

**UNIVERSIDAD TÉCNICA PARTICULAR DE LOJA**

*La Universidad Católica de Loja*

**ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS**

**POSTGRADO MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO**

**TEMA:**

***LA ACTIVIDAD CONVENCIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN  
PÚBLICA EN EL ECUADOR***

**Autor:**

**Marco A. Morales Tobar**

**Director:**

**Dr. Pablo Agustín Zambrano Albuja**

Ciudad Loja, 2010

## DECLARACIÓN DE AUTORÍA

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

Atentamente,

Dr. Marco Morales Tobar

C.I. N° 180082111.6



## **CESIÓN DE DERECHOS DE AUTOR**

Yo, Marco Morales Tobar; 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”

Atentamente,

Dr. Marco Morales Tobar

Dr. Pablo Agustín Zambrano Albuja

**DOCENTE – DIRECTOR DE LA TESIS**



## **CERTIFICA.**

Que el presente trabajo de investigación, realizado por el estudiante MARCO ANIBAL MORALES TOBAR, 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.

Quito, a 1° de Octubre de 2010

Atentamente,

**Dr. Pablo Agustín Zambrano Albuja**

I

## **AGRADECIMIENTO**

A la Universidad Católica de Loja, a sus profesores, a mis condiscípulos maestrantes, de modo especial al Dr. Pablo Zambrano Albuja, por su excelente disposición en la revisión de este trabajo, al Dr. Patricio Secaira Durango, motivador para el cumplimiento de este reto.



## DEDICATORIA

A:

Wilma, compañera fiel en mis desvelos,

Marco, Pablo y Lorena eternos motivadores de mis aventuras académicas.

## Esquema de Contenidos

### Tema:

### HACIA UNA NORMATIVA COMÚN DE LA ACTIVIDAD CONVENCIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL ECUADOR

### Problematización:

La administración pública, dentro de su quehacer diario, ejerce una variedad de actividades, que le son propias y le distinguen de las demás funciones del Estado. Hay que tener presente que, la función administrativa es ejercitada por todos los estamentos estatales, por tanto no es atribución particularizada del ejecutivo del Estado, dicha actividad, puesto que los demás órganos y organismos del Estado ejercen también actividades de orden administrativo, vgr. Cuando el legislativo posesiona a autoridades de alto rango y nivel, como el Contralor, Procurador, Super Intendentes, esta actividad de este órgano superior del Estado, no es legislativa, sino administrativa y tiene que ver precisamente con el acto de posesión; o cuando contrata la adquisición de bienes para el desenvolvimiento cotidiano de sus actividades o realiza la contratación de prestación de servicios de aseo o seguridad, estas actividades son de tipo contractual y no tienen nada que hacer frente a la actividad legislativa. Pues bien, la actividad convencional, es también otra forma del ejercicio del diligenciamiento del Estado. De tal guisa que, todos los organismos del Estado, para el cumplimiento cabal y efectivo de sus responsabilidades, en su diario quehacer debe como ente activo en unas ocasiones o como ente pasivo en otras, intervenir o actuar en el más diverso género y tipo de contrataciones, el ejemplo clásico que pongo es el de la subvención en tanto se “dona” a todos y la donación en sí en contratos en los que no existe obligaciones de la otra parte, que no sea la de aceptar dicha donación; o en contratos en los que, la actividad o iniciativa privada tiene un cúmulo de obligaciones frente al Estado y este ente soberano no tiene mayores obligaciones



frente al contratista, cuestión que es muy visible por ejemplo en las actividades de delegación de las competencias o potestades públicas, como son las concesiones.

Desde la compra de material de escritorio, los servicios de limpieza, dotación de uniformes al personal pública, hasta la construcción de plazas, puentes, avenidas, carreteras, túneles, ductos, acueductos, autopistas, puertos y aeropuertos, son temas que hacen relación con la contratación pública, pero la actividad convencional no se inicia ni concluye en las obligaciones y contraprestaciones recíprocas de dar, hacer o no hacer una cosa, sino que va mucho más allá, puesto que, las potestades y competencias públicas, le permiten al Estado otorgar licencias, autorizaciones, permisos, aprobaciones, para la explotación de alguna actividad monopólica del poder público.

Nosotros, cuando durante el día estamos en nuestras cotidianas actividades, desde que nos despertamos, estamos haciendo una serie de actividades que vinculan con la actividad contractual del Estado, cuando contratamos el servicio de luz, agua o alcantarillado, o también cuando acudimos a la tienda a proveernos de comestibles, cuando tomamos el transporte público para movilizarnos de un lugar a otro, noten que todo es actividad contractual, es el desenvolvimiento del negocio público o del negocio privado, por tanto la actividad convencional se torna importante en el quehacer de las actividades diarias de los ciudadanos.

Los tratadistas en este sentido refieren a contratos administrativos y contratos de la administración, y hay otros tratadistas que en el tiempo no han querido la figura del contrato, tal como se le conoce en su esencia y filosofía, formen parte de la estructura del Derecho Administrativo y por tanto niegan la posibilidad que la función pública, para el cumplimiento de sus cometidos, que además le son propios, como la de dotar de servicios públicos accesibles, eficaces y eficientes, digo señalan que los contratos de la administración, son en verdad actos en los

que, el poder público impone su voluntad, de cara al sujeto contratista que no tiene más que adherirse a lo estipulado por el Estado<sup>1</sup>.

1. A lo dicho hay que agregar que, una de las partes intervinientes en la celebración del contrato administrativo, siempre es un organismo de la Administración Pública del Estado hecho que entre otros, le dota del carácter de contrato administrativo o de Derecho Público.

La doctrina clásica de Derecho Administrativo manifiesta su acuerdo en cuanto se refiere a que el carácter público o administrativo del contrato, viene dado precisamente por la comparecencia de un organismo de la administración pública que representa, precisamente los intereses públicos, cuya satisfacción es el fin último del cumplimiento la carga obligacional que impone el contrato administrativo.

Ahora bien, es menester precisar que en ocasiones la administración como hemos dicho en materia contractual actúa como ente de derecho privado, debiendo anotar que en nuestro país, la legislación prescribe una serie de prerrogativas y privilegios para la administración, aún en esa situación jurídica y respeto de aquel tipo de actuaciones, por lo que conforme lo manifestado por Luis Morell Ocaña<sup>2</sup>, no es lo importante la competencia con la que comparece el órgano público a la

---

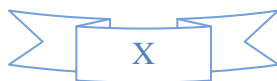
<sup>1</sup> *Francisco García Gómez de Mercado*. Contratos administrativos y privados tras la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Revista Española de Derecho Administrativo. REDA. N° 95, pág. 385 Madrid España  
Como las demás personas físicas y jurídicas, las Administraciones Públicas, o las distintas entidades públicas en que éstas se integran, pueden celebrar contratos, acuerdos de voluntades por medio de los cuales los interesados se obligan. No obstante, la aplicación de la figura del contrato a la Administración no ha dejado de encontrar resistencia, habiéndose intentado reconducir la contratación pública a la figura del acto. MAYER negó que el contrato fuese categoría de Derecho administrativo puesto que la Administración actúa en una posición de supremacía, JELLINEK configura el contrato como supuesto de acto administrativo bilateral y JÈZE distingue, dentro del acto administrativo complejo que constituye el pliego de condiciones del contrato de obras públicas, un acto general o reglamento y actos-condiciones, creadores de situaciones jurídicas individuales. Sin embargo, no hay óbice para admitir el verdadero carácter de contrato del celebrado por la Administración, toda vez que «su elaboración supone una técnica estrictamente contractual... porque se pacta y concluye con la aceptación por el contratante de unas cláusulas que vienen prefijadas... (y) tiene como nota de fondo común con la ordinaria civil o mercantil la de ser, antes que nada, un concierto de voluntades, en el que las normas fundamentales y, en primer término aplicables, son las cláusulas» convenidas por las partes (STS de 13 de mayo de 1982, Art. 3394).

<sup>2</sup> Vid ut supra

contratación, sino que el mismo está regido bajo el régimen del derecho público administrativo, de tal guisa que el que esté actuando en calidad de privado no hace que resigne el órgano sus privilegios y prerrogativas, cuestión que se debe tener presente a la hora de estudiar el artículo 1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública que, que por la importancia que tiene me permito transcribirla a continuación:

*“Objeto y Ambito.- Esta Ley establece el Sistema Nacional de Contratación Pública y determina los principios y normas para regular los procedimientos de contratación para la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultoría, que realicen:*

- 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 señaladas en los números 1 al 6 de este artículo 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 contrato. Se exceptúan las personas jurídicas a las que se refiere el numeral 8 del artículo 2 de esta Ley, que se someterán al régimen establecido en esa norma.”*

Cada uno de los órganos del Estado tiene capacidad de obrar, de manera general esta visión organicista de la actuación contractual, ahora en el artículo del análisis, trae un largo contenido en el que, se prescribe que todas las entidades del Estado y las personas jurídicas de derecho privado o público, en las que tiene el Estado una participación mayor al 50% en su capital o accionariado, o en el presupuesto de las mismas, estén sujetas a la Ley.

Como se ve esta es una ampulosa descripción de los órganos estatales, cuando bien se pudo manifestar que, estarán sujetos a esta Ley, los contratos que se

celebren bajo el régimen del derecho administrativo o también, que celebren estos contratos las entidades de derecho público o las de derecho privado con finalidad social o pública y que financien sus presupuestos con más del 50% de la participación estatal.

Considero además, que si se ésta no es precisamente la *norma normarum* de la Contratación Pública en el Ecuador, la finalidad de regularización o de limitación que se planteo, no está lograda, baste señalar que los contratos referidos materia petrolera y todo lo que ella engloba, así como los de electrificación y los de materia de telecomunicaciones, están exentos del contenido de la norma de aludida.

Este criterio organicista, hace que se pierda en ocasiones de vista el que la administración pública, en su contenido sustantivo es un complejo orgánico, conformado por una pluralidad de entes que realizan, como lo hemos señalado más de una ocasión, tareas, actividades, labores destinadas a la consecución de cometidos públicos, para el logro del bien común. Esta teoría funcional de la administración pública, tiene que llevarnos a señalar que el interés general, el bien público, el bien común, no es otra cosa que el contenido teleológico católico del Estado, que en palabras de Rodrigo Borja Cevallos, en su Enciclopedia de la Política, debe concretarse en desarrollo humano, económico y social. 2002, pg. 69.

En lo que interesa a esta parte del estudio, es ver qué grado de incidencia se tiene respecto de la contratación, por cualquiera de las entidades antes anotadas, a los efectos de ver la aplicación o no de dichas normas, por tanto, no debemos necesariamente considerar el órgano que realiza dicha actuación, sino más bien la naturaleza de dicha actuación, para así entender el derecho aplicable a la misma; de tal suerte que si se trata de actuaciones de carácter privado, el régimen aplicable será el de Derecho Privado y si son actuaciones de naturaleza pública, el sistema aplicable será el de Derecho Público.

Para lo dicho, baste mirar El Reglamento de Contratación de Petroecuador y sus Empresas Filiales, que consta del Registro Oficial 194 de 19 de octubre de 2007, en su primer considerando se dice:

*“Que el artículo 10 de la Ley Especial No. 45 publicada en el Registro Oficial No. 283 de 26 de septiembre de 1989, con la que se crea la Empresa Estatal Petróleos del Ecuador, PETROECUADOR y sus empresas filiales, dispone que **los sistemas de contratación de PETROECUADOR y sus filiales están sujetos a la Ley de Hidrocarburos y a los reglamentos expedidos por el Presidente de la República** y que en los sistemas de contratación se tomarán en cuenta las posibilidades de participación nacional, determinadas en los correspondientes estudios de desagregación tecnológicas, con el objeto de lograr independencia tecnológica, crear nuevas fuentes generadoras de empleo e ingresos y evitar una innecesaria salida de divisas;”* (El destacado me pertenece)

Nótese como se dijo que, todos los contratos en materia de hidrocarburos estarán sujetos a este reglamento, pero para que mi aserto sea del todo comprendido, a continuación me permito transcribir la disposición general quinta que consta del Reglamento General a La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que consta del Registro Oficial N° 588 de 12 de mayo de 2009, y que manifiesta:

*“QUINTA.- Los contratos que se rijan por leyes especiales o que respondan a formatos regulados, tales como pólizas de seguros, servicios básicos, servicios de telecomunicaciones y otros, no observarán los formatos de los modelos de pliegos obligatorios, ni cumplirán con las cláusulas obligatorias del Sistema Nacional de Contratación Pública.”*

Para concluir transcribo a continuación las regulaciones que rigen la materia de electrificación, que consta de la Ley de Regimen del Sector Eléctrico, publicada en el Registro Oficial N° 46 de 10 de octubre de 1996 y que en su parte pertinente expresa:

*“Art. 2.- Concesiones y Permisos.- El Estado es el titular de la propiedad inalienable e imprescriptible de los recursos naturales que permiten la generación de energía eléctrica. Por tanto, sólo el, por intermedio del Consejo Nacional de Electricidad como ente público competente, puede concesionar o delegar a otros sectores de la economía la generación, transmisión, distribución y comercialización de la energía eléctrica.”*

Ahora bien, es interesante además notar que si la naturaleza del acto es privada, por ejemplo la solución de la controversia, como veremos más adelante, no se planteará ante el contencioso administrativo, mirese el caso del pago de cánones de arrendamiento atrasados, no se reclamará ante el Contencioso Administrativo, sino ante los jueces de inquilinato.

Lo dicho nos lleva a concluir que, las teorías organicistas, por el mismo desarrollo del derecho administrativo, han caído en desuso y resulta impropio que a esta altura de los tiempos, el legislador siga con concepciones propias de inicios del siglo pasado y más bien se debe dar paso a una sola Ley de Contratación Pública, que rija de manera igual a todas las entidades de derecho público, así como a las entidades semipúblicas, a las privadas con finalidad social o pública así como las actuaciones convencionales de las entidades privadas que presten o ejecuten servicios públicos, por delegación, concesión, asociación o cualquier figura jurídico administrativa, a nombre del Estado.

## **Justificación:**

Es importante el estudio de este tema, dentro de la maestría, puesto que nos permitirá diseccionar como queda problematizado, esta compleja actividad dentro del quehacer diario de la administración pública. La actividad contractual y sus diferentes clases, hacen que la línea de lo reglado sea muy diverso, esto es en nuestro país distintas normas regulan estas actuaciones, difiriendo una de otras en lo sustancial, que en ocasiones produce grandes contradicciones, llevando a que el Estado no tenga una línea uniforme, que le permita al ciudadano y a los contratistas tener certezas y seguridad dentro del régimen de contratación. Por otro lado se devela lo frágil del sistema y la necesidad de unificarlo. Por último el tema de las responsabilidades, es muy importante, pues estas devienen de la convención o del pacto y no necesariamente de la potestad reglada o de la norma, sin que esto signifique ni mucho menos, que nos estamos apartando del principio rector de toda actuación administrativa que es la juridicidad.

## **Objetivos:**

### **Objetivo general**

Alcanzar un mejor y mayor entendimiento de los distintos tipos de sistemas de contratación en el Ecuador.

### **Objetivos Específicos**

Definir los distintos tipos de contratación;

El régimen jurídico – legal – al que se sujeta;

Establecer parámetros de comparación en su relación jurídica; y,

Posibilitar un marco referencial para una ley de régimen de contrataciones en el Ecuador.



## **Hipótesis**

**En el Ecuador existen diversos regímenes legales de contratación pública, lo que dificulta el conocimiento de los mismos y lleva inseguridad jurídica.**

## **Sumario o Esquema de Contenidos**

### **Capítulo I**

#### **Nociones Generales de Contratación Administrativa**

- 1. Conceptos;**
- 2. Elementos;**
  - 2.1 Sujetos;**
  - 2.2 Objeto;**
  - 2.3 Precio;**
  - 2.4 Plazo;**
  - 2.5 Clausula Sancionatoria;**
  - 2.6 Garantías;**
  - 2.7 Solución de controversias.**
- 3. Principios;**
- 4. Características.**

### **Capítulo II**

#### **Clases de Contratos administrativos en el Ecuador**

- 1. Contratos propios;**

- 1.1 ejecución de obra;**
- 1.2 adquisición de bienes;**
  - 1.2.1 de bienes muebles, suministros; Y,**
  - 1.2.2 de bienes inmuebles;**
    - 1.2.2.1 breve referencia a la expropiación y a la utilidad pública;**
- 1.3 prestación de servicios;**
- 1.4 arrendamiento; y,**
- 1.5 arrendamiento mercantil con opción de compra.**

## **2. Contratos impropios**

- 2.1 la concesión;**
  - 2.1.1 breve relación de sus clases, características y elementos.**

## **Capítulo III**

**Régimen Jurídico de la Contratación Pública en el Ecuador, en cuanto a su ámbito de aplicación.**

- 1. Ley de Desarrollo Hídrico de Manabí;**
- 2. Ley Orgánica de la procuraduría General del Estado;**
- 3. Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información;**
- 4. Ley Orgánica de Régimen Municipal;**
- 5. Ley de Mercado e Valores;**
- 6. Ley Orgánica de Empresas Públicas;**
- 7. Ley de Caminos;**
- 8. Ley de Contratos de Concesión de Obras Públicas.**
- 9. Ley orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su reglamento ;**
- 10. Ley Orgánica de Administración Financiera y Control;**
- 11. Ley de Modernización del Estado y su reglamento; y,**
- 12. Ley Orgánica de La Contraloría General del Estado.**

## **Capítulo IV**

### **Marco referencial, para la elaboración de una Ley General de Contratación Pública.**

- 1. Ámbito de aplicación.**
- 2. Tramite precontractual.**
- 3. La selección del contratista, adjudicación del contrato.**
- 4. Elementos del contrato.**
- 5. Ejecución, terminación, controversias y solución de los conflictos contractuales**

## INTRODUCCIÓN

Es importante el estudio de este tema, dentro de la maestría, puesto que nos permitirá diseccionar como queda desarrollado, esta compleja actividad dentro del quehacer diario de la administración pública. La actividad contractual y sus diferentes clases, hacen que la línea de lo reglado sea muy diverso, esto es en nuestro país distintas normas regulan estas actuaciones, difiriendo una de otras en lo sustancial, que en ocasiones produce grandes contradicciones, llevando a que el Estado no tenga una línea uniforme, que le permita al ciudadano y a los contratistas tener certezas y seguridad dentro del régimen de contratación. Por otro lado se devela lo frágil del sistema y la necesidad de unificarlo. Por último el tema de las responsabilidades, es muy importante, pues estas devienen de la convención o del pacto y no necesariamente de la potestad reglada o de la norma, sin que esto signifique ni mucho menos, que nos estamos apartando del principio rector de toda actuación administrativa que es la juridicidad.

A lo largo de este trabajo, nos interesaremos de poner énfasis en situaciones prácticas, debidamente sustentadas con doctrina y experiencias propias, que harán de lectura fácil e interesante el tema.

Por último el capítulo IV, deja esquematizado un plan de libros en la codificación o Código de Contratación Pública, que bien puede diferir, se hace libros por tipos de contrato, pero dejamos claro, la solución de conflictos y los órganos rectores del sistema de contratación pública.

## **CAPITULO I**

- 1. La actividad convencional y su importancia.**
- 2. Concepto de Contrato Administrativo.**
- 3. Elementos.**
- 4. Los Principios de la Contratación Administrativa. Características del Contrato Administrativo.**
- 5. Clases**

### **1. La Actividad Convencional y su importancia.**

La administración pública, dentro de su quehacer diario, ejerce una variedad de actividades, que le son propias y le distinguen de las demás funciones del Estado. Hay que tener presente que, la función administrativa es ejercitada por todos los estamentos estatales, por tanto no es atribución particularizada del ejecutivo del Estado, dicha actividad, puesto que los demás órganos y organismos del Estado ejercen también actividades de orden administrativo, de forma general dichas actividades, la doctrina las ha resumido en: los actos administrativos, los actos de la mera administración, los hechos administrativos, los reglamentos administrativos y los contratos administrativos.

Al Estado y de modo particular a la Administración Pública, le corresponde atender de modo cotidiano, ágil, oportuno y con calidad una serie necesidades públicas. Pues bien, la actividad convencional, es también otra forma del ejercicio del diligenciamiento del Estado. De tal guisa que, todos los organismos del Estado, para el cumplimiento cabal y efectivo de sus responsabilidades, en la cotidianidad debe como ente activo en unas ocasiones o como ente pasivo en otras, le corresponde intervenir o actuar en

el más diverso género y tipo de contrataciones, el ejemplo clásico que pongo es el de la subvención en tanto se “dona” a todos y la donación en sí en contratos en los que no existe obligaciones de la otra parte, que no sea la de aceptar dicha donación; o en contratos en los que, la actividad o iniciativa privada tiene un cúmulo de obligaciones frente al Estado y este ente soberano no tiene mayores obligaciones frente al contratista, cuestión que es muy visible por ejemplo en las actividades de delegación de las competencias o potestades públicas, como son las concesiones.

Desde la compra de material de escritorio, los servicios de limpieza, dotación de uniformes al personal pública, hasta la construcción de plazas, puentes, avenidas, carreteras, túneles, ductos, acueductos, autopistas, puertos y aeropuertos, son temas que hacen relación con la contratación pública, pero la actividad convencional no se inicia ni concluye en las obligaciones y contraprestaciones recíprocas de dar, hacer o no hacer una cosa, sino que va mucho más allá, puesto que, las potestades y competencias públicas, le permiten al Estado otorgar licencias, autorizaciones, permisos, aprobaciones, para la explotación de alguna actividad monopólica del poder público. Nosotros, cuando durante el día estamos en nuestras cotidianas actividades, desde que nos despertamos, estamos haciendo una serie de actividades que vinculan con la actividad contractual del Estado, cuando contratamos el servicio de luz, agua o alcantarillado, o también cuando acudimos a la tienda a proveernos de comestibles, cuando tomamos el transporte público para movilizarnos de un lugar a otro, noten que todo es actividad contractual, es el desenvolvimiento del negocio público o del negocio privado, por tanto la actividad convencional se torna importante en el quehacer de las actividades diarias de los ciudadanos.

Los tratadistas en este sentido refieren a contratos administrativos y contratos de la administración, y hay otros tratadistas que en el tiempo no

han querido la figura del contrato, tal como se le conoce en su esencia y filosofía, formen parte de la estructura del Derecho Administrativo y por tanto niegan la posibilidad que la función pública, para el cumplimiento de sus cometidos, que además le son propios, como la de dotar de servicios públicos accesibles, eficaces y eficientes, digo señalan que los contratos de la administración, son en verdad actos en los que, el poder público impone su voluntad, de cara al sujeto contratista que no tiene más que adherirse a lo estipulado por el Estado<sup>1</sup>.

## **2. Concepto de Contrato Administrativo**

Para iniciar el presente capítulo debemos acercarnos al concepto fundamental de la concepción del contrato administrativo. Amén de las posiciones doctrinarias que manifestaban sobre la actuación de la personalidad única del Estado, por medio de la cual se determina que las instituciones que pertenecen a la administración pública siempre actúan en ejercicio de potestades, también públicas, atribuidas por la Constitución; siendo necesario definir lo que es el contrato Administrativo en su esencia, de la cual se desentrañarán las características del mismo; por ahora, basta decir que, el contrato administrativo es toda declaración multilateral de

---

<sup>1</sup> *Francisco García Gómez de Mercado*. Contratos administrativos y privados tras la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Revista Española de Derecho Administrativo. REDA. N° 95, pág. 385 Madrid España

Como las demás personas físicas y jurídicas, las Administraciones Públicas, o las distintas entidades públicas en que éstas se integran, pueden celebrar contratos, acuerdos de voluntades por medio de los cuales los interesados se obligan. No obstante, la aplicación de la figura del contrato a la Administración no ha dejado de encontrar resistencia, habiéndose intentado reconducir la contratación pública a la figura del acto. MAYER negó que el contrato fuese categoría de Derecho administrativo puesto que la Administración actúa en una posición de supremacía, JELLINEK configura el contrato como supuesto de acto administrativo bilateral y JÉZE distingue, dentro del acto administrativo complejo que constituye el pliego de condiciones del contrato de obras públicas, un acto general o reglamento y actos-condiciones, creadores de situaciones jurídicas individuales. Sin embargo, no hay óbice para admitir el verdadero carácter de contrato del celebrado por la Administración, toda vez que «su elaboración supone una técnica estrictamente contractual... porque se pacta y concluye con la aceptación por el contratante de unas cláusulas que vienen prefijadas... (y) tiene como nota de fondo común con la ordinaria civil o mercantil la de ser, antes que nada, un concierto de voluntades, en el que las normas fundamentales y, en primer término aplicables, son las cláusulas» convenidas por las partes (STS de 13 de mayo de 1982, Art. 3394).

voluntad expresada por los organismos, de modo inter orgánico o con la concurrencia de la voluntad de un tercero, generadora de efectos jurídicos. Al Respecto Roberto Dromi (2006) en su, tantas veces citada obra Derecho Administrativo<sup>2</sup>, nos ilustra manifestando que:

*“el contrato público o el negocio jurídico de Derecho público es un acuerdo creador de relaciones jurídicas”*

En este mismo sentido, el artículo 75 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva ha definido al contrato administrativo en estos mismos términos, norma cuyo tenor es el que sigue:

*“Es todo acto o declaración multilateral o de voluntad común; productor de efectos jurídicos, entre dos o más personas, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa. Su regulación se regirá por las normas jurídicas aplicables”<sup>3</sup>.*

Como se puede apreciar nuestra legislación ha definido al contrato administrativo como toda declaración multilateral de voluntad, productora de efectos jurídicos, por lo que, doctrinariamente en nuestro país se ha adoptado la tesis de la diferenciación del contrato administrativo por las partes que intervienen en su celebración; una de ellas, el Estado; así como, por la producción de efectos jurídicos, como requisito “*sine qua non*” para que sea considerado con contrato administrativo.

En este sentido, se debe indicar el hecho de que nuestra legislación, así como la Doctrina de Derecho Administrativo, han establecido que la

---

<sup>2</sup> Dromi Roberto Derecho Administrativo. Pg. 474 Editorial Ciudad Argentina. 2006

<sup>3</sup> Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, expedido mediante Decreto Ejecutivo No. 2428 y publicado en el Registro Oficial 536, de 18 de Marzo del 2002.



participación de un organismo de derecho público sea el elemento determinante para que el contrato sea denominado administrativo, esto es, aquel regido por normas del Derecho Público Administrativo; en tal virtud, en primer término se debe indicar que el contrato administrativo es aquel en el que, al menos, una de las partes es un organismo de la administración pública del Estado.

En mi particular visión, es trascendente mirar la jurisdicción a la que se somete los actos de potestad y por tanto de prerrogativa de la administración, puesto que si están sujetos a la jurisdicción civil, no pasaran de ser contratos privados, como es el caso de pago de cánones de arrendamiento, pero si se tratase de concesiones o ejecución de obra, la jurisdicción debe ser la del Tribunal Contencioso Administrativo (de acuerdo con la nueva Ley Orgánica de la Función Judicial, pasarán a ser Salas de las hoy denominadas Cortes Provinciales), cuestión que dice de la naturaleza público administrativa que tiene un contrato de Estado, situación que siempre será discutida, pero que aspiramos en el desarrollo de este capítulo ir desentrañando su naturaleza y particularidades, circunstancia a la que no se dio la trascendencia esencial y filosófica que conlleva la discusión en nuestro sistema jurídico de lo público y lo privado, situación que en los inicios de esta institución también fue poco entendido, como bien se señala en la cita de Francisco García Gómez de Mercado, cuando hace referencia a que en la Ley Santamaría de Paredes, se asignó esta atribución al contencioso administrativo, por razones de agilidad, más allá que de distinción entre lo público y lo privado<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup>Francisco García Gómez de Mercado Contratos administrativos y privados tras la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Revista Española de Derecho Administrativo N°095 – 1997. Como indica la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril de 1984 (Ar. 1995), «la atribución a la jurisdicción civil ordinaria o a la contencioso-administrativa de la competencia para resolver las cuestiones conectadas con la actividad contractual de la Administración Pública, ha sido, desde siempre, un tema conflictivo». En un principio, la distinción entre contratos administrativos y contratos privados de la Administración Pública fue exclusivamente jurisdiccional, a efectos de atribuir las cuestiones litigiosas que de ellos surgiesen a unos o a otros tribunales. Esta atribución no tenía

De igual manera, debe señalarse que, adicionalmente, para que un contrato sea considerado un contrato administrativo, a más de que una de las partes que participan en su formulación sea un organismo de la administración pública del Estado; los efectos que se producen con el mismo, necesariamente, deben ser los previstos en una norma jurídica que atribuye una potestad pública administrativa; por ello es que de la misma definición se infiere que los contratos administrativos deben involucrar el ejercicio de potestades administrativas; sin dejar de lado, por cierto, la doctrina generalmente aceptada de que el Estado tiene una sola personalidad jurídica regida por el Derecho Público; de ahí que, como veremos posteriormente, el régimen jurídico de este tipo de contratos es el del Derecho Público, distinguiéndoles en: contratos administrativos nominados e innominados.

Adicionalmente, debe indicarse que los contratos administrativos a más de constituir una fuente de obligaciones para las instituciones y organismos de la administración pública, conforme a las propias reglas del Derecho Civil de las obligaciones; son resultado de una serie de actos administrativos continuados que tienen por objeto, precisamente, la configuración de la voluntad contractual se deviene por el ejercicio de potestades administrativas, se debe considerar al proceso de formación de la voluntad contractual, como un complejo de actos del más variado y diverso género,

---

trascendencia sustantiva, esto es, no se debía a la aplicación de normas distintas sino a razones puramente pragmáticas, porque los Tribunales contencioso-administrativos se consideraban más rápidos y expeditivos o porque conocen mejor el funcionamiento de la Administración, que conviene no perder de vista al enjuiciar estas cuestiones. GARCÍA DE ENTERRÍA señala, en este sentido, cómo la Ley de Santamaría de Paredes de 1888 proclamaba que los contratos de la Administración, cualesquiera que sean, suscitan siempre cuestiones de índole civil, sin perjuicio de que aquellos que tengan por objeto obras y servicios públicos se atribuyan a la jurisdicción contencioso-administrativa, de modo que su artículo 5, tras haber excluido de esta jurisdicción las cuestiones de índole civil disponía que «continuarán sin embargo atribuidas» a dicha jurisdicción «las cuestiones referentes al cumplimiento, rescisión y efectos de los contratos».

que da como resultado la exteriorización de la voluntad administrativa y no como un acto complejo. Esta secuencia de actos yuxtapuestos, concatenados, coordinados y sistematizados dan como resultado dentro del campo de la juridicidad, el que la función administrativa cumpla con sus cometidos, a través de la técnica jurídica de la contratación pública, como lo veremos más adelante.

Los maestros de Derecho Administrativo, han manifestado que los contratos administrativos tienen por objeto que se realicen actividades o se ejecuten prestaciones que son de interés público, mismas que no deben ser contrarios al interés público; en este sentido, el profesor Eduardo García de Enterría ha manifestado al respecto, citando el artículo 4 de la Ley de Contratos de la Administración Pública de España, lo siguiente: "...la administración podrán concertar los contratos, pactos o condiciones que tenga por conveniente, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de la buena administración"<sup>5</sup>. Cabe recordar que conforme lo prescribe el artículo 1478 de nuestro Código Civil:

*Hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al Derecho Público Ecuatoriano.*

Cuestión que, acarrea la nulidad del contrato, además con apego a lo señalado en el artículo 1697 del Código Civil, todo acto o contrato pierde validez si no cumple con los requisitos para su perfeccionamiento, de acuerdo con la especie de la Contratación.

Al respecto, debe indicarse que en la legislación ecuatoriana, que deviene de la española, se acepta el ejercicio de potestades discrecionales de la

---

<sup>5</sup> Ley de Contratos de la Administración Pública de España, Artículo 4. En Eduardo, García de Enterría – Tomás Ramón, Fernández, Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, pp.731.

administración, en cuanto se refiere a las necesidades de la contratación; potestades discrecionales parciales y regladas por criterios objetivos de obediencia al interés público, al ordenamiento jurídico y los principios de la buena administración; este último recogido en el artículo 40 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.

Una vez que se ha definido al contrato administrativo como toda declaración multilateral de voluntad, en la que una de las partes es un organismo de la administración pública del Estado, en ejercicio de las potestades públicas atribuidas, que se encuentra regido por un régimen jurídico de Derecho Público; atiende al interés colectivo y produce efectos jurídicos que responden a la buena administración pública y guardan conformidad con las normas que conforman el ordenamiento jurídico; es necesario, analizar las características del contrato administrativo que surgen de su propia definición.

### **3. Características del Contrato Administrativo**

El contrato administrativo tiene las siguientes características que lo enmarcan y diferencian de las demás declaraciones multilaterales de voluntad, mismas que se detallan a continuación:

#### **a. Es una declaración multilateral de voluntad.**

Esta característica del contrato administrativo hace relación a que en su celebración intervienen dos o más partes que tiene por objeto producir efectos jurídicos.

Como manda el Código Civil cada una de las partes pueden ser una o muchas personas. Por ello es que estas partes deben expresar su voluntad libre de vicios – error, fuerza o dolo- para que surja un acuerdo de

voluntades que denominamos de manera general contrato; sin embargo, como veremos más adelante el elemento fundamental que lo distingue de los otros tipos de contratos es que una de las partes siempre es el organismo de la Administración Pública del Estado y su régimen regulatorio. Cabe precisar por tanto que la voluntad de la administración, en la consecución de sus intereses que no son otros que los del bien común, siempre forma debe formar su parecer de manera objetiva, esto es con total apego al principio de juridicidad, que siempre debe estar presente en todas las actuaciones del administrador público, así entonces la regularidad en el procedimiento de formación de la voluntad, apartará al servidor de criterios subjetivos, baladís y hasta arbitrarios, por tanto debe tenerse en cuenta que, la administración no tiene autonomía de voluntad en materia contractual, esto es no actúa de modo discrecional o con libertad en la contratación, sino con sujeción y apego a la normativa reguladora del proceso de contratación, por tanto la competencia con la que actúa la administración es siempre pública, esto sin dejar de lado el que, la otra parte también es sujeto de capacidades y por tanto el ejercicio del negocio jurídico en el que se involucra le atribuye no solo obligaciones sino también derechos, al respecto me parece preciso citar al reconocido autor Luis Morell Ocaña, quién refiere dicha distinción y además señala que lo público conlleva situarse objetivamente y en lo privado se puede actuar con total autonomía de voluntad<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> El "criterium" de la Administración pública y el Derecho administrativo contemporáneos, Luis Morell Ocaña. Civitas Revista española de Derecho Administrativo, *núm.* 29/1981, Estudios, pág. 253. Madrid, febr. 1981<sup>6</sup> *El sucedáneo de la distinción, en algunos entes, de dos capacidades, una pública y otra privada.* Observando, sobre todo, cómo la Administración organiza la actividad de satisfacción de los fines de interés general, acogiéndose en unos casos al Derecho administrativo y en otros al Derecho privado (por ejemplo, un Ayuntamiento puede instrumentar la prestación del servicio de abastecimiento domiciliario de aguas mediante una *gestión directa*, a través de sus propios órganos administrativos, o constituyendo una Sociedad mercantil para ello), se ha considerado lógico establecer que los entes administrativos tienen una doble capacidad, de Derecho público y de Derecho privado. Sin embargo, la capacidad jurídica ha sido desde siempre definida como una aptitud genérica y global para ser titular de derechos y obligaciones sin que el ordenamiento consienta que esa aptitud pueda fragmentarse en tantos trozos cuales sean los ámbitos peculiares en que se expresa la legalidad. No tiene sentido escindir en dos la capacidad jurídica de la persona, porque eso no sirve para aclarar una serie de fenómenos que quedan sin explicación. A veces aparece referida la

**b. En la que una de las partes es un organismo de la administración pública del Estado.**

Esta característica, como hemos dejado señalado, hace relación a que una de las partes intervinientes en la celebración del contrato siempre es un organismo de la Administración Pública del Estado hecho que entre otros, le dota del carácter de contrato administrativo o de Derecho Público.

La doctrina clásica de Derecho Administrativo, siempre ha manifestado su acuerdo en cuanto se refiere a que el carácter público o administrativo del contrato viene dado precisamente por la comparecencia de un organismo de la administración pública que representa, precisamente los intereses públicos, cuya satisfacción es el fin último del cumplimiento la carga obligacional que impone el contrato administrativo.

Ahora bien, es menester precisar que en ocasiones la administración, como hemos dicho en materia contractual, actúa como ente de derecho privado, debiendo anotar que en nuestro país, la legislación prescribe una serie de

---

capacidad de Derecho público a la específica aptitud de un ente para ser titular de potestades administrativas -en el sentido de potestades reguladas por el Derecho administrativo- como es la potestad de resolver recursos; tesis que ha sido mantenida en una época en que se creía que solamente la Administración era titular de potestades, en tanto que al administrado sólo se le confieren deberes. Pero es patente y reconocido que la posición jurídica de la Administración incluye deberes (como puede ser el de contratar sólo previo el cumplimiento de unos trámites de selección del contratista, de modo que no puede seleccionar al que quiera sino al que mejor acredite cumplir los requisitos preestablecidos) que suponen una disminución, un minas, si se compara con la posición relativa que ante unos mismos hechos y necesidades ostentan los particulares (en el caso de la contratación, podrán contratar con quien mejor les parezca, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, sin tener que escoger de modo obligado al que de modo más eficaz o más barato ofrezca cumplir el contrato). Por tanto, ni el de *capacidad jurídico-pública* viene a ser un concepto que englobe sólo potestades específicas ni la titularidad de esas potestades es dato exclusivo de los entes administrativos. Por otra parte, la verdadera cuestión reside en el hecho de que, aun actuando en el marco del Derecho privado, los entes administrativos no abdicen de privilegios y limitaciones o condicionamientos de su capacidad; así, por ejemplo, la inembargabilidad de los bienes de la Administración actúa tanto en las relaciones jurídico-públicas como estrictamente privadas, y los condicionamientos previos a la contratación han de cumplirse tanto si el contrato es administrativo como si es puramente privado.

prerrogativas y privilegios para la administración, aún en esa situación jurídica y respeto de aquel tipo de actuaciones, conforme lo manifestado por Luis Morell Ocaña<sup>7</sup>, no es lo importante la competencia o calidad con la que comparece el órgano público a la contratación, sino que el mismo está regido bajo el régimen del derecho público administrativo, de tal guisa que el que esté actuando en calidad de privado no hace que resigne el órgano sus privilegios y prerrogativas, cuestión que se debe tener presente a la hora de estudiar el artículo 1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública que, que por la importancia que tiene me permito transcribirla a continuación:

*“Objeto y Ambito.- Esta Ley establece el Sistema Nacional de Contratación Pública y determina los principios y normas para regular los procedimientos de contratación para la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultoría, que realicen:*

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.*

---

<sup>7</sup> Vid ut supra

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 señaladas en los números 1 al 6 de este artículo 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 contrato. Se exceptúan las personas jurídicas a las que se refiere el numeral 8 del artículo 2 de esta Ley, que se someterán al régimen establecido en esa norma.”*



El artículo del análisis, trae un largo contenido en el que se quiere que todas las entidades del Estado y las personas jurídicas de derecho privado o público, en las que tiene el Estado una participación mayor al 50% en su capital o accionariado, o en el presupuesto de las mismas, participen rentas del Estado con más del 50%, estén sujetas a la Ley.

Como se ve esta es una ampulosa descripción de los órganos estatales, cuando bien se pudo manifestar que, estarán sujetos a esta Ley, los contratos que se celebren bajo el régimen del derecho administrativo o dicho de otra forma, que celebraran estos contratos las entidades de derecho público o las de derecho privado con finalidad social o pública y que financien sus presupuestos con más del 50% de la participación estatal.

Considero además, que si se ésta no es precisamente la *norma normarum* de la Contratación Pública en el Ecuador, la finalidad de regularización o de limitación que se planteo, no está lograda, baste señalar que los contratos referidos materia petrolera y todo lo que ella engloba, así como los de electrificación y los de materia de concesiones y los de expropiación, están exentos del contenido de la norma de aludida.

Este criterio organicista, hace que se pierda en ocasiones de vista el que la administración pública, en su contenido sustantivo es un complejo orgánico, conformado por una pluralidad de entes que realizan, como lo hemos señalado más de una ocasión, tareas, actividades, labores destinadas a la consecución de cometidos públicos, para el logro del bien común. Esta teoría funcional de la administración pública, tiene que llevarnos a señalar que el interés general, el bien público, el bien común, no es otra cosa que el contenido teleológico católico del Estado, que en palabras de Rodrigo Borja

Cevallos, en su Enciclopedia de la Política, debe concretarse en desarrollo humano, económico y social. 2002, pg. 69.

En lo que interesa a esta parte del estudio, es ver qué grado de incidencia se tiene respecto de la contratación, por cualquiera de las entidades antes anotadas, a los efectos de ver la aplicación o no de dichas normas, por tanto, no debemos necesariamente considerar el órgano que realiza dicha actuación, sino más bien la naturaleza de dicha actuación, para así entender el derecho aplicable a la misma; de tal suerte que si se trata de actuaciones de carácter privado, el régimen aplicable será el de Derecho Privado y si son actuaciones de naturaleza pública, el sistema aplicable será el de Derecho Público.

Para lo dicho, baste mirar el decreto de creación de la EP PETROCUADOR, publicado en el Registro Oficial Suplemento N° 171 de 14 de abril de 2010, que en su artículo 6 dice:

*“Los sistemas de contratación de EP PETROECUADOR se someterán a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, con excepción de las diversas fases de la actividad hidrocarburífera que se regirán por la normativa prevista en la Ley de Hidrocarburos, su reglamentación y demás disposiciones aplicables en esta materia que se declaran vigentes y de plena eficacia. Tales sistemas de contratación también se podrán regir por la normativa que expida en lo futuro EP PETROECUADOR, facultándose a su directorio a realizar las reformas que considere pertinentes a los reglamentos vigentes”.*

El Reglamento de Contratación de Petroecuador y sus Empresas Filiales, que consta del Registro Oficial 194 de 19 de octubre de 2007, en su primer considerando se dice:

*“Que el artículo 10 de la Ley Especial No. 45 publicada en el Registro Oficial No. 283 de 26 de septiembre de 1989, con la que se crea la Empresa Estatal Petróleos del Ecuador, PETROECUADOR y sus empresas filiales, dispone que **los sistemas de contratación de PETROECUADOR y sus filiales están sujetos a la Ley de Hidrocarburos y a los reglamentos expedidos por el Presidente de la República** y que en los sistemas de contratación se tomarán en cuenta las posibilidades de participación nacional, determinadas en los correspondientes estudios de desagregación tecnológicas, con el objeto de lograr independencia tecnológica, crear nuevas fuentes generadoras de empleo e ingresos y evitar una innecesaria salida de divisas;”* (El destacado me pertenece)

Nótese como se dijo que, todos los contratos en materia de hidrocarburos estarán sujetos a este reglamento, pero para que mi aserto sea del todo comprendido, a continuación me permito transcribir la disposición general quinta que consta del Reglamento General a La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que consta del Registro Oficial N° 588 de 12 de mayo de 2009, y que manifiesta:

*“QUINTA.- Los contratos que se rijan por leyes especiales o que respondan a formatos regulados, tales como pólizas de seguros, servicios básicos, servicios de telecomunicaciones y otros, no observarán los formatos de los modelos de pliegos obligatorios, ni cumplirán con las cláusulas obligatorias del Sistema Nacional de Contratación Pública.”*

Téngase presente por tanto que, tanto las normas de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, el Reglamento de Contratación

de la EP PERTOCUADOR, así como el decreto de creación de dicha empresa guardan estrecha concordancia, remitiendo el sistema de contratación a simples normas reglamentaria, que por lo demás las dictará la propia empresa. No dejo de reconocer, la lentitud y lo engorroso que en ocasiones resulta el sometimiento a la normativa pública, pero no se puede dejar de observar que, el petroleo significa para el Estado la mayor fuente de sus ingresos y que a partir de sus distintas actividades se mueven una gran cantidad de negocios jurídicos y contratos, los mimos que deben estar al menos limitados y regulados por una norma de jerarquía legal.

A continuación las regulaciones que rigen la materia de electrificación, que consta de la Ley de Regimen del Sector Eléctrico, publicada en el Registro Oficial N° 46 de 10 de octubre de 1996 y que en su parte pertinente expresa:

*“Art. 2.- Concesiones y Permisos.- El Estado es el titular de la propiedad inalienable e imprescriptible de los recursos naturales que permiten la generación de energía eléctrica. Por tanto, sólo él, por intermedio del Consejo Nacional de Electricidad como ente público competente, puede concesionar o delegar a otros sectores de la economía la generación, transmisión, distribución y comercialización de la energía eléctrica.”*

Demos una primera mirada, sobre materia de Concesiones, lo que está señalado en el artículo de La Ley de Modernización del Estado en su artículo 41:

*“Art. 41.- DELEGACION.- El Estado podrá delegar a empresas mixtas o privadas la prestación de los servicios públicos de agua potable, riego, saneamiento, fuerza eléctrica, telecomunicaciones,*

*vialidad, facilidades portuarias, aeroportuarias y ferroviarias, servicio postal u otras de naturaleza similar. **La participación de las empresas mixtas o privadas se hará mediante concesión, asociación, capitalización, traspaso de la propiedad accionaria o cualquier otra forma contractual "o administrativa" de acuerdo con la ley. El Estado cumplirá con su obligación de atender la educación y la salud pública de los ecuatorianos conforme los mandatos de la Constitución y sin perjuicio de la actividad que, en dichas áreas, cumpla el sector privado.***

*La exploración y explotación de los recursos naturales no renovables cuya propiedad inalienable e imprescriptible pertenece al Estado, podrá hacerse a través de empresas públicas, mixtas o privadas.” (El destacado me pertenece)*

Este artículo, que en mi opinión, está en estrecho dicho con el texto de la vigente Constitución, guarda gran relevancia, en primer lugar porque nadie ha declarado formalmente su inexistencia y luego, porque como hemos visto en materia de electrificación, y ya lo anotaremos en el ámbito de telecomunicaciones y vialidad, tiene plena vigencia.

Observemos en el desarrollo de la Ley de Modernización, que por cierto, se encuentra publicada en el Registro Oficial N° 349 de 31 de diciembre de 1993, en tanto trató de desmonopolizar la concentración de actividades de orden “comercial” en manos del Estado, cuando a renglón seguido, esto es en el artículo 42 y 43 de dicho texto, se propone los procedimientos y modalidades de delegación de lo público hacia lo privado.

Ahora bien, todo lo referido al régimen de delegación y por tanto de concesiones, se remitió al Reglamento a La Ley de Modernización del Estado, mismo que se encuentra publicado en el Suplemento del Registro

Oficial N° 581, de 2 de diciembre de 1994, esto es casi un año luego de haberse expedido la Ley.

Porque señalo que la Ley de Modernización del Estado, se encuentra vigente en su contextura, además de que formalmente no ha sido afectada, que no sea por declaraciones de inconstitucionalidad, mediante Resolución (Sentencia) de 12 de diciembre del 2000, por parte del Tribunal Constitucional, reflexionemos sobre el tema constitucional, miremos el artículo 11, en número 9, cuando se refiere a que:

***“El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos”.*** (El destacado es mío).

Aún más en el artículo 88 de la Ley madre, referido a la acción de protección de modo meridiano se anota:

*“La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse [...] cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, **si actúa por delegación o concesión**, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación.”* (El destacado es mío).

De guisa que, el texto político, no ha dejado de tener en consideración la figura jurídico administrativa de la concesión, como un negocio que está en el día a día de las actividades que desarrolla la población toda, pero sigamos viendo respecto de los temas de delegación en general, que es lo que nos trae la Ley Fundamental:

*“Art. 316.-El Estado podrá delegar la participación en los sectores estratégicos y servicios públicos a empresas mixtas en las cuales tenga mayoría accionaria. La delegación se sujetará al interés nacional y respetará los plazos y límites fijados en la ley para cada sector estratégico.*

*El Estado podrá, de forma excepcional, delegar a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria, el ejercicio de estas actividades, en los casos que establezca la ley”.*

Lo que significa que la delegación, tiene plena vigencia y eso está bien, pues nunca puede dejar de pensarse que el estado *per se*, está en capacidad de asumir absolutamente todas las actividades de servicios y prestaciones, para la satisfacción de las necesidades públicas, lo que sí, tal como prescribe el texto de la constitución, dicha delegación debe sujetarse al interés nacional, esto es al del pueblo en su conjunto, señala que debe someterse a la Ley y por último ha de tener el carácter de excepcional.

Pues bien, estos son los aspectos que mal pueden estar en un reglamento, sino que deben estar contenidos en un texto legal, pues en la actualidad, amén de los reglamentos dictados en cada entidad, las concesiones se sujetan a lo dicho en el reglamento a la Ley de Modernización del Estado, cuyo título III, se refiere a esta importante actividad del quehacer público.

Ahora bien, es interesante además notar que si la naturaleza del acto es privada, por ejemplo la solución de la controversia, como veremos más adelante, no se planteará ante el contencioso administrativo, mirese el caso del pago de cánones de arrendamiento atrasados, no se reclamará ante el Contencioso Administrativo, sino ante los jueces de inquilinato.

Lo dicho nos lleva a concluir que, las teorías organicistas, por el mismo desarrollo del derecho administrativo, han caído en desuso y resulta impropio que a esta altura de los tiempos, el legislador siga con concepciones propias de inicios del siglo pasado.

La duda que nos queda es que si a través de la normativa secundaria, esto es reglamentos, se tendrá en cuenta las disposiciones contenidas en el artículo 288 de la carta primera, que al menos en las cuestiones relativas a las compras públicas, bien vale decir suministros, manda a que, se actúe con criterios de eficiencia, transparencia, calidad, responsabilidad ambiental y social y que se permita la participación de pequeños sectores de la economía<sup>8</sup>.

### **c. Que se encuentra regido por un régimen jurídico de Derecho Público**

El régimen jurídico desde una visión objetiva, es sin lugar a dudas el régimen del derecho público, esto obviamente le dota de determinadas características que le son propias y le diferencian del área del derecho privado, debiendo entenderse a aquel como el conjunto de normas, principios, doctrina y jurisprudencia, que regula las actividades de la

---

<sup>8</sup> Art. 288.-Las compras públicas cumplirán con criterios de eficiencia, transparencia, calidad, responsabilidad ambiental y social. Se priorizarán los productos y servicios nacionales, en particular los provenientes de la economía popular y solidaria, y de las micro, pequeñas y medianas unidades productivas.



administración pública en su relación con particulares, sean estas personas naturales o jurídicas. Ahora bien, esto hay que entender dentro de la relación del Derecho Administrativo en la corriente francesa, esto es deveniente de la jurisprudencia del Consejo de Estado, cuyos orígenes de reflexión, son románticas, cuestión que le dota de individualidad propia a este régimen, que según nos recuerda en el ya famoso Diccionario de Derecho público, Emilio Fernández Vásquez (1981), el Régimen Administrativo es el:

*“conjunto de prerrogativas y sujeciones de la Administración pública a las cuales están sometidos los institutos del Derecho Administrativo, El Régimen Jurídico Administrativo está gobernado por las reglas del Derecho Administrativo que se caracterizan en relación al Derecho Privado, porque confieren a la administración prerrogativas sin equivalencia en las relaciones privadas, o porque imponen a su libertad de acción sujeciones más estrictas que aquellas que están sometidos los particulares entre sí (Rivero)”*

Como siempre he señalado, El Estado y La Administración Pública, velan por el interés general y persiguen el bien común, no así los particulares que ven su propio interés y precautelan sus derechos por sobre el derecho de los demás, es por ello que los pensadores franceses, primeros padres del Derecho Administrativo, integrantes del primer Consejo de Estado Francés, con competencias para dirimir conflictos entre los administrados y la administración, estimaron en sus arrets que debía la administración pública prerrogativas y que en las instancias contractuales, se podía observar cláusulas exorbitantes, esto es aquellas que desbordan el derecho común, señala Ronaldo Hernández H., en su escrito sobre las prerrogativas de la administración y el derecho administrativo<sup>9</sup>, teniendo su razón de ser en la

---

<sup>9</sup> <http://www.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial/DOCS/revista%20judicial/> de Costa Rica, 22-X-09. Al aludir a las Sentencias del Consejo de Estado Francés del 20 de octubre de 1950. Arret Stein y 19 de

respuesta de voluntad que representa el Estado, frente a la voluntad que es parte constitutiva del particular.

Una vez que se ha definido al contrato administrativo como toda declaración multilateral de voluntad, en la que una de las partes es un organismo de la administración pública del Estado, en ejercicio de las potestades públicas atribuidas, que se encuentra regido por un régimen jurídico de Derecho Público, atiende al interés colectivo y produce efectos jurídicos que responden a la buena administración pública y guardan conformidad con las normas que conforman el ordenamiento jurídico, me parece importante pasar a realizar una breve revisión de los elementos que informan a la contratación pública, lo que nos dará una panorámica y visión más completa del tema estudiado.

#### **4. Elementos.**

Sobre los elementos del contrato administrativo, todos los autores remarcan de una u otra forma los mismos elementos, esto es los sujetos, la causa, la competencia, la voluntad, la forma y formalidades.

##### **1.1 Los sujetos.**

Sobre este particular he abordado en líneas arriba, me parece que de modo muy claro y explicativo, las distintas formas en las que interviene la Administración Pública en los sistemas de contratación, siendo que, conforme lo señala Juan Carlos Cassagne, se debe tomar en consideración que no sólo el criterio de sujeto perteneciente a la Administración Pública o

---

junio de 1952 Arret Société des Combustibles et Carburants nationaux. Apud. Vedel George. Derecho Administrativo. Ediciones Aguilar. Madrid, 1980. Pág. 191.

jurisdicción aplicable, esto es la contencioso – administrativa, son elementos que nos llevan a distinguir al contrato como administrativo.

*“Los criterios del sujeto y la jurisdicción, inicialmente propuestos, fueron pronto desechados por la doctrina. El primero por cuanto la presencia de la Administración no basta para calificar un contrato como administrativo, ya que ésta puede acudir a técnicas de contratación privada cuando el interés público que persigue no sea relevante y pueda satisfacerse en forma indirecta o mediata. A su vez, la jurisdicción aplicable, denominada contencioso – administrativa, tampoco sirve para calificar, en forma autónoma, la condición del contrato por cuanto ella es consecuencia de la disímil naturaleza y peculiaridades de los contratos que celebra la administración”<sup>10</sup>*

De suerte que, como hemos revisado, no es del todo bueno en el tema de los sujetos, referirse a la Administración Pública, en materia de contratación. Como el único elemento sujeto *sine qua non*, para la suscripción de este tipo de contratos, sino que han de concurrir otras condiciones, como son la formación de la voluntad, el fin, el derecho aplicable y la naturaleza misma del contrato, dentro de todo este contexto, uno de los sujetos intervinientes, es la Administración Pública. Nótese que, en algunas ocasiones y en nuestro país, con frecuencia el Estado contrata entre sí, dando lugar a los denominados contratos interadministrativos.

Por tanto, el listado contenido en el artículo 1 de La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, no nos debe llevar a consagrar aquello, en un sentido organicista, como único elemento para considerar que se trata de un contrato administrativo.

---

<sup>10</sup> Juan Carlos Cassagne. El contrato Administrativo. Lexxis Nexxis Abeledo y Perrot. Buenos Aires Argentina. Segunda edición. 2005. Pág. 22

Dicho lo anterior y comprendido dentro de ese contexto, en el contrato administrativo, una de las partes intervinientes, siempre será La Administración Pública, que como hemos referido en líneas anteriores, nuestra legislación la describe de manera ampulosa, quizá para significar que toda ella, debe someterse a sus prescripciones, cuestión que como hemos visto, no resulta así, porque la misma Ley, un muchas ocasiones ha escrito normas, que procura que su contenido sea esquivado por determinado tipo de entidades o determinados tipos de contratos.

Una vez que, se ha identificado con claridad al un sujeto, como el contrato condición del contrato, casi siempre es la bilateralidad<sup>11</sup>, veamos entonces al otro sujeto, a aquél que en mi visión va a colaborar o cooperar con la administración, para la consecución del fin estatal.

El otro sujeto, salvo excepcionales casos, es un particular. Entremos a reflexionar el caso de la excepción y el caso cotidiano del particular.

Cuando un órgano u entidad de la Administración Pública, contrata consigo mismo, estamos en el típico **contrato interadministrativo**, que como bien se conoce deja prácticamente de lado las cláusulas exorbitantes, como garantías y terminación unilateral, así mismo no es requisito el tema referido a la preselección, a las sanciones o multas, la solución de controversias, debe tomarse en consideración que a este tipo de contratos, en mi visión también deben adscribirse las sociedades, consorcios, empresas de cualquier tipo, cuyos presupuestos estén conformados con más del cincuenta por ciento de fondos del Estado.

---

<sup>11</sup> Puede darse el caso del contrato de donación, que sostengo es unilateral, porqué en la formación del mismo, siempre intervine un solo sujeto, además considero que el hecho de la aceptación de la donación, es una actuación separada del contrato en sí.

Respecto de este tema es importante observar las siguientes disposiciones de la vigente LOSNCP:

***Art. 2.- Régimen Especial.-** Se someterán a la normativa específica que para el efecto dicte el Presidente de la República en el Reglamento General a esta Ley, bajo criterios de selectividad, los procedimientos precontractuales de las siguientes contrataciones:*

*[...]*

*8. Los que celebren el Estado con entidades del sector público, éstas entre sí, o aquellas con empresas públicas o empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en el cincuenta (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 aplicará únicamente para el giro específico del negocio; en cuanto al giro común se aplicará el régimen común previsto en esta Ley.*

*La determinación de giro específico y común le corresponderá al Director Ejecutivo del Instituto Nacional de Contratación Pública.*

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 accionaria o de capital superior al cincuenta (50%) por ciento, exclusivamente para actividades específicas en sectores estratégicos definidos por el Ministerio del Ramo.*

Esta norma, nos deja claro los sujetos intervinientes y la calidad en la que participan los mismos, en los denominados congratos interadministrativos.

Respecto de garantías, los contratos suscritos entre las entidades arriba mencionadas, están exentas de la presengtación de garantías.

**Art. 73.- Formas de garantías.-** *En los contratos a que se refiere esta Ley, los contratistas podrán rendir cualquiera de las siguientes garantías:*

*[...]*

*No se exigirán las garantías establecidas por la presente Ley para los contratos referidos en el número 8 del artículo 2 de esta Ley.*

*[...]*

Respecto de las personas de derecho privado, sean estas naturales o jurídicas, hay que entender que están actúan con capacidad para hacerlo y que su voluntad es autónoma, sin embargo la calidad en la que intervienen, debe estar probada, a los efectos de establecer con claridad su status. Es evidente que las personas jurídicas, no pueden intervenir por si mismas,

pues para ejercer sus derechos y obligaciones, siempre necesitarán de un representante legal. Así mismo se debe mirar, como es su conformación, el estatuto social, sus registros, esto es el cumplimiento de la normativa regulatoria del Estado al que se pertenezcan, respecto del cumplimiento de obligaciones de orden tributario, social, laboral y societario, para mirar y convalidar la legitimación de la participación en un contrato.

## **1.2 La Causa- fin**

Ahora bien, no se puede dejar de lado, que los intereses que informan a las partes son distintos, La Administración Pública, siempre pretende brindar un servicio público de calidad, aún en el caso de la obra pública, ésta no se hace sino con la finalidad de lograr la satisfacción de necesidades colectivas, por tanto su fin será el del logro de un servicio acreditado para el bienestar y disfrute colectivo, vg. Si se construye un hospital, o una carretera, téngase en consideración de que son obras públicas, sin embargo, la finalidad del contrato es la prestación eficiente y eficaz del servicio de salud pública en el primer caso y en el segundo, de un servicio de movilidad puesta a la disposición del usuario. En tanto que, el interés que mueve al particular, es el lucro, la utilidad, para lo que procurará elevar al máximo sus niveles de competitividad y productividad, esto es cumpliendo lo contratado, sacar el mayor beneficio posible, para lo que debe extremar su capacidad, inteligencia administrativa y las ayudas tecnológicas e informáticas que estén a su alcance.

Se debe tener presente que el criterio o concepto de lo interés público, si bien es indeterminado, no debe dar paso en ningún momento al abuso o arbitrariedad de la autoridad, pues ésta en todos los casos, deberá someter su voluntad a un ejercicio de sometimiento al derecho, esto es al

ordenamiento jurídico, a la racionalidad en la toma de decisiones, pues de lo contrario las actuaciones abusivas o irracionales, pueden dar al traste con el fin cierto que La Administración Pública pretende, en este sentido es ilustrativo lo que nos dice Fernando Sainz Moreno<sup>12</sup>, cuando manifiesta:

*“La concepción del interés público como concepto jurídico indeterminado significa, pues, reducir la discrecionalidad administrativa a aquellos supuestos en los que no sea posible demostrar cuál es la única solución correcta. En tales supuestos, el reconocimiento de la discrecionalidad implica dar validez jurídica a la decisión que la Administración tome dentro de las posibles soluciones del problema planteado.*

*La concepción del interés público como concepto jurídico indeterminado abre, así, una profunda vía de penetración en el último reducto de la discrecionalidad administrativa, no para destruirlo, sino para someterlo a los criterios de la razón y de la justicia. La discrecionalidad subsiste y es necesaria siempre que no sirva de amparo a decisiones arbitrarias, ilógicas o abusivas.”*

En tal sentido, como tengo referido en la obra Derecho Procesal Administrativo<sup>13</sup>, la Potestad Discrecional, no lleva al dignatario, autoridad, o servidor público en general a actuar de manera ilógica, abusiva, arbitraria y hasta en forma irracional, al respecto señalo:

*“La discrecionalidad, no implica arbitrariedad ni mucho menos actuar de modo o manera ilegal, la operación que la administración realiza en base de su potestad discrecional, implica de suyo un obrar con*

---

<sup>12</sup> **Fernando Sainz Moreno.** Civitas Revista española de Derecho Administrativo, núm. 8/1976, Estudios, pág. 63. Editorial Civitas, SA, Madrid, enero 1976.

<sup>13</sup> Marco Morales Tobar. Derecho Procesal Administrativo. Editorial de la Universidad Técnica Particular de Loja. Loja Ecuador. 2010. Págs. 45 y 46.



*apego a la legalidad, miremos que la autoridad, funcionario o agente público, lo primero que realiza es un examen para entender si la potestad o competencia le está o no atribuida por la norma, para posteriormente pasar a mirar el cumplimiento de un procedimiento, de ritualidades o curiales que enmarquen su obrar dentro de la operación de debido proceso, para concluir observando siempre la consecución del bien común, de tal guisa que siempre tendremos al menos cuatro elementos que limitan al administración su libertad al momento de tomar decisiones o expedir actos, estos son: la conexión irremediable con la norma que le atribuye la potestad o competencia, el debido proceso y el fin”*

De tal suerte, siempre se debe observar que para que el interés público, no sea subjetivo del actuar de la autoridad, éste debe someter su voluntad, como veremos posteriormente, a la juridicidad.

Por último en este apartado, quiero dejar claro que el interés público, como concepto jurídico indeterminado, al administrador público, siempre le debe llevar a que lo que resolverá en su actuación, siempre debe tratar de concretar y definir en el beneficio, mirando el bien general, el coste beneficio y no solo con visión presente de las cosas, sino en su desarrollo futuro, como siempre señalamos, pensando en grande.

### **1.3 La Competencia y la Capacidad**

Los sujetos nombrados en el apartado anterior, actúan respecto de la exteriorización de su voluntad, los unos con competencia – La Administración Pública - y los otros con capacidad –las personas privadas-, en cada caso la formación de la misma es distinta y se sustenta en regímenes diferentes, así como hemos visto en líneas anteriores las personas de derecho privado se sustentan en el régimen jurídico del derecho

privado; y, las personas de derecho público en sus actuaciones se sujetarán en base esencialmente del principio de legalidad, en lo estipulado en el régimen de derecho público.

Como todos bien conocemos, la capacidad en el Derecho Civil, no es sino la aptitud legal que tienen las personas, para actuar con libertad y voluntad, en el ejercicio de los derechos que le correspondan, así como para contraer obligaciones y dentro de ellas cumplir con las prohibiciones que se le imponga, esto le da a la persona aptitud de obrar, gestar, gozar, claro está que para el pleno disfrute del ejercicio de derechos y obligaciones, debe tener presente que le está permitido todo aquello que la Ley no le prohíbe, al respecto es importante tener presente lo que nuestro Código Político señala, en su artículo 66, número 29, letra d):

*Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas:*

*[...]*

*29. Los derechos de libertad también incluyen:*

*[...]*

*Que ninguna persona pueda ser obligada a hacer algo prohibido o a dejar de hacer algo no prohibido por la ley.*

Norma que nos lleva de la mano a recordar el artículo 8 del Título Preliminar de nuestro Código Civil que señala:

*A nadie puede impedirse la acción que no esté prohibida por la ley.*

Esto es, todos quienes sean legalmente capaces, pueden efectuar todo tipo de actividades, que no estén reñidas con la Ley, esta norma va de la mano

con el siguiente artículo, el número del mismo texto, que señala los efectos de un acto realizado por persona incapaz, que a la sazón dice:

*Los actos que prohíbe la ley son nulos y de ningún valor; salvo en cuanto designe expresamente otro efecto que el de nulidad para el caso de contravención.*

En el tema de nuestro análisis, debemos revisar lo que al respecto de la contratación nos trae en este tema el artículo 1462 del libro IV del Código Civil:

*Toda persona es legalmente capaz, excepto las que la ley declara incapaces.*

En cuanto a la competencia con la que actúa la Administración Pública, así mismo de conocimiento es que la misma surge o se origina en una norma jurídica, sea constitucional, legal o al menos con fuerza material de Ley y que la misma no es sino el conjunto de atribuciones que dicha norma otorga al órgano. Al respecto Roberto Dromi <sup>14</sup>corroborra nuestro aserto, cuando manifiesta:

*La competencia es la esfera de atribuciones de los entes y órganos, determinada por el Derecho Objetivo o el ordenamiento jurídico positivo. Es decir el Conjunto de facultades y obligaciones que un órgano puede y debe ejercer legítimamente.”*

---

<sup>14</sup> Vid ut supra. Pág. 361

En líneas arriba, dejamos expuesto nuestro criterio de la categoría jurídica con la que actúa la Administración Pública en este tipo de cometidos, sin embargo y para reforzar lo dicho, me permito poner a continuación, el tema referido al complejo de la actuación, conforme trae nuestro texto constitucional, manifestado en la misma obra de Derecho Procesal Administrativo<sup>15</sup>:

*“Por lo que debe comprenderse a la Administración Pública como un complejo orgánico integrado por organismos con o sin personería jurídica pero sí con personalidad jurídica que ejercen actividad administrativa. En ese sentido el artículo 225 de nuestro Código Político, esboza el gran universo de la Administración Pública que se compone de los entes y órganos que ejercen actividad administrativa “vinculados al ejercicio de las diversas funciones del Estado (normativa, política, administrativa, jurisdiccional y de control”, a las que se agregan las personas jurídicas estatales creadas por acto normativo y las personas jurídicas de derecho privado con fines públicos”. (Brewer Carías, Pg. 146), por lo que debe quedar meridianamente claro que, no todas las entidades administrativas que son parte de la Administración del Estado, están circunscritas dentro de la mencionada norma, sino que en este aspecto –como en todos- al Código Político se lo a de mirar en su contexto.”*

Esto anoto, para que se comprenda el que no sólo en el ejecutivo está radicada la función administrativa, sino en todo el contexto estatal, todos sus órganos y entidades despliegan esta actividad de contratación.

#### **1.4 La Voluntad.**

---

<sup>15</sup> Vid ut supra. Pág. 63

La voluntad, como ya algo hemos anotado, también trae sus distinciones a la hora de la formación del consentimiento, en el régimen del derecho privado, existe total autonomía en la formación de la voluntad, en tanto que en el régimen del derecho público, la voluntad del administrador ha de guardar total coherencia con el principio de juridicidad, esto es, sus actuaciones han de estar sujetas a derecho y observando los principios que la racionalidad exige, para la consecución del interés público.

En la contratación pública, el tema del consentimiento es un apartado jurídico que debe quedar claro, esto es sí las voluntades de las dos partes se conjugan en igualdad de situación, o hay ventajas o desventajas, lo que nos pone de cara una de las características del contrato, que es la desigualdad de sus actores o partes, puesto que, La Administración Pública, siempre está dotada de ciertas ventajas, que además, en la realidad le ponen en una posición de superioridad frente a su colaborador, así, es quien elabora los pliegos o bases contractuales, es quien realiza la invitación o convocatoria, califica las ofertas y adjudica al que estima reúne las condiciones necesarias, para llevar adelante los cometidos públicos, al respecto Laubadere citado por Jorge Vélez García<sup>16</sup> nos dice:

*“el carácter exorbitante del derecho administrativo se traduce en ventajas para la administración, en particular por la existencia de prerrogativas de derecho público que no presentan analogía en el derecho privado. Estas prerrogativas son a base de coerción y se manifiestan por el empleo del acto unilateral. Ellas permiten a la administración obligar al administrado a alguna cosa y, por consiguiente, contrastan abruptamente con las técnicas del derecho privado dominadas”*

---

<sup>16</sup> Jorge Vélez García. Los Dos Sistemas del Derecho Administrativo. Institución Universitaria Sergio Arboleda. Pág. 22.

Ahora bien en la formación de la voluntad administrativa, ha de estar siempre presente, en este tipo de actuaciones, el principio de juridicidad, amén de que, la voluntad del administrador, ha de estar precedido por una serie de informes e informaciones, que le permitan tomar la decisión final, que es lo que se denomina la etapa contractual de la contratación, igual que en el acto administrativo, la formación de la voluntad en los actos decisorios de la contratación, en todas sus fases, la precontractual, la de ejecución del contrato, la etapa post contractual o terminación del contrato, han de estar siempre debidamente motivados, en el sentido de la relación intrínseca, entre los hechos y las normas o principios jurídicos que informen tal o cual actuación, sólo en ese caso y con esos resguardos, en algo dejarán de ser las actuaciones de los administradores, en muchos de los casos arbitrarias.

Por último debo señalar que, el consentimiento en los contratos, no es sino la imbricación de la voluntad de las partes, esta suerte de coincidencias hace que, confluya el convenio o acuerdo entre ellas y se produzca un nexo, que correlaciona los intereses de las dos partes. Este *consentire*, entonces toma fuerza en el texto contractual, porque el mismo es el que va a regir dentro de su ejecución, debiendo tener presente que, el consentimiento ha de estar ausente de todo vicio, como es el error, la fuerza y el dolo, peor aún el engaño, puesto que pueden nulificar los efectos del contrato. Este tipo de situaciones jurídicas vuelven al contrato en una actuación enferma, que requiere ser convalidada, en el caso de que tal posibilidad exista, o declarar la inexistencia del mismo.

Por último se debe tener en consideración, las categorías jurídicas que vician el consentimiento, que son el error, la fuerza y el dolo, al respecto el Código Civil dice:

**Art. 1467.-** *Los vicios de que puede adolecer el consentimiento son: error, fuerza y dolo.*

Estos supuestos, pueden llegar a viciar la voluntad de las partes y dar como resultado la nulidad del contrato.

Una vez que hemos revisado los sujetos, la competencia, la causa-fin y la voluntad, debemos hacer un análisis sobre el objeto contractual.

### **1.5 El Objeto.**

Que es lo que se manda a hacer, no hacer o dar, esto es el conjunto de obligaciones que de él derivan, es lo que constituye el contrato, así como hemos visto en líneas arriba, el objeto del contrato, puede tener por tación, la obra pública, el suministro o la prestación de servicios.

Aún cuando recalquemos de manera cansina, en materia de contratación todo debe ser reglado y por tanto el administrador ha e sujetarse a lo que está normado, teniendo siempre en consideración el principio de juridicidad, que viene estipulado en los artículos 226 y 227 de nuestra Constitución. De otra parte, el objeto siempre ha de ser lícito, posible, racional, concreto, de lo contrario amén de caer en el absurdo el contrato puede tener un contenido sujeto a la nulidad.

Nuestro Código Civil, respecto del objeto ilícito contractual dice:

**Art. 1478.-** *Hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al Derecho Público Ecuatoriano.*

Es claro que hay objeto ilícito en todo aquello que se contrapone al Derecho Público Ecuatoriano, más aún, el contrato se torna nulo, pero se debe tener presente como bien señala la norma, que entendemos por derecho público, entonces hemos de hallar principio de nulidad en todo aquello que se oponga al principio de juridicidad que informa a la Administración Pública.

Por último, en las situaciones prácticas de la redacción de la cláusula contractual del objeto, se debe tener muy claro que la misma deviene del proceso de formación de la voluntad de las partes, la Administración Pública, propone unas bases que se han realizado en base a estudios, que deben estar completos tanto en la parte técnica como económica, estudios que deben ser conocidos por el futuro cocontratante y sobre los que en la etapa de aclaraciones, pudo haber advertido cualquier duda y por tanto en principio puede haberse modificado el rubro, el precio unitario o alguna parte del objeto contractual, siendo que, al momento de presentar la oferta, la misma debe ajustarse a los requerimientos de la entidad y sólo ahí podría ser motivo de adjudicación, pues esa oferta, es la que pasa a formar el objeto contractual, por tanto en dicha cláusula se debe hacer expresa referencia a la misma, amén de que pueda formar o no como parte integrante del contrato, igual que los pliegos y el proceso de adjudicación.

### **1.6 La forma y formalidades.**

En este sentido, podría manifestar que la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, como se verá en líneas posteriores, es bastante prolija respecto de la formulación del contrato y de los recaudos que La Administración Pública debe tomar para la suscripción del mismo. Se debe recordar que previo a la suscripción del contrato en sí, existe un largo recorrido, en ocasiones que demanda tiempo y esfuerzo para la presentación de la oferta, su análisis y calificación y en otras veces es muy



rápido, esencialmente en este último caso en tratándose de suministros, cuestión que en todo caso hace relación con la etapa precontractual, en la que el Comité bajo su responsabilidad, debe tomar todas las cautelas y precaución, en saber ponderar al oferente, a pesar de que el mismo cuente con el RUP (registro único de proveedores)<sup>17</sup>, pues deberá constatar que el mismo está otorgado con sometimiento a la normativa jurídica vigente, a los acuerdos y resoluciones dictados por el INCOP (Instituto Nacional de Contratación Pública)<sup>18</sup>, los análisis, la puja, la reflexión coste beneficio, cumplimiento o no de los pliegos, etc. debe ser debidamente valorado por todas y cada una de las personas que están en el día a día de los distintos estamentos de la contratación, bajo su responsabilidad, baste mirar el inciso final de la Ley, para observar que desde quienes realizaron los estudios tienen responsabilidad sobre los mismos, de igual modo que conforme lo dicho en el inciso segundo de la norma ibídem, son responsables solidarios, todos los funcionarios que hubiesen actuado en el proceso, esto sin perjuicio de las responsabilidades de orden civil y penal a que hubiere lugar por su actuación.

Nótese que el artículo 58 de La Ley de la materia que estamos tratando, requiere de escritura pública, para la formalización del contrato de bienes inmuebles; o cuando se trate de la comparecencia de consorcios o asociaciones, estas deberán acreditar mediante escritura pública su legitimación, conforme lo dicta el artículo 67 de la LOSNCP; es importante

---

<sup>17</sup> **Art. 6.-** Definiciones. [...] 29. Registro Unico de Proveedores.-**RUP:** Es la Base de Datos de los proveedores de obras, bienes y servicios, incluidos los de consultoría, habilitados para participar en los procedimientos establecidos en esta Ley. Su administración está a cargo del Instituto Nacional de Contratación Pública y se lo requiere para poder contratar con las Entidades Contratantes.

<sup>18</sup> **Art. 10.-** El Instituto Nacional de Contratación Pública.- Créase el Instituto Nacional de Contratación Pública, como organismo de derecho público, técnico y autónomo, con personalidad jurídica propia y autonomía administrativa, técnica, operativa, financiera y presupuestaria. Su máximo personero y representante legal será el Director Ejecutivo, quien será designado por el Presidente de la República. Su sede será la ciudad de Quito, tendrá jurisdicción nacional, pudiendo establecer oficinas desconcentradas a nivel nacional.

anotar lo que señala el artículo 69 de la LOSNCP, sobre la formalización de los contratos, que por su relevancia, transcribimos a continuación:

**Suscripción de Contratos.-** *Los contratos que por su naturaleza o expreso mandato de la Ley lo requieran se formalizarán en escritura pública dentro del término de quince (15) días desde la notificación de la adjudicación. Los contratos cuya cuantía sea igual o superior a la base prevista para la licitación se protocolizarán ante Notario Público. Los gastos derivados del otorgamiento del contrato son de cuenta del contratista.*

*Las contrataciones que se realicen por el sistema de catálogo se formalizarán con la orden de compra y el acta de entrega.*

*Las contrataciones de menor cuantía se instrumentarán con la factura correspondiente, sin perjuicio de que se puedan elaborar documentos que contengan las obligaciones particulares que asuman las partes.*

*Los demás contratos se otorgarán por documento suscrito entre las partes sin necesidad de escritura pública.*

*Para la suscripción del contrato, será requisito previo la rendición de las garantías correspondientes.*

*Cuando por causas imputables al adjudicatario no se suscriba el contrato dentro del término correspondiente, la entidad deberá declararlo como adjudicatario fallido y disponer su suspensión del RUP. De existir ofertas habilitadas, la entidad, de convenir a sus*

*intereses, adjudicará el contrato al oferente que hubiera presentado la siguiente oferta de mejor costo.*

*Si el contrato no se celebrare por causas imputables a la Entidad Contratante, el adjudicatario podrá demandar la correspondiente indemnización de los daños y perjuicios o reclamar administrativamente los gastos en que ha incurrido, siempre que se encuentren debida y legalmente comprobados. La entidad a su vez deberá repetir contra el o los funcionarios o empleados responsables.*

*En ningún caso se podrá iniciar la ejecución del contrato sin la previa celebración o formalización de los instrumentos expuestos en este artículo.*

En el presente caso, iniciaré el análisis por el final del artículo, esto es que de modo claro taxativo y sin lugar a más, se señala que la ejecución contractual, tan sólo se pueda iniciar una vez suscrito el contrato. Claro está que en muchas ocasiones, tales circunstancias no se producen y el contratista se ve avocado a la firma de los famosos convenios de pago, que como veremos en mi visión se trata de contratos innominados, otro caso es el inicio de la ejecución contractual a la fecha del depósito o transferencia del anticipo.

La formalidad de que los contratos que requieran de escritura pública, se formalicen en el termino de 15 días, esto es sólo cuentan los días hábiles, cuestión que guarda concordancia con el artículo 118 del ERJAFE, de una parte, y de otra todos los contratos que por ley o por su naturaleza deban ser suscritos por escritura pública deberán cumplir con este curial, en el

presente caso aquellos en los que la cuantía sea igual o superior a la cuantía de Licitación y los de bienes inmuebles.

Nótese que los contratos de compra por catálogo y los de menor cuantía, se se pueden formalizar con la factura y el acta de entrega recepción, los demás contratos se deben formalizar por escrito.

Ahora bien del cumplimiento de estas formas y formalidades, se trae como efecto él que se deba entregar las garantías, en el caso de haberlas, o las partes convencionales, tienen el derecho de declarar como fallido al oferente que no suscribe el contrato o el contratista que encuentra en mora a la entidad contratante, en la suscripción del contrato, de demandar el pago de daños y perjuicios.

## **2. Los Principios de la Contratación Administrativa.**

De forma general, la doctrina no es uniforme en señalar los principios de la contratación administrativas y los doctrinantes desarrollan las causas y consecuencias, alguno ponen a los principios generales del derecho, otros hacen alusión al derecho público y hay quienes los asimilan a los del acto administrativo. Algunos incluso señalan a los de la primera fase de la contratación, esto es a los del proceso de formación de la voluntad contractual, como principios del sistema contractual.

El artículo 4 de nuestra ley orgánica del sistema nacional de contratación pública, señala de modo taxativo en nuestro derecho positivado cuales son los principios jurídicos que rigen la contratación pública, dicho texto señala:

*“Principios.- Para la aplicación de esta Ley y de los contratos que de ella deriven, se observarán **los principios de legalidad, trato justo,***

***igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad; y, participación nacional.***” (el destacado me corresponde)

A continuación, de modo breve, analizaré dichos principios a la luz del derecho y la doctrina jurídica universal.

### **2.1 Pacta sunt servanda.**

El contrato es ley para las partes que lo pactan, en tal sentido se debe entender que, cuando se suscribe un convenio con buena fe, conciencia y voluntad, las partes deben sujetarse a lo estipulado en el mismo, este principio data desde la Roma antigua y se lo ve en el Digesto como una erudición del jurisconsulto Ulpiano, que desde esas épocas y hasta nuestros días es respetada, por tanto se la ve recogida en los códigos y en los textos jurídicos y aún en los convenios internacionales y supranacionales, basta leer la advertencia en las consideraciones realizadas en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, aludiendo a tan importante y significativo principio, por ello es bueno tener presente el número 26 de dicha convención que con claridad meridiana señala que:

*"Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe."*

Este principio para los efectos de nuestro estudio debe ser leído como todo contrato en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

### **2.2 La buena fe.**

Es otro de los principios cardinales de la Contratación, tiene que ver con la actuación sana de las partes, lo que permite desenvolverse dentro de un marco de mutua colaboración y cooperación, sin tener que buscar o rebuscar subterfugios de ningún género para la cabal y plena ejecución del contrato, lo que genera un ambiente de cordialidad, seguridad, actuando siempre bajo la premisa de ausencia de querer irrogar daño al cocontratante, esta forma de voluntad, hace de este principio, uno de los ejes fundamentales, para que el contrato se desenvuelva dentro de los cánones de la lealtad y la fidelidad entre las partes. Ahora bien este principio siempre se ha de conjugar entre los principios ya revisados de juridicidad, interés público y equidad.

Me parece que este el principio de legalidad al que se debe ajustar a la contratación pública y de modo esencial en las etapas de ejecución y terminación del mismo, amén de considerar el principio de legalidad (juridicidad), al tono de las corrientes modernas del pensamiento jurídico, por lo que no se debe mirar tan sólo el cumplimiento irrestricto de la norma, sino también mirar el entorno, las circunstancias, para ajustarnos precisamente a valores y principios.

En nuestra legislación positiva el artículo 1562, de vigente Código Civil señala:

*“Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan, no sólo a lo que en ello se expresa, sino a todas las cosas que emana precisamente de la naturaleza de las obligaciones, o que por la ley o la costumbre, pertenecen a ella.”*

Sin duda la *bona fide*, es condición *sine qua non* en el derecho, y más aún en los sistemas de contratación, en el que las partes deben iniciar y mantener una relación que surja de la confianza mutua, no de otra manera se entiende a las partes como colaboradores o como cocontratante, no son entre ellas enemigos ni mucho menos, sino más bien el privado que aporta con su experiencia y profesionalismo al cumplimiento de los fines del Estado. Si se quisiera expresar a pie juntillas todo lo que constituye el objeto contractual o todas las obligaciones de la parte contratante, realmente que no se pudiese llegar a especificar las mismas, pues el mismo hecho del *ius variandi*, que lo veremos a reglón seguido impide, no se puede por tanto especificar todo el contenido de las obligaciones mutuas dentro de un contrato, por tanto se ha de estar a la naturaleza, al sentido de la materia de la contratación.

### **2.3 La Estabilidad Contractual, el Hecho del Príncipe y el Ius Variandi.**

Sin lugar a dudas los distintos sistemas de contratación, nos llevan a que la administración pública, cumpla con sus diversos cometidos, estos cometidos en base a la planificación y programación estatal se supone que, están claros, definidos, concretos y determinados, los estudios técnica y científicamente realizados, dan tanto al Estado como al posible contratista, la certeza y seguridad de que en los pliegos técnicos consta información veraz y que le puede llevar a presentar una ofertar casi sin riesgos. Empero lo manifestado, por error en los estudios en ocasiones o por la falta de dimensionamiento en el servicio que se quiere brindar, el Estado en muchas ocasiones debe modificar el objeto contractual, sin que esto implique cambio

substantial en el mismo, como por ejemplo la Escuela de Educación Física que contrata la construcción de varios polideportivos y en un momento determinado dadas las condiciones económicas debe aumentar o disminuir el número de pabellones deportivos. En estos casos como se conoce, se aplican métodos de cambio para mantener el equilibrio económico, como son el contrato complementario<sup>19</sup>, nótese que la norma habla claramente de la “*modificación*” por “*imprevisión*”, así como de que las mismas deben ser motivadas y sustentadas en cuestiones de orden técnico. Se debe partir para esto del principio esencial de la *bona fide*, esto es que el Estado y sus administradores previeron antes de la contratación, de modo racional el de que tales acontecimientos y circunstancias no se iban a producir en la ejecución contractual.

El de rubros nuevos<sup>20</sup>, que sucede cuando se ha dejado de producir algún bien o en su defecto se ha innovado la tecnología y hay uno de mejor calidad, la entidad contratante, cuidando cumplir de modo regular y objetivo con lo que la norma prescribe, puede proceder a contratar nuevos rubros.

Por último, existe el de costo más porcentaje<sup>21</sup>, que la norma de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública

---

<sup>19</sup> **Art. 85.-** Obras y Servicios Complementarios.- 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.

<sup>20</sup> **Art. 86.-** Creación de Rubros Nuevos.- 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 previstos en el artículo siguiente.

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.

<sup>21</sup> **Art. 88.-** Diferencia en Cantidades de Obra.- 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



denomina diferencia en cantidades de obra, es de lo más usual, cuando se ejecutan rubros en más volúmenes o cantidades, el legislador ha marcado hasta un veinte y cinco por ciento.

No se olvide se trata del mismo contrato, con el mismo objeto contractual, lo que ha sucedido es cambios en el dimensionamiento del servicio, la obra o el bien contratado, este es el clásico ejemplo del *ius variandi*. Nótese que no existen más limitaciones que las impuestas por el legislador y obviamente la señalada del interés público, atención a las necesidades colectivas y el bien común, no existen más exigencias ni adjetivas ni subjetivas, que las señaladas.

Ahora bien, hay otras circunstancias que salen inclusive del ámbito de la voluntad de las partes contratantes, que superan y desbordan su querer y que se vuelven irresistibles a su propia voluntad e imprevisibles, denominadas el hecho del príncipe o *príncipes factum*, cuestión que no es sino el efecto del desequilibrio económico contractual, cuando se ha producido alguna medida económica por parte del Estado y que afecte al normal desenvolvimiento del contrato.

Mario Linares, en su obra *El Contrato Estatal*, (2002) en la página 180 señala:

*“El alea no es solo atribuible a factores exógenos, ajenos a la relación contractual, sino que puede suceder que por la potestas variandi o por el comúnmente llamado factum principis o hecho del*

---

directamente sin necesidad de contrato complementario, hasta el veinticinco (25%) por ciento del valor reajustado del contrato, siempre que no se modifique el objeto contractual. A este efecto, bastará dejar constancia del cambio en un documento suscrito por las partes. Si se sobrepasa el mencionado porcentaje será necesario tramitar un contrato complementario.

*príncipe, explicado éste por los hechos de la administración de tipo general en cumplimiento de la función pública encomendada, que afecten al contrato”*

En nuestra legislación esas aleas, como hemos visto han recibido en la gran mayoría de casos solución, pero en ocasiones resulta ser que ni el contrato ni aún la ley prevén dichos acontecimientos, por lo que es importante recurrir a los principios, que aspiramos a que ayuden a encontrar soluciones racionales a los problemas que en la ejecución, terminación o aún en la misma formación contractual se pudieran presentar.

Hay que señalar por tanto que, pueden las condiciones fácticas del contrato cambiar, esto es las circunstancias y entorno en el que se desarrolla el contrato a la fecha de inicio puede ser una muy distinta a la puede advenir, como consecuencia de variaciones de precio de productos o costes en la ejecución del contrato, clima, situaciones de orden social o de orden político, dando lugar a lo que se denomina rebús sic stantibus, esto es una nueva situación, como se suele manifestar “siendo estos los hechos actuales”, o como manifiesto un cambio de la realidad jurídica en base de la nueva y “reciente” realidad fáctica, cambia los efectos de ejecución contractual.

2.4 Ahora veremos todos los principios de la contratación administrativa que suelen ser comunes en la doctrina que la informa, a partir de la misma norma esto es: ***“los principios de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad; y, participación nacional”***.

#### **2.4.1 El principio de legalidad.**

Esto es de modo general que el contrato administrativo está sometido al régimen del Derecho Administrativo, de tal suerte que las actuaciones de las partes contratantes estarán sujetas a tal régimen, entendido que, dicho régimen como vimos en líneas pasadas, no es sino el conjunto de normas, principios, doctrina y jurisprudencia, que regula las actividades de la administración pública en su relación con particulares, sean estos personas naturales o jurídicas, principio de legalidad que se ha de coordinar y entender dentro de los demás principios que informan al sistema de contratación pública.

#### **2.4.2 El principio de trato justo.**

Entiendo que se quiere significar un trato no discriminatorio. En tal sentido nótese que, la misma norma impone el tema de participación nacional, esto es se debe siempre lograr la participación nacional, con lo que se estaría siempre discriminando a la participación extranjera. Hay que tener presente que lo justo es lo incluyente y no lo que excluye por cualquier motivo, raza, sexo, ideología, edad, idioma, etc., esto tanto más que, nuestro código político es muy claro y radical en este tema cuando prescribe en su artículo 11 número 2, segundo inciso que:

*“Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-*

*económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación.”*

Esta norma se debe apreciar en su contexto, puesto que, nuestra Ley Fundamental, en varios artículos contiene regulaciones que, constriñen a un trato recíproco con los demás estados y sobre todo transparente, para evitar conflicto entre estados, cuestión que está señalada en el artículo 416, número 12 de dicho cuerpo normativo.

### **2.4.3 Concurrencia. Igualdad. Competencia.**

Como vimos en líneas arriba, en el contrato administrativo, se marca por su propia naturaleza, rangos de gran desigualdad entre las partes, lo que si existe de suyo, es la igualdad de condiciones y oportunidades para los interesados y oferentes, esto a partir de la igualdad de todos los ciudadanos ante la normativa vigente, puesto que a él se avocan los ciudadanos luego de la invitación o convocatoria, teniendo las cuestiones con claridad y transparencia, a los efectos de poder concursar en igualdad de circunstancias, tal como lo señala nuestra Carta Fundamental, a partir del artículo 11 número 2, que para un mejor análisis me permito transcribir:

*Art. 11.-El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:*

*2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades.*

*Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación.*

*El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad.*

En este artículo el constituyente, es por demás descriptivo, a los efectos de que el síndrome de la discriminación desaparezca en todos los aspectos, el acceso libre a la contratación con el Estado, es un derecho inmanente de todo ciudadano, sin embargo de lo dicho, a pesar de todos los esfuerzos que muchos de los servidores públicos realizan con vehemencia, no falta quién atenta en contra de las buenas prácticas administrativas y derrumba la institucionalidad pública.

La igualdad tiene que ver con la participación competitiva, en la que se medirá como insisto la capacidad, inteligencia de cada uno de los oferentes, interesados o proponentes, para el logro de la consecución de los objetivos y propósitos públicos.

A lo dicho he de agregar que de conformidad con la LOSNCP, en algunos casos, se da prioridad a oferentes o contratistas medianos o pequeños, cuestión que puede llevar a disfrazar el real propósito de la Ley, que era el que los contratistas todos sean iguales entre iguales.

La concurrencia, en ocasiones se ve frustrada o por la falta de publicidad o en ocasiones cuando se trata de contrataciones por catálogo, en cuyo caso sólo quienes desde el momento en el que se pone en el portal pueden hacerlo, sobre todo en contrataciones concretas y determinadas de un producto cuyas condiciones, cantidad y plazo estén al alcance del proveedor. El principio de concurrencia tiene que ir ligado a la al de libre competencia, en igualdad de condiciones, de tal suerte que el mercado no se distorsione, la Ley de Competencias, deberá entrar con fuerza a regular este tipo situaciones que al final resultan perjudicando a la Administración Pública. Por lo dicho en esta materia, los tres principios han de juntarse a la hora de valorar cualquier oferta

#### **2.4.4 Transparencia. Participación Nacional. Publicidad y Difusión. Debida reserva.**

En lo que tiene que ver el resto de principios, como transparencia, participación nacional, estimo que su estudio debe mirarse de

manera unívoca con el principio de publicidad y difusión, así como con la debida reserva.

Si La Administración Pública desea que los ciudadanos confíen en sus procedimientos, deben ser lo más nítidos, diáfanos y con información de todos los ciudadanos, solo allí se podrá llegar a niveles altos de participación, las fuentes informáticas deberán ser amigables y poseer capacidad suficiente para el logro de sus propósitos. Las páginas WWWeb, deben gozar de la suficiente amplitud y contar con todos los mecanismos, capaz de que el más neófito en su uso pueda acceder y comprender el manejo de la misma. De otra parte, no es menos cierto que la información, datos, instrumentos y demás deben proporcionarse a todos los interesados al mismo tiempo y no antelar información a nadie bajo ningún concepto, por eso los funcionarios encargados de este tipo de procesos, deben guardar la reserva del caso. Por eso es que, con las salvedades que la Ley de Transparencia y Control de Acceso a la Información establece, se debe enseñar toda la información posible y no otorgar tan solo aquella que la racionalidad indique.

## CAPITULO II

**CLASES DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS EN EL ECUADOR. Generalidades. Formas de Contratación. Contratos propios: ejecución de obra; adquisición de bienes; de bienes muebles, suministros; de bienes inmuebles; breve referencia a la expropiación y a la utilidad pública; la consultoría; arrendamiento; y, arrendamiento mercantil con opción de compra. Contratos impropios: la concesión; breve relación de sus clases, características y elementos.**

### **1. Generalidades.**

De manera general, los contratos estatales suelen denominarse contratos de la administración, que se vincula con los dos tipos o tipologías de contrato, de acuerdo a su naturaleza, conforme vimos líneas arriba, esto es los que se rigen por el derecho civil y los que se regulan por el derecho administrativo, siendo que a los que se regulan por el derecho administrativo, se les conoce propiamente como con tratos administrativos y es lo que da nacimiento a lo que de modo frecuente llamamos contratación pública o contratación administrativa, como bien señalan Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, en su ya célebre obra de Derecho Administrativo<sup>22</sup>:

*“Entramos a continuación en el estudio de los dos tipos contractuales de la administración que hemos tipificado en primer término en el apartado anterior, los llamados contratos administrativos y los contratos privados de la Administración. Con uno y otro, como ya hemos advertido, la Administración actúa en el mercado de bienes y servicios, intercambiando prestaciones con los administrados y con*

---

<sup>22</sup> Eduardo García de Enterría y Tomás – Ramón Fernández. Curso de Derecho Administrativo. Tomo I. Duodécima edición. Págs. 688-689. Editorial Thomson Civitas. Madrid España. 2004.



*empresas especializadas. Pero la primera cuestión a examinar es el porqué de esta distinción de las dos figuras contractuales diversas, lo cual remite a considerar el sentido de la categoría “contrato administrativo” como distinta y singular respecto a la utilización por la Administración de los esquemas contractuales comunes, regulados por el Derecho Civil”*

Esta cuestión, como hemos visto a lo largo de este estudio, es una situación más bien beligerante, no todos los autores hacen la distinción arriba propuesta y mantienen que en base de la personalidad jurídica única del Estado y de que, la Administración Pública, es un sujeto de Derecho Público Administrativo, esta materia debe tener por nombre contrato de la administración, así veamos lo que nos dice autor argentino Roberto Dromi<sup>23</sup>:

*“Nosotros los denominamos indistintamente, contratos administrativos o contratos de la administración, pues no compartimos la distinción entre contrato administrativo y contrato privado o civil de la administración, en mérito a que el Estado posee una personalidad única y se rige fundamentalmente por el Derecho público.”*

Como siempre anoto, los contratos, también se los puede referir con otros parámetros de clasificación, podemos señalar que son nominados, son los que su objeto le atribuye un nombre, así el contrato de suministros, el de obra pública, el de servicios, el de arrendamiento, la consultoría, etc. A raíz de este tema ha surgido la reflexión de si los contratos tienen un nombre a partir de su objeto, de las obligaciones que producen o del fin que persiguen.

---

<sup>23</sup> Roberto Dromi. Derecho Administrativo. Editorial de Ciencia y Cultura Ciudad Argentina. Buenos Aires Argentina. Pg. 469.2006

Respecto del tema obligacional, de antaño se señala que, los contratos, son fuentes de obligaciones y así recoge nuestra legislación, en el artículo 1453 de nuestro Código Civil:

***“Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia.”*** (El resaltado es mío).

En esta doctrina es la que ha optado nuestro país y a la que nos suscribimos, pues no podemos desconocer la tradición romanística que encierra nuestro derecho público y de la que por ende nace, al respecto de modo brillante el estudioso español, Francisco García Gómez de Mercado, en la Revista Española de Derecho Administrativo, haciendo alusión a la jurisprudencia de su país refiere:

*“En nuestro Derecho, siguiendo el Derecho francés, la figura del contrato del Estado nace superponiendo el contrato administrativo al esquema propio del contrato civil. Por ello, la jurisprudencia estima que los contratos públicos y privados tienen una "común plataforma sustentadora, constituida por la elaboración iuscivilística del contrato" (STS de 11 de mayo de 1982, Ar. 2566, y 7 de noviembre de 1983, Ar. 5959), de suerte que "la contratación administrativa no es otra cosa que una especialidad típicamente superpuesta y sistemática ligada a los principios informantes del régimen general de los contratos establecidos en el Código Civil" (STS de 10 de octubre de 1979, Ar. 3447); habiendo declarado también que "el contrato administrativo no es una figura*

*radicalmente distinta del contrato privado pues responde claramente a un esquema contractual común elaborado por el Derecho civil y ello justamente permite invocar con carácter supletorio la doctrina establecida en el Código Civil"(STS de 18 de abril, 28 de mayo, 30 de septiembre y 20 de diciembre de 1988, Ar. 3089, 3972, 7284 y 10046)."*

En este orden de cosas, hemos de entender que, el contrato administrativo, es sin lugar fuente de obligaciones, siendo que conforme las mismas es posible determinar el nombre del contrato. En esa visión, entonces podemos encontrar, contratos con obligaciones de dar, hacer o no hacer. De otra parte, es menester señalar que, los que conllevan obligaciones de hacer, son en general los de ejecución de obra, comúnmente denominado contrato de obra pública, los de hacer también están compadecidos con los concesionales, prestación de servicios, en tanto que los de suministros son esencialmente aquellos que hacen referencia obligaciones de dar, cuestiones jurídicas que devienen del derecho civil, cuyo origen, como lo señalamos líneas arriba es Románico, para una mayor inteligencia de lo dicho, transcribo el artículo

***“Art. 1454.- Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas.”***

Roberto Dromi, más bien se inclina por señalar como tipología de los contratos, sea como fuere, a través del nombre del contrato, de manera breve, se puede confluir al tipo de obligaciones que del mismo se deriva y que tiene por objeto su contenido, claro está que más que a las palabras escritas de las partes, se debe estar a su intencionalidad, teniendo presente el viejo aforismo jurídico que señala que las cosas son lo que son y no lo que se dice que son; para estar más claros en el concepto, a la interpretación del

tipo de contrato, se debe reflexionar y analizar su contenido obligacional, esto es su objeto, así por ejemplo, bien el título del contrato puede decir contrato de arriendo, pero el contenido obligacional puede señalar que se trata de una compra venta y las partes haber realmente acordado una compra-venta.

Para concluir este breve análisis, voy a tratar en lo posible de hacer un listado de los contratos que tienen nombre:

**1. Contratos propios o nominados;**

**1.1 ejecución de obra;**

**1.2 adquisición de bienes;**

**1.2.1 de bienes muebles, suministros; y,**

**1.2.2 de bienes inmuebles;**

**1.2.2.1 breve referencia a la expropiación y a la utilidad pública;**

**1.3 prestación de servicios;**

**1.3.1 Consultoría; y,**

**1.3.2 Servicio Público;**

**1.4 arrendamiento; y,**

**1.5 arrendamiento mercantil con opción de compra.**

**2. Contratos improprios**

**2.1 la concesión;**

**2.1.1 breve relación de sus clases, características y elementos.**

- a. Empréstito;
- b. Fideicomiso; y,
- c. Aleatorios.

De este recorrido, varios de estos contratos tienen su propia norma, como el de servicios públicos, regulados a través de las normas del derecho administrativo, como la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa, Homologación y Unificación de las Remuneraciones de los Servidores del Sector Público, o La Ley de Personal de Las Fuerzas Armadas, La Ley de Servicio Exterior, entre otras. También el contrato aleatorio de seguro social, tiene su propia norma y al parecer las loterías también van a estar reguladas por norma legal, por lo que el principio de legalidad se resguarda y cuida para el beneficio ciudadano.

### **Los contratos administrativos innominados.**

Me atrevo a señalar que a partir del principio de legalidad, que informa la materia de contratación administrativa, en el Derecho Público no deberían existir contratos innominados, aunque contrario sensu, en algún momento podría ser el caso, como por ejemplo el famoso convenio de pago, que surge como fórmula de solución para sanear obligaciones pendientes del Estado, con apego a lo prescrito en el artículo 66, números 16 y 17 del Código Político<sup>24</sup>, el artículo 57 de La Ley Orgánica de Administración Financiera y Control<sup>25</sup>. En mi criterio este tipo de obligaciones que surgen de las partes, tienen amparo de Ley, no existe una Ley precisa para este tipo de relación jurídica y se suscribe convenio de pago a la conclusión de cualesquier relación contractual, atípica, cuyo objeto ya está concluido y hasta recibido y

---

<sup>24</sup> **Art. 66.-** Se reconoce y garantizará a las personas:

16. El derecho a la libertad de contratación.

17. El derecho a la libertad de trabajo. Nadie será obligado a realizar un trabajo gratuito o forzoso, salvo los casos que determine la ley.

<sup>25</sup> **Art. 57.-** Obligaciones.- La obligación se genera y produce afectación presupuestaria definitiva en los siguientes casos:

1. Cuando se reciban de terceros obras, bienes o servicios adquiridos por autoridad competente, mediante acto administrativo válido, haya habido o no compromiso previo; y

2. Cuando ineludiblemente deban realizarse pagos sin contraprestación, de acuerdo con lo que dispongan las normas técnicas de presupuesto que dicte el Ministro de Finanzas.

La Administración Pública para concluir dicha relación, procede al pago, con lo que se extinguen las obligaciones que han surgido entre las partes.

Casi situación similar sucede con la concesión, de modo general no tiene nominación concreta, sino cuando se concreta, en una obra, o en un servicio, o en la licencia de explotación. En sí lo nominado, es algo que cabe cuando hay nominación propia del contrato, con prescindencia de que esté sometido o no a una norma específica.

### **FORMAS DE CONTRATACIÓN EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA**

Me parece interesante, en el presente trabajo investigativo, indicar los parangones que se presentan entre la anterior Codificación a la Ley de Contratación Pública, que preveía tres tipos de procedimientos precontractuales, a saber: los procedimientos comunes, los exencionados de los comunes y los procedimientos especiales y la actual Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Cuestión que deja explicitado los modos y formas de contratación esencialmente diseñados por la novel Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

En este sentido, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, mantiene esta distinción de procedimientos, cuando en el artículo 2 establece lo que da en llamar el “Régimen Especial”, que se encontraba regulado en el artículo 6 de la Codificación de la Ley de Contratación Pública, lo que será tratado en los siguientes acápites del presente trabajo.

Debemos, entonces, comparar la situación de los procedimientos precontractuales comunes regulados en el Título III de la derogada Codificación a la Ley de Contratación Pública, a saber: la Licitación y el Concurso Público de Ofertas; en este sentido, el Título III “De los

Procedimientos” de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en el Capítulo III, regula la Licitación, sin embargo, incorpora dentro de los procedimientos comunes a más de la licitación y concurso público, a la cotización, compras por catálogo, compras corporativas, subasta inversa y contratación de consultoría, con las diferencias que analizaremos más adelante.

De guisa que, los procedimientos comunes que siempre han existido y hoy los recoge la nueva ley son la licitación, cotización, menor cuantía e ínfima cuantía, con la diferencia importantísima que en su aplicación se utilizan herramientas informáticas.

Las compras por catálogo y subasta inversa denomina la LOSNCP como: “procedimientos dinámicos” regulados dentro de las disposiciones comunes de los procedimientos precontractuales.

Las compras de menor cuantía, se encuentran reguladas en la LOSNCP de manera directa, en el artículo 49 del mismo con relación a la cotización y menor cuantía, unificando los procedimientos en todas las entidades reguladas por la misma de conformidad con el artículo 1 de la norma, que en general recoge a todas las instituciones que conforman La Administración Pública, mal denominado hasta constitucionalmente como sector público ecuatoriano o manejan fondos y recursos públicos. En tal virtud, para la LOSNCP desaparecen los procedimientos de menor cuantía, que eran regulados de conformidad con la reglamentación interna de cada entidad, como disponía el artículo 4 de la anterior Codificación de la Ley de Contratación Pública, normas que generaban una dispersión normativa y falta de uniformidad en los procedimientos precontractuales menores en todas las instituciones públicas.

Finalmente, en esta instrucción debemos referirnos a los procedimientos especiales, que se encontraban regulados por el Título IV de la anterior Codificación de la Ley de Contratación Pública, que disponía procedimientos especiales para la adquisición de bienes inmuebles, arrendamiento de bienes inmuebles de propiedad de la entidad pública, arrendamiento de bienes inmuebles de propiedad de los administrados; y, los procedimientos financiados con préstamos de los organismos multilaterales de crédito; sin embargo, también incorpora otro tipo de procedimientos especiales, como la contratación integral por precio fijo en contrato de obra.

Una vez que hemos abordado, de forma sucinta, la comparación de los diferentes procedimientos precontractuales, debemos proceder al análisis de cada uno de ellos, lo que tratamos en las líneas siguientes.

### **Procedimientos comunes.**

Como hemos dejado anotado, los procedimientos comunes de la anterior Codificación a la Ley de Contratación Pública, se mantienen en la LOSNCP, esto es, la Licitación y Concurso Público de Ofertas.

### **Licitación.-**

En cuanto a la licitación, la letra a) del artículo 4, de la anterior Codificación de la Ley de Contratación Pública dispone que este procedimiento de la contratación supera el valor que resulta de multiplicar el coeficiente de 0,00004 por el monto del presupuesto inicial del Estado (actualmente US\$414,304.00); al respecto, el artículo 47 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública establece que la licitación procederá solamente en los siguientes casos:



1. Si no fuere posible aplicar los procedimientos dinámicos previstos en el capítulo II de la Ley,
2. Si estos procedimientos hubieran sido declarados desiertos, siempre que la cuantía sobrepase el valor correspondiente a multiplicar el coeficiente del 0.00002 por el monto del presupuesto general del Estado del correspondiente ejercicio económico, podemos señalar que este coeficiente está en la derogada Codificación a la Ley de Contratación Pública, determinado para el concurso público de ofertas, según el literal b) del artículo 4 de la norma actual codificada (US\$207,152.00);
3. Asimismo, procede la licitación, para contratar bienes o servicios no normalizados, exceptuando los de consultoría, cuya cuantía sobrepase el valor correspondiente a multiplicar el coeficiente del 0.00002 por el monto del presupuesto general del Estado del correspondiente ejercicio económico; y,
4. Finalmente, procede la licitación para contratar la ejecución de obras cuya cuantía sobrepase el valor que resulta de multiplicar el coeficiente de 0,00004 por el monto del presupuesto inicial del Estado.

En conclusión, la diferencia fundamental que se evidencia del procedimiento establecido en la legislación vigente, se encuentra en que la licitación en la anterior se concentra más en el presupuesto referencial más que en el objeto mismo del contrato, como privilegia la Ley Orgánica; así como, ley privilegia la eficiencia administrativa en cuanto da prioridad al desarrollo de los procedimientos dinámicos, lo que a nuestro parecer podría ser un factor de riesgo en las contrataciones a ser desarrolladas, sin embargo sería una herramienta que permita en teoría desarrollar una contratación más eficiente, que involucra la garantía del principio de oportunidad en el desarrollo de los procesos.

## **Concurso Público de Ofertas**

Con relación a este procedimiento común, la letra b) del artículo 4 de la anterior Codificación de la Ley de Contratación Pública, disponía que se aplicará el procedimiento de concurso público de ofertas a aquellas contrataciones de ejecución de obras, prestación de servicios y adquisición de bienes cuyo monto supere el valor que resulte de multiplicar el coeficiente del 0.00002 por el monto del presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico; en este sentido, debemos anotar que el número 3 del artículo 39 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública –LOSNCP-, en cuanto a los montos y tipos de contratación de consultoría, establece que cuando el monto estimado del contrato sea igual o superior al valor que resulte de multiplicar el coeficiente de 0.00002 por el monto del presupuesto inicial del Estado; por lo que este procedimiento común se mantiene en el proyecto de Ley de nuestro análisis, pero para la contratación de consultoría.

Sin embargo de lo anteriormente anotado, debe destacarse, de manera muy breve, que la Ley actual prevé otros procedimientos comunes como es el caso de: los Procedimientos Dinámicos de Compras por Catálogo y Subasta Inversa y la Contratación de Consultoría, lo que abordamos a continuación:

## **Los Procedimientos Dinámicos**

Como la Ley establece la existencia del Instituto Nacional de Contratación Pública, como ente regulador cuya existencia concordamos y aplaudimos, efectuará procesos de selección de proveedores y dictará las normas del

marco regulatorio, que permitan el desarrollo de las normas del proyecto, vemos que desaparecerá el registro de proveedores y contratistas de cada entidad, propendiendo a una uniformidad del procedimiento de registro, con este antecedente se establecen dos procedimientos que son novedosos y no constan en la legislación actual, estos son:

### **Compras por Catálogo**

Son aquellos procesos que se desarrollan para la adquisición de bienes y servicios normalizados, es decir, aquellos cuyas características o especificaciones técnicas se hallen homologados y catalogados de conformidad con el número 1 del artículo 6 de la LOSNCP, este tipo de contrataciones son reguladas por los convenios marco que son elaborados y aprobados por los Convenios Marco elaborados por el Instituto Nacional de Contratación Pública y de un registro o catálogo electrónico a cargo de dicho Instituto como ente regulador.

### **Subasta Inversa**

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 46 de la LOSNCP, este procedimiento precontractual se utiliza para el caso de que la entidad contratante requiera contratar bienes o servicios normalizados, descritos en el acápite anterior, que constan en el listado del Instituto Nacional de Contratación Pública, pero si los mismos no cuentan con el Convenio Marco del ente regulador, procede este medio en los cuales los proveedores pujan el precio ofertado, hacia la baja, en acto público o a través del portal de compras públicas, se adjudica el contrato al oferente que proponga el valor menor cumpliendo las especificaciones técnicas.

## **Las Compras Corporativas**

Este procedimiento se encuentra regulado por el artículo 28 de la Ley, es un novedoso procedimiento precontractual, por el cual se faculta que las entidades contratantes del sector público suscriben convenios interinstitucionales o interadministrativos, por medio del cual al contratar en grupo la ejecución de obras de interés común, adquisición de bienes o prestación de servicios, este tipo de contratos estaban previstos en la legislación ecuatoriana de contratación administrativa, pero no estaban regulada de manera específica este tipo de contrataciones que por el tenor de la norma pretende privilegiar la economía de escala.

## **La Contratación de Consultoría**

Este tipo de contratación de servicios profesionales especializados en la legislación anterior, tenían un tratamiento especial, estaban regulados por la Ley de Consultoría, Codificada, y el artículo 1 de la anterior Codificación de la Ley de Contratación Pública, que expresamente excluyó de sus regulaciones, que se aplican solamente de manera supletoria; en cambio, debe indicarse que el actual ley incorpora a las disposiciones de la LOSNCP a los contratos de consultoría determinando para este tipo de contratos los tres tipos de procedimientos precontractuales que estaban previstos en el artículo 12 de la anterior Codificación de la Ley de Consultoría, pero elevando sus montos, a saber:

1. La contratación directa (la anterior Ley previó para las contrataciones que no superen el valor que resulte de multiplicar el coeficiente de un 0,00001 por el presupuesto general del Estado, en cambio el artículo 39 de la actual prevé el coeficiente de 0,000003);

2. Asimila al concurso privado de consultoría que da en llamar “Contratación mediante lista corta” al que asigna el coeficiente de 0,00002, mientras que la letra b) del artículo 12 de la actual legislación asigna el coeficiente de 0,00004; y, la LOSNCP mantiene el concurso público de ofertas de la letra c) del artículo 12 de la anterior Ley de Consultoría, norma que establecía que el valor de la contratación debía superar el resultante del cálculo del coeficiente de 0,00004 por el monto del presupuesto general del Estado.

En este sentido, en esencia los procesos para la contratación de consultoría no se ven alterados, sin embargo, en el proyecto de ley se prevén otros coeficientes que deben ser multiplicados por el monto del presupuesto general del Estado del correspondiente ejercicio económico.

### **Contrataciones de Menor Cuantía**

El Capítulo IV de la Ley ha previsto procedimientos de cotización y contrataciones de menor cuantía, en este sentido, como antes dejamos anotado, el artículo 4 de la anterior Codificación de la Ley de Contratación Pública, dejaba al reglamento de cada entidad como el marco regulatorio que determinaba los requisitos de este tipo de contrataciones, sin importar el objeto de las mismas sino la cuantía como factor determinante del procedimiento; sin embargo, a más de ello, la Ley establece dos tipos de procedimientos con relación a este tipo de contrataciones que hacen relación a la cuantía y al objeto de la contratación, a saber:

### **Cotización**

De conformidad con el artículo 49 de la ley, este tipo de contrataciones se utiliza para:

1. Contratación de bienes y servicios no normalizados, exceptuando los de consultoría, cuya cuantía oscile entre 0,000003 y 0,000002 del presupuesto inicial del Estado, del correspondiente ejercicio económico; para las contrataciones de ejecución de obras, cuya cuantía oscile entre el 0,0001 y 0,00004 del Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico; y,
2. si fuera imposible aplicar los procedimientos dinámicos previstos en el Capítulo II del Título III de la LOSNCP, si estos hubieren sido declarados desiertos y siempre que la cuantía oscile entre 0,000003 y 0,00002 del Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico.

### **Contrataciones de Menor Cuantía**

El artículo 50 de la LOSNCP establece en este caso que las contrataciones de menor cuantía, podrán ser desarrolladas en los siguientes casos:

1. Las contrataciones de bienes y servicios no normalizados (aquellos cuyas especificaciones técnicas no se encuentren homologadas y catalogadas), exceptuando los de consultoría, cuya cuantía sea inferior al 0,000003 del Presupuesto Inicial del Estado, del correspondiente ejercicio económico;
2. Las contrataciones de obras, cuya cuantía sea inferior al 0,00001 del Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico; y,

3. Si fuere imposible aplicar los procedimientos dinámicos anteriormente analizados o en el caso de que aplicados estos procedimientos hubieren sido declarados como desiertos, siempre que la cuantía sea inferior al 0,000003 del Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico.

Cabe anotar que este tipo de procedimientos tienen que ser aprobados por la máxima autoridad, siguiendo el procedimiento y los modelos establecidos por la Reglamentación del Instituto Nacional de Contratación Pública, de conformidad con lo dispuesto por la LOSNCP.

Debe indicarse que la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública –LOSNCP- abarca todos estos procedimientos en el Título III, por lo que, para efectos del presente trabajo hemos optado por compararlos con los procesos precontractuales comunes regulados también en el Título III de la anterior Codificación de la Ley de Contratación Pública.

### **Procedimientos exencionados de los comunes**

Este tipo de procedimientos no se sujetan a las disposiciones de la de LOSNCP, sino a la reglamentación que dicte el Presidente de la República, entre este tipo de procedimientos tenemos:

1. Los de adquisición de fármacos para las entidades que presten servicios de salud incluido el IESS (actualmente no se someten a las disposiciones de la anterior Codificación de la Ley de Contratación Pública por disposición del artículo 2 de la misma);
2. Los calificados por el Presidente de la República para la seguridad interna y externa (actual literal c) del artículo 6 de la anterior

- Codificación de la Ley de Contratación Pública –CLCP-) se aumenta cuya ejecución corresponda a las Fuerzas Armadas o Policía Nacional;
3. Aquellos cuyo objeto sea la ejecución de actividades de comunicación social (actualmente no se sujetan a las disposiciones de la anterior CLCP por disposición del segundo inciso del artículo 2 de dicha norma);
  4. Las que tengan por objeto la prestación de servicios de patrocinio en el exterior (concordante con la disposición general cuarta de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado);
  5. Los que tengan por objeto el desarrollo de una obra artística o literaria o científica (antes regulados por la letra e) del artículo 6 de la anterior CLCP solo estaban exentos de los procedimientos comunes pero si se sujetaban a las disposiciones de la CLCP);
  6. La adquisición de repuestos y accesorios (letra h) del anterior artículo 6 de la CLCP) en esta excepción se incluye que procederá siempre y cuando los mismos no se encuentren en el Catálogo Electrónico del Sistema de Compras Públicas;
  7. Los de transporte de correo internacional y los de transporte interno de correo, que se rigen por los convenios internacionales (que constan regulados en la letra f) del artículo 6 de la anterior CLCP);
  8. Los que celebren el Estado con entidades del Sector Público, éstas entre sí, con las empresas de Derecho Privado cuyo capital pertenezca por lo menos en un 50% a entidades del sector público (letra k) del artículo 6 de la anterior CLCP prevé esta excepción a los procedimientos precontractuales comunes pero cuando las 2/3 partes del capital de las empresas pertenezcan a entidades del sector público o de derecho privado con finalidad social o pública), en esta excepción se prevén también los contratos que este capital social de las empresas también puede pertenecer a los Estados de la



Comunidad Internacional, lo que no estaba previsto en la letra k) anteriormente descrito.

9. Las contrataciones de emergencia están reguladas en la Sección II del artículo 56 de la LOSNCP, lo que se encontraba en la letra a) del artículo 6 de la CLCP.

10. Asimismo, la excepción de la letra b) del artículo 6 de la CLCP, sobre los contratos financiados con créditos de Gobierno a Gobierno o por los Organismos Multilaterales de Crédito, se encuentran regulados por el artículo 3 de la LOSNCP, en los mismos términos y condiciones que remiten los mismos a las disposiciones de los instrumentos internacionales suscritos para cada caso, en la actual legislación este tipo de contrataciones se encontraban regulados en el Capítulo III del Título IV de la CLCP como procedimientos especiales.

11. Adicionalmente, sobre este tipo de procedimientos debe indicarse que el número 9 del artículo 2 de la LOSNCP, prevé una excepción no contemplada en el artículo 6 de la anterior CLCP, es el caso de los contratos que celebren las instituciones del sistema financiero y de seguros, en los que el Estado o sus instituciones son accionistas únicos o mayoritarios; y, los que celebren las subsidiarias de las sociedades mercantiles de derecho privado en las que el Estado o sus instituciones tengan participación accionario o de capital superior al 50%, exclusivamente para proyectos específicos en sectores estratégicos definidos por el Ministro del Ramo.

12. Finalmente, debe indicarse que, el artículo 2 de la LOSNCP no recoge algunos procedimientos exencionados del artículo 6 de la anterior CLCP como: los de permuta de la letra d) del artículo 6 de la antigua

CLCP; los de adquisición de bienes que impliquen la utilización de marcas exclusivas de la letra j) del anterior artículo 6 CLCP; los cuales podrían desprenderse de las disposiciones generales que señalan, que no se admitan los procedimientos comunes anteriormente descritos para el caso de bienes no registrados en catálogos.

### **Los procedimientos especiales**

En cuanto a este tipo de procedimientos, debe indicarse que los mismos se encontraban regulados por el Título IV de la Codificación de la Ley de Contratación Pública –CLCP- y en el Capítulo V de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública –LOSNC-<sup>26</sup>, estableciendo entre ellos a:

#### **Adquisición de Bienes Inmuebles. La Declaratoria de Utilidad Pública. Breve referencia a la Expropiación.**

Este procedimiento se encuentra contemplado en la Sección II, artículo 58 de la LOSNC<sup>26</sup> y a continuación del artículo 36 de la anterior CLCP, en

---

<sup>26</sup> **Art. 58.-** Procedimiento.- 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 noventa (90) días.

Para este acuerdo, el precio se fijará, tanto para bienes ubicados en el sector urbano como en el sector rural, en función del avalúo realizado por la Dirección de Avalúos y Catastros de la Municipalidad en que se encuentren dichos bienes, que considerará los precios comerciales actualizados de la zona.

El precio que se convenga no podrá exceder del diez (10%) por ciento sobre dicho avalúo.

Se podrá impugnar el precio más 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

este procedimiento especial ambas normas guardan conformidad en cuanto al procedimiento de la declaratoria de utilidad pública; sin embargo, el artículo 58 de la ley expresamente prevé la posibilidad de recibir el precio a cuenta del precio final que fije el Juez, sin que en nada influya el precio fijado en la vía administrativa, dejando eso sí, la vía ordinaria para impugnar el precio mediante juicio de expropiación con apego a las normas del Código de Procedimiento Civil.

El artículo 58 de la LOSNCP que los títulos de transferencia de dominio en acuerdo del precio con la compraventa, permuta, donación, compensación de cuentas, etc.

### **La declaratoria de Utilidad Pública.**

Esta resolución administrativa, es emanada de la máxima autoridad de la entidad u organismo que está adquiriendo el bien, debe ser suficientemente motivada y al menos tener los requisitos exigidos por La Constitución<sup>27</sup>, La

---

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.

La adquisición de bienes inmuebles en el extranjero por parte del Estado o entidades del sector público ecuatoriano se someterá al Reglamento Especial que para el efecto se dicte.

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 esta Ley. Para su trámite se estará a lo dispuesto en el Reglamento de esta Ley.

<sup>27</sup> **Art. 323.-** Con el objeto de ejecutar planes de desarrollo social, manejo sustentable del ambiente y de bienestar colectivo, las instituciones del Estado, por razones de utilidad pública o interés social y nacional, podrán declarar la expropiación de bienes, previa justa valoración, indemnización y pago de conformidad con la ley.

Se prohíbe toda forma de confiscación

Ley y el Reglamento<sup>28</sup> y reunir los supuestos y requisitos que estas normas exigen, esto es:

1. Que satisfaga las necesidades públicas, a cuyo fin se destinará el inmueble declarado en utilidad pública;
2. Que el fin al que se va a destinar el bien, se encuentre dentro de aquellos que la norma jurídica atribuye a la entidad, y,
3. Que el avalúo, preceda a la declaratoria, igual que el pago e indemnización por la reparación del daño causado.

## **La Expropiación.**

### **Elementos.**

#### **El fin**

En mi concepto, a tono con las modernas corrientes del Derecho Público Administrativo, en el Ecuador, la expropiación más allá que partir del concepto de utilidad pública, interés general, satisfacción de las necesidades

---

<sup>28</sup>**Art. 62.-** Declaratoria de utilidad pública.- Salvo disposición legal en contrario, la declaratoria de utilidad pública o de interés social sobre bienes de propiedad privada será resuelta por la máxima autoridad de la entidad pública, con facultad legal para hacerlo, mediante acto motivado en el que constará en forma obligatoria la individualización del bien o bienes requeridos y los fines a los que se destinará. Se acompañará a la declaratoria el correspondiente certificado del registrador de la propiedad.

Las personas jurídicas de derecho privado sujetas a la Ley y a este Reglamento General como entes contratantes podrán negociar directamente la adquisición de inmuebles dentro de los parámetros establecidos en la ley. Si se requiriera una expropiación, deberán solicitarla a la autoridad pública del ramo correspondiente al que pertenezcan.

La resolución será inscrita en el Registro de la Propiedad del cantón en el que se encuentre ubicado el bien y se notificará al propietario. La inscripción de la declaratoria traerá como consecuencia que el registrador de la propiedad se abstenga de inscribir cualquier acto traslativo de dominio o gravamen, salvo el que sea a favor de la entidad que declare la utilidad pública.

**Art. 63.-** Avalúo.- La entidad contratante, una vez inscrita y notificada la declaratoria de utilidad pública, solicitará a la Dirección de Avalúos y Catastros del Municipio en el que se encuentre ubicado el inmueble, el avalúo del mismo, a efectos de determinar el valor a pagar y que servirá de base para buscar un acuerdo en los términos previstos en la ley.

En las municipalidades que no se cuente con la Dirección de Avalúos y Catastros, o a petición de esa entidad, el avalúo lo podrá efectuar la Dirección Nacional de Avalúos y Catastros, para el efecto se podrá suscribir un convenio de cooperación interinstitucional. Asimismo, la Dirección Nacional de Avalúos y Catastros realizará el avalúo si es que habiendo sido requerido el Municipio no efectuare y entregare el avalúo en el plazo de treinta días de presentada la petición.

colectivas o el bien común, para la plena aplicación de la Constitución actual, debe partir del concepto del buen vivir, esto es, para cumplir con estos objetivos de Estado, es que aplica la expropiación.

Así se debe leer el artículo 376 del Código Político<sup>29</sup> que dota a las Municipalidades de esta potestad, esto es la Potestad Expropiatoria. Nótese que, la expropiación en el caso presente defiende el derecho a la vivienda, al hábitat y a la conservación el ambiente, esto es al buen vivir, cuestión que consta en el texto de la constitución de modo reiterativo, esencialmente en lo que se refiere a hacer efectiva la realización de los derechos, como la salud, la educación, la alimentación, el medio ambiente, el agua, etc.

Es claro que cuando se expropia, el valor de dicho inmueble debe ser resarcido a su anterior propietario, pues no pagar el justo precio, esto es el valor comercial, equivaldría a confiscar el mismo, y debe entenderse que la expropiación es una figura jurídica, en la que el poder se encuentra juridizado, esto es tiene los límites que la norma manda y por tanto, el respeto al derecho de los demás que en ningún caso puede verse afectado.

De otra parte es importante y radical en mi visión que, se tenga presente que si bien el propietario del bien lo obtuvo con título legítimo, no es menos cierto que la propiedad ha de observar la visión social y sus contenidos han de estar sujetos a la posibilidad cierta de que todos puedan acceder a los beneficios que las misma otorga en situación de productividad y competitividad, la expropiación por tanto debe servir para el buen vivir de los hombres y no para que ellos vivan mal.

---

<sup>29</sup> **Art. 376.**- Para hacer efectivo el derecho a la vivienda, al hábitat y a la conservación del ambiente, las municipalidades podrán expropiar, reservar y controlar áreas para el desarrollo futuro, de acuerdo con la ley. Se prohíbe la obtención de beneficios a partir de prácticas especulativas sobre el uso del suelo, en particular por el cambio de uso, de rústico a urbano o de público a privado.

Por eso entiendo que a la expropiación de inmuebles productivos, grandes haciendas, debe preceder el correspondiente estudio socio económico y sólo cuando se justifique de modo real y suficiente el carácter ocioso de la tierra, proceder con la expropiación, de lo contrario aquello no es bueno para el desarrollo de las políticas del buen vivir.

### **Los sujetos**

Igual que en los demás contratos, este es uno de compra-venta forzosa, en el que no interviene casi para nada la voluntad del propietario del bien, intervienen dos parte, al una La Administración Pública y la otra el particular.

### **El objeto.**

Como se entenderá son aptos de expropiación, los objetos que tengan dueño y siempre que aquellos sean susceptibles de valoración, por tanto se entiende no son expropiables los derechos inmanentes al ser humano, como la vida, la libertad, etc.

### **La indemnización.**

Como referimos líneas arriba, es el justo precio del bien más la reparación al daño causado, en el que debe estar incluido al menos el daño emergente, el que conllevará el pago objetivo de la cosa, esto es el valor integral de la misma, se entiende que en la expropiación no se pagará valores afectivos, así como tampoco se incluirán los referidos al lucro cesante.

### **Las controversias.**

A la actualidad la resolución, o acto administrativo expropiatorio, es materia de recurso subjetivo, pudiendo ser también de interposición de inconstitucionalidad de acto administrativo de efectos generales, cuando el acto afecte a varias personas, todo con acuerdo a las normas antes vistas; sin embargo, en lo referido al precio, siempre se remite a jueces comunes u ordinarios, siendo que esta materia debe ser tratada por jueces y jurisdicción especializada como la contencioso administrativa.

Por estas razones estimo esta materia que también es contractual, debe estar incluida en su integralidad dentro de la norma que aplica la contratación pública.

### **Arrendamiento de Bienes Inmuebles**

Este procedimiento especial también constaba tanto en el Capítulo II del Título IV, artículo 37 de la anterior CLCP y en la Sección III del Capítulo V, artículo 59 de la LOSNCP, en este tema la legislación anterior hace una diferenciación del arrendamiento de bienes inmuebles de propiedad del Estado y Entidades Públicas y el arrendamiento de bienes inmuebles de propiedad de los particulares, mientras que la legislación actual regula estas dos subespecies de contrataciones de arrendamiento, la ley remite su regulación al Reglamento General a dicha Ley Orgánica.

### **Contratos Financiados con Préstamos Internacionales**

La CLCP en el Capítulo III del Título IV, artículo 53 regula a la contratación con financiamiento proveniente de préstamos internacionales, a más de un procedimiento exencionado de los comunes del artículo 6 de la CLCP, como un procedimiento especial de contratación, mientras que en la LOSNCP les otorga en el artículo 3 un tratamiento más sucinto, que no especifica que en

este tipo de procedimientos podrán participar empresas nacionales y del Gobierno que otorga el crédito, la necesidad de asociación con empresas nacionales, por lo menos en el doble de la contraparte nacional, en la ejecución de obras de gobierno a gobierno y los que realicen con crédito directo o del proveedor, etc.

Debe indicarse que la LOSNCP prevé otro procedimiento especial que no se encontraba descrito en la CLCP, como es el caso de la Contratación Integral pro Precio Fijo.

### **Contratación Integral por Precio Fijo**

El artículo 53 de la LOSNCP dispone que se pueda contratar la ejecución de obra, mediante resolución cumpliendo los siguientes requisitos:

1. Si del análisis previo a la resolución se obtiene que este procedimiento es más ventajoso respecto de la contratación de precios unitarios;
2. Si se trata de proyectos de infraestructura que resulte evidente el beneficio de consolidar en un solo contratista todos los servicios de ingeniería, provisión de equipo, construcción y puesta en operación;
3. Si la cuantía de la contratación sobrepasa el 0,1% del monto del Presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico; y, que la entidad cuente con estudios completos, definitivos y actualizados.

El procedimiento previsto por la LOSNCP para este tipo de contratación es el de licitación. La inclusión expresa de este tipo de procedimiento precontractual nos parece muy adecuado, puesto que se le otorga regulación específica a las contrataciones denominadas en la doctrina de



Derecho Administrativo como “suma alzada”; que se encuentran perfectamente reguladas en la legislación comparada, entre ella la chilena, colombiana y peruana; y que, era un vacío normativo en nuestra legislación que ocasionaba una serie de problemas; ya que la previsión de la antigua Codificación de la Ley de Contratación Pública –CLCP- estaba dirigida a una contratación eminentemente basada en el sistema de precios unitarios que en muchas ocasiones encarecía el proyecto.

De esta forma dejamos formulado este pequeño análisis comparativo de los procedimientos precontractuales de la anterior Codificación de la Ley de Contratación Pública vigente -CLCP- frente a los procedimientos previstos por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública – LOSNCP-; debo indicar que, por la extensión propuesta para la presente obra, la misma no pretende agotar de forma alguna el análisis de cada uno de los procedimientos precontractuales, sino proporcionar una información ilustrativa y didáctica sobre el contenido más relevante de los mismos, este análisis, nos permite de un modo general adentrarnos al conocimiento de cada tipo de contrato, sin mayor detenimiento.

## **Contrato de Obra Pública**

### **Generalidades. Concepto.**

Este tipo de contratos, devienen de modo general de un proceso precontractual, con excepción de aquellos cuyo presupuesto referencial es mínimo y se los puede hacer como vimos en líneas anteriores, mediante cotización directa.

Este es el contrato típico sin lugar a dudas, que sirve para que la Administración Pública, cuente con obras de infraestructura en todos los órdenes, para el mejor cumplimiento de los servicios y prestaciones que debe brindar a la población toda. La construcción o jurídicamente la ejecución de una obra, es un quehacer artificial, realizado por la inteligencia, destreza y la mano humana, que debe tener a los efectos públicos, el sometimiento a la Ley; de guisa que, el contrato de obra pública no es sino aquel que tiene por efecto o resultado la construcción de una obra pública.

En palabras de Roberto Dromi, autor que de modo esencial, seguiremos en este capítulo, conceptualiza de la siguiente forma al contrato de obra pública:

*“Es un procedimiento mediante el cual el Estado, o entidades públicas no estatales, indirectamente, a través de terceros, llevan a cabo la mencionada obra”*

Pasaremos ahora a revisar los distintos elementos de este contrato, que de modo amplio y general, fueron analizados en el capítulo precedente.

### **Elementos.**

#### **Los sujetos.**

En el contrato de obra pública, encontramos como sujeto esencial, a La Administración Pública, dentro del contexto conceptualizado en el artículo 225 del Código Político, esto es, en mi criterio no solo el Ejecutivo, a través de sus distintas instancias puede realizar obra pública, sino que además contrata la misma, el legislativo, el judicial, el electoral, la función de transparencia y control social con sus organismos, los gobiernos autónomos

descentralizados, las sociedades y empresas públicas, las entidades creadas por La Constitución o la Ley para el ejercicio de una potestad Estatal. De tal suerte le hemos vistos hacer el contrato para la reconstrucción de su propio edificio a la ahora denominada Asamblea Nacional, o a los Consejos Provinciales o Municipales, en la construcción de carreteras, puentes, plazas, avenidas, propias de sus actividades, todas estas entidades hacen obra pública, desde luego sujetándose a los márgenes que la norma impone.

El cocontratante, casi siempre es un tercero, aunque en ocasiones puede realizar la misma Administración Pública, por administración directa o por la participación de otro ente de misma administración, como es el caso del Cuerpo de Ingenieros del Ejército. Al respecto, debe mirarse la LOSNCP en el ya comentado artículo 2 número 8.

### **Su importancia.**

A la inteligencia pública, no se le escapa a través de la simple observación cotidiana que, la obra pública y por tanto la construcción es un generador incesante de la economía en nuestro país, a tal punto que estará dentro de las actividades económicas que genera el mayor número de plazas de trabajo, baste mirar todos los sectores que alrededor de esta industria se mueve, debe considerarse la generación de la materia prima, los componentes de la edificación, todos sus rubros, en el caso del mobiliario, materiales de la construcción, etc. el sector bancario y financiero nacional, la seguridad social, etc. es tan gravitante esta actividad, que en muchas economías, ha resultado un mecanismo eficaz para la estabilización económica de los estados, por eso es que yo propugno que la obra pública no debe ser realizada aleatoriamente, sino mirando la proyección geopolítica de los distintos sectores tanto geográficos como poblacionales de los

estados, por tanto La Administración Pública debe partir de una planificación bien concebida y no que los estudios se vayan realizando a la par que la obra avanza, otra cosa es que la programación sea flexible y permita cierto tipo de adecuaciones. Los presupuestos deben ser previamente concebidos, a los efectos que a la hora de la ejecución de la obra ésta no se quede inconclusa, por tanto la planificación, los estudios de prefactibilidad, los diseños, planos, especificaciones generales y técnicas y presupuestos, deben ser cumplidos a cabalidad, para dar paso y cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 23 de la LOSNCP.

Los diseños, estudios y demás elementos técnicos de obra deben estar listos previa a la invitación o convocatoria, si no se tienen los mismos totalmente aptos y concluidos, no se puede iniciar siquiera el proceso contractual, con la aprobación de pliegos por parte de la entidad, de tal suerte que los mismos deben convertirse en *requisito sine qua non*, en todo concurso, de otra manera la obra pública se puede desquiciar y en lugar de resultar un elemento para el desarrollo, puede terminar dejando atrás el avance y el progreso del Estado.

De otra parte, si se pone principios esenciales dentro de los textos normativos, se los debe cumplir, en mi modo de ver la contratación ecuatoriana, no cumple con ese compromiso, puesto que si se miran las carreteras, puentes, vías, plazas, edificaciones, hospitales, no se maneja en sus diseños y ejecución constructiva los adelantos tecnológicos que la modernidad nos provee, solo por ejemplificar, el sistema vial ecuatoriano, en su construcción y ampliación no observa peraltes, no hay una sola rectificación y casi casi, los puentes se hace a borde de río, con lo que la demora en trasladarse de un lugar a otro es la misma.

### **El derecho aplicable**

A la obra pública, por su propia trascendencia, más allá de la finalidad que persigue, le aplica el Derecho Público Administrativo, aunque supletoriamente el derecho privado tiene su importancia. En nuestro caso, La Carta Magna, hace referencias de modo directo o indirecto y por tanto tangencial a la obra pública y su sistema de contratación, que por la importancia y jerarquía de la norma aludida, creo necesario reflexionar sobre el alcance de las mismas:

*Art. 113.- No podrán ser candidatas o candidatos de elección popular:*

- 1. Quienes al inscribir su candidatura tengan contrato con el Estado, como personas naturales o como representantes o apoderados de personas jurídicas, siempre que el contrato se haya celebrado para la ejecución de obra pública, prestación de servicio público o explotación de recursos naturales. [...]*

*Art. 152.- No podrán ser ministras o ministros de Estado:*

*[...]*

- 2. Las personas naturales, propietarias, miembros del directorio, representantes o apoderadas de personas jurídicas privadas, nacionales o extranjeras, que mantengan contrato con el Estado para la ejecución de obras públicas, prestación de servicios públicos o explotación de recursos naturales, mediante concesión, asociación o cualquier otra modalidad contractual.*

*Art. 153.- Quienes hayan ejercido la titularidad de los ministerios de Estado y las servidoras y servidores públicos de nivel jerárquico superior definidos por la ley, una vez hayan cesado en su cargo y*

*durante los siguientes dos años, no podrán formar parte del directorio o del equipo de dirección, o ser representantes legales o ejercer la procuración de personas jurídicas privadas, nacionales o extranjeras, que celebren contrato con el Estado, bien sea para la ejecución de obras públicas, prestación de servicios públicos o explotación de recursos naturales, mediante concesión, asociación o cualquier otra modalidad contractual, ni ser funcionarias o funcionarios de instituciones financieras internacionales acreedoras del país.*

*Art. 262.- Los gobiernos regionales autónomos tendrán las siguientes competencias exclusivas, sin perjuicio de las otras que determine la ley que regule el sistema nacional de competencias:*

- 1. Planificar el desarrollo regional y formular los correspondientes planes de ordenamiento territorial, de manera articulada con la planificación nacional, provincial, cantonal y parroquial.*
- 2. Gestionar el ordenamiento de cuencas hidrográficas y propiciar la creación de consejos de cuenca, de acuerdo con la ley.*
- 3. Planificar, regular y controlar el tránsito y el transporte regional y el cantonal en tanto no lo asuman las municipalidades.*
- 4. Planificar, construir y mantener el sistema vial de ámbito regional.*
- 5. Planificar, construir, operar y mantener sistemas de riego.*

*Art. 263.- Los gobiernos provinciales tendrán las siguientes competencias exclusivas, sin perjuicio de las otras que determine la ley:*

- 1. Planificar el desarrollo provincial y formular los correspondientes planes de ordenamiento territorial, de manera articulada con la planificación nacional, regional, cantonal y parroquial.*
- 2. Planificar, construir y mantener el sistema vial de ámbito provincial, que no incluya las zonas urbanas.*
- 3. Ejecutar, en coordinación con el gobierno regional, obras en cuencas y micro cuencas.*

*[...]*

*Art. 264.- Los gobiernos municipales tendrán las siguientes competencias exclusivas, sin perjuicio de otras que determine la ley:*

- 1. Planificar el desarrollo cantonal y formular los correspondientes planes de ordenamiento territorial, de manera articulada con la planificación nacional, regional, provincial y parroquial, con el fin de regular el uso y la ocupación del suelo urbano y rural.*
- 2. Ejercer el control sobre el uso y ocupación del suelo en el cantón.*
- 3. Planificar, construir y mantener la vialidad urbana.*

4. *Prestar los servicios públicos de agua potable, alcantarillado, depuración de aguas residuales, manejo de desechos sólidos, actividades de saneamiento ambiental y aquellos que establezca la ley.*
5. *Crear, modificar o suprimir mediante ordenanzas tasas y contribuciones especiales de mejoras.*
6. *Planificar, regular y controlar el tránsito y el transporte público dentro de su territorio cantonal.*
7. *Planificar, construir y mantener la infraestructura física y los equipamientos de salud y educación, así como los espacios públicos destinados al desarrollo social, cultural y deportivo, de acuerdo con la ley.*
8. *Preservar, mantener y difundir el patrimonio arquitectónico, cultural y natural del cantón y construir los espacios públicos para estos fines.*
9. *Formar y administrar los catastros inmobiliarios urbanos y rurales.*
10. *Delimitar, regular, autorizar y controlar el uso de las playas de mar, riberas y lechos de ríos, lagos y lagunas, sin perjuicio de las limitaciones que establezca la ley.*
11. *Preservar y garantizar el acceso efectivo de las personas al uso de las playas de mar, riberas de ríos, lagos y lagunas.*



12. *Regular, autorizar y controlar la explotación de materiales áridos y pétreos, que se encuentren en los lechos de los ríos, lagos, playas de mar y canteras.*
13. *Gestionar los servicios de prevención, protección, socorro y extinción de incendios.*
14. *Gestionar la cooperación internacional para el cumplimiento de sus competencias.*

*En el ámbito de sus competencias y territorio, y en uso de sus facultades, expedirán ordenanzas cantonales.*

*Art. 267.- Los gobiernos parroquiales rurales ejercerán las siguientes competencias exclusivas, sin perjuicio de las adicionales que determine la ley:*

1. *Planificar el desarrollo parroquial y su correspondiente ordenamiento territorial, en coordinación con el gobierno cantonal y provincial.*
2. *Planificar, construir y mantener la infraestructura física, los equipamientos y los espacios públicos de la parroquia, contenidos en los planes de desarrollo e incluidos en los presupuestos participativos anuales.*
3. *Planificar y mantener, en coordinación con los gobiernos provinciales, la vialidad parroquial rural.*

4. *Incentivar el desarrollo de actividades productivas comunitarias, la preservación de la biodiversidad y la protección del ambiente.*
5. *Gestionar, coordinar y administrar los servicios públicos que le sean delegados o descentralizados por otros niveles de gobierno.*
6. *Promover la organización de los ciudadanos de las comunas, recintos y demás asentamientos rurales, con el carácter de organizaciones territoriales de base.*
7. *Gestionar la cooperación internacional para el cumplimiento de sus competencias.*
8. *Vigilar la ejecución de obras y la calidad de los servicios públicos*

*Art. 375.- El Estado, en todos sus niveles de gobierno, garantizará el derecho al hábitat y a la vivienda digna, para lo cual:*

1. *Generará la información necesaria para el diseño de estrategias y programas que comprendan las relaciones entre vivienda, servicios, espacio y transporte públicos, equipamiento y gestión del suelo urbano.*
2. *Mantendrá un catastro nacional integrado georreferenciado, de hábitat y vivienda.*

3. *Elaborará, implementará y evaluará políticas, planes y programas de hábitat y de acceso universal a la vivienda, a partir de los principios de universalidad, equidad e interculturalidad, con enfoque en la gestión de riesgos.*
4. *Mejorará la vivienda precaria, dotará de albergues, espacios públicos y áreas verdes, y promoverá el alquiler en régimen especial.*
5. *Desarrollará planes y programas de financiamiento para vivienda de interés social, a través de la banca pública y de las instituciones de finanzas populares, con énfasis para las personas de escasos recursos económicos y las mujeres jefas de hogar.*
6. *Garantizará la dotación ininterrumpida de los servicios públicos de agua potable y electricidad a las escuelas y hospitales públicos.*
7. *Asegurará que toda persona tenga derecho a suscribir contratos de arrendamiento a un precio justo y sin abusos.*
8. *Garantizará y protegerá el acceso público a las playas de mar y riberas de ríos, lagos y lagunas, y la existencia de vías perpendiculares de acceso.*

*El Estado ejercerá la rectoría para la planificación, regulación, control, financiamiento y elaboración de políticas de hábitat y vivienda.*

Entonces tenemos dos rangos de disposiciones sobre la obra pública, las que hacen relación a las obligaciones de no hacer, esto es a las prohibiciones a los dignatarios y funcionarios de alto nivel jerárquico, de ejercer sus derechos políticos, ex ante o ex post, del desempeño de actividades que se relacionen o tengan conexión con la obra pública. Así se debe leer y comprender los artículos 113, el 152, número 2 y el 153 de La Carta Madre, nótese que la garantía del ejercicio de los derechos políticos, que está prescrita en el mismo texto fundamental, se pierde, por tener grado de relación con la ejecución de obras públicas, prestación de servicios públicos, explotación de recursos naturales, sea por concesión, asociación o cualquier otra forma contractual, además se prohíbe ser funcionarios de instituciones financieras internacionales acreedoras de nuestro Estado.

Los demás artículos nos hablan de la obra pública en sí y de su importancia, de las potestades y por tanto atribuciones que tienen los órganos públicos en el desarrollo y desenvolvimiento de sus actividades, para el cumplimiento de los cometidos públicos. De ahí la importancia vista en el apartado anterior sobre la regulación y limitación que se debe tener en toda la práctica de las obras y construcciones públicas, por eso en el capítulo siguiente, de modo extensivo en cuanto a las normas, revisaremos aunque sea brevemente, la normativa aplicable a la contratación pública y de modo particular al contrato de obra pública.

Es menester sin embargo anotar que el criterio del desarrollo de la obra pública, es centralizar en lo posible la menor cantidad de la misma y descentralizar a través de la intervención de los órganos de la administración seccional autónoma la gran mayoría de la obra, dedicada a las cuencas hidrográficas, riego, telecomunicaciones, puertos, aeropuertos, vías, túneles, puentes, electrificación, salud y educación.

Dos cuestiones que de suyo no pueden escapar en el análisis de la normativa constitucional es que, el elemento medio ambiental, siempre ha de estar presente en la planificación e la mismas, de tal suerte que el diseño del proyecto, precautele en su integridad dicho factor indispensable para el buen vivir; y de otra parte, el énfasis que así mismo se pone en el desarrollo habitacional del país, pienso que en materia de obra pública, es más importante el sector viviendístico que el del agropecuario.

### **El contrato de suministros.**

Este tipo de contrato, marca obligaciones de dar, tiene relación con la denominada compra-venta de bienes muebles, es por tanto bilateral, conmutativo y oneroso, puesto que una de las partes se obliga para con la otra a entregar algún bien o cosa, a cambio de un precio equivalente. Se debe tener presente que, en ocasiones los bienes muebles adquiridos, por incorporación, pasan a ser inmuebles desde el mismo momento de su instalación, operación y entrada en funcionamiento, como es el caso de los equipos médicos, vgr. Tomógrafos, resonancias, quirófanos, etc.

Las características de este contrato, por tanto son similares a los demás del sistema de contratación pública; los elementos también son similares y el derecho aplicable de igual manera.

La forma de contratación, procedimientos y selección del oferente y futuro contratista, se sujeta a las reglas señaladas en la primera parte de este capítulo, sin embargo, es menester revisar los derechos y obligaciones que generan este tipo de contratos y que los hacen distintos de los demás.

### **Derechos de la Contratante.**

Tiene derecho a recibir el bien, conforme al requerimiento realizado y que consta de los estudios, pliegos, bases técnicas, diseños y esencialmente de la oferta que forma parte del objeto contractual; así mismo revisará que el mismo sea de la calidad contratada y que reúna las características acordadas; y, si no se halla conforme al contrato, si existe demora, retraso, incumplimiento, deberá terminar el mismo y proceder a cobrar las indemnizaciones que correspondan.

#### **Derecho de la contratista.**

El principal derecho es a recibir el precio pactado, en la forma acordada, así mismo a que se suscriba un acta de recepción de los bienes y el acuerdo de conformidad con las especificaciones de los mismos.

#### **La Concesión.**

##### **Generalidades. Concepto.**

Esta figura jurídico administrativa, en el Ecuador ha sufrido en el tiempo distorsiones que, la han quebrantado y por sobre todas las cosas, han desvirtuado su rigor jurídico y han contradicho la seguridad jurídica, el orden público y las buenas prácticas del derecho<sup>30</sup>.

Los distintos Estados, por su propia forma de concebir la administración del mismo, no logran ser eficaces en el desarrollo de los distintos servicios que prestan, tanto más si a la fecha ha irrumpido de modo y forma vertiginosa el

---

<sup>30</sup> Se debe recordar que durante el gobierno de Gustavo Noboa Bejarano, 2000-2002, se trato de privatizar al Estado a ultranza, procurando los menores precios a los bienes del Estado, con casos en los que, las empresas, como el caso de Ecuatoriana de Aviación, llegó a la quiebra, en el afán privatizador, cuestión mayúscula fue el asunto referido a la posibilidad de privatizar la Seguridad Social, la telefonía y la generación y distribución eléctrica.

avance tecnológico en todos los campos y materias del vivir cotidiano, lo que hace que las personas avizoren mayor calidad en las prestaciones que reciben y quienes las proveen, buscan mayor competitividad y productividad. Lo dicho trae consigo una gran dicotomía a la hora de brindar servicios, puesto que lo público por el mismo coste de los recursos humanos, o por el ineficiente desempeño de éstos, o por la inapropiada sistematización de organización pública, los convierten en deficitarios, de baja calidad, en ocasiones inexistentes.

Esta serie de situaciones ha convocado en el mundo, a la participación del quehacer público por parte de la iniciativa privada, procurando que el financiamiento de la obra o servicio se la haga por parte del mismo usuario, a través del pago de una tarifa o peaje, regulado por el Estado y que casi siempre buscará guardar el principio de equidad, precio justo, buen servicio y accesibilidad a la población usuaria.

De esta manera, el Estado busca transferir al particular este quehacer, para lo que es apropiada, la figura de la concesión administrativa, en donde si bien es cierto, las partes que intervienen tienen intereses distintos, el concesionario la utilidad, esto es el *uti singulis* o la utilidad que la concesión le brindará a él; y la administración pública mirara el *uti universi*, esto es la utilidad que se dará al sector social en su conjunto. Sea esto puesto de relieve, pero sin dejar de mirar que el fin último de la concesión es mirar el beneficio colectivo, para lo que el administrador deberá ver de modo claro el coste del mismo.

### **Naturaleza Jurídica.**

Sobre estos aspectos la doctrina no es pacífica, más bien existen criterios divergentes al respecto, unos coinciden en señalar que se trata del un

contrato administrativo, otros van por la corriente de que es un acto administrativo y hay una tercera mixta.

Quienes se ubican en la primera, señalan de modo uniforme que en la concesión existen derechos y obligaciones mutuas, que existen prestaciones y contraprestaciones en las que el concesionario se obliga a dar o hacer algo y la administración pública, garantiza una renta por un tiempo determinado, la misma que la paga el usuario, a través de una tarifa preestablecida; y que por tanto existe la voluntad de las partes, expresada a través de sus propias competencias y capacidades, el consentimiento de las mismas para obligarse, un objeto y la forma.

Encambio quienes van por la teoría del acto administrativo, esto es que se trata de un acto unilateral de la administración pública, en ejercicio de su potestad, competencia y soberanía, señalan que este acto emana de la normativa legal o reglamentaria, a la que el concesionario debe someterse sin más y aceptar las reglas preestablecidas.

En mi visión, si se toma esta última corriente o teoría, estamos en una posición estatizante de la Administración Pública, pues el concesionario estaría en posición de sumisión ante las prerrogativas e imposiciones del Estado, cuestión que puede en un momento determinado acarrear hasta arbitrariedad, en tanto que si se estima la voluntad del particular, su accionar, su gestión y apoyo, se está en una mutua y franca colaboración. El punto está en lograr equidad en cuanto al precio de la renta o tarifa que debe pagar el usuario.

En realidad de verdad, se puede señalar que se trata de una cuestión de orden mixta, en la que preexisten normas jurídicas, si se quiere de jerarquía constitucional, legal y reglamentaria y los pliegos y especificaciones



técnicas, diseños que pongan en pie las posibilidades de concesionar la exploración de un bien, brindar un servicio o ejecutar una obra para su posterior explotación, cuestión está última que es la que de mejor manera debe estar regulada en la normativa jurídica y a la que efectivamente deberá sujetarse el concesionario.

Jorge Enrique Calafell, en su obra *La Teoría de la Concesión*, mantiene que:

*“Ahora bien, en nuestro Derecho Moderno hay una gran cantidad de autores que refinan aún más esta teoría incorporando un nuevo elemento, por lo que el acto mixto se compondrá de: un acto reglamentario, un acto condición y un contrato”*

Sobre el acto normativo reglamentario, ya hicimos referencia, igual que sobre el acto unilateral y soberano, nos resta referirnos al acto condición, que se refiere a la potestad que tiene La Administración pública de variar las condiciones del servicio, conforme a las necesidades que el usuario tiene del mismo, sin que el concesionario tenga derecho a reclamar, cuestión que se da en base del *ius variandi contractual*, que desde luego deberá tomar en consideración el equilibrio económico de la concesión, para que asegure al usuario la permanencia y calidad del servicio.

De forma que, la concesión, es una figura jurídica del Derecho Público Administrativo, mediante la que, el Estado o La Administración Pública, delega a un particular la ejecución de una obra para su posterior explotación, la explotación y aprovechamiento de un bien, la prestación de un servicio, desarrollando el particular cuestiones que son propias e inherentes a La Administración Pública, por un tiempo previamente determinado, a cambio de una remuneración –tarifa- pagadera por el usuario.

## **El Usuario.**

Es el ciudadano común y corriente, que en su diario convivir utiliza el servicio que le otorga el concesionario, y por el mismo paga una tarifa, pontazgo o tasa, en definitiva una remuneración, cuestión que está predeterminada en una norma o en el contrato de concesión.

Ahora bien, el usuario de un servicio público al momento que está utilizando el mismo, adquiere derechos frente al concesionario, primero por la prestación del servicio en condiciones de igualdad, luego el servicio debe ser ininterrumpido y permanente, de otra parte se ha de prestar en las mejores condiciones, esto es debe ser eficiente y de calidad y como hemos señalado accesible a la población toda.

## **Autorización, Licencia y Permiso.**

La literatura jurídico administrativa, suele confundir estos conceptos jurídicos, por lo que aprovecho aquí para dejar señalado breves rasgos distintivos, así, la autorización es la facultad que el Estado, vale decir en el caso concreto, La Administración Pública otorga a un ciudadano, para la realización de actos en el quehacer privado, es el consentimiento que se da para que una persona realice algo que sin dicha venia no es posible, por ejemplo rendir examen atrasado, o puede ser el caso de ingresar a un lugar fuera del horario, ir de cacería o ingresar a sitios restringidos. Debe tenerse presente que la autorización no dotas al ciudadano de nuevos derechos, sino de una venia para que pueda ejercitar los mismos, en razón de que se encontraban suspendidos o interrumpidos. Nótese que en el caso de la concesión se están creando nuevos derechos o facultades para el particular concesionario.

En tanto que la licencia consiste en la autorización administrativa para realizar alguna cosa, con el carácter de permanente, por ejemplo la licencia de conducir, la licencia para construir, la licencia para portar armas. Téngase en cuenta que se trata de derechos que tienen limitaciones normativas. La licencia en nuestro país suele ser similar en sus contenidos jurídicos con el permiso, por ejemplo el permiso de construcción. Las Municipalidades, en el uso del suelo, suelen poner limitaciones, en ejercicio de la potestad que les confiere el Código Político, para un mejor progreso y ordenamiento urbanístico de las ciudades y que sirven para que los usuarios, generalmente promotores inmobiliarios u dueños de las edificaciones, en la ejecución de las mismas cumplan con normativa respecto de retiros, utilización máxima de superficie de suelo, altura y otras limitaciones propias del adelanto urbanístico.

Cabe anotar que esta terminología jurídica, autorización, permiso y licencia, en nuestra normativa positiva, es utilizada de modo indistinto, cuestión que como la legislación en materia contractual, también será importante, homologarla, unificar y sistematizar, para un mejor entendimiento, comprensión y utilización de terminología adecuada.

### **Concesión de Obra Pública.**

Estimo que luego del contrato de obra pública, se debe mirar el de concesión, regulado en la actualidad en nuestra Legislación tanto en la Ley de Modernización, como en la Ley de Contratos de Concesión de Obra Pública, que consta del registro oficial, 361 de 4 de noviembre de 1982, que más en extenso, serán analizadas en el capítulo siguiente.

En este tipo de contratos, se debe tener claro que La Administración Pública, contrata la realización de una obra, otorgándole como pago durante el

tiempo convenido la explotación de la misma, a un precio pactado, que se denomina tarifa.

Respecto del tema en análisis es la opinión de Emilio Fernández Vázquez<sup>31</sup>, cuando señala:

*“La Administración encomienda a otro contratante la ejecución o realización de una obra o trabajo público y le otorga durante un determinado tiempo la explotación de la obra por él construida, es decir, que la obra la construye el concesionario, a su costa y riesgo y la Administración le otorga el privilegio de explotarla durante el tiempo necesario para amortizar el capital empleado y demás gastos de explotación y obtener un beneficio”*

Las caracterizaciones de la concesión de obra, son similares al contrato de obra, esto es, son similares a los contratos administrativos, a cuyo régimen, esto es el derecho público administrativo, debe adscribirse.

### **Aprovechamiento y beneficio.**

La concesión de obra, tiene como característica que, una vez concluida la misma, el concesionario constructor de la obra pública, se hace cargo de la misma, para su beneficio y aprovechamiento durante un tiempo previamente fijado, en nuestro país, este aprovechamiento de modo general está establecido en La Ley de Modernización, su Reglamento y de modo esencial en las bases concursales, por eso estos temas estimamos deben estar contemplados en la norma legal, pues las bases pueden dar lugar a distorsiones del sistema.

---

<sup>31</sup> Emilio Fernández Vázquez. Diccionario de Derecho Público. Editorial Astrea. Buenos Aires Argentina. Pg. 156.

## **Tarifa, precio.**

De modo general el precio se paga a través de una tarifa o peaje previamente fijada, el peaje es pagado por quién se beneficia de forma directa por el servicio que presta la obra pública construida, así el que utiliza el puente, puerto o aeropuerto, vías o ferrocarriles.

En esto he de volver sobre una vieja disquisición y es que se garantiza, por ejemplo la libertad de tránsito, se garantiza el acceso al servicio público, pero los mismos no son gratuitos, en las vías con peaje, el uso de las mismas es pagado, en base de tarifas reguladas por el Estado y en el caso de los servicios públicos, los mismos son pagados a través de cargas impositivas o tributarias.

En esta materia también de modo general se regula en la Ley de Modernización, en su Reglamento y en las bases concursales<sup>32</sup>, dejando en

---

<sup>32</sup> LEY DE MODERNIZACION DEL ESTADO Registro Oficial 349, de 31 de diciembre de 1993. **Art. 6.-** El Estado podrá delegar a empresas mixtas o privadas la prestación de servicios públicos y la exploración y explotación de recursos naturales no renovables de su propiedad. Esta delegación se hará por cualesquiera de los medios establecidos en la Constitución garantizando que, si se tratare de servicios públicos, éstos respondan a principios de eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, continuidad y calidad, con especial énfasis en la determinación equitativa de precios y tarifas; y si se tratare de la exploración y explotación de recursos, se realice en función de los intereses nacionales.

**Art. 46.- CONTRATOS.-** Los contratos de delegación contendrán las cláusulas necesarias para asegurar que los servicios públicos a prestarse atiendan los intereses de los usuarios y la preservación del ambiente. En ningún caso, el Estado garantizará la rentabilidad del negocio ni establecerá tratamientos tributarios especiales o diferentes a los que rijan al momento de la celebración del contrato. Las condiciones contractuales acordadas entre las partes no podrán modificarse unilateralmente durante la vigencia del contrato por leyes ni otras disposiciones de carácter general que se expidieren con posterioridad a su celebración.

REGLAMENTO GENERAL DE LA LEY DE MODERNIZACION DEL ESTADO Suplemento del Refgistro Oficial 581 de 2 de diciembre de 1994.

**Art. 77.-** En la determinación del pliego tarifario a que se refiere el literal i) del artículo 46 de la Ley de Modernización se tomará en consideración la necesidad de proveer al concesionario la oportunidad de obtener ingresos suficientes para satisfacer en valores reales sus costos, recuperar su inversión y obtener una rentabilidad razonable.

ocasiones mucha discrecionalidad a los actores del proceso, lo que puede como dije arriba, distorsionar el sistema, debido generalmente a conceptos jurídicos indeterminados, como rentabilidad razonable, intereses nacionales, precios y tarifas equitativas, etc. cuestión que por su importancia debe estar claramente reflejado en la Ley.

Como veremos en el capítulo siguiente, resulta que igual sucede con el tema de petróleos, de electrificación y hasta de telecomunicaciones.

Ahora bien, en ocasiones cuando el precio puede ser insuficiente para el pago del servicio que se presta y el usuario, por condiciones socio económicas no está en posibilidad de pagar, el Estado suele auxiliar con subvenciones para que el equilibrio económico se consolide.

### **Derechos del Contratista Concesionario.**

El concesionario de la obra pública, se queda como concesionario de su aprovechamiento por el tiempo que se haya estipulado, debe cobrar la tarifa

---

Sin excepción en los contratos de concesión de uso y servicio público constará el período de vigencia de cada estructura tarifaria y el procedimiento para la aprobación de los nuevos pliegos tarifarios, si fuere aplicable.

En las concesiones de obra pública, sin excepción, la estructura tarifaria contendrá los precios máximos autorizados a cobrar y un sistema de reajuste, a valor real, para todo el período de la concesión. Este deberá ser un factor determinante en toda adjudicación. Las tarifas podrán ser revisadas para adecuarlas por variaciones de costos que no puedan ser controlados directamente por el concesionario y para compensar los efectos de modificación en las condiciones generales del contrato por actos de autoridad. A falta de acuerdo se someterá al sistema de arbitraje que deberá contener cada base y contrato de concesión de obra pública.

**Art. 78.-** En el caso de que las tarifas resultaran insuficientes, el concedente podrá adicionalmente entregar al concesionario a título de compensación, dinero, en la forma y modalidades establecidas en las bases y en el contrato de concesión.

**Art. 79.-** El concedente podrá modificar por razones de interés público, las características de la obra y servicios contratados. En estos casos, deberá modificar en consonancia las tarifas o compensar al concesionario el daño emergente y el lucro cesante.

En el contrato de concesión se establecerá la forma y plazo en que el concesionario podrá solicitar al concedente la revisión del sistema tarifario y de un sistema de reajuste por causa sobreviniente ocasionada en un acto de autoridad. Si no hay acuerdo sobre las compensaciones, se resolverá por la vía del arbitraje.

o peaje fijado y en ocasiones como las arriba vistas, debe recibir alguna subvención.

### **Derechos de la contratante o concedente.**

Debe fiscalizar la obra, para que esta cumpla los requerimientos pactados en el contrato, fiscaliza así mismo que la concesión se ejecute conforme los términos legales y contractuales y por último tiene prerrogativas en cuanto a la rescisión, rescate o revocación del contrato.

### **Terminación irregular.**

En los casos de terminación irregular de la concesión, la misma debe ser motivo de la correspondiente liquidación, para las indemnizaciones a que hubiere lugar, determinando claro está las causas de los incumplimientos y el resarcimiento del daño irrogado.

### **Controversias.**

En materia de controversias, suscitados a partir de materia de concesiones y en general de asuntos de contratación pública, en el erudito análisis realizado por el Dr. Pablo Zambrano Albuja, en su tesis “la solución de conflictos de los contratos de Concesión a partir de la expedición de la ley de modernización del estado en el Ecuador”, luego de realizar un análisis histórico jurídico, deja claro al menos tres aspectos en materia de controversias:

1. El órgano jurisdiccional competente es el Tribunal de lo Contencioso Administrativo<sup>33</sup>, cuestión esta que se ventilará a la luz del tantas veces reformado e interpretado artículo 38 de La Ley de Modernización<sup>34</sup>;
2. El tiempo para proponer la demanda en materia contractual, de cara al artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa<sup>35</sup>, será de cinco años;
3. El procedimiento no está claro, por lo que nos debemos remitir al trámite ordinario, lo que convierte de suyo en proceso largo y engorroso, cuestión que debe ser definitivamente legislada, haciendo del procedimiento contractual público, ágil, oral, basado en el principio de la oficialidad y de pronto despacho.

## **La Concesión de Servicio Público.**

### **Generalidades. Concepto.**

---

<sup>33</sup>Es menester tener presente que, Los Tribunales Distritales de lo Contencioso, han pasado a ser Salas de las Cortes provinciales, esto a la luz del nuevo Código Orgánico de la Función Judicial.

<sup>34</sup> **Art. 38.-** 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 el 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 el reclamo que sobre el mismo asunto se haya propuesto por la vía administrativa.

Artículo sustituido por Art. 1 de Ley No. 56, publicada en Registro Oficial 483 de 28 de Diciembre del 2001.

<sup>35</sup> **Art. 65.-** 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. 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. Artículo sustituido por Art. 2 de Ley No. 56, publicada en Registro Oficial 483 de 28 de Diciembre del 2001.



Igual que en el caso de la obra pública, esta herramienta que en mi visión sirve para el desarrollo de los estados, consiste en otorgar la explotación de un bien, a un tercero particular, por el cobro de una tarifa al usuario, por la continuidad en el otorgamiento de un servicio que de forma general le corresponde al Estado.

Estimo que, para la concesión debe preceder la selección del concesionario, bajo los límites de la norma, la misma que al mismo debe contemplar los principios del procedimiento precontractual, esto es libertad, igualdad, publicidad, transparencia, etc., que posibilite que La Administración Pública, ponga en manos del mejor proveedor, la explotación de un servicio, el bien, una obra, siempre en búsqueda del buen vivir.

### **Elementos.**

### **Los sujetos.**

Igual que en la concesión de obra pública, son el concedente, llámese Estado o Administración Pública y el concesionario, dentro de esta relación, los límites están señalados en la normativa jurídica, en nuestro caso desde la Constitución<sup>36</sup>, la Ley de Modernización, antes anotada y el reglamento, además del acto o contrato mediante el que se concede la explotación de un bien o la administración de un servicio público.

---

<sup>36</sup> **Art. 316.**-El Estado podrá delegar la participación en los sectores estratégicos y servicios públicos a empresas mixtas en las cuales tenga mayoría accionaria. La delegación se sujetará al interés nacional y respetará los plazos y límites fijados en la ley para cada sector estratégico.  
**El Estado podrá, de forma excepcional, delegar a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria, el ejercicio de estas actividades, en los casos que establezca la ley.**(el destacado me pertenece).

Nótese que sólo de manera excepcional, en el Ecuador, se puede otorgar concesión en la explotación y aprovechamiento de los sectores estratégicos, tales como la energía en todas sus formas, electricidad, el espectro radioeléctrico y mantengo dentro del mismo el electro magnético, la biodiversidad, el agua. Concluye 313, señalando que serán también tomados como estratégicos los que determine la Ley, cuestión que deja en manos el legislador político una cuestión de vital trascendencia en el diario desenvolvimiento y progreso del Estado.

Estas restricciones ponen de manifiesto, una especie de freno hacia la iniciativa privada, cuestión que se explica, pues como dijimos en líneas arriba, la excesiva liberalización de la economía llevó al cometimiento de despropósitos, que distorsionaron este sistema.

### **Derecho aplicable**

sin lugar a dudas, tratándose de servicios públicos, la normativa aplicable a los mismos es el derecho público administrativo, de cara al usuario y al concedente, pero de cara al personal, proveedores y demás sujetos de la relación del giro normal del negocio, se debe aplicar las normas del régimen jurídico privado, vale decir el derecho civil, comercial, societario, etc. este es sin lugar a titubeos el quid del asunto, pues el concesionario tiene en esta virtud más y mayores posibilidades de actuar eficientemente y cumplir de modo eficaz los objetivos propuestos, sin los límites que la legislación pública impone.

### **Importancia**

Doy relevancia a este tipo de concesiones, pues permiten la continuidad del servicio, en buena calidad, con accesibilidad adecuada, lo que hace que el

usuario tenga confianza en los mismos; de otra parte, también es una herramienta de desarrollo del Estado, pues además de crear mano de obra, puede en un momento determinado llegar a ser un elemento redistribuidor de riqueza, en la aplicación de la tarifa mayor a quienes tienen mejores posibilidades y de una menor tarifa a quienes no la tienen, con lo que el mecanismo del principio de solidaridad funciona, como por ejemplo en el servicio de vías y autovías, de sistemas eléctricos y de telefonía móvil.

A la dotación de servicios de infraestructura básica, como agua potable, alcantarillado, aguas servidas, vialidad y transporte, además de los típicos de salud y educación, en su desarrollo, debe converger la iniciativa privada, a los efectos de que, la calidad, competitividad, productividad y excelencia, sean motivadores de la desmonopolización tanto pública como privada, para así democratizar los sistemas productivos del Estado.

En cuanto se refiere a los demás aspectos, la concesión de bienes y servicios públicos, además de aumentar la esfera de los derechos del particular concesionario, en lo demás es similar a la concesión de obra pública.

### **CAPÍTULO III**

**Régimen Jurídico de la Contratación Pública en el Ecuador, en cuanto a su ámbito de aplicación.**

- 1. Ley de Desarrollo Hídrico de Manabí;**
- 2. Ley Orgánica de la procuraduría General del Estado;**
- 3. Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información;**
- 4. Ley Orgánica de Régimen Municipal;**
- 5. Ley de Mercado e Valores;**
- 6. Ley Orgánica de Empresas Públicas;**
- 7. Ley de Caminos;**
- 8. Ley de Contratos de Concesión de Obras Públicas.**
- 9. Ley orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su reglamento ;**
- 10. Ley Orgánica de Administración Financiera y Control;**
- 11. Ley de Modernización del Estado y su reglamento; y,**
- 12. Ley Orgánica de La Contraloría General del Estado.**

#### **RÉGIMEN JURÍDICO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL ECUADOR, EN CUANTO A SU ÁMBITO DE APLICACIÓN.**

En el repaso de las siguientes normas, vamos a notar como el legislador, o si se quiere también el constituyente, que es quién aprobó la última norma de contratación, olvido codificar una serie de normas jurídicas, que están desperdigadas y que an lugar sin lugar a dudas, a un inapropiado sistema jurídico de contratación pública, que no ha logrado sistematizar y uniformar tanto los procedimientos, como los procesos de contratación, a pesar de la encomiable labor realizada, sobre todo para involucrar sistemas telemáticos,

dar paso a los pequeños productores y por sobre todas las cosas transparentar el sistema.

Este listado de normas analizadas, no recoge todas aquellas que deberían ser motivo de codificación, eso dejamos al investigador legislativo, a que con paciencia y sabiduría, codifique dichas leyes, de modo metódico y sistemático, que permita mantener un cuerpo único, que como digo será de gran utilidad, tanto para los servidores de la administración, involucrados en tan noble pero a la vez delicado quehacer, como a los usuarios del sistema, llámense contratistas o simplemente ciudadanos.

## **1. LEY DE DESARROLLO HÍDRICO DE MANABÍ**

**Fecha de Publicación:** Publicada en el Registro Oficial No 728 del 19 de Diciembre del 2002.

### **1.1. Historia:**

El Centro de Rehabilitación de Manabí; creado mediante Decreto Legislativo del 7 de Noviembre de 1962 (Registro Oficial No 314 del 23 de Noviembre de 1962), estaba encargado de la planificación y ejecución de obras de regadío, agua potable y aprovechamiento de los recursos hídricos de la provincia de Manabí. El 15 de Abril de 1997, con el fin de garantizar una estrecha y oportuna coordinación entre la entidad y el Gobierno Nacional, se expide la Ley Sustantiva (expedida en el Registro Oficial No 44 del 15 de Abril de 1997) a la Ley de Rehabilitación de Manabí en la cual se adscribe la entidad a la presidencia de la República. Paralelamente el CRM opera con la Junta de Recursos Hidráulicos para Jipijapa, Paján y Puerto López (JRH) y la Comisión de Desarrollo para el Norte de Manabí (CEDEM). Así la Ley de Desarrollo Hídrico de Manabí acoge dichas entidades otorgándoles denominación, personería, domicilio y finalidad.

## **1.2 Contenido General:**

La Ley de Desarrollo Hídrico de Manabí abarca toda la temática hídrica referente a la provincia. Determina que la promoción y aprovechamiento de todos los recursos hídricos en la provincia de Manabí se efectuará de conformidad con los lineamientos contenidos en el Informe Final del Plan Integral de Desarrollo de los Recursos Hídricos de la Provincia de Manabí - PHIMA-.

Crea la *Corporación Reguladora del Manejo Hídrico de Manabí (CRM)*, órgano máximo en materia hídrica en la provincia de Manabí. En tal virtud, todas las entidades, organismos, comisiones, juntas, asociaciones o empresas públicas, privadas o mixtas que operen en materia hídrica en la provincia de Manabí, coordinarán con la CRM los proyectos hídricos que estén dentro del PHIMA.

## **1.3 Artículos que hacen referencia a Contratos y Contratación Pública:**

Esta norma vigente a la actualidad, puesto que no ha sido derogada, contiene en su texto, como revisaremos más adelante, reglas referidas a los actos, convenios y contratos, para el cumplimiento de los fines del CRM, tal como se contempla en el artículo 5, letra h) de la Ley en comento<sup>37</sup>, al igual

---

<sup>37</sup> Art. 5.- El CRM tiene como finalidad fundamental la ejecución del PHIMA, a cuyo efecto deberá: [...] h) Realizar todos los actos y suscribir todos los documentos, convenios y contratos que se requieran o se consideren necesarios a efectos de cumplir con la finalidad del CRM.

Art. 10.- El CRM se encuentra expresamente facultado para actuar como constituyente o beneficiario de negocios fiduciarios tendientes al cumplimiento de la finalidad establecida en la presente Ley.

Art. 18.- Deberes y Atribuciones del Directorio:[...] g) Autorizar la suscripción de convenios interinstitucionales, la obtención de recursos cuando ello implique la contratación de empréstitos o la disposición de bienes o derechos del CRM, y, en general, la realización de actos que representen compromisos del CRM a un plazo mayor de un año. [...] q) Aprobar actos y contratos cuya cuantía exceda el límite establecido en la Ley de Contratación Pública para el concurso público de ofertas y autorizar al Director Ejecutivo para la realización o celebración de tales actos y contratos, previo el cumplimiento de los requisitos establecidos en las leyes.

Art. 26.- El Director Ejecutivo tendrá los siguientes deberes y atribuciones: [...] l) Celebrar actos, contratos y finiquitos, y efectuar gastos o inversiones por su sola decisión y bajo su estricta responsabilidad hasta por un monto máximo de US\$ 50.000 (Cincuenta mil dólares de los Estados Unidos de América). Para contratar por montos mayores, será necesario contar con la autorización previa de parte del Directorio.

Art. 32.- El Director Legal del CRM tendrá los siguientes deberes y atribuciones: [...] e) Preparar y/o analizar los convenios o contratos en los que el CRM vaya a intervenir, por cualquier concepto.

que su artículo 10, facultando a realizar fideicomisos, esto es al cumplimiento de los propósitos y cometidos del CRM, cuestión que se refleja en el texto de la norma y a la que se dedica gran parte de las actividades de dicha entidad, conforme consta de los artículos 10, 18 letras g y q; 26, 32 y 33.

No está para nada mal que exista un ente dedicado al mejora hídrico de la Provincia de Manabí, a la que tanta falta le hace el agua para su desarrollo productivo, lo que queremos es que, siempre que se trate de recursos públicos o estatales, cuando las actividades que se desarrolle tenga que ver con la prestación de servicios, suministros, obra pública, concesiones públicas o manejo de empréstitos, prestaciones públicas, estas actividades se rijan por el Régimen del Derecho Público Administrativo, y como tenemos dicho a lo largo de este estudio, sean los valores, principios y objetivos públicos los que limiten la voluntad del quehacer institucional.

## **2. LEY ORGÁNICA DE LA PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO.**

**Fecha de Publicación:** Publicada en el Registro Oficial No 312 del 13 de Abril del 2004.

### **2.1 Historia.**

Muy breve referencia al marco histórico de esta norma, para señalar que se la dictó por vez primera en el Gobierno del Dr. Isidro Ayora, dentro del marco de la refundación del Estado y con la asesoría de la denominada misión Kemmerer (estaba integrada por economista Edwin Walter Kemmerer), así da al mundo en el registro oficial N° 706 de 2 de agosto de 1928, se creó la Procuraduría General, desde luego que no con las funciones actuales y

---

Art. 33.- El Director de Gestión Medio - Ambiental y Conservación del Agua, Suelo y Vegetación, tendrá los siguientes deberes y atribuciones: [...] g) Determinar los requisitos mínimos en materia medio ambiental que deberán exigirse en las bases de cualquier contratación y/o concesión de proyectos y programas del CRM y/o contemplados en el PHIMA.

puede decirse que es a raíz de la Constitución de 1979, que tiene a su cargo el control de los contratos, en el aspecto técnico jurídico, tanto en su fase precontractual, de ejecución contractual y de terminación de los mismos.

## **2.2 Contenido General.**

De forma general, esta Ley se refiere al Patrocinio Público y a la organización y estructura de la entidad que soporta dicha potestad, esto es la Procuraduría General del Estado, hace referencia también referencia la precitada Ley, al Patrocinio Internacional y a la facultad venida muy a menos en los últimos tiempos que es el arbitraje y el arbitraje internacional. Desde luego, se hace alusión al tema referido a la asesoría que brinda con el carácter de vinculante, en materia de interpretación de la Ley, a las entidades del mal denominado sector público. Por último como examinaremos líneas abajo, están los temas referidos al control de los contratos públicos.

## **2.3 Normas que hacen referencia a Contratos y Contratación Pública:**

El punto de partida en los comentarios a esta ley, en la materia referida a contratos y contratación administrativa, es el análisis del artículo 237 de nuestro Código Político, en su número 4, que al máximo personero e la Procuraduría General del Estado, Procurador o Procuradora, le corresponde el control de los actos y contratos que suscriban los organismos del sector público. Eso le dota a la Procuraduría de una potestad de control de alta jerarquía, pues es el ente del control de legalidad de los actos y contratos de las entidades de derecho público. Facultad que de modo irregular en mi criterio, le fue retirada respecto del control previo a los contratos con las tantas veces comentada LOSNCP. Por tanto, es facultad de la Procuraduría General, el control de legalidad, respecto de los actos y contratos, que emanan del poder público, se entiende se refiere la norma, a los actos administrativos, nótese que la norma le da el rol contralor a la Procuraduría del Estado, en el ámbito “técnico jurídico”, potestad que es muy importante a la hora de las actuaciones administrativas. Ahora bien, conforme al texto



de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, el rol de contralor previo, ha declinado, pero no se ha perdido, puesto que en la ejecución de los procesos precontractuales, contractuales y de terminación del contrato, juega un papel decidor, al punto que es la autoridad que tiene la competencia para iniciar el proceso para la declaratoria de nulidad, si alguno de aquellos tiene vicio de legalidad. Ciertamente es que, el artículo 3 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado<sup>38</sup>, señala dicha atribución a esta entidad de control técnico en lo legal, claro que señala conforme a la Constitución anterior, al artículo 118, debe referirse de modo actual a su equivalente, esto es el 225 y 315 de la Carta Magna, con que encontramos incluidos todos los organismos del Estado. Pero en el punto de la reflexión, se debe tener presente que, esta discusión debe considerar además que la LOSNCP, es una norma posterior y que por tanto, la vigencia normativa legal de la LOPGN, habría en este sentido declinado. Sin embargo de todo lo anotado, hago presente que la letra g del mismo artículo, señala la facultad

---

<sup>38</sup> Art. 3.- De las Funciones del Procurador General del Estado: [...] f) Emitir informes razonados y motivados sobre aquellos contratos que celebren las instituciones del Estado determinadas en el artículo 118 de la Constitución Política de la República, así como aquellos que celebren las personas jurídicas de derecho privado que cuenten con recursos públicos, en los términos a los que se refiere, para estos efectos, la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, cuya cuantía supere la base para concurso público de ofertas, así como los contratos sujetos a la Ley de Modernización del Estado. La entidad o persona jurídica solicitará al Procurador General del Estado el informe correspondiente.

Los informes a los que se refiere el inciso anterior, versarán sobre el cumplimiento de los requisitos constitucionales, legales y reglamentarios, serán de cumplimiento obligatorio y deberán ser emitidos en el término de quince días contados a partir de la fecha en que se reciba la solicitud con sus documentos justificativos. En casos excepcionales, debidamente justificados, dicho término podrá ampliarse por diez días improrrogables y por una sola vez. La no emisión del informe en dicho término se entenderá como dictamen favorable.

La máxima autoridad de la Procuraduría General del Estado será responsable de los informes emitidos y de los no emitidos, en caso de incumplimiento de lo prescrito en esta Ley, se estará a lo preceptuado en el artículo 130 de la Constitución Política de la República, sin perjuicio de que por la falta de emisión de los informes en el término previsto en la Ley, el funcionario responsable responda administrativa, civil, pecuniaria y penalmente por negligencia en el cumplimiento de sus funciones.

No tendrán valor los contratos celebrados sin que se hubiere solicitado el informe, antes de que venza el término para su expedición, sin que se incorporen las observaciones de fondo formuladas o existiendo informe negativo; [...] g) Supervisar el cumplimiento de dichos contratos y proponer o adoptar, con este fin, las acciones judiciales necesarias en defensa del patrimonio nacional y del interés público.

de la supervisión del cumplimiento de los contratos administrativos, la misma que no le ha sido retirada por norma legal alguna.

### **3. LEY ORGÁNICA DE TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN.**

#### **3.1 Fecha de Publicación:**

Publicada en el Registro Oficial Suplemento No 337 del 18 de Mayo del 2004.

#### **3.2 Contenido General:**

Esta es una norma de reciente promulgación, que pone a tono el tema referido a la publicidad, acceso a la información, participación ciudadana y acceso a la información por parte de los ciudadanos, e suerte que, garantiza el derecho a acceder a las fuentes de información, como mecanismo para ejercer la participación democrática respecto del manejo de la cosa pública y la rendición de cuentas a la que están sujetos todos los funcionarios del Estado, y demás entidades obligadas por esta Ley. Fundamenta su contexto en el principio de publicidad de los actos, contratos y gestiones de las instituciones del Estado, así como las instituciones financiadas con recursos públicos o que sean de interés público; cuestión que hace que su importancia no sea soslayada en la LOSNCP.

#### **3.4 Artículos que se refieren a Contratos y Contratación Pública:**

Esta norma se aplica a todas las entidades que en su manejo recurren a la utilización de recursos públicos, conforme lo dictamina su artículo 3, letra e, f, g<sup>39</sup> y que, todas sus actividades consten de un portal, en el que se aprecie

---

<sup>39</sup> Art. 3.- Ámbito de Aplicación de la Ley. Esta Ley es aplicable a: [...] e) Las corporaciones, fundaciones y organismos no gubernamentales (ONG) aunque tengan el carácter de privadas y sean encargadas de la provisión o administración de bienes o servicios públicos, que mantengan convenios,

sus procesos, precontractuales, contractuales, en toda materia de contratación incluido las concesiones. Nótese que esta norma se adelanto al tema de publicidad telemática e informática en la página web del Instituto Nacional de Contratación Pública; se manda a que conste el portal las personas naturales o jurídicas y empresas en general que hayan incumplido en materia de contratación pública, por último se pide se transparente y publicite todo los temas referidos a impresitos públicos, cuestión que desde luego hasta la fecha viene sufriendo mora, cuestiones que constan del artículo 7 de la precitada norma<sup>40</sup>.

## **4 LEY ORGÁNICA DEL RÉGIMEN MUNICIPAL.**

### **4.1 Fecha de Publicación:**

Publicada en el Registro Oficial Suplemento No 331 del 15 de Octubre de 1971.

### **4.2 Historia:**

---

contratos o cualquier forma contractual con instituciones públicas y/u organismos internacionales, siempre y cuando la finalidad de su función sea pública; [...] f) Las personas jurídicas de derecho privado, que sean delegatarias o concesionarias o cualquier otra forma contractual de servicios públicos del Estado, en los términos del respectivo contrato. [...] g) Las personas jurídicas de derecho privado, que realicen gestiones públicas o se financien parcial o totalmente con recursos públicos y únicamente en lo relacionado con dichas gestiones o con las acciones o actividades a las que se destinen tales recursos.

<sup>40</sup> Art. 7.- Difusión de la Información Pública. Por la transparencia en la gestión administrativa que están obligadas a observar todas las instituciones del Estado que conforman el sector público en los términos del artículo 118 de la Constitución Política de la República y demás entes señalados en el artículo 1 de la presente Ley, difundirán a través de un portal de información o página web, así como de los medios necesarios a disposición del público, implementados en la misma institución, la siguiente información mínima actualizada, que para efectos de esta Ley se la considera de naturaleza obligatoria: [...] i) Información completa y detallada sobre los procesos precontractuales, contractuales, de adjudicación y liquidación, de las contrataciones de obras, adquisición de bienes, prestación de servicios, arrendamientos mercantiles, etc., celebrados por la institución con personas naturales o jurídicas, incluidos concesiones, permisos o autorizaciones; [...] j) Un listado de las empresas y personas que han incumplido contratos con dicha institución; [...] l) El detalle de los contratos de crédito externos o internos; se señalará la fuente de los fondos con los que se pagarán esos créditos. Cuando se trate de préstamos o contratos de financiamiento, se hará constar, como lo prevé la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado y la Ley Orgánica de Responsabilidad y Transparencia Fiscal, las operaciones y contratos de crédito, los montos, plazo, costos financieros o tipos de interés.

La historia de los Municipios y por tanto de las Municipalidades, esto es de sus gobiernos, ha pasado por la misma trayectoria que la historia de la República. En Ecuador, en el 1830, 25 de septiembre se dicta el decreto legislativo que contiene la primera Ley de Régimen Municipal. Hay que recordar que aún seguimos a esas fechas, guardando respeto a la Gran Colombia, cuando se señala El Congreso Constituyente del Ecuador, en La Gran Colombia. Lo cierto es que siguiendo la Ley de División Territorial del año de 1824 de La Gran Colombia, en la que se crearon departamentos con sus capitales, cantones y cabeceras cantonales, siguiendo la tradición colonial, debe decirse que se trata de una norma muy bien concebida para las labores de la época, en la que se prescribe los personeros, sus calidades, competencias y hasta número de los mimos, su tiempo de duración y el recambio por mitades, precisamente a medio periodo de ocho años. Luego se dictan leyes en los años de 1861, 1863, 1878, hasta llegar a la última codificación de 5 de diciembre de 2005, contentiva de la última ley, que data del año 1971. Cabe anotar que a esta codificación también se le han introducido varias reformas y por último en estos días, se está aprobando y publicando el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, COTAD, norma que recoge de modo fundamental el pensamiento de los constituyentes del 2008 y del mismo grupo político que en la actualidad gobierna al Ecuador, hago hincapié en esto, porque varias normas allí contenidas, son motivo de discrepancia social, como el tema de asignaciones presupuestarias, traspaso de competencias, conformación de regiones, etc., que no son precisamente temas de interés para este estudio.

#### **4.3. Artículos que se refieren a Contratos y Contratación Pública:**

Se debe anotar que, las Municipalidades a la luz de su Ley, a la actualidad, asumen competencias para la prestación de los servicios que le son propios en el cumplimiento de sus fines, esto es el desarrollo local y el beneficio de

sus habitantes, son lugar a dudas, obras de infraestructura básica, el ornato y el cuidado de la ciudad, cuestión estipulada en el artículo 13 de la referida norma<sup>41</sup>. Esta norma atribuye al Concejo, la posibilidad de dictar reglamentos para la contratación y concesión de servicios públicos, conforme lo prescrito en el artículo 63, número 15 de la Ley en comentario<sup>42</sup>, esto desde luego en el cumplimiento de los fines que son propios de las Municipalidades, cuestión que está dispuesta en el artículo 12 de la actual Ley<sup>43</sup>. Los artículos 147, letras b y c y 148, letras b y d<sup>44</sup>, especifican las competencias, en materia de servicios públicos y concesiones,

---

<sup>41</sup> Art. 13.- Las municipalidades podrán ejecutar las obras o prestar los servicios que son de su competencia en forma directa, por contrato o delegación, en las formas y condiciones previstas en la Constitución Política de la República y la ley. Podrán también participar en la conformación de entidades privadas, sin fines de lucro, individualmente o mancomunadas con otras municipalidades o entidades del sector público.

<sup>42</sup> Art. 63.- La acción del concejo está dirigida al cumplimiento de los fines del municipio, para lo cual tiene los siguientes deberes y atribuciones generales: [...] 15. Reglamentar de acuerdo con la ley lo concerniente a la contratación y concesión de servicios públicos.

<sup>43</sup> Art. 11.- A la municipalidad le corresponde, cumpliendo con los fines que le son esenciales, satisfacer las necesidades colectivas del vecindario, especialmente las derivadas de la convivencia urbana cuya atención no competa a otros organismos gubernativos. Los fines esenciales del municipio, de conformidad con esta Ley, son los siguientes:

1. Procurar el bienestar material y social de la colectividad y contribuir al fomento y protección de los intereses locales;
2. Planificar e impulsar el desarrollo físico del cantón y sus áreas urbanas y rurales;
3. Acrecentar el espíritu de nacionalidad, el civismo y la confraternidad de los asociados, para lograr el creciente progreso y la indisoluble unidad de la Nación; y,
4. Promover el desarrollo económico, social, medio ambiental y cultural dentro de su jurisdicción.

<sup>44</sup> Art. 147.- En materia de obras, a la administración municipal le compete:

b) Llevar a cabo la construcción de las obras aprobadas por administración directa, contrato o concesión;

c) Dirigir, coordinar y controlar la realización de las obras que se ejecuten por administración directa y vigilar el cumplimiento por parte de los contratistas o concesionarios de las obligaciones y especificaciones contractuales, cuando las obras se realicen por uno de estos sistemas;

Art. 148.- En materia de servicios públicos a la administración municipal le compete:

b) Prestar, directamente o por contrato o concesión, los servicios públicos locales y vigilar el cumplimiento por parte de los contratistas o concesionarios de las obligaciones contractuales;

d) Otorgar autorizaciones, contratos o concesiones para la construcción, el mantenimiento y la administración de represas, depósitos, acueductos, bombas, sistemas de distribución y otras obras indispensables para garantizar el suministro de agua potable;

e) Obtener la concesión para el derecho del uso de las aguas que estando o no en uso de particulares sean indispensables para satisfacer las necesidades del cantón y para los servicios de agua potable, higiene y sanidad de las poblaciones y otros análogos de carácter público.

i) Resolver sobre las solicitudes de concesión de permisos para instalar cañerías subterráneas o áreas o hacer zanjas o excavaciones de las vías públicas para establecer o mantener servicios públicos o privados, siempre que a ello no se oponga ninguna disposición de carácter sanitario o de ornato y embellecimiento.

atribuyéndoles la de llevar a cabo la construcción de obras, por administración directa, contrato o concesión, dándoles el poder de dirigir y supervisar dichas obras y servicios. Pedir la concesión para el uso y utilización de bienes tales como el agua, para el consumo de sus habitantes, y cuestiones referidas al uso y utilización del suelo, en materia de servidumbres, como es el caso de instalación de cañerías y ductos de alcantarillado y canalización, siempre que no se oponga al ornato y estén acorde con el embellecimiento y cuidado de la urbe. Se debe anotar que hasta la actualidad, estas actividades están a cargo de las Empresas Municipales, tales como las de agua potable y alcantarillado, EMAAPQ y la de Obras Públicas Municipales, todo esto al tenor de lo dispuesto en la mis Ley, en su artículo 164<sup>45</sup>, a quienes corresponderá la supervisión y vigilancia que se cumpla con la normativa para este tipo de construcciones y servicios. Cuidando el cumplimiento el Plan Nacional de Desarrollo, las municipalidades, tienen la facultad de contratar asesorías para la formulación de los planes de desarrollo urbano, cuestión que consta del artículo 203<sup>46</sup> de la Ley que estamos analizando.

El artículo 235 de la Ley<sup>47</sup>, prescribe la sujeción de las municipalidades a los contenidos de la normativa de la LOSNACP y de la LOAFYC. El 294<sup>48</sup>, se refiere a las garantías. El 293<sup>49</sup>, señala la forma de los contratos y el

---

<sup>45</sup> Art. 164.- (Inc. 2) La Dirección de Obras Públicas tendrá a su cargo la programación, proyección y construcción de todas las obras públicas locales, bien sea por administración directa, contrato o concesión, la supe vigilancia de la construcción de las obras cuando no las realice directamente y el velar por la correcta aplicación del estatuto sobre construcciones.

<sup>46</sup> Art. 203.- La formulación de planes de desarrollo y planes reguladores de desarrollo urbano será obligatoria para las municipalidades, para lo cual, de ser necesario, solicitará o contratará el asesoramiento técnico correspondiente. Los planes de desarrollo que se formulen y sus proyectos responderán a la normativa del Sistema Nacional de Planificación.

<sup>47</sup> Art. 235.- (Inc. 2) Para acordar la contratación o concesión de obras a particulares y para las recepciones provisional y definitiva de las obras, el concejo se atenderá a lo dispuesto en la Ley de Contratación Pública y en la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control.

<sup>48</sup> Art. 294.- Para proceder a la suscripción de cualesquiera de los contratos a los que se refiere el artículo anterior, deberá darse garantía de cumplimiento, a satisfacción del concejo.

<sup>49</sup> Art. 293.- Todo contrato que tenga por objeto la venta, permuta, hipoteca o arrendamiento de bienes raíces municipales se hará por escritura pública; y los de venta, trueque o prenda de bienes muebles,

cumplimiento de las formalidades para el perfeccionamiento de los mismos, como es el carácter de la escritura pública para bienes inmuebles o la inscripción en el Registro Mercantil, para el caso de los contratos de prenda. Por último, las municipalidades, bajo ningún título ni concepto, pueden dar a los contratistas facilidades respecto de recursos humanos o materiales, para el desarrollo y ejecución de las obras contratadas, que no sea mediante acuerdo pactado, en cuyo caso deberá reembolsar los valores que corresponda, conforme lo dicho en 480<sup>50</sup> de la Ley Orgánica de régimen Municipal, hasta ahora vigente.

Para concluir lo dicho, es menester señalar que, el COTAD, trae sin modificaciones de fondo las mismas disposiciones antes vistas en materia de contratación.

## **5. LEY DE MERCADO DE VALORES.**

**5.1. Fecha de Publicación:** Publicada en el Registro Oficial Suplemento No 215 del 22 de Febrero del 2006.

### **5.2. Historia:**

En el Ecuador el sistema de mercado de valores es realmente incipiente, desde sus inicios, esto es alrededor de la década de los setentas, en donde los intentos de crear bolsas de valores tanto Quito como en Guayaquil, datan

---

podrá hacerse por plazos en los arrendamientos. Respecto de los de prenda, se cumplirán las exigencias de la ley de la materia. Los contratos de arrendamiento de locales municipales en los que la cuantía anual de la pensión sea menor de trescientos veinte dólares de los Estados Unidos de América, no estarán obligados a la celebración de escritura pública.

<sup>50</sup> Art. 480.- Cuando la municipalidad contratare con empresarios la construcción de obras municipales, no se comprometerá a proporcionar servicios de trabajadores, artesanos, materiales, pero prestará las facilidades que estuvieren a su alcance. Salvo el caso de convenio con los contratantes, la transferencia de servicios personales, herramientas, equipos y materiales, será como parte del costo de la obra o el contratista reembolsará el valor correspondiente. No estarán comprendidos los programas de instituciones de ayuda mutua.

desde el siglo anterior a su real establecimiento, a raíz de los mercados en las exportaciones agrícolas de productos primarios. Las primeras connotaciones juridizadas, vale decir, se encuentran en el Código de Comercio de 1906 y la primera Ley de valores es la expedida en 1993.

### **5.3 Artículos que se refieren a Contratos y Contratación Pública:**

La vigente Ley de Mercado de Valores, dispone que todas las transacciones bursátiles, de las entidades del Estado o de las privadas que manejen recursos estatales, se realicen a través del mercado de valores, sin lugar a dudas este tipo de normativa debe estar codificada, en relación de libros o Códigos dentro de una sola norma referida a la Contratación Pública, para un mejor manejo del sistema y entendimiento de los usuarios. El artículo 37<sup>51</sup> señala que tipo de inversiones deben realizarse en el mercado, vale

---

<sup>51</sup> Art. 37.- De las inversiones del sector público a través de las bolsas de valores.- Las inversiones y compraventa de activos financieros que realicen directa o indirectamente las entidades y organismos del sector público, que excedan mensualmente del valor de dos mil seiscientos veintiocho 90/100 (2.628,90) dólares de los Estados Unidos de América, deberán realizarse obligatoriamente a través de los sistemas de negociación bursátiles interconectados entre las bolsas de valores establecidas en el país.

Se exceptúan de la obligatoriedad de realizar las inversiones y compraventa de activos financieros, en la forma prevista en el inciso primero: los depósitos monetarios en cuentas corrientes y de ahorros; las operaciones de reporto que efectúen las entidades y organismos del sector público, hasta cuando estas operaciones sean implementadas por las bolsas de valores; las subastas de valores y demás operaciones que con fines de política monetaria, crediticia, cambiaria y financiera realice el Banco Central del Ecuador.

Cuando las operaciones antes mencionadas se efectúen en mercados extranjeros estarán sujetas a las disposiciones que expida el Directorio del Banco Central del Ecuador.

Para efectos de negociaciones bursátiles, se deberán observar las siguientes disposiciones:

a) Las instituciones financieras del sector público, el Ministerio de Economía y Finanzas, el Banco Central del Ecuador, la Corporación Financiera Nacional, el Fondo de Solidaridad, el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, las instituciones no financieras del sector público que de conformidad con sus propias leyes estén obligadas a calificar a un funcionario o empleado para que realice operaciones bursátiles y, aquellas que en consideración al volumen de sus transacciones sean expresamente autorizadas por el C.N.V., Ministerio de Economía y Finanzas y el Directorio del Banco Central del Ecuador, deberán realizar operaciones bursátiles a través de funcionarios o empleados calificados para el efecto por las bolsas de valores, quienes actuarán exclusivamente a nombre de las mismas o de otras instituciones del sector público, de conformidad con las normas previstas en esta Ley; y,

b) Las demás entidades del sector público que no se encuentren dentro de aquellas previstas en el literal anterior, podrán efectuar sus operaciones bursátiles por intermedio de funcionarios o empleados de otras instituciones del sector público debidamente calificados para el efecto por las bolsas de valores o por intermedio de casas de valores, asignadas en virtud de una calificación que al menos considerará condiciones de costo; capacidad jurídica, técnica y financiera; y, seguridad del



decir en la bolsa y desde que montos, quienes están exceptuados de dicha norma y los fines que se persiguen, así mismo se señala quienes serán corredores de bolsa de estas instituciones.

Sin lugar a dudas este tipo de operaciones que realizan las entidades públicas, son contrataciones, que deberían estar de todos modos dentro del sistema de contratación, para mayor, a la actualidad de algún modo se hace mínima referencia la Ley, y como en todos los casos a este giro de negocios, que mueve así mismo grandes volúmenes de dinero, se deja relegado a un reglamento las regulaciones de este tipo de transacciones; lo que es peor y en mi visión fuera de lugar, de modo expreso este tipo de transacciones se exoneran del ámbito de aplicación de la LOSNP, como claramente consta del artículo 41 segundo inciso de la norma en comentario<sup>52</sup>, lo que en mi visión resulta un despropósito, pues al menos la ley debería dar un marco referencia sobre los temas de transacciones bursátiles del Estado.

## **6. LEY ORGÁNICA DE EMPRESAS PÚBLICAS:**

**6.1 Fecha de Publicación:** Publicada en el Registro Oficial Suplemento No 48 del 16 de Octubre del 2009.

---

intermediario; además de los requisitos que establezcan mediante normas de carácter general el C.N.V. y el Directorio del Banco Central del Ecuador, en forma conjunta.

<sup>52</sup> Art. 41.- Reglamento especial.- El C.N.V., dictará el reglamento especial, que contendrá las normas, procedimientos y requisitos, que las entidades del sector público no financiero deberán cumplir, para acogerse a los procesos previstos en esta Ley. No tendrán más limitaciones que las que de modo expreso determinen las leyes especiales que las rijan.

Para efectos de la aplicación de la presente Ley, las entidades del sector público *no se sujetarán a las disposiciones de la Ley de Contratación Pública*, ni requerirán de los informes del Procurador General del Estado, ni del Contralor General del Estado; sin embargo, estos funcionarios serán informados, por parte del Superintendente de Compañías, de todas las operaciones que sean de su conocimiento.

## **6.2 Contenido General:**

Norma de radical importancia en el desarrollo y progreso el Estado, consta a partir de los presupuestos constitucionales que están en el 315 de la Constitución, de modo esencial, a sus fines, funcionamiento, organización, potestades, manejo gerencial y financiero, personal, patrimonio, controversias, y claro está sistemas de contratación, que así mismo, aunque de manera cansina, reitero deben constar de la Ley de la materia, pues de lo contrario resulta que la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, está regulando la excepción y hay otra serie de normas, que regulan los sectores más importantes de la Contratación Pública ecuatoriana.

La Ley Orgánica de Empresas Públicas, hace referencia al ámbito de acción en el cual ésta se desenvuelve; así, en su parte medular se especifica que la Ley Orgánica de Empresas Públicas regula la constitución, organización, funcionamiento, fusión, escisión y liquidación de las empresas públicas, de igual manera señala que en ésta constan los mecanismos de control económico, administrativo, financiero y de gestión que se ejerce sobre las entidades que comprende. Las Empresas Públicas son entidades que pertenecen al Estado en los términos que establece la Constitución de la República, personas jurídicas de derecho público, con patrimonio propio, dotadas de autonomía presupuestaria, financiera, económica, administrativa y de gestión.

## **6.3 Artículos que se refieren a Contratos y Contratación Pública:**

A partir del artículo 34 de la Ley Orgánica e Empresas Públicas<sup>53</sup>, se contienen una serie de normas que regulan los sistemas de contratación de

---

<sup>53</sup> Art. 34.- CONTRATACION EN LAS EMPRESAS PUBLICAS.- 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 ESTRATEGICO Y PLAN ANUAL DE CONTRATACIONES.- Las empresas públicas deberán contar con su Plan Estratégico y Plan Anual de Contrataciones, debidamente aprobados.
2. REGIMEN COMUN.- Las contrataciones de bienes, obras y 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.
3. REGIMEN 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.
5. INFORMES PREVIOS.- Sólo las contrataciones de crédito o líneas de crédito previstas en el Art. 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.
1. 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 sí 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.
2. DESCONCENTRACION 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.

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.
  - b) 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 generarán 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

las antes mencionadas empresas, en todos los ámbitos, incluido los contratos de consultoría, en todos los ámbitos del quehacer de los antedichos sujetos públicos, se someten al Plan Nacional de Desarrollo, observarán siempre el presupuesto del Estado y de la misma empresa y además todo lo que refiere dicha norma; compleja disposición, que en el ámbito del Derecho Público Administrativo, regula los procedimientos precontractuales y contractuales de estas entidades públicas. No reniego ni mucho menos de esta disposición, sino que es mi criterio que debe estar incluida en los textos de la LOSNCP.

Amén de los textos antes descritos, existen otros que constan de las disposiciones generales de la Ley, que se refieren a los procedimientos a seguirse en los casos de controversias, cuestión que definimos con anterioridad, en base a la profundización en el estudio, realizada por el Dr. Pablo Agustín Zambrano Albuja-

#### **6.4 PETROECUADOR EP.**

En el sistema de empresas públicas, sus *suigeneris* formas de contratación, es menester hacer un aparte en el caso de PETROECUADOR EP.

##### **6.4.1 Breve reseña:**

Los negocios petroleros en el Ecuador toman fuerza a partir de la explotación de los campos en el oriente, creándose CEPE, en la época de la

---

empresa, serán responsables de los actos y contratos; y en consecuencia asumirán las responsabilidades que de ello se derive.

3. 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:
  - a) 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,
  - b) 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 pública.

evolución nacionalista del General Guillermo Rodríguez Lara, esto es a finales del año de 1972.

La Ley Especial de PETROECUADOR y sus empresas filiales, de 26 de septiembre de 1989, publicada en el registro oficial número 383, fue derogada precisamente por la Ley Orgánica de Empresas Públicas, que estamos comentando.

Mediante decreto ejecutivo de 14 de abril del 2010, publicado en el suplemento del registro oficial número 171, se CREA LA EMPRESA PÚBLICA DE HIDROCARBUROS DEL ECUADOR **EP PETROECUADOR**.

#### **6.4.2 artículos referidos a contratación pública:**

El artículo 2<sup>54</sup> del decreto de creación, refiere la competencia de esta empresa para celebrar contratos dentro del giro normal de sus negocios, esto es todas las fases de la actividad hidrocarburífera, desde luego cuidando la preservación medioambiental y el derecho de los pueblos. Nótese que los contratos, son aún aquellos de delegación a la iniciativa privada, que deben a mi modo deben estar regulados en la Ley de Contratación Pública; esto es aún más notorio cuando en el artículo 6<sup>55</sup> del

---

<sup>54</sup> **Art. 2.- El objeto principal de EP PETROECUADOR**, es la gestión del sector estratégico de los recursos naturales no renovables, para su aprovechamiento sustentable, conforme a la **Ley Orgánica de Empresas Públicas y la Ley de Hidrocarburos**, para lo cual intervendrá en todas las fases de la actividad hidrocarburífera, bajo condiciones de preservación ambiental y de respeto de los derechos de los pueblos.

Para el cumplimiento de su objeto podrá, constituir filiales, subsidiarias, unidades de negocio, o celebrar convenios de asociación, uniones transitorias, alianzas estratégicas, consorcios, empresas de coordinación u otras de naturaleza similar, con alcance nacional e internacional, y en general, **celebrar todo acto o contrato permitido por las leyes ecuatorianas**, que directa o indirectamente se relacionen con su objeto, con personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, públicas o privadas.

<sup>55</sup> **Art. 6.- Los sistemas de contratación de EP PETROECUADOR** se someterán a la **Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública**, con excepción de las diversas fases de la actividad hidrocarburífera que se regirán por la normativa prevista en la Ley de Hidrocarburos, su reglamentación y demás disposiciones aplicables en esta materia que se declaran vigentes y de plena eficacia. Tales sistemas de contratación también se podrán regir por la normativa que expida en lo futuro EP PETROECUADOR, facultándose a su directorio a realizar las reformas que considere pertinentes a los reglamentos vigentes.

referido decreto, se manda a que dichas regulaciones en definitiva estén en manos de un reglamento dictado simplemente por la misma empresa. Solo imaginen que el mayor ingreso nacional, el ingreso mayoritario del Presupuesto General del Estado y sobre todo el mayor movimiento de recursos estatales, está en manos de un directorio y su reglamento, que por mejor que sea no velará ni técnica ni científicamente por mantener los contenidos de los principios de la contratación pública, por eso una vez más insisto en la imperiosa necesidad de que este tipo de actividades del convivir nacional consten en la ley de la materia, esto es la LOSNCP.

## **6.5 LEY DE RÉGIMEN DEL SECTOR ELÉCTRICO**

### **6.5.1 Fecha de Publicación:**

10 de octubre de 1996. Registro Oficial Suplemento # 43.

### **6.5.2 breve reseña:**

Entiendo que esta norma prontamente será derogada, pero así mismo con seguridad las disposiciones relativas a contratación serán delegadas a los organismos de las distintas empresas, soslayando el sistema o régimen administrativo de contratación pública y sus principios.

En materia de energía eléctrica, el Ecuador ha sufrido un periplo que surgiendo de la iniciativa privada, pasando por la pública, generalmente a nivel seccional o de las municipalidades, paso a ser parte del Estado, para luego tratar de privatizar, sin lograrlo y por último estamos volviendo a la concentración del sector y al monopolio por parte del Estado, no encontramos un verdadero norte en el desarrollo del sistema eléctrico, pero a nuestro interés de estudio, vale señalar, que este ámbito productivo, siempre estuvo relegado a materia de reglamentos, dictados por los

organismos que regentaban estas entidades, como pasaremos a ver de inmediato. Estimo necesario que estos sistemas de contratación, sean recogidos en una ley, para que se sometan a las líneas y conductas de los principios que involucran el régimen de contratación administrativa, pues tan importante sector, no puede quedar al margen del control y la limitación, a los efectos de que la liberalidad no se convierta en regla, que vaya en desmedro de los grandes intereses nacionales.

### **6.5.3 artículos que hacen referencia a materia contractual:**

Al directorio del COLNELEC – Consejo Nacional de Electrificación- Conforme la letra n, artículo 13 de la Ley<sup>56</sup> en comento, le corresponde el otorgamiento de licencias, para las fases de generación, distribución y comercialización de la energía eléctrica, ejercer la potestad sancionatoria, conforme a reglamento, cuestión que es injurídica, puesto que conforme el ordenamiento vigente, este tipo de normas han de constar en una ley y no como está en la letra K de dicho artículo, que para mejor entendimiento consta de la nota al pie.

Nótese que en el artículo 21<sup>57</sup> se regula las controversias de las divergencias que puedan existir hasta de cara a los usuarios, que no somos

---

<sup>56</sup> **Art. 13.- Funciones y Facultades.-** El CONELEC tendrá las siguientes funciones y facultades: [...] k) Regular el procedimiento para la aplicación de las sanciones que corresponden por violación de disposiciones legales, reglamentarias o contractuales, asegurando que las partes ejerzan debidamente su derecho a la defensa sin perjuicio del derecho de ellas de acudir a los órganos jurisdiccionales competentes; [...] n) Otorgar permisos y licencias para la instalación de nuevas unidades de generación de energía y autorizar la firma de contratos de concesión para generación, transmisión o distribución al Director Ejecutivo del CONELEC de conformidad a lo que señale el Reglamento respectivo;

<sup>57</sup> **Art. 21.- Controversias.-** Toda controversia que se suscite entre: generadores, el transmisor, distribuidores, consumidores, el Centro Nacional de Control de Energía, con motivo del suministro de energía eléctrica o de los servicios públicos de transmisión y distribución de electricidad podrá ser sometida al procedimiento de arbitraje de conformidad con la Ley o ser sometidos al conocimiento y resolución del Director Ejecutivo del CONELEC. Las resoluciones que este adopte podrán ser apeladas ante el CONELEC. Esta resolución podrá ser impugnada ante los jueces competentes. [...]

De conformidad con la Constitución Política de la República, la Ley y las convenciones internacionales vigentes, en los contratos de concesión las partes podrán acordar que sus controversias sean

otros que los ciudadanos, que debemos tener mecanismos ágiles que garanticen el ejercicio de nuestros derechos y no vernos involucrados en procedimientos que en ocasiones resultan muy especializados o desconocidos o que están fuera de las técnicas jurisdiccionales modernas. En materia de controversias en la contratación pública, las garantías deben ser similares y homogéneas para todo tipo de contrato.

Luego se dan una serie de normas, que constan de sus artículos 31, 34, 39, 40,43, 45, 46 y siguientes, que hablan de los sistemas de concesión, de los sujetos, requisitos, caracteres, que más bien como tengo señalado a lo largo de esta investigación deben constar de una sola Ley, que facilitaría su manejo, conocimiento, aplicación y plena vigencia, con lo que los ecuatorianos estaríamos cubiertos de un sentido de seguridad jurídica, disposiciones que por su importancia y facilidad de estudio, me permito transcribirlas al pie de la página<sup>58</sup>, destacando las partes que estimo de

---

resueltas de manera definitiva por el mecanismo del arbitraje, nacional o internacional. Si las partes decidieren someter la controversia al arbitraje no podrán recurrir sobre el mismo tema a los tribunales jurisdiccionales [...]

<sup>58</sup> **Art. 31.- Obligaciones de las Empresas de Generación.-** Los generadores explotarán sus empresas por su propia cuenta asumiendo los riesgos comerciales inherentes a tal explotación, bajo los principios de transparencia, libre competencia y eficiencia. **Sus operaciones se sujetarán a los respectivos contratos de concesión o a los permisos otorgados por el CONELEC**, así como a las disposiciones legales y reglamentarias aplicables.

**Para asegurar la transparencia y competitividad de las transacciones, los generadores no podrán asociarse entre sí para la negociación de contratos de suministro eléctrico o su cumplimiento.** Tampoco podrán celebrar entre sí acuerdos o integrar asociaciones que directa o indirectamente restrinjan la competencia, fijen precios o políticas comunes. ...

**Art. 34.- De las Empresas de Distribución.- La distribución será realizada por empresas conformadas como sociedades anónimas para satisfacer, en los términos de su contrato de concesión, toda demanda de servicios de electricidad que les sea requerida.**

[... ] En el contrato de concesión se establecerán los mecanismos de control de los niveles de calidad de servicio, tanto en lo técnico como en lo comercial, y de identificación de las mejoras de cobertura. En ningún caso el Estado garantizará la rentabilidad del negocio, ni establecerá tratamientos tributarios especiales o diferentes a los que rijan al momento de la celebración del contrato.

**Art. 39.- Autoridad Concedente.-** El CONELEC por delegación del Estado, de conformidad con esta Ley y el reglamento respectivo, suscribirá los contratos de concesión para la generación, transmisión y distribución de la energía eléctrica. Mediante tales contratos los concesionarios prestarán estos servicios durante el plazo establecido en los mismos, cumpliendo las normas de que garanticen la eficiente atención a los usuarios y el preferente interés nacional.

El control y vigilancia del cumplimiento de los contratos de concesión corresponderá al Director Ejecutivo del CONELEC.



---

**Art. 40.- De los Concesionarios.-** Los proyectos a ser concesionados por el CONELEC mediante licitación pública, serán aquéllos que consten en el Plan Maestro de Electrificación aprobado por el CONELEC de conformidad a lo establecido en esta Ley.

[... ]El Estado ecuatoriano no garantizará a generador alguno la producción, precio, utilidad de la inversión y mercado de energía eléctrica. Sin embargo, el Estado por intermedio del Ministerio de Economía y Finanzas garantizará el pago a los generadores que, cumpliendo con los requisitos que prevé la Ley, suscriban contratos de compraventa de potencia y energía, esta última respaldada con su capacidad de producción, con empresas distribuidoras en las que las instituciones del Estado descritas en el artículo 118 de la Constitución Política de la República, tengan participación accionaria superior al cincuenta por ciento (50%) y el precio medio de la compraventa de potencia y energía sea al menos menor en un 10% que el precio referencial de generación (PRG) vigente al momento de la suscripción del contrato...

[...]En ningún caso se otorgarán garantías para contratos de compraventa de energía inferiores a cinco años [...]

**Art. 42.- Autorización para el Uso de Fuentes Primarias de Energía.-** En el caso de contratos de concesión para construir y explotar una central hidroeléctrica o explotar una ya existente, la concesión respectiva deberá contar con la autorización de aprovechamiento de las aguas en las zonas en que ellas resulten indispensables para los fines de la generación eléctrica, de conformidad con lo que dispongan las leyes respectivas sobre la materia y respetando los derechos de terceros...

**Art. 43.- Transferencia de la Concesión.-** Si el Estado decidiere no tomar a cargo el servicio público materia de la concesión, con anterioridad no menor de 18 meses a la fecha de finalización de ésta, el CONELEC procederá a convocar a licitación pública para otorgar en concesión la que ya finaliza, fijando para esto las nuevas condiciones para garantizar la eficiencia del servicio en el nuevo período.

El concesionario podrá participar en la nueva licitación pública siempre que el CONELEC califique previamente como adecuado el servicio prestado durante la vigencia del contrato.

El valor que deba cancelar el nuevo adjudicatario será íntegramente del Estado y formará parte del Fondo de Solidaridad, salvo que, los términos de la concesión original y del contrato de concesión respectivo, hayan contemplado como derecho del concesionario original el recibir, al término de la concesión, el valor de la reposición, menos la depreciación acumulada de los activos del proyecto concesionado, en cuyo caso se observará el proceso previsto en los incisos siguientes.

En forma previa a la convocatoria a licitación el concesionario, a su costo, procederá a efectuar una evaluación técnica del valor de reposición de los bienes de su propiedad afectos a la concesión.

Para llevar a cabo esta evaluación, el CONELEC, mediante concurso público seleccionará a una firma evaluadora idónea de reconocido prestigio y experiencia en el sector eléctrico.

El valor determinado por la firma evaluadora servirá como base mínima para la licitación de la nueva concesión, monto que se le entregará al concesionario saliente por la transferencia de los bienes al nuevo concesionario, en caso que el concesionario saliente no fuese el nuevo adjudicado. La diferencia entre el valor de reposición menos la depreciación acumulada y lo ofertado será del Estado y pasará a formar parte del Fondo de Solidaridad.

**Art. 45.- Del Mercado Eléctrico Mayorista.-** El mercado eléctrico mayorista (MEM) estará constituido por los generadores, distribuidores y grandes consumidores incorporados al Sistema Nacional Interconectado.

***Las transacciones que podrán celebrarse en este mercado son únicamente ventas en el mercado ocasional o contratos a plazo.*** El mercado eléctrico mayorista abarcará la totalidad de las transacciones de suministro eléctrico que se celebren entre generadores; entre generadores y distribuidores; y, entre generadores y grandes consumidores. Igualmente se incluirán las transacciones de exportación o importación de energía y potencia.

mayor relieve. Desde luego, cabe manifestar que, los temas que constan de estas normas, son los temas propios de la concesión, tanto de obra pública como de servicios, respecto de los beneficios que dicha figura de ser bien empleada otorga al desarrollo y progreso del Estado.

---

**Art. 46.- Contratos a plazo en el Mercado Eléctrico Mayorista.-** En el Mercado Eléctrico Mayorista, los contratos a plazo son los que libremente o mediante concurso público se acuerdan entre generadores y grandes consumidores y los que celebren los generadores y distribuidores, por un plazo mínimo de un año y a ser cumplidos a través del Centro Nacional de Control de Energía.

Dentro del plazo de 10 días posteriores a su celebración, los contratos a plazo deberán ser registrados en el CENACE y su vigencia se iniciará 20 días después de su registro.

Los contratos a plazo deberán ser cumplidos por los generadores independientemente del hecho de que sus equipamientos de generación hayan sido o no despachados por el Centro Nacional de Control de Energía. De no haber sido despachados, el vendedor cumplirá con su contrato por medio del generador que haya resultado despachado y percibirá el precio pactado contractualmente con sus clientes, abonando a su vez al generador que haya resultado despachado el precio que corresponda.

**Art. 47.- Mercado ocasional.-** Los generadores podrán vender energía en el mercado ocasional. Los generadores, distribuidores y grandes consumidores podrán, por su parte, comprar en el mercado ocasional. El Centro Nacional de Control de Energía, CENACE, comunicará a todos quienes intervengan en el mercado, el precio de venta de la energía para cada período horario, determinado como el costo marginal horario. Este precio será igual para todas las ventas realizadas durante el período de que se trate. A este precio se agregará el valor del cargo de capacidad o potencia establecido en el reglamento correspondiente, siempre y cuando esta potencia no esté comprometida en contratos. ...

**Art. 50.- Incumplimiento de las Obligaciones de Pago.-** La falta de pago de las facturas que se emitan como resultado de las liquidaciones realizadas por el Centro Nacional de Control de Energía producirá, de pleno derecho, una multa por día de demora en el pago que fijará la reglamentación respectiva y los correspondientes intereses legales. Transcurrido el plazo que fije la reglamentación sin que se hayan abonado la totalidad de las sumas adeudadas, el Centro Nacional de Control de Energía pedirá al CONELEC la terminación de la concesión de acuerdo al contrato respectivo.

**Art. 52.- Precios Libres.-** Los distribuidores y grandes consumidores podrán contratar el abastecimiento de energía eléctrica para consumo propio, con un generador o distribuidor, sin sujetarse necesariamente a las tarifas que fije el CONELEC. ...

**Art. 66.- Constitución y reformas de estatutos.-** Todos los actos y contratos para el perfeccionamiento de la constitución, fusiones o escisiones de las compañías de generación, transmisión y distribución eléctrica en las que tenga participación el Estado, así como los aumentos de capital, en la parte que corresponda al aporte de activos de propiedad de instituciones del Estado o la capitalización de cuentas a las que tuviere derecho, incluyendo expresamente las cuentas derivadas de mecanismos de revalorización o reexpresión monetaria, están exentos de todo tributo fiscal, municipal o especial, y no causarán gravámenes, impuestos, ni contribuciones especiales de ninguna naturaleza. *Estos actos y contratos se considerarán de cuantía indeterminada para efectos de pago de derechos notariales, derechos de inscripción o registro, y costos de afiliación o inscripción de las entidades a las que deban pertenecer por mandato legal.*

## **7 LEY DE CAMINOS :**

### **7.1 Fecha de Publicación:**

Publicada en el Registro Oficial No 285 del 7 de Julio de 1964.

### **7.2 Breve referencia:**

Esta Ley fue dictada, en el gobierno militar e inicio de los sesentas. De casi nada ha servido su vigor y vigencia, esencialmente debido la falta de aplicación, desconocimiento y hasta desidia de las autoridades de turno. En esta norma al igual que en las otras comentadas, se señala las facultades de contratación en el ámbito de las competencias ministeriales, esto es la obra pública, cuestión que debe estar sin duda contenida en la LOSNCP.

### **7.3 Artículos que se refieren a Contratos o Contratación Pública:**

Esta norma como queda dicho, en sus artículos 6, letra d; 7 letras e y la i y el artículo 54<sup>59</sup>, hace referencias de las autoridades competentes para los temas de contratación de obras de los caminos, así como su mantenimiento, locaciones que en mi visión por tratarse de contratos, que deben estar revestidos de los principios de estas actuaciones, en el Derecho Público Administrativo, deben constar en la LOSNCP.

## **8 LEY DE CONTRATOS DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA:**

### **8.1 Fecha de Publicación:**

---

<sup>59</sup> Art. 6.- Corresponde al Ministerio de Obras Públicas: [...] d) Celebrar los contratos relativos a caminos a cargo del Gobierno con sujeción a las leyes; esta facultad podrá ser delegada al Director General de Obras Públicas o a cualquier autoridad provincial.

Art. 7.- Corresponde al Director General de Obras Públicas: [...] e) Formular las bases de licitación para las obras relativas a los caminos que el Gobierno resolviere ejecutarlas por contrato; [...] i) Suscribir los contratos para cuya celebración le hubiere delegado el Ministro de Obras Públicas.

Art. 54.- El Ministerio de Obras Públicas podrá fijar cobrar peajes u otras contribuciones a cargo de todos los vehículos, tomando en cuenta de manera fundamental el peso o tonelaje de los mismos, la calidad y el uso de los caminos. Estas contribuciones se establecen para el mantenimiento vial.

El Ministerio de Obras Públicas procurará contratar dicho mantenimiento, preferentemente con las asociaciones de ingenieros legalmente organizados en el país.

Publicada en el Registro Oficial No 361 del 4 de Noviembre de 1982.

## **8.2 Contenido General:**

Esta norma se refiere a la Nace con la decisión de construir y mantener las Obras Públicas, tales como carreteras, vías, autovías, estacionamientos, puentes y túneles, considerando que el mantenimiento de la obra pública resulta imperativo para el desarrollo y progreso del Estado. Esta norma se anticipa con casi 12 años a lo que la Ley de Modernización del Estado señalará en sus contenidos, no está demás decir, que casi cayó en desuso, que no sea en un par de casos de utilización y vigencia de la misma.

## **8.3 Artículos que se refieren a Contratos y a Contratación Pública:**

Los artículos 1 y 2<sup>60</sup> hacen referencia a las obras de mantenimiento, a través de la concesión de obra pública, que más bien se debió llamar de servicios públicos, puesto que no se iba a construir nada, sino tan solo a proveer servicios de mantenimiento hace relación el 2 a las entidades encargadas de dicho cometido.

El artículo 3<sup>61</sup> ya habla de la discutida ecuación financiera en materia de concesiones, su financiamiento y la necesidad de adecuar estos procedimientos a lo que es la actual LOSNCP. Esta norma debe constar ya sistematizada, codificada dentro del sistema de contratación pública, así

---

<sup>60</sup> Art. 1.- La construcción y mantenimiento de obras públicas como autopistas, carreteras, túneles y estacionamientos, podrán realizarse mediante contrato de concesión de obra pública.

Art. 2.- El Estado y todas las entidades del sector público, que de acuerdo con las leyes, tengan a su cargo la ejecución de las obras indicadas en el Art. 1 de esta Ley, podrán celebrar contratos de concesión de obra pública de manera preferente con personas naturales o jurídicas nacionales que ofrezcan las mejores condiciones para los intereses del País.

También podrán celebrar contrato de concesión de obra pública con personas naturales o jurídicas extranjeras que estén legalmente autorizadas las que deberán concurrir asociadas con personas naturales o jurídicas nacionales, en los porcentajes mínimos que señale el Reglamento.

<sup>61</sup> Art. 3.- Para la celebración de un Contrato de Concesión de Obra Pública, se requerirá de Licitación, sin excepción alguna debiendo analizarse para la adjudicación, el costo de la obra y las condiciones de la financiación. En la Comisión Técnica a la que se refiere el Artículo 33 de la Ley de Licitaciones, participará obligatoriamente un experto financiero designado por la Contraloría General del Estado.

mismo en esta ocasión anoto algunos artículos que hacen referencia o remisión a la Ley de Contratación Pública y a las formas de terminación de la concesión, entre ellas al rescate, cuestiones que se encuentran estipuladas en los artículos 5, 10, 11, 12 y 13 de la Ley en comento<sup>62</sup>.

## **9. LA LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.**

### **9.1 Fecha de Publicación:**

4 de agosto de 2008. Registro Oficial Suplemento # 395.

### **9.2 Breve reseña:**

A lo mejor se llama a confusión, cuando nos ponemos a comentar esta ley, que es precisamente la que estimamos debe servir de matriz, por tanto la

---

<sup>62</sup> Art. 5.- La forma de recaudación de los valores correspondientes al uso del servicio, la amortización de la inversión y la utilidad razonable del concesionario, serán determinadas en las bases de la licitación y en el contrato.

Art. 10.- En concordancia con lo establecido en el Art. 51 de la Ley de Licitaciones y Concurso de Ofertas, el Estado o la entidad pública contratante, podrá declarar terminado el contrato de concesión de obra, y en este caso, después de hacer efectivas las garantías procederá a la liquidación respectiva, aplicando, lo dispuesto en el Art. 8 de esta Ley.

Art. 11.- El Estado o la entidad pública contratante podrá, si así conviene a los intereses nacionales, declarar terminado el contrato, por rescate anticipado de la concesión y asumir directamente el cobro del valor del peaje, pontazgo o uso del servicio.

Art. 12.- Extinguida la concesión, por rescate anticipado, la concesionaria tendrá derecho a percibir:

1. Las cantidades que hubiere invertido para la ejecución de la obra, deducidos los valores de amortización, percibidos por el concesionario;
2. Los valores que correspondan a los bienes afectados de la misma deducidos los costos de amortización acumulada;
3. El valor de los bienes no afectados a la concesión que la administración pública decida adquirir; y,
4. La compensación de lo que la concesionaria dejare de percibir, por concepto de utilidad razonable, según los términos del contrato.

Art. 13.- Declarada la quiebra o insolvencia del concesionario el Estado o la entidad pública contratante, entrará en posesión de todos los activos afectados al servicio público y asumirá su prestación y procederá de conformidad con lo previsto en el Art. 12 de esta Ley.

pregunta será de esta Ley, que es lo que se quiere que conste de los contenidos que en ella se señalan. Así es, pues aunque no parezca en esta misma norma, se envía a reglamentar unas cuantas materias que son propias de la legislación y que además por su importancia, deben constar de una norma con jerarquía legal<sup>63</sup>. Desde esta óptica, estimamos que más de una materia que consta de las excepciones del artículo 2 de la LOSNCP, debe constar al menos normado referencialmente o con un breve marco regulatorio, por la LOSNCP.

Además, existen normas que constan del Reglamento de aplicación a esta Ley, que contraviene su contenido y que más bien deben constar de la misma LOSNCP, para evitarnos inconstitucionalidades, que en el presente caso, resultaría impropio, por decir lo menos, puesto que cabe recordar que esta norma fue dictada por la Asamblea Nacional, cuando ejercía su rol de constituyente.

**9.3 Normas que la Ley remite al Reglamento:** Constan de modo general en el artículo 2 de la LOSNCP<sup>64</sup>, entre ellos está el de adquisición de

---

<sup>63</sup> A la luz del artículo 66, número 16 del texto constitucional, se estipula el derecho de libertad de contratación, derechos que deben estar normados por una ley, tal como lo señala el artículo 132 número 1 de nuestro Código Político.

Art. 2.- Régimen Especial.- Se someterán a la normativa específica que para el efecto dicte el Presidente de la República en el Reglamento General a esta Ley, bajo criterios de selectividad, los procedimientos precontractuales de las siguientes contrataciones:

1. Las de adquisición de fármacos que celebren las entidades que presten servicios de 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 COMPRASPUBLICAS;
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;

fármaco, los destinados a la defensa nacional, los contratos intraorgánicos y los de seguros. No se debe dudar que en todos los casos, para la adquisición de bienes, prestación de servicios, ejecución de obra, arrendamiento, se requerirá de las denominadas especificaciones técnicas, que se originan de las necesidades que deben ser cubiertas por la administración, a los efectos de satisfacer los requerimientos públicos y el logro del ansiado suma kawsay o buen vivir. Es innegable así mismo, que se requiere siempre, el que dicha contratación, cuente con los recursos suficientes y necesarios y con informe que deje claro el beneficio social, por último el marco referencial contractual, ha de dejar cobijado a la contratación del sometimiento a los principios, cánones y contextura de la norma legal, por ejemplo en materia de pagos, plazo, garantías, solución de controversias, etc.

Imaginen que está supeditado al buen criterio del máximo personero del INCOP, determinar cuál es el giro de los negocios normal de los negocios de todas las empresas públicas, caro encargo a dicho funcionario público.

#### **9.4 Normas reglamentarias que deben constar de la Ley:**

---

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 aplicará únicamente para el giro específico del negocio; en cuanto al giro común se aplicará el régimen común previsto en esta Ley.

La determinación de giro específico y común le corresponderá al Director Ejecutivo del Instituto Nacional de Contratación Pública.

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 accionaria o de capital superior al cincuenta (50%) por ciento, exclusivamente para actividades específicas en sectores estratégicos definidos por el Ministerio del Ramo.

Se debe observar el segundo inciso del artículo 27 del Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública<sup>65</sup>, publicado en el suplemento del Registro Oficial número 588 de 12 de mayo de 2009, manda otra forma de financiamiento y de evaluación de ofertas, la pregunta es, a fuer de aplicación de la Ley, se puede modificarla, desde luego que no al tenor de lo establecido en el texto de la constitución<sup>66</sup>, y tampoco cabe que asunto de tan grande relevancia, pase a formar parte de normativa secundaria y que depende de la voluntad de una persona y que en todo caso no representa el criterio u opinión del conglomerado social en su conjunto. Por esta razón se hace importante que el legislador mire con detenimiento las materias que está normando y luego como es que los reglamentos, distorcionan los mandatos del mismo.

## **10.LEY ORGÁNICA DE ADMINISTRACIÓN FINANCIERA Y CONTROL. LOAFYC**

### **10.1 Fecha de Publicación:**

Lunes 16 de mayo de 1977. Registro Oficial # 337.

### **10.2 Breve Reseña:**

Es la fiscalización gubernamental y por tanto el sistema de control, una de los elementos básicos dentro de un estado social de derecho. En el Ecuador, el control aunque incipiente nace con la República misma, a partir de su

---

<sup>65</sup> Art. 27 inc. 2° [...]Para cubrir la totalidad del proyecto o para complementar una parte del mismo, se admite la posibilidad de que se presenten propuestas de financiamiento otorgado por los propios oferentes, o por inversionistas, organizaciones estatales, u organismos e instituciones financieras o crediticias; situación que deberá constar de forma expresa en los pliegos. En dicho caso, el financiamiento ofrecido será uno de los aspectos a evaluar y calificar dentro de la determinación del mejor costo previsto en la Ley, de acuerdo a los parámetros que se señalen en los pliegos.

<sup>66</sup> Cabe anotar que, el artículo 132 de la Constitución, posibilita que a través de una norma legal, se delegue a los organismos públicos, la posibilidad de que puedan expedir normas de carácter general en materias de su propia competencia –reglamentos- sin que estén en la competencia de alterar o cambiar el contenido de las normas legales.



primera constitución, luego va tomando forma, con sistemas de control al gasto del erario nacional que era en principio practicado por el Parlamento, para en el gobierno del sabio presidente Dr. Isidro Ayora, que dicho sea de paso coadyuvo al fortalecimiento institucional del Estado, se crea la Contraloría General del Estado, se dicta la Ley Orgánica de Hacienda, que regirá por muchos años, a partir de su publicación, esto es el 16 de noviembre de 1927, en el registro oficial N° 448. En 1861, se crea el Tribunal de Cuentas, hasta ahora se tiene o se pretende tener a la Contraloría General del Estado como Juez de Cuentas.

La Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, se dicta en el año de 1977, esta norma revolucionó el sistema de control presupuestario y por tanto de la caja fiscal. A la actualidad, por la expedición de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, la LOAFYC tiene vigentes los títulos que se relacionan con: Administración Financiera del Gobierno Nacional, Sistema de Presupuesto, Sistema de Determinación y Recaudación de los Recursos Financieros, Sistema de Contabilidad Gubernamental, cuya aplicación de modo esencial corresponde a la cartera de finanzas de la función ejecutiva.

En esta norma, hasta la actualidad, están vigentes, normas que tienen incidencia extrema en la contratación pública, como es el tema e la disponibilidad de recursos y de los requisitos previos para asumir compromisos presupuestarios, en materia contractual.

### **10.3 Artículos que se relacionan:**

En primer lugar hay una serie de normas, que constan de los artículos 24, 29 y 48 de la LOAFYC<sup>67</sup>, sobre las competencias del Ministro de finanzas, en

---

<sup>67</sup> **Art. 24.- Atribuciones y deberes.-** Las atribuciones y deberes del Ministro de Finanzas, en materia de administración financiera, son fundamentalmente las siguientes:

11. Intervenir, en representación del Presidente de la República, en la celebración de los contratos que interesen a la administración financiera nacional, exceptuados los que por disposición expresa de la ley correspondan a otro ministro;

materia de administración financiera, para la celebración de contratos, para la contratación de asesoría técnica y para los empréstitos tanto nacionales como internacionales, cuyas partes más importantes, son las que constan el pie de página y que hablan de la relevancia de estas normas.

Ahora bien, sin lugar a dudas, los artículos más relevantes de esta norma y que tienen incidencia directa con la contratación pública, son el 56, 57 y 58<sup>68</sup>, referida a los compromisos, disponibilidad presupuestaria, obligaciones

---

**Art. 29.- Contratación de asesoría técnica.-** El Ministro de Finanzas contratará, cuando no cuente con especialistas, los servicios de personal técnico asesor, con respecto a cualquier campo técnico pertinente a sus funciones.

**Art. 48.- Ministro de Finanzas.-** Al Ministro de Finanzas le corresponde:

12. Proponer los límites del endeudamiento externo y someterlo a la aprobación del Presidente de la República;
13. Ejecutar la política gubernamental para la contratación del crédito externo, observando el requisito señalado en el numeral anterior;
14. Establecer las condiciones para el trámite y la contratación del crédito externo por parte del Gobierno Nacional y de las demás entidades y organismos del sector público;
15. Aprobar o rechazar las solicitudes que, para contratar crédito externo, deben presentar obligatoriamente las entidades y organismos del sector público;
17. Previos los correspondientes dictámenes del Procurador General de la Nación y de la Junta Monetaria, aprobar o rechazar los contratos de créditos externos que fueren presentados por las entidades u organismos del sector público y sobre los proyectos de decreto para la emisión de valores en monedas extranjeras que realicen dichas entidades u organismos;
20. Dictar las regulaciones que estime necesarias para la contratación de la deuda pública interna;
22. Determinar las características y condiciones para la contratación de la deuda pública interna en armonía con las previsiones y prioridades señaladas en los planes de desarrollo;

<sup>68</sup> **Art. 56.- Compromisos.-** La asignación presupuestaria se comprometerá en el momento en que la autoridad competente, mediante acto administrativo válido, decida adquirir de terceros bienes o servicios, o les encargue la realización de obras.

El compromiso subsistirá hasta que las obras se realicen, los bienes se entreguen o los servicios se presten. Sin embargo la misma autoridad que contrajo el compromiso, y mientras éste no se haya convertido en obligación podrá anularlo total o parcialmente.

Esta anulación podrá hacerse cuando el compromiso se considere inconveniente, innecesario o cuando se tenga la certeza de que no podrá ser cumplido, en todo o en parte.

Esta disposición podrá aplicarse también a los contratos legalmente celebrados por funcionarios públicos cuando se hubiere incurrido en compromisos; sin embargo, para esta anulación total o parcial por la autoridad correspondiente se requerirá informe favorable previo, del Procurador General de la Nación o del abogado asesor o procurador, según el caso.

**Art. 57.- Obligaciones.-** La obligación se genera y produce afectación presupuestaria definitiva en los siguientes casos:

1. Cuando se reciban de terceros obras, bienes o servicios adquiridos por autoridad competente, mediante acto administrativo válido, haya habido o no compromiso previo; y
2. Cuando ineludiblemente deban realizarse pagos sin contraprestación, de acuerdo con lo que dispongan las normas técnicas de presupuesto que dicte el Ministro de Finanzas.

y requisitos para contraer las mismas. Claro está que dichas normas han sido tomadas por las normas de Contratación Administrativa, mas no en la magnitud que debe entenderse en sus contenidos, respecto de las responsabilidades de los servidores, sobre el acatamiento de estos mandatos, por lo que estimo, deben constar en el cuerpo codificado de la norma general de contratación pública.

## **11.LEY DE MODERNIZACIÓN DEL ESTADO**

### **11.1 Fecha de Publicación:**

Viernes 31 de diciembre de 1993, en el Registro Oficial # 349.

### **11.2 FUNDAMENTO JURÍDICO E HISTÓRICO PARA SU EXPEDICIÓN.**

Esta norma aparece con el surgimiento de las ideas de la liberalización económica y como vimos líneas arriba, da paso a figuras de delegación a la iniciativa privada, a través de algunas figuras jurídicas administrativas, de las materias que el Estado tiene a su cargo, tales como servicios de energía, telefonía, vías, puertos y aeropuertos, esencialmente a través de la concesión. Nótese que, se estimaba que dicho régimen se consolidaría dando paso al fortalecimiento económico del Estado y buscar el cumplimiento de los grandes propósitos y cometidos. En realidad debido esencialmente al mal manejo de los sistemas de delegación y por pensar

---

**Art. 58.- Requisitos para contraer compromisos y obligaciones.-** Ninguna entidad u organismo del sector público, ni funcionario o servidor de los mismos, contraerá compromisos, celebrará contratos, autorizará o contraerá obligaciones, respecto de recursos financieros, sin que conste la respectiva asignación presupuestaria y sin que haya disponible un saldo suficiente para el pago completo de la obligación correspondiente.

Los contratos cuya ejecución deba durar más de un período presupuestario podrán celebrarse cuando el presupuesto vigente contenga la asignación y disponibilidad suficiente para cubrir el costo de la parte que deba ejecutarse en el período. Para el cumplimiento total de las obligaciones derivadas de estos contratos se establecerán asignaciones suficientes en los presupuestos de cada período subsiguiente.

que, la valoración del mercado en cifras infinitamente bajas, llevó a que dicho sistema colapse y no tenga el éxito deseado. La Ley ha pasado por dos textos constitucionales, sus figuras siguen vigentes, en materia de contratación pública y nos parece que sus textos deberían constar en la ley de dichas competencias, la materia y lo que es más las normas del reglamento a la Ley de Modernización, en materia de concesiones, deben estar en la LOSNCP.

### **11.3 Normas y artículos de contratación pública:**

Aún cuando las normas referidas a los procedimientos judiciales, en estricto sentido deben constar de las normas jurisdiccionales y procesales, en el artículo 38 de la Ley de Modernización del Estado<sup>69</sup>, que ha sufrido muchas reformas, debidamente analizadas por el estudioso Pablo Zambrano Albuja<sup>70</sup>, en lo que respecta a este estudio, cabe mencionarse que esto debe quedar establecido en la LOSNCP.

El artículo 46 de la norma<sup>71</sup>, hace referencia a los contratos de delegación, señala las condiciones y el tratamiento tributario a este tipo de

---

<sup>69</sup> **Art. 38.- 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 el 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 el reclamo que sobre el mismo asunto se haya propuesto por la vía administrativa.

<sup>70</sup> En su tesis referida a las controversias en materia de contratos administrativos, Pablo Zambrano, dibuja de manera clara, los parámetros procesales de dichas divergencias y analiza las reformas e interpretaciones del artículo 38 de la Ley de Modernización, a lo largo del tiempo.

<sup>71</sup> **Art. 46.- CONTRATOS.-** Los contratos de delegación contendrán las cláusulas necesarias para asegurar que los servicios públicos a prestarse atiendan los intereses de los usuarios y la preservación del ambiente. En ningún caso, el Estado garantizará la rentabilidad del negocio ni establecerá tratamientos tributarios especiales o diferentes a los que rijan al momento de la celebración del contrato. Las condiciones contractuales acordadas entre las partes no podrán modificarse unilateralmente durante la vigencia del contrato por leyes ni otras disposiciones de carácter general que se expidieren con posterioridad a su celebración.

contrataciones. Quizá la nota importante, es la obligatoriedad de que los contratos de delegación administrativa contengan cláusula arbitral. Al respecto se debe dejar claro que, la Ley de Mediación y Arbitraje, señala que puede someterse a dicha norma todo cuanto sea transigible, por tanto esos requisitos, resultan demás, si se considera que la voluntad de las partes es la que ha de llevar a la sujeción o no de tales requisitos. Otra cosa es que, en todo cuanto sea materia transigible las partes acuerden someterse a la norma arbitral, con su pleno conocimiento, conciencia y consentimiento, esencialmente debido a las bondades del sistema.

Los artículos comentados en el capítulo 2 tanto de la Ley como del reglamento, me eximen de hacer otros análisis en esta ocasión.

## **12.LEY ORGÁNICA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DEL ESTADO**

### **12.1 Fecha de Publicación:**

12 de junio del 2002.Registro Oficial Suplemento # 595.

### **12.2 artículos que se refieren a la contratación pública:**

a esta normas nos referimos brevemente en la reseña realizada a la LOAFYC, por ello en esta ocasión omitimos la relación directa a la misma. Se debe señalar antes del comentario de varios importantes artículos, que más allá de que consten en la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, algunas normas es importante que también consten en la de Contratación Pública, para un rápido conocimiento de quienes manejan este régimen, a efectos de que observen las responsabilidades que de la misma devienen, en tanto no se ciñan a los principios y mandatos del régimen jurídico

---

Todo contrato de delegación incluirá, necesariamente, una cláusula de arbitraje para la solución de controversias.

administrativo de la contratación. En este sentido es relevante destacar el articulado referido a los distintos tipos de responsabilidades y cuando hay lugar a las responsabilidades, cuestiones que se encuentran señaladas en los artículos 23, 39, 45 y 54 de la LOGGE<sup>72</sup>. Es así mismo de anotar los

---

<sup>72</sup> Art. 23.- Auditoría de obras públicas o de ingeniería.- Evaluará la administración de las obras en construcción, la gestión de los contratistas, el manejo de la contratación pública, la eficacia de los sistemas de mantenimiento, el cumplimiento de las cláusulas contractuales y los resultados físicos que se obtengan en el programa o proyecto específico sometido a examen.

Art. 39.- Determinación de responsabilidades y seguimiento.- A base de los resultados de la auditoría gubernamental, contenidos en actas o informes, la Contraloría General del Estado, tendrá potestad exclusiva para determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal.

Previamente a la determinación de responsabilidades administrativas y civiles culposas que se desprendan de los informes elaborados por las auditorías internas, la Contraloría General del Estado examinará el cumplimiento de los preceptos legales y de las normas de auditoría y procederá a determinarlas con la debida motivación, sustentándose en los fundamentos de hecho y de derecho pertinentes. De existir indicios de responsabilidad penal, se procederá de acuerdo a lo previsto en los artículos 65, 66 y 67 de esta Ley.

En todos los casos, la evidencia que sustente la determinación de responsabilidades, a más de suficiente, competente y pertinente, reunirá los requisitos formales para fundamentar la defensa en juicio.

La Contraloría General del Estado efectuará el seguimiento de la emisión y cobro de los títulos de crédito originados en resoluciones ejecutoriadas.

**Art. 45.- Responsabilidad administrativa culposa.-** La responsabilidad administrativa culposa de las autoridades, dignatarios, funcionarios y servidores de las instituciones del Estado, se establecerá a base del análisis documentado del grado de inobservancia de las disposiciones legales relativas al asunto de que se trate, y sobre el incumplimiento de las atribuciones, funciones, deberes y obligaciones que les competen por razón de su cargo o de las estipulaciones contractuales, especialmente las previstas en el Título III de esta ley.

Incurrirán en responsabilidad administrativa culposa las autoridades, dignatarios, funcionarios o servidores de las instituciones del Estado que, por acción u omisión, se encontraren comprendidos en una o más de las causales siguientes: [...] 4. Exigir o recibir dinero, premios o recompensas, por cumplir sus funciones con prontitud o preferencia, **por otorgar contratos a determinada persona o suministrar información**, sin perjuicio de la responsabilidad penal a que hubiere lugar; [...] 13. Disponer o ejecutar, sin tener atribución, el cambio de planes, programas y estipulaciones relativas a la ejecución de los contratos; y [...]

**Art. 54.- Responsabilidad en los procesos de estudio, contratación y ejecución.-** Las autoridades, dignatarios, funcionarios y servidores que tengan a su cargo la dirección de los estudios y procesos previos a la celebración de los contratos públicos, tales como de construcción, provisión, asesoría, servicios, arrendamiento, concesiones, delegaciones, comodato y permuta, serán responsables por su legal y correcta celebración; y aquellos a quienes correspondan las funciones de supervisión, control, calificación o dirección de la ejecución de los contratos, serán responsables de tomar todas las medidas necesarias para que sean ejecutadas con estricto cumplimiento de las estipulaciones contractuales, los programas, costos y plazos previstos.

La Contraloría General del Estado establecerá las responsabilidades a que hubiere lugar en esta materia.

temas referidos a las responsabilidades de orden administrativo y penal, que constan de los artículos 65, 66 y 67 de la comentada norma.

## CAPÍTULO IV

**Marco referencial, para la elaboración de una Ley General de Contratación Pública. Ámbito de aplicación. Tramite precontractual. La selección del contratista, adjudicación del contrato. Elementos del contrato. Ejecución, terminación, controversias y solución de los conflictos contractuales**

Lo primero en un tema como el presente, es ponerse a reflexionar que no existe una norma única o codificada que regule el ámbito de la Contratación Pública en el Ecuador; perdido este resquemor de cambiar a lo mejor una Ley plagada de buenas intenciones, es importante reflexionar que el texto ha de ser de lo más amplio posible y que abarque todos los ámbitos del quehacer administrativo en este tipo de actuaciones. De otra parte, desde luego que la norma ha de guardar el rigor de la modernidad, esto es constará de la misma todo tipo de principios, así como cautelas de orden tecnológico, que hagan del sistema una herramienta apropiada para el pronto, eficaz y eficiente desenvolvimiento de la administración pública, cuidando que, sean respetados y cumplidos los principios de los sistemas contemporáneos de la contratación, que han de redundar en el desarrollo y progreso del Estado.

### **1. Ámbito de aplicación**

Si nos atrevemos a hacer por libros el texto de la Ley, la primera cosa es ir determinando cuáles, sobre que ámbitos, sobre que materias, cuestión que al menos siguiendo la contextura de nuestro Código Civil, con un **título preliminar**, en el que se aborden los ámbitos de las definiciones comunes, los principios, la forma de interpretación de los contratos, su ámbito de aplicación que no será precisamente como hemos visto el criterio organicista el que deberá primar, sino más bien las normas de carácter material u



objetivo. Deben desde luego constar las contrataciones excluidas de este ámbito, que serán precisamente las del derecho privado.

Se vuelve imperativo, como lo hemos reseñado definir cada uno de los tipos de contrato, así el de ejecución de obras, el de suministros, de prestación de servicios, el de expropiación, el de concesión, etc., con todos sus elementos, características, naturaleza, bondades, efectos, señalando y disponiendo con claridad el régimen jurídico al que debe sujetarse cada una de estas actuaciones administrativas.

## **2. Tramite precontractual.**

Líneas arriba en este capítulo, nos referimos a nuestra experiencia en la necesaria motivación para contratar, no es que se debe contratar por contratar, esto debe responder a cumplir con la satisfacción de una necesidad pública, para el logro del buen vivir, por tanto han de preceder estudios de orden técnico, económico y además jurídico. En los estudios técnicos amen de los planos, diseños, estudios de orden socio económico y del coste beneficio que el bien, la obra, el servicio o suministro van a brindar.

Dentro de este estudio se debe prever condiciones estadísticas, en qué consiste el contrato como unidad, sus beneficios, si se puede adjudicar por partes, ítems o etapas, con el fin de someter al proceso licitatorio, de concurso de ofertas, de precios, la factibilidad de realizar la ejecución contractual por administración directa, o si es mejor un contrato llave en mano, todo estos es menester que los estudios indiquen, para evitar titubeos, molestias o discrepancias, que jueguen con la bondad de los beneficios que a la hora final traerá el objeto e la contratación.

A los estudios, irá el tema del financiamiento, esto es el pago, de donde devienen los recursos, si el contrato es financiado con presupuestos propios de los entes públicos, si se trata de una concesión, el precio a pagarse a través de una tarifa como va a ser fijado, etc., pero de modo esencial, los departamentos financieros deben señalar con precisión, los beneficios de orden económico que conlleva la realización y ejecución de tal contrato, en todos los órdenes.

Es importante en mi visión, dejar claro el órgano, autoridad o autoridades que deben aprobar el expediente previo a la contratación, para evitar concentración y acumulación en muchos de los casos, logrando procesos de descentralización y desconcentración, para que, en los entes públicos en donde exista necesidad de abundantes contratos, los máximos organismos o personeros, tengan a cargo la aprobación de la contratación de importancia o que los presupuestos referenciales resulten altos.

Habrán procedimientos comunes, especiales, excepcionales, urgentes, procedimientos complejos, más o menos rápidos e inmediatos, que deben ser catalogados con la dificultad de elaborar una oferta, existirán contratos que por causas emergentes deberán reducir sus plazos, pero en todos los casos debe actuarse con racionalidad, contando con los principios de transparencia, publicidad, libertad de contratación, a los efectos de evitar las famosas contrataciones a dedo o que se sabe de antemano quién será el oferente adjudicado. Cada uno de estos trámites, por tanto deberá tener sus propias particularidades y características.

Ahora bien, la redacción de pliegos no debe ser aprobado por un ente u organismo en particular, en estos casos la administración pública debe actuar en conjunto y por tanto de modo participativo, si se quiere en reunión de gabinete o en sesión de las asociaciones de municipalidades, etc., y así

debe constar en la Ley, se debe aprobar los pliegos y formatos marco de los procesos precontractuales, a efecto de que la administración se nutra a sí misma. Nótese que en los pliegos ha de contar a nivel de detalle las particularidades de la contratación, sus prescripciones técnicas, el cumplimiento de la normativa técnica tanto nacional como internacional, a los efectos de lograr normalización y homogeneidad en la ejecución contractual; a la aprobación de los pliegos por parte del comité debe preceder la aprobación de todos los organismos estatales, esto es la municipalidad, el Ministerio de Ambiente, el de Obras Públicas, el de Salud, según el caso corresponda, para evitar tropiezos que en la etapa de adjudicación y peor aún en la de ejecución produzcan desequilibrios que atenten con la estabilidad contractual.

En todos los órganos de la administración pública, vale decir del Estado – para evitar confusiones- debe existir un órgano de contratación, que actúe de modo desconcentrado, evitando abusos y permitiendo la participación del más variado personal, al que deberá capacitársele y dotarle de herramientas que le permitan cumplir a cabalidad sus cometidos, como miembros de los comités de contratación, de distinto nivel.

Solo cuando se estime que los pliegos están muy bien definidos y completos, se debe pedir la asignación presupuestaria pertinente o la aprobación de la fijación del precio a través de tasa, para el cobro al usuario mediante el pago de tarifa, peaje o pontazgo según el caso.

Concluidos los pliegos, estos pueden pasar a ser conocidos por los posibles oferentes, esto es antes de convocar al concurso, con el objeto de que puedan realizar atinadas recomendaciones o sugerencias y en ocasiones pedir cambios que sean racionales o mostrar su inconformidad. En esto es interesante en mi visión contar con la asistencia de los gremios

profesionales, de trabajadores, productivos, o de provisión, a todo nivel, grandes, pequeños y medianos, pero de que el conocimiento de lo que se va a hacer, no daña, sino que exterioriza una voluntad de transparencia en el sistema que puede lograr evitar corrupción, en definitiva los pliegos una vez elaborados no pueden ser secretos, deben ser publicitados y conocidos por todos los posibles interesados.

Me parece importante en cada tipo de contrato, hacer un clasificador, así en el de obras, las de infraestructura, como vías: calles, caminos, carreteras, autovías, autopistas, puentes, túneles, etc., en edificaciones: de salud, de educación, medioambientales, de desarrollo comunitario, de abastos y almacenamiento, etc.; en materia de mantenimiento, es menester ver las reparaciones, las restauraciones, la rehabilitación, etc., a los efectos de que los contratistas vayan especializándose en cada uno de los campos del convivir, y así en suministros y servicios.

Por último debe quedar clara la responsabilidad de quienes han elaborado y aprobado estos documentos y las sanciones de todo orden, para evitar abusos y arbitrariedades, así como la impavidez en el ejercicio ágil de sus competencias, funciones y responsabilidades, con esto se evitará corrupción.

De modo posterior, se debe abrir el proceso de participación de los oferentes, tómesese en cuenta que en mi visión todos son importantes emprendedores, que deben ser previamente calificados, considerando sus calidades tanto legales, económica y técnica, sopesando en la evaluación previa cada uno de dichos componentes. El posible contratista u oferente, deberá examinar con detenimiento todos los pliegos, las condiciones técnicas, económicas y el contenido del contrato, realizar en el periodo previsto todo tipo de observaciones, mismas que deberán ser comunicadas

por los medios informáticos, esto es en un portal a todos y cada uno de los participantes. Las contestaciones, absoluciones y demás, pasarán a formar parte vinculante en el sistema de pre contratación y entraran como componentes del contrato. Si existen muchas observaciones de fondo – estudios incompletos, no reales, consideraciones que salen de lo normal-, hay que determinar la invalidez del proceso, a costa de quienes elaboraron los pliegos.

### **3. La selección del contratista, adjudicación del contrato.**

Cierto es que de modo general, el acto de adjudicación es discrecional, pero para llegar al mismo se debe cumplir un rigor, que esté a tono con los principios que hemos venido de una u otra forma señalando a lo largo de este estudio. Lo primero es la transparencia, nada puede ser en este mundo globalizado, con sistemas telemáticos, de información rápida y a tiempo real, secreto, en todos los casos debe existir intermediación, con la presencia de todos los interesados, dando a todos los posibles contratistas un trato igualitario, no discriminatorio y transparente.

A pesar de todo lo dicho en el apartado anterior, hay que saber que de cara al interno de la institución, esto es los miembros de los órganos de adjudicación y su personal, han de guardar reserva y confidencialidad, para evitar filtración de información, que vaya en desmedro de tal o cual oferente.

Esto que a continuación digo, puede causar urticaria, pero todas las ofertas pueden ser ajustadas en cuanto al precio, pero no a las condiciones técnicas, requisitos o características de la oferta, eso no se puede cambiar, y en cuanto al precio, siempre ha de ser racional y que garantice la efectiva ejecución del objeto del contrato. En el tema del precio, cuestión que guarda relación con la formula de equilibrio financiero, estimo que se debe dar la

importancia que corresponde, de tal suerte que una oferta por más bien presentada que esté en la parte técnica, no podrá merecer adjudicación, si su previo no asegura el cumplimiento razonable del contrato.

El plazo de ejecución contractual, merece ser discernido, de modo general las ofertas se presentan para laborar durante los días hábiles, en horas hábiles, con lo que el tiempo se reduce a menos del 20% del espacio útil, si el año tiene 365 días, y el día 24 horas, pues se debe prever trabajar de modo constante, continuo y permanente, soslayando claro está las condiciones o circunstancias imprevistas por fuerza mayor o caso fortuito, pero los avances tecnológicos, nos permiten acelerar el cumplimiento de los objetivos.

Toda propuesta u oferta, debe ceñirse de modo estricto a los pliegos, a las aclaraciones realizadas, en su oportunidad, las fórmulas de fijación del precio debe ser muy clara, y por tanto en los formularios, debe quedar dicho el precio con iva y sin iva, lo mismo respecto de la fijación de la tarifa, el peaje o el pontazgo.

Nótese que se puede tomar como procedimiento para la adjudicación la denominada subasta electrónica, de modo esencial para el tema de suministros. En el tema de los implementos y herramientas electrónicas a utilizarse, se debe señalar de antemano las condiciones en las que los oferentes van a pujar y los dispositivos electrónicos de los que se van a servir para la misma, en la experiencia, las reglas del juego deben quedar claras, a los efectos de que exista equidad, transparencia, libertad e igualdad entre los proponentes.

La adjudicación, debe mirar la calidad, el plazo más conveniente, las condiciones e financiamiento si existen, el precio debe ir en relación al

beneficio a encontrar, la funcionalidad de la obra, sus características, las asistencia técnicas, los costos del mantenimiento de equipos, si es el caso, de los repuestos, la tecnología a utilizarse, etc., por tanto el criterio de adjudicación no debe ser uno solo, esto es el precio, sino el conjunto de lo ofertado y claro está el precio será uno de los componentes para otorgar el contrato.

Los criterios deben ser claros y eso precisamente ha e contener la Ley, para evitar subjetividades, siempre deberá existir comités como deje dicho líneas antes, en el que sugiero esté el delegado de la máxima autoridad, sino él mismos en los asuntos de gran importancia, el abogado de la entidad, Procurador, Director, Asesor Jurídico, o su delegado y un representante de la instancia técnica administrativa de la requisición, además s debe contar con un técnico de los gremios profesionales y por último un representante de los organismos de control externo, vale decir de la Contraloría General.

El sistema de negociación contractual, debe estar claramente definido, en cada tipo de contratos y dependiendo del tipo de procedimiento al que se encuentre sometido, así los comunes, especiales o excepcionales, en los que deberá estudiarse de modo claro y concreto la calidad, idoneidad, experticia, soporte económico, bondades de la oferta, en todos sus aspectos, medio ambiente, antropológico, social, económico, estudio que como digo deberá ser considerado de modo previo, solo con el conocimiento claro y concreto, se puede entrar a discutir el precio, como he indicado nunca las condiciones técnicas, que serán de responsabilidad del contratista. No se deberá conversar con quienes no reúnan los requisitos de los pliegos y tampoco con quienes propongan precios irracionales, sean altos o bajos, la razonabilidad en el precio está ligada el cumplimiento del objeto contractual, a su estabilidad, solo ahí se podrá entrar a negociar el precio, esto debe

constar de la Ley, a los efectos de que quienes se desubiquen el precio, entiendan de la seriedad y responsabilidad con la que se maneja el sistema.

En mi experiencia y debe ser materia de las disposiciones legales, todos los miembros del comité, durante el tiempo que estimen, siempre no más de 5 días, podrán estudiar, analizar, pedir informes, asesorarse, etc., y señalar un día en el que se deberá proceder a la adjudicación. Los miembros del comité no podrán abandonar la mesa, hasta la firma del acta correspondiente y que se suba al portal la resolución correspondiente, las decisiones del comité causan ejecutoria y no podrán ser revisadas por los mismos personeros, sino previo procedimiento e impugnación de terceros afectados.

Sobre como formalizar el contrato, en líneas generales nos referimos antes, empero en este punto, es bueno recordar que eso debe responder a la complejidad, a la cuantía, a los tipos de garantías, etc., siendo que cada tipo de contrato tendrá su propia especificidad en la forma y formalización contractual.

#### **4. Elementos del contrato**

En un primer libro, propongo consten los elementos del contrato, sin contar el elemento subjetivo y el régimen jurídico, que son tratados de forma general en el título preliminar, entonces aquí puede ir en primer lugar la definición de la necesidad de la contratación, su justificación; de otra parte, el plazo contractual y a qué condiciones debe obedecer la duración de los contratos.

Incumbe señalar de modo apropiado y racional, los asuntos referidos al precio, forma de pago, anticipo, a que criterios obedece el financiamiento contractual y sobre todo la formulación de la ecuación de equilibrio



económico que, por nada debe dejar de lado el cumplimiento razonable del contrato, a un precio adecuado que garantice que la obra se ejecute, que el servicio se preste y el bien sea entregado, dentro de las condiciones requeridas. La denominada libertad de pactos, debe hacerse presente en este tipo de normas, a los efectos de que el contratista colaborador del Estado, no enfrente situaciones que hagan peligrar la estabilidad contractual. Se debe considerar que el precio referencial debe obedecer a cuestiones de prolijidad técnica y científica, que impidan el abuso, pero que así mismo no permitan contratar con quién no tenga seriedad en realizar una oferta apropiada, esto es el precio no debe ser el indicador esencial para la adjudicación, como lo es ahora, porque ello resulta pernicioso y está en contra de la verdadera finalidad del Estado, que no es precisamente la de enriquecerse sin causa.

Las garantías de orden técnico, económico y en los casos que corresponda, de repuestos y mantenimiento, debe quedar claramente establecida en la Ley, procurando siempre la mejor tecnología, capacitación y entrenamiento para los operadores, en los temas de orden económico, garantías que aseguren el resarcimiento el daño.

Dentro de este libro propongo, conste una norma regulatoria, que señale el contenido del contrato, cierto que en la actualidad el INCOP entrega contratos marco o tipo, pero otra cosa es que estos contenidos, desde luego no ampulosos, consten de la Ley.

Es importante que, como en la actualidad se indique las formas de estipular los contratos, escritura pública, por escrito, con el número de copias que sean necesarias, que copias y en qué número se enviará a los organismos de control y supervisión, que pagos deben operar.

En este punto, ya que se está hablando de la formalización contractual, esto es del perfeccionamiento de esta forma de actuación administrativa, es interesante señalar las condiciones que pueden determinar la invalidez del contrato y en sede gubernativa quien debe declarar de modo sumario y por tanto inmediato dicha invalidez, desde luego guardando las reglas del debido proceso.

Otro aspecto importante, es dibujar en la Ley, cual es el órgano que contrata, sus competencias, responsabilidades y funciones; así mismo del lado de los contratistas, sus capacidades, experticia, apalancamiento económico; dando desde luego posibilidad de que los pequeños empresarios, productores o proveedores puedan acezar al sistema.

Ha de estar establecidas las prohibiciones y sanciones para contratar con el Estado, es decir la solvencia del futuro contratista debe garantizar total idoneidad, a los efectos de que exista confianza pública en su designación.

## **5. Ejecución, terminación, controversias y solución de los conflictos contractuales.**

Todo contrato es ley para las partes y deberá cumplirse al tenor de las cláusulas en él estipuladas, desde luego que las prerrogativas establecidas en la Ley, siempre van a beneficiar a la administración pública, siempre con un sentido de equilibrio.

Ahora bien las prerrogativas deben constar precisamente en la Ley, esto es quién es el interprete del contrato, en sede administrativa y judicial, cuales los parámetros de dicha interpretación; debe estar señalado en la norma jurídica quién tiene facultad para declarar la terminación anticipada de un contrato, su modificación y la administración del mismo, se debe señalar de modo claro el procedimiento para tales efectos, en un contrato ya no se

puede actuar unilateralmente, debe considerarse el criterio del cocontratante, los informes con los que se debe contar para la adopción de decisiones, etc., siempre guardando como hemos señalado, las fórmulas del debido proceso y sus garantías.

Como se produce la demora, desde que fecha debe contarse el plazo, las penalidades de incumplimiento, quién las impone, las fórmulas de imposición y sobre todo el procedimiento, cuestión que debe constar en la Ley.

Los casos de justificación de la demora, los temas referidos a la fuerza mayor y caso fortuito, su forma de interpretación y aplicación normativa, la prórroga del plazo y los temas de imputabilidad o inimputabilidad, que pudiesen dar como resultado el que se declare la terminación del contrato, por resolución, rescisión, rescate, etc.

La ley debe establecer cómo se procederá a la liquidación contractual, a las indemnizaciones mutuas, es importante anotar el principio de riesgo y ventura, el de la cláusula penal enorme, el enriquecimiento por parte del Estado sin causa justa, etc.

Especial atención se debe poner en la Ley, en el señalamiento de cómo se procede al pago del objeto contractual, que es el efecto más importante desde la visión del contratista, en mi experiencia la obstrucción para el cobro lo único que acarrea es corrupción, porque mal que lo diga, pero se crean dificultades para vender facilidades. Desde luego que previo al pago, el contratista ha de demostrar estar al día en el pago y cumplimiento cabal de sus obligaciones, de cara a sus trabajadores, al seguro social, a la banca pública, al fisco, a los organismos seccionales, etc., además del pago a los subcontratistas, suministradores y proveedores en general, esto asegura la buena ejecución contractual y la solidez y solvencia del contratista, en todo

caso, debe quedar claro que los contratistas no pueden vender sus créditos u obligaciones con la administración pública, esto es, no se puede ceder el cobro.

Debido al principio ya estudiado del *ius variandi*, todo contrato admite modificación en beneficio público, también se puede ampliar, lo que no se puede es sustituir el objeto del contrato, si el contrato es sinalagmático, las partes pueden convenir en cambios y dejar claramente estipulados los mismos, desde luego todo cambio a de merecer los informes de orden técnico, económico y sobre todo jurídico, así como la aprobación de las autoridades a quienes compete.

Por motivos de fuerza mayor, extraño a las partes, las mismas pueden convenir en la suspensión, pero el tiempo no ha de pasar de lo prudente, si el contrato se suspende definitivamente hay que liquidar y extinguir las obligaciones que del mismo se hubiesen derivado.

Otro tema importante es la terminación de los contratos, cuestión que está bastante bien diseñada en nuestra legislación, con excepción de los contratos de concesión, el rescate y la terminación unilateral.

En los contratos según su naturaleza, se estipulará una o varias recepciones, los de obra ameritan siempre al menos dos recepciones, y debe mediar entre las dos un tiempo no menor de ocho meses, para medir la calidad de los materiales y las bondades de las instalaciones. Soy del criterio que la recepción definitiva de algo, en materia de obra pública en general, al menos se debe realizar seis meses después de usarla o que haya entrado en funcionamiento, solo allí se puede determinar las bondades de la misma.

Lo importante en los temas de ejecución y terminación de los contratos, es definir en cada caso como se ha de proceder, pues la naturaleza de los mismos difiere, por tanto, no es posible ir aplicando una ley de obras para el tema de suministros, o una norma de concesiones para el tema de consultoría, cada contrato, a definir y establecer de modo muy claro la contextura normativa, para la ejecución y forma de terminación del mismo.

En este libro debe constar todo lo referido a los órganos de control y registro de los contratos, tales como el Instituto de Contratación Pública, La Contraloría General del Estado y la Procuraduría General, con sus competencias y atribuciones específicas para los asuntos contractuales. En el caso del INCOP, debe constar la organización y funcionamiento.

Así, llegamos a la parte final, referido a las discrepancias, que debe plantearse, en sede administrativa o gubernativa, sede jurisdiccional o judicial y sede constitucional, definiendo con absoluta claridad los parámetros de las reclamaciones, sus procedimientos y observando el rigor de las garantías del debido proceso. En todo caso los reclamos deben ser en vía sumaria, de modo rápido, que en todo caso hasta la

En el orden judicial, es decir cuando no se haya tenido éxito en la vía administrativa o al simple criterio del contratista se ha de acudir a la vía judicial, sin lugar a dudas, la sede ha de ser el Contencioso Administrativo, el procedimiento debe ser sumario, debe quedar legislado que con la demanda se presente las pruebas y tan sólo en caso excepcional se pueda presentar pruebas con posterioridad. La contestación a la demanda debe hacerse en un tiempo corto, de diez a quince días, se puede reconvenir. Debe haber lugar una audiencia de sustanciación, en donde el Juez o Sala, determinará en la misma audiencia la actuación de pruebas, no será aún en los casos más complejos el tiempo de prueba mayor de 90 días. Se debe poner capital

importancia en los sistemas de liquidación contractual, tal como lo dijimos con anterioridad. La sentencia de modo obligatorio debe dictarse a más tardar cuarenta y cinco días luego de concluida la prueba, de suerte que, la fase judicial no demore más allá de ciento ochenta días. Las sentencias deben reunir los cánones tanto formales como científicos de la interpretación y aplicación del derecho, para que vaya creándose a través de la jurisprudencia doctrina que ayude al enriquecimiento técnico científico y sobre todo a buscar soluciones en casos análogos, sin necesidad de asistir a las instancias judiciales.

La casación debe admitirse tan solo en los casos que, se entienda que las cuestiones realmente atacan al fondo jurídico de la sentencia, de lo contrario, se debe desechar cualquier tipo de incidente, así sea del contratante Estado.

La idea en todo caso, es realmente señalar procesos ágiles, que den respuesta a la pronta solución de los conflictos, sin descartar la posibilidad cierta de recurrir a mecanismos más ágiles en la solución de conflictos, tales como la negociación, mediación, conciliación y el arbitraje, que en ningún caso deben ser desestimados y más bien tomados como mecanismos y herramientas para la solución ágil de las controversias.

**Tema final:**

## **CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES:**

A lo largo de las reflexiones de este ensayo, hemos llegado a las siguientes conclusiones radicales:

1. La legislación en materia de contratación, se encuentra dispersa en varios cuerpos normativos;
2. No existen definiciones claras para cada uno de los tipos contractuales;
3. Las normas en los ámbitos de mayor complejidad y valor, están referidos en simples reglamentos y hasta en normativa interna;
4. La jurisprudencia y doctrina en materia contractual es esquivada, por no decir casi inexistente;
5. En materia de controversias, no existe un procedimiento propio para este tipo de disquisiciones; y,
6. Los órganos de control, deben tener suficientes herramientas para el cumplimiento de sus cometidos.

De lo dicho tan solo cabe señalar como recomendación, el hacer una nueva ley única, codificada, por libros, tal como lo hemos propuesto en nuestro estudio, que enfoque de manera clara y sistemática, la complejidad de esta actividad de la administración pública.

## Bibliografía

- Agirreazukuenaga, I., Chinchilla, C., Flores, F., Hernández, A., Morales, M., Pantoja, R. y Pérez, E. (2005): *Descentralización, Administración Pública y Constitución*, Quito-Ecuador, Corporación Editora Nacional.
- Alessandri Rodríguez, A.: *De los Contratos*, Chile, Editorial Jurídica de Chile.
- Andrade Ubidia, S., Trujillo, J. y Viciano Pastor, R. (2004): *La Estructura Constitucional del Estado Ecuatoriano*, Quito-Ecuador, Corporación Editora Nacional.
- Aráuz, L. (2009): *Derecho Petrolero Ecuatoriano*, Quito-Ecuador, Comité de Empresa de Trabajadores de PETROPRODUCCIÓN.
- Brenes Córdoba, A. (1998): *Tratado de las Obligaciones*, San José-Costa Rica, Juricentro.
- Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (2009): *Tratado de los Contratos*, Valencia-España, Tirant lo Blanch.
- Bercaitz, M. (1980): *Teoría General de los Contratos Administrativos*, Buenos Aires-Argentina, Depalma.
- Cabanellas de las Cuevas, G. y Kelly, J. (1987): *Contratos de Colaboración Empresaria*, Buenos Aires-Argentina, Heliasta.
- Cassagne, JC. (2005): *El Contrato Administrativo*, Buenos Aires-Argentina, LexisNexis.
- Dromi, R. (1999): *Licitación Pública*, Buenos Aires-Argentina, Ciudad Argentina.
- Dromi, R. (2006): *Derecho Administrativo*, Buenos Aires-Madrid-México, Ciudad Argentina – Hispania Libros.
- Echandía, D. (2002): *Teoría General del Proceso*, Buenos Aires-Argentina, Universidad.



- Fernández Vázquez, E. (1981): *Diccionario de Derecho Público, Administrativo, Constitucional, Fiscal*, Buenos Aires-Argentina, Astrea.
- Fernández Ruiz, J. (1997): *Derecho Administrativo*, México D.F.-México, McGRAW-HILL.
- García de Enterría, E. y Ramón Fernández, T. (2004): *Curso de Derecho Administrativo. II Tomo*, Madrid-España, Thomson-Civitas.
- Guerra Ramos, C. (2010): *Fiscalización Gubernamental*, Loja-Ecuador, Editorial de la Universidad Técnica Particular de Loja.
- Linares, M. (2002): *El Contrato Estatal*, Lima-Perú, Grijley.
- Monroy Cabra, M. (1996): *Introducción al Derecho*, Santa Fe de Bogotá-Colombia, Temis.
- Morales Tobar, M. (2010): *Derecho Procesal Administrativo*, Loja-Ecuador, Editorial de la Universidad Técnica Particular de Loja.
- Mosset Iturraspe, J. (1961): *Manual de Derecho Civil, Contratos*, Buenos Aires-Argentina, Editorial Bibliográfica Argentina.
- Ospina Fernández, G. y Ospina Acosta, E. (2000): *Teoría del Contrato y del Negocio Jurídico*, Bogotá-Colombia, Temis.
- Penagos, G. (1977): *El Acto Administrativo*, Risaralda-Colombia, Quingráficas.
- Ruiz Ojeda, A. (2006): *La Concesión de Obra Pública*, Málaga-España, Aranzadi.
- Salgado Pesantes, H. (2009): *Derechos y Garantías Constitucionales*, Loja Ecuador, Editorial de la Universidad Técnica Particular de Loja.
- Salguero Basto G. (1983): *Contratos Administrativos*, Bogotá-Colombia, Temis.
- Santofino Gamboa, J. (2004): *Tratado de Derecho Administrativo*, Bogotá-Colombia, Editorial de la Universidad Externado de Colombia.

- Vidal Perdomo, J. (2004): *Derecho Administrativo*, Bogotá-Colombia, Legis.
- Zambrano Albuja, P. (2010): *Patrocinio Público*, Loja-Ecuador, Editorial de la Universidad Técnica Particular de Loja.

## **REVISTAS**

- Fernando Sainz Moreno. Civitas Revista española de Derecho Administrativo, *núm.* 8/1976, Estudios, pág. 63. Editorial Civitas, SA, Madrid, enero 1976.
- *Francisco García Gómez de Mercado*. Contratos administrativos y privados tras la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Revista Española de Derecho Administrativo. REDA. N° 95, pág. 385 Madrid España.
- Luis Morell Ocaña. El "criterium" de la Administración pública y el Derecho administrativo contemporáneos, Civitas Revista española de Derecho Administrativo, *núm.* 29/1981, Estudios, pág. 253. Madrid, febr. 1981.
- Pablo Zambrano Albuja. Tesis La solución de conflictos de los contratos de Concesión a partir de la expedición de la ley de modernización del estado en el Ecuador. Universidad Andina. 2006.

## **PAGINAS DEL INTERNET**

- Alejandro de la Fuente Alonso. La naturaleza jurídica de la concesión administrativa. Portal [www.veracruz.gob.mx/pls](http://www.veracruz.gob.mx/pls).
- Agustín Gordillo. Clasificación de los Contratos Administrativos. [www.gordillo.com](http://www.gordillo.com).
- Jorge Fernández Ruiz. La Obra Pública. [www.catarina.udlap.mx](http://www.catarina.udlap.mx).
- Jorge Enrique Calafell. Teoría General de la Concesión. [www.juridicas.unam](http://www.juridicas.unam).

### ***NORMAS JURÍDICAS***

- **Constituciones del Ecuador 1998-1999;**
- **Ley de Desarrollo Hídrico de Manabí;**
- **Ley Orgánica de la procuraduría General del Estado;**
- **Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información;**
- **Ley Orgánica de Régimen Municipal;**
- **Ley de Mercado de Valores;**
- **Ley Orgánica de Empresas Públicas;**
- **Ley de Caminos;**
- **Ley de Contratos de Concesión de Obras Públicas.**

- **Ley orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su reglamento;**
- **Ley Orgánica de Administración Financiera y Control;**
- **Ley de Modernización del Estado y su reglamento; y,**
- **Ley Orgánica de La Contraloría General del Estado.**
  
- **Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de La Función Ejecutiva**

#### ***DERECHO COMPARADO***

- **Ley de Contratos del Sector Público de España;**
- **Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministros y Prestación de Servicios de Chile;**
- **Ley de Contratación Pública de Brasil;**
- **Ley de Contratación Pública de Argentina;**
- **Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionadas con las mismas de México.**