



UNIVERSIDAD TÉCNICA PARTICULAR DE LOJA

La Universidad Católica de Loja

ÁREA SOCIOHUMANÍSTICA

TITULO DE MAGÍSTER EN DERECHO ADMINISTRATIVO

La falta de presentación de la garantía de fiel cumplimiento en los contratos cuya cuantía es menor al multiplicar el coeficiente 0.000002 por el presupuesto del Estado y su incidencia en el cumplimiento de las obras contratadas.

TRABAJO DE TITULACIÓN

AUTOR: García Cano, Aldren Frigerarl

DIRECTOR: Galo Stalin Blacio Aguirre, Ph. D.

CENTRO UNIVERSITARIO PORTOVIEJO

2018



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

Septiembre, 2018

APROBACIÓN DEL DIRECTOR DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

Doctor.

Galo Stalin Blacio Aguirre, Ph. D.

DOCENTE DE LA TITULACIÓN

De mi consideración:

El presente trabajo de titulación, denominado: "La falta de presentación de la garantía de fiel cumplimiento en los contratos cuya cuantía es menor al multiplicar el coeficiente 0.000002 por el presupuesto del Estado y su incidencia en el cumplimiento de las obras contratadas", realizado por el Ab. Aldren Frigerarl García Cano; ha sido orientado y revisado durante su ejecución, por cuanto se aprueba la presentación del mismo.

Loja, marzo de 2018

f)

DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y CESIÓN DE DERECHOS

“Yo García Cano Aldren Frigerarl declaro ser autor (a) del presente trabajo de titulación: “La falta de presentación de la garantía de fiel cumplimiento en los contratos cuya cuantía es menor al multiplicar el coeficiente 0.000002 por el presupuesto del Estado y su incidencia en el cumplimiento de las obras contratadas”, de la Titulación Magíster en Derecho Administrativo, siendo el Dr. Galo Stalin Blacio Aguirre director (a) del presente trabajo; y eximo expresamente a la Universidad Técnica Particular de Loja y a sus representantes legales de posibles reclamos o acciones legales. Además certifico que las ideas, concepto, procedimientos y resultados vertidos en el presente trabajo investigativo, son de mi exclusiva responsabilidad.

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

f.

Autor: García Cano Aldren Frigerarl

Cédula: 1305924530

DEDICATORIA

Dedico este logro profesional a mis padres y a mis dos hijos, razón por la cual no desmayo en ser mejor cada día de mi vida, y tratar de ser un hombre íntegro en toda la extensión de la palabra, hijos como ejemplo de superación en este siglo que demanda del mejoramiento académico continuo y permanente; a mi hijo Erick que a sus dieciocho años es motivo de orgullo por su buen corazón y sus actos apegados siempre a la rectitud y principios dignos de un buen hijo; a mi hija Estefanía que pese a su condición especial al igual que yo ha sabido seguir y no rendirse frente a las adversidades, y esto ha sido mi apoyo y ejemplo para también no rendirme frente a los retos presentados.

Aldren Frigerarl García Cano

AGRADECIMIENTO

“Todo tiene su tiempo, y todo lo que se quiere debajo del cielo tiene su hora”

(ECLESIASTÉS) 3: 1

Mi agradecimiento a Dios por sobre sobre todas las cosas, sin el de intermedio en todos los sucesos de mi vida nada lo podría; agradezco a los que creen en mí, y a los que de una y otra manera fueron mi apoyo en mis estudios de mi MAESTRÍA DE DERECHO ADMINISTRATIVO, a los docentes y a mis directores, a mis padres, familiares y amigos, y como no al centro de estudios UNIVERSIDAD TÉCNICA PARTICULAR DE LOJA “Templo Sacro del Conocimiento Universal” , por acogerme y darme la oportunidad de formar parte del gran grupo selecto de profesionales forjados en la fragua de este centro de estudio superior.

Aldren Frigerarl García Cano

ÍNDICE DE CONTENIDOS

APROBACIÓN DE LA DIRECTORA DEL TRABAJO DE TITULACIÓN	ii
DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y CESIÓN DE DERECHOS	iii
DEDICATORIA	iv
AGRADECIMIENTO	v
ÍNDICE DE CONTENIDOS.....	vi
INTRODUCCIÓN.....	3
Objetivo General:.....	3
Objetivos Específicos:	3
CAPÍTULO I.....	5
MARCO TEÓRICO CONCEPTUAL	5
1.- Sistema Nacional de Contratación Pública	6
1.1.- Antecedentes históricos.	6
1.1.1.- Principios Rectores de la Contratación Pública.....	7
1.1.2.- Aplicación de principios en el Estado ecuatoriano.	10
1.1.3.- Normativa existente en el Sistema Nacional de Contratación Pública.	10
1.2.- La garantía.	11
1.2.1.- Conceptualizaciones.	11
1.2.2.- Características.....	12
1.2.3.- Garantías en la Ley de Contratación Pública.	12
1.2.4.- Garantía de fiel cumplimiento.	12
1.2.4.1.- <i>Conceptualizaciones.</i>	12
1.2.4.2.- <i>Objetivos de la garantía del fiel cumplimiento.</i>	13
1.2.4.3.- <i>Fundamento jurídico en la Ley de Contratación Pública y su reglamento.</i>	13
1.2.5.- De los perjuicios de la falta de garantías.....	15
1.2.6.- Contratos de menor cuantía.	16
1.2.6.1.- <i>Procedimiento de los contrato de menor cuantía.</i>	16

1.2.7.- Fases de los contratos.	16
1.2.7.1.- Fase preparatoria	17
1.2.7.2.- Fase precontractual.....	17
1.2.7.3.- Fase contractual.....	18
1.2.7.4.- Etapa de ejecución.....	18
1.2.7.5.- Fase post contractual.....	18
1.2.8.- Tipos de procedimientos.	19
1.2.8.1.- Procedimientos comunes.....	19
1.2.9.- El régimen general de las garantías en la contratación pública.....	21
CAPITULO II.....	23
METODOLOGIA.....	23
2.1.- Materiales y Métodos	24
2.2.- Metodología.....	24
2.3.- Métodos.....	24
2.4. Procedimientos y Técnicas.....	25
CAPITULO III.....	26
3.1.- Presentación y análisis de resultados	27
3.2.- Contrastación de objetivos e hipótesis.....	29
3.2.1.- Verificación de los objetivos.....	30
3.2.2.- Contrastación de la hipótesis.....	31
CAPITULO IV	¡Error! Marcador no definido.
4. Conclusiones y Recomendaciones.....	¡Error! Marcador no definido.
4.1. Conclusiones.....	32
4.2.- Recomendaciones.....	34

Propuesta de Reforma a Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública35

REFERENCIAS BIBLIGRÁFICAS36

RESUMEN

El presente trabajo de investigación tiene como objetivo justificar y determinar si existe disposición legal que permita al Estado garantizar la ejecución de las obras en los contratos cuya cuantía sea menor a multiplicar el coeficiente 0,000002, analizar si como actualmente está redactado el Artículo 74 inciso quinto de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública garantiza que los contratistas ejecuten correctamente una obra, y determinar si debe reformarse el artículo 74 el inciso quinto de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; se analizaron los antecedentes del Derecho Constitucional, así como normas legales y la Constitución; la investigación tiene el respaldo en la Carta Magna, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento, queda planteada la propuesta de Reforma del artículo 74 el inciso quinto de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública con el fin de exigir la garantía en los contratos cuya cuantía sea menor a multiplicar el coeficiente 0,000002 por el presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico, de esta manera garantizar el erario del Estado.

Palabras claves: Artículo, coeficiente, contratación pública, derecho constitucional, ejercicio económico, Estado, garantías, inciso, ley, normativa, obra, presupuesto, reglamento.

ABSTRACT

The objective of this research is to justify and determine if there is a legal provision that allows the State to guarantee the execution of the works in contracts whose amount is less than multiplying the coefficient of 0.000002, to analyze if, as currently, Article 74 is being drafted. fifth of the Organic Law of the National System of Public Procurement guarantees that the contractors execute a work correctly, and determine if article 74 should be reformed the fifth paragraph of the Organic Law of the National System of Public Procurement; the background of Constitutional Law, as well as legal norms and the Constitution were analyzed; the investigation has the backing in the Magna Carta, Organic Law of the National System of Public Procurement and its Regulation, is proposed the amendment of Article 74 the fifth paragraph of the Organic Law of the National Public Procurement System in order to demand the guarantee in contracts whose amount is less than multiplying the coefficient 0,000002 by the initial budget of the State of the corresponding fiscal year, in this way guaranteeing the state treasury.

Keywords: Article, coefficient, public procurement, constitutional law, fiscal year, State, guarantees, subsection, law, regulations, work, budget, regulation.

INTRODUCCIÓN

Con el nacimiento de Ecuador como Estado, hace su aparición también todo lo relacionado con los procesos de contratación pública, aunque se hacía sin una ley específica, recién en 1964 aparece la Ley de Licitaciones, se reformó en 1990, pasó a llamarse Ley de Contratación Pública, con la finalidad de regular todos los aspectos inherentes a los procesos contractuales, que permitan brindar solución a los posibles vacíos. Posteriormente se derogó, y dio paso a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en el 2008.

Constituyéndose en la base del Sistema Nacional de Contratación Pública, que dio paso a un ente regulador. Crear dicho cuerpo normativo trajo consigo reformas que permitieron entre otras cosas, utilizar procedimientos electrónicos, mecanismos, y normativa acorde a los tiempos que se viven. Se perseguía con ello la modernización de la contratación administrativa, por cuanto ya se implementa en otros países.

Sin embargo, a pesar de los avances, existen varias incongruencias, en el Reglamento como en la Ley, mismas que deben analizarse, para lograr la búsqueda de soluciones, que permitan coadyuvar a que se mejore y así contar con una normativa eficiente y eficaz, que haga posible el cumplimiento de la nueva administración pública.

Permitiendo se satisfaga las necesidades básicas de la población, tomando en consideración que unos de los principios que llevó a expedir la Ley de Contratación es redistribuir la riqueza hacia todos los ecuatorianos.

Para el efecto los objetivos trazados en el Proyecto previo al desarrollo de esta tesina son:

Objetivo General:

Investigar cuales son los mecanismos que realiza el Estado para hacer cumplir a los contratistas que no presentan la garantía de fiel cumplimiento.

Objetivos Específicos:

- Determinar si existe disposición legal que permita al Estado hacer garantizar la ejecución de las obras en los contratos de ínfima cuantía.

- Analizar si como actualmente está redactado el Artículo 74 inciso quinto de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública garantiza que los contratistas ejecuten correctamente una obra.
- Determinar si debe reformarse el artículo 74 inciso quinto de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

CAPÍTULO I

MARCO TEÓRICO CONCEPTUAL

1. Sistema Nacional de Contratación Pública

1.1. Antecedentes históricos.

Para lograr el progreso de las poblaciones el Estado está en la facultad de adquirir obligaciones, encontrándose como en algunos lugares alrededor del mundo, por ejemplo “en el Derecho Romano de la época de la República, se creó un mecanismo que permita gestionar los servicios públicos, por medio del ente llamado “*Societas Publicanorum*”. (Maldonado, 2011, pág. 7)

Así también, en Francia la contratación pública nace a principios del siglo XX, donde se identifican tres aspectos que posibilitaron se impongan obligaciones para las personas al igual que el Estado.

Por tanto, se establecieron obligaciones hacia las partes contractuales, y con ello se logra proteger la consecución de bienes públicos, que se utilizarían en lo tocante a la prestación de servicios públicos.

Mientras que en Alemania, fue desarrollándose jurisprudencia relativa a contratos públicos, permitiendo se pudiera hacer una diferenciación para la normativa, en lo concerniente tanto a contratos públicos como privados, con ello se dio mayor importancia a esta parte tan importante para el progreso de los Estados, como es la contratación pública, expidiéndose una normativa capaz de regular el sistema de contratación y adquisición efectuada por las instituciones públicas.

En Italia se dieron hechos relevantes en contratación pública, se regularizó a los “trabajadores públicos mediante *Contrattivevidenza pública* de la Ley 2245 de 1865”, (Maldonado, 2011, pág. 8), en tanto que otros contratos eran realizados de manera equivalente con el Derecho privado, y también en el derecho administrativo. Las concesiones en su mayoría, fueron hechas para el servicio ferroviario, se rigieron en base a dos cuerpos normativos, Ley 2245 1865, Ley 2, 1905.

Por lo tanto, en Italia la contratación pública nació al reconocer una normativa capaz de regular la contratación de mano de obra, a pesar de aquello, según el desarrollo en lo atinente a brindar servicios públicos, fueron creándose leyes que pretendían regular la

transacción de servicios y bienes que necesitaban las instituciones públicas, para ello procedió a instituirse el concurso público que permita seleccionar contratistas.

1.1.1.- Principios Rectores de la Contratación Pública.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en su artículo establece que deben observarse principios: de legalidad, igualdad, trato justo, vigencia tecnológica, calidad, concurrencia, oportunidad, publicidad, y transparencia.

En dicha ley, se encuentran establecidos principios rectores, para dotar al sistema de contratación pública de mecanismos que permita el aseguramiento de eficiencia y calidad en lo tocante a contratación pública, misma que está basada en adquirir o arrendar bienes, ejecutar obras, también la prestación de servicios. Incluyéndose la consultoría.

1.- Legalidad.- Fernández afirma que la legalidad, “Determina que toda estipulación, facultad, orden o prerrogativa a la que se sujeta la administración o su contraparte” (Fernández, 2000, pág. 12), estando comprendida en las leyes vigentes, de tal manera que las cláusulas convenidas por ambas partes no siendo válidas si se apartasen de lo legal y jurídico”

La legalidad es un principio muy común en el ordenamiento jurídico, pues impone obligatoriamente que la totalidad de los actos, procesos, impugnaciones y formalidades estén indicados en la Ley. Por tanto, la contratación, adquisición de servicios y bienes, ejecuciones, arrendamiento de obras, deben describirse y ser caracterizadas de forma clara en la Ley. Pudiendo el Estado actuar bajo la legalidad, con ello se precautela el orden público por sobre el orden particular.

2.- Trato justo.- Es el correspondiente al derecho a la igualdad, sea esta formal o material, que se reconoce en la Carta Magna, impone el trato igualitario, la obligación que las instituciones del Estado traten en igualdad de condiciones a todos los postores en el proceso para la selección, sin que exista excepciones, privilegios o favoritismos en favor de algunos contratistas, dejando a los otros postores en condiciones desiguales y perjudiciales.

En torno al trato justo igualitario, que es equivalente al principio de imparcialidad contractual, este puede traducirse como “la apropiada aplicación y valoración de la actividad contractual, sea esta previa o post-ejecutiva” (Fernández, 2000, pág. 12). Debiéndose demostrar, en lo correspondiente a la administración, que la imparcialidad es relativa, debido a su capacidad

superior jerárquica, pudiendo ser juez y parte a la vez. Pero debe tomarse en consideración estimación de ofertas.

3.- Igualdad.- Fernández indica que “La actividad contractual de la administración pública debe regirse por el principio de igualdad, de oportunidad, derechos que tienen los interesados en establecer nexos contractuales con el Estado, pudiendo participar en el desarrollo convencional, algo que se denomina democratización contractual” (Fernández, 2000, pág. 12)

La igualdad implica tratar de igual manera a todos los interesados que desean contratar con el Estado, la igualdad material y formal obliga a los entes estatales y públicas a establecer condiciones diferentes cuando se presenten distintas situaciones, esto solo aplica en aquellos casos que la normativa permita, primando parámetros de razonabilidad.

4.- Calidad.- El Estado ecuatoriano por medio de aquellos procesos para seleccionar oferentes, pretende la adquisición o contratación de bienes, servicios, obras de máxima calidad y tecnológica, a precios y valores adecuados. El principio de calidad, permite orientar para que los costos y obras mejoren a la administración estatal, para que pueda cumplir con los estándares de calidad, correspondiendo al justo precio.

5.- Vigencia tecnológica.- Con este principio, se consigue garantizar que las obras, bienes o servicios que haya contratado la entidad tengan las características tecnológicas necesarias para servirla por un determinado lapso.

6.- Oportunidad.- Lerner, en torno al Principio de oportunidad se afirma que este es “determinante para la actividad administrativa, debido que sus órganos tienen una actuación de menor o mayor libertad, dependiendo la ponderación de los objetivos que se desean cumplir, en los casos particulares”. (Lerner, 2008)

La oportunidad viene a ser el elemento de la discrecionalidad, imponiendo a la administración pública criterios obligatorios de actuación enmarcados en el marco de la legalidad. Por tanto, este principio se debe aplicar por parte de las autoridades nominadoras que conforman la administración pública, según la jerarquía e importancia del acto de decisión.

7.- Concurrencia.- Invoca un proceso participativo entre todas las entidades estatales y autónomas, porque la concurrencia no debe significar obligación de hecho menos de derecho, en torno al ejercicio de las competencias para concretar los intereses respectivos. Materias de interés general que deben ejecutar en razón del mencionado principio, para contribuir en la ejecución de la política que el Estado defina en lo relacionado a los procesos contractuales.

Con ese enfoque, el principio de concurrencia, hace posible que la administración pública central, institucional y seccional pueda participar, mientras que la sociedad sea el veedor constante para que se cumplan los intereses comunes a la colectividad.

Debiendo tener instrumentos y mecanismos que permitan satisfacer necesidades básicas que tiene la población, teniendo en la contratación pública el elemento básico para concretar sus sueños.

8.- Transparencia.- Exigiendo a la administración el despliegue de su actividad, con miras a lograr que los habitantes tengan conocimiento de los puntos que tienen más importancia dentro del proceso seleccionador.

Para que pueda ser posible esto, la administración debe llevar adelante acciones específicas, como publicitar los requerimientos en medios escritos de amplia circulación, en el portal institucional, entre otras herramientas de divulgación. El principio de transparencia, es congruente con el principio de publicidad, ya que la publicidad de dicho actos efectuados por el Estado, hará posible que la ciudadanía vea en la contratación pública una herramienta para que se logren fines comunes. Además, permite a las personas ejercer el control y la vigilancia de la actividad que es propia de la administración pública.

9.- Publicidad.- Este es un concepto de mucha importancia para proceder a que haya igualdad de oportunidades, una correcta actuación en la parte administrativa, en lo atinente a la etapa precontractual.

En la Ley de Contratación Pública está ordenado que es de obligatoriedad publicar llamados a remates, concursos precontractuales de alta cuantía, arrendamientos, notificación de menor cuantía; es decir todas las actividades contractuales deben publicitarse, para que puedan participar en los concursos respectivos, a pesar que no tenga tanto valor.

Estableciendo, para ello, determinados mecanismos que permitan conocer a los miembros de la sociedad interesarse en contratar con el Estado.

10.- Participación nacional.- Este viene a ser un pilar básico de la democracia, contempla la profunda transformación en torno a las relaciones existentes entre administración pública y ciudadanía. Permitiendo que los pobladores sean capaces de participar mediante la elevación de propuestas, pudiendo ser de infraestructura, servicios, por citar unos cuantos. El Estado los concreta, por medio del sistema de contratación pública.

1.1.2.- Aplicación de principios en el Estado ecuatoriano.

Ya expuesta la fundamentación histórica de lo concerniente a la contratación pública, resulta preciso definir su origen en el Ecuador, yéndose a 1830, al ser declarado Estado libre.

De ese punto de partida, la contratación pública se ha ido desarrollando jurídicamente, la primera regulación fue la Ley de Licitaciones, aprobada en 1964, que después se derogó al aprobarse la Ley de Licitaciones y Concurso de Ofertas aprobada en 1976. Luego, se expide la Ley de Consultoría de 1989, siguió la Ley de Contratación Pública expedida en 1990.

Esto deja en evidencia, que existe la urgente necesidad de que se regule los procesos contractuales que lleva adelante la Administración Pública, tomando en consideración cómo evoluciona la contratación pública.

Sin embargo, se hizo necesario su reforma en el 2003, para posteriormente derogarse por la vigente Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

1.1.3.- Normativa existente en el Sistema Nacional de Contratación Pública.

La Ley de Contratación Pública actual ecuatoriana, determina cuales son los tipos procedimentales y contratos que deben seguirse en las etapas de contrataciones, también define principios reguladores del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Ortega, afirma que El Reglamento de la Ley de Contratación Pública ordena la descripción, especificaciones de las políticas, normas, obligaciones, procedimientos e información que permite el avance de “todos los procesos de adquisiciones por parte de las entidades contratantes, este reglamento fue expedido de acuerdo al Decreto Ejecutivo 1700”. (Ortega,

2014, pág. 18)

El Reglamento General del Estado que expidió el Econ. Rafael Correa Delgado, Presidente de la República, es aplicable, bajo la facultad reglamentaria que posee el poder ejecutivo, el cual define las instancias, organismos, instituciones necesarias para que puedan adquirirse bienes y servicios, siendo también para ejecutar los de obras públicas. Planificando, programando, realizando el presupuesto, controlando, administrando, siguiendo los principios que forman parte del sistema.

1.2. La garantía.

1.2.1. Conceptualizaciones.

Jorge Machiado, sostiene que:

“Es una institución de Derecho Público de seguridad y protección a favor del individuo, la sociedad o el Estado al disponer de medios que vuelven efectivo el goce de derechos subjetivos frente al peligro o riesgo de ser desconocidos. Siendo protección frente a un peligro o riesgo” (Machiado, 2013).

Es decir, de manera general, una garantía no es un principio jurídico, así mismo es importante señalar que una garantía no es un derecho subjetivo, ya que este viene a ser una facultad reconocida a una persona por la normativa vigente, permitiendo la realización o no de ciertos actos. La garantía, pasa a ser un medio que respalda o asegura el pago de un crédito, o el cumplimiento de un contrato, las mismas puede proteger a la persona de la potestad sancionadora del Estado.

Arturo Romero, establece que “Una garantía pasa a ser un medio jurídico-institucional señalado por la ley, haciendo posible la vigencia de derechos y libertades reconocidas y otorgadas” (Romero, 2009).

Se puede señalar que una garantía constituye un medio, por medio del cual se pone en movimiento a la autoridad para que restablezca el derecho subjetivo que ha sido transgredido, pero en materia contractual esta garantía sirve para avalar los derechos de parte que requiere de la contratación y paga por el bien o servicio que va a contratar.

1.2.2.- Características.

Romero nos menciona que las características que poseen las garantías contractuales son: incondicionalidad, solidaridad, irrevocabilidad y realización automática

Incondicionales. Tiene relación con el planteado para que los efectos no se sometan a ninguna condición que podría exigir al acreedor.

Solidarias. El carácter solidario radica, en que el deudor, así como el fiador podrán responder de forma conjunta ante el incumplimiento de la obligación adquirida.

Irrevocables. Radica en que al emitir el fiador la garantía, como Carta Fianza jamás puede ser dejada sin efecto de forma unilateral; es decir, persiste la garantía, a si la entidad financiera desee retirar el compromiso de respaldo que tiene el deudor.

De realización automática. Cuando se argumenta que la garantía es de este tipo, se refiere que, al verificarse el incumplimiento adquirido obligatoriamente del deudor, el acreedor podrá dirigirse a la entidad crediticia y hacer el cobro del monto señalado en la misma, sin que haya necesidad de acudir al Poder Judicial. (Romero, 2009, pág. 26)

1.2.3.- Garantías en la Ley de Contratación Pública.

Con la aprobación de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, quedó derogada la Codificación a la Ley de Contratación Pública, dándose ciertos cambios relacionados con la forma, tipos de garantías, mismas que son presentadas en las etapas precontractuales y contractuales efectuados en los contratos administrativos que efectúen las instituciones y entidades públicas. La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, establece que las pólizas o garantías, no dan paso a cláusula alguna que implique trámite administrativo previo; esto hace posible que el asegurado necesita únicamente elevar el requerimiento por escrito para su ejecución; debiendo la entidad financiera o aseguradora hacerla efectiva. Las garantías que son otorgadas a favor del Estado ecuatoriano, deben ser emitidas por un banco, institución financiera o aseguradora establecidos en Ecuador, pudiendo ser a través de ellos, y deben tener calidad de irrevocables, incondicionales, siendo de cobro inmediato.

1.2.4.- Garantía de fiel cumplimiento.

1.2.4.1.- Conceptualizaciones.

Enríquez y Murillo, comentan que el término garantía, tiene el objetivo de brindar protección, seguridad o certeza en torno a algo; en este orden de ideas, la Ley junto con el Reglamento, son normas que tienen el objetivo de conseguir una contratación eficiente de servicios,

bienes y obras, “para que todos los entes del Sector Público cumplan con sus funciones” (Enriquez & Murillo, 2011)

Estas han sido exigidas por la comunidad, regulándose a través de las garantías emitidas por los postores y contratistas, se presentan en el proceso de contratación pública.

Se puede indicar que la finalidad de la garantía de fiel cumplimiento, que es tutelar el cumplimiento correcto por parte del contratista, de todas las obligaciones que asumió frente a la institución pública contratante, según las disposiciones establecidas en el contrato, según se dispone en las bases, tal como la oferta que fue parte del proceso de adjudicación.

1.2.4.2.- Objetivos de la garantía del fiel cumplimiento.

Tiene la finalidad de garantizar las obligaciones que fueron asumidas previamente por el o los contratistas, su cumplimiento es siempre total, no interesa si el contrato aparece en la etapa inicial o final, teniéndose como excepción única, cuando en una liquidación de un contrato exista saldo favorable de la entidad y este no sea cubierto.

Ejecutándose, en este caso la garantía parcial, por el saldo que no sido cubierto. la misma presenta doble función: compulsiva, compeler, obligando al contratista para que cumpla las obligaciones contractuales caso contrario tendría que responder por las penalidades establecidas en el contrato la Ley y el Reglamento y la resarcitoria, que es indemnizar por daños ocasionados al Estado ante el incumplimiento del contratista. Esta Garantía tiene como finalidad el de que se cumplan con las cláusulas establecidas en el contrato desde el inicio de la obra, hasta el recibimiento definitivo de la misma.

1.2.4.3.- Fundamento jurídico en la Ley de Contratación Pública y su reglamento.

De conformidad a lo determinado en la ley, las garantías a presentar por los contratistas son las siguientes, tal como establece la normativa:

- Garantía incondicional que otorga una institución del sistema crediticio del país.
- Fianza instrumentada en una Póliza
- Hipoteca de bienes
- Certificado de depósitos a plazo
- Depósitos de bonos provenientes del Estado

Estas garantías no se exigen cuando los contratos son realizados entre instituciones públicas, o entre empresas donde el Estado ecuatoriano tenga como mínimo 50% de participación.

En todo lo que atañe a la seguridad, para cumplir el contrato, la normativa es clara, haciendo posible que se responda por los compromisos contraídos que están relacionadas con los contratos favorables a terceros. Quien ha sido contratado, debe rendir las garantías del 5% del total.

Cuando se trate de contratos de obra y los denominados contratos integrales por precio fijo, se hace para que responda ante el posible incumplimiento, con lo cual se asegura la utilización de materiales óptimos y así la entrega de la obra.

La garantía de fiel cumplimiento se incrementa al equivalente del 20% de la diferencia con respecto a la cuantía del contrato y el presupuesto referencial, cuando se corrige la oferta económica en un porcentaje inferior al 10% en contratos de obra o de servicios no normalizados. No son exigibles, estas garantías en aquellos contratos para adquirir bienes muebles y compraventa de bienes inmuebles entregados al haberse hecho efectivo el desembolso.

De igual manera, no será exigido esta clase de garantía, en contratos donde la cuantía es menor a la multiplicación del coeficiente 0.000002 por el presupuesto inicial del Estado. Las multas impuestas al o los contratistas serán efectivizadas cargadas a la garantía de fiel cumplimiento.

Esta garantía se refiere a que el adjudicatario está en la obligación de presentar garantías equivalentes al 5% del valor total del contrato; en aquellos contratos por obra, contratos integrales por precio fijo, la garantía hace posible que se cumpla el contrato, sumado a las obligaciones adquiridas favorables a terceros. También, se garantiza la ejecución correcta de la obra, con materiales de calidad, con estas garantías, si la entidad contratante observe posibles defectos o calidad inferior de materiales en la construcción, incumplimiento de especificaciones, puede efectivizar las garantías.

Así mismo, pueden solicitar las garantías, las instituciones públicas, en caso de ser menor la cantidad resultante establecida, ello deja sin posibilidad de poder cobrar multas a las

entidades, si el contratista incumpla con las cláusulas, pliegos, términos de referencia y otros documentos que son parte del contrato. La no presentación de la garantía de fiel cumplimiento podría originar que el contrato sea ejecutado en indebida forma causando un perjuicio económico al país.

En el Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en su artículo 118 ordena que este tipo de garantía será devuelta al cumplirse todas las obligaciones garantizadas, procediendo a devolverse la garantía cuando se suscriba el acta de entrega final.

Este tipo de garantía asegura se cumplan las condiciones ordenadas en el contrato, sean para ejecutar obras, prestación de servicios, fabricación, provisión de suministros, entre otros.

Hay características a cumplirse:

1. Permite el aseguramiento del cumplimiento de las condiciones establecidas en la obligación contraída;
2. El monto que se asegura equivale al 5% del total del contrato;
3. Viene a ser garantía irrevocable, incondicional y se cobra inmediatamente.
4. El plazo convenido en el contrato sumado al período establecido hasta la definitiva recepción del contrato.
5. Puede liberarse con el acta definitiva legalizada, con certificación de una autoridad máxima de la institución asegurada, con original de la póliza, al renovarse la póliza.
6. Se ejecuta ante el incumplimiento del contrato esta garantía, también ante la terminación unilateral, al no renovarse de forma oportuna la garantía.

1.2.5.- De los perjuicios de la falta de garantías.

Para hablar acerca de los perjuicios por falta de garantías en los contratos públicos en nuestro país, es importante conceptualizar que significa perjuicios. Un perjuicio a la acción consistente en provocar un daño a alguien o algo.

Desde el derecho, el daño es producto de dolo, culpa o caso fortuito, es decir, dependiendo del grado de malicia, casualidad, negligencia entre autor y el efecto. Y es aquí precisamente donde otro elemento de mi interés se constituye: la reparación; pues en principio, el daño doloso obliga al resarcimiento y tiene como consecuencia una sanción penal; el daño

culposo lleva consigo una indemnización, en tanto, el fortuito está libre de responsabilidad a quien lo causa en casi todos los casos.

Alessandri, citado por García, afirma que daño es “todo detrimento, perjuicio, dolor, molestia, menoscabo que padece una persona, en sus bienes, la libertad, el honor, crédito, afectos, creencias” (García, 2010, págs. 199-200). Es decir, el daño contempla que se destruya o disminuya por intrascendente que sea, los beneficios o ventajas extra patrimoniales o patrimoniales que son parte de la persona. La cuantía, así como la menor o mayor dificultad para su acreditación y apreciación difieren, y las leyes no las consideran.

1.2.6.- Contratos de menor cuantía.

1.2.6.1.- Procedimiento de los contrato de menor cuantía.

Es aplicable dicho procedimiento cuando la finalidad del contrato hace referencia a los servicios y bienes y no normalizados, bienes y servicios que son normalizados, ejecución de obras, también cuando se aplican procedimientos dinámicos para la subasta inversa electrónica, compra por catálogo, o si al haber sido aplicado se declaren desiertos.

Se podrá contratar bajo este sistema, según el artículo 51 de la Ley de Contratación Pública, en aquellos casos en que se contrate bienes y servicios no normalizados, excepto de consultoría, donde el presupuesto referencial fuese inferior al 0,000002 del Presupuesto Inicial del Estado. De igual forma, en contrataciones de obras, con presupuesto referencial inferior al 0,000007 del Presupuesto Inicial del Estado. Por último, en casos donde se imposibilite aplicar procedimientos dinámicos, o si se declaren desiertos.

1.2.7.- Fases de los contratos.

Bustamante, indica que “La celebración de un contrato público implica la realización de acciones previas a su suscripción y posteriores al mismo”, (Bustamante, 2011, pág. 35), dentro de las mismas se citan planeación, determinar el proceso de selección, forma del acto contractual, entre otras. Ante esto, el proceso de contratación, es producto de muchas etapas que se desarrollan de forma responsable, debido que los procesos están interrelacionados, por tanto, se evacúan observando la normativa legal

Es decir, la obra pública por su importancia, no tiene que ser vista como un capricho, algo improvisado, por el contrario, es algo previsto, planificado, determinando fines, metas, objetivos. Así mismo, estrategias, procedimientos, todo esto siguiendo el interés público, las necesidades que tienen los ciudadanos, entre otras características de relevancia.

En definitiva, para efectos de hacer referencia a la obligación o no de la presentación de las garantías de fiel cumplimiento, será necesario en primer lugar analizar las fases o etapas que comprenden el proceso de contratación pública y tipos de contrataciones.

1.2.7.1.- Fase preparatoria

Se constituye en “la fase interna del proceso de contratación” (Tobar, 2014, pág. 22), ante ello la instancia encargada de la contratación, configura la voluntad para que pueda efectuarse la contratación, siguiendo los lineamientos legales. En este orden de ideas, Tobar afirma que “La fase preparatoria es aquel proceso de diseño y selección de metas, objetivos, acciones que están acordes a la visión para el logro de resultados”. (Tobar, 2014, pág. 22) Debiendo para ello contar con cronogramas, programas, presupuestos, entre otros.

Esta fase preparatoria es considerada esencial e importante debido a que sobre ella se sentarán las bases sobre la cual se fundamentará el contrato y el trámite de la contratación pública, permitiendo que se ajuste a lo requerido por la Administración Pública, siendo el contrato el instrumento para el cumplimiento de tal finalidad. Es por ello, que en la consecución de esta etapa es indispensable la información detallada que sea correcta, concreta y confiable, misma que puede ser útil, indistintamente de algunos contratos.

1.2.7.2.- Fase precontractual.

López, al respecto indica que es la “Fase externa del proceso de contratación”. (López, 2010, pág. 125), debido que es el procedimiento administrativo preliminar desarrollado por la entidad estatal, integrándose con el accionar del contratista por medio de las actividades diversas que deben darse.

Esta fase se caracteriza por la realización del proceso de selección, mismo que se basa en el establecimiento de los pliegos de condiciones, es decir, el objeto del contrato, cumpliéndose las condiciones y criterios objetivos que hacen posible escoger a quien realizará la obra.

El procedimiento establecido para la fase precontractual se compone de la convocatoria, aclaraciones con las modificaciones que deben efectuarse a los pliegos, ofertas, adjudicación, notificaciones, y por último, culminar el proceso precontractual.

La Ley, la doctrina estipulan que el procedimiento precontractual puede terminarse por dos causas: por no haber ofertantes o por cumplir una de las siguientes: por no persistir la necesidad, por cambiar la finalidad de la contratación y por nulidad del procedimiento.

1.2.7.3.- Fase contractual.

López, argumenta que esta fase: “Es en la cual nacen las obligaciones inherentes a las partes contratantes, porque nace de esta manera el acuerdo de voluntades que será elevado a escrito, formalizándose conforme a ley”. (López, 2010, pág. 131)

Quienes actúan como contratantes, tienen que dar a conocer de forma explícita el acuerdo, todo esto relacionado con los términos establecidos en el contrato, una vez de acuerdo lo suscriben. Esto hace que la concurrencia de voluntades, del contratante y contratista, origina derechos y deberes que son plasmados en el documento contractual.

El procedimiento en esta etapa da inicio, con el plazo para suscribir el contrato, constancia de estar apto legalmente el contratista, verificación de documentación que forma parte del contrato, efectuar las garantías, celebrar o formalizar el contrato, y, administrar el contrato, supervisión y fiscalización.

1.2.7.4.- Etapa de ejecución.

Contempla el cumplimiento del objeto que tiene el contrato según las cláusulas establecidas en el mismo.

El procedimiento a seguir en esta etapa está dada por el plazo, las suspensiones y prórrogas; acciones que efectúa el administrador, el supervisor con el fiscalizador; pago y anticipo; retención inapropiada de pagos; acta de inicio; libro de obra; cesión y subcontratación; reajuste de precios; multas; contratos complementarios; contratos modificatorios; ordenes de cambio; ordenes de trabajo; recepciones y liquidaciones del contrato; y, culminación del contrato

1.2.7.5.- Fase post contractual.

Es el conjunto de acciones posteriores cuando se termina el contrato, están relacionados con temas accesorios de la obra, el procedimiento sigue como se indica a continuación: de las responsabilidades, reclamos y controversias, recurso de reposición, solución de las

controversias, los organismos de control, adjudicatarios fallidos así como contratistas incumplidos, el mantenimiento dado a la obra.

Todas las fases o etapas que son parte de la contratación pública resultan de gran importancia, debido que permite tener claro todos los pasos, que los entes públicos deben realizar para el cumplimiento a cabalidad de lo establecido en la Ley, al igual que el Reglamento y los postulados constitucionales. Con ello se logra cumplir con los objetivos de la administración pública: que se satisfagan necesidades para la ciudadanía.

1.2.8.- Tipos de procedimientos.

1.2.8.1.- Procedimientos comunes.

Entre los procedimientos tenemos.

A.- Menor cuantía. En lo que respecta a las contrataciones establecidas en el artículo 51 de la Ley de Contratación Pública, en los numerales 1 y 3, cuyo monto no supere el equivalente al 0,000002 del presupuesto inicial del Estado, la autoridad máxima o el delegado, podrán hacer la selección directa, adjudicando al proveedor el cumplimiento con todos los requerimientos que son parte de la contratación, mismos que están previstos en los pliegos elaborados por parte de la entidad contratante. Basado en los formatos elaborados previamente por el Instituto Nacional de Contratación Pública.

En lo concerniente a contratar bienes y servicios, quien esté al frente de la entidad contratante, es el responsable de adjudicar al proveedor, pero, se prefiere a los artesanos, y los micro empresarios. El plazo que tiene los proveedores que han sido invitados, deben manifestar el interés por participar, en un lapso de 5 días, partiendo desde la fecha que son invitados. Quienes hubieren manifestado interés, habiendo presentado su oferta, se habilitarán para el sorteo; procediendo a adjudicar el contrato a las personas naturales o jurídicas escogidas aleatoriamente por el sistema electrónico.

B) Cotización. Aquí se hace uso siguiendo los siguientes pasos:

1. Si fuere imposible la aplicación de procedimientos dinámicos contemplados en la ley correspondiente, y se declaren desiertos; solo cuando el presupuesto referencial varíe entre 0,000002 y 0,000015 del Presupuesto Inicial del Estado.

2. La contratación que permita la ejecución de obras, donde el presupuesto referencial varíe entre 0,000007 y 0,00003 del Presupuesto Inicial del Estado.
3. Contratación que haga posible adquirir bienes y servicios no normalizados, excluyendo aquellos de consultoría, que el presupuesto referencial varíe entre 0,000002 y 0,000015 del Presupuesto Inicial del Estado.

En los casos nombrados en líneas precedentes, se procederá a invitar para que presenten ofertas, a un mínimo de cinco proveedores legalmente habilitados en el Registro Único de Proveedores, que hayan sido escogidos bajo sorteo público. Pudiendo participar también, cualquier persona debidamente registrada en el Registro Único de Proveedores.

En caso de la inexistencia del número mínimo, podrá invitarse a que presenten ofertas a proveedores registrados en el Registro Único de Proveedores.

Los pliegos se aprobarán por el funcionario correspondiente de la institución contratante, adecuándose a los modelos obligatorios que se emiten por la máxima instancia contratante: Instituto Nacional de Contratación Pública.

C) Licitación. Este es un procedimiento utilizado para cuando amerite bajo las circunstancias siguientes:

1. En caso de que resultare imposible la aplicación de procedimientos dinámicos, en cuando se hayan aplicado dichos procedimientos, los mismos se declarasen desiertos; tomando en consideración que el presupuesto referencial exceda la cantidad resultante de la multiplicación del coeficiente 0,000015 por el monto del Presupuesto inicial del Estado.
2. Para la contratación que permita adquirir bienes o servicios no normalizados, excluyendo aquellos de consultoría, donde el presupuesto referencial sobrepase el monto resultante de la multiplicación del coeficiente 0,000015 por el monto del Presupuesto inicial del Estado.
3. Para la contratación donde se ejecuten obras, donde el presupuesto referencial sea superior al monto resultante de multiplicar el coeficiente 0,00003 por el monto total del Presupuesto inicial del Estado.

Debe conformarse la Comisión Técnica que se requiere para tramitar la licitación, y elaborar los pliegos, esto sucede en la fase preparatoria del procedimiento licitatorio.

En el caso de la fase precontractual, implica llamar a convocatoria a través de la publicación, dándose también el procedimiento de aclaraciones, las observaciones con sus respuestas, los contenidos, análisis de ofertas, los informes de evaluación siguiendo hasta la fase de adjudicación, y notificar los resultados.

1.2.9.- El régimen general de las garantías en la contratación pública.

Resulta lógico pensar que el tema de las garantías se encuentra asociado al régimen legal de contratación en general, en primer término por cuanto ordinariamente las garantías adoptan la forma jurídica de un contrato y en consecuencia resultan ser fuente de obligaciones. Debido que la actividad contractual y las obligaciones que son asumidas por medio de un contrato generalmente requieren estar aseguradas mediante el otorgamiento de alguna figura que garantice el cumplimiento de la referida obligación, y en este caso la garantía se constituiría en un contrato accesorio. La exigencia de otorgar las garantías proviene de mutua voluntad de las partes, en la contratación principal, por mandato de una norma que impongan la obligatoriedad de constituir una garantía en determinada circunstancia.

1.9.1.- Las garantías contractuales.-

Las garantías contractuales o definitivas son los medios que se otorgan con la finalidad de generar seguridad o confianza en la contratación pública luego del acto de adjudicación, en el sentido de asegurar el cumplimiento de las prestaciones contenidas en el contrato ya formalizado, así como prever ciertas situaciones de responsabilidad del contratista frente a la Administración y responsabilidades del contratista frente a terceros.

Según lo determinado por Badell indica que.

Debe tenerse en consideración que le corresponde al contratante cumplir con las obligaciones adquiridas por las partes, procurando el establecimiento de controles en la administración del contrato. No deben confundirse la necesidad de prestar garantía definitiva en la contratación pública como obligación principal y, el contrato subyacente para la constitución de la garantía celebrado entre el contratista y la entidad avalista, que constituye un contrato accesorio al contrato principal. Sin embargo, en ese sentido, como apuntáramos antes al identificar las características de las garantías otorgadas en la contratación pública, la naturaleza de la garantía no es una obligación accesoria al contrato principal, al contrario, es parte de la misma obligación principal. La relación de accesoriedad, en todo caso, se produce a nivel

documental o instrumental entre el contrato público y el de garantía. (Badell, 2002, pág. 146)

CAPITULO II

METODOLOGIA

2.1.- Materiales y Métodos

Para la elección del material y la metodología de investigación, se tomó como punto de partida, objetivos e hipótesis planteadas en el Proyecto aprobado para desarrollar la presente tesina.

Por consiguiente, la metodología más adecuada para realizar el presente trabajo de investigación fue:

- **Inductivo- Deductivo.**-Permitió lograr los objetivos propuestos y ayuda a la verificación de las variables planteadas, para el efecto se realiza un análisis particular hasta llegar a conclusiones generales o viceversa.
- **Analítico-Sintético.**- Este método hizo posible comprender los hechos, casos e ideas a lo largo de la investigación.
- **Histórico-Lógico.**-Permitió analizar científicamente los hechos, ideas del pasado, comparándolos con acontecimientos actuales.

2.2.- Metodología

Según lo establecido desde la etapa de proyección, la investigación en lo principal se orientó por la metodología científica de la investigación, y por ello, parte del planteamiento de las hipótesis general e hipótesis específica, basado a este se ha construido toda una amplia acopio de información teórico y empírico que permitió su verificación como requisito indispensable para validar el presente trabajo.

El proceso investigativo presente en este trabajo, está caracterizado por la observación pormenorizada de la problemática relacionada con la falta de presentación de la garantía de fiel cumplimiento en contratos donde la cuantía es menor cuando se multiplica el coeficiente 0.000002 por el presupuesto del Estado y su incidencia en el cumplimiento de las obras contratadas. Luego de desarrollado el proceso investigativo, se ha procedido a la redacción del trabajo final, contemplando los lineamiento metodológicos idóneos para el efecto, así como la normativa actual en la Universidad Técnica Particular de Loja.

2.3.- Métodos.

La práctica de la investigación científica presupone el concurso de varios métodos y técnicas que permitan el abordaje adecuado de la problemática de investigación y el desarrollo

sistemático del conocimiento que permita la comprobación de las hipótesis generales y específica propuesta así como verificar los objetivos planteados. Por la naturaleza, la investigación desarrollada, ésta en lo principal se acoge al método científico, pues como puede observarse parte del planteamiento de una hipótesis, del objetivo general, y los específicos, en torno a ellos se desarrolló toda una base teórica, y el estudio de campo, que permitan los elementos de valor necesarios para su contrastación y verificación. La presente investigación es jurídica, ya que se concreta con la falta de presentación de la garantía de fiel cumplimiento en aquellos contratos que tengan una cuantía menor al multiplicarse el coeficiente 0.000002 por el presupuesto del Estado y su incidencia en el cumplimiento de las obras contratadas. En cuanto a los métodos que se utilizarán está el método científico que permitirá abordar los problemas de las vías alternativas de solución del conflicto penal, partiendo de la inducción y deducción, del análisis y de síntesis individual de sus componentes, y el exegético analítico de encuesta

Como métodos auxiliares se utilizarán a la deducción, la inducción, la síntesis y el método descriptivo. Además para tratar los datos alcanzados en el campo de investigación serán de singular importancia los métodos analítico y sintético. Para ilustrar de mejor forma los resultados obtenidos en la investigación de campo se presentarán por medio de tablas porcentuales, de análisis comparativos y de gráficos estadísticos.

2.4. Procedimientos y Técnicas

Dada la naturaleza teórica y fáctica de la investigación, se requiere de un complejo proceso de recopilación de elementos conceptuales, doctrinarios, normativos y analíticos, relativos a la problemática de investigación, para la recolección y organización ha sido indispensable el uso de fichas bibliográficas y hemerográficas, habiendo sistematizado el universo de información recopilada, para ser usada conforme a los requerimientos de este trabajo. Se aplicó también la técnica de la observación. En cuanto a la metodología de presentación del trabajo final, esta se rige en general por los lineamientos que determina la investigación científica.

En cuanto al instrumento que se utilizó fue la encuesta y la misma se aplicó a Jueces del Tribunal Contencioso Administrativo, Procuradores Síndicos Municipales, Abogados Especialistas en Contratación Pública y Contratistas para obtener de esas fuentes, la información necesaria para la investigación.

:

CAPITULO III. RESULTADOS

3.1.- Presentación y análisis de resultados

Tabla N° 1

1. ¿Indique si se debe de solicitar la garantía del fiel cumplimiento en los contratos cuya cuantía es menor al multiplicar el coeficiente 0?000002 sobre el presupuesto general de estado?		
ALTERNATIVAS	FRECUENCIA	%
Sí	18	90%
No	2	10%
TOTAL	20	100%

Fuente: Profesionales del Derecho de la ciudad de Portoviejo.

Elaborado por: El autor.

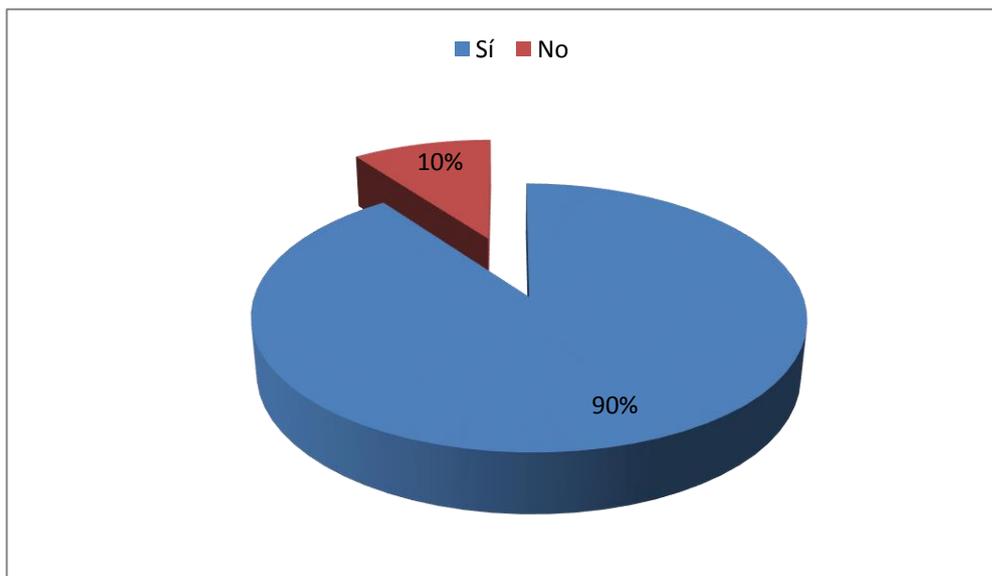


Figura N° 1

Fuente: Profesionales del Derecho de la ciudad de Portoviejo.

Elaborado por: El autor.

El gráfico número 1 permite observar que el 90% indicaron que si se debe solicitar la garantía de fiel cumplimiento mientras que, el 10% indica que no debe solicitarse dicha garantía.

Tabla N° 2

¿Considera usted que la no obligatoriedad de la presentación de la garantía de fiel cumplimiento en los contratos de menor cuantía afecta los derechos de la entidad contratante y transgrede los principios del SNCP?		
ALTERNATIVAS	FRECUENCIA	%
Sí	18	100%
No	0	0%
TOTAL	18	100%

Fuente: Abogados de la ciudad de Portoviejo.

Elaborado por: El autor.

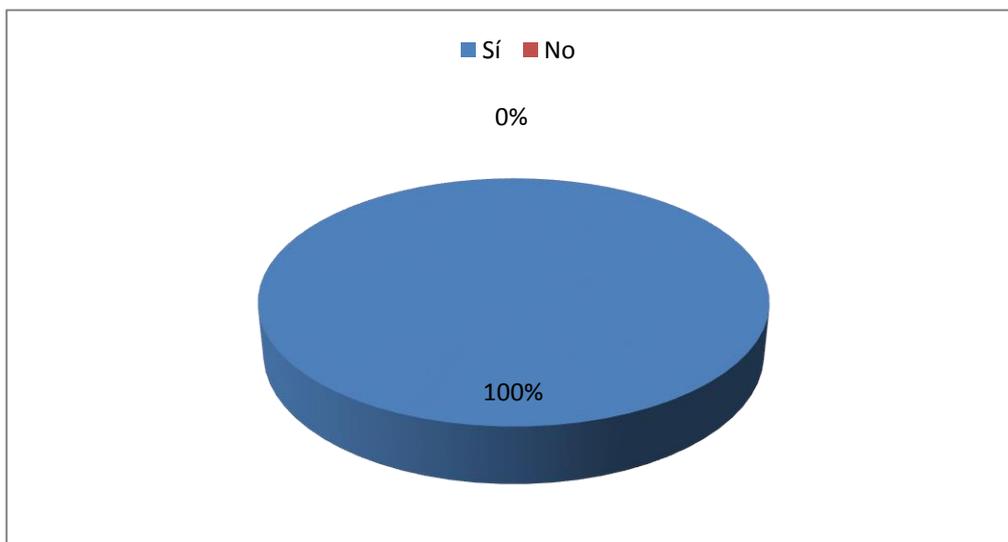


Figura N° 2

Fuente: Abogados de la ciudad de Portoviejo.

Elaborado por: El autor.

El presente gráfico permite apreciar que el total de los encuestados, el 100%, afirmaron que la no obligatoriedad de las garantías de fiel cumplimiento afectan los derechos estatales y transgreden los principios del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Tabla N° 3.

1. ¿Considera usted que la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública debe ser reformada en cuanto a que debe disponer que en todos los tipos de contratos se requiera de la garantía de fiel cumplimiento?		
ALTERNATIVAS	FRECUENCIA	%
Sí	18	100%
No	0	0%
TOTAL	18	100%

Fuente: Abogados de la ciudad de Portoviejo.

Elaborado por: El autor.

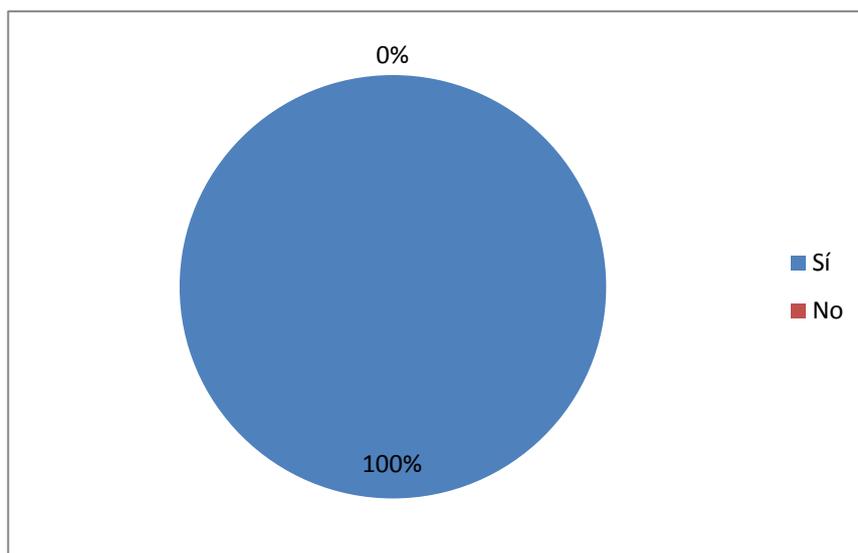


Figura N° 3

Fuente: Abogados de la ciudad de Portoviejo.

Elaborado por: El autor.

El gráfico número 3 es claro al evidenciar que el 100% consideran que la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública debe ser reformada para que se dispongan que en todos los tipos de contratos se requiera de la garantía de fiel cumplimiento.

3.2.- Contrastación de objetivos e hipótesis

3.2.1.- Verificación de los objetivos.

Establecer si se afectan los derechos del Estado ecuatoriano, al eximir de presentación de la garantía de fiel cumplimiento en contratos cuyos montos no superen los resultados de multiplicar 0.000002 por el Presupuesto Inicial del Estado, por no garantizarse el cumplimiento de la obra.

Durante la ejecución de esta investigación, tanto en el análisis teórico jurídico de la problemática como en el trabajo de campo, se pudo establecer que se afectan los derechos del Estado al no ser obligación legal la presentación de la garantía de fiel cumplimiento en los contratos de menor cuantía.

Determinar si existe disposición legal que permita al Estado hacer garantizar la ejecución de la obra en los contratos de menor cuantía.

Del desarrollo jurídico se pudo establecer que no existe una normativa que le faculte al Estado a través de la institución pública contratante solicitar la garantía de fiel cumplimiento en los contratos de menor cuantía.

Investigar cuales son los mecanismos que el Estado realiza para hacer cumplir a los contratistas que no contempla la obligación jurídica de exhibir la garantía de fiel cumplimiento.

El Estado no puede exigir la presentación de la garantía de fiel cumplimiento en las contrataciones de menor cuantía puesto que las leyes son claras y eximen de tal obligación a los contratistas.

Analizar y de ser factible proponer una posible reformar al Artículo 74 inciso quinto de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Esta propuesta se encuentra planteada en la parte final de este trabajo investigativo y se sustenta en la urgente necesidad de reformar la Ley de Contratación Pública, exigiendo para ello la garantía para el fiel cumplimiento en todas las contrataciones públicas.

3.2.2.- Contrastación de la hipótesis.

La derogatoria del inciso quinto del artículo 74 de la Ley de Contratación Pública garantizaría el cumplimiento de los contratos cuya cuantía es inferior a la multiplicación del coeficiente 0.000002 por el presupuesto del Estado.

La hipótesis se contrastó de forma afirmativa, puesto que al realizar la investigación y al haberse analizado la disposición referida, se pudo determinar que la falta de la garantía de fiel cumplimiento en los contratos de menor cuantía y otros donde no es obligatoria su presentación, tiene como efecto que los contratistas no cumplan con los contratos y en consecuencia se afecten los derechos del Estado ecuatoriano. Por tanto, la derogatoria de tal norma, generaría el fiel cumplimiento dentro de las adquisiciones de bienes y servicios por parte de los contratistas.

CONCLUSIONES.

De la investigación doctrinal, jurídica y de campo realizada, se puede concluir que:

La contratación pública constituye el conjunto de procesos entre el Estado y los particulares, a través de los cuales se efectiviza la celebración de contratos públicos, con el fin de ejecutar una obra, adquirir un bien o servicio o incluso arrendar bienes, de tal forma que se puedan satisfacer las necesidades públicas.

Las garantías contractuales tienen como principal finalidad que asegure el cumplimiento total de todas las obligaciones pactadas en el contrato, entre el Estado y el particular. Sin embargo, hay que aclarar que, mediante la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento por no cumplir el contratista con el contrato, no se indemniza al Estado, solo se logra que la obligación del servicio, el bien y el cumplimiento de la obra se dé en las condiciones establecidas en el contrato, debido a que la entidad puede demandar por los daños y perjuicios al contratista.

Las garantías de fiel cumplimiento que son entregadas a favor de las institución públicas contratantes, son y deben ser emitidas por una institución del sistema financiero nacional o extranjera establecida en el país y además deban cumplir los caracteres de incondicionalidad, irrevocabilidad y de cobro inmediato.

Al eximir la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública la obligatoriedad de que se presente la garantía de fiel cumplimiento en cuantías inferiores a la multiplicación del coeficiente 0.000002 por el presupuesto del estado (de menor cuantía), se produce una afectación al Estado a través de la institución pública contratante, puesto que está no puede

cobrar por los productos, servicios, ejecución de obras incumplidos, con lo cual se irroga, y ocasiona el cometimiento de un gasto al haberse contratado ineficazmente.

La falta de garantías en los procesos de contratación pública conlleva un riesgo para las entidades públicas contratantes, las cuales al carecer de instrumentos legales que permitan ejecutar el cobro de valores ante cualquier incumplimiento por parte de la contratista, están expuestas a perjuicios no solo económicos sino además de carácter social al retrasar en varias ocasiones la provisión pactada de los bienes y servicios contratados.

No instrumentar los procesos contractuales con las debidas garantías del caso, puede derivar en sanciones de parte de las entidades de control estatal, al existir inobservancias en los plazos contractuales y calidad de los bienes y/o servicios recibidos; y la falta de mecanismos legales para resarcir los incumplimientos presentados por los contratistas en la ejecución del contrato.

RECOMENDACIONES.

Con las conclusiones anteriormente anotadas, el investigador hace las siguientes recomendaciones:

Que según los principios por los que se rige la contratación pública, en la todos los contratos se solicite y se exija la garantía de fiel cumplimiento a favor de la entidad pública contratante.

Que las garantías otorgadas por las empresas contratistas cumplan con todas las solemnidades legales y respondan ante los intereses de las instituciones públicas contratantes.

Que se reforme el quinto inciso del artículo 74 de la Ley de Contratación Pública y se exija la garantía de fiel cumplimiento en todos los tipos de contrataciones, con el fin de asegurar y tutelar los derechos del Estado.

Que reformado el citado inciso se apliquen los cambios contenidos en la reforma en función de los principios de irretroactividad, universalidad y prominencia de la ley.

Propuesta de Reforma a Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública

La Asamblea Nacional considerando:

Que, de conformidad con el artículo 84 de la Constitución de la República, la Asamblea Nacional posee la obligatoriedad de adecuar formal y materialmente las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución, para garantizar la dignidad del ser humano, de las comunidades, pueblos y nacionalidades;

Que, el artículo 120 numeral 6 de la Constitución de la República establece como atribución de la Función Legislativa la de expedir, codificar, reformar, derogar leyes e interpretarlas con carácter generalmente obligatorio;

Que, es indispensable garantizar el fiel cumplimiento de los contratos públicos con el fin de tutelar los derechos del Estado y el buen manejo de los recursos públicos:

Que, los recursos públicos empleados para la ejecución de obras, así como adquisición de servicios y bienes, se deben utilizar en la prestación de servicios públicos de calidad para los ciudadanos;

En ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, expide la siguiente reforma a efectuarse en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública:

Cámbiese el inciso quinto del artículo 74 por el siguiente:

Será exigible esta garantía en la totalidad de contratos donde la cuantía sea menor a la multiplicación del coeficiente 0.000002 multiplicado por el Presupuesto Inicial del Estado del ejercicio económico correspondiente.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Asamblea Nacional Constituyente. (2008). *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*. Montecristi, Manabí, Ecuador: Registro Oficial Suplemento 395.
- Badell, R. (2002). *Régimen Jurídico de las Concesiones en Venezuela*. Caracas: Torino.
- Bustamante, C. (2011). *Incongruencias en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su reglamento*. Quito.
- Enriquez, M., & Murillo, C. (2011). *Las garantías en la ejecución contractual y penalidades*. Lima: OSCE.
- Fernández, D. (2000). *Manual de Derecho Público*. Quito: Ediciones Azpiazu.
- García, J. (2010). *La demanda civil de daños y perjuicios y daño moral con responsabilidad subjetiva en contra de los jueces, fiscales y defensores públicos*. Quito: La Justicia.
- Lerner, M. (2008). *La administración pública*. Mexico DF.: ABC.
- López, W. (2010). *Tratado de Contratación Pública, Teoría, Práctica y Jurisprudencia*. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador.
- Machiado, J. (2013). *Nociones generales de los principios*. Bogotá: Ed. Apuntes Jurídicos.
- Maldonado, A. (2011). *Principales contradicciones y vacíos de las resoluciones emitidas por el Servicio Nacional de Contratación Pública*. Quito: Universidad Central del Ecuador.
- Ortega, N. (2014). *Necesidad de reformar la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*. Quito: Universidad Nacional de Loja.
- Romero, A. (2009). *Garantías jurídicas*. Quito: Universidad Central del Ecuador.
- Tobar, C. (2014). *Adquisición de bienes inmuebles en el sector público*. Quito: Universidad Central del Ecuador.