámite precontractual o de la adjudicación, tendrán derecho de presentar las reclamaciones de conformidad al procedimiento previsto en el Reglamento General de la LOSNCP⁴⁷.

⁴⁵ Constitución de la República, Art. 173.

⁴⁶ ERJAFE, Art. 172.

⁴⁷ Reglamentos General de la LOSNCP, Art. 150

En las reclamaciones los oferentes podrán petitionar o pretender: 1.- la formulación de observaciones, consideraciones y reservas de derechos, cuando se impugnaren los actos de simple administración; y, 2.- la enmienda, derogación, modificación o sustitución total o parcial de actos administrativos relacionados con los procedimientos de contratación en los que intervengan.

El reclamo se presentará por escrito ante el órgano autor del hecho, comportamiento u omisión; emisor del acto administrativo; o ante aquel al cual va dirigido el acto de simple administración. El órgano puede dictar medidas de mejor proveer, y otras para atender el reclamo. La reclamación o recurso presentado no suspende la ejecución del acto impugnado. De la resolución que tome la entidad se podrá presentar demanda contencioso administrativa.

La interposición del reclamo deberá expresar: a) el nombre y apellidos del reclamante o recurrente, así como la identificación personal del mismo; b) el acto que se impugna o recurre; c) firma del reclamante o recurrente, identificación del lugar o medio que se señale a efectos de notificaciones; d) órgano de la entidad contratante al que se dirige; e) la pretensión concreta que se formula, con los fundamentos de hecho y de derecho en que se ampare; f) la firma del compareciente, de su representante o procurador y la del abogado que lo patrocina; y, g) las demás particularidades exigidas, en su caso, por las disposiciones específicas⁴⁸. Si el reclamo o recurso fuere oscuro o no se cumplieran con los requisitos señalados, la autoridad competente ordenará que se aclare o complete el reclamo en el término de cinco días y, de no hacerlo, se tendrá por no presentado el reclamo. Además, el procedimiento se impulsará de oficio y, de acuerdo al criterio de

⁴⁸ Reglamento General de la LOSNCP, Art. 153.

celeridad, se dispondrá en un solo acto todos los trámites que, por su naturaleza, no requerirán de un cumplimiento sucesivo.

El órgano ante quien se presente el reclamo tendrá un término de quince días para resolverlo, contado a partir de la fecha de la providencia de calificación del reclamo. El reclamo y su resolución serán publicados en el Portal www.compraspublicas.gov.ec.

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 vía arbitral o de la vía judicial, según corresponda.

3.3. EL RECURSO ADMINISTRATIVO.

El recurso administrativo es “toda impugnación en término de un acto administrativo, interpuesto por quien el acto lo afecte en un derecho jurídicamente protegido, invocando razones de legitimidad o de oportunidad, mérito o conveniencia, con el objeto de que el órgano que emitió el acto, un superior jerárquico determinado o el órgano que ejerce el control de tutela proceda a revocar, modificar o sanear el acto administrativo cuestionado”⁴⁹.

El recurso es toda impugnación, en término, de un acto o reglamento administrativo que se dirige a obtener, del órgano emisor del acto, el superior jerárquico u órgano que ejerce el control de tutela, la revocación, modificación o saneamiento del acto impugnado”⁵⁰.

⁴⁹ Canosa, Armando, El concepto de recurso administrativo, p. 589.

⁵⁰ Escola, Héctor, Tratado General de procedimiento administrativo, p. 254.

Lo esencial del recurso administrativo consiste en que se trata de un acto de impugnación de un acto o reglamento administrativo anterior, que da lugar a un nuevo procedimiento que posee carácter administrativo, desde un punto de vista material. Su resolución se canaliza a través de un nuevo acto que traduce la función administrativa (en sentido material u objetivo) por parte de un órgano de la Administración Pública.

En el contexto de la contratación pública, las resoluciones que atiendan los reclamos podrán ser recurridos en RECURSO DE REPOSICIÓN ante el propio órgano que las expidió. Son susceptibles de este recurso los actos administrativos que afecten derechos subjetivos directos del oferente⁵¹.

En nuestro sistema administrativo general, se contemplan tres clases de recursos: de reposición, de apelación y extraordinario de revisión⁵²; sin

⁵¹ Reglamento General de la LOSNCP, Art. 151.

⁵² Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva. Art. 174.- Recurso de reposición. Objeto y naturaleza.- 1. Los actos administrativos que no ponen fin a la vía administrativa podrán ser recurridos potestativamente, a elección del recurrente, en reposición ante el mismo órgano de la administración que los hubiera dictado o ser impugnados directamente en apelación ante los ministros de Estado o ante el máximo órgano de dicha administración; 2. Son susceptibles de este recurso los actos administrativos que afecten derechos subjetivos directos del administrado.- Art. 176.- Recurso de apelación. Objeto.- 1. Las resoluciones y actos administrativos, cuando no pongan fin a la vía administrativa, podrán ser recurridos en apelación ante los ministros de Estado o ante el máximo órgano de dicha administración. El recurso de apelación podrá interponerse directamente sin que medie reposición o también podrá interponerse contra la resolución que niegue la reposición. De la negativa de la apelación no cabe recurso ulterior alguno en la vía administrativa; 2. Son susceptibles de este recurso los actos administrativos que afecten derechos subjetivos directos del administrado.- Art. 178.- Recurso extraordinario de revisión.- Los administrados o los ministros de Estado o las máximas autoridades de la Administración Pública Central autónoma, en el caso de resoluciones expedidas por dichos órganos, por sus subordinados o por entidades adscritas, podrán interponer ante los ministros de Estado o las máximas autoridades de la Administración Pública Central autónoma la revisión de actos o resoluciones firmes cuando concurren alguna de las causas siguientes: a) Que hubieren sido dictados con evidente error de hecho o de derecho que aparezca de los documentos que figuren en el mismo expediente o de disposiciones legales expresas; b) Cuando con posterioridad aparecieran documentos de valor trascendental ignorados al expedirse el acto o resolución que se trate; c) Cuando en la resolución hayan influido esencialmente documentos o testimonios falsos declarados en sentencia judicial, anterior o posterior a aquella resolución; y, d) Cuando la resolución se hubiere expedido como consecuencia de uno o varios actos cometidos por funcionarios o empleados públicos tipificados como delito y así declarados en sentencia judicial firme. El recurso de revisión se podrá interponer en el plazo de tres años a partir del inicio de su vigencia en los casos de los literales a) y b), y de tres meses a partir de la ejecutoria de la sentencia condenatoria, siempre que no hayan transcurrido cinco años desde el inicio de la vigencia del acto de que se trate en los otros casos. El órgano competente para la resolución del recurso podrá acordar motivadamente la inadmisión a trámite, cuando el mismo no se funde en alguna de las causas previstas en este artículo. El órgano competente para conocer el recurso de revisión

embargo, en materia de contratación pública se contraen los medios impugnatorios en sede administrativa, exclusivamente al recurso de reposición.

El aspecto característico fundamental del recurso de reposición radica en que su interposición se la efectúa ante la misma autoridad que dictó la resolución impugnada, y es esta misma autoridad la que debe rever el acto, configurándose la doble calidad de juez y parte.

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. Transcurrido este término sin que recaiga resolución, se entenderá favorable el recurso al peticionario. Contra la resolución de un recurso de reposición no cabrá ningún otro recurso en vía administrativa.

La interposición del recurso deberá expresar: a) el nombre y apellidos del reclamante o recurrente, así como la identificación personal del mismo; b) el acto que se impugna o recurre; c) firma del reclamante o recurrente, identificación del lugar o medio que se señale a efectos de notificaciones; d) órgano de la entidad contratante al que se dirige; e) la pretensión concreta que se formula, con los fundamentos de hecho y de derecho en que se ampare; f) la firma del compareciente, de su representante o procurador y la del abogado que lo patrocina; y, g) las demás particularidades exigidas, en su caso, por las disposiciones específicas⁵³. Si el reclamo o recurso fuere oscuro o no se cumplieran con los requisitos señalados, la autoridad competente ordenará que se aclare o complete el reclamo en el término de

deberán pronunciarse no sólo sobre la procedencia del recurso, sino también, en su caso, sobre el fondo de la cuestión resuelta por el acto recurrido.

⁵³ Reglamento General de la LOSNCP, Art. 153.

cinco días y, de no hacerlo, se tendrá por no presentado el reclamo. Además, el procedimiento se impulsará de oficio y, de acuerdo al criterio de celeridad, se dispondrá en un solo acto todos los trámites que, por su naturaleza, no requerirán de un cumplimiento sucesivo.

A diferencia de los recursos, las meras reclamaciones no son, en principio, medios para impugnar actos administrativos: Se trata de articulaciones que pueden o no tener contenido jurídico que presenta el administrado en ejercicio del derecho de peticionar ante las autoridades administrativas tendiente a obtener el dictado de un acto favorable o provocar el ejercicio de la potestad revocatoria *ex officio* que, en algunos supuestos, puede ejercer la Administración, aun cuando no hubiera un recurso administrativo formalmente planteado⁵⁴.

⁵⁴ Cassagne, Juan Carlos, Derecho Administrativo, Tomo II, p. 740.

CAPÍTULO IV

MEDIOS JUDICIALES DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

4.1. VÍA JURISDICCIONAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.

La evolución de los mecanismos de solución de controversias en sede jurisdiccional, guarda relación con los distintos regímenes legales vigentes en el ámbito de la contratación pública, diferenciándose tanto los órganos competentes para conocer y resolver los conflictos, como las vías procedimentales aplicables en la sustanciación de las causas⁵⁵.

1.- La Ley de Licitaciones y Concursos de Ofertas⁵⁶ de 1974 establecía en su artículo 37, que las controversias a que dieran lugar los contratos regidos por este ordenamiento, se ventilarán en trámite verbal sumario.

2.- La Ley de Licitaciones y Concursos de Ofertas⁵⁷ de 1976 mantuvo el mismo régimen procedimental establecido en la ley precedente, para tramitar las causas relativas a controversias derivadas de la contratación pública.

⁵⁵ Zambrano Albuja, Pablo, Patrocinio Público, Texto Guía, UTPL. 2010, páginas 60 a 69.

⁵⁶ R.O. 486, 4-II-1974.

⁵⁷ R.O. 159, 27-VIII-1976.

3.- La Ley Orgánica del Ministerio Público⁵⁸ de 1979 prescribió en su artículo 17 que las controversias que se suscitaren sobre los contratos celebrados por el Estado o las entidades del sector público con alguna persona natural o jurídica de derecho privado, conocerá en primera y segunda instancia la Corte Suprema, cuando la persona natural o jurídica de derecho privado fuera la actora, por lo que si el actor era el Estado o la entidad del sector público, el órgano jurisdiccional competente para conocer de la causa era un juez civil.

4.- La Ley de Licitaciones y Concurso de Ofertas⁵⁹ de 1985 ratificó el mismo esquema previsto en la Ley Orgánica del Ministerio Público de 1979: las controversias derivadas de los contratos celebrados por el Estado y las instituciones públicas debían ventilarse en primera instancia ante la Presidencia de la Corte Suprema de Justicia, y en segunda instancia, ante una de las Salas de la misma Corte, cuando la parte demandada sea el Estado o una entidad del sector público; y, ante un juez civil en primera instancia y ante la Corte Superior de Justicia en segunda instancia, si era el Estado o una entidad del sector público la parte actora de la respectiva contienda judicial. El procedimiento era oral abreviado, de una sola audiencia en la que debían presentarse y practicarse todas las pruebas, y la sentencia debía dictarse al terminar la audiencia.

5.- La Ley de Contratación Pública⁶⁰ de 1990 asignó competencia en conflictos relacionados con la contratación pública, sin discriminar la calidad de las partes, en primera instancia a una de las Salas de la Corte Superior de Justicia del Distrito correspondiente al domicilio fijado por los contratantes

⁵⁸ R.O. 871, 10-VII-1979.

⁵⁹ R.O. 258, 27-VIII-1985

⁶⁰ R.O. 501, 16-VIII-1990

al efecto, y la segunda instancia, ante una de las Salas de la Corte Suprema de Justicia. El procedimiento siguió siendo de carácter oral y abreviado.

6.- La Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada⁶¹ de 1993 estableció en su artículo 38 que los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo y Fiscal, dentro de la esfera de su competencia, conocerán y resolverán de todas las demandas y recursos derivados de actos, contratos y hechos que hayan sido expedidos, suscritos o producidos por el Estado y otras entidades del sector público. El administrado afectado por tales actividades, presentará su demanda o recurso ante el Tribunal que ejerce jurisdicción en el lugar de su domicilio. El procedimiento aplicable será el previsto en la Ley de la materia. No se exigirá como requisito previo para iniciar cualquier acción judicial contra el Estado y demás entidades del sector público el agotamiento o reclamo en la vía administrativa, derecho que será facultativo para el administrado.

7.- La Ley Reformatoria de la Ley de Modernización del Estado⁶² de 1998 dispuso que las causas por controversias derivadas de contratos suscritos por el Estado u otros organismos o entidades del sector público serán conocidas y resueltas por los juzgados y cortes superiores y los recursos que en ellas se interpusieren, para ante la Corte Suprema de Justicia, por las salas especializadas en las respectivas ramas.

8.- La Ley para la Transformación Económica del Ecuador⁶³ de 2000 (Ley Trole I) sustituyó el Art. 81 de la Ley de Contratación Pública, y estableció que de existir dificultades no solventadas dentro del proceso de

⁶¹ R.O. 349, 31-XII-1993

⁶² R.O. 290, 3-IV-1998.

⁶³ R.O. 34, 13-III-2000.

ejecución tanto con el contratista, como con el contratante o de ambas partes, o de común acuerdo, podrán utilizar los sistemas de arbitraje y mediación que lleven a solucionar sus diferencias, de conformidad con la cláusula establecida en el contrato. También fue sustituido el Art. 114 de la Ley de Contratación Pública y dispuso 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, y se estableció la competencia para conocer dichas controversias en el Tribunal Distrital que ejerce jurisdicción en el domicilio del co-contratante del Estado o de las otras entidades del sector público

8. La Ley para la Promoción de la Inversión y la Participación Ciudadana⁶⁴ de 2000 (Ley Trole II) sustituyó el Art. 38 de la Ley de Modernización del Estado, disponiendo que los Tribunales Distritales de lo Contencioso-Administrativo conocerán y resolverán de todas las demandas y recursos derivados de actos, contratos, hechos administrativos y reglamentos, expedidos, suscritos o producidos por las instituciones del Estado, salvo los casos de controversias sometidas a mediación y arbitraje de conformidad con la Ley.

9. La Ley Reformativa de la Ley de Modernización del Estado y de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa⁶⁵ de 2001, sustituyó el Art. 38 del primer cuerpo legal y dispuso que los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo y de lo Fiscal, dentro de la esfera de su competencia, conocerán y resolverán de todas las demandas y recursos derivados de actos, contratos, hechos administrativos y reglamentos

⁶⁴ R.O. 144, 18-VIII-2000.

⁶⁵ R.O. 483, 28-XII-2001.

expedidos, suscritos o producidos por las entidades del sector público, aclaró que el administrado afectado presentará su demanda o recurso ante el tribunal que ejerce jurisdicción en el lugar de su domicilio, y precisó que el procedimiento será el previsto en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa o el Código Tributario, en su caso; remarcó el criterio de que no se exigirá como requisito previo para iniciar cualquier acción judicial contra las entidades del sector público la proposición del reclamo y agotamiento en la vía administrativa y aclaró que de iniciarse cualquier acción judicial contra alguna institución del sector público, quedará insubsistente todo reclamo que sobre el mismo asunto se haya propuesto en la vía administrativa. Con relación a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, se sustituyó Art. 65, prescribiendo que el término para deducir la demanda en la vía contencioso administrativa será de noventa días en los asuntos que constituyen materia del recurso contencioso de plena jurisdicción, contados desde el día siguiente al de la notificación de la resolución administrativa que se impugna; en los casos que sean materia del recurso contencioso de anulación u objetivo se podrá proponer la demanda hasta en el plazo de tres años, a fin de garantizar la seguridad jurídica; y, en los casos que sean materia contractual y otras de competencia de los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, se podrá proponer la demanda hasta en el plazo de cinco años.

Conforme lo enfatiza el Doctor Pablo Zambrano Albuja, en referencia a la metamorfosis legislativa aplicable a la solución jurisdiccional de los conflictos relativos a contratos administrativos, la evolución y cambios en la competencia entre juzgados, Tribunales y Cortes, demuestra una clara inestabilidad e inseguridad en materia de contratación pública, que ha

derivado en una serie de vicisitudes para la solución de las controversias en este ámbito⁶⁶.

4.2. EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO COMO MEDIO PARA LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DERIVADAS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.

El proceso contencioso administrativo es el proceso jurisdiccional en el cual la administración pública es parte, y concierne a la aplicación de las leyes administrativas, por lo cual los intereses que en él se ventilan son de orden público ya que afectan directamente al Estado y sus instituciones.

Este proceso es una manifestación del fenómeno procesal, como son el proceso civil y el proceso penal y precisa la existencia previa de un acto o resolución de la Administración, por lo que es concebido con un carácter básicamente impugnatorio y como mecanismo de control jurisdiccional de la legalidad de las actuaciones de la Administración⁶⁷.

La finalidad del proceso contencioso administrativo es el control de la legalidad en la actuación administrativa, brindando una efectiva tutela a las situaciones jurídicas que pudieran haberse visto afectadas o en inminente amenaza que ocurra esto⁶⁸.

Corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa conocer y resolver las controversias que se suscitan entre las partes de la contratación pública. A esta jurisdicción nos remite tanto la Ley Orgánica del Sistema

⁶⁶ ZAMBRANO ALBUJA, obra citada, página 69.

⁶⁷ BENALCÁZAR, Juan Carlos, Derecho Procesal Administrativo Ecuatoriano, Fundación Andrade & Asociados, Fondo Editorial, Quito, 2007, p. 78.

⁶⁸ PRIORI, Giovanni, 2002, El proceso contencioso administrativo, ARA Editores, Lima., p. 21.

Nacional de Contratación Pública, como Ley de Modernización del Estado, la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, el Código Orgánico de la Función Judicial y el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva.

La LOSNCP, en su Art. 105 señala 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.

La Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, prescribe en su Art. 65, que en los casos que sean de materia contractual y otras de competencia de los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, se podrá proponer la demanda hasta en el plazo de cinco años.

La Ley de Modernización del Estado, en su Art. 38 dispone que los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo y de lo Fiscal, dentro de la esfera de su competencia, conocerán y resolverán de todas las demandas y recursos derivados de actos, contratos, hechos administrativos, y reglamentos expedidos, suscritos o producidos por las entidades del sector público. El administrado afectado presentará su demanda o recurso ante el tribunal que ejerce jurisdicción en el lugar de su domicilio. El procedimiento será el previsto en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa o Código Tributario, en su caso. No se exigirá como requisito previo para iniciar cualquier acción judicial contra las entidades del sector público la proposición del reclamo y agotamiento en la vía administrativa. Empero, de iniciarse cualquier acción judicial contra alguna institución del sector público, quedará insubsistente todo reclamo que sobre el mismo asunto se haya propuesto por la vía administrativa.

El órgano jurisdiccional competente es el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, órgano que bajo el imperio del nuevo Código Orgánico de la Función Judicial se denominará Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Provincial de Justicia, una vez que se instrumenten las reformas contenidas en el nuevo texto orgánico procesal.

A los jueces de lo contencioso administrativo, según el ordinal 4 del Art. 217 del Código Orgánico de la Función Judicial, les corresponde, entre otros asuntos, conocer y resolver las demandas que se propusieren contra actos, contratos o hechos administrativos en materia no tributaria, expedidos o producidos por las instituciones del Estado que conforman el sector público y que afecten intereses o derechos subjetivos de personas naturales o jurídicas; inclusive las resoluciones de la Contraloría General del Estado, así como de las demás instituciones de control que establezcan responsabilidades en gestión económica en las instituciones sometidas al control o juzgamiento de tales entidades de control. Igualmente conocerán de las impugnaciones a actos administrativos de los concesionarios de los servicios públicos y de todas las controversias relativas a los contratos suscritos por los particulares con las instituciones del Estado.

Existe, por tanto, en el actual régimen jurídico ecuatoriano una clara definición tanto del órgano jurisdiccional competente para conocer y resolver los litigios concernientes a la contratación pública –Salas de lo Contencioso Administrativo de las respectivas Cortes Provinciales de Justicia (ex Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo)⁶⁹- como de las reglas procesales aplicables –Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa- que disciplinan la sustanciación de esta clase de juicio, que

⁶⁹ Empero, funcionan todavía los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, hasta que el nuevo Consejo de la Judicatura integre las Salas de lo Contencioso Administrativo, que sucederán a esos Tribunales Distritales.

es de única instancia, y complementariamente, la Ley de Casación, que regula el único recurso en sede de la justicia ordinaria, susceptible de interposición en esta materia, en cuyo caso será la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia como Tribunal de Casación, el órgano jurisdiccional que resolverá la impugnación, sin perjuicio de la acción extraordinaria de protección, a la luz del nuevo marco constitucional ecuatoriano, que fija en la Corte Constitucional, la competencia para pronunciarse sobre vulneraciones al derecho al debido proceso u otras violaciones constitucionales de que adoleciere el fallo de casación, sentencias o autos definitivos, y al efecto, la normativa procesal aplicable está contenida en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional⁷⁰.

4.3. CARACTERÍSTICAS DEL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

El proceso contencioso administrativo está disciplinado por la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, es de única instancia y se inicia con la demanda formulada por la parte afectada, la que una vez calificada es citada a la parte demandada, la misma que tiene un término de contestación de quince días, si se trata del particular demandado, o de veinte días si la demanda se dirige contra la entidad pública contratante⁷¹; la estación probatoria es de diez días, concluida la cual se dicta sentencia, sin perjuicio de formular alegatos y provocar, a petición de parte, una audiencia de estrados. La sentencia del Tribunal es susceptible de aclaración y ampliación si se solicita dentro del término de tres días de habérsela proferido, y del recurso de casación.

⁷⁰ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Arts. 58 y siguientes.

⁷¹ Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, Art. 9.

La Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa franquea al Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo la facultad para disponer, de oficio, y antes de la sentencia, la práctica de las pruebas que estime pertinentes para la más acertada decisión del asunto controvertido. Los medios de prueba de que se podrá hacer uso en este juicio serán los mismos que establece el Código de Procedimiento Civil, excepto la confesión judicial, que no podrá pedirse al representante de la Administración, pero en su lugar, la parte contraria propondrá por escrito las preguntas que quiera hacer, las cuales serán contestadas, en vía de informe, por las autoridades o funcionarios de la Administración, a quienes conciernan los hechos controvertidos⁷².

La casación es de competencia de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, órgano jurisdiccional que conocerá los recursos de casación en los juicios por controversias originadas en contratos celebrados entre el Estado o las instituciones del sector público y los particulares⁷³.

⁷² Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, Arts. 39 y 40.

⁷³ Código Orgánico de la Función Judicial, Art. 185 num. 2.

CAPÍTULO V

MEDIACIÓN Y ARBITRAJE EN LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

5.1. LA JUSTICIA ALTERNATIVA.

La Carta Constitucional del Ecuador (2008) reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos, con sujeción a la Ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir⁷⁴.

La Ley de Arbitraje y Mediación, vigente desde 1997 y codificada en el 2006 regula el sistema arbitral, que lo concibe como mecanismo alternativo de solución de conflictos al cual las partes pueden someter de mutuo acuerdo, las controversias susceptibles de transacción, existentes o futuras, para que sean resueltas por los tribunales de arbitraje administrado o por árbitros independientes que se conformaren para conocer dichas controversias⁷⁵.

El arbitraje, como mecanismo alternativo de solución de conflictos tiene, ciertamente, su propia ley, esta es la Ley de Arbitraje y Mediación (1997). Sin embargo, es necesario recordar que antes de esta Ley, era el Código de Procedimiento Civil de 1960, que derogó al viejo Código de

⁷⁴ Constitución de la República de 2008, Art. 190. Es preciso puntualizar que la precedente Carta Constitucional de 1998 también reconocía “el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos, con sujeción a la ley” (Art. 191, tercer inciso).

⁷⁵ Ley de Arbitraje y Mediación, Art. 1.

Enjuiciamiento Civil de 1917, el que regulaba el procedimiento del arbitraje, a través del denominado “juicio por arbitraje”, procedimiento que era excesivamente formalista, poco práctico. Estas normas del Código de Procedimiento Civil de 1960 fueron derogadas por la actual Ley de Arbitraje y Mediación de 1997, codificada en el 2006. Pero junto a las normas sobre el arbitraje contenidas en el Código de Procedimiento Civil, regía también la Ley de Arbitraje Comercial (1963) que regulaba de manera más ágil el procedimiento de justicia arbitral para la solución de controversias de índole mercantil sometidas a tribunales arbitrales designados por las Cámaras de Comercio. La Ley de Arbitraje Comercial también fue derogada por la Ley de Arbitraje y Mediación de 1997. En el orden constitucional, el Texto Fundamental de 1998, por primera vez, reconoce al sistema arbitral.

Aparte de la Ley propia que regula el procedimiento arbitral (Ley de Arbitraje y Mediación), y del reconocimiento expreso por parte de la Constitución, existe un conjunto de preceptos dispersos en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, que instituyen al arbitraje como mecanismo alternativo de solución de conflictos, entre ellos, el contenido en el Art. 104 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que remite a los procesos de mediación y arbitraje en derecho, la solución de diferencias⁷⁶.

Por su lado, la mediación, regulada también por la Ley de la materia, es considerada como “un procedimiento de solución de conflictos por el cual las partes, asistidas por un tercero neutral llamado mediador, procuran un acuerdo voluntario, que verse sobre materia transigible, de carácter extrajudicial y definitivo, que ponga fin al conflicto”⁷⁷.

⁷⁶ Por ejemplo, las leyes de Modernización del Estado, de Telecomunicaciones, de Régimen del Sector Eléctrico, de Promoción y Garantía de las Inversiones, de Mercado de Valores, de Seguros, de Instituciones Financieras, de Propiedad Intelectual, entre otras, franquean la sede arbitral para resolver diferencias interpartes.

⁷⁷ Ley de Arbitraje y Mediación, Art. 43.

Son conocidos los problemas que enfrenta la justicia impartida por los órganos jurisdiccionales de carácter estatal: avalancha de demandas y de causas tardanza en el despacho, influencia política, judicialización de la política, politización de la justicia, obsolescencia tecnológica, procesos largos, desgastantes, ásperos, traumáticos (2 a 4 años, por ejemplo, un juicio de conocimiento), desconfianza ciudadana, severo derrumbe institucional, etc.

Frente a este panorama de la justicia ordinaria, la justicia alternativa se presenta como un canal de descongestión de la agobiante sobrecarga de asuntos que desbordan la capacidad de respuesta de la justicia ordinaria; asume tareas que no requieren la imprescindible intervención judicial; se caracteriza por la celeridad, seguridad, confiabilidad, confidencialidad, desformalización, flexibilidad, menor costo; se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes en conflicto.

El fenómeno de la justicia alternativa se orienta a formar conciencia social en torno a la validez y eficacia de los medios alternativos para la solución de los conflictos, procura que los medios alternativos ganen espacio y reconocimiento social, desterrando la neurosis masiva que lleva a la gente a creer que los juzgados y tribunales son los lugares ideales y únicos para resolver las controversias; se orienta a construir hábitos que se arraiguen en el comportamiento profesional y se traduzcan en estrategias permanentes de los operadores jurídicos (nueva cultura jurídica).

Algunas interrogantes centrales se plantean frente al tema de los medios alternativos de solución de conflictos: ¿cuál es su naturaleza jurídica? ¿cuáles son los postulados filosóficos, jurídicos, políticos, sociológicos, culturales que subyacen detrás de estas instituciones

alternativas? ¿han mostrado eficacia en la solución de los conflictos? ¿gozan de legitimidad social? ¿tienen futuro?.

Más que medios para la descongestión judicial, los métodos alternativos son instrumentos para garantizar el acceso efectivo a la justicia y promover la resolución pacífica de los conflictos. No rivalizan con la justicia estatal formal, constituyen más bien el reconocimiento de que procedimientos menos formales y alternativas de justicia autocompositiva complementan las opciones a las cuales pueden acudir las personas para resolver sus controversias. Son mecanismos diferentes al proceso judicial para solucionar las controversias. Rompen el paradigma del monopolio estatal respecto a la administración de justicia. En virtud de estos mecanismos, los ciudadanos son investidos ocasionalmente por la ley de la función de impartir justicia. Son formas de colaboración de los particulares para el buen suceso de la administración de justicia. No son mecanismos sustitutivos sino complementarios de la justicia estatal. Son formas de justicia consensual de la sociedad civil organizada. Son manifestaciones de los criterios populares de equidad, de procesos participativos, de búsqueda de acuerdos, de ejercicio pleno de democracia. Son formas de propiciar la vinculación de la sociedad civil en la construcción de su propio destino. Son medios descongestionantes de los despachos judiciales, colaborativos del funcionamiento de la justicia y propulsores del mantenimiento de la paz. Hacen posible, desde la judicialización de la participación social, el cumplimiento de los grandes objetivos del Derecho: la paz, la convivencia y el orden. Al tiempo que medios para la descongestión judicial, son instrumentos para garantizar el acceso efectivo a la justicia y promover la resolución pacífica de los conflictos. Permiten el acceso a la administración de justicia, que se logra no sólo mediante la utilización de los mecanismos tradicionales de solución de conflictos sino a través de los métodos alternos, que de igual manera conducen al establecimiento del orden justo y de la

convivencia pacífica. Son mecanismos que dependen más de procesos horizontales y menos de estructuras jerárquicas para solucionar las diferencias. Tienen como eje de operatividad, la participación de los involucrados, en ejercicio de su poder de autodeterminación. Toman en cuenta las necesidades de las partes, de manera holística. Procuran el entendimiento integral de las raíces del conflicto. Permiten mejorar el acceso a la justicia, abreviar la distancia entre ésta y la sociedad, así como reconstruir la confianza pública en ese valor. Hacen posible entender la administración de justicia proyectada e inmersa en la sociedad, más operativa y eficiente, que interpreta la norma legal no sólo desde el punto de vista de su logicidad, sino también de su racionalidad social. Permiten una mayor inmediatez en el acceso a la justicia, flexibilizando el modelo centralizador del derecho y redefiniendo la relación entre los ciudadanos, la sociedad civil y el Estado que detenta el poder monopólico como proveedor del servicio de justicia. Propician un mayor protagonismo de la sociedad, pasando de un ejercicio jurisdiccional irrestricto que se muestra vulnerable, al mínimo posible y necesario de compromiso y participación de los ciudadanos en la búsqueda de soluciones a sus conflictos. Son una respuesta a la concepción clásica del derecho que se ha transformado en obstáculo por su excesivo formalismo. Son “vías alternativas”, no de “enfrentamiento”, del procedimiento judicial; muestran que muchos conflictos humanos no necesariamente deben resolverse a través del proceso judicial ni que todo debe resolverse por las vías alternas. Procuran la “humanización” del servicio de justicia en la medida en que tienen en cuenta al “otro”, no solamente como litigante, sino en sus necesidades vitales y reales intereses, y en las consecuencias de las decisiones jurídicas que lo afectan directamente. Son vías que constituyen “opciones” dentro de un sistema para resolver conflictos, no encorsetadas exclusivamente con la norma jurídica respectiva como si fuera ésta el único parámetro que debiera contemplar la posible solución; la norma es un criterio más, al que pueden y

deben agregarse otras consideraciones que para las partes son tanto o más importantes que el contenido de la norma. Muestran que el derecho es algo más que la norma; muestran que los intereses, las posiciones, los sentimientos, las creencias, las necesidades, las motivaciones, junto a la norma, confluyen en la autocomposición y resolución de los conflictos. Delegan a los grupos u organizaciones sociales el poder de autorregulación de sus intereses, en una especie de “microsistemas” legales autónomos. Privilegian los arreglos privados; permiten la instrumentalización del derecho por parte de quienes buscan para sus conflictos una solución rápida, segura y previsible, que la que podría proveer el procedimiento judicial, ordinario y lento, de la jurisdicción estatal. Permiten hacer justicia a través de experiencias compartidas y creadoras, mediante el concierto voluntario de las partes para arribar a una solución sin controversias, a una justicia sin resentimiento. Son procedimientos hábiles, eficaces, probadamente rápidos y seguros, pero tienen el inconveniente de no contar con facultades de coerción y ejecución forzada. Son complementarios de la función jurisdiccional, al desplazar hacia los jueces ordinarios las medidas necesarias de fuerza y aseguramiento. Son fórmulas de entendimiento racional que persiguen la solución concertada, pacífica, sin tener que hacer el encuadre jurídico o subsunción de los hechos a la norma jurídica. Su lógica es una dinámica procesal que no se somete al “corset” de las formas, pues el principio es la libertad de ellas.

Según la vigente legislación en materia de contratación pública, de existir diferencias entre las partes contratantes no solventadas dentro del proceso de ejecución, se podrán utilizar los procesos de mediación y arbitraje en derecho, que lleven a solucionar sus diferencias, de conformidad con la cláusula compromisoria respectiva⁷⁸. Las entidades contratantes y los

⁷⁸ Ley de Arbitraje y Mediación, Art. 104.

contratistas buscarán solucionar en forma ágil, rápida y directa las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual. 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 conciliación⁷⁹, amigable composición⁸⁰ y transacción⁸¹, según el Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública⁸².

5.2. LA MEDIACIÓN.

La mediación es un método no adversarial, autocompositivo de resolución de conflictos. Las partes, en forma cooperativa encuentran el punto de armonía en el conflicto. Es un procedimiento rápido, confidencial, económico, justo. El mediador induce a las partes a identificar los puntos de la controversia, a acomodar sus intereses a los de la parte contraria, a explorar fórmulas de arreglo que trascienden el nivel de la disputa, a tener del conflicto una visión productiva para ambas. Es un sistema informal aunque estructurado mediante un procedimiento de múltiples pasos, en el que las partes se encuentran frente a frente con la facilitación del mediador. El acuerdo siempre proviene de las partes.

En efecto, es un procedimiento mediante el cual una tercera persona neutral, que no está involucrada en el conflicto, se reúne con las partes –que

⁷⁹ CONCILIACIÓN: desde un sentido amplio, es todo avenimiento entre dos o más personas que sostienen posiciones distintas; puede ser judicial o extrajudicial, según tenga lugar dentro de un proceso o fuera de él. En un sentido técnico procesal, es un método anormal de terminación de un proceso regulada en los códigos procesales.

⁸⁰ AMIGABLE COMPOSICIÓN: sometimiento de un caso a la resolución de una o más personas designadas conjuntamente por las partes, a fin de evitar un litigio y obtener un fallo con fuerza de cosa juzgada. El amigable componedor es la persona de confianza, equidad y buen sentido que las partes eligen para decidir, según su leal saber y entender alguna contienda pendiente entre ellas, y que no quieren someter a los tribunales.

⁸¹ TRANSACCIÓN: es un contrato y como tal un acuerdo privado celebrado por los contendientes, en virtud del cual terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual, para lo cual hacen mutuas concesiones, renunciando recíprocamente a sus respectivas pretensiones. Tiene el alcance de la cosa juzgada en última instancia.

⁸² Reglamento General de la LOSNCP, Art. 160.

pueden ser dos o más- y las ayuda para que puedan manifestar su particular situación y el problema que los afecta. El mediador facilita las cosas para que los que asisten a la audiencia puedan hablar francamente de sus intereses, dejando de lado sus posiciones adversas. Mediante las preguntas apropiadas y las técnicas adecuadas, se puede llevar a las partes hacia los puntos de coincidencia y, si ellas, no llegan a un acuerdo, el mediador no puede tomar ninguna decisión al respecto porque él no puede obligarlas a hacer o aceptar nada. Llegado el caso, ahí termina la mediación.

Según nuestra Ley de Arbitraje y Mediación, “la mediación es un procedimiento de solución de conflictos por el cual las partes, asistidas por un tercero neutral llamado mediador, procuran un acuerdo voluntario, que verse sobre materia transigible, de carácter extrajudicial y definitivo, que ponga fin al conflicto”⁸³.

La mediación puede ser: INSTITUCIONALIZADA, a través de los centros de mediación; AD-HOC, con mediadores independientes debidamente autorizados. La mediación procede: por convenio de las partes; a solicitud de las partes o de una de ellas; cuando el juez lo disponga en cualquier estado de la causa, de oficio o a petición de parte, siempre que las partes lo acepten⁸⁴.

El procedimiento de mediación concluye con la firma de un acta en la que conste el acuerdo total o parcial, o en su defecto, la imposibilidad de lograrlo. El acta tiene efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada y se ejecutará del mismo modo que las sentencias de última instancia siguiendo

⁸³ Ley de Arbitraje y Mediación, Art. 43.

⁸⁴ Ley de Arbitraje y Mediación, Arts. 44 a 46.

la vía de apremio. El acta de imposibilidad de acuerdo podrá ser presentada dentro de un proceso arbitral o judicial⁸⁵.

Los CENTROS DE MEDIACIÓN son organizaciones facilitadoras del procedimiento de solución de conflictos por la vía de la mediación prevista en la Ley de Arbitraje y Mediación y pueden ser creadas por: gobiernos locales (gobiernos autónomos descentralizados, en la actual terminología constitucional), cámaras de la producción, gremios de profesionales, asociaciones, agremiaciones, fundaciones, instituciones sin fines de lucro, organizaciones comunitarias, registradas en el Consejo Nacional de la Judicatura⁸⁶.

Actualmente varios centros de mediación ofrecen sus servicios para hacer posible el arreglo de las diferencias interpartes. En materia de contratación públicas, es común el desarrollo de procedimientos de mediación en las cámaras de comercio de las principales ciudades del país. El centro de mediación de la Procuraduría General del Estado, más reciente en la experiencia nacional, contribuye también a la cultura jurídica de la justicia alternativa en el ámbito de la contratación pública.

5.3. EL ARBITRAJE.

El sistema arbitral es un mecanismo alternativo de solución de conflictos al cual las partes pueden someter de mutuo acuerdo, las controversias susceptibles de transacción, existentes o futuras, para que

⁸⁵ Ley de Arbitraje y Mediación, Art. 47.

⁸⁶ Ley de Arbitraje y Mediación, Arts. 52 a 54.

sean resueltas por los tribunales de arbitraje administrado o por árbitros independientes que se conformaren para conocer dichas controversias⁸⁷.

El arbitraje es un método alternativo de resolución de conflictos, de carácter adversarial y heterocompositivo, por medio del cual las partes de común acuerdo, defieren en un tercero la decisión de sus diferencias. En el arbitraje es un tercero neutral quien decide la cuestión planteada, siendo su decisión (laudo) obligatoria. Las partes se convierten en contendientes a efectos de lograr un laudo favorable a su posición. Las partes deciden la selección de los árbitros, los aspectos del procedimiento y la institución que los proveerá. Puede ser en derecho o en equidad.

Respecto a la naturaleza jurídica del arbitraje existen tres enfoques explicativos: 1.- la TEORÍA CONTRACTUALISTA, que se fundamenta en el “principio de la autonomía de la voluntad”; el arbitraje surge de un acuerdo entre las partes y no puede predicarse de él los mismos efectos jurisdiccionales de una sentencia; 2.- la TEORÍA JURISDICCIONAL, en virtud de la cual si bien es cierto que los árbitros derivan sus facultades del acuerdo de las partes, el fallo del juez y el laudo son equivalentes en sus efectos; y, 3.- la TEORÍA MIXTA O ECLÉCTICA, que reconoce en la figura del arbitraje un origen contractual porque la regla general es la jurisdicción ordinaria y para poder sustraerse de ella, es necesaria la firma de un pacto arbitral expreso; dicho pacto una vez celebrado abre la posibilidad de que los árbitros por ministerio de la ley, ejerzan una función jurisdiccional que se materializa en el laudo y cuyos efectos son semejantes a una sentencia judicial.

⁸⁷ Ley de Arbitraje y Mediación, Art. 1.

Los principios que orientan al sistema arbitral son de tres clases: 1.- PRINCIPIOS INSTITUCIONALES: oportunidad, temporalidad y favor arbitri; 2.- PRINCIPIOS RELATIVOS A LAS PARTES: igualdad de las partes y dualidad de posiciones; 3.- PRINCIPIOS RELATIVOS AL PROCESO ARBITRAL: escrituralidad/oralidad, intermediación y confidencialidad

Doctrinariamente se reconocen las siguientes clases de arbitraje: 1.- EN DERECHO: los árbitros fundamentan su decisión en el derecho positivo vigente; 2.- EN EQUIDAD: los árbitros deciden según el sentido común y la equidad, esto es, a su “leal saber y entender”; 3.- VOLUNTARIO: se origina en el pacto arbitral suscrito libremente por las partes; 4.- FORZOSO: es el que ordena la ley como instancia obligatoria; 5.-INDEPENDIENTE: las partes acuerdan las reglas de procedimiento; 6.- INSTITUCIONAL: las partes se someten a un centro de arbitraje; 7.- NACIONAL: se desarrolla en un país, con arreglo a la ley nacional; 8.- INTERNACIONAL: regulado por el derecho internacional; 9.- RITUAL: las partes deben sujetarse a reglas legales preestablecidas; 10.- IRRITUAL: las partes están habilitadas para seleccionar las reglas procesales que estimen adecuadas.

La Ley de Arbitraje y Mediación distingue los siguientes tipos de arbitraje: 1.- arbitraje administrado (arts. 1 y 2); 2.- arbitraje independiente (arts. 1 y 2); 3.- arbitraje en equidad (art. 3); 4.- arbitraje de derecho (art. 3); y, 5.- arbitraje internacional (art. 41).

Según la vigente legislación en materia de contratación pública⁸⁸, en los contratos podrán incluirse la cláusula compromisoria a fin de someter a la decisión de árbitros las distintas diferencias que puedan surgir por razón de la celebración del contrato y de su ejecución, desarrollo, terminación o

⁸⁸ Reglamento General de la LOSNCP, Art. 161.

liquidación. El arbitraje deberá ser en derecho. Los árbitros serán tres, a menos que las partes decidan acudir a un árbitro único. En las controversias de menor cuantía habrá un solo árbitro. La designación, constitución y funcionamiento del tribunal de arbitraje se regirá por las normas contractualmente estipuladas o las que resulten aplicables. Para la suscripción de esta cláusula se estará a lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley de Arbitraje y Mediación, que dispone lo siguiente:

“Art. 4.- Podrán someterse al arbitraje regulado en esta Ley las personas naturales o jurídicas que tengan capacidad para transigir, cumpliendo con los requisitos que establece la misma.

Para que las diferentes entidades que conforman el sector público puedan someterse al arbitraje, además de cumplir con los requisitos que establece esta Ley, tendrán que cumplir los siguientes requisitos adicionales:

- a) Pactar un convenio arbitral, con anterioridad al surgimiento de la controversia; en caso de que se quisiera firmar el convenio una vez surgida la controversia, deberá consultarse al Procurador General del Estado, dictamen que será de obligatorio cumplimiento;
- b) La relación jurídica a la cual se refiere el convenio deberá ser de carácter contractual;
- c) En el convenio arbitral deberá incluirse la forma de selección de los árbitros; y,
- d) El convenio arbitral, por medio del cual la institución del sector público renuncia a la jurisdicción ordinaria, deberá ser firmado por la persona autorizada para contratar a nombre de dicha institución.

El incumplimiento de los requisitos señalados acarreará la nulidad del convenio arbitral.

El convenio arbitral es el acuerdo de voluntades por el cual las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El convenio arbitral siempre debe constar por escrito⁸⁹. El convenio o pacto arbitral es el acuerdo que

⁸⁹ Ley de Arbitraje y Mediación, Art. 5.

celebran las partes por el cual se obligan a someter sus diferencias a la decisión de un tribunal arbitral (singular o plural), renunciando a hacer valer sus pretensiones ante los jueces. (“pacto arbitral”, “convenio arbitral”, “acuerdo de arbitraje”). El pacto o convenio arbitral se pone en ejecución por medio de una cláusula compromisoria o un compromiso, según que el acuerdo se efectúe previamente o con posterioridad a la existencia del conflicto. “El convenio arbitral es el acuerdo escrito en virtud del cual las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual”, deberá constar por escrito, intercambio de cartas o cualquier otro medio de comunicación escrito que deje constancia documental de la voluntad de las partes de someterse al arbitraje⁹⁰.

En la aplicación de los medios alternativos de solución de controversias es fundamental el concepto de materia arbitrable. Lo “transigible” es el referente que sirve para definir la materia arbitrable. El art. 1 de la Ley de Arbitraje y Mediación prescribe que se someterán a arbitraje “las controversias susceptibles de transacción”. El art. 2348 del Código Civil, señala que “transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente, o precaven un litigio eventual”. Se podrán someter al arbitraje las personas que tengan capacidad para transigir según el art. 4 de la Ley de Arbitraje y Mediación. “No puede transigir sino la persona capaz de disponer de los objetos comprendidos en la transacción”, al tenor del art. 2349 del Código Civil.

Los árbitros son las personas escogidas por las partes, por su capacidad, probidad y conocimiento para resolver la controversia, ya sea en

⁹⁰ Ley de Arbitraje y Mediación, Arts. 5 y 6.

un arbitraje administrado o en un arbitraje independiente. Según la Ley de Arbitraje y Mediación –Art. 17- el tribunal se constituirá por tres árbitros principales y un suplente. En el caso del arbitraje administrado, tomarán posesión ante el presidente del centro de arbitraje. En el caso del arbitraje independiente, los árbitros designados se posesionarán ante un notario. Los árbitros pueden designarse: a) por acuerdo de las partes directamente en el convenio arbitral (arbitraje independiente o ad hoc); b) de la lista de una de las instituciones a las que se encomiende la administración del arbitraje (arbitraje administrado); c) por sorteo.

El centro de arbitraje es una entidad especializada, dotada de organización y medios adecuados para administrar el procedimiento arbitral. Las partes piden su intervención a través del convenio arbitral. El centro asume funciones de apoyo y facilitación, de conformidad con la Ley y sus normas propias. La Ley de Arbitraje y Mediación –Art. 39- faculta a las cámaras de la producción, asociaciones, agremiaciones, fundaciones e instituciones sin fines de lucro, para organizar centros de arbitraje, previo registro en la Federación de Cámaras de Comercio del Ecuador.

Los centros de arbitraje deberán contar con una sede dotada de elementos administrativos y técnicos necesarios para servir de apoyo a los juicios arbitrales y para dar capacitación a los árbitros, secretarios y mediadores. Además deberán contar con su propio reglamento que regule, entre otros aspectos, la manera de formular las listas de árbitros, tarifas de honorarios para árbitros, tarifas para gastos administrativos, forma de designar al director del centro y código de ética para árbitros, secretarios y mediadores –Art. 40 de la Ley de Arbitraje y Mediación-.

El arbitraje institucional, institucionalizado, corporativo, organizado o administrado (a diferencia del independiente o ad-hoc), es el que se lleva a

cabo con la intervención de una entidad especializada y permanente autorizada por la Ley (los centros de arbitraje). El Centro es una entidad especializada, dotada de organización y medios adecuados para administrar el procedimiento arbitral. Las partes piden su intervención (cláusula contractual). Es la voluntad de las partes la que legitima la actuación del Centro. El Centro asume funciones de apoyo y facilitación, de conformidad con la Ley y sus normas propias. El Centro no decide (no arbitra ni media) el asunto de la controversia, sino que se limita a organizar y administrar el proceso arbitral. Según la Ley de Arbitraje y Mediación:

“Las cámaras de la producción, asociaciones, agremiaciones, fundaciones e instituciones sin fines de lucro, podrán organizar centros de arbitraje, mismos que podrán funcionar previo registro en la Federación de Cámaras de Comercio del Ecuador... deberán contar con reglamento propio y una sede dotada de elementos administrativos técnicos necesarios para servir de apoyo a los juicios arbitrales y para dar capacitación a los árbitros, secretarios y mediadores...” (arts. 39 y 40, LAM).

El Centro es creado en el seno de una organización dotada de personería jurídica (cámara empresarial, gremio profesional, organismo seccional autónomo, universidad, asociación, fundación, etc.). No se crea ni subsiste por sí solo. No tiene personería jurídica por sí mismo. Forma parte de un andamiaje institucional mayor. Por tradición, las cámaras de comercio han creado centros y son las principales protagonistas de la justicia alternativa institucional. No obstante formar parte de un entramado institucional mayor que sí tiene personería jurídica, el Centro en tanto promotor y facilitador de los procesos de justicia alternativa, es independiente, autónomo funcionalmente. El centro, para actuar, en un caso específico, se asegura: que las partes hayan solicitado su intervención; que entre las partes exista un convenio arbitral; y, que el asunto controversial pase por el tamiz de la arbitrabilidad, según el Derecho.

El Centro tiene una estructura orgánica (órganos que lo componen), y una estructura funcional (procedimientos a seguir), según su propio Reglamento de Funcionamiento. En el Ecuador, el régimen jurídico que disciplina la constitución y funcionamiento de un Centro está integrado por: la Carta Constitucional, la Ley de Arbitraje y Mediación, el Estatuto de la entidad en cuyo seno opera y el Reglamento interno propio. Debe ser registrado en la Federación de Cámaras de Comercio (centro de arbitraje), y en el Consejo Nacional de la Judicatura (centro de mediación).

El Centro pone a disposición sus facilidades infraestructurales, logísticas, técnicas y profesionales, promueve la comunicación entre las partes, pone a disposición listas de árbitros y mediadores, recibe escritos, corre traslados, facilita las reuniones y diligencias.

La potenciación de la justicia alternativa requiere que las instituciones que la administran se consoliden y vayan ganando progresivamente la confianza de los usuarios y de la comunidad en general. Que día a día adquieran prestigio los centros. Que se fortalezca la conciencia colectiva de que efectivamente su actuación reporta ventajas para el desarrollo de los procedimientos alternativos de solución de controversias. Que la solución amistosa y privada de los conflictos se arraigue en la sociedad. La consolidación de los Centros depende de la conciencia social respecto de las ventajas de la justicia alternativa y del prestigio de la institución que la promueve. Sin lugar a dudas, la justicia alternativa vale lo que valen los centros de arbitraje y/o mediación y lo que valen los árbitros y los mediadores. En los centros se anida el espíritu de libertad de las partes.

Resumiendo, el proceso arbitral es un mecanismo de solución de conflictos presentes o futuros, susceptibles de transacción; las decisiones

son tomadas por los árbitros; tiene su origen en la voluntad de las partes; sustrae la controversia del ámbito de la competencia judicial; el laudo es definitivo e inapelable.

El proceso arbitral se inicia con la demanda arbitral es presentada ante el director del Centro de Arbitraje (arbitraje administrado), o ante el árbitro o árbitros independientes que se hubiere determinado en el convenio (arbitraje ad-hoc). La demanda debe contener los siguientes requisitos –art. 10, LAM-: designación del centro o del árbitro ante quien se la propone; identificación del actor y del demandado; fundamentos de hecho y de derecho, con claridad y precisión; cosa, cantidad o hecho que se exige (pretensión); determinación de la cuantía; lugar para la citación al demandado; lugar para notificación al actor; demás requisitos exigidos para cada caso; anuncio de medios probatorios

Presentada la demanda, el director del centro (arbitraje administrado) o el árbitro independiente (arbitraje ad hoc), calificarán la demanda y mandarán a citar a la otra parte, dentro de los cinco días siguientes. El demandado tiene diez días para contestar. La no contestación se considerará como negativa pura y simple de los fundamentos de la demanda y continuará el curso del arbitraje (Arts. 11 y 14, LAM).

El demandado tiene el término de diez días para contestar. La no contestación se considerará como negativa pura y simple de los fundamentos de la demanda. Al contestar la demanda, el demandado puede reconvenir exclusivamente sobre la misma materia del arbitraje. El actor tiene el término de diez días para contestar la reconvenición (Arts. 11 y 12, LAM). Las partes podrán modificar sus respectivos libelos (demanda-contestación, reconvenición-contestación), por una sola vez, en el término de cinco días de su presentación (Art. 13, LAM)

Contestada o no la demanda (o la reconvencción), el director del centro (arbitraje administrado), o el árbitro independiente (arbitraje ad hoc), notificarán a las partes, señalando día y hora para que tenga lugar la audiencia de mediación a fin de procurar un avenimiento de las partes. La audiencia se realizará con la intervención de un mediador designado por el director del centro o el árbitro independiente, según corresponda. Lo acordado en la audiencia constará en acta. Si el acuerdo es total, termina la controversia, Si es parcial, continuará con respecto a la materia del desacuerdo. Y si no es posible ningún acuerdo, sigue el procedimiento arbitral, para cuyo efecto se designarán los árbitros para constituir el tribunal arbitral (arbitraje administrado) que conocerá y sustanciará la causa y emitirá el laudo que corresponda. En el caso del arbitraje ad hoc, ante la imposibilidad de acuerdo, los árbitros actuantes continuarán con el proceso arbitral hasta dictar el laudo respectivo.

El Director del Centro de Arbitraje envía a las partes la lista de árbitros, para que de común acuerdo designen en el término de tres días los árbitros principales y el alterno que deban integrar el tribunal. El Tribunal se constituirá con tres árbitros principales y un alterno. Los árbitros designados, dentro de tres días de haber sido notificados, deberán aceptar o no el encargo. Una vez aceptada la designación, los árbitros serán convocados por el director del centro para tomar posesión de sus cargos ante el presidente del centro de arbitraje y procederán a la designación del presidente y del secretario del Tribunal. El presidente designado dirigirá la sustanciación del arbitraje (Arts. 16 y 17, LAM).

Una vez constituido el Tribunal, se fija día y hora para la audiencia de sustanciación. En esta audiencia: comparecen las partes ante el Tribunal Arbitral; se lee el documento que contiene el convenio arbitral; el Tribunal

resuelve sobre su propia competencia; se ordena la práctica de las diligencias probatorias solicitadas en la demanda, contestación, reconvencción, durante el término señalado por el Tribunal; las partes precisan sus pretensiones y los hechos en que se fundamentan (Art. 22, LAM). La fecha de la audiencia de sustanciación marca el término para que el Tribunal profiera el laudo correspondiente: 150 días, máximo, prorrogable por igual término, en casos estrictamente necesarios, por acuerdo expreso de las partes o de oficio (Art. 25, LAM).

Los árbitros pueden dictar medidas cautelares, de acuerdo con las normas del Código de Procedimiento Civil o las que se consideren necesarias para cada caso, a fin de asegurar los bienes materia del proceso o para garantizar el resultado de éste. Los árbitros pueden exigir una garantía a quien solicite la medida (contracautela). La parte contra quien se pida la medida cautelar podrá pedir la suspensión de ésta, si rinde caución suficiente ante el Tribunal (Art. 9, LAM).

Una vez que el Tribunal se ha declarado competente, ordena que se instruya el proceso comenzando por disponer que se practiquen, en el término que el Tribunal señale, las diligencias de prueba solicitadas por las partes en la demanda, en la contestación, en la reconvencción, siempre que fueren pertinentes. En la audiencia de sustanciación se recibe la causa a prueba. Las partes pueden proponer todo tipo de pruebas que estimen conducentes para acreditar los hechos materia de la controversia. Corresponde al tribunal apreciar la pertinencia o no de las pruebas propuestas. Por razones de celeridad y economía solo se admite la sustanciación de aquellas diligencias de prueba que son necesarias y relevantes para resolver el pleito. La falta de presentación o solicitud de pruebas al momento de presentar la demanda, o la contestación a ésta, no precluye el derecho de las partes a solicitarla en momento posterior del

trámite del proceso arbitral. En la Ley de Arbitraje y Mediación no existen plazos preclusivos para proponer y practicar pruebas, toda vez que los plazos quedan al arbitrio del tribunal, además la misma ley permite las diligencias para mejor proveer incluso una vez vencido el término de prueba otorgado por el tribunal. El tribunal tiene el papel protagónico para vigilar, orientar, explorar y gestionar la prueba, y cuenta con poderes inquisitivos para investigar los hechos y decretar la actuación de medios probatorios de oficio (diligencias para mejor proveer) –Arts. 22 y 23, LAM-.

En el proceso arbitral son usuales las audiencias para evacuar diligencias probatorias solicitadas por las partes o dispuestas por el propio tribunal. Los árbitros están obligados a garantizar una genuina audiencia de las partes, la rigurosa observación al principio de contradicción y el más cabal respeto al principio de igualdad entre los litigantes. Las más comunes audiencias de prueba son las audiencias de testigos, en las que los abogados de las partes tienen la oportunidad de interrogarlos y contrainterrogarlos; las audiencias de peritos, de confesión judicial, de exhibición de documentos, etc. Las pruebas deben ser practicadas por el mismo tribunal cualquiera que fuere el lugar donde deba cumplirse la diligencia.

Si antes de expedir el laudo, el tribunal o las partes estiman que se necesitan otras pruebas o cualquier otra diligencia para el esclarecimiento de los hechos, de oficio o a petición de parte, podrá ordenar que se practiquen, señalando día y hora (Art. 23, LAM). Eso quiere decir que en materia probatoria, el tribunal tiene poderes inquisitivos para practicar, de oficio, cualquier clase de pruebas en cualquier momento antes del laudo. El tribunal está facultado para tomar la iniciativa en la investigación de los hechos con el propósito de convencerse de la realidad material sobre la que debe decidir, apelando a las llamadas “diligencias para mejor proveer”.

Una vez practicadas las diligencias probatorias, y a pedido de las partes, el Tribunal fija día y hora para que las partes presenten sus alegatos en “audiencia de estrados”, acto que se cumple en el Centro de Arbitraje.

El proceso arbitral es de única instancia y el laudo que profiera el Tribunal Arbitral es inapelable. Sólo es susceptible de la acción de nulidad, a cuyo efecto, la Ley de Arbitraje y Mediación califica las causales de la nulidad.

Art. 31.- Cualquiera de las partes podrá intentar la acción de nulidad de un laudo arbitral, cuando:

- a) No se haya citado legalmente con la demanda y el juicio se ha seguido y terminado en rebeldía. Será preciso que la falta de citación haya impedido que el demandado deduzca sus excepciones o haga valer sus derechos y, además, que el demandado reclame por tal omisión al tiempo de intervenir en la controversia;
- b) No se haya notificado a una de las partes con las providencias del tribunal y este hecho impida o limite el derecho de defensa de la parte;
- c) Cuando no se hubiere convocado, no se hubiere notificado la convocatoria, o luego de convocada no se hubiere practicado las pruebas, a pesar de la existencia de hechos que deban justificarse;
- d) El laudo se refiera a cuestiones no sometidas al arbitraje o conceda más allá de lo reclamado; o,
- e) Cuando se hayan violado los procedimientos previstos por esta Ley o por las partes para designar árbitros o constituir el tribunal arbitral.

Del laudo arbitral podrá interponerse ante el árbitro o tribunal arbitral, acción de nulidad para ante el respectivo presidente de la corte superior de justicia, en el término de diez días contado desde la fecha que éste se ejecutorió. Presentada la acción de nulidad, el árbitro o tribunal arbitral dentro del término de tres días, remitirán el proceso al presidente de la corte superior de justicia, quien resolverá la acción de nulidad dentro del término de treinta días contados desde la fecha que avocó conocimiento de la causa. La acción de nulidad presentada fuera del término señalado, se tendrá por no interpuesta y no se la aceptará a trámite.

Quien interponga la acción de nulidad, podrá solicitar al árbitro o tribunal arbitral que se suspenda la ejecución del laudo, rindiendo caución suficiente sobre los perjuicios estimados que la demora en la ejecución del laudo pueda

causar a la otra parte.

El árbitro o tribunal arbitral, en el término de tres días, deberán fijar el monto de la caución, disponiendo la suspensión de la ejecución del laudo.

La caución deberá constituirse dentro del término de tres días, contados a partir de esta notificación.

Ejecutoriado el laudo las partes deberán cumplirlo de inmediato. Cualquiera de las partes podrá pedir a los jueces ordinarios, que ordenen la ejecución del laudo o de las transacciones celebradas, presentando una copia certificada del laudo o acta transaccional, otorgada por el secretario del tribunal, el director del centro o del árbitro o árbitros, respectivamente con la razón de estar ejecutoriada. Los laudos arbitrales tienen efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada y se ejecutarán del mismo modo que las sentencias de última instancia, siguiendo la vía de apremio, sin que el juez de la ejecución acepte excepción alguna, salvo las que se originen con posterioridad a la expedición del laudo⁹¹.

La experiencia acumulada nos enseña que en materia de contratación pública algunos litigios se han resuelto a través de la vía del arbitraje administrado por los centros de arbitraje y mediación de los gremios de comerciantes del país, especialmente de Quito, Guayaquil y Cuenca.

El Instituto Nacional de Contratación Pública, entre los modelos y formatos de documentos precontractuales (pliegos) que ha elaborado, constan los proyectos de contratos a que se someten las partes y dentro de sus respectivos textos, la cláusula del arbitraje, en correspondencia con la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su

⁹¹ Ley de Arbitraje y Mediación, Art. 32.

Reglamento General, que remiten al arbitraje en derecho la solución de diferencias.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

1. Son inherentes a la dinámica de las relaciones jurídicas en el ámbito de la contratación pública, la generación y el escalamiento de controversias entre las partes contratantes -desequilibrio de la ecuación económico financiera, ineficacia del objeto contractual, rescisión, indemnizaciones o reajustes, recomposición de términos contractuales, daños y perjuicios, incumplimiento de obligaciones contractuales, vencimiento de plazos, prórrogas, variación de costos, modificación de plazos, vigencia de garantías, terminación unilateral, entre otros- que, por lo general, se ventilan ante los órganos jurisdiccionales, a través de dilatados, tortuosos y desgastantes procesos judiciales, regularmente en perjuicio de los intereses jurídicos y patrimoniales de las entidades públicas. El ordenamiento jurídico de la República prevé también la posibilidad de que las partes de la contratación pública busquen solucionar sus diferencias en forma ágil, rápida y directa, a través de los métodos alternativos de la mediación y el arbitraje en derecho, mecanismos alternativos a la justicia ordinaria que tienen expreso reconocimiento constitucional y un funcional desarrollo legislativo en el Ecuador.
2. La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública ha diseñado también un sistema de reclamos y recursos, en sede administrativa, para resolver las controversias entre contratantes y contratistas. A través de este sistema, es mediante el procedimiento administrativo que se resuelven las situaciones jurídicas de los administrados (contratistas) que se ven afectados por el ejercicio de poder de la administración pública (contratante). El procedimiento administrativo es de naturaleza propiamente administrativa, vale decir, no jurisdiccional,

a diferencia del proceso administrativo, que se reserva estrictamente para el proceso judicial. Por su naturaleza, el procedimiento administrativo busca restablecer la legalidad y que el daño causado al administrado por las indebidas actuaciones de la administración sea resarcido, reparado o indemnizado. El ordenamiento jurídico confiere herramientas al administrado, para hacer valer sus derechos en sede administrativa, a través del sistema de recursos contra los actos y disposiciones emanados de la Administración como un segundo círculo de garantías, puesto que permite a los administrados reaccionar frente a los actos y disposiciones lesivos a sus intereses y obtener eventualmente, su anulación, modificación o reforma. Rasgo característico del procedimiento administrativo constituye la doble condición de juez y parte que reúne la administración, lo cual le permite autotutelar sus actuaciones a través del enderezamiento en su propia sede, de conductas contrarias a derecho. Según la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 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. La reclamación o recurso presentado no suspende la ejecución del acto impugnado, salvo decisión en contrario de la autoridad.

3. La gestión de los conflictos en el proceso de ejecución contractual está prevista en la propia Ley Orgánica de Contratación Pública, y son los órganos de la justicia alternativa y de la justicia ordinaria, a elección de las partes, los que resolverán las controversias suscitadas, mediante los procedimientos previstos en las leyes respectivas. En el ámbito de la justicia ordinaria, existe en el actual régimen jurídico ecuatoriano, una clara definición tanto del órgano jurisdiccional competente para conocer y

resolver los litigios concernientes a la contratación pública –Salas de lo Contencioso Administrativo de las respectivas Cortes Provinciales de Justicia (antes Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo)- como de las reglas procesales aplicables –Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa- que disciplinan la sustanciación de esta clase de juicio, que es de única instancia, y complementariamente, la Ley de Casación, que regula el único recurso en sede jurisdiccional, susceptible de interposición en esta materia, en cuyo caso será la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia como Tribunal de Casación, el órgano competente para resolver la impugnación, sin perjuicio de la acción extraordinaria de protección, a la luz del nuevo marco constitucional ecuatoriano, que fija en la Corte Constitucional, la competencia para pronunciarse sobre vulneraciones al derecho al debido proceso u otras violaciones constitucionales de que adoleciere el fallo de casación, sentencias o autos definitivos, y al efecto, la normativa procesal aplicable está contenida en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

4. Tradicionalmente las controversias derivadas de la ejecución de los contratos públicos han sido resueltas a través de los órganos jurisdiccionales de la Función Judicial. No siempre fueron los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, que sólo existen desde 1993, los encargados de resolver las demandas que presentaban las partes de la relación contractual. En sus respectivos momentos también asumieron competencia para administrar justicia en esta materia, los Jueces Civiles, las Cortes Superiores y la Corte Suprema de Justicia, indistintamente, y a través de reglas procesales no siempre claras.
5. Son conocidos los problemas que enfrenta la justicia impartida por los órganos jurisdiccionales de carácter estatal: avalancha de demandas y de

causas tardanza en el despacho, influencia política, judicialización de la política, politización de la justicia, obsolescencia tecnológica, procesos largos, desgastantes, ásperos, traumáticos (2 a 4 años, por ejemplo, un juicio de conocimiento), desconfianza ciudadana, severo derrumbe institucional, etc. Frente a este panorama de la justicia ordinaria, la justicia alternativa se presenta como un canal de descongestión de la agobiante sobrecarga de asuntos que desbordan la capacidad de respuesta de la justicia ordinaria; asume tareas que no requieren la imprescindible intervención judicial; se caracteriza por la celeridad, seguridad, confiabilidad, confidencialidad, desformalización, flexibilidad, menor costo; se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes en conflicto y en la transigibilidad de los asuntos controvertidos. El fenómeno de la justicia alternativa se orienta a formar conciencia social en torno a la validez y eficacia de los medios alternativos para la solución de los conflictos, procura que los medios alternativos ganen espacio y reconocimiento social, desterrando la neurosis masiva que lleva a la gente a creer que los juzgados y tribunales son los lugares ideales y únicos para resolver las controversias; se orienta a construir hábitos que se arraiguen en el comportamiento profesional y se traduzcan en estrategias permanentes de los operadores jurídicos (nueva cultura jurídica).

6. En los contratos administrativos, es perfectamente válida y autorizada por el ordenamiento jurídico, la aplicación de la mediación y el arbitraje, como mecanismos alternativos a la justicia ordinaria para la solución de los litigios. Es conveniente para la paz social y en función de los intereses públicos, bajar los decibeles del litigio en el ámbito de la contratación pública, en donde el pleito judicial debe ser el último recurso, no el primero ni el único, para resolver las controversias suscitadas entre las entidades públicas contratantes y sus contratistas. En el caso de presentarse alguna diferencia o discrepancia entre contratistas

particulares y entidades del sector público contratantes, con ocasión de los contratos que los ligan, éstas deben ser resueltas de forma ágil y expedita, atentos los intereses públicos que están en juego, a través de los mecanismos alternos.

7. Los medios alternativos, esto es, la mediación y el arbitraje han sido de escasa utilización en la solución de las diferencias en materia de contratación pública. Los centros de arbitraje y conciliación, en especial de las cámaras empresariales, registran un número moderado de casos en relación al volumen de contiendas judiciales. La Ley de Arbitraje y Mediación, vigente desde 1997 ha permitido consolidar la práctica jurídica de los medios alternativos de solución de controversias en el ámbito de la contratación pública, y las leyes de la materia, la de Contratación Pública de 2001 y la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública del 2008, han consagrado la opción de someter la solución de las controversias a la mediación y al arbitraje.

8. La legislación vigente deja abiertas las opciones de los medios autocompositivos (mediación, conciliación, amigable composición y transacción) y de los medios heterocompositivos (arbitraje y recurso contencioso administrativo). Es práctica común pactar, en el respectivo contrato público, una cláusula compromisoria en virtud de la cual las partes convienen anticipadamente en someterse a los medios alternativos para la solución de las diferencias que puedan surgir por razón de la celebración del contrato y de su ejecución, desarrollo o terminación o liquidación. La instancia judicial debería estar reservada para aquellos casos de trascendencia social, o en los que no fuese posible arribar a una conciliación, ni siquiera acuerdos mínimos que hagan viable el arbitraje. La justicia ordinaria debería quedar como el reducto final, reservado para los conflictos que no admitiese soluciones total o parcialmente

consensuadas. Los medios autocompositivos deberían actuar como filtros que retengan todas aquellas situaciones litigiosas en las que pueda lograrse una solución a partir de la voluntad de las partes. El arbitraje podrá a su vez retener aquellos casos en que no siendo posible un acuerdo, exista al menos un grado de entendimiento mínimo que les permita convenir el sometimiento de las diferencias a un tribunal arbitral.

9. Es necesario potenciar los programas de difusión de los métodos alternos como mecanismos idóneos para la solución de conflictos. Si estos métodos no son empleados con mayor asiduidad, es porque no se los conoce, porque no se los enseña suficiente y adecuadamente en las escuelas de derecho. Es necesario capacitar a los profesionales del Derecho que laboran en las instituciones del sector público y coordinar con los organismos de control del Estado la promoción de las soluciones alternativas de conflictos. Es encomiable la iniciativa institucional de la Procuraduría General del Estado respecto de la creación y funcionamiento, en su seno, de un Centro de Mediación como instancia especializada para prestar servicios a las entidades del sector público, a fin de que a través de la utilización de este medio autocompositivo se resuelvan las controversias que tengan con los particulares.
10. El Instituto Nacional de Contratación Pública, entre los modelos y formatos de documentos precontractuales (pliegos) que ha elaborado, constan los proyectos de contratos a que se someten las partes y dentro de sus respectivos textos, la cláusula del arbitraje, en correspondencia con la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento General, que remiten al arbitraje en derecho la solución de diferencias. El proceso arbitral es un mecanismo de solución de conflictos presentes o futuros, susceptibles de transacción; las decisiones son tomadas por los árbitros; tiene su origen en la voluntad de las partes;

sustraer la controversia del ámbito de la competencia judicial; el laudo es definitivo e inapelable. Según la vigente legislación en materia de contratación pública, en los contratos podrán incluirse la cláusula compromisoria a fin de someter a la decisión de árbitros las distintas diferencias que puedan surgir por razón de la celebración del contrato y de su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación. El arbitraje deberá ser en derecho. Los árbitros serán tres, a menos que las partes decidan acudir a un árbitro único. En las controversias de menor cuantía habrá un solo árbitro. La designación, constitución y funcionamiento del tribunal de arbitraje se regirá por las normas contractualmente estipuladas o las que resulten aplicables. Para la suscripción de esta cláusula se estará a lo dispuesto en la Ley de Arbitraje y Mediación, esto es, podrán someterse al arbitraje regulado en esta Ley las personas naturales o jurídicas que tengan capacidad para transigir, cumpliendo con los requisitos que establece la misma. Para que las diferentes entidades que conforman el sector público puedan someterse al arbitraje, además de cumplir con los requisitos que establece esta Ley, tendrán que cumplir los siguientes requisitos adicionales: a) Pactar un convenio arbitral, con anterioridad al surgimiento de la controversia; en caso de que se quisiera firmar el convenio una vez surgida la controversia, deberá consultarse al Procurador General del Estado, dictamen que será de obligatorio cumplimiento; b) La relación jurídica a la cual se refiere el convenio deberá ser de carácter contractual; c) En el convenio arbitral deberá incluirse la forma de selección de los árbitros; y, d) El convenio arbitral, por medio del cual la institución del sector público renuncia a la jurisdicción ordinaria, deberá ser firmado por la persona autorizada para contratar a nombre de dicha institución.

11. El ordenamiento jurídico del Ecuador permite que los litigios derivados de la contratación pública puedan ser juzgados fuera de las estructuras

oficiales de la administración de justicia estatal. La justicia alternativa o justicia convencional (mediación y arbitraje) frente a la justicia ordinaria (justicia estatal, justicia administrativa, recurso contencioso administrativo): he allí la pluralidad de mecanismos jurídicos para la solución de las controversias en materia de contratación pública, con las fortalezas y debilidades que caracteriza a cada uno de estos sistemas. O el proceso judicial o el proceso arbitral. La ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública toma partido por la justicia alternativa y, en subsidio, es decir, cuando no exista acuerdo para someter las controversias a los procedimientos de mediación y arbitraje, está la sede judicial, el proceso jurisdiccional, en el ámbito de lo contencioso administrativo.

12. La mayor ventaja competitiva de la justicia alternativa en materia de contratación pública dependerá no solo del marco regulatorio que ya existe, y es funcional a su desarrollo, sino fundamentalmente, de la cultura institucional que debe fortalecerse a través de la organización y funcionamiento de centros de mediación y arbitraje serios y de prestigio, garantes del debido proceso, suscitadores de confianza y credibilidad, y del desarrollo y consolidación de una cultura jurídica que deberá ser construida por todos los involucrados (partes de la relación contractual, abogados, árbitros), compatible con los excelsos postulados que informan, sustentan y presiden al sistema de la justicia convencional, que es, en esencia, justicia privada, cuyo reto es ser efectivamente, una justicia alternativa a la justicia estatal.

BIBLIOGRAFÍA.

Bonachera, Raquel (2010): *Los arbitrajes especiales*, primera edición, España, Editorial Aranzadi.

Bulla, Jairo (2010): *Justicia alternativa*, primera edición, Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica.

Caivano, Roque (2000): *Arbitraje*, segunda edición, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires.

Cámara de Comercio de Bogotá (1993): *Panorama y perspectivas de la legislación iberoamericana sobre arbitraje comercial*, Bogotá.

Garófalo, Aurelio (2004): *Manual teórico práctico de contratación pública*, primera edición, Pudeleco Editores, Quito.

Gozáini, Osvaldo (1995): *Formas alternativas para la resolución de conflictos*, primera edición, Editorial Depalma, Buenos Aires.

Herrera, Hernando y Mantilla, Fabricio, Editores (2007): *Temas estructurales en torno al arbitraje, la conciliación y la negociación*, Editorial Universidad del Rosario, Colombia.

Junco, José Roberto (2007): *La conciliación*, quinta edición, Editorial Temis, Bogotá.

Linares, Mario (2002): *El contrato estatal*, primera edición, Editora Jurídica Grijley, Lima.

López, Nelson y Rivas, Libia (2010): *Interrogantes y respuestas sobre la nueva Ley de Contratación Pública*, tercera edición, Editorial Jurídica del Ecuador, Quito.

Morello, Augusto (2005): *El arbitraje, sus desafíos*, primera edición, Editorial Lajouane, Buenos Aires.

Oppetit, Bruno (2006): *Teoría del arbitraje*, primera edición, Legis Editores, Bogotá.

Quiroga, Marta (2003): *Orden público y arbitraje internacional en el marco de la globalización comercial*, primera edición, Editorial Dykinson, Madrid.

Redorta, Josep (2004): *Cómo analizar los conflictos*, primera edición, Ediciones Paidós, Barcelona.

Roca, José María (1992): *Arbitraje e instituciones arbitrales*, primera edición, J.M. Bosch Editor, Barcelona.

Rodríguez, Libardo (2009): *El equilibrio económico en los contratos administrativos*, Bogotá, Editorial Temis.

Salcedo, Ernesto (2007): *El arbitraje: la justicia alternativa*, segunda edición, Editorial Distrilib, Guayaquil.

Salcedo, Myriam (2006): *El arbitraje en los contratos concluidos por la administración, Estudio de derecho comparado francés y colombiano*, primera edición, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá.

Varios autores (2007): *Arbitraje y debido proceso*, Biblioteca de Arbitraje, Volumen II, Editorial Palestra, Lima.

Varios autores (2008): *Estudios sobre el arbitraje: los temas claves*, primera edición, Editorial La Ley, España.

LEYES.

Constitución de la República

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública

Ley de Arbitraje y Mediación

Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa

Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado

Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado

Código Civil

Otras Leyes

ÍNDICE

**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.**

	PÁGINA
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I	
EL RÉGIMEN DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL ECUADOR	
1.1. Definición, naturaleza y alcance del Sistema Nacional de Contratación Pública.....	7
1.2. Principios rectores de la contratación pública.....	28
1.3. Derechos y obligaciones de las partes.....	33
CAPÍTULO II	
LA CONFLICTIVIDAD EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA	
2.1. El conflicto.....	51
2.2. Controversias comunes surgidas en la ejecución contractual.	53
2.3. Modos de enfrentar el conflicto en la contratación pública.....	72

CAPÍTULO III

LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN SEDE ADMINISTRATIVA

3.1.	Generalidades.....	75
3.2.	La reclamación administrativa.....	77
3.3.	El recurso administrativo.....	79

CAPÍTULO IV

MEDIOS JUDICIALES DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

4.1.	Vía jurisdiccional de solución de controversias.....	83
4.2.	El Proceso Contencioso Administrativo.....	88
4.3.	Características del proceso contencioso administrativo.....	91

CAPÍTULO V

MEDIACIÓN Y ARBITRAJE EN LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

5.1.	La justicia alternativa.....	93
5.2.	La mediación.....	99
5.3.	El arbitraje.....	101

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	116
BIBLIOGRAFÍA.....	124