



UNIVERSIDAD TÉCNICA PARTICULAR DE LOJA

La Universidad Católica de Loja

ÁREA SOCIO HUMANÍSTICA

TITULACIÓN DE MAGISTER EN DERECHO ADMINISTRATIVO

La garantía de fiel cumplimiento en la Contratación Pública

TRABAJO DE FIN DE MAESTRÍA

AUTOR: Ponce Fierro, Guillermo Alberto

DIRECTOR: Valdivieso Burneo, Julián Mauricio Mgs.

CENTRO UNIVERSITARIO LOJA

2014

APROBACIÓN DEL DIRECTOR DEL TRABAJO DE FIN DE MAESTRÍA

Magister.

Julián Mauricio Burneo Valdivieso

DOCENTE DE LA TITULACIÓN

De mi consideración:

El presente trabajo de fin de maestría, denominado “ La garantía de fiel cumplimiento en la Contratación Pública” realizado por Ponce Fierro Guillermo Alberto, ha sido orientado y revisado durante su ejecución, por cuanto se aprueba la presentación del mismo.

Loja, marzo de 2014

f)

DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y CESIÓN DE DERECHOS

“Yo **Ponce Fierro Guillermo Alberto** declaro ser autor del presente trabajo de fin de maestría La garantía de fiel cumplimiento en la Contratación Pública, de la Titulación de Magister en Derecho Administrativo, siendo el Mgs. Julián Mauricio Burneo Valdivieso director del presente trabajo investigativo, son de mi exclusiva responsabilidad.

Adicionalmente 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 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”

f).....

Autor: Ponce Fierro Guillermo Alberto

Cédula: 1103985394

DEDICATORIA

Este trabajo de investigación, que constituye la culminación de una de las etapas de mi vida, la dedico a mi madre, hermana y a mi hijo por su apoyo incondicional, quienes son el motor que me impulsan alcanzar mis sueños y aspiraciones e inspiran mi deseo permanente de superación humana y profesional, a fin de darles el mejor ejemplo posible.

GUILLERMO ALBERTO PONCE FIERRO

AGRADECIMIENTO

Al término de esta importante etapa, es menester de mi parte hacer extensivo mi agradecimiento a cada una de las personas que me brindaron su apoyo para la elaboración de este trabajo:

Al personal administrativo y docente de la Universidad Técnica Particular de Loja.

A mi Director de Tesis, Mgs. Julián Burneo Valdivieso, quien con su vasta experiencia y conocimiento, me oriento acertadamente durante el desarrollo del trabajo.

A todos y cada uno de ellos, gracias.

**ABG. GUILLERMO ALBERTO PONCE FIERRO,
AUTOR DE LA TESIS**

ÍNDICE DE CONTENIDOS

CARATULA.....	i
APROBACIÓN DEL DIRECTOR DE TRABAJO DE FIN DE MAESTRÍA.....	ii
DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y CESIÓN DE DERECHOS.....	iii
DEDICATORÍA.....	iv
AGRADECIMIENTO.....	v
ÍNDICE DE CONTENIDOS.....	vi
RESUMEN.....	1
ABSTRACT.....	2
INTRODUCCIÓN.....	3

CAPITULO I

1. LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

1.1. La prestación de servicios públicos.....	6
1.1.1. La Administración Directa.....	11
1.1.2. La Contratación Pública.....	12
1.1.3. La Concesión.....	13
1.2. El Contrato Público.....	16
1.2.1. Definición.....	16
1.2.2. Elementos.....	19
1.2.3. Garantías.....	24
1.2.4. Procedimientos Especiales.....	28

CAPÍTULO II

2. REGIMEN DE LAS GARANTÍAS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

2.1. Garantías.....	36
2.1.1. Modos de rendir garantía.....	36
2.1.2. Tipos de garantía.....	47
2.2. Casos en que se rinden garantías.....	51
2.3. De las excepciones en la rendición de garantías.....	52
2.4. De los perjuicios de la falta de garantías.....	55
2.5. Legislación comparada.....	63

CAPÍTULO III

3. INVESTIGACIÓN DE CAMPO

3.1. Casuística.....	72
3.1.1. Base legal.....	72
3.1.2. Visión.....	72
3.1.3. Misión.....	73
3.1.4. Análisis de los contratos suscritos por el Municipio de Montecristi, en los cuales no están vigentes las garantías.....	73
3.2. Aplicación de encuestas.....	83
3.2.1. Representación gráfica y comentada de resultados.....	86
3.3. De la verificación de objetivos e hipótesis.....	89
CONCLUSIONES.....	92
RECOMENDACIONES.....	95
PROPUESTA DE REFORMA	97
BIBLIOGRAFÍA.....	100
ANEXO.....	102

RESUMEN

Las instituciones públicas en el cumplimiento de su razón de ser, tiene por objeto la prestación de servicios que satisfagan las necesidades de los habitantes que integran un Estado.

Es así que para ello se han previsto legalmente tres formas de prestación de tales servicios: la administración directa, la contratación y la concesión.

Así, contando con los recursos necesarios para la realización de algo concreto, una institución podrá hacerlo con sus propios medios; o, también, podrá pagar con ellos para que, un tercero, de ejecución a ese algo concreto.

En el caso de la contratación pública, las instituciones del Estado, a las que se llama contratantes, una vez adjudicado un contrato determinado, a ese tercero al que se llama contratista, deben velar porque dicho contrato tenga pleno cumplimiento, sin embargo existen casos en que no hay esa responsabilidad concreta que cumpla en forma cabal con la prestación de servicios, ejecución de obras, adquisición de bienes y los más lamentable que no existan las garantías adecuadas para ciertos contratos ocasionando perjuicios a la nación ecuatoriana.

Palabras claves: instituciones, Estado, Ley, contratos, garantías.

ABSTRACT

Public institutions in their reason of existing, their objective is to fulfill the needs of the states.

That's why exist three legal forms to make that services: direct administration, the hiring and the concession.

Counting with the necessary sources to make things happening, an institutions can do it by it is own norms and regulation or can contract a third party to perfect it.

In case of public hiring, state institutions, the ones we will have all the rights to supervise the job the third party is executing.

But at some times is cases the Ecuadorian nation don't have all the warranties from the job performed or the buying of properties, causing a lost to the nation.

Keywords: institutions, publics, state, legal, contracts, warranties.

INTRODUCCIÓN

El servicio público tiene como finalidad principal satisfacer las necesidades públicas o necesidades de interés público que significa la suma de las necesidades individuales y para satisfacer esto se ha creado la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación la misma que tiene por objetivo la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras, prestación de servicios, incluidos los de consultoría, a través de distintos procedimientos, para que cada entidad pública realice las contrataciones que sean necesarias en la jurisdicción que le compete, aplicando los procedimientos dinámicos y especiales, basados en los principios de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia, publicidad, entre otros. Pero para que ciertos contratos sean ejecutados se requiere que los contratistas presenten garantías que pueden ser ejecutadas en caso de incumplimiento y de esta manera dar la posibilidad a la contratante el acceder al resarcimiento de los perjuicios causados, sin mayores trámites, lo que obliga a un contratista a evaluar la posibilidad de incumplir.

Pero, ¿qué sucede en el caso de los contratos en que, conforme lo señala la actual Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, no se hace posible exigir la garantía de fiel cumplimiento, más aún cuando, por la forma de pago no se exige la garantía del anticipo, en razón de que no se realiza el desembolso de anticipos?

Sencillamente no existe un régimen que ampare a la contratante, convirtiéndose en un problema real, actual, que forma parte del Derecho Público y que se hace necesario estudiar y desarrollar, a efectos de generar las soluciones que demanda un estado que requiere fortalecer su estructura institucional, como parte del respeto a sus habitantes, para lo cual se planteó estudiar el tema titulado:

“La garantía de fiel cumplimiento en la contratación pública”.

Este trabajo investigativo se desarrolló en atención a un esquema lógico y comprende fundamentalmente cuatro capítulos. El primer capítulo se denomina La Contratación Pública en la cual se hace un análisis de los servicios públicos, la administración directa, la concesión, el contrato público.

El segundo capítulo denominado Régimen de Garantías, se realizó un análisis de los tipos y modos de garantías que se deben presentar cuando se adjudica un contrato así como un

análisis jurídico crítico referente a los procedimientos y las incongruencias que se generan por la falta de garantía de fiel cumplimiento en los contratos públicos.

El tercer capítulo denominado Investigación de Campo, se indagaron casos en los cuales la falta de garantía genera perjuicios al Estado así como se hizo un análisis de la legislación comparada entre la ecuatoriana, española y chilena sobre algunos temas relevantes y de interés para el estudio presente.

En las “Conclusiones, Recomendaciones y Propuesta” recoge las conclusiones a las que he podido abordar luego del análisis de la parte teórica y de los resultados de la investigación de campo; las recomendaciones que considero oportuno plantear, y finalmente expongo el proyecto de reformas a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Finalmente es importante transcribir los objetivos que se planteó para el desarrollo de esta tesis, con el propósito de verificar los mismos.

- Con el análisis de casos y legislación comparada se coadyuvo a la construcción de un régimen de garantías que posibilite al Estado, una mayor exigencia en el cumplimiento de sus contratistas.
- En el segundo y tercer capítulo se estudió las garantías emitidas en contratación pública determinando la insuficiencia en la obligación de rendir la garantía de fiel cumplimiento en el régimen de contratación pública.
- Con el cuarto capítulo se emitió el criterio jurídico, teórico porque es necesario la presentación de una propuesta que obligue a los contratistas a la rendición de la garantía de fiel cumplimiento en todos los contratos.

CAPÍTULO I: LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

1.1. La prestación de servicios públicos

Es importante empezar conociendo de donde nace el concepto de servicio público, para luego establecer a que se refiere este componente de gran importancia en la vida de un Estado.

El concepto de servicio público nació y floreció en Francia, como una actividad de determinado tipo, realizado por la administración pública en forma directa o indirectamente a través de concesionarios y fue la noción que sirvió de base para la construcción del viejo Derecho Administrativo. Posteriormente, este concepto fue perdiendo importancia, hasta quedar restringido al mostrarse como un régimen jurídico especial en determinado tipo de actividad.

Actualmente la tendencia conceptual de servicio público tiende a definirlo como toda actividad directa o indirecta de la administración pública, cuyo cumplimiento debe ser asegurado, regulado y controlado por el propio Estado y cuyo objetivo es la satisfacción de las necesidades colectivas por un procedimiento de derecho público; es decir, un régimen a través del cual se satisfacen las necesidades colectivas que se caracteriza por la subordinación de los intereses privados al interés general.

En consecuencia, el objeto o finalidad del servicio público es satisfacer una necesidad pública o necesidad de interés público que significa la suma de las necesidades individuales; no presupone necesariamente que todos los individuos de la sociedad deben tenerla, sino que sólo una mayoría de ellos la tiene.¹

Dentro de esta investigación considero pertinente estudiar dos corrientes doctrinarias, las cuales han centrado su análisis en la diferenciación que existe entre quien es el prestador del servicio público y la necesidad que con el mismo se satisfaga.

La concepción orgánica de servicio público define al servicio público en función de la institución o persona que lo presta o realiza. Esta corriente doctrinaria ha tenido una clara evolución, puesto que actualmente el servicio público puede ser también atendido por entes o personas privadas como así ocurre en el caso de los concesionarios.

¹Villegas, Benjamín, *Derecho Administrativo*, 1ª. Ed., Buenos Aires, Editorial TEA, 1951, p. 51.

Al respecto, el tratadista Miguel S. Marienhoff señala: “ cuando en esta materia se habla de criterio orgánico se entiende referir al que solo considera servicio público la actividad satisfecha por la Administración Pública directamente por sí o indirectamente por intermedio de concesionarios”²

Mientras que la **concepción “funcional”**, conocida también como sustancial o material que define al servicio público basada en la naturaleza o características de la necesidad que se satisfaga. Por tanto para quienes comparten esta corriente funcional habrá servicio público tanto en el evento que lo preste o satisfaga la administración pública, directa o indirectamente, como en el caso que lo presten los particulares o administrados, siempre y cuando se satisfaga una determinada necesidad que reúna ciertos caracteres. Es decir para esta corriente funcional el elemento “público” de la expresión “servicio público” no se refiere al ente o persona que lo realiza o presta, sino que está referido al destinatario de dicho servicio que no es otro que el público en general.

Las corrientes orgánica y funcional nos llevan a advertir la existencia de servicios públicos propios e impropios. Los servicios públicos propios son aquellos que presta o debe prestar el Estado directamente o por concesionario.

Los servicios públicos impropios, si bien tienen en común con los anteriores que están orientados a satisfacer en forma más o menos continua necesidades colectivas; no obstante, en este caso, no es el Estado quien los presta, sino que únicamente los regula.

*“Según la doctrina orgánica, de hecho, no pueden existir servicios públicos impropios, pues para ésta corriente, únicamente el Estado directa o indirectamente es el prestador de servicios públicos. Frente a este criterio, existen múltiples tratadistas de Derecho Administrativo que, por el contrario, aceptan la coexistencia de servicios públicos propios con servicios públicos impropios, considerando a éstos últimos como aquellos que constituyen una actividad privada situada entre la actividad pública y el comercio privado puro y simple, lo cual le atribuye caracteres singulares que justifican un correlativo tratamiento jurídico”*³

²Marienhoff, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, 3a. ed., Buenos Aires, Editorial AbeledoPerrot, 1966, Tomo II, p. 20.

³Marienhoff, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, 3a. ed., Buenos Aires, Editorial AbeledoPerrot, 1966, Tomo II, p. 26.

⁴Bielsa, Rafael, *Derecho Administrativo*, 6a. ed., La ley Sociedad Anónima Editora e impresora, 1980, Tomo I, p. 462 y 463.

⁵Marienhoff, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, 3a. ed., Buenos Aires, Editorial AbeledoPerrot, 1966, Tomo II, p. 34.

El experto administrativista Rafael Bielsa en su obra “Derecho Administrativo” señala, al referirse al concepto de servicio público, lo siguiente: “El concepto de servicio público prácticamente se ciñe al de servicio propio. Es servicio público propio, toda acción o prestación (diferenciase desde luego, la acción de la prestación) realizada por la Administración Pública activa, directa o indirectamente, para la satisfacción concreta de necesidades colectivas, y asegurada esa acción o prestación por el poder de policía”⁴

De la definición emitida por el tratadista administrativo, se debe señalar que los servicios públicos serán dados directa e indirectamente por la Administración Pública, es decir por el Estado, puesto que recordemos que es él quien es el encargado de poder satisfacer las necesidades colectivas que puedan existir en el país, entendiendo por tal una suma apreciable de concordantes intereses individuales. Sin embargo la determinación de este carácter de generalidad resulta una tarea muy difícil ya que es una cuestión circunstancial que depende del país que se trate, del grado de evolución de dicho país, de sus costumbres, de su ambiente físico y social. “La determinación de cuándo se está en presencia de una actividad de “interés” general es, pues, una cuestión contingente, circunstancial o imprecisa”⁵

Un segundo elemento importante para concluir que existe un servicio público en estricto sentido es la presencia de un régimen jurídico especial, protegido por el imperium de la ley y del poder de policía.

De otra parte, el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual del Profesor Guillermo Cabanellas define al servicio público como el concepto capital del Derecho Público y Administrativo que ha de satisfacer una necesidad colectiva por medio de una organización administrativa o regida por la administración pública.

Autores como Sarmiento García⁶ sostienen que el servicio público se refiere a la “actividad administrativa desarrollada por entidades estatales o por su delegación, que tienen por finalidad satisfacer necesidades individuales de importancia colectiva, mediante prestaciones materiales en especie, periódicas y sistemáticas, que constituyen el objeto esencial de una concreta relación jurídica con el administrado y asegurada por normas y principios prerrogativas de derecho público a quien la cumple para permitirle la mejor satisfacción de las necesidades colectivas.”

⁶Sarmiento, Jorge, “Los Servicios Públicos”, *Revista Mundo Jurídico*, Buenos Aires, serie 2, año 1994, Nro.1006, julio de 1994, pp.67.

En conclusión, servicio público no es meramente un concepto jurídico; es ante todo un hecho, una realidad; de ahí que las declaraciones de cualquier autoridad pública manifestando que tal o cual actividad constituye un servicio público no tendrían ninguna trascendencia y no pasarían de ser simples declaraciones, en tanto no exista de por medio una real y efectiva satisfacción de una necesidad de interés general. Una vez delimitada, sino completamente al menos razonablemente, la noción conceptual de servicio público resulta imperativo, como corolario del análisis precedente, pasar a referirnos a los rasgos más importantes de los servicios públicos:

- a) Las dos corrientes coinciden en que todo servicio público debe ser prestado bajo criterio técnico gerencial y cumpliendo el proceso administrativo: planificación, coordinación, dirección, control y evaluación;
- b) El servicio público debe funcionar de manera permanente, permitiendo de esta manera poder satisfacer necesidades de las comunidades por sobre los intereses de quienes los prestan;
- c) El interés de la colectividad prevalece respecto del interés del prestador del servicio, ya sea éste persona, organismo, entidad pública o privada.
- d) El servicio público generalmente es prestado por un organismo público, mas su prestación puede ser realizada por particulares bajo la autorización, control, vigilancia y fiscalización del Estado, con estricto apego al ordenamiento jurídico.

Ahora bien, hasta aquí me he permitido analizar la conceptualización y los rasgos más importantes que posee el servicio público, pero también es trascendental el estudio de sus principales características que son inherentes a su propia naturaleza.

La doctrina en general reconoce varios caracteres del servicio público: continuidad, regularidad, uniformidad, generalidad. Algunos expositores suelen hablar indistintamente de uniformidad o igualdad; y de generalidad o universalidad.

El inciso segundo del Art. 314 de la Constitución Política de la República, señala lo siguiente: *“El Estado garantizará que los servicios públicos y su provisión respondan a los principios de obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, regularidad, continuidad y calidad. El Estado dispondrá que los precios y tarifas de los servicios públicos sean equitativos, y establecerá su control y regulación.”*

Entre los principales caracteres del servicio público son:

Eficiencia.- A través de la eficiencia de servicios públicos se quiere lograr un fin determinado para lo cual se requiere seguir estrictamente los lineamientos de la planificación, la cual requiere ser flexible, pues existen variables influyentes, especialmente las del entorno que producen cambios que de no poderse actuar en ellos podrían conducir al fracaso, a una prestación deficiente del servicio público.

Responsabilidad.- La responsabilidad que tiene el Estado en la dotación de servicios públicos, es impuesta por los poderes públicos a los prestadores de los servicios con el fin de garantizar la consecución de determinados objetivos de interés público. La Constitución claramente establece que será de responsabilidad del Estado, la provisión de servicios públicos de agua potable y de riego, saneamiento, fuerza eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, facilidades portuarias y otros de naturaleza similar.

Universalidad o generalidad. Como su palabra mismo lo indica los servicios públicos son para todos los habitantes, lógicamente cumplimiento las normas que regulan éstos. Ejemplo: El servicio de recolección de basura, no sólo es general sino obligatorio. Así lo establece la respectiva Ordenanza Municipal.

La generalidad implica que el servicio público puede ser exigido y usado por todos los habitantes y el Estado optará por medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato en lo concerniente a los usuarios del servicio.

Accesibilidad.- El concepto de accesibilidad, en mi opinión, se circunscribe, a que toda persona puede utilizar los servicios públicos independientemente de su capacidad económica, para lo cual se requiere que el Estado brinde las facilidades pertinentes a todos los ciudadanos y de esta manera se pueda cumplir el buen vivir en todos los ámbitos.

Continuidad.- Los servicios públicos de interés general deben garantizar una prestación ininterrumpida de los mismos, dado que la continuidad del servicio contribuye a la eficiencia del servicio y a la satisfacción efectiva del requerimiento público, todo lo cual permitirá, además, disponer en forma oportuna del servicio esperado.

Cabe agregar que el carácter de continuidad depende en gran medida de la necesidad que se quiera satisfacer.

Calidad.- La calidad es una herramienta básica para el cumplimiento de brindar servicios públicos de calidad. De forma básica la supervisión y ejecución de los requisitos en materia de calidad se ha convertido en uno de los elementos claves de la regulación de los servicios de interés general por parte de las autoridades públicas, es decir por el Estado.

La uniformidad o igualdad.- Al ser un principio universal, se instituye en otro carácter esencial del servicio público y se traduce en que todos los habitantes en igual situación tienen derecho a exigir y recibir el servicio en igualdad de condiciones. No obstante cabe aclarar que en situaciones desiguales se justifica una prestación del servicio sujeta a normas o condiciones distintas.

A todas las entidades públicas encargadas de ofrecer servicios públicos de calidad, continuos, que permitan dar cumplimiento al tan pregonado derecho del buen vivir, requieren de realizar contrataciones sean estas en forma directa, con particulares, entre entidades públicas, con personas jurídicas, naturales extranjeras o nacionales bajo el control estatal etc., con la finalidad de lograr obtener bienes, obras, servicios que puedan satisfacer las necesidades colectivas e institucionales, para cual me permitiré analizar cada uno de este tipo de contratación que forma parte importante de mi tesis investigativa.

1.1.1. La Administración Directa

En el numeral anterior tratamos de los servicios públicos como una forma de satisfacer las necesidades de la sociedad y una de esas formas es la realizada por la Administración Pública en forma directa, concreta, continua, práctica, espontánea a través de los Gobiernos Autónomos Descentralizados, los Ministerios, las Secretarías, etc., y así cumplir con los fines del Estado dentro del orden jurídico establecido y con arreglo a este.

Entre las actividades realizadas por administración directa se encuentran los contratos, mismos que se caracterizan por:

- Ejecutar la propia entidad.
- La entidad deberá contar con la disponibilidad presupuestal y los recursos materiales y logísticos necesarios para llevar a cabo la obra.
- Aplican la normatividad técnica de los procesos constructivos.
- Se aplican controles de calidad, mayores gastos generales, ampliaciones de plazo y adelantos, en base a directiva interna.

- Se rigen específicamente para la adquisición de bienes, servicios y suministros necesarios para la obra.
- La entidad se ahorra la utilidad, que le correspondería al contratista.

En nuestro país, los contratos realizados por administración directa tienen que cumplir con la normativa establecida para cada caso y así evitar problemas posteriores.

A continuación me permito exponer un tema que está en relación directa con lo expuesto en este punto, los contratos públicos.

1.1.2. La Contratación Pública

Referente a este tema me permito hablar en forma general debido a que en los siguientes numerales, trataré de forma más específica.

En 1830, el Congreso Constituyente estableció el Estado del Ecuador, dictando su primera Ley Fundamental, la misma que tuvo como base la legislación colombiana de 1825, en lo relacionado a la organización administrativa, dando de esta manera nacimiento a la administración pública.

Posteriormente en 1837, la Ley Autorizando al Poder Ejecutivo permitió que pueda celebrar contratos con particulares para la construcción, reparo y mejora de caminos, pagando a los contratistas con los peajes, dando de esta manera sus primeros inicios el Estado ecuatoriano en contratación pública, porque hay que esclarecer que un verdadero intento de desarrollar la administración pública se da en el siglo XX, básicamente con las mismas instituciones administrativas de las últimas décadas del XIX; pero a medida que iba creciendo como república, iba mejorando la normativa, entre lo concerniente a contratación pública se da con la Ley de Hacienda en 1964. Hasta que paulatinamente fue derogada por la Ley de Contratación Pública, que se publicó en el Registro Oficial No, 272 de febrero del año dos mil uno donde se hace mención disponer de un instrumento legal que regule adecuadamente los diversos aspectos de la Contratación Pública para solucionar las dudas y vacíos de leyes anteriores, la misma que fue reformada en el 2003 y derogada en agosto de 2008, para ser sustituida por la nueva Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, expedida en el Registro Oficial Nro. 395 de 4 de agosto de dos mil ocho fecha desde la cual entró en vigencia, y tiene como objetivos primordiales los de lograr una optimización y mejor utilización de los recursos públicos, así como de buscar entre otras

cosas, el crear un Sistema de Contratación Pública que articule y armonice a todas las instancias, organismos e instituciones en los ámbitos de planificación, programación, presupuesto, control, administración y ejecución de las adquisiciones de bienes y servicios así como en la ejecución de obras que se realicen con recursos públicos por parte de las entidades y organismos estatales, incluyendo también a las corporaciones, fundaciones, sociedades civiles y compañías mercantiles siempre que su capital o los recursos que se le asignen, esté integrado en el cincuenta (50%) por ciento o más con participación estatal.

Así mismo el Presidente de la República expidió el Reglamento General de la LOSNCP mediante Decreto Ejecutivo No. 1248, publicado en el Suplemento del R.O. 399, de 8 de agosto de 2008, reformado por Decreto Ejecutivo No. 1700, publicado en el Registro Oficial 588 de 12 de mayo de 2009.

Por disposición de la Ley y el Reglamento General, se dispone que el SERCOP, anteriormente llamado INCOP, sea el órgano rector del Sistema Nacional de Contratación Pública con capacidad normativa para ejercer sus atribuciones; instancia que propone un cambio de concepto de corte radical, en cuanto al régimen de compras públicas.

Este sistema trae consigo nuevas reformas como es el uso de procedimientos electrónicos y herramientas, los principios, normas, mecanismos, hechos que no solamente modernizan la contratación administrativa, sino que se adaptan a la sociedad moderna, al sistema de globalización, temas que si bien dan un avance, pero no es lo suficiente, ya que existen falencias, tanto en la Ley como en su Reglamento de Contratación Pública, que necesitan ser analizadas, para buscar soluciones, que ayuden a mejorar y tener una norma eficaz, eficiente, que permita cumplir con el fin que tiene la Administración Pública como es satisfacer las necesidades colectivas e institucionales y así evitar falencias, que pueden afectar a las partes contratantes, en especial al Estado y que se profundizará su análisis en su búsqueda de su mejoramiento.

1.1.3. La Concesión

La concesión sin lugar a duda ha sido creada por los Estados modernos para entablar relaciones con diferentes instituciones a fin de ofrecer al pueblo una serie de actividades o la explotación de ciertos recursos del Estado a particulares, a fin de que éstos se encarguen de organizar, mantener y desarrollar. Según los especialistas es una de las mejores

alternativas para fomentar la riqueza nacional y dirigir los recursos económicos a planes de desarrollo efectivos.

En el ámbito del Derecho público, una **concesión administrativa** es un negocio jurídico por el que una administración pública atribuye a uno o más sujetos derechos o deberes de los que carecía sobre bienes del dominio público (por ej. el uso, aprovechamiento, explotación, uso de instalaciones, construcción de obras, de nuevas terminales marítimas, terrestres o aéreas).

La administración pública mantiene en todo momento la capacidad de asegurar el cumplimiento del fin contemplado.

Es necesario entonces señalar que:

- Una concesión es el permiso que se entrega para hacer uso de un derecho de explotación de servicios o bienes durante un cierto tiempo. La concesión puede ser otorgada por una compañía a otra o por el Gobierno a una firma privada.
- La concesión es, por otra parte, el negocio jurídico a través del cual el Estado cede a una empresa o individuo potestades para el uso de una pertenencia de dominio público o para la explotación de un servicio público bajo determinadas cláusulas: *“La empresa española ha obtenido la concesión de las carreteras y autopistas de la ciudad para los próximos veinte años”, “El presidente amenazó con anular la concesión si la empresa no baja las tarifas”*.

Es decir, la concesión es un contrato administrativo de carácter público, por el cual quien recibe la concesión (concesionario) se compromete a prestar el servicio de interés general, de manera continua y regular, como por ejemplo, servicios de transporte, de provisión de agua potable, de gas, teléfonos, electricidad, etcétera.

Cabe mencionar, finalmente, que para llevar a cabo cualquiera de ellas, se requiere de un contrato, donde se especifique claramente el derecho de la persona a ejercer su profesión o desarrollar su actividad en un determinado lugar.

Son concesiones administrativas:

- La **concesión de servicio público**, es un contrato por el cual la administración encargada de dar un servicio público encomienda a una persona física o jurídica la

prestación del mismo, a cambio de una remuneración (que se fija según los resultados financieros de la explotación del servicio).

- La **concesión de obra pública**, es un contrato por el que se encarga a un particular la realización de una obra pública, consistiendo la remuneración del contratista en el derecho a explotar la obra o en tal derecho acompañado de un precio.
- La **concesión demanial**, hace referencia a que la administración pública que es propietario de un bien realiza contratos con personas naturales o jurídicas el derecho a realizar un uso privativo, exclusivo y excluyente. Estas concesiones están reguladas en legislación sectorial (Ley de Aguas, Ley de Minas, Ley de Puertos, etc.)

Es decir, el contrato de concesión debe estar autorizado legalmente, en virtud de leyes nacionales o provinciales, u ordenanzas municipales, y suele contener cláusulas que limitan la actividad del concesionario evitando abusos en cuanto a las tarifas, multas por incumplimiento del servicio, etcétera, siempre bajo la vigilancia del Estado, ya que se supone que el contratista buscará su propia ganancia, pudiendo impedir el fin de utilidad común para el que fue contratado.

El artículo 11, numeral 9 de la Constitución establece que el ejercicio de los derechos se regirá por principios, uno de ellos es:

“El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.

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.”⁷

Es decir, los concesionarios sean nacionales o extranjeros están compelidos a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de servicios públicos, bien establecido por los asambleístas, puesto que en años anteriores recordemos que las concesionarias obtenían utilidad para su bolsillo, sin mirar el daño que dejaban causando a los pueblos o personas de determinado lugar, ahora eso está prohibido y más que prohibido en caso de daño debe ser reparado, algo lógico dentro de un estado constitucional de derecho y justicia.

⁷ Constitución de la República del Ecuador, Asamblea Constituyente, Montecristi, 2008.

De la misma forma, el mismo cuerpo legal establece en el segundo párrafo del artículo 405 lo siguiente:

Las personas naturales o jurídicas extranjeras no podrán adquirir a ningún título tierras o concesiones en las áreas de seguridad nacional ni en áreas protegidas, de acuerdo con la ley.

Es decir, en los lugares que son considerados de seguridad nacional o protegidos no podrán darse concesiones, esto con la finalidad de proteger y asegurar nuestro bienestar social, económico, de salud, etc.

1.2. El Contrato Público

1.2.1. Definición

El legislador en ninguna de las leyes que a lo largo del tiempo ha regulado, ha introducido alguna definición o concepto acerca de la materia de Contratación Pública.

Dentro del ámbito jurídico sabemos que es muy peligroso no definir o no conceptualizar ciertos términos o materias, debido a que este vacío puede producir un sinnúmero de interpretaciones acerca de la misma cuestión, y además permitir que el ámbito de aplicación de la materia no definida sea ilimitado y sujeto a las decisiones políticas de funcionarios o servidores, ya que se conoce que es el concepto o definición el que inicia estableciendo en términos generales y precisos el ámbito de aplicación de determinada materia.

Por lo tanto, se hace necesario emitir algunas conceptualizaciones de contratos administrativos que algunos juristas internacionales señalan así como lo que establecen las normas nacionales aunque de forma sucinta.

“El Contrato de la Administración Pública es una especie dentro del género Contrato y puede ser definido como el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial, en el cual por lo menos una de las partes es una entidad de la Administración Pública.”⁸

⁸ Salazar, R. (2009, octubre). Derecho y Sociedad. *La Contratación de la Administración pública en función a los intereses de cada contrato*. Recuperado 17 de agosto de 2013. <http://blog.pucp.edu.pe/item/30046/la-contratacion-de-la-administracion-publica-en-funcion-a-los-intereses-involucrados-en-cada-contrato>.

Según Efraín Pérez, tratadista administrativo conceptualiza en su libro denominado Manual de Derecho Administrativo, al contrato público como la *formación de la voluntad administrativa, que se realiza a través de un procedimiento reglado que incluye el programa anual de contrataciones (PAC) y la programación de la adquisición, así como la certificación de la existencia de fondos disponibles*⁹

En el artículo 75 del Estatuto Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva encontramos la siguiente definición de Contrato Administrativo.

*“Contrato administrativo: 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 legales aplicables.”*¹⁰

En el numeral 5, del artículo 6 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, define a la contratación pública vale la redundancia *“se refiere a todo procedimiento concerniente a la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras públicas o prestación de servicios, incluidos los de consultoría. Se entenderá que cuando el contrato implique la fabricación, manufactura o producción de bienes muebles, el procedimiento será de adquisición de bienes a los de arrendamiento mercantil con opción a compra”*.¹¹

Luego de haber hecho un compendio de conceptualizaciones y definiciones de contratación pública realizadas por autores nacionales e internacionales, me permitido realizar mi propia conceptualización.

Los contratos públicos son aquellos contratos donde prima en primer lugar cumplir con ciertos parámetros establecidos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública por parte de la entidad del Estado como la certificación presupuestaria, los pliegos, estar en el Plan Anual de Contratación así como cumplir con ciertos parámetros que establece el SERCOP para luego de haber cumplido los parámetros, puedan intervenir los oferentes y posteriormente con el adjudicatario sea persona natural o jurídica celebrar el contrato, donde se crean derechos y obligaciones para ambas partes y de esta manera

⁹ Pérez, Efraín, *Derecho Administrativo*, 2a.ed., Ecuador, Editorial Pérez, 2006, tomo II, p.98.

¹⁰ Estatuto del Régimen jurídico y administrativo de la función ejecutiva, Decreto Ejecutivo 2428, publicado en el Registro Oficial 536 del 18-Mar-2002.

¹¹ La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, suplemento del Registro Oficial 395, 4-VIII-2008.

cumplir con los intereses colectivos y lograr la ejecución de obras, prestación de servicios, adquisición de bienes y consultoría.

Por otra parte es necesario señalar qué instituciones, entidades, empresas públicas pueden aplicar este tipo de contratos y que de acuerdo al artículo 1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública señala las siguientes:

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*
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.*¹²

1.2.2 Elementos

Los elementos esenciales de los contratos públicos se pueden resumir de la siguiente manera:

a) Los sujetos:

- 1) **La administración.** Pueden ser sujetos de los contratos de la Administración todas las personas públicas, como son el Estado nacional, provincias, municipios, empresas públicas, consorcios, juntas parroquiales, y también las personas privadas, que en el caso ejerzan función administrativa por delegación estatal. En todos los casos los principios aplicables son los mismos, las reglas son análogas, pues siempre será parte un órgano estatal o no estatal en ejercicio de la función administrativa.
- 2) **Los contratistas.** Pueden ser contratistas de la Administración Pública, las personas privadas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, domiciliadas dentro o fuera del territorio de la República, las personas públicas estatales y las personas públicas no estatales.

Es decir, el Estado y las instituciones públicas tienen la facultad de contratar con personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, públicas o privadas, con quienes desee vincularse. Por tanto, pueden ser sujeto de la contratación pública, los poderes del Estado, así como los órganos públicos que tengan personería jurídica. La otra parte puede estar representada por las personas físicas o jurídicas del sector privado o público.

b) La capacidad y habilidad.- Se refiere a habilidad legal que deben tener las partes para contratar y que claramente el artículo 1462 de la Codificación al Código Civil establece que toda persona es legalmente capaz, excepto los que la ley declare incapaces.

De acuerdo a los artículos 62 de Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y 113 de su Reglamento respectivamente establecen lo siguiente:

¹² La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, suplemento del Registro Oficial 395, 4-VIII-2008.

Artículo 62.- Inhabilidades generales.- No podrán celebrar contratos previstos en esta Ley con las entidades contratantes:

1. Quienes se hallaren incurso en las incapacidades establecidas por el Código Civil, o en las inhabilidades generales establecidas en la ley;
2. El Presidente, el Vicepresidente de la República, los ministros y secretarios de Estado, el Director Ejecutivo y demás funcionarios del Instituto Nacional de Contratación Pública, los legisladores, los presidentes o representantes legales de las entidades contratantes previstas en esta Ley, los prefectos y alcaldes; así como los cónyuges o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, de los dignatarios, funcionarios y servidores indicados en este numeral;
3. Los servidores públicos, esto es, funcionarios y empleados, que hubieren tenido directa o indirectamente vinculación en cualquier etapa del procedimiento de contratación o tengan un grado de responsabilidad en el procedimiento o que por sus actividades o funciones, se podría presumir que cuentan con información privilegiada;
4. Quienes consten suspendidos en el RUP;
5. Los que, no habiendo estado inhabilitados en el procedimiento precontractual, al momento de celebrar el contrato, lo estuvieren; y,
6. Los deudores morosos del Estado o sus instituciones.¹³

Artículo 63.- Inhabilidades especiales.- No podrán celebrar contratos con la entidad contratante:

1. Los consejeros provinciales, los concejales municipales y los vocales de las juntas parroquiales, en su respectiva jurisdicción;
2. Las personas naturales o jurídicas, incluidos sus representantes legales, que hubieren realizado los estudios, los diseños y los proyectos de ingeniería o arquitectura, que presenten algún tipo de vinculación respecto a los ejecutores de las obras; y, los que hubieren elaborado las especificaciones de los bienes a

¹³ La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, suplemento del Registro Oficial 395, 4-VIII-2008.

adquirirse; salvo que el contrato se refiera a fiscalización, supervisión, o actualización de los estudios, diseños o proyectos;

- 3. Los miembros de directorios u organismos similares o de la Comisión Técnica de la entidad convocante, sus cónyuges o parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad;*
- 4. Los funcionarios, servidores o empleados que hayan intervenido en la etapa precontractual o contractual y que con su acción u omisión pudieren resultar favorecidos, su cónyuge o sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, así como las personas jurídicas de derecho privado o sociedades de hecho en las que los indicados funcionarios, servidores o empleados, su cónyuge o sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad tengan participación, aún en el caso de que los referidos funcionarios, servidores o empleados hubieren renunciado a sus funciones; y,*
- 5. Los que de manera directa hayan estado vinculados con la elaboración, revisión o aprobación de los Pliegos, relacionados con el contrato a celebrarse.*
- 6. Si se comprobare la intervención de un oferente inhábil, éste quedará eliminado del respectivo proceso precontractual, sin derecho a reclamo alguno.¹⁴*

La otra parte, es decir, los contratistas, sea persona natural o jurídica, debe ser legalmente capaz, de acuerdo a lo establecido en el Art.1462 del Código Civil, el que manifiesta: “*Toda persona es legalmente capaz, excepto las que la ley declara incapaces*”, y cumplir con las demás condiciones establecidas en la Ley.

En caso que las personas inhábiles contraten con el Estado o entidades del sector público, será nulo, empero la nulidad debe ser declarada por el Juez competente.

Además esto permite que la entidad contratante pueda dar por terminado el contrato en forma anticipada y unilateral, sin realizar ninguna clase de indemnización al contratista y sin perjuicio de las sanciones administrativas, penales y civiles a que dieran lugar.

Por otra parte, el Art. 65 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública expresa que se anula un contrato por las siguientes causas:

¹⁴ La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, suplemento del Registro Oficial 395, 4-VIII-2008.

1. *Por las causas generales establecidas en la Ley;*
2. *Por haberse prescindido de los procedimientos y las solemnidades legalmente establecidas; y,*
3. *Por haber sido adjudicados o celebrados por un órgano manifiestamente incompetente.” Esta nulidad de contrato puede ser demandada por el Procurador General del Estado, sin perjuicio civil, penal o administrativa del empleado o funcionario que hubiere causado la nulidad.* ¹⁵

Estos son los elementos esenciales que atañen a la existencia y validez del contrato.

c) Voluntad-Consentimiento.- En los contratos públicos siempre debe existir la voluntad expresa y válida de las dos partes una de ellas es la de la administración y la otra la del contratista.

El consentimiento es la conjunción de la declaración o exteriorización de la voluntad unilateral de cada uno de los contratantes; es la declaración de voluntad común o negocial.

d) El objeto.- Es la obligación consistente en una prestación de dar, hacer o no hacer una cosa, querida o convenida por las partes.

Es la consecuencia o efecto que produce y que se persigue al celebrarlo, según la noción de Bercaitz.

El objeto en los contratos públicos deben ser cierto, lícito y determinado, ya que no puede contrariar al Derecho Positivo, ni guardar incongruencia con la función administrativa de los órganos estatales o apartarse de la finalidad pública que le es innata.

El objeto del contrato es la obligación que por él se constituye. Obligación que tiene por contenido una prestación de dar, hacer o no hacer, querida por las partes. El objeto del contrato, en otros términos, es la consecuencia que se persigue al celebrarlo como factor determinante de la voluntad de las partes (art. 1169, Código Civil).¹⁶

¹⁵ La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, suplemento del Registro Oficial 395, 4-VIII-2008.

¹⁶ Código Civil Ecuatoriano, Codificación 10, Registro Oficial Suplemento 46 de 24-jun-2005.

Los contratos públicos tienen por objeto siempre la ejecución de una obra, adquisición de un bien, prestación de un servicio, incluido de consultoría cuya finalidad primordial como lo he repetido reiteradamente son los intereses y la satisfacción de las necesidades generales. Cláusula abierta ésta, que convierte al objeto de la contratación administrativa en prácticamente ilimitado.

Las cosas que no están en el comercio no pueden ser objeto de los contratos privados, pero sí pueden serlo de los contratos de la Administración, como ocurre con los bienes del dominio público; por ejemplo, una concesión de uso especial de la dominialidad pública. En el contrato administrativo la Administración, durante la ejecución de él, puede variar unilateralmente, dentro de ciertos límites, y en razón del interés público, el objeto del contrato.

El contenido del contrato debe ajustarse estrictamente a las normas del derecho objetivo, debiendo el objeto ser cierto, posible, determinable o determinado y lícito.

El contrato que contenga un objeto ilícito es nulo; por ejemplo, el llamado a licitación para construir una plaza de toros, estando prohibidas las corridas. El contrato ilícito por razón del objeto comprende tres especies diferentes: el contrato ilegal, o contrario a normas imperativas; el contrato prohibido, o contrario al orden público, y el contrato inmoral, o contrario a las buenas costumbres.

e) La causa.- La causa es el motivo determinante que llevó a las partes a celebrar el contrato. Un contrato no tiene causa cuando las manifestaciones de voluntad no se corresponden con la función social que debe cumplir, tampoco cuando se simula o se finge una causa. El contrato debe tener causa y ésta ha de ser existente, verdadera y lícita.

Según el Código Civil la causa se define como “el motivo que induce al acto o al contrato; y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público” son aplicadas también en los contratos públicos.

Por lo tanto, en la contratación pública, cualquier clase de contrato que realicen las autoridades, la causa, debe ser legítima, verdadera y efectiva, de manera que responda a las necesidades del pueblo o de la entidad pública que realizó el contrato.

f) Formalidades.- Los contratos públicos en nuestro país están regidas al cumplimiento de ciertas formalidades exigidas por las disposiciones vigentes en cuanto a la forma y procedimientos de contratación. Estas formalidades las encontramos estipuladas en el art. 68 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y que es indispensable dar a conocer:

Artículo 68.- Requisitos de los contratos.- Son requisitos para la celebración de los contratos, los siguientes:

1. La competencia del órgano de contratación;
2. La capacidad del adjudicatario;
3. La existencia de disponibilidad presupuestaria y de los recursos financieros necesarios para el cumplimiento de las obligaciones; y,
4. La formalización del contrato, observando el debido proceso y los requisitos constantes en la presente ley y su reglamento.

1.2.3. Garantías

Como se ha observado, hasta aquí me he permitido analizar que son los servicios públicos, cuáles son sus características principales y qué tipos de contrato la Administración Pública puede realizar para poder satisfacer las diferentes necesidades que tienen los ecuatorianos y que requisitos deben cumplir.

Ahora bien, para que estos servicios públicos puedan ser satisfechos se debe aplicar varios procedimientos establecidos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública para lo cual me permito explicar brevemente cada uno de ellos, en los cuales deben ir obligatoriamente una cláusula denominada de las garantías con la finalidad de salvaguardar los intereses del estado ecuatoriano, tema central de mi investigación y que hablare en forma explícita luego de la breve explicación de los procedimientos establecidos para la contratación.

Procedimiento de Consultoría

Según la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en su artículo 6 numeral 8 define a la consultoría como: *“...la prestación de servicios profesionales especializados no normalizados, que tengan por objeto identificar, auditar, planificar,*

*elaborar o evaluar estudios y proyectos de desarrollo, en sus niveles de pre factibilidad, factibilidad, diseño u operación. Comprende, además la supervisión, fiscalización, auditoría y evaluación de proyectos ex ante y el ex post, el desarrollo de software o programas informáticos así como los servicios de asesoría y asistencia técnica...*¹⁷ Para consultoría, esta misma ley define en el artículo 40, los tres tipos de contratación existentes, los cuales se detallan a continuación:

Contratación directa

Este tipo de contratación se da cuando el presupuesto referencial del contrato sea inferior o igual al valor que resultare de multiplicar el coeficiente 0,000002 por el monto del presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico.

Contratación mediante lista corta

Se realiza cuando el presupuesto referencial del contrato supere el fijado en el número anterior y sea inferior al valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,000015 por el monto del presupuesto inicial del Estado correspondiente al ejercicio económico.

Contratación mediante concurso público

Se da cuando el presupuesto referencial del contrato sea igual o superior al valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,000015 por el monto del Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico.

Procedimientos Dinámicos

Los procedimientos dinámicos, son aquellos que una entidad pública puede adquirir bienes o servicios de manera directa, sin llamar a ningún concurso, y pueden ser de dos clases:

Compras por catálogo electrónico

Las compras por catálogo electrónico se refieren a que las entidades públicas que realicen contratos pueden hacerlo en forma directa si se encuentra dentro del catálogo que se encuentra establecido en el Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP).

¹⁷ La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, suplemento del Registro Oficial 395, 4-VIII-2008.

Subasta inversa

Este es un procedimiento nuevo para nuestra legislación, el cual la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, lo analiza en el artículo 47; sin embargo ya es utilizado en otros países de la región, y consiste en la contratación al postor que presente la oferta más conveniente a los intereses institucionales, se realiza como una subasta o remate, con la diferencia, que se le adjudica al que oferta el menor valor. La subasta inversa puede ser de dos tipos:

Subasta Inversa electrónica

Este tipo de procedimiento se realiza cuando las entidades contratantes requieran adquirir bienes y servicios normalizados cuya cuantía supere el monto equivalente al 0,0000002 del Presupuesto Inicial del Estado, que no se puedan contratar a través del procedimiento de compras por Catálogo Electrónico, y en que los proveedores de dichos bienes y servicios, pujan hacia la baja del precio por medios electrónicos.

Subasta Inversa presencial

Según con la Disposición Transitoria Quinta del Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, si por causas técnicas debidamente justificadas y acreditadas por el Servicio Nacional de Contratación Pública, anteriormente llamado INCOP no fuera posible realizar la adquisición de bienes y servicios normalizados a través de catálogo electrónico o de subasta inversa electrónica, se realizará un proceso de adquisición a través de una oferta pública presencial y directa, sin utilizar el portal de compras públicas, al cual se denomina Subasta Inversa Presencial.

Licitación

De acuerdo al instructivo establecido en el sistema del Servicio Nacional de Contratación Pública, se establece que la Licitación se da cuando los bienes, obras o servicios, no se pueden enmarcar en los otros procedimientos, en especial en los dinámicos; o cuando se trate de bienes o servicios no normalizados. Se utilizará el procedimiento de licitación, según el artículo 48 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en los siguientes casos:

- 1. Si fuera imposible aplicar los procedimientos dinámicos o cuando una vez aplicados sean declarados desiertos; siempre que el presupuesto referencial sobrepase el valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,000015 por el monto del Presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico.*
- 2. Para contratar la adquisición de bienes o servicios no normalizados, exceptuando los de consultoría, cuyo presupuesto referencial sobrepase el valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,000015 por el monto del Presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico.*
- 3. Para contratar la ejecución de obras, cuando su presupuesto referencial sobrepase el valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,00003 por el monto del Presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico.*¹⁸

Cotización y Menor Cuantía

Cotización

Este procedimiento es aplicable cuando el objeto de la contratación se refiere a bienes y servicios normalizados, bienes y servicios no normalizados y ejecución de obras, y solo si fuere imposible aplicar los procedimientos dinámicos de compras por catálogo y subasta inversa electrónica, o si aplicados los mismos, éstos fueran declarados desiertos. Este procedimiento, se utilizará según el artículo 50 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en cualquiera de los siguientes casos:

- 1. Si fuera imposible aplicar los procedimientos dinámicos o en el caso que una vez aplicados dichos procedimientos, éstos hubiesen sido declarados desiertos; siempre que el presupuesto referencial oscile entre 0,000002 y 0,000015 del Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico.*
- 2. La contratación para la ejecución de obras, cuyo presupuesto referencial oscile entre 0,000007 y 0,00003 del Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente Ejercicio Económico.*

¹⁸ La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, suplemento del Registro Oficial 395, 4-VIII-2008.

3. *Para la adquisición de bienes y servicios no normalizados, exceptuando los de consultoría, cuyo presupuesto referencial oscile entre 0,000002 y 0,000015 del Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente Ejercicio Económico.*¹⁹

Menor Cuantía.

Igualmente este procedimiento es aplicable cuando el objeto de la contratación se refiere a bienes y servicios normalizados, bienes y servicios no normalizados y ejecución de obras, y solo si fuera imposible aplicar los procedimientos dinámicos de compras por catálogo y subasta inversa electrónica, o si aplicados se declaren desiertos.

Se podrá contratar bajo este sistema, según el artículo 51 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en cualquiera de los siguientes casos:

1. *Para las contrataciones de bienes y servicios no normalizados, exceptuando los de consultoría cuyo presupuesto referencial sea inferior al 0,000002 del Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico.*
2. *En las contrataciones de obras, cuyo presupuesto referencial sea inferior al 0,000007 del Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico.*
3. *Y en los casos que fuera imposible aplicar los procedimientos dinámicos o cuando una vez aplicados dichos procedimientos, éstos hubiesen sido declarados desiertos; siempre que el presupuesto referencial sea inferior al 0,000002 del Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico.*²⁰

1.2.4 Procedimientos Especiales

Son procedimientos de contratación que tienen el carácter de excepcional, y comprende a determinadas contrataciones como son:

- Contratación integral por precio fijo
- Contratación en situaciones de emergencia
- Adquisición de bienes inmuebles
- Arrendamiento de bienes inmuebles

¹⁹ La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, suplemento del Registro Oficial 395, 4-VIII-2008.

²⁰ La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, suplemento del Registro Oficial 395, 4-VIII-2008.

- Contratación por ínfima cuantía
- Contratación de las actividades de giro específico del negocio

Estos procedimientos serán utilizados por las entidades contratantes de acuerdo a la cuantía, requisitos que se exija para cada caso, en el cual primeramente se debe seguir un procedimiento predeterminado en el portal de compras públicas, que en forma general es la etapa precontractual, donde se realizan pliegos, estudios, se debe contar con la disposición presupuestaria, subir al sistema de compras públicas los pliegos para que puedan ingresar los oferentes que consideren pertinente participar, posteriormente se excogita al adjudicatario, con quien se llegara a un acuerdo y posteriormente se realizara el contrato, donde debe establecerse una cláusula de trascendental y vital importancia en esta etapa, la denominada etapa contractual, la misma que se denomina **cláusula de las garantías**, misma que contiene en esencia , la finalidad de brindar seguridad, protección o certeza sobre el contrato. En este contexto, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento, tienen como objetivo principal lograr la contratación eficiente de bienes, servicios y obras para que las Entidades del Sector Público puedan cumplir con sus funciones encomendadas frente a la comunidad, ha regulado las garantías que los oferentes o contratistas deben presentar durante un proceso de contratación.

Para entender mejor el tema de las garantías, es necesario saber a qué se refieren en forma general y luego adentrarnos en forma específica a la garantía desde el punto de vista de la contratación pública.

“Guillermo Cabanellas define a la garantía de la siguiente manera: “Una garantía es un negocio jurídico mediante el cual se pretende dotar de una mayor seguridad al cumplimiento de una obligación o pago de una deuda.”

Son aquellas seguridades accesorias que se dan para la seguridad de una obligación. Pueden ser reales como la prenda y la hipoteca, personales como la fianza y cláusula penal, bancarias y de compañías de seguros.”²¹

La garantía es una institución muy particular del Derecho Administrativo. Ha sido definida por los administrativistas de variados modos.

²¹ Cabanellas, Guillermo, *Diccionario Jurídico elemental*, Buenos Aires, 17^a ed., Editorial Heliasta, 2005, p.174.

Por ejemplo para Roberto Dromi “...*la forma, modo, monto, momento y plazo para realizar dicha garantía precontractual, están regulados por las normas positivas de la contratación específica, y su razón de ser, es asegurar o afianzar el mantenimiento de la oferta durante el plazo estipulado en los pliegos de condiciones o en la normativa...*”²²

Para Cabanellas la garantía contractual significa: “...*Afianzamiento, fianza. Prenda. Caución. Obligación del garante. Cosa dada en garantía. Seguridad o protección frente a un peligro o contra un riesgo...*”²³

Luego de haber señalado varias definiciones, debo manifestar que la garantía es un contrato accesorio que se constituye mediante una variada gama de obligaciones y contratos: el seguro, la fianza, la prenda, los títulos de crédito, la hipoteca, el depósito, etc., cada uno de los cuales considerado independientemente de su accesorialidad, tiene una fisonomía propia, muy diferente de aquella.

Las garantías tienen una gran importancia en los contratos públicos (sea que se lo haga a través de administración directa, contratos públicos o concesiones) pues si la obligación (adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluido los de consultoría) no estuvieran asegurados, de esta manera el estado correría dos peligros, por un lado, pudiera ocurrir que el contratista cumpliera con el objeto sobre el cual se estableció en el contrato principal, como por ejemplo la construcción de una carretera, la entrega de llantas, el alquiler de un tractor, en el plazo establecido, por otro lado, también el estado se protege con una garantía de que los bienes, obras, servicios, sean de calidad, que los productos que establecieron en el contrato sean los establecidos, etc.

Finalidad

Las garantías tienen como fin, la de asegurar el total cumplimiento de las obligaciones establecidas en el contrato, más no indemnizar, ya que la entidad pública, aun ejecutando las garantías conserva el derecho a demandar al contratista por los daños y perjuicios ocasionados a la Administración. Toda garantía nace de la necesidad de respaldar una obligación contractual. Se considera como un instrumento a través del cual un tercero

²² Dromi, Roberto, *Derecho Administrativo*, Argentina, 7ma. ed., 1998 , p. 379.

²³ Cabanellas, Guillermo, *Diccionario Jurídico elemental*, Buenos Aires, 17ª ed., Editorial Heliasta, 2005, p.175.

garantiza a la entidad beneficiaria el cabal y oportuno cumplimiento de las obligaciones asumidas por un contratista mediante la firma de un contrato.

En una garantía intervienen tres partes:

- ✚ Afianzador (Compañía de seguros, Fiador)
- ✚ Asegurado (Beneficiario, Contratante)
- ✚ Afianzado (Contratista, Cliente).

En caso de que el contratista no fuera capaz de cumplir a cabalidad con las obligaciones contraídas, el afianzador deberá honrar su compromiso con el beneficiario mediante el pago de la garantía.

Características de la Garantía

Se considera que por ser tan variadas las figuras jurídicas, utilizadas como garantía, la determinación de sus características no debe tomarse a raja tabla, sino con un intento de sistematizar la institución administrativa y de encontrarle una fisonomía propia, dejando a salvo la esencia de cada una de las cauciones de que se vale la administración para asegurar el interés público.

Las características de garantías, que se utilizan en la administración pública ecuatoriana son las siguientes:

Es un Contrato

Exige un acuerdo de voluntades entre el que constituye la garantía y el acreedor principal, en este caso la administración pública. No es necesario que el contrato de garantía se celebre entre el contratante y el contratista, porque se da el caso frecuente de que la garantía no la otorgue este último, sino un tercero.

Como toda convención, el contrato de garantía es un acuerdo de voluntades generador de obligaciones.

Es unilateral

Es unilateral puesto que a pesar de que se deriva de un contrato, no se requiere más de dos voluntades, debido a que genera únicamente obligaciones para una de las partes, en este

caso el garante; la administración pública no contrae obligación alguna. Por el contrario, basta la designación del acreedor para que esta surta efecto y surja a la vida jurídica.

Es Accesorio

Los contratos accesorios son aquellos que solo pueden existir dependiendo de un contrato principal, en un contrato público tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal adquirida por el contratista con la administración pública.

Entre los contratos accesorios, en primer lugar encontramos los contratos de garantía, cuya finalidad consiste en crear una seguridad, en sentido amplio, para el pago de una deuda: fianza, solidaridad, garantía real, hipoteca, etc., pero en estos casos no es tanto el contrato lo que es accesorio como la obligación del fiador o el derecho real de hipoteca.”

Es un contrato solemne y en ciertos casos real

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

El endoso en prenda

El endoso en garantías tiene efectos limitados, cuyo fin es garantizar otra obligación, mediante la constitución de una prenda sobre la letra de cambio.

Una de las garantías más importantes, es la hipoteca, no sólo por la seguridad que otorga al contratante, sino porque se la constituye para garantizar montos muy elevados. Por eso la ley le reviste de solemnidades: debe otorgarse por escritura pública y deberá, además, inscribirse en el registro correspondiente, constituyendo este último acto la tradición del derecho, requisito sobre el cual no tendría ningún valor. Igualmente solemne es la póliza de seguro de fianza que se perfecciona y prueba mediante el documento denominado póliza, que exige una serie de requisitos legales para su emisión.

Es Gratuito

Porque quien se obliga es el garante, que a veces suele ser el mismo contratista, en beneficio de la administración, la que no sufre ningún gravamen, por el contrario, se beneficia de la utilidad que le reporta la garantía, se asegura la recaudación del anticipo no devengado y se resarce de los perjuicios ocasionados por el incumplimiento del contratista.

Sin embargo, para el contratista es generalmente onerosos, ya que le significa erogaciones por concepto de primas, depósitos, etc.

Es de necesaria estipulación

Tanto en la Ley como en Reglamento de Contratación Pública, se establece en qué tipos de contrato obligatoriamente debe rendirse garantías, dependiendo del monto, a excepción de lo que establece el artículo 73 de la LOSNCP, párrafo séptimo “No se exigirán las garantías establecidas por la presente ley para los contratos referidos en el número 8 del artículo 2 de esta Ley, es decir, los contratos realizados entre entidades del sector público.

Es Incondicional

De acuerdo con lo expuesto, la incondicionalidad exigida por la ley, no puede referirse a este aspecto consustancial de la garantía, sino más bien a la forma de ejecutarla una vez producido el evento que da lugar a ello, en esta fase, es donde no caben las condiciones, basta la simple afirmación por escrito del representante de la entidad beneficiaria, en razón de que el incumplimiento se ha producido, para la obligación que contiene la garantía se torne exigible.

Es Irrevocable

Puesto que la garantía por sí sola no puede revocarse en forma unilateral, por su voluntad, puesto que al celebrar un contrato la garantía que emite el contratista o contratistas hacia la entidad pública, tiene como fin brindar la seguridad necesaria para garantizar los intereses del Estado. Por esta razón, es indispensable que las condiciones generales y especiales, que constan en los modelos de pólizas de seguros, utilizados para emitir las garantías, no contravengan la incondicionalidad exigida por las Ley de Contratación Pública.

Es de cobro inmediato

Esta característica para mi opinión es una de aquellas que pretende proteger al Estado ecuatoriano, puesto que en caso de incumplimiento por parte del contratista (s) en forma inmediata se cobrara la multa para hacer efectiva la condición: cobro inmediato, tomando en cuenta que en estos casos no es aplicable la norma establecida en la Ley General de Compañías de Seguros.

Es preferente

Son preferentes debido a que la entidad contratante tendrá preferencia sobre cualquier otro acreedor, sea cual fuera la naturaleza del mismo y el título en que se funde su pretensión, para hacer efectiva la garantía.

Es inembargable

Esta característica consiste en que en primer lugar se cubre las indemnizaciones a que tenga derecho la Administración Pública.

Es independiente

Las garantías son independientes, debido a que guardan independencia respecto a la obligación garantizada.

CAPÍTULO II: RÉGIMEN DE GARANTÍAS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

2.1. Garantías

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública derogó a la Codificación a la Ley de Contratación Pública y a la Ley de Consultoría, estableciendo algunos cambios con relación a la forma y a los tipos de garantías; las cuales se presentan en las etapas precontractual y contractual de los contratos administrativos que celebren las instituciones y entidades públicas, sujetas a la mencionada Ley.

Como principal diferenciación con las formas establecidas en las dos normativas anteriores a la actual Ley, es que no prevé como forma de garantía el Depósito en moneda de plena circulación en el país, en efectivo o en cheque certificado que se consignaba en una cuenta especial a la orden de la entidad contratante, en el Banco Ecuatoriano de la Vivienda; y en vez de esta posibilidad permite la presentación de certificados de depósito a plazo, emitidos por una institución financiera establecida en el país, endosados por valor en garantía a la orden de la entidad contratante y cuyo plazo de vigencia es mayor al estimado para la ejecución del contrato.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, establece que las garantías o pólizas, no admiten cláusula alguna de trámite administrativo previo; por lo que el asegurado únicamente necesita hacer el requerimiento por escrito de su ejecución; y, la aseguradora o entidad financiera inmediatamente la efectivizará, sin más trámite.

Las garantías que son otorgadas a favor del sector público ecuatoriano, deben ser emitidas por un banco, institución financiera o aseguradora establecidos en el país o por intermedio de ellos, y deben reunir la calidad de incondicionales, irrevocables y de cobro inmediato.

En el siguiente numeral me permito ir explicando cada una de ellas.

2.1.1 Modos de rendir garantía

Las **formas o modos de rendir garantías**, se encuentran enumeradas, taxativamente, en el artículo 73 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, y son:

***“Garantía incondicional, irrevocable y de cobro inmediato, otorgada por un banco o institución financiera establecidos en el país o por intermedio de ellos”.*²⁴ (las negritas me pertenecen)**

²⁴ La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, suplemento del Registro Oficial 395, 4-VIII-2008.

Revisemos detenidamente este modo de rendir garantía, que establece el artículo 73 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Incondicionales

La forma de la garantía debe ser redactada de forma incondicional, es decir sin estar sujeta a condición alguna. Según nuestro Código Civil artículo 1489 define a la obligación condicional como “...*la que depende de una condición, esto es, de un acontecimiento futuro que puede suceder o no...*”²⁵. Como ya se manifestó en el capítulo anterior la incondicionalidad exigida por la ley, no puede referirse a este aspecto consustancial de la garantía, sino más bien a la forma de ejecutarla una vez producido el evento que da lugar a ello, en esta fase, es donde no caben las condiciones, basta la simple afirmación por escrito del representante de la entidad beneficiaria, en razón de que el incumplimiento se ha producido, para la obligación que contiene la garantía se torne exigible.

Irrevocables

Así mismo dentro de las formas de las garantías se establece que esta debe ser irrevocable, ya que una vez dadas solo pueden ser revocadas cuando se cumpla la obligación principal, impidiendo al contratista dejarla por su propia voluntad.

De cobro o ejecución inmediata

El cobro inmediato, se lo hará sin ningún retraso, por parte de la entidad pública, recordemos que cada servidor público es responsable por los actos u omisiones que puedan perjudicar al estado. Por lo tanto deben revisar, verificar cuidadosamente el formato de la póliza dependiendo si es de aseguradora u otra entidad, sobre las condiciones, pues recordemos que la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública establece que las garantías sean incondicionales, irrevocables y de cobro inmediato, las cuales deben ser aprobados por la Superintendencia de Bancos; entidad que elaboró un modelo especial, para ser utilizado en estas garantías, de tal modo que las estipulaciones generales y particulares no contengan disposición alguna que contravenga los requerimientos de la ley relacionada con la materia.

En el Ecuador, son consideradas instituciones financieras las siguientes:

²⁵ Código Civil Ecuatoriano, Codificación 10, Registro Oficial Suplemento 46 de 24-jun-2005.

- Banco Central del Ecuador;
- Instituciones financieras públicas;
- Instituciones financieras privadas: los bancos, las sociedades financieras o corporaciones de inversión y desarrollo, las asociaciones mutualistas de ahorro y crédito para la vivienda y las cooperativas de ahorro y crédito que son intermediarios financieros del público.

De acuerdo con lo señalado en el art. 121 de la codificación de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero "...*Las personas naturales o jurídicas que no forman parte del sistema financiero y no cuentan con el respectivo certificado expedido por la Superintendencia de Bancos y Seguros, quedan expresamente prohibidas de realizar operaciones reservadas para las instituciones que integran dicho sistema, especialmente la captación de recursos del público, exceptuando la emisión de obligaciones cuando ésta proceda al amparo de la Ley de Mercado de Valores...*"²⁶

2. Fianza instrumentada en una póliza de seguros, incondicional e irrevocable, de cobro inmediato, emitida por una compañía de seguros establecida en el país;

Esta garantía debe ser emitida por una compañía de seguros establecidos en el país y que se encuentren legalmente autorizadas.

La fianza, en sentido estricto, consiste en una garantía personal, en virtud de la cual se asegura el cumplimiento de una deuda u obligación mediante la existencia de un fiador.

El fiador es una tercera persona, ajena a la deuda, que garantiza su cumplimiento, comprometiéndose a cumplir él lo que el deudor no haya cumplido por sí mismo (deudor subsidiario).

El artículo 2238 del Código Civil ecuatoriano, define así a la fianza: "...*Es una obligación accesoria en virtud de la cual una o más personas responden de una obligación ajena, comprometiéndose para con el acreedor o cumplirla en todo en parte, si el deudor principal no la cumple.....*"²⁷

²⁶Ley Orgánica de Instituciones del Sistema Financiero, registro oficial no. 250, 23 de enero de 2001.

²⁷ Código Civil Ecuatoriano, Codificación 10, Registro Oficial Suplemento 46 de 24-jun-2005.

La fianza puede otorgarse hasta o desde día cierto, o bajo condición suspensiva o resolutoria.

En Derecho contractual: la fianza garantiza el cumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato. En caso concreto de contratación pública, la ley establece la fianza instrumentada en una póliza de seguros.

¿Qué es una póliza de Seguros?

Una póliza de seguro es un contrato entre el asegurado y una Compañía de Seguros, donde se establecen los derechos y obligaciones de ambas partes, las Coberturas (son los riesgos que asume el asegurador y que se describen en la póliza), en relación al seguro contratado.”²⁸

La vigencia póliza

“Es el período por el cual se ha contratado una póliza, generalmente es de 365 días, pero se puede contratar por el tiempo que desee el solicitante y se especifica en el cuerpo de la Póliza.”²⁹

Fecha de renovación de una Póliza

“Cuando se cumple la vigencia de la Póliza, ésta se renueva automáticamente. En el documento de renovación se expresa la nueva vigencia y las modificaciones solicitadas por el asegurado, si las hay. De no haber modificaciones solicitadas por el asegurado, mediante comunicación escrita previo a la renovación; el seguro se renueva bajo las mismas condiciones pautadas en el contrato original.”³⁰

Proceso de Cancelación de Pólizas

“Todo contrato puede cancelarse por voluntad del Asegurado o del Asegurador en los casos que se pueda; pero en los seguros de propiedades, seguros de Vida y Fianzas el Asegurador no puede cancelar el contrato unilateralmente.

²⁸ Fino Consultores, consultores de seguros, septiembre de 2013, <http://www.finoconsultores.com/faqresults.asp?category=SEGUROS&question=2>.

²⁹ Fino Consultores, consultores de seguros, septiembre de 2013, <http://www.finoconsultores.com/faqresults.asp?category=SEGUROS&question=2>.

³⁰ Fino Consultores, consultores de seguros, septiembre de 2013, <http://www.finoconsultores.com/faqresults.asp?category=SEGUROS&question=2>.

Cuando la cancelación es por voluntad del Asegurador, deberá dar aviso al Asegurado con diez días de anticipación a la fecha de cancelación; el Asegurado puede hacerlo en cualquier momento, mediante comunicación escrita al Asegurador.

De haber un balance a favor del Asegurado se le devuelve la Prima (Precio del Seguro), correspondiente al tiempo comprendido entre la fecha de cancelación y la de vencimiento de la póliza.”³¹

Cuando una Compañía de Seguros acepta el riesgo

Es un acto por el que una entidad aseguradora decide la admisión y cobertura del riesgo que le ha sido propuesto por el asegurado. Por medio de éste acto se procede a aceptar y formalizar la emisión de la póliza.

Es decir, esta forma de garantía establecida por la LOSNCP, permite que la entidad contratante dependiendo del contrato que va a realizar y procedimiento comunique en la etapa precontractual que clase de garantía se pedirá para antes de firmar el contrato, para que presente el contratista elegido, que generalmente lo hacen a través de esta forma, sea la garantía de anticipo y fiel cumplimiento que actualmente establece la ley referente a contratos públicos.

3. Primera hipoteca de bienes raíces, siempre que el monto de la garantía no exceda del sesenta por ciento del valor del inmueble hipotecado, según el correspondiente avalúo catastral correspondiente;

En primer lugar debemos tener presente cual es el significado de la palabra hipoteca. En este sentido Cabanellas, nos aclara, que es de origen griego y "*significa cabalmente suposición, como acción o efecto de poner una cosa debajo de otra, que podrá sustituir, añadir o emplearla*".³²

Los siguientes artículos del Código Civil nos esclarecen algunos parámetros de lo referente a hipoteca de bienes inmuebles.

³¹ Fino Consultores, consultores de seguros, 16 de septiembre de 2013, <http://www.finoconsultores.com/faqresults.asp?category=SEGUROS&question=2>.

³² Cabanellas, Guillermo, *Diccionario Jurídico elemental*, Buenos Aires, 17ª ed., Editorial Heliata, 2005, p.34.

El Art. 2309 del Código Civil establece que “Hipoteca es un derecho de prenda, constituido sobre inmuebles que no dejan por eso de permanecer en poder del deudor.

Art. 2310.- La hipoteca es indivisible. En consecuencia, cada una de las cosas hipotecadas a una deuda y cada parte de ellas están obligadas al pago de toda la deuda y de cada parte de ella.

Art. 2311.- La hipoteca deberá otorgarse por escritura pública, o constituirse por mandato de la ley en los casos por ella establecidos. Podrá ser una misma la escritura pública de la hipoteca y la del contrato a que accede.

Art. 2312.- La hipoteca deberá, además, ser inscrita en el registro correspondiente. Sin este requisito, no tendrá valor alguno, ni se contará su fecha sino desde la inscripción.”³³

De esta manera, el contratista de un bien, servicio, obra, consultoría, puede presentar como garantía la de primera hipoteca de un bien inmueble, es decir, la que cronológicamente se constituyó en primer término sobre un inmueble o puede ser la de primer grado cuando, respecto de un mismo bien, la misma que debe estar libre de toda acción legal (embargos, prohibición de enajenar, etc) en consecuencia, con esta garantía se pretende asegurar todas las obligaciones que el contratista tenga o pueda tener a favor del acreedor hipotecario (contratante).

Además para que la entidad contratante pueda aceptar esta garantía, el monto de la misma no puede exceder del 60% del valor del inmueble hipotecado, según el I correspondiente avalúo catastral correspondiente.

La Hipoteca.

El Dr. Guillermo Cabanellas, establece las siguientes acepciones sobre hipoteca:

“Primera: como derecho real accesorio: Que grava los bienes inmuebles, o ciertos bienes muebles (buques, aeronaves), para garantía del cumplimiento de una obligación, del pago de una deuda.

³³ Código Civil Ecuatoriano, Codificación 10, Registro Oficial Suplemento 46 de 24-jun-2005.

Como contrato: *En virtud del cual una persona, el deudor hipotecario, grava una finca o ciertos bienes a favor de otro, el acreedor hipotecario, para que este, en caso de no poder o no querer aquel cumplir la obligación asegurada, una vez que sea exigible, proceda para hacerse pago del principal y demás gastos, a la pública enajenación de la cosa que constituida la garantía.*

Tercera: como finca: *garantiza la obligación hipotecaria convenida entre las partes o exigida por el legislador.*

Cuarta: como obligación legal: *Cuando la Ley impone la forzosa constitución expresa o tácita, con el objeto de responder de determinadas gestiones o prestaciones.*³⁴

Para mi criterio personal, para que la hipoteca de un bien inmueble sea suficiente, y pueda ejecutarse en caso de incumplimiento del contratista con las cláusulas contractuales, es necesario hacer un análisis exhaustivo del bien que se va tomar en garantía.

4. Depósitos de bonos del Estado, de las municipalidades y de otras instituciones del Estado, certificaciones de la Tesorería General de la Nación, cédulas hipotecarias, bonos de prenda, Notas de crédito otorgadas por el Servicio de Rentas Internas, o valores fiduciarios que hayan sido calificados por el Directorio del Banco Central del Ecuador. Su valor se computará de acuerdo con su cotización en las bolsas de valores del país, al momento de constituir la garantía. Los intereses que produzcan pertenecerán al proveedor; y,

Este numeral, permite varias formas de garantía que puede presentarse como garantía para poder contratar con el Estado, entre las cuales, es necesario analizar algunas de ellas.

Bonos de prenda

Según el Código Civil Ecuatoriano en su artículo 2286, la prenda es un "...contrato por el que se entrega una cosa mueble a un acreedor, para seguridad de su crédito.-la cosa entregada se llama prenda.- El acreedor que la tiene se llama acreedor..."³⁵ Son títulos de crédito, expedidos por almacenes generales de Depósito que comprueban la constitución de

³⁴ Cabanellas, Guillermo, *Diccionario Jurídico elemental*, Buenos Aires, 17ª ed., Editorial Heliasta, 2005, p.183.

³⁵ Código Civil Ecuatoriano, Codificación 10, Registro Oficial Suplemento 46 de 24-jun-2005

un Crédito sobre las mercancías o Bienes indicados en el certificado de Depósito correspondiente.

Se establece como requisito que debe contener el bono de prenda lo siguiente:

- El Nombre del tomador del bono;
- El importe del crédito que el bono representa;
- El Tipo de interés pactado;
- La fecha del vencimiento, que no podrá ser posterior a la fecha en que concluya el depósito;
- La firma del tenedor del certificado que negocie el bono por primera vez;
- La mención, suscrita por el Almacén o por la institución de crédito que intervengan en la primera negociación del bono, de haberse hecho la anotación respectiva en el certificado de depósito.

Cédulas hipotecarias

Las cédulas hipotecarias son títulos emitidos por entidades financieras que pagan un interés fijo y que tienen como garantía la totalidad de los créditos hipotecarios concedidos por la entidad que los emite.

Las cédulas hipotecarias deberán estar garantizadas por el capital y las reservas de la institución financiera sujeta al control de la Superintendencia de Bancos, por el conjunto de sus préstamos hipotecarios de amortización gradual con emisión de Cédulas Hipotecarias vigentes; y, por consiguiente, por los bienes inmuebles hipotecados a favor de la institución financiera emisora, para caucionar tales préstamos de amortización gradual; por lo tanto no podrán emitirse cédulas con respaldo de bienes inmuebles de propiedad de la institución financiera emisora y de sus partes vinculadas.

Como podemos ver las cédulas hipotecarias son documentos emitidos por entidades financieras, quienes se garantizan con créditos hipotecarios, quienes no podrán dar un valor menor a cinco mil dólares o a su equivalente en moneda diferente a la del curso legal y únicamente están autorizados para emitir cédulas hipotecarias; los bancos, las mutualistas, cooperativas de ahorro y crédito y sociedades financieras, legalmente constituidos, y que se encuentren bajo el control y vigilancia de la Superintendencia de Bancos.

Notas de crédito otorgadas por el Servicio de Rentas Internas

Son títulos por medio de los cuales el Servicio de Rentas Internas reconoce que el pago de un impuesto se ha realizado indebidamente o en exceso y, por lo tanto, procede al reembolso de tal valor al contribuyente.

Estos títulos no tienen plazo de vencimiento ni devengan un interés fijo, por lo tanto su rendimiento se basa en el descuento con el cual es negociado.

Vale destacar que la Dirección Nacional Financiera del Servicio de Rentas Internas; es la responsable de emitir y anular notas de crédito de excepción, así como de controlar su fraccionamiento, endoso y utilización.

Los actos administrativos emitidos por el SRI; contendrán también la causa y el impuesto que origina la devolución, su beneficiario, el monto a ser restituido y la fecha desde la cual se reconoce intereses a favor del sujeto pasivo, de ser el caso.

Valores fiduciarios que hayan sido calificados por el Directorio del Banco Central del Ecuador

Los valores fiduciarios son considerados títulos valores y podrán ser objeto de oferta pública. Los emitidos en representación de numerario, bajo promesa de cambiarlos por este. En un sentido amplio, documentos representativos de un derecho patrimonial, vinculado a la posesión de un documento; y deben ser calificados por el Banco Central que es la Institución oficial encargada del manejo nacional de la liquidez y los medios de pago en una economía. En el Ecuador, debido al proceso de dolarización, las funciones de emisión monetaria se han limitado a algunas monedas fraccionarias.

Su valor se computará de acuerdo con su cotización en las bolsas de valores del país, al momento de constituir la garantía. Los intereses que produzcan pertenecerán al proveedor.

La Ley de Mercado de Valores, es la norma que regula el ámbito fiduciario, debido a que considera dentro de su estructura, la naturaleza jurídica, el objeto social, y las prohibiciones y responsabilidades de las Administradoras Fiduciarias, contiene normas dirigidas a regular la negociación de los títulos de valores en el mercado bursátil y extrabursátil, las infracciones que podrían darse por parte de los diferentes partícipes referido en la referida

ley, así como las sanciones administrativas, civiles o penales que pudieran ser aplicables dependiendo de la gravedad de dichas actuaciones.

5. Certificados de depósito a plazo, emitidos por una institución financiera establecida en el país, endosados por valor en garantía a la orden de la entidad contratante y cuyo plazo de vigencia sea mayor al estimado para la ejecución del contrato.”

Certificados de depósito a plazo

Estos certificados de depósito deben ser emitidos por una institución financiera establecida en el país, endosados por valor en garantía a la orden de la entidad contratante y cuyo plazo de vigencia sea mayor al estimado para la ejecución del contrato.

Según la Codificación de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, en su artículo 51 literal b); expresa que entre las operaciones que pueden realizar la de:

“...b) Recibir depósitos a plazo. Los depósitos a plazo son obligaciones financieras exigibles al vencimiento de un período no menor de treinta días, libremente convenidos por las partes. Pueden instrumentarse en un título valor, nominativo, a la orden o al portador, pueden ser pagados antes del vencimiento del plazo, previo acuerdo entre el acreedor y el deudor...”³⁶

El certificado de depósito a plazo es un documento por el que una entidad financiera deja constancia de una operación de captación de dinero a plazo recibido de terceros. Los certificados de depósito a plazo consisten en cierta cantidad de dinero que ha sido depositada por un espacio determinado de tiempo. Si el inversionista quiere recuperar su dinero lo puede hacer vendiendo su certificado de depósito, en lugar de pedir la devolución del dinero a la institución en que lo depositó.

Durante el tiempo que el banco retiene el dinero, también mantiene la promesa de pagar el principal y los intereses a los depositantes a la conclusión de plazo de la inversión; en el caso del sector público estos intereses pertenecen al dueño de la inversión.

³⁶ Ley Orgánica de Instituciones del Sistema Financiero, registro oficial no. 250, 23 de enero de 2001.

Las garantías otorgadas por bancos o instituciones financieras y las pólizas de seguros, no requieren de trámite previo para su ejecución, solo se necesita del requerimiento por escrito de la entidad beneficiaria de la garantía.

Además debo indicar que actualmente la Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria, publicada en el Registro Oficial No. 444 de 10 de mayo de 2011, crea la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria, como un organismo técnico, con jurisdicción nacional, personalidad jurídica de derecho público, patrimonio propio y autonomía administrativa y financiera y con jurisdicción coactiva; entidad encargada del control de las actividades de las organizaciones que conforman el sector financiero popular y solidario.

Cabe señalar en el marco de las atribuciones determinadas en el Artículo 147 de la Ley Orgánica de la Economía Popular y Solidaria y del Sector Financiero Popular y Solidario, la Superintendencia, debe ejercer el control de las actividades económicas de las personas y organizaciones; velar por la estabilidad, solidez y correcto funcionamiento; así como, autorizar sus actividades financieras.

En el mismo sentido, el artículo 83, ibídem, señala: *“Las cooperativas de ahorro y crédito, previa autorización de la Superintendencia, podrán realizar las siguientes actividades: literal h) Asumir obligaciones por cuenta de terceros a través de aceptaciones, endosos o avales de títulos de crédito, así como por el otorgamiento de garantías, fianzas y cartas de crédito internas y externas, o cualquier otro documento, de acuerdo con las normas y prácticas y usos nacionales e internacionales”*.³⁷

Por lo expuesto, previo a la aceptación de las garantías respectivas, se debe contar con dicha autorización, para dar cumplimiento con lo que establece la Ley y evitar poner en riesgo la estabilidad económica de las organizaciones, por ende el aporte y sobre todo la confianza de los socios y clientes, al emitir avales irregulares.

2.1.2. Tipos de garantía

Los tipos de garantía que la actual Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública establece son las siguientes:

³⁷ Ley Orgánica de la economía popular y solidaria y del sector financiero popular y solidario, Registro oficial 444 de 10, mayo 2011.

1.- Garantía de fiel cumplimiento

El artículo 74 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, establece la garantía de fiel cumplimiento.- *“Para seguridad del cumplimiento del contrato y para responder por las obligaciones que contrajeran a favor de terceros, relacionadas con el contrato, el adjudicatario, antes o al momento de la firma del contrato, rendirá garantías por un monto equivalente al cinco por ciento del valor de aquel. En los contratos de obra, así como en los contratos integrales por precio fijo, esta garantía se constituirá para garantizar el cumplimiento del contrato y las obligaciones contraídas a favor de terceros y para asegurar la debida ejecución de la obra y la buena calidad de los materiales, asegurando con ello las reparaciones o cambios de aquellas partes de la obra en la que se descubran defectos de construcción, mala calidad o incumplimiento de las especificaciones, imputables al proveedor.*

En los contratos de obra o en la contratación de servicios no normalizados, si la oferta económica corregida fuese inferior al presupuesto referencial en un porcentaje igual o superior al diez por ciento de éste, la garantía de fiel cumplimiento deberá incrementarse en un monto equivalente al veinte por ciento de la diferencia entre el presupuesto referencial y la cuantía del contrato.

Tales cauciones podrán constituirse mediante la entrega de las garantías contempladas en los números: 1, 2; y, 5 del artículo 73 de esta ley.

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

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

Con cargo a la garantía de fiel cumplimiento se podrá efectivizar las multas que le fueren impuestas al contratista.”³⁸

³⁸ La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, suplemento del Registro Oficial 395, 4-VIII-2008

El artículo 122 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, establece que este tipo de garantía será devuelta cuando se han cumplido todas las obligaciones que avalan. La garantía de fiel cumplimiento del contrato se devolverá cuando se haya suscrito el acta de entrega recepción definitiva.

Este tipo de garantía asegura el cumplimiento de las condiciones estipuladas en el contrato, sea para la ejecución de obras, fabricación, prestación de servicios provisión de suministros entre otros.

Existen algunas características que debe cumplir para este tipo de garantía:

1. Asegura el cumplimiento de las condiciones establecidas en el contrato;
2. El monto asegurado es equivalente al 5% del contrato;
3. Es una Garantía incondicional, irrevocable y de cobro inmediato (sector público).
4. El plazo contractual más el periodo contemplado hasta la recepción definitiva del contrato.
5. Se libera con el original de la póliza, con el acta definitiva legalizada o con una certificación de la máxima autoridad de la entidad asegurada o por no haberse solicitado la renovación de la póliza o la ejecución de la fianza dentro de su vigencia.
6. Esta garantía se ejecuta por incumplimiento del contrato, por terminación unilateral del mismo, o cuando la garantía no es renovada oportunamente.

2. Garantía de buen uso del anticipo

Artículo 75.- Garantía por anticipo.- *“Si por la forma de pago establecida en el contrato, la entidad contratante debiera otorgar anticipos de cualquier naturaleza, sea en dinero, giros a la vista u otra forma de pago, el contratista para recibir el anticipo, deberá rendir previamente garantías por igual valor del anticipo, que se reducirán en la proporción que se vaya amortizando aquél o se reciban provisionalmente las obras, bienes o servicios. Las cartas de crédito no se considerarán anticipo si su pago está condicionado a la entrega - recepción de los bienes u obras materia del contrato.*

El monto del anticipo lo regulará la entidad contratante en consideración de la naturaleza de la contratación.

La garantía de buen uso del anticipo se devolverá cuando éste haya sido devengado en su totalidad.

La garantía contractual podrá ser ejecutada por la entidad contratante, en los siguientes casos:

- *Se realizará si el contratista, no la renovare cinco días antes de su vencimiento; y,*
- *En caso de terminación unilateral del contrato y el contratista no pague a la entidad contratante el saldo adeudado del anticipo, después de diez de notificado con la liquidación del contrato.*³⁹

Esto se realiza con la finalidad de que los recursos entregados como anticipo por parte del estado al contratista sean invertidos en la realización del contrato ya sean en la ejecución de obras, prestación de servicios, provisión de suministros, etc.

Entre las características principales están:

1. El valor de la garantía puede fluctuar dependiendo del valor del contrato.
2. Es una Garantía incondicional, irrevocable y de cobro inmediato (sector público).
3. La vigencia de esta garantía no puede ser menor a 90 días.
4. La vigencia será hasta la recepción provisional de la obra o provisión de suministros o hasta devengar totalmente el anticipo.
5. Esta garantía se ejecuta cuando los fondos entregados como anticipo ha sido utilizado para otros fines diferentes al del contrato.

3. Garantía técnica para ciertos bienes

Artículo 76.- Garantía técnica para ciertos bienes.- *“En los contratos de adquisición, provisión o instalación de equipos, maquinaria o vehículos, o de obras que contemplen aquella provisión o instalación, para asegurar la calidad y buen funcionamiento de los mismos, se exigirá, además, al momento de la suscripción del contrato y como parte integrante del mismo, una garantía del fabricante, representante, distribuidor o vendedor*

³⁹ La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, suplemento del Registro Oficial 395, 4-VIII-2008

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

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

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

Cualquiera de estas garantías entrará en vigencia a partir de la entrega recepción del bien.”⁴⁰

Es decir, el contratista, a la firma del contrato, presentará la garantía técnica del fabricante. Esta garantía entrará en vigencia a partir de la recepción de los bienes y durará (dieciocho meses).

Durante el plazo de vigencia de la garantía técnica, si la **entidad contratante** solicitare el cambio de piezas o partes consideradas defectuosas, éstas serán reemplazadas por otras nuevas de la misma calidad y condición sin costo adicional alguno para la Institución; y, en caso de que el daño o defecto sea de tal magnitud, que impida que los bienes objeto del contrato funcionen normalmente, estos serán cambiados por otros nuevos, sin que ello signifique costo adicional para la (Entidad Contratante), excepto si los daños hubieren sido ocasionados por el mal uso de los mismos por parte del personal de la Institución o por fuerza mayor o caso fortuito, en los términos señalados en el Artículo 30 de la Codificación del Código Civil.

De no presentarse la garantía técnica del fabricante, el Contratista deberá presentar, de manera sustitutiva, una garantía económica equivalente al valor total del bien respectivo, que deberá mantenerse vigente de acuerdo a los pliegos, y que podrá ser rendida en cualquiera de las formas determinadas en el Art. 73 de la LOSNCP.

A través de esta garantía lo que se pretende es cubrir la calidad y buen funcionamiento en la provisión o instalación de equipos, maquinaria, vehículos o de obras que contemplen aquellas consideraciones, se exigirá además al momento de suscripción del presente contrato y como parte integrante de la misma, una garantía del fabricante, la que se mantendrá vigente de acuerdo con las estipulaciones establecidas en el mismo.

⁴⁰ La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, suplemento del Registro Oficial 395, 4-VIII-2008.

La devolución de esta garantía se hará cuando se ha cumplido todas las obligaciones que avalan y se observará las condiciones en las que se emite.

2.2. Casos en que se rinden garantías

Las Normas de Control Interno, emitidas por la Contraloría General del Estado establecen lo siguiente:

“En los contratos que celebren las entidades del sector público, para asegurar el cumplimiento de los mismos, se exigirá a los oferentes o contratistas la presentación de las garantías en las condiciones y montos señalados en la ley.

Los contratos que generalmente celebran las entidades del sector público son de: adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultoría, cuyas cláusulas contractuales contemplan el pago de anticipos, previo a la entrega de una garantía, en las condiciones y montos señalados en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Igualmente, algunas transacciones por prestación de servicios o compra de bienes sujetos a entrega posterior, requieren de los proveedores la presentación de garantías de conformidad a las estipuladas en los convenios y contratos, no pudiendo la Tesorería efectuar ningún pago sin el previo cumplimiento de este requisito.

La Tesorería de cada entidad pública, ejercerá un control adecuado y permanente de las garantías con el fin de conservarlas y protegerlas, en los siguientes aspectos:

- *Las garantías presentadas deben corresponder a cualquiera de las formas de garantías contempladas en las disposiciones legales vigentes.*
- *La recepción de los documentos se efectuará previo al pago de los anticipos y se verificará que cumplan con los requisitos señalados en la ley.*
- *Custodia adecuada y organizada de las garantías.*
- *Control de vencimientos de las garantías recibidas.*

La Tesorería informará oportunamente al nivel superior sobre los vencimientos de las garantías a fin de que se tomen las decisiones adecuadas, en cuanto a requerir su renovación o ejecución, según sea el caso.”⁴¹

⁴¹Normas de control interno para las entidades, organismos del sector público y de las personas jurídicas de derecho privado que dispongan de recursos públicos.

Además el art. 119 del Reglamento a la LOSNC, establece que se debe emitir garantía adicional si en un contrato que por disposición del artículo 74 inciso quinto de la Ley no se contempló inicialmente la entrega de la garantía de fiel cumplimiento, pero cuyo valor se incrementare por la celebración de contratos complementarios, órdenes de trabajo o similares, deberá previo a la celebración del contrato complementario o de la orden de trabajo, obtener la garantía de fiel cumplimiento del contrato, considerando el monto total del contrato desde su celebración.

Igualmente en el mismo cuerpo legal, en el Art. 132 se establece que para los contratos complementarios a los que se refiere el artículo 85 de la Ley constarán la correspondiente fórmula o fórmulas de reajuste de precios.

La suma total de los valores de los contratos complementarios no podrá exceder del 35% del valor actualizado o reajustado del contrato principal a la fecha en que la institución contratante resuelva la realización del contrato complementario. Esta actualización se hará aplicando la fórmula de reajuste de precios que consten en los respectivos contratos principales.

El contratista deberá rendir garantías adicionales de conformidad con esta ley.

2.3. De las excepciones en la rendición de garantías

La ley vigente hace referencia a las excepciones de presentar garantías sea en forma temporal o definitiva, para lo cual me permito explicar cada una de ellas.

Régimen especial

No se exigirán las garantías establecidas por la presente ley para los contratos referidos en el número 8 del artículo 2 de esta Ley, para lo cual me permito transcribir el artículo antes mencionado.

Artículo 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, b selectividad, los procedimientos precontractuales de las siguientes contrataciones:

8. Los que celebren el Estado con entidades del sector público, éstas entre sí, o aquellos con empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público o sus subsidiarias; así como también los contratos

que se celebren entre las entidades del sector público o empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en cincuenta por ciento (50%) a entidades de derecho público con empresas públicas de los Estados de la Comunidad Internacional.

Acorde a lo estipulado en la norma, las entidades públicas que celebren contratos entre sí o con empresas públicas por lo menos con el 50% del capital del estado no presentan garantías, sean que realicen contratos de obras, prestación de servicios, adquisición de bienes.

Artículo 3 de la LOSNCP establece que en las contrataciones que se financien, previo convenio, con fondos provenientes de organismos multilaterales de crédito de los cuales el Ecuador sea miembro, o, en las contrataciones que se financien con fondos reembolsables o no reembolsables provenientes de financiamiento de gobierno a gobierno; u organismos internacionales de cooperación, se observará lo acordado en los respectivos convenios. Lo no previsto en dichos convenios se regirá por las disposiciones de esta Ley.

Artículo 57 de la LOSNCP, respeto de las contrataciones en situaciones de emergencia

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

Como podemos observar, en este tipo de contrataciones la ley permite que las entidades contratantes puedan realizar contratos sin solicitar previamente la presentación de garantías, como si es requisito sine quanom en las demás contrataciones, sin embargo vemos que es en forma temporal, porque deberán presentar luego de suscribir el contrato. Esto tiene lógica, puesto que al ser la construcción de un puente, de un centro de salud, de un tramo de una carretera, de la adquisición de materiales, etc., deben cumplir con las pocas garantías que actualmente la Ley de contratación pública solicita.

Sin embargo, esto tiene su riesgo puesto que, si son obras de gran envergadura y deben emitir una garantía del 5 por ciento del monto total de la obra o la del buen uso del anticipo y al ser contratista extranjero y nacional y no disponer de esta garantía puede venir a

perjudicar a la entidad contratante y por ende a la sociedad, por lo que, en el contrato claramente se debe establecer esta cláusula con la finalidad que no existan inconvenientes posteriores.

Inclusive las contrataciones previstas en el Régimen Especial, también podrán ser declaradas de emergencia, en cuyo caso se estará a lo dispuesto en el artículo 57 de la Ley. En estos casos tampoco se hace necesario que los contratistas sean nacionales o extranjeros presenten las garantías previamente, sino que lo pueden realizar en forma posterior.

Artículo 74, párrafo 4 y 5 de la LOSNCP, establece que en la compraventa de bienes inmuebles, adquisición de bienes muebles o en cuantías menores a multiplicar el coeficiente 0.000003 por el presupuesto inicial del estado, no se presenta la garantía de fiel cumplimiento.

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

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

Como podemos ver, cuando las entidades contratantes realizan contratos de compraventa de bienes inmuebles o adquieren bienes muebles al momento que se efectúa el pago, claramente la norma establece que no es necesario de presentar garantía, sin embargo, ha sucedido varios casos, que en el tercer capítulo demostrare que esto ha originado que se presenten graves perjuicios para el estado puesto que existe la adquisición de bienes que han sido de mala calidad, no han cumplido con las características establecidas y los contratantes no han podido hacer reclamo del mismo.

Pues lógicamente si la compra venta y el pago se hacen al momento de la entrega del bien mueble e inmueble, no se podrá presentarla garantía de fiel cumplimiento, ni la del buen uso del anticipo porque no procede, ya que el pago es de contado, sin embargo, considero que debería aplicarse garantías a este tipo de contratos, pues si bien es cierto es contra entrega, como llamamos comúnmente, sería necesario aplicar otro tipo de garantía que más adelante me permitiré hablar.

Así mismo, no se exige la garantía de fiel cumplimiento en los contratos cuya cuantía sea menor a multiplicar el coeficiente 0.000003 por el Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico, independientemente del tipo de contrato que sea, ejecución de obras, prestación de servicios, adquisición de bienes, por lo que también es necesario tomar en consideración este punto en el posterior capítulo, para tratar de que manera afecta la no obligatoriedad de presentar garantía.

2.4. 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.

Podemos definir un perjuicio a la acción que consiste en provocar un detrimento a alguien o algo.

Un perjuicio, por lo tanto, es lo que sufre una persona o una entidad cuando es víctima de un daño.

En lo referente a los detrimentos, daños que están causando o pueden causar los contratistas al momento de no presentar garantías porque así lo manifiesta la nueva ley de contratación pública o porque fueron derogadas, puede ser un factor grave para al estado, para lo cual me permito recordar los cambios con relación a la normativa derogada y los perjuicios que esto puede estar ocasionando actualmente a las diferentes entidades públicas que realizan contratos públicos.

Antes existían los siguientes tipos de garantías:

- Garantía de seriedad de oferta
- Garantía de pertinencia de reclamo
- Garantía de fiel cumplimiento del contrato
- Garantía de buena calidad de los materiales
- Garantía de buen uso del anticipo
- Garantía técnica

Actualmente, se mantienen únicamente, los siguientes tipos de garantías:

- Garantía de fiel cumplimiento del contrato
- Garantía de buen uso del anticipo
- Garantía técnica

Antes conjuntamente con la propuesta presentada por un oferente para cualquier procedimiento contractual, este tenía que presentar una garantía de seriedad de oferta, actualmente ya no, y para mi opinión esta garantía debe mantenerse porque existe varios contratistas sean personas naturales o jurídicas que consideran que presentar una oferta es algo fácil, no lo toman en serio, consideran que si les adjudican van en ese momento a subcontratar a otras personas porque no tienen los productos, los materiales, los servicios que ofrecen en ese momento, y varias veces esa ha sido la razón para que muchos contratistas sean luego considerados contratistas incumplidos y por ende se perjudique a la institución porque si requieren por ejemplo materiales de limpieza para ese momento o materiales para seguir construyendo y al presentar la oferta manifestaron que ellos poseen los productos, materiales y al momento de ser adjudicados y celebrado el contrato manifiestan que no lo tiene, ¿cómo la entidad contratante puede suplir ese perjuicio? de alguna manera podría hacerlo teniendo previamente una garantía, denominada de seriedad de la propuesta, que como su nombre mismo lo dice garantice esa oferta presentada y lógicamente el contrato en sí.

Así mismo, para presentar un reclamo en la etapa precontractual de un proceso contractual, tenía que presentar una garantía de pertinencia de reclamo, por el 7%, y si la entidad juzgaba, que el reclamo era improcedente, se la efectivizaba, actualmente esta garantía fue derogada. Esta clase de garantía considero que se debe mantener, puesto que existen varios oferentes que consideran que solo ellos tienen la facultad de ganar las contrataciones con el Estado y para retardar el proceso, para perjudicar a otro oferente o a la propia entidad, hay veces que, hacen reclamos sin fundamento y mientras tanto quien sale perjudicado es el Estado, que siempre necesita las contrataciones de forma inmediata, pronta y lógicamente al tener que resolver algún reclamo de carácter administrativo o judicial, existe retraso.

Por lo tanto, considero que esta garantía debe mantenerse, puesto que solo así, harán reclamos los oferentes que realmente consideren perjudicados con tal o cual proceso o acción por parte de la entidad contratante u hacia otro oferente y evitarse reclamos sin fundamento, porque recordemos que el único perjudicado en toda esta situación será el estado.

En el mismo sentido, también fue derogada la garantía que establecía el 5% por buena calidad de materiales, esta se presentaba para la celebración del contrato, y fue incorporada en el riesgo asegurado de la garantía de fiel cumplimiento del contrato.

Como recordamos en el numeral anterior hablamos de las excepciones en que se presentan garantías y que actualmente la nueva agregación la hace la LOSNCP, es que no se exigirá garantía de fiel cumplimiento del contrato, en los siguientes casos:

- ❖ Contratos de compraventa de bienes inmuebles y de adquisición de bienes muebles que se entreguen al momento de efectuarse el pago.
- ❖ Contratos cuya cuantía sea menor a multiplicar el coeficiente 0.000003 por el Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico.

Aquí es necesario detenernos para ir analizando cada una de estas reformas, si bien es cierto que en los contratos de compraventa, lo principal es que exista comprador, vendedor y el precio, también es cierto que estos contratos pueden tener vicios ocultos que en lo posterior se podrá hacer la reclamación, donde para que se sanean debe haber un proceso, que en ciertos casos podrán ser subsanados pero en otros no, y es aquí que vendría a perjudicar a la entidad contratante, porque lógicamente no exista garantía para este tipo de contratos, siendo necesario introducir un tipo de garantía que evite este tipo de falencias.

En lo referente a la compra de bienes muebles, no se requiere de este tipo de garantía, sin embargo, han existido casos que han originado que se presenten graves perjuicios para el estado puesto que existe la adquisición de bienes que han sido de mala calidad, no han cumplido con las características establecidas y los contratantes no han podido hacer reclamo del mismo.

Por lo tanto, para evitar este tipo de perjuicios para el estado, sería necesario proponer algún tipo de garantía que pueda evitar graves perjuicios no solo para la entidad que contrata sino también para la sociedad.

Contrataciones en situaciones de emergencia

En el artículo 6, numeral 31 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, se conceptualiza la situaciones de Emergencia: *“Son aquellas generadas por acontecimientos graves tales como accidentes, terremotos, inundaciones, sequías, grave*

conmoción interna, inminente agresión externa, guerra internacional, catástrofes naturales, y otras que provengan de fuerza mayor o caso fortuito, a nivel nacional, sectorial o institucional. Una situación de emergencia es concreta, inmediata, imprevista, probada y objetiva.”⁴²

Por lo tanto, al cumplir con estas características la entidad pública podrá contratar de manera directa, y bajo responsabilidad de la máxima autoridad, las obras, bienes o servicios, incluidos los de consultoría, que se requieran de manera estricta para superar la situación de emergencia. Podrá inclusive contratar con empresas extranjeras sin requerir los requisitos previos de domiciliación ni de presentación de garantías; los cuales se cumplirán una vez suscrito el respectivo contrato.

Sin embargo, el presentar garantías en forma posterior puede tener sus riesgos para la contratante puesto que han existido casos en los cuales empresas no han logrado presentar la garantía de fiel cumplimiento, mucho menos la técnica, lo que ha ocasionado irse a mediación y en varios casos como contratistas incumplidos y al realizar en este tipo de contratos, no es conveniente puesto que se trata de situaciones sumamente delicadas, por tanto sería necesario que al momento de realizar el contrato por parte del abogado de la instituciones, emita cláusulas en el que esclarezca que la presentación de este tipo de garantías es requisito sine quanon, a la cual en el tercer capítulo propondré incluso que se aumenten algunas, puesto que, se debe proteger al máximo al estado, porque inclusive pueden ser declaradas de emergencia las contrataciones de régimen especial.

Contrataciones de ínfima cuantía

Previo hacer el análisis de qué manera los contratos de ínfima cuantía pueden causar perjuicios al estado ecuatoriano, me permito tratar algunos parámetros importantes del mismo, ya que este tema será parte de la reforma que se pretende exponer.

Es uno de los procedimientos de contratación más eficientes en términos de tiempo de ejecución del proceso. Prácticamente no existe fase precontractual, sin embargo se deben cumplir ciertas condiciones técnicas, financieras y legales para poder aplicarla.

⁴² La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, suplemento del Registro Oficial 395, 4-VIII-2008.

Estos procedimientos no están condicionado a la planificación institucional ya que como menciona el Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública RGLOSNCOP en el Art. 25, inciso segundo, se exceptúan junto con las Contrataciones de Emergencia de su inclusión en el Plan Anual de Contrataciones PAC.

El tema de presupuesto referencial para la aplicación de Ínfimas cuantías, se lo condiciona a las adquisiciones cuyas cuantías sean como máximo el resultado de multiplicar el Presupuesto Inicial del Estado PIE por el factor 0,0000002 según lo indicado en el Art. 60 del Reglamento LOSNCP.

En qué casos (casuística) se aplica la ínfima cuantía?

La aplicación de la Ínfima Cuantía es regulada por el INCOP, según lo dispone el art. 60 del Reglamento., y como organismo rector del Sistema Nacional de Contratación Pública. La resolución INCOP 062-2012 emitida el 30 de mayo del 2012, indica los casos aplicables de la ínfima cuantía clasificando a los bienes y servicios por la cuantía de contratación en tres grupos: los de cuantía por cada contratación o factura, los de cuantía mensual y cuantía anual.

1. Cuantía por cada contratación o factura

En cada compra o factura no debe exceder del monto máximo, sin embargo anualmente puede sobrepasar dicho monto:

- **Alimentos y bebidas** destinados a la alimentación humana o animal
- **Repuestos y accesorios** siempre que por razones de “oportunidad” no sea posible aplicar el procedimiento de régimen especial regulado en el Art. 94 del Reglamento General de la LOSNCP
- **Medicamentos** siempre que por razones de “oportunidad” no sea posible emplear alguno de los procedimientos comunes.

1. Cuantía mensual

- **Combustible** que mensualmente no sobrepasen el monto máximo.

1. Cuantía anual: Sumadas todas las compras anuales, no deben sobrepasar el monto máximo.

- **El resto de bienes y servicios, incluido obras menores.**

Qué tipo de contratación no se puede realizar por INFIMA CUANTIA?

No aplica en ningún caso la contratación de **CONSULTORIA** por medio de INFIMA CUANTIA.

EL Registro Único de Proveedores RUP y la INFIMA CUANTIA

Es necesario que el proveedor tenga RUP o esté habilitado en el RUP para aplicar la ínfima cuantía?

El RUP, según la LOSNCP lo deben obtener todos los proveedores del Estado. Sin embargo el Art. 17 de la LOSNCP, indica que de manera excepcional para las contrataciones de menor cuantía no es obligatorio contar con el RUP, sin embargo para la firma del contrato si exige este requerimiento.

Independientemente del párrafo anterior, según el Reglamento a la LOSNCP Art. 60 es muy claro y dispone que las contrataciones por INFIMA CUANTIA“(...) se las realizará **de forma directa con un proveedor seleccionado por la entidad contratante sin que sea necesario que éste conste inscrito en el RUP.(...)”**

Esto tiene sentido porque al ser un proceso que no depende de la planificación institucional, tiene el carácter de imprevisto, no recurrente o extraordinario, y se necesita cierta agilidad para tramitarlo. Es por ello que para formalizar dichas contrataciones basta la factura autorizada por el responsable de los asuntos administrativos.

Al respecto el ex INCOP hoy denominado SERCOP como organismo rector, responsable de capacitar en línea a todos los actores del Sistema Nacional de Contratación Pública, en el curso virtual *INFIMA CUANTIA*, indica y capacita en el sentido que no es requerimiento tener RUP o estar habilitado en el RUP para poder contratar a un proveedor por Ínfima Cuantía.

¿La cuantía se la controla por proveedor?

Es una incógnita que puede dar lugar a confusiones o interpretaciones herradas por el mero hecho que el proveedor desde el punto de vista tributario y actividades consignadas en el Registro Único de Contribuyentes RUC (Administrado por el Servicio de Rentas Internas SRI) en su gran mayoría, se dedican a una sola actividad. Sin embargo en el Registro Único de Proveedores RUP no se registran actividades, si no productos o servicios.

Es decir que cada actividad del RUC puede ser equivalente a varios bienes o servicios registrados en el RUP.

Adicionalmente la casuística establecida por el INCOP en la Resolución 062-2012, establece los casos o casuística en función de bienes o servicios, y no de proveedores.

Por otro lado, la base de planificación de las contrataciones públicas (Plan Anual de Contratación PAC), se limita en indicar que bienes o servicios se va a contratar y no a que proveedores.

Lo anterior indica que la cuantía es por tipo de bien o servicio u objeto de la contratación, mas no un monto estimado por proveedores.

Ejemplificando: Un proveedor puede comercializar computadores, tonners de impresoras y material de oficina. Las adquisiciones realizadas se calculan por cada uno de los ítems indicados.

En contra sentido, si los tonners se han adquirido por ínfima cuantía a más de un proveedor, estas compras sumadas no pueden sobrepasar el monto máximo establecido.

Se publican en el portal las Ínfimas cuantías?

Se deben publicar los datos de las facturas en la herramienta diseñada por el INCOP, hasta el 5 del mes siguiente al que corresponden las adquisiciones.

Comentario personal

En los contratos de ínfima cuantía la gran mayoría de instituciones públicas no solicita garantías, debido a que el artículo 74, numeral cuarto y quinto establece que no se exigirá este tipo de garantía en los contratos de compraventa de bienes inmuebles y de adquisición de bienes muebles que se entreguen al momento de efectuarse el pago; ni tampoco en los contratos cuya cuantía sea menor a multiplicar el coeficiente 0.000003 por el Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico.

Aquí, viene a ver un claro ejemplo de perjuicio para el Estado, puesto que la gran mayoría de entidades públicas realizan contratos de este tipo, ya sea de adquisición de bienes, prestación de servicios, ejecución de obras, que por lo general no solicitan la garantía de fiel cumplimiento, puesto que no es obligatorio, ni la de buen uso del anticipo, porque por lo general son contratos que se realizan contra entrega, ni mucho menos la garantía técnica, por ejemplo en la compra de bienes, a veces compran la de la oferta más económica, sin saber la calidad de los productos, y al utilizarlo se dan cuenta que no cumple con lo requerido y no pueden hacer nada porque no tienen establecido en el contrato ningún tipo de garantía, lo que ha ocasionado graves perjuicios a la entidad y que por lo general deben volver adquirir los mismos productos.

Ante estos perjuicios o posibles perjuicios que puedan ocasionar por la falta de garantías en los contratos públicos, me permito estudiar en el siguiente capítulo casos de contratos que por falta de emitir garantías se han visto perjudicados las instituciones contratantes y de esta manera dar posibles soluciones a las mismas, basándome en los casos establecidos y la legislación comparada.

2.5 Legislación Comparada

Como podemos ver en cada país del mundo existe la preocupación de mejorar las contrataciones públicas, ya que con ellas se ejecutan obras de ínfima cuantía hasta la cuantía más alta, y por ende, de estas se desprende la responsabilidad de asegurar lo que el Estado invierte en recursos para cristalizar las grandes proyectos, para el efecto se crean las Leyes, que tanto la entidad contratante como los oferentes, adjudicatarios deben sujetarse a dichas disposiciones y evitar así perjudicar las rentas estatales y para ello tenemos las garantías que son seguridades reales o personales que otorga el deudor o a un tercero al acreedor, con el objeto de asegurar una obligación. Esto se regula de distintas

maneras dependiendo de la legislación de cada país, para tener un referente de otros países se ha considerado hacer una comparación con las leyes de Chile y Perú, mismas que permitirán saber y conocer temas referentes con la investigación y que serán de gran ayuda para poder establecer diferencias y comparaciones entre ellas.

CHILE- ECUADOR

En Chile los contratos públicos se basan en la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministros y Prestación de Servicios, número 19.886 mientras que en nuestro país es la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento que rige para todo tipo de contratos públicos.

La ley 19.886 de Chile tiene como objetivo fundamental uniformar los procedimientos administrativos de contratación de suministro de bienes muebles y servicios necesarios para el funcionamiento de la Administración Pública, tendiente a imprimir mayores grados de transparencia en el manejo del Tesoro Público a nivel del Estado y de las municipalidades.

En nuestra Ley se establece el Sistema Nacional de Contratación Pública y determina los principios y normas para regular los procedimientos de contratación, los que son para la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultoría.

En Chile tienen la denominada plataforma web sistema electrónico de Compras Públicas www.chilecompra.cl, a través de la cual se realizan todas las actividades de compras necesarias que requieran las entidades públicas.

En Ecuador se ha creado la página web, denominada Portal COMPRAS PÚBLICAS (www.compraspublicas.gov.ec) es un sistema Informático Oficial de Contratación Pública del Estado ecuatoriano, a través del cual se puede registrar como proveedor, como entidad contratante, realizar los diferentes procedimientos como son: catálogo electrónico, subasta inversa electrónica, cotización, licitación, entre otros.

Los procedimientos que sigue el Estado chileno para adjudicar los contratos públicos son: licitación pública, licitación privada o contratación directa. Mientras que en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública se ha establecido los procedimientos dinámicos, especiales, por la naturaleza de la contratación así como por el monto o la cuantía del contrato.

Con relación al tema investigativo me permito transcribir parte la normativa chilena referente a las garantías:

Parágrafo 2

De las garantías exigidas para contratar.

Art 11.- *La respectiva entidad licitante requerirá, en conformidad al reglamento, la constitución de la garantías que estime necesarias para asegurar la seriedad de las ofertas presentadas y el fiel y oportuno cumplimiento del contrato definitivo, en la forma y por los medios que establezcan las respectivas bases de la licitación.*

Las garantías que se estimen necesarias para asegurar la seriedad de las ofertas y el fiel y oportuno cumplimiento del contrato definitivo, deberán ser fijadas en un monto tal que sin desmedrar su finalidad no desincentiven la participación de oferentes al llamado de licitación o propuesta.

Con cargo a estas cauciones podrán hacerse efectiva las multas y demás sanciones que afecten a los contratistas.

Solo podrán entregarse anticipos a un contratante si se cauciona debida e íntegramente su valor.

Mientras que en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública establece los siguientes artículos:

Art. 74.- *Garantía de fiel cumplimiento. Para seguridad del cumplimiento del contrato y para responder por las obligaciones que contrajeren a favor de terceros, relacionadas con el contrato, el adjudicatario, antes o al momento de la firma del contrato, rendirá garantías por un monto equivalente al cinco (5%) por ciento del valor de aquel. En los contratos de obra, así como en los contratos integrales por precio fijo, esta garantía se constituirá para garantizar el cumplimiento del contrato y las obligaciones contraídas a favor de terceros y para asegurar la debida ejecución de la obra y la buena calidad de los materiales, asegurando con ello las reparaciones o cambios de aquellas partes de la obra en la que se descubran defectos de construcción, mala calidad o incumplimiento de las especificaciones, imputables al proveedor.*

En los contratos de obra o en la contratación de servicios no normalizados, si la oferta económica corregida fuese inferior al presupuesto referencial en un porcentaje igual o superior al diez (10%) por ciento de éste, la garantía de fiel cumplimiento deberá incrementarse en un monto equivalente al veinte (20%) por ciento de la diferencia entre el presupuesto referencial y la cuantía del contrato.

Tales cauciones podrán constituirse mediante la entrega de las garantías contempladas en los números: 1, 2; y, 5 del artículo 73 de esta Ley.

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

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

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

Art. 75.-Garantía por anticipo. Si por la forma de pago establecida en el contrato, la Entidad Contratante debiera otorgar anticipos de cualquier naturaleza, sea en dinero, giros a la vista u otra forma de pago, el contratista para recibir el anticipo, deberá rendir previamente garantías por igual valor del anticipo, que se reducirán en la proporción que se vaya amortizando aquél o se reciban provisionalmente las obras, bienes o servicios. Las cartas de crédito no se considerarán anticipo si su pago está condicionado a la entrega recepción de los bienes u obras materia del contrato.

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

Art. 76.-Garantía técnica para ciertos bienes.-En los contratos de adquisición, provisión o instalación de equipos, maquinaria o vehículos, o de obras que contemplen aquella provisión o instalación, para asegurar la calidad y buen funcionamiento de los mismos, se exigirá, además, al momento de la suscripción del contrato y como parte integrante del mismo, una

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

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

De no presentarse esta garantía, el contratista entregará una de las previstas en esta Ley por igual valor del bien a suministrarse, de conformidad con lo establecido en los pliegos y en el contrato. Cualquiera de estas garantías entrará en vigencia a partir de la entrega recepción del bien.

Como se observa en la legislación chilena las entidades que van a realizar contrataciones solicitarán las garantías que estimen necesarias para asegurar la seriedad de la oferta, es decir que las personas que presenten ofertas lo hagan con la de formalidad necesaria, garantizando a las entidades públicas que lo que están ofertando podrán cumplir en el tiempo solicitado, las cosas que requieren, mientras que en nuestro país con la nueva ley de contratación se dejó sin efecto esta garantía, lo que considero que ha perjudicado a las instituciones, entidades que desean obtener un producto, un servicio, un bien con las garantías adecuadas, porque recordemos que son servicios públicos que el Estado oferta, entrega a la sociedad y lo debe hacer con las garantías suficientes para que el estado pueda recuperar en caso de incumplimiento por parte de los oferentes.

En lo que respecta a la otra garantía que establece la legislación chilena, tenemos la de fiel y oportuno cumplimiento del contrato definitivo en forma y medios que establezca las respectivas bases de licitación, como se observa habla de dos parámetros importantes de fiel, es decir su cumplimiento en forma total y oportuno, lógicamente debe ser así en el momento en que requiere para realizar la contratación. En comparación con la garantía que establece la normativa de contratación en nuestro país habla de fiel cumplimiento, no de oportuno como lo hace la legislación chilena, para responder por las obligaciones que contrajeran a favor de terceros, relacionadas con el contrato, el adjudicatario, antes o al momento de la firma del contrato, rendirá garantías por un monto equivalente al cinco (5%) por ciento del valor de aquel, es decir la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública establece un porcentaje del cinco por ciento, sin embargo el problema se da al momento en que en el párrafo cuarto y quinto del artículo 76 de la LOSNCP establece lo siguiente:

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

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

Es decir, la garantía de fiel cumplimiento no debe presentarse cuando se realiza la compra de un bien inmueble, como una casa, un lote o bienes muebles como una computadora, muebles de oficina, etc., que se entreguen de forma inmediata, me pregunto, y si tienen defectos, cómo se les puede cobrar, como puede recuperarse lo que las instituciones públicas gastan por esos bienes, porque los contratistas no tienen la obligación de hacerlo y cómo podemos observar en la casuística, esto ha ocasionado grandes y graves perjuicios al estado ecuatoriano, por lo que más adelante se establecerá una propuesta que dé solución a este problema.

PERU- ECUADOR

En la república del Perú rige el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado de Perú., aprobado mediante D.S. N° 083-2004-PCM) modificado por Ley N° 28267 en el Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado – CONSUCODE.

En cambio en nuestro país es regida por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento.

Los contratos reconocidos por la legislación peruana son el de obras; de gestión de servicios públicos; de suministros y de consultoría, asistencia y de servicios.

Mientras que en nuestra país son los concernientes a la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras públicas o prestación de servicios incluidos los de consultoría.

En Perú como en Ecuador, las entidades y organismos de las Administraciones Públicas, realizan contratos con personas naturales y jurídicas nacionales y extranjeras.

En Perú, el CONSUCODE es la única Entidad encargada de desarrollar, administrar y operar el Registro Nacional de Proveedores, el mismo que está compuesto de la siguiente forma:

1. Proveedores de Bienes.
2. Proveedores de Servicios.
3. Consultores de Obras.
4. Ejecutores de Obras.
5. Inhabilitados para Contratar con el Estado, que reúne la información relativa a las personas naturales o jurídicas sancionadas administrativamente por el Tribunal con inhabilitación temporal o definitiva de su derecho a participar en procesos de selección y a contratar con el Estado; mientras que en nuestro país se denomina Instituto Nacional de Contratación Pública.

En nuestro país se denomina Instituto Nacional de Contratación Pública, el órgano técnico rector de la Contratación Pública, encargado del cumplimiento de los objetivos prioritarios del Sistema Nacional de Contratación Pública así como promover y ejecutar la política de contratación pública dictada por el Directorio; administrar el Registro Único de Proveedores RUP, desarrollar y administrar el Sistema Oficial de Contratación Pública del Ecuador, COMPRASPÚBLICAS, así como establecer las políticas y condiciones de uso de la información y herramientas electrónicas del Sistema; establecer y administrar catálogos de bienes y servicios normalizados; expedir modelos obligatorios de documentos precontractuales y contractuales, aplicables a las diferentes modalidades y procedimientos de contratación pública, para lo cual podrá contar con la asesoría de la Procuraduría General del Estado y de la Contraloría General del Estado; dictar normas administrativas, manuales e instructivos relacionados con esta Ley así como un sistema público de información y habilitación de las personas naturales y jurídicas, nacionales y extranjeras, con capacidad para contratar según esta Ley, cuya administración corresponde al Instituto Nacional de Contratación Pública y en caso de suspensión del RUP, podrán ser registrados como contratistas incumplidos o adjudicatarios fallidos por 5 o 3 años así como por no actualizar la información requerida para su registro en el INCOP o haber sido inhabilitado de conformidad a lo previsto en los incisos segundo y tercero del artículo 100 de la LOSNCP.

En la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado Nro. 28267 de Perú, en el artículo 40 hace referencia de las garantías de la siguiente manera:

Artículo 40.- Garantías.-Las garantías que deberán otorgar los contratistas son las de fiel cumplimiento del contrato, por los adelantos y por el monto diferencial de propuesta; sus montos y condiciones serán regulados en el Reglamento.

Las garantías que acepten las Entidades deben ser incondicionales, solidarias, irrevocables y de realización automática en el país al solo requerimiento de la respectiva Entidad, bajo responsabilidad de las empresas que las emiten, las mismas que deberán estar dentro del ámbito de supervisión de la Superintendencia de Banca y Seguros o estar consideradas en la última lista de Bancos Extranjeros de primera categoría que periódicamente publica el Banco Central de Reserva.

En virtud de la realización automática a primera solicitud, las empresas no pueden oponer excusión alguna a la ejecución de la garantía, debiendo limitarse a honrarla de inmediato dentro del plazo máximo de tres días. Toda demora generará responsabilidad solidaria para el emisor de la garantía y para el contratista y dará lugar al pago de intereses en favor de la Entidad.

El Reglamento señalará el tratamiento a seguirse en los casos de contratos de arrendamiento y de aquellos donde la prestación se cumpla por adelantado al pago.

En los contratos periódicos de suministro de bienes o de prestación de servicios, distintos de los de consultoría de obras, que celebren con las Entidades del Estado las micro y pequeñas empresas, éstas últimas podrán otorgar como garantía de fiel cumplimiento el diez por ciento (10%) del monto total a contratar, porcentaje que será retenido por la Entidad.

La retención de dicho monto se efectuará durante la primera mitad del número total de pagos a realizarse, de forma prorrateada, en cada pago, con cargo a ser devuelto a la finalización del mismo.

Sin perjuicio de la conservación definitiva de los montos retenidos, el incumplimiento injustificado por parte de los contratistas beneficiados con la presente disposición, que motive la resolución del contrato, dará lugar a la inhabilitación temporal para contratar con el Estado por un período no menor a un (1) año ni mayor a dos (2) años.

Como podemos observar, las tres clases de garantías que deberán otorgar los contratistas en el Perú son las de fiel cumplimiento del contrato, por los adelantos y por el monto diferencial de propuesta, mientras que en Ecuador se hace referencia a tres clases de garantías: de fiel cumplimiento (Art. 74), garantía de buen uso del anticipo de anticipo (Art.75), garantía técnica para ciertos bienes (Art. 76).

En relación con la garantía de fiel cumplimiento se establece que el porcentaje que con la Ley de Perú exigen a los contratistas es del 10%, mientras que en nuestro país es del 5%, sumado a esto la Ley de contrataciones del Perú habla que esta garantía va para todo tipo de contrataciones, mientras que en nuestro país, únicamente es aplicable a ciertos contratos como se estableció al ser la comparación con la legislación chilena.

Concluyendo con el análisis de la legislación comparada con los países antes mencionados y el nuestro, se debe manifestar que las garantías son una obligación accesoria que permite garantizar el cumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de los contratistas, su vigencia estará supeditada a la existencia del contrato principal y concluirá cuando se termine dicho contrato. Esto en cuanto a los países que hemos considerado que tienen una alta actividad contractual.

CAPITULO III: INVESTIGACIÓN DE CAMPO

3.1 Casuística

Con el estudio de estos dos casos, me permito dar a conocer la necesidad de que la garantía de fiel cumplimiento se amplíe a todos los contratos ya que podemos evidenciar que muchas veces la falta de garantías perjudica al cumplimiento de los contratos y por ende a la economía del país y no satisface las necesidades que tiene la colectividad o institución. Para lo cual me he permitido tomar como muestra dos casos que han sido examinados por la Contraloría General del Estado a través de las auditorías internas o externas y otro caso tomado de una institución pública NN que me reservo el nombre para el presente estudio.

CASO # 1

Antecedentes del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Montecristi.

3.1.1. Base Legal

El Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Montecristi fue creado mediante la Ley de División Territorial de 1824, dictada por Senado y Cámara de Representantes de la República de Colombia, quienes consideraban que el territorio de la República debía tener una división regular en sus departamentos y provincias, con respecto a su extensión y población³⁶; expresando lo siguiente en el artículo 13 numeral 2 de dicha norma: “...*Los cantones de la provincia de Manabí y sus cabeceras son: 1. Portoviejo, 2. Jipijapa, 3. Montecristi...*”.

Así mismo mediante esta ley se crea el gobierno político y administrativo de Montecristi.

3.1.2. Visión

El Gobierno Municipal del Cantón Montecristi hasta el año 2014, contará con una planificación de infraestructura y los mejores servicios básicos, para toda la ciudadanía, y con funcionarios y empleados capacitados, de gestión, con responsabilidad, eficientes que brinden servicios oportunos de calidad, acorde a la necesidad institucional.

3.1.3. Misión

El Gobierno Municipal del Cantón Montecristi tiene como misión ser competitivo y líder en el desarrollo integral comunitario en el aspecto social, turístico, económico, ambiental y tecnológico. Prevalciendo en el desarrollo la participación ciudadana, con responsabilidad compartida, equitativa e incluyente, para lograr una excelente calidad de vida de la población urbana y rural.

3.1.4 Análisis de los contratos suscritos por el Municipio de Montecristi, en los cuales no están vigentes las garantías.

El Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Montecristi, tiene como objetivo primordial planificar e impulsar el desarrollo físico del Cantón y de sus áreas urbanas y rurales, lo que lleva a cabo mediante la ejecución de obras. Siendo la obra pública, uno de los medios por los cuales el Municipio, cumple con sus fines.

De acuerdo a los datos obtenidos de la Auditoría realizada por la Contraloría al período 2007-2010, determinaron que de los 160 contratos estudiados:

En el período 2007; un total de 34 no han sido entregadas al Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Montecristi, sin embargo no cuentan con garantía vigente. A continuación, se detallan los motivos por los cuales los contratos de obras del 2007 no cuentan con garantías:

GRÁFICO NRO 1

Obras paralizadas sin garantías	12
Obras en ejecución sin garantías	0
Obras Terminadas sin acta provisional y sin garantías	4
Obras Terminadas sin acta definitiva y sin garantías	18
Total Obras sin garantías	34

Fuente: Tesis Barcia Guillen María del Carmen

Año 2008

En lo relacionado con el 2008, en el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Montecristi, se suscribieron 65 contratos, de los cuales 22 obras no han sido entregadas a la entidad contratante, sin embargo no cuentan con garantías. A continuación el detalle:

GRÁFICO NRO 2

Obras paralizadas sin garantías	6
Obras en ejecución sin garantías	1
Obras Terminadas sin acta provisional y sin garantías	3
Obras Terminadas sin acta definitiva y sin garantías	12
Total Obras sin garantías	22

Fuente: Tesis Barcia Guillen María del Carmen

Año 2009

El Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Montecristi, para el año 2009, suscribió 12 contratos de los cuales 3 no han sido entregados y no cuentan con garantías, tal como se demuestra con el siguiente cuadro:

GRÁFICO NRO 3

Obras paralizadas sin garantías	0
Obras en ejecución sin garantías	0
Obras Terminadas sin acta provisional y sin garantías	1
Obras Terminadas sin acta definitiva y sin garantías	2
Total Obras sin garantías	3

Fuente: Tesis Barcia Guillen María del Carmen

Año 2010

En el 2010 el Gobierno Municipal de Montecristi contrató 19 obras de las cuales 1 obra, no cuenta con garantía, a pesar no haber sido recibidas totalmente por la entidad. A continuación el desglose:

GRAFICO NRO 4

Obras paralizadas sin garantías	1
Obras en ejecución sin garantías	0
Obras Terminadas sin acta provisional y sin garantías	0
Obras Terminadas sin acta definitiva y sin garantías	0
Total Obras sin garantías	1

Fuente: Tesis Barcia Guillen María del Carmen

De acuerdo a los datos obtenidos del examen de la Contraloría General del Estado y de la tesis de la Dra. María del Carmen Barcia Guillen denominada “La importancia de las garantías en la Contratación Pública ecuatoriana”, debo manifestar que acorde a los datos obtenidos, se puede evidenciar que existen entidades públicas que no cumplen con la exigencia de la presentación de garantías y que acorde a la recomendación establecida por la Contraloría se llegó a establecer lo siguiente:

Causas de la no existencia de garantías

En base al hallazgo de que existen garantías que no han sido renovadas oportunamente, la Contraloría General del Estado, mediante informe; deja la siguiente recomendación:

“...El Alcalde dispondrá a la Tesorera que lleve un control eficiente sobre la vigencia de las garantías, para lo cual elaborará un registro de la fecha de vigencia de las mismas, a fin de exigir su renovación o hacerlas efectivas en caso de su incumplimiento. Así mismo, no deberá entregarse anticipos cuando no se presente la garantía respectiva de conformidad a la Ley...” De lo anterior se observa que, desde el 2005 existen obras con garantías vencidas, lo cual básicamente se ha originado por:

- Falta de control por parte de la Tesorería.
- Por falta de coordinación entre los departamentos de Contabilidad, Obras Públicas y Tesorería.

Luego de haber examinado el siguiente caso que ha suscitado en el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Montecristi, debo manifestar que el incumplimiento de presentar o solicitar garantías se viene dando desde hace años atrás lo que ha ocasionado graves perjuicios a la entidad y por ende al bolsillo del pueblo ecuatoriano, porque nosotros somos quienes generamos el dinero para la realización de obras, prestaciones de servicios, ejecución de obras y consultoría, generando obras paralizadas sin garantías, obras en ejecución sin garantías, obras terminadas sin acta provisional y sin garantías, obras terminadas sin acta definitiva y sin garantías, perjudicando como lo manifesté de forma inexplicable al Estado.

CASO NRO. 2

Entidad: NN

Contratos de ínfima cuantía en el año 2013:

11 contratos de refrigerio y bebidas

57 contratos de arrendamiento muebles/inmuebles.

28 contratos de combustible

8 mantenimientos de obras

452 otros bienes como monturas, tuvo de pvc, reductor sinfín corona, etc.

320 otros servicios como de la empresa eléctrica, telecomunicaciones, entre otros.

65 repuestos y accesorios

2 de seguros

Preguntamos a la máxima autoridad de la entidad contratante NN:

1) De acuerdo al Plan Anual de Contratación Pública los contratos de ínfima cuantía se realizan en gran cantidad o son pocos?

“Como sabemos todas las entidades públicas estamos obligados a realizar el Plan Anual de Contratación Pública y tenemos la obligatoriedad de publicar en la página web hasta el

quince de enero de cada año, por lo tanto, al ser nuestra entidad una entidad encargada del riego de la provincia, tenemos en gran cantidad contratos de ínfima cuantía, puesto que debemos entender que existen varias unidades de negocio en nuestra entidad y por lo tanto las necesidades son básicas y diferentes.

2) En algún contrato de ínfima cuantía se ha solicitado garantía de fiel cumplimiento:

“No ha sido necesario pues la ley no lo exige”

3) En los contratos de ínfima cuantía que se han realizado en la entidad que usted dirige, los bienes, obras, prestación de servicios, han sido cumplidos en forma cabal por los contratistas, satisfaciendo los requerimientos que la institución necesitaba o han existido incumplimientos?

“Bueno, en la mayoría de contratos de ínfima cuantía los contratos han sido cumplidos en forma cabal, sin embargo un 30% digo aproximadamente, se han retrasado, y como no se exige contratos, en la mayoría no hemos podido cobrar multas por los incumplimientos de diferente índole, sea en el plazo para la entrega, la calidad, cantidad, etc., lo que ha perjudicado a la entidad.”

4) Considera Ud. que los contratos de ínfima cuantía deberían contar con garantía de fiel cumplimiento?

“Sería de gran ayuda la implementación de garantía de fiel cumplimiento en los contratos de ínfima cuantía puesto que solo así se garantizara en forma total que los contratos realizados por las entidades públicas puedan protegerse de los incumplimientos por parte de los contratistas.

5) Considera Ud. que también debería implementarse la garantía de fiel cumplimiento en otros tipos de procedimiento?

“Me atrevo a decir que en todos absolutamente todos los contratos, procedimientos deberían implementarse no solo la garantía de fiel cumplimiento, sino también otras que anteriormente la ley de contratación pública si lo establecía como la de garantía de seriedad de oferta, garantía de pertinencia de reclamo, garantía de buena calidad de los materiales,

para asegurar el cumplimiento total por parte de quienes participan para contrata con el estado.

6) Usted considera que se debería implementar otro tipo de garantía en la actual Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública?

“Sería muy importante, puesto que anteriormente existían más garantías en nuestra Ley y considero que se debería retomar algunas de ellas, porque con eso lo que se pretende es garantizar al estado.”

Como podemos observar existen 943 contratos que se han realizado a través del procedimiento de ínfima cuantía, ya sea de ejecución de obras, servicios, de refrigerio, bebidas, arrendamientos, compra de repuestos y accesorios entre otros, de los cuales la máxima autoridad de la entidad NN establece que han existido incumplimientos en ciertos contratos y que muchas de las veces realizan sin un previo contrato sino con factura, puesto que la ley y las resoluciones establecidas por el SERCOP así lo establecen, generando inconvenientes y perjuicios para la entidad contratante y por ende para la colectividad que se sirve del servicio que brinda esta entidad.

Ahora bien para afianzar más mi tema investigativo, también me permití consultar en la misma entidad pública NN al encargado del portal de compras públicas, que me indicará 10 contratos cuya cuantía sea menor a multiplicar el coeficiente 0.000003 por el Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico que se haya realizado durante el año 2013 así como me respondiera a ciertas preguntas que me permitirán consolidar este tema.

Entidad: NN

Contratos realizados a través de subasta inversa y menor cuantía en lo cual no supera a multiplicar el coeficiente 0.000003 por el Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico en el año 2013 es decir menor a 78.327,81 en el cual no es necesario presentar la garantía de fiel cumplimiento.

GRÁFICO NRO 5

SUBASTA INVERSA							
Código	Entidad Contratante	Objeto del Proceso	Estado del Proceso	Provincia/Cantón	Presupuesto Referencial Total(sin iva)	Fecha de Publicación	Opciones
SIE-REP-026-2013	NN	ADQUISICIÓN DE MATERIALES NECESARIOS PARA LA REHABILITACIÓN DEL SISTEMA DE RIEGO PATACORRAL DE LA PARROQUIA EL TAMBO DEL CANTÓN CATAMAYO, PROVINCIA DE LOJA	Adjudicado - Registro de Contratos	LOJA / LOJA	\$7,878.50	2013-07-23 16:00:00	
SIE-REP-022-2013	NN	ADQUISICIÓN DE MATERIALES NECESARIOS PARA LA CONSTRUCCION DE LA LINEA DE CONDUCCION Y REDES DE DISTRIBUCIÓN DEL SISTEMA DE RIEGO POTRERILLOS, PARROQUIA EL TABLON, CANTON SARAGURO, PROVINCIA DE LOJA	Adjudicado - Registro de Contratos	LOJA / LOJA	\$74,543.58	2013-07-12 15:00:00	
SIE-REP-011-2013	NN	ADQUISICIÓN DE NEUMÁTICOS DE BUENA CALIDAD NECESARIOS PARA LOS VEHÍCULOS DE LA NN	Adjudicado - Registro de Contratos	LOJA / LOJA	\$35,448.00	2013-02-15 16:00:00	
SIE-REP-010-2013	NN	SERVICIO DE SEGURIDAD Y VIGILANCIA ARMADA Y PRIVADA PARA PRECAUTELAR LOS BIENES DE LA NN UBICADOS EN EL SECTOR CONSACOLA DONDE FUNCIONA EL LOCAL DE BODEGA Y EN EL EDIFICIO DONDE FUNCIONAN LAS OFICINAS DE LA NN	Adjudicado - Registro de Contratos	LOJA / LOJA	\$27,360.00	2013-02-08 17:00:00	
SIE-REP-002-2013	NN	ADQUISICIÓN DE MATERIALES NECESARIOS PARA LA CONSTRUCCIÓN DE LA INFRAESTRUCTURA HIDRÁULICA FINAL DEL PROYECTO DE RIEGO ZAPOTILLO (TERMINACIÓN DEL SIFÓN LIMONES, TERMINACIÓN SECUNDARIAS DE LIMONES, TERMINACIÓN SECUNDARIAS DEL RAMAL 3IC Y CONSTRUCCIÓN DE REDES TERCARIAS DEL RAMAL 3IC), CANTÓN ZAPOTILLO, PROVINCIA DE LOJA.	Adjudicado - Registro de Contratos	LOJA / LOJA	\$54,831.86	2013-01-12 10:00:00	

FUENTE: Entidad Pública NN

Autor: Guillermo Ponce

GRÁFICO NRO 6

Código	Entidad Contratante	Objeto del Proceso	Estado del Proceso	Provincia/Cantón	Presupuesto Referencial Total(sin iva)	Fecha de Publicación	Opciones
MCBS-REP-008-2013	EMPRESA PUBLICA DE RIEGO Y DRENAJE DEL SUR RIDRENSUR E.P.	CONFECCIÓN DE TRAJES FORMALES PARA EL PERSONAL DE PLANTA MASCULINO Y FEMENINO DE LA NN	Adjudicado - Registro de Contratos	LOJA / LOJA	\$6,700.00	2013-12-12 18:00:00	
MCBS-REP-007-2013	EMPRESA PUBLICA DE RIEGO Y DRENAJE DEL SUR RIDRENSUR E.P.	PROVISIÓN DE COMBUSTIBLE PARA LOS VEHÍCULOS DE L ANN PARA LOS MESES DE AGOSTO, SEPTIEMBRE, OCTUBRE, NOVIEMBRE Y DICIEMBRE DEL AÑO 2013.	Adjudicado - Registro de Contratos	LOJA / LOJA	\$12,291.08	2013-08-02 18:00:00	
MCBS-REP-006-2013	EMPRESA PUBLICA DE RIEGO Y DRENAJE DEL SUR RIDRENSUR E.P.	ALQUILER DE CAMIONETAS, CABINA DOBLE 4X4, CON CONDUCTOR, PARA LA MOVILIZACIÓN DEL PERSONAL QUE LABORARÁ EN EL PLAN EMERGENTE DE REHABILITACIÓN DE VARIOS SISTEMAS DE RIEGO DE LOS CANTONES DE LOJA Y SARAGURO DE LA PROVINCIA DE LOJA.	Desierta	LOJA / LOJA	\$24,552.00	2013-05-23 16:00:00	
MCBS-REP-005-2013	EMPRESA PUBLICA DE RIEGO Y DRENAJE DEL SUR RIDRENSUR E.P.	ALQUILER DE CAMIONETAS, CABINA DOBLE 4X4, CON CONDUCTOR, PARA LA MOVILIZACIÓN DEL PERSONAL QUE LABORARÁ EN EL PLAN EMERGENTE DE REHABILITACIÓN DE VARIOS SISTEMAS DE RIEGO DE LOS CANTONES DE MACARÁ, PALTAS, OLMEDO, CHAGUARPAMBA Y CATAMAYO DE LA PROVINCIA DE LOJA.	Desierta	LOJA / LOJA	\$18,414.00	2013-05-20 16:00:00	
MCBS-REP-002-2013	EMPRESA PUBLICA DE RIEGO Y DRENAJE DEL SUR RIDRENSUR E.P.	SUMINISTRO E INSTALACIÓN DE COMPUERTAS METÁLICAS NECESARIAS PARA CONSTRUCCIÓN DE LA INFRAESTRUCTURA HIDRÁULICA FINAL DEL PROYECTO DE RIEGO ZAPOTILLO (TERMINACIÓN DEL SIFON LIMONES, TERMINACIÓN SECUNDARIAS DE LIMONES, TERMINACIÓN SECUNDARIAS DEL RAMAL 3IC Y CONSTRUCCIÓN DE REDES TERCARIAS DEL RAMAL 3IC), CANTON ZAPOTILLO, PROVINCIA DE LOJA.	Finalizada	LOJA / LOJA	\$36,943.90	2013-02-27 16:00:00	

FUENTE: Entidad Pública NN
Autor: Guillermo Ponce

Preguntamos al Asesor Jurídico de la entidad contratante NN lo siguiente:

- 1) Qué tipo de procedimiento es el más utilizado en esta entidad para adquirir bienes, servicios, ejecución de obras y consultoría?**

“El procedimiento más utilizado es la subasta inversa, donde se utiliza la mayor parte del presupuesto para la realización de contratos”

- 2) En los contratos que no exceda la cuantía menor a multiplicar el coeficiente 0.000003 por el Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico en el año 2013 solicitaron garantía de fiel cumplimiento:**

“De acuerdo a los pliegos y contratos que me ha tocado revisar y realizar no se exige la garantía de fiel cumplimiento, puesto que la Ley no exige”

- 3) En los contratos cuya cuantía menor a multiplicar el coeficiente 0.000003 por el Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico que se han realizado en la entidad han sido cumplidos en forma cabal por los contratistas, satisfaciendo los requerimientos que la institución necesitaba o han existido incumplimientos?**

“Bueno, en la mayoría de los contratos han sido cumplidos en forma cabal, sin embargo existen algunos contratos que no se han cumplido en forma cabal, siendo necesario que en estos contratos también se amplíen las garantías que la Ley establece.”

- 4) Ha sucedido algún caso o casos en los cuales no se ha podido ejecutar la garantía de fiel cumplimiento puesto que la ley no exige en ciertos contratos, como los que no sobrepasen por la cuantía del 000003 por el Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico?**

“Si efectivamente habido varios casos que en la entidad no habido como ejecutar esta clase de garantía, puesto que al no exigir la ley, los contratistas no presentan esta garantía, lo que ha ocasionado que no se puedan cobrar las multas, puesto que de acuerdo al artículo 74 de la LOSNCP, con cargo a la garantía de fiel cumplimiento se podrá efectivizar las multas que le fueren impuestas al contratista.”

5) Considera Ud. que también debería implementarse la garantía de fiel cumplimiento en los contratos cuya cuantía no exceda el 000003 por el Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico?

“La implementación de la garantía de fiel cumplimiento en este tipo de procedimientos sería de gran ayuda para que los adjudicatarios puedan responder por las obligaciones que contrajeran a favor de terceros, relacionados con el contrato, como se lo hace con el resto de contratos.

6) ¿Considera usted que se debería implementar otro tipo de garantía en la actual Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública?

“Si lo vemos desde el punto que es para beneficio de que los recursos que se invierten en adquisición de bienes, prestación de servicios, ejecución de obras, consultorías para beneficio del pueblo mismo, si se debería incrementar garantías, que como su palabra mismo indica, servirá para protección de las entidades que realizan contratos y por ende para el pueblo ecuatoriano.”

Como podemos observar de los 10 casos en que se han realizado los procedimientos de subasta inversa y menor cuantía, cuya cuantía valga la redundancia, no superó en el año 2013 los 78.327,81 no era necesario que presente garantías, y en ciertos casos era para la adquisición de materiales, para planes emergentes, para construcción de obras, en donde los valores son considerable y como lo manifiesta el Asesor Jurídico, existieron casos en que el incumplimiento no pudo cobrarse puesto que de acuerdo al art. 74 de la LOSNCP, a través de esta garantía se cobran las multas, lo que viene a ser imprescindible reformar la Ley, puesto que no es justo que el dinero del pueblo se vea perjudicado, por los contratistas incumplidos, ya que quien pierde aquí es el pueblo, al no tener las obras a tiempo, o los servicios, por lo que más adelante haré la propuesta pertinente.

3.2 Aplicación de Encuestas

Introducción

Por intermedio de la aplicación de encuestas podemos establecer un proceso lógico a través del cual podemos captar la realidad del medio en que se desarrolla un determinado hecho social. Entonces, a través de este instrumento se obtendrá una valoración del conocimiento en la sociedad respecto de los contratos que se realizan con el Estado.

Babbie Earl, manifiesta que la encuesta: *“Es probablemente el mejor método de que disponen los científicos sociales interesados en la recopilación de datos originales para describir a una población que debido a su amplitud no podemos observar de una manera directa”*⁴³. Es por ello que por medio de las encuestas a aplicar podremos determinar los objetivos de la presente tesis.

Es necesario mencionar que las encuestas a efectuar no se trata de una acumulación de información inalterada de determinado tema, carente de unicidad o que se refieren a una variedad de supuestos socio-jurídicos, más bien se trata de establecer un sistema de observación de la realidad jurídica en cuanto a la aplicación de la garantía de fiel cumplimiento en los contratos con el Estado.

Se ha realizado la aplicación de 20 encuestas a los asesores jurídicos de instituciones públicas, abogados en libre ejercicio, profesionales en ingeniería civil- arquitectura y personas con conocimientos referentes a la contratación pública, a fin de apreciar y valorar los criterios de conocimiento que efectúa estos profesionales respecto al tema de la tesis.

⁴³ Babbie, Earl, “Manual para la práctica de la investigación social”, Editorial Desclee de Brouwer S.A., 1995. P.343.

ENCUESTA REALIZADAS A ASESORES JURÍDICOS DE INSTITUCIONES PÚBLICAS,
ABOGADOS EN LIBRE EJERCICIO, PROFESIONALES EN INGENIERIA CIVIL-
ARQUITECTURA, PERSONAS CON CONOCIMIENTOS REFERENTES A LA
CONTRATACIÓN PÚBLICA

Estimados profesionales:

El motivo de la presente encuesta es justificar el tema de mi tesis titulada “LA GARANTÍA DE FIEL CUMPLIMIENTO EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA”, por lo que de la manera mas cordial solicito a usted aportar con sus conocimientos al responder las siguientes preguntas:

1.- Conoce usted sobre la garantía de fiel cumplimiento que se aplican en los contratos que el Estado suscribe con los particulares?

Si ()

No ()

Tal Vez ()

2.-Está usted de acuerdo con que la garantía de fiel cumplimiento rendirá garantías por un monto equivalente al cinco (5%) por ciento del valor del contrato?

Si ()

No ()

Por Qué?

.....

.....

.....

.....

.....

.....

3.-Conoce usted a qué contratos no se exige la garantía de fiel cumplimiento?

Si ()

No ()

Por Qué?

.....
.....
.....
.....
.....
.....

4.- Cree usted que la garantía de fiel cumplimiento se debe aplicar solamente a los contratos de mayor cuantía (\$78.327,81)?

- Si ()
- No ()

Por Qué?

.....
.....
.....
.....
.....
.....

5.- Cree usted que sería necesario reformar la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en cuanto a al art. 74 sobre la Garantía de Fiel cumplimiento en los contratos?

- Si ()
- No ()

Por Qué?

.....
.....
.....
.....
.....
.....

Muchas Gracias

3.2.1 Representación gráfica y comentada de resultados

- Pregunta Nro. 1

¿Conoce usted sobre la garantía de fiel cumplimiento que se aplican en con los contratos que el Estado suscribe con los particulares?

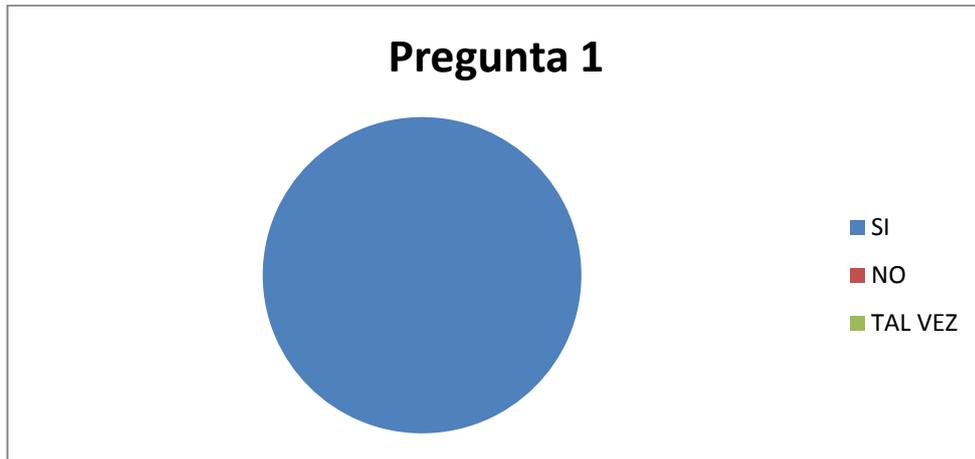


Gráfico Nro.1

Elaborado por: Guillermo Alberto Ponce Fierro

De las veinte personas encuestadas podemos determinar que toda tienen conocimiento sobre la garantía de fiel cumplimiento, con esta pregunta queremos comprobar el nivel de conocimiento que tienen los encargados de realizar los contratos con particulares.

- Pregunta Nro. 2

¿Está usted de acuerdo con que la garantía de fiel cumplimiento rendirá garantías por un monto equivalente al cinco (5%) por ciento del valor del contrato?

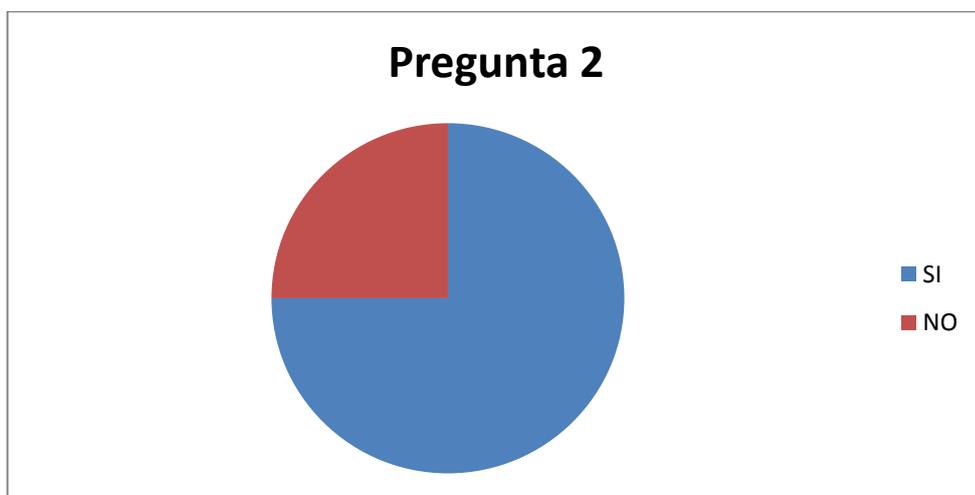


Gráfico Nro.2

Elaborado por: Guillermo Alberto Ponce Fierro

De las veinte personas encuestadas podemos determinar que quince de ellas se encuentran de acuerdo con esta pregunta y cinco de ellas no, al momento de solicitar una explicación podemos concluir que de las personas que se encuentran de acuerdo manifiestan que es necesario por seguridad dar cumplimiento a la garantía de los contratos y así avalar la buena ejecución de la obras, y de las personas que manifiestan que no, creen que el porcentaje debería ser mayor incluso igual al del monto del contrato.

- **Pregunta Nro. 3**

¿Conoce usted a qué contratos no se exige la garantía de fiel cumplimiento?

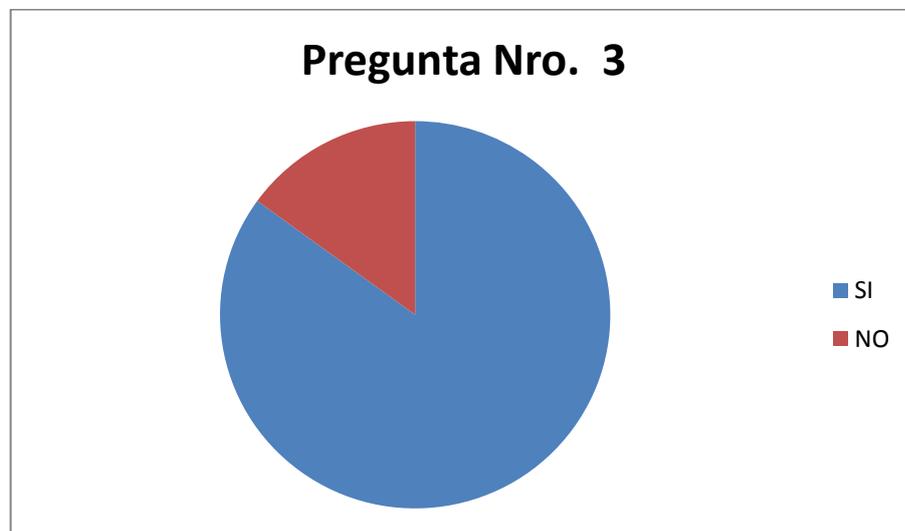


Gráfico Nro.3

Elaborado por: Guillermo Alberto Ponce Fierro

De las veinte personas encuestadas podemos determinar que diecisiete de ellas conocen los contratos a los que se exige la garantía de fiel cumplimiento, debido a que se encuentra en la Ley y deben conocer de este tema porque es primordial en el cumplimiento de su trabajo, y las tres restantes desconocen cuáles son estos contratos; al realizar esta pregunta quiero determinar si la persona encargada de realizar los contratos tiene los conocimientos necesarios para realizar los mismos.

- **Pregunta No. 4**

¿Cree usted que la garantía de fiel cumplimiento se debe aplicar solamente a los contratos de mayor cuantía (\$78.327,81)?

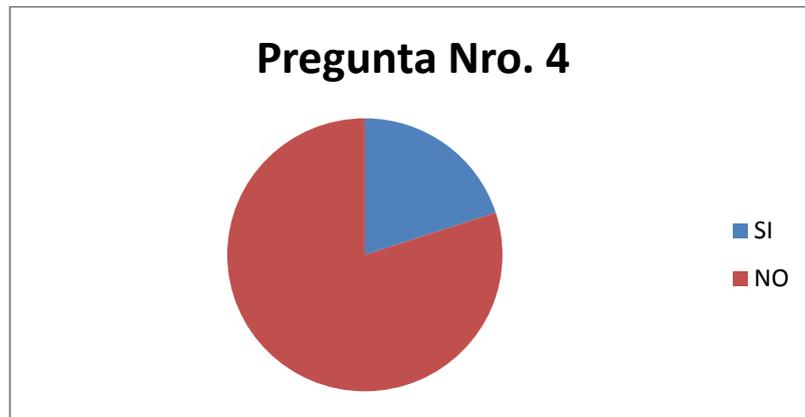


Gráfico Nro.4

Elaborado por: Guillermo Alberto Ponce Fierro

De las veinte personas encuestadas podemos determinar que dieciséis se encuentran desacuerdo, entre sus opiniones manifiestan que el monto se debería aplicar a todos los contratos debido a que se tratan de recursos del Estado, y de esta manera se aseguraría el cumplimiento de todos los contratos, las cuatro personas que están de acuerdo opinan que está bien que debe ser es monto.

- **Pregunta Nro.5**

¿Cree usted que sería necesario reformar la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en cuanto al art. 74 sobre la Garantía de Fiel cumplimiento en los contratos?

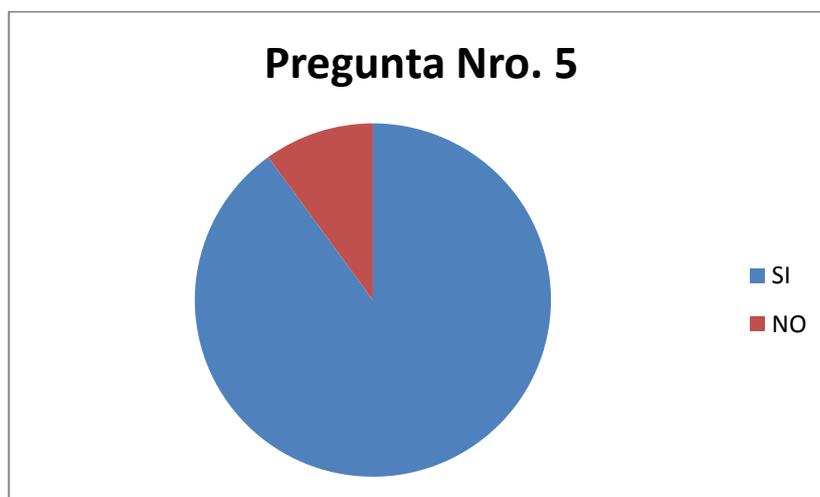


Gráfico Nro.5

Elaborado por: Guillermo Alberto Ponce Fierro

De las veinte personas encuestadas podemos determinar que dieciocho creen que se debe reformar ese artículo debido a que consideran que es para garantizar que se cumpla con lo establecido en el contrato y proteger los fondos del Estado, mientras que las dos personas que no están de acuerdo creen que no es necesaria su reforma.

3.3 De la verificación de objetivos e hipótesis.

Verificación de objetivos

Objetivo General

- *Analizar la construcción de un régimen de garantías que posibilite al Estado, una mayor exigencia en el cumplimiento de sus contratistas.*

Este objetivo se logró cumplir en primer lugar con el estudio del segundo capítulo denominado “Régimen de Garantías de la Contratación Pública”, donde realice un análisis minucioso de que son las garantías, sus características, los tipos que actualmente tiene la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, los modos de rendir, de las excepciones de no rendir garantías y los perjuicios que estos generan y con el tercer capítulo referente al estudio de casos y legislación comparada quedo demostrado que es necesario la construcción de un régimen de garantías que posibilite al Estado, una mayor exigencia en el cumplimiento de los contratistas, a través de un reforma, ya que como señala el asesor jurídico de la entidad NN, no solo sería necesario reformar la garantía de fiel cumplimiento sino también incrementar otras.

Objetivos Específicos

- *Estudiar si existe insuficiencia en la obligación de rendir la garantía de fiel cumplimiento en el régimen de contratación pública.*

Este objetivo se verificó con el tercer capítulo con el estudio de los dos casos, donde se demostró que ciertas entidades públicas al realizar contratación con personas naturales o jurídicas no exigían el cumplimiento de la entrega de garantías a quien ejecutaba la obra, el servicio, la consultoría, ocasionando grandes pérdidas para el estado ecuatoriano cuando generaban incumplimientos por parte de los contratistas. Más aún cuando se analiza que existen gran cantidad de contratos de ínfima cuantía que se realizan en una sola entidad

que llegan a 953 y con la muestra de diez contratos de subasta inversa y menor cuantía, queda demostrado que la insuficiencia en la obligación de rendir la garantía de fiel cumplimiento en el régimen de contratación pública, afecta enormemente al pueblo ecuatoriano, que son los que pagamos las obras, los servicios, la adquisición de bienes, las consultorías para el desarrollo del país, siendo imperativo una reforma a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

➤ *Desarrollar, en caso de insuficiencia de garantías en el régimen de contratación pública, una reforma legal que obligue a los contratistas a la rendición de la garantía de fiel cumplimiento en todos los contratos.*

Este objetivo se llegó a cristalizar en el cuarto capítulo denominado Propuesta donde se llegó a indicar la reforma imperante que debe existir en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, referente a la garantía de fiel cumplimiento y otras que puedan incrementarse, como la garantía de seriedad y oferta, la garantía de pertinencia de reclamo, garantía de buena calidad de los materiales, etc., para lo cual fue necesario hacer un estudio previo de la normativa, de lo que es contratación pública, de quienes pueden intervenir, de las garantías, del estudio de casos, de la legislación comparada, el cual se logró con el estudio del primer, segundo y tercer capítulo.

Contrastación de Hipótesis

➤ *La falta de la garantía de fiel cumplimiento en ciertos contratos públicos, genera perjuicio a las entidades contratantes, al no permitirles acceder a un eventual resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento de sus contratistas.*

La presente hipótesis se contrastó afirmativamente, puesto que al realizar el estudio de casos, la entrevista a la máxima autoridad de la entidad contratante como al asesor jurídico, se llegó a establecer que la falta de la garantía de fiel cumplimiento en ciertos contratos públicos como los de ínfima cuantía, los contratos de subasta inversa, menor cuantía entre otros procedimientos donde hasta el año 2013 los contratos que no sobrepasen los 78.327,81 dólares no era ni es necesario que el adjudicatario presente la garantía de fiel cumplimiento, generó perjuicio a las entidades contratantes, al no permitirles acceder a un eventual resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento de sus contratistas, puesto que en el inciso final del artículo 74 establece que *con cargo a la garantía de fiel cumplimiento se podrá efectivizar las multas que le fueren impuestas al*

contratista y en este caso al no tener esta garantía varias entidades del país no solo de la provincia se han quedado sin poder efectivizar las respectivas multas, ocasionando pérdida económica a la escuálida economía de las entidades públicas.

Sumado a esto, se pudo observar que en las legislaciones de Perú y Chile referente a las garantías, el Estado de cada país está más protegido, puesto que la garantía de fiel cumplimiento es exigida para todo tipo de contrato, más aún lo hacen sobre el 10% y no sobre el 5% como es nuestro país, siendo necesario que en nuestro país se reforme esta garantía con la finalidad de dar mayor protección al Estado.

CONCLUSIONES

Finalizada la investigación teórica y por ende los resultados estadísticos de campo, creo conveniente formular las siguientes conclusiones:

- 1) El servicio público se ha definido como toda actividad directa o indirecta de la administración pública, cuyo cumplimiento debe ser asegurado, regulado y controlado por el propio Estado y cuyo objetivo es la satisfacción de las necesidades colectivas.
- 2) La Contratación Pública se entiende como el conjunto de actos administrativos, en la que interviene por un lado Estado y por el otro un ente estatal o particular sea persona natural o jurídica, para la celebración de un contrato, mediante la cual posibilite la realización de obras, adquisición o arrendamiento de bienes, prestación de servicios, incluidos los de consultoría, con el fin de satisfacer las necesidades de carácter institucional y nacional y lo pueden hacer a través de la administración directa, concesiones o contratos públicos.
- 3) Los sujetos que intervienen en los contratos públicos son por parte del Estado todas las entidades señaladas en el artículo 1 de la LOSNCP y por parte de los contratistas, estos pueden ser personas naturales o jurídicas a través de sus representantes, quienes deben tener capacidad y habilidad para poder contratar, en el cual está implícito el consentimiento, voluntad, objeto y causa lícita y las formalidades que se exigen para cada contrato.
- 4) La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública trae consigo nuevas reformas como es el uso de herramientas, mecanismos, procedimientos como son los de **consultoría** y este a su vez a través de contratación directa, mediante lista corta, concurso público; **procedimientos dinámicos** entre ellos: compras por catálogo, subasta inversa electrónicas o presencial, licitación, cotización y menor cuantía; **procedimientos especiales** como son la contratación integral por precio fijo, contratación en situaciones de emergencia, adquisición de bienes inmuebles, arrendamiento de bienes inmuebles; contratación por ínfima cuantía; contratación de las actividades de giro específico del negocio. Hechos que no solamente modernizan la contratación administrativa, sino que se adaptan a la sociedad moderna, al sistema de globalización.
- 5) Las garantías tienen como fin, la de asegurar el total cumplimiento de las obligaciones establecidas en el contrato, más no indemnizar, ya que la entidad pública, aun ejecutando

las garantías conserva el derecho a demandar al contratista por los daños y perjuicios ocasionados a la Administración. Toda garantía nace de la necesidad de respaldar una obligación contractual. Se considera como un instrumento a través del cual un tercero garantiza a la entidad beneficiaria el cabal y oportuno cumplimiento de las obligaciones asumidas por un contratista mediante la firma de un contrato.

- 6) Las garantías que son otorgadas a favor del sector público ecuatoriano, deben ser emitidas por un banco, institución financiera o aseguradora establecidos en el país o por intermedio de ellos, y deben reunir la calidad de incondicionales, irrevocables y de cobro inmediato.
- 7) Los tipos de garantía que la actual Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública establece en el artículo 74, 75, 76 son las siguientes: de fiel cumplimiento, buen uso del anticipo, técnica para ciertos bienes.
- 8) La ley vigente hace referencia a las excepciones de presentar garantías sea en forma temporal o definitiva, entre ellas están la de régimen especial puesto que no se exigirán las garantías establecidas por la presente ley para los contratos referidos en el número 8 del artículo 2; las contrataciones en situaciones de emergencia así como la compraventa de bienes inmuebles, adquisición de bienes muebles o en cuantías menor a multiplicar el coeficiente 0.000003 por el presupuesto inicial del estado, no se presenta la garantía de fiel cumplimiento.
- 9) Entre los perjuicios que está ocasionando la falta de presentación de garantía en ciertos contratos públicos al estado ecuatoriano está el no poder cobrar por los productos, servicios, ejecución de obras incumplidos, ocasionando que se pierda millones de millones de dólares así como pérdida de tiempo, de recursos materiales, humanos y por ende el retraso en las entidades públicas.
- 10) Las formas y clases de garantías consideradas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, están orientadas a cubrir las necesidades de la contratación nacional, sin embargo este sistema si contiene algunas debilidades, como las de no exigir la garantía de fiel cumplimiento cuando el monto del contrato sea menor a multiplicar el coeficiente 0.000003 por el Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico, dejando a la entidad, sin ninguna clase de garantía una vez amortizado el anticipo.

- 11) A través del estudio de casos se determina que en la entidad NN existen 943 contratos que se han realizado a través del procedimiento de ínfima cuantía, ya sea de ejecución de obras, servicios, de refrigerio, bebidas, arrendamientos, compra de repuestos y accesorios entre otros, de los cuales la máxima autoridad de la entidad NN establece que han existido incumplimientos en ciertos contratos y que muchas de las veces realizan sin un previo contrato sino con factura, puesto que la ley y las resoluciones establecidas por el SERCOP así lo establecen, generando inconvenientes y perjuicios para la entidad contratante y por ende para la colectividad que se sirve del servicio que brinda esta entidad.

- 12) A través del estudio de la legislación comparada se ha llegado a concluir que tanto la legislación chilena, peruana y ecuatoriana han mejorado notablemente con la incorporación del sistema de contrataciones para poder contratar, verificar los contratistas incumplidas, procedimientos, etc., teniendo sus diferencias en lo que respecta a garantías, así observamos que con la Ley 19.886 de Chile existe la garantía de seriedad de la propuesta mientras que en nuestro país se eliminó. En lo referente con la legislación peruana se puede observar tres clases de garantías que deberán otorgar los contratistas en el Perú son las de fiel cumplimiento del contrato, por los adelantos y por el monto diferencial de propuesta, mientras que en Ecuador se hace referencia a tres clases de garantías: de fiel cumplimiento (Art. 74), garantía de buen uso del anticipo de anticipo (Art.75), garantía técnica para ciertos bienes (Art. 76).

RECOMENDACIONES

- 1.- En el caso de la contratación pública establecer sistemas de control de garantías dentro de las entidades públicas, ya que dichas instituciones del Estado, a las que se llama contratantes, una vez adjudicado un contrato determinado, a ese tercero al que se llama contratista, deben velar porque dicho contrato tenga pleno cumplimiento.
- 2.- Implementar un sistema en el que identifique a los oferentes que incumplen las garantías para que se le calcule un resarcimiento pecuniario ya que el perjuicio al Estado es inminente; ya que, si bien se puede inscribir al contratista como incumplido, ello no ocasiona ningún resarcimiento a quien contrata.
- 3.- Implementar un sistema informático o manual de la aplicación de la tabla de manejo y control de la vigencia de las garantías en los contratos de ínfima cuantía, la cual permitirá coordinar la información de Contabilidad, Obras Públicas y Tesorería de manera inmediata, evitando así el retraso en la información y como medida de control concurrente.
- 3.- Que los funcionarios y servidores públicos de las instituciones públicas, realicen los contratos apegados estrictamente a lo que dispone la Constitución, la Ley y Reglamento de Contratación Pública y demás normas jurídicas relacionadas con el tema, para precautelar los recursos económicos y pueda prestar servicios de buena calidad y así ayudar al progreso de nuestro país.
- 5.- A todos los oferentes y actores que manejan el ámbito contractual dentro de la Contratación Pública como son los Abogados, Ingenieros Civiles, Arquitectos, Proveedores, Funcionarios públicos, se capaciten en lo relacionado con este tema, y puedan realizar los distintos procedimientos y mentalizados en que se debe rendir siempre en todo contrato garantías para un adecuado control y ejecución, para que nadie quede exento de responsabilidades por sus omisiones.
- 6.- La temática investigativa plantea la necesidad de mejorar el control y aplicación de las Garantías en todos los contratos, pero también específica que existen contratos y oferentes que han burlado la Ley, dígame en obras que no han sido terminadas, contratos sin las debidas garantías, para lo cual sería recomendable la culturización que

los recursos del Estado que son de todos los ecuatorianos, por mínimo que sea se deba cumplir con las garantías para su cumplimiento

- 7.- Que de manera urgente exista un proyecto de reforma a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública para que se incorpore en ciertos contratos las garantías especificadas en la Ley y de esta manera prevenir grandes perjuicios, no solamente al aparato estatal y gubernamental, si no que pone en riesgo la gran obra estatal.

PROPUESTA DE REFORMA

Al concluir el presente trabajo investigativo, me permito proponer un proyecto de reforma legal a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y de esta manera contribuir a la constante transformación que tiene la ley en el devenir del tiempo.

PROYECTO DE REFORMA A LA LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DEL ECUADOR.

LA HONORABLE ASAMBLEA NACIONAL DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR.

CONSIDERANDO:

QUE: Es deber del Estado proteger a la sociedad y precautelar los intereses de sus instituciones a través de la creación o actualización de leyes que eviten inconvenientes jurídicos, perjuicios económicos, corrupción y que tales leyes sean claras y objetivas.

QUE: Es indispensable reformar la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en cuanto se refiere al cumplimiento de todas las garantías en todos los contratos por mínimos que sean por parte de las personas naturales o jurídicas nacionales, con el fin de evitar vulneración a los principios establecidos en norma legal de contratación pública.

QUE: Es necesario e importante que varios tipos de procedimientos de contratación públicas que con la actual Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública no requieren de garantía sean incorporados al requerimiento de la garantía de fiel cumplimiento y otras con la finalidad de salvaguardar los intereses colectivos y por ende del estado ecuatoriano.

QUE: En ejercicio de las facultades constitucionales y legales que le concede el Art. 120, numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador, expide la siguiente:

LEY REFORMATORIA A LA LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

En el artículo 35, agréguese el párrafo tercero lo siguiente:

Quienes se hubieren negado a celebrar contratos con el Estado o las entidades del sector público, inhabilidad que se extiende hasta tres años después de haberse hecho efectiva la garantía de seriedad de la oferta;

En el artículo 69, sustitúyase el párrafo sexto y séptimo por el siguiente:

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, además sin otro trámite, hará efectiva la garantía de seriedad de la propuesta, sin que el adjudicatario tenga derecho a reclamación alguna. 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 celebrará por culpa de la entidad contratante, dentro de los términos indicados, no podrá exigir al adjudicatario que mantenga vigente su oferta y la garantía de seriedad quedará sin vigencia y no podrá ser ejecutada, sin perjuicio del derecho del adjudicatario de 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, dicha indemnización no podrá exceder del valor de la garantía de seriedad de la oferta. La entidad a su vez deberá repetir contra el o los funcionarios o empleados responsables.

Agregues el siguiente artículo innumerado, antes del artículo 74:

Garantía de seriedad de la oferta: Para asegurar la celebración del contrato, el proponente presentará garantías de seriedad de la propuesta por el 2% del presupuesto referencial establecidas por la institución, en una de las formas determinadas por esta ley.

El adjudicatario mantendrá vigente la garantía de seriedad de propuesta hasta la suscripción del contrato, debiendo renovarla por lo menos cinco días hábiles antes de su vencimiento. De no renovársela oportunamente, la garantía se hará efectiva, sin otro trámite.

Sustitúyase en el artículo 74, el párrafo quinto por el siguiente:

Se exigirá esta garantía en los contratos cuya cuantía sea menor a multiplicar el coeficiente 0.000003 por el Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico.

DISPOSICIÓN TRANSITORIA: Todos los contratos que se hayan realizado sin solicitar la garantía de fiel cumplimiento en los contratos cuya cuantía sea menor a multiplicar el coeficiente 0.000003 por el Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico y la garantía de seriedad de la oferta, en la que la propuesta por el 2% del presupuesto referencial establecidas por la institución deben solicitar hasta el 31 de mayo del 2014, podrán continuar su proceso en forma normal, como lo venían realizados las entidades establecidas en el artículo 1 de esta Ley, posteriormente desde el 1 de junio del presente año, todas las entidades del Estado deberán regirse a las reformas realizadas en la presente ley referente a las garantías de fiel cumplimiento y seriedad de la oferta.

DEROGATORIAS

1. Deróguense todas las disposiciones generales y especiales que se opongan a esta Ley y de manera particular las siguientes:

Dada, en el Distrito Metropolitano de San Francisco de Quito, en la Sala de Sesiones de la Asamblea Nacional del Ecuador a los 31 días del mes de enero del dos mil catorce.

.....
PRESIDENTE

.....
SECRETARIO

BIBLIOGRAFÍA

- *Babbie, Earl, "Manual para la práctica de la investigación social", Editorial Desclée de Brouwer S.A., 1995.*
- *Bielsa, Rafael, Derecho Administrativo, 6a. ed., La ley Sociedad Anónima Editora e impresora, 1980, Tomo I.*
- *Cabanellas, Guillermo, Diccionario Jurídico elemental, Buenos Aires, 17ª ed., Editorial Heliasta, 2005.*
- *Dromi, Roberto, Derecho Administrativo, Argentina, 7ma. ed., 1998.*
- *Marienhoff, Miguel, Tratado de Derecho Administrativo, 3a. ed., Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 1966, Tomo II.*
- *Pérez, Efraín, Derecho Administrativo, 2a.ed., Ecuador, Editorial Pérez, 2006, tomo II.*
- *Sarmiento, Jorge, "Los Servicios Públicos", Revista Mundo Jurídico, Buenos Aires, serie 2, año 1994, Nro.1006, julio de 1994.*
- *Villegas, Benjamín, Derecho Administrativo, 1ª. Ed., Buenos Aires, Editorial TEA, 1951.*

LEYES Y ESTATUTOS

- *Código Civil Ecuatoriano, Codificación 10, Registro Oficial Suplemento 46 de 24-jun-2005.*
- *Constitución de la República del Ecuador, Asamblea Constituyente, Montecristi, 2008.*
- *Estatuto del Régimen jurídico y administrativo de la función ejecutiva, Decreto Ejecutivo 2428, publicado en el Registro Oficial 536 del 18-Mar-2002.*
- *La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, suplemento del Registro Oficial 395, 4-VIII-2008.*

- *Ley Orgánica de Instituciones del Sistema Financiero, registro oficial no. 250, 23 de enero de 2001.*
- *Ley Orgánica de la economía popular y solidaria y del sector financiero popular y solidario, Registro oficial 444 de 10, mayo 2011*

INTERNET-PÁGINAS WEB

- *Fino Consultores, consultores de seguros, septiembre de 2013, Normas de control interno para las entidades, organismos del sector público y de las personas jurídicas de derecho privado que dispongan de recursos públicos.*
<http://www.finoconsultores.com/faqresults.asp?category=SEGUROS&question=2>.
- *Salazar, R. (2009, octubre). Derecho y Sociedad. La Contratación de la Administración pública en función a los intereses de cada contrato. Recuperado 17 de agosto de 2013.*
<http://blog.pucp.edu.pe/item/30046/la-contratacion-de-la-administracion-publica-en-funcion-a-los-intereses-involucrados-en-cada-contrato>.

ANEXOS

PRESUPUESTO INICIAL DEL ESTADO \$ 34.300'637.010,37		
CONTRATACIÓN	PROCEDIMIENTO	MONTOS DE CONTRATACIÓN
BIENES Y SERVICIOS NORMALIZADOS	CATÁLOGO ELECTRÓNICO	Sin límite
	ÍNFIMA CUANTÍA*	Menor a \$ 6.860,13
	SUBASTA INVERSA	Igual o mayor a \$ 6.860,13
	MENOR CUANTÍA**	Menor a \$ 68.601,27
	COTIZACIÓN**	Entre \$ 68.601,27 y \$ 514.509,56
	LICITACIÓN**	Mayor a \$ 514.509,56
BIENES Y SERVICIOS NO NORMALIZADOS	ÍNFIMA CUANTÍA	Menor a \$ 6.860,13
	MENOR CUANTÍA	Mayor o igual a \$ 6.860,13 y menor a \$68.601,27
	COTIZACIÓN	Entre \$ 68.601,27 y \$ 514.509,56
	LICITACIÓN	Mayor a \$ 514.509,56
OBRAS	MENOR CUANTÍA	Menor a \$ 240.104,46
	COTIZACIÓN	Entre \$ 240.104,46 y \$ 1'029.019,11
	LICITACIÓN	Mayor a \$ 1'029.019,11
	CONTRATACIÓN INTEGRAL POR PRECIO FIJO	Mayor a \$ 34'300.637,01
CONSULTORÍA	CONTRATACIÓN DIRECTA	Menor o igual a \$ 68.601,27
	LISTA CORTA	Mayor a \$ 68.601,27 y menor a \$ 514.509,56
	CONCURSO PÚBLICO	Mayor o igual a \$ 514.509,56

* Si el producto no se encuentra en Catálogo

** Si no es posible aplicar procedimientos dinámicos