

+

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR

SEDE ECUADOR

AREA DE DERECHO

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN DERECHO

MENCIÓN CONTRATACIÓN PÚBLICA Y MODERNIZACIÓN DEL ESTADO

TESIS

LA CONTRATACIÓN POR EXCEPCIÓN EN EL ECUADOR Y LA

MOTIVACIÓN PARA LA DECLARATORIA DE EMERGENCIA

LUISA D. MARIA PALIZ NUÑEZ

2007

Al presentar esta tesis, como uno de los requisitos previos para la obtención del título correspondiente al programa de maestría en Derecho mención contratación pública, autorizo al Centro de Información de la Universidad para que haga de este trabajo un documento disponible para su lectura, según las normas de la institución.

También cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, los derechos de publicación de este trabajo o de partes de ella, manteniendo mis derechos de autor hasta por un período de 30 meses contados después de su aprobación.

Dra. Luisa D. Maria Páliz Núñez

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR

SEDE ECUADOR

AREA DE DERECHO

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN DERECHO

MENCIÓN CONTRATACIÓN PÚBLICA Y MODERNIZACIÓN DEL ESTADO

TESIS

**LA CONTRATACIÓN POR EXCEPCIÓN EN EL ECUADOR Y LA
MOTIVACIÓN PARA LA DECLARATORIA DE EMERGENCIA**

DIRECTOR: DOCTOR GENARO EGUIGUREN

LUISA D. MARIA PALIZ NUÑEZ

QUITO - ECUADOR

2007

RESUMEN

La contratación pública por excepción en el país es una forma de poner en práctica un procedimiento especial con el fin de preservar el orden en unos casos y superar las situaciones de peligro que se presentan en otros. El presente trabajo implica el análisis de los mecanismos que poseen las entidades para hacer viable este tipo de procedimientos y llevar adelante las diferentes contrataciones, estos procesos que, sin estar al margen de la Ley, están exentos de ciertas formalidades y requisitos.

El surgimiento de situaciones emergentes hace que se tomen decisiones valiéndose de leyes, decretos, estatutos, reglamentos, resoluciones etc. con el fin de solucionar las diferentes coyunturas.

El tema propuesto implica el estudio de estos procedimientos de excepción, la celebración y ejecución de estos contratos, etapa inicial, ejecución y terminación, los derechos y obligaciones de las partes, analizados desde el punto de vista del equilibrio económico y el interés público y la toma de decisiones cuando un contrato no concluye de manera normal.

La importancia de tener presente los principios de temporalidad, proporcionalidad y razónabilidad; ya que en las situaciones emergentes, no se pueden prolongar de manera indefinida la toma de decisiones sino, el tiempo suficiente y necesario para la superación del problema con la búsqueda y el análisis de los medios más idóneos a utilizarse para que exista un efectivo control interno y externo.

DEDICATORIA

El presente trabajo lo dedico a mi hijo Andrés, quien es la razón que tengo para seguir adelante con mi profesión y la consecución de todas mis metas propuestas.

TABLA DE CONTENIDO

PRESENTACIÓN.....	2
.....	3
RESUMEN.....	4
DEDICATORIA.....	5
TABLA DE CONTENIDO.....	6
INTRODUCCIÓN.....	8

CAPITULO I

GENERALIDADES CONCEPTUALES

LA EMERGENCIA.....	10
LA EXCEPCIÓN.....	20
REQUISITOS PRECONTRACTUALES EN LOS PROCEDIMIENTOS COMUNES.....	22
LAS EXCEPCIONES CONSTANTES EN EL ARTÍCULO 6 DE LA CODIFICACIÓN DE LA LEY DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.....	25

CAPITULO II

SUJECIÓN A LA LEY

SUJECIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS DE EXCEPCIÓN A LA CODIFICACIÓN DE LA LEY DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.....	32
LA PRECONTRACTUALIDAD EN LOS CASOS DE EXCEPCIÓN.....	34
DETERMINACIÓN-.....	38

CALIFICACIÓN.....	39
ADJUDICACIÓN.....	40
INFORMES PREVIOS DE LEY.....	40
CAPITULO III	
LA FUNDAMENTACIÓN LEGAL.....	43
LA EXCEPCIÓN COMO BASE LEGAL PARA CONTRATAR	
LA CONCLUSIÓN DE OBRAS	44
LA IMPORTANCIA DE LA MOTIVACIÓN EN LA CONTRATACIÓN DE	
EXCEPCIÓN.....	47
PRONUNCIAMIENTOS DE LA PROCURADURIA GENERAL DEL ESTADO	
SOBRE EL TEMA.....	54
CONTROL DE LA EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS DE	
EXCEPCIÓN.....	61
CONCLUSIONES.....	63
RECOMENDACIONES.....	66
BIBLIOGRAFIA.....	69

INTRODUCCION

El presente trabajo analiza las diferentes posibilidades legales y convenientes para las partes, con el fin de modificar, terminar o contratar la conclusión de una obra cuando ésta no puede ser llevada a cabo según lo pactado originalmente.

La actividad de la administración pública es formal, lo que quiere decir que la manifestación de su voluntad debe estar enmarcada en la Ley. La contratación pública se sujeta a un procedimiento reglado que encierra el principio sinalagmático o bilateral que obliga recíprocamente a las dos partes contratantes.

Las posibilidades de modificar, rescindir o revocar un contrato en forma directa cuando así lo exige el interés público que es el fundamento y constituye la causa jurídica de la atribución del contratante.

El contrato administrativo en el Ecuador, observa una norma fundamental que es la Codificación de la Ley de Contratación Pública y su Reglamento, amén de otros cuerpos legales y reglamentarios especialísimos y supletorios.

El particular al contratar con las instituciones del Estado, persigue un objetivo económico, en tanto que la entidad pública busca satisfacer una necesidad de interés general. Es indispensable que prevalezcan prerrogativas para la administración, pero también debe existir protección a los derechos del contratista; en este sentido es menester el conservar durante la vigencia del contrato el equilibrio económico – financiero del mismo, la ecuación

originalmente prevista, para mantener la igualdad consagrada en las condiciones precontractuales. Existen diversas situaciones que afectan dicho equilibrio, y que pueden obedecer a varias causas, entre ellas las provenientes de la naturaleza.

En un Estado de Derecho el contratista no puede ceder sus intereses personales en aras del interés público y sacrificarse por ello, por lo tanto se hace necesario buscar la forma de equilibrar y reparar situaciones imprevistas sin causar lesión a ninguna de las partes, conforme a los procedimientos establecidos en la Ley.

Es importante la motivación para proceder a la contratación por excepción; existe un marco jurídico amplio que trata sobre tema.

Los pronunciamientos de la Procuraduría General del Estado sobre el tema de la contratación pública, tienen relevancia por su carácter de vinculante sobre la inteligencia y aplicación de las normas constitucionales, legales o de otro orden jurídico.

CAPITULO I

GENERALIDADES CONCEPTUALES

1.1 EMERGENCIA

La emergencia tiene una primera acepción como “estado de emergencia” según consta en la Constitución Política de la República (Arts. 180,181 y 182), y se concibe como la atribución que tiene el Presidente, de declararla exclusivamente en los casos de inminente agresión externa, de guerra internacional, de grave conmoción interna o catástrofes naturales, circunstancias en las que puede asumir las siguientes atribuciones o alguna de ellas:

- Recaudar anticipadamente impuestos y más contribuciones
- Invertir para la defensa del Estado o para enfrentar la catástrofe, los fondos públicos destinados a otros fines, excepto los correspondientes a salud y educación
- Trasladar la sede del gobierno a cualquier lugar del territorio nacional
- Cierre o habilitación de puertos
- Establecer como zona de seguridad todo el territorio nacional, o parte de él, con sujeción a la Ley.

- Disponer censura previa en los medios de comunicación social.

Suspender o limitar alguno o algunos de los derechos establecidos en los números 9, 12, 13, 14, y 19 del artículo 23, y en el número 9 del Art. 24 de la Constitución; pero en ningún caso podrá disponer la expatriación, ni el confinamiento de una persona fuera de las capitales de provincia o en una región distinta de aquella en que viva.

Los numerales a que se refiere el artículo 23 y 24 de la Constitución son:

Art. 23.- Sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, el Estado reconocerá y garantizará a las personas los siguientes:

9. El derecho a la libertad de opinión y de expresión del pensamiento en todas sus formas, a través de cualquier medio de comunicación, sin perjuicio de las responsabilidades previstas en la ley.

La persona afectada por afirmaciones sin pruebas o inexactas, o agravada en su honra por informaciones o publicaciones no pagadas hechas por la prensa u otros medios de comunicación social, tendrá derecho a que estos hagan la rectificación correspondiente en forma obligatoria, inmediata y gratuita, y en el mismo espacio o tiempo de la información o publicación que se rectifica.

12. La inviolabilidad de domicilio.

Nadie podrá ingresar en él ni realizar inspecciones o registros sin la autorización de la persona que lo habita o sin orden judicial, en los casos y forma que establece la ley.

13. La inviolabilidad y el secreto de la correspondencia. Esta sólo podrá ser retenida, abierta y examinada en los casos previstos en la ley. Se guardará el secreto de los asuntos ajenos al hecho que motive su examen. El mismo principio se observará con respecto a cualquier otro tipo o forma de comunicación.

14. El derecho a transitar libremente por el territorio nacional y a escoger su residencia. Los ecuatorianos gozarán de libertad para entrar y salir del Ecuador.

En cuanto a los extranjeros, se estará a lo dispuesto en la ley. La prohibición de salir del país solo podrá ser ordenada por juez competente, de acuerdo con la ley.

19. La libertad de asociación y de reunión, con fines pacíficos.

Art. 24.- Para asegurar el debido proceso deberán observarse las siguientes garantías básicas, sin menoscabo de otras que establezcan la Constitución, los instrumentos internacionales, las leyes o la jurisprudencia:

9. Nadie podrá ser obligado a declarar en juicio penal contra su cónyuge o parientes hasta adentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, ni compelido a declarar en contra de sí mismo, en asuntos que puedan ocasionar su responsabilidad penal.

El art. 182 se refiere a que la declaratoria del estado de emergencia debe notificarse al Congreso Nacional dentro de las 48 horas de publicado el correspondiente decreto; el Congreso Nacional puede revocar el decreto en

cualquier tiempo, si las circunstancias lo justifican. El estado de emergencia tiene un plazo máximo de 60 días renovable.

Decretada la terminación del estado de emergencia, notificará al Congreso Nacional inmediatamente.

Esta atribución presidencial, con algunas variantes ha permanecido desde la Constitución de 1830 – art. 35 num. 5.

La expedición de normas de excepción se contemplaba a través de la figura de "otorgamiento de facultades extraordinarias al Presidente de la República", concedidas por el Congreso o el Consejo de Estado, previa calificación del peligro.

La normativa de excepción se encuentra en la teoría de la seguridad nacional, que alcanzó su legitimidad jurídica a través de la expedición de leyes internas de seguridad nacional y el reconocimiento constitucional de su vigencia.

La cotidianidad del uso de la excepción nos permite apreciar el verdadero sentido que ello tiene para los gobiernos, constituyéndose en mecanismo efectivos de control social, a través de los cuales se ha buscado combatir cualquier brote de protesta social o los resultados que se producen por los graves desajustes económico y sociales que enfrentan los países en el orden interno.

Se sostiene que la vigencia de las medidas de emergencia pone se ha en riesgo los derechos y garantías básicos de los ciudadanos.

Bajo la administración Roldós Hurtado encontramos ya el uso de la declaratoria de estado de emergencia, pues tanto la Constitución (1979) como la Ley de Seguridad Nacional (reformada 9-08-79) la contemplaban.

Durante el gobierno de León Fébres Cordero se sigue utilizando la figura de estados de emergencia para establecer una situación de excepción y, en relación con el período anterior, se evidencia un incremento en más de un 100% de la utilización de esta atribución.

Rodrigo Borja utilizó los decretos de movilización y las disposiciones de empleo de la Fuerza Pública; figuras que, de alguna manera han significado represión.

En el gobierno de Durán Ballén se recurrió a las medidas de excepción en muchas ocasiones, tanto bajo la modalidad de estados de emergencia, como de movilización y empleo de la Fuerza Pública.

Durante la corta administración de Bucarám también se recurrió a estados de emergencia y movilización.

El gobierno interino de Alarcón es otro de los que, porcentualmente, utilizó con mayor frecuencia medidas de excepción a través de decretos de emergencia y de movilización, pero un hecho nuevo es la declaratoria de zona de seguridad a una provincia sin hacer alusión al estado de emergencia, lo que abre una nueva situación de excepción, no prevista por la Constitución como situación diferenciada del estado de emergencia, sino como parte de él.

En el período del gobierno de Mahuad, se recurrió al estado de emergencia en 8 ocasiones, lo que nos permite señalar que la utilización de las medidas de excepción tiende a incrementarse.

Las normas de excepción se han utilizado en muchas ocasiones para coartar los derechos de protesta de la gente lo cual, es violatorio a los derechos humanos ya que para combatir el malestar social, la delincuencia se deben buscar otros mecanismos que no sean el coartar las garantías y derechos que tiene la población

El estado de emergencia se lo usa a nivel provincial para atender los daños ocasionados por las catástrofes naturales, las inundaciones provocadas por el Fenómeno del Niño sequía y otros desastres producidos.

A través de la declaratoria de emergencia se busca garantizar el adecuado funcionamiento, viabilizar la ayuda y la provisión inmediata de recursos libre de trabas burocráticas.

En cuanto al fundamento jurídico de estas medidas en primer término ha sido la Constitución, la Ley de Seguridad Nacional la Ley de Elecciones Ley de Electrificación Ley de Licitación y Concurso de Ofertas y luego la Ley de Contratación Pública.

En la Codificación de la Ley de Contratación Pública y en el Reglamento se también se alude al tema de la emergencia. El artículo 6 de la Codificación de la Ley en la letra a) habla de contratos "necesarios para superar emergencias graves que provengan de fuerza mayor o caso fortuito y que sólo sirvan para

solucionar los daños que aquéllas hayan producido o prevenir los que puedan suscitar". Se establecen las condiciones que deben darse para que exista la fuerza mayor o caso fortuito que provoque una emergencia grave y que se requiera celebrar un contrato para solucionar los daños producidos o prevenir los que se puedan suscitar en virtud de aquel hecho.

El artículo 2 del Reglamento Sustitutivo del Reglamento General de la Ley de Contratación Pública dice " Emergencia.- Se entenderá por emergencia la situación de apremio suscitada por peligros inminentes, daños o catástrofes que se presenten en el territorio o sector dentro del cual la entidad tiene su ámbito de acción, o en la entidad misma, y cuyas repercusiones causarían en su desenvolvimiento normal o en las actividades a ella encomendadas alteraciones graves, para conjurar las cuales se requiera de medidas que rebasen la actuación ordinaria de aquella o sus funcionarios.

Para efectos de lo previsto en el inciso anterior, entiéndase por peligro inminente la amenaza latente que obligue a una atención preventiva e inmediata."

La legislación, la doctrina en el campo civil o en el derecho administrativo, habla de la emergencia y la relaciona con la fuerza mayor y el caso fortuito que tiene un símil interpretativo como un acontecimiento o incidente que no ha podido preverse, o que previsto no ha podido evitarse, impidiendo inevitablemente el cumplimiento de las obligaciones.

En el diccionario de Cabanellas "la fuerza mayor se presenta como un aspecto particular del caso fortuito, reservando para éste, los accidentes naturales y hablando de aquella cuando se trata del acto de un tercero por el

cual no ha de responder el deudor. Como casos concretos de fuerza mayor se citan el incendio, la explosión, la guerra, los tumultos o sediciones...”¹

Excepción que configura la regla, pero que abre horizontes para poder precisar que el caso fortuito o fuerza mayor, tanto para el derecho privado cuanto para el derecho administrativo, pueden responder a la acción del hombre como a la naturaleza.

La Fuerza Mayor, como hechos de la naturaleza, la sequía, las inundaciones, las lluvias, los temporales, terremotos, las temperaturas extremas, las pestes, las epidemias, la neblina, las plagas, etc., son acontecimientos que de manera singular, confirman aquel perfil “exterior” a que se refiere la doctrina y desde cuya perspectiva llega a trascender lo normal, la cotidianidad de las cosas, lo común de la naturaleza, todo aquello que rebase el límite de lo permitido.

Como elementos de la Fuerza Mayor o Caso Fortuito doctrinariamente se ha llegado a admitir tres elementos constitutivos de la fuerza mayor lo exterior del hecho, la imprevisibilidad y la irresistibilidad (lo inevitable). En el contrato público, la exterioridad del acontecimiento conlleva a precisar que el contratista no tuvo participación directa ni indirecta en la ejecución del hecho, y que el Contratista, de ser el caso, haya realizado alguna acción tratando de evitarlo.

El Código Civil ecuatoriano define, en su artículo 30, a la fuerza mayor o caso fortuito como “el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público etc”.

¹ CABANEIIAS, Guillermo.- Diccionario de derecho Usual, Tomo IV, 1997 Editorial Heliasta S.R.L.; Buenos Aires; p.p.130

El “hecho del Príncipe” como teoría del acto de los poderes públicos, tiene una larga historia que se remonta a tiempos de monarquías, asimilándose en la actualidad como Hechos de la Administración, como causa de fuerza mayor provocada por acto o conductas del Estado. Se entiende por tales los actos emanados de una autoridad soberana tendientes a disminuir los derechos que se reconocen a los individuos.

Para Fiorini: “La fuerza mayor o caso fortuito, en estos casos, aparecen promovidos, en lugar de la naturaleza o por los hombres, por el mismo Estado, exhibiéndose la como entidad de sustancia jurídica. En el caso de los actos estatales modernos, no son los actos personales de un monarca, menos de un príncipe; la expresión utilizada es anacrónica y sin vigencia jurídica. La frase sigue rigiendo por el concepto mítico que representa”² y por los procesos de inestabilidad política, jurídica, económica e institucional que se vive en nuestras regiones.

La doctrina comenta, que cuando estos actos se proyectan sobre la vigencia de un contrato, provocan consecuencias parecidas a las de fuerza mayor o caso fortuito, imposibilitando el cabal cumplimiento de un contrato, más aún, cuando una de las partes, es precisamente la Administración.

Es necesario agregar un elemento más que también es atribuible a la teoría de la imprevisión. El hacer más difícil y más onerosa la ejecución del contrato pero, a diferencia de ésta, en aquella no se puede hablar de un acontecimiento ajeno a las partes, pues al Hecho del Príncipe lo consagra el acto de la

² FIORINI, Bartolomé.- Derecho Administrativo.- Tomo I; Ed. Abeledo Perrot; 1996; Buenos Aires.- p.p. 611-612²

Administración, mientras que en la Teoría de la Imprevisión, el acontecimiento es ajeno a las partes.

“Para Manuel María Diez, la Teoría del Acto de los Poderes Públicos consiste, entonces, en que alguna de las medidas que toma la autoridad contratante, en ciertas condiciones, abre a favor del contratante frente a la administración con la que ha contratado, un derecho a ser cubierto en forma íntegra por los perjuicios derivados del área administrativa, vale decir, íntegramente indemnizado de las consecuencias onerosas que resultaren para él”³

Frente a una situación grave de emergencia es necesario que la máxima autoridad aprecie y decida en base a la justificación de los hechos lo más conveniente para los intereses del Estado ya que se trata de tomar una medida de carácter extraordinario como es la contratación por excepción pues, no es honesto acogerse a la causal de emergencia para celebrar un contrato en virtud del cual se realizarán obras, se prestarán servicios o se adquirirán bienes que nada tienen que ver con el hecho de emergencia producido.

El recurrir a la emergencia entre las causales de exoneración de los procedimientos precontractuales obedece a la necesidad urgente de solucionar los problemas que se presenten y evitar otros que pueden sobrevenir por falta de decisiones oportunas.

En ocasiones, entidades del sector público se han amparado en los decretos de emergencia para la celebración de contratos exonerados de los procedimientos comunes y la realización de obras dentro de las zonas declaradas en estado de emergencia. También suele ocurrir que, cuando una entidad desea celebrar un

³ DIEZ, Manuel María.- derecho Administrativo; Lavallo 1328 Buenos Aires p.p. 557

contrato que considera como de emergencia, solicita al Presidente de la República esa declaratoria.

1.2 EXCEPCIÓN

Según el diccionario de Cabanellas (1981) “En sentido general, exclusión de regla o generalidad. Caso o cosa aparte, especial. Privilegio. ...), El diccionario de la Real Academia Española (2001) “Acción y efecto de exceptuar. 2. Cosa que se aparta de la regla o condición general de las demás de su especie. ..”

Otra figura jurídica alusiva a las situaciones de emergencia se inscribe en el ámbito de la Contratación Pública, otras de las regulaciones de la Ley de la materia sobre excepciones a los procedimientos precontractuales como la licitación y el concurso público de ofertas, generalmente aplicables para la adquisición de muebles, ejecución de obra, prestación de servicios no regulados por la Ley de Consultoría, el arrendamiento mercantil. Tales procedimientos precontractuales corresponden a la contratación pública cuya cuantía sea igual o superior al valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0.00002 por el monto del presupuesto inicial del Estado.

Esta misma Ley establece procedimientos especiales para los contratos de adquisición de bienes, arrendamiento de muebles e inmuebles, los financiados con recursos provenientes de préstamos extranjeros de organismos multilaterales

La excepción es un procedimiento derivado de una situación emergente que exige la toma de decisiones inmediatas. En el tema de la contratación pública la excepción abarca la celebración de contratos exceptuados conforme consta en la Ley. Las actuaciones que se tomen para ello dependen y son de responsabilidad de las autoridades competentes de la institución y no se identifican, necesariamente, con las emergencias a las que se refieren la Constitución Política de la República y la Ley de Seguridad Nacional.

En el caso de los contratos que se celebran bajo esta premisa se debe precisar que no todos los instrumentos que se celebren en un área emergente deben ser contratos excepcionados sino solamente los necesarios para solucionar hechos emergentes, extraordinarios.

En el tema de la excepción es también una solución para concluir una obra la contratación directa, misma que procede cuando el contrato se ha terminado unilateralmente o por mutuo acuerdo para lo cual se procedería en base a la letra a) del artículo 6 de la Codificación de la Ley de Contratación Pública, concordante con los artículos 1 y 2 del Reglamento. Como elementos de fuerza mayor o caso fortuito, por los cuales se puede considerar la existencia del concepto de emergencia se podría señalar la presencia del fenómeno del niño, en la zona en donde se ejecuta una obra lo cual, sería una situación de apremio. Puede ocurrir el evento de que en el transcurso de la Recepción Provisional y la Definitiva se produzca un daño en la obra con origen en un hecho de fuerza mayor o caso fortuito, en este caso convendría contratar la reparación de los daños aplicando el mecanismo de diferencia de cantidades de obra, conforme lo previsto en el artículo 100 de la Codificación de la Ley de

Contratación Pública o un Contrato Complementario con el mismo Contratista; de esta manera, se evitaría nuevos daños en la obra y mas perjuicio para las partes.

Cabe anotar otro caso como es el de reconocer rubros nuevos o contratar de emergencia la construcción de un muro de contención que sirva para estabilizar una montaña adyacente con el fin de amortiguar la precipitación de las aguas y evitar más deslizamientos sobre la vía.

De lo que se desprende que existe la factibilidad jurídica de utilizar mecanismos expeditos para lograr, una vez cumplidos los requisitos legales, la contratación oportuna para la conclusión de la obra o la de evitar daños mayores y pérdidas para el Estado.

1.3 REQUISITOS PRECONTRACTUALES EN LOS PROCEDIMIENTOS COMUNES

El artículo 4 de la Codificación de la Ley de Contratación Pública expresa:

“Para la adquisición de bienes muebles, la ejecución de obra, prestación de servicios no regulados por la Ley de Consultoría, el arrendamiento mercantil, se observarán los procedimientos de conformidad con la cuantía del correspondiente presupuesto referencial:

- a) Licitación: Si la cuantía supera el valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,00004 por el monto del presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico; y,

- b) Concurso Público de Ofertas: Si la cuantía no excede del valor: al que se refiere el literal anterior pero supera el valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,00002 por el monto del presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico.

La adquisición de bienes muebles, la ejecución de obra, y la prestación de servicios no regulados por la Ley de Consultoría, cuya cuantía sea inferior al valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0, 00002 previsto en el literal b) por el monto del presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico, no se sujetarán a los procedimientos precontractuales previstos en esta Ley, pero para celebrar los contratos respectivos se observarán las normas reglamentarias pertinentes que para el efecto dictará cada uno de los organismos contratantes.

En el caso de arrendamiento mercantil con opción de compra, se considerará como cuantía el precio del mercado de los bienes objeto de arriendo a la fecha de iniciación del procedimiento precontractual.

Los requisitos formales:

- 1.- El Comité de contrataciones, que según el artículo 8 de la Ley dice que se constituirá en cada ministerio, subsecretaría regional con presupuesto descentralizado y que estará integrado por cinco miembros.
- 2.- estudios según la naturaleza del proyecto
- 3.- Recursos y disponibilidad presupuestaria
- 4.- Documentos precontractuales:
 - Convocatoria
 - Modelo de carta de presentación y compromiso

- Modelo de formulario de propuesta
- Instrucciones a los oferentes
- Proyecto de contrato
- Especificaciones generales y especiales
- Planos
- Valor estimado
- Plazo estimado de ejecución del contrato
- lista de equipo mínimo, según el caso
- Principios y criterios para la valoración de las ofertas.

5.- Publicación de la convocatoria

6.- presentación de la propuesta

7.- Comisión técnica

8.- Adjudicación

9.- Notificación

Todos los documentos deben ser elaborados bajo la responsabilidad de la entidad. El Comité de Contrataciones aprobará únicamente la convocatoria, modelo de carta de presentación, modelo de formulario de propuesta, instrucciones a los oferentes, proyecto de contrato, principios y criterios de valoración de las ofertas.

1.4. LAS EXCEPCIONES CONSTANTES EN EL ARTÍCULO 6 DE LA CODIFICACION DE LA LEY DE CONTRATACION PÚBLICA.

a) “Los necesarios para superar emergencias graves que provengan de fuerza mayor o caso fortuito y que solo sirvan para solucionar los daños que aquellas hayan producido o prevenir los que puedan suscitar; “ Es decir necesarios para solucionar los problemas producidos directamente por el hecho extraordinario. Así por ejemplo, si la declaración de emergencia se produjo por una grave inundación, serán contratados los necesarios para solucionar los problemas que se derivan de ella esto es, los generados en la red vial pero no aquellos que se celebren para construir escuelas o instalaciones deportivas, o para adquirir bienes que atenderán necesidades muy diferentes de las originadas en la catástrofe.

b) “Los requeridos para la ejecución de proyectos prioritarios que se celebren en aplicación de convenios con gobiernos extranjeros que ofrezcan financiamiento en términos concesionarios y ventajosos para el país, o por organismos multilaterales de los cuales el Ecuador sea miembro, en este caso se estará a lo dispuesto en el artículo 53 de la ley. Que dice “CASO ESPECIAL.- En las licitaciones, concursos públicos, concursos privados y contratación directa y relativos a ejecución de obras, adquisición de bienes y prestación de servicios, que se financien con fondos provenientes de organismos multilaterales de crédito de los cuáles el Ecuador sea miembro, se observará lo acordado en los respectivos convenios. Lo no previsto en ellos se regirá por las disposiciones de esta ley u otras aplicables sobre la materia.

En las licitaciones, concursos públicos concursos privados y contratación directa que se financien con fondos provenientes de crédito de gobierno a gobierno podrán participar tanto las empresas nacionales como las de la nacionalidad del gobierno que concede el préstamo.

Los contratos de ejecución de obras de gobierno a gobierno y los que se realicen con crédito directo o del proveedor, se establecerá obligatoriamente la necesidad de asociación con empresas nacionales, por lo menos en el doble a la contraparte nacional.

Los contratistas extranjeros no tendrán acceso al crédito interno para la ejecución de los contratos.”

La ley a estos contratos ha querido darles un tratamiento especial, que permita controlar el endeudamiento externo y garantice que, cuando éste se produzca, los recursos captados se destinen efectivamente a obras prioritarias. En el artículo 7 de la Codificación de la Ley se dice que la celebración de los contratos a que se refiere literal b) deben ser autorizados expresamente por el Presidente de la República previo los informes del ODEPLAN (Oficina de Planificación de la Presidencia de la República,), de la Subsecretaría del Tesoro y Crédito Público del Ministerio de Economía y Finanzas, que establezcan las ventajas de los términos de financiamiento. Así mismo, se exige un informe en el que se determine que los precios del contrato sean competitivos con los del mercado nacional e internacional, a fin de evitar la celebración de contratos a precios elevados; el quinto inciso del artículo 10 del Reglamento General de la Ley de Contratación Pública determina que este informe debe ser emitido por el Ministro

o la máxima autoridad de la entidad contratante, sobre la base de los documentos que allí se indican.

Por disposición del primer inciso del artículo 53, tanto el procedimiento precontractual como la ejecución del contrato se someten a los respectivos convenios en tanto que los procedimientos especiales de que habla el artículo 5 de la Codificación de la Ley señala que se someterán a los procedimientos especiales contemplados en la Codificación de la Ley de Contratación Pública, las relativas a la adquisición de bienes inmuebles, las de arrendamiento de bienes muebles e inmuebles, las que se efectúen con recursos provenientes de préstamos concedidos por organismos multilaterales de los cuales es Ecuador sea miembro.

En lo que respecta al procedimiento de selección de los contratos referidos en el artículo 6 es aplicable lo señalado en su último inciso al determinar que es el Ministro o la máxima autoridad de la institución, mientras que la ejecución del contrato se somete en todo a la Ley de Contratación Pública.

El literal c) se refiere a la tercera excepción “Los calificados por el Presidente de la República como necesarios para la seguridad interna y externa del Estado, y cuya ejecución esté a cargo de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional.”

En este caso, no solo se requiere determinar la existencia de la causal de exoneración, sino que debe contarse también con la calificación previa del Presidente de la República, para lo cual la entidad de que se trate deberá comprobar la existencia de los hechos de seguridad interna o externa que justifiquen la exoneración.

Este tipo de contratos, si bien requiere de la reserva del caso y no con la publicidad que exigen los procedimientos precontractuales comunes, no significa, que no puedan realizarse procesos de selección de acuerdo con la naturaleza del contrato.

Como dice expresamente la norma, solo pueden ampararse en esta causal las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, como tales o a través de sus dependencias adscritas.

d) “ Los de permuta, aun cuando el valor de uno de los bienes exceda hasta en un veinte por ciento del asignado al otro y el correspondiente propietario se obligue al pago de la diferencia.”

e) “Aquellos cuyo objeto sea la ejecución de una obra artística, literaria científica;”

En este tipo de contratos no es posible una selección ya que lo que se busca es la particularidad, las cualidades y capacidad únicas del muy artista o persona con quien se quiere realizar la obra o proyecto.

f) “ Los de transporte de correo internacional, que se rigen por los convenios de la Unión Postal Universal, Unión Postal de las Américas y España; y, los de transporte interno de correo, que se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias dictadas para el efecto;”

Al respecto existen varios reglamentos en nuestro ordenamiento jurídico; así tenemos, el Reglamento de Delegación de Servicios Postales, Reglamento de Contratación, Actividades de Comunicación de Correos, Reglamento de Emisiones Postales, entre otros. Sobre el tema considero de importancia hacer constar un pronunciamiento de la Procuraduría General del Estado sobre el tema.

Oficio No. 19228 de 5 de septiembre de 2005

CONSULTA A LA PROCURADURIA GENERAL DEL ESTADO

Si son o no aplicables las normas de la codificación de la Ley de Contratación Pública y su reglamento; y, de la Codificación de la Ley de Consultoría y su reglamento a la Unidad Postal del Ecuador, la misma que se encuentra en un proceso de delegación a la iniciativa privada.

PRONUNCIAMIENTO:

A la Unidad Postal, actualmente Correos del Ecuador, le son aplicables las normas establecidas en la Codificación de la Ley de Contratación y su reglamento general de aplicación, así como las de la Codificación de la ley de Consultoría y su reglamento general de aplicación, en el ámbito correspondiente; es decir, a los procesos de contratación, de ejecución de obras, adquisición de bienes, así como de prestación de servicios no regulados por la Ley de Consultoría, le son aplicables las disposiciones de la Codificación de la Ley de Contratación Pública; y, a los actos relacionados con el ejercicio de la consultoría, así como los contratos de servicio a de apoyo a la consultoría, le son aplicables las disposiciones de la Codificación de la ley de Consultoría.

Solamente a los actos y contratos relativos a los procesos de modernización determinados en el artículo 43 de la Ley de Modernización del Estado, no le son aplicables las disposiciones de aquellas leyes.

g) “ Aquellos cuyo proceso precontractual establecido en esta ley fuere declarado desierto después de la reapertura y fueren calificados como urgentes por el Presidente de la República, salvo lo previsto en el literal d) del artículo 29 de esta ley;”

La salvedad es importante ya que no sería ético ni legítimo que en un proceso en donde haya existido violación sustancial del procedimiento sea exonerado del trámite precontractual.

En este caso en la misma ley se prevé que el comité podrá ordenar la reapertura de la licitación o concurso público de ofertas o convocar a un nuevo proceso.

h) “Los de adquisición de repuestos o accesorios que se requieran para el mantenimiento de equipos y maquinarias a cargo de de las instituciones públicas; “

El Reglamento Sustitutivo del Reglamento General de la Ley de Contratación Pública, en su artículo 3, incluye dentro del concepto de repuestos y accesorios las herramientas, materiales, partes, piezas, combustibles y lubricantes que permitan mantener los bienes de que se trate en buen estado de funcionamiento. La misma norma considera también dentro de esta causal a los bienes que sirvan para ampliar la capacidad instalada de los sistemas de computación a cargo del Estado y las entidades y organismos del sector público.

Dos consideraciones sirven para justificar esta exoneración. La primera tiene que ver con la necesidad de que los bienes cuyo mantenimiento o reparación se requiere presten un servicio continuo, que no puede depender del tiempo requerido para efectuar licitaciones o concursos.

La segunda se relaciona con el hecho de que quien proveyó un bien determinado, es generalmente el que en mejores condiciones se encuentra para atender a su reparación y mantenimiento, cuando no es el único capacitado para ello.

i) “Los que, por leyes especiales, están exonerados de licitación y concurso público de ofertas;”

No deben confundirse estos contratos con aquellos a los que se refiere el primer inciso del artículo 2 de la Codificación de la Ley de Contratación Pública. Mientras estos últimos se encuentran exonerados del cumplimiento de la Ley de Contratación Pública en su conjunto, los excepcionados se someten a la Ley en todo, salvo en lo relacionado con los procedimientos precontractuales.

j) “ Los de adquisición de bienes respecto a los cuales se comprobare que son únicos en el mercado, que tienen un solo proveedor o que implican la utilización de patentes o marcas exclusivas y que no admiten alternativas de solución;”

Es lógico pensar que si existe una sola persona capaz de presentar la oferta no hay razón de que se convoque a licitación o concurso.

k) “Los que celebren el Estado con entidades del sector público, éstas entre sí, o aquel o éstas con empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en las dos terceras partes, a entidades de derecho público o de derecho privado con finalidad social o pública.

La máxima autoridad del ministerio o de los representantes legales de la entidad serán responsables por la celebración de los contratos a que se refiere este artículo, tanto en la observancia de los requisitos legales para su perfeccionamiento y ejecución, incluidos los previstos en el artículo 60 de esta Ley, como en la determinación de la causa para la celebración del contrato sin licitación ni concurso, de conformidad con los literales que anteceden. Cuidará que el contratista tenga solvencia legal, técnica y económica, rinda garantías

suficientes, de acuerdo con esta ley, así como que el contrato convenga a los intereses nacionales e institucionales. “

CAPITULO II

SUJECCIÓN A LA LEY

2.1.- SUJECION DE LOS PROCEDIMIENTOS DE EXCEPCIÓN A LA CODIFICACIÓN DE LA LEY DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.

En la Codificación de la Ley de Contratación Pública se establece que para que el Estado pueda suscribir contratos de ejecución de obras, compra de bienes muebles, prestación de servicios y arrendamiento mercantil con opción de compra, debe cumplir con requisitos y procedimientos con el fin de cumplir con los objetivos tanto de la parte Contratista como del Contratante estos requisitos se encuentran establecidos en los artículos 4, 5, 6 ,7 de la mencionada Ley.

La misma ley establece los procedimientos en los casos en que puede prescindirse de ciertos requisitos y procedimientos precontractuales, dependiendo de las circunstancias y naturaleza de la contratación.

El artículo 2 de la Codificación de la Ley de Contratación Pública, trata del Régimen Especial.- “No se someterán a esta Ley las instituciones del sector público respecto a las cuales una Ley especial así lo haya dispuesto.

la adquisición de insumos médicos, fármacos y material quirúrgico, que celebren las entidades del sector público, incluido el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, que prestan servicios de salud, no se sujetarán a las disposiciones de

esta ley, sino al reglamento que para el efecto dictará el Presidente de la república.

Tampoco se someterán a esta ley los contratos cuyo objeto sea la ejecución de actividades de comunicación social destinadas a la información de las acciones del Gobierno Nacional o la entidades del sector público.

Las entidades indicadas en el numeral 5 del Art. 118 de la Constitución se sujetarán a las disposiciones de esta ley exclusivamente en cuanto a los contratos que celebren y se financien en todo o en parte con recursos públicos o subvenciones del Estado.” El numeral 5 del artículo 118 de la Constitución es decir, a 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.

Dentro del tema de excepción que es materia de este trabajo es importante analizar el caso fortuito y la fuerza mayor como la causa o el preámbulo de la emergencia y luego para ejercer el principio de la excepción, para ello es necesario encasillar a estos factores (caso fortuito y fuerza mayor) en nuestra legislación, encontrando al Código Civil ecuatoriano (art. 30) como la fuente conceptual más importante y los reglamentos que al respecto aplican las diferentes entidades para justificar la existencia de acontecimientos que alteren gravemente las condiciones normales y el desenvolvimiento de las actividades y los fines que persigue dichas entidades para afrontar las situaciones de emergencia mismas que exigen tomar medidas de carácter extraordinario.

Los contratos que, sin someterse a los procedimientos de licitación y concurso público de ofertas se sujetan en todo lo demás a la Ley de Contratación Pública,

los que se sujetan a los procedimientos especiales fijados por la misma Ley y, los exceptuados de los procedimientos precontractuales por mandato del artículo 6 de dicha Ley.

2.2.- LA PRECONTRACTUALIDAD EN LOS CASOS DE EXCEPCIÓN

En el capítulo I del Reglamento Sustitutivo del Reglamento General de la Ley de Contratación Pública, Artículo 1 señala las normas para contrataciones exoneradas de procedimientos precontractuales comunes, en este sentido se afirma que para que la entidad pueda acogerse a las excepciones previstas en el artículo 6 de la Ley debe obtener la calificación por parte del Presidente de la República y del Ministro según el caso. En el artículo 2 “Emergencia.-Se entenderá por emergencia la situación de apremio suscitada por peligros inminentes daños o catástrofes que se presenten en el territorio o sector dentro del cual la entidad tiene su ámbito de acción, o en la entidad misma, y cuyas repercusiones causarían en su desenvolvimiento normal o en las actividades a ella encomendadas alteraciones graves, para conjurar las cuales se requiera de medidas que rebasen la actuación ordinaria de aquella o de sus funcionarios.

Para efectos de lo previsto en el inciso anterior, entiéndase por peligro inminente la amenaza latente que obligue a una atención preventiva e inmediata.”

El Artículo 4 de Reglamento de la Ley trata sobre las Especificaciones esenciales.- “El Ministro o el Representante legal de la entidad u organismo,

según el caso, antes de decidir la contratación al amparo del artículo 6 de la Ley, deberán contar con las especificaciones mínimas de la obra, bien o servicio de que se trate, en el caso del literal a); y, especificaciones técnicas completas para los demás literales del artículo señalado.”

El 5º inciso del artículo 5 dice: “Para el caso de las contrataciones de ejecución de obras y prestación de servicios tratadas al amparo de la letra a) del artículo 6 de la Ley, se podrá adjudicar directamente los contratos sobre la base de los precios unitarios o costos determinados por la correspondiente entidad, bajo su responsabilidad. “

El Artículo 7 que trata sobre la responsabilidad de resolver y adjudicar que tiene el Ministro o representante legal de la entidad u organismo contratante.

Artículo 8: Informes previos.- para efectos de los informes requeridos en los contratos descritos en el artículo 6 de la Ley, se acompañarán a la solicitud del informe respectivo el proyecto de contrato y todos los documentos enunciados en el numeral 2 del artículo 67 de este reglamento.

Num. 2 del artículo 67: Enumera una serie de documentos que hay que adjuntar para la emisión de los informes previstos y necesarios para los contratos adjudicados en base a los artículos 5 y 6, estos son:

- a) Proyecto de contrato;
- b) Resolución de adjudicación por parte de la máxima autoridad del Ministerio o de la entidad correspondiente;
- c) Oferta completa del adjudicatario;
- d) Las fórmulas de reajuste de precios, sus memorias de cálculo y la cuadrilla tipo, cuando fuere del caso;

- e) Los documentos y resoluciones que justifiquen la causa invocada para celebrar el contrato sin licitación ni concursos, en el evento de los contratos referidos en el artículo 6 de la Ley; entre otros.

El Artículo 6 de La Codificación de la Ley de Contratación Pública enumera los contratos que se exceptúan de los procedimientos precontractuales. Este es un procedimiento que ha sido objeto de críticas por parte de sectores que consideraban necesaria en todos los casos, la realización de licitaciones o concursos, ya que se piensa que es inconstitucional e inconveniente para el país el abuso del concepto y mecanismo de excepción y emergencia en las resoluciones tomadas, mismas que no eran debidamente motivadas.

La Codificación de la Ley de Contratación Pública establece que en los casos que se enumeran en su artículo 6 no es necesaria la realización de licitaciones o concursos, lo cual no implica necesariamente que la autoridad deba prescindir de esos procedimientos y que la parte contratista deba ser escogida directamente por la entidad contratante.

Este es, por ejemplo, el criterio de Marienhoff ⁴: "Va de suyo que, cuando legalmente sea posible recurrir a la contratación privada o trato directo, la Administración Pública podrá sin duda alguna recurrir válidamente a la licitación .porque ésta, en cuanto a las garantías del procedimiento, apareja obvias ventajas respecto de aquélla. Esto es tanto más comprensible si se tiene en cuenta que el 'trato privado o directo' como forma de contratación, no es un deber de la Administración Pública, sino una facultad asignada a la misma"

⁴ MARIENHOF, Miguel.- Tratado de Derecho Administrativo; Tomo III A; Ediciones Abeledo Perrot; 1978; Buenos Aires; p.p. 356

Al hablar de los casos de excepción no se puede afirmar que existe un procedimiento precontractual, la máxima autoridad tiene que escoger si procede a la contratación directa o realiza un procedimiento de selección, dependiendo de las circunstancias.

Hay dos casos, sin embargo, en los que el Reglamento General de la Ley de Contratación Pública exige tramitar un procedimiento de selección. Se trata de los contratos financiados con préstamos de gobierno a gobierno y de los de adquisición de repuestos y accesorios, cuya adjudicación se realizará previo el proceso de selección que considere adecuado el Ministro o la máxima autoridad de la entidad contratante, según las circunstancias de la contratación

Por lo anotado, los contratos constantes en el artículo 6 de la Codificación de la Ley de Contratación Pública pueden ser adjudicados mediante un trámite de selección regulado por la máxima autoridad de la entidad o también a través de un reglamento de aplicación general para estos casos.

Al respecto la Codificación de la Ley de Contratación Pública en su artículo 14 se refiere a que “Como requisito previo para iniciar cualquier procedimiento precontractual, la entidad deberá contar con los estudios, diseños, incluidos planos y cálculos, especificaciones generales y técnicas, debidamente concluidos, recibidos, previa fiscalización, por la entidad correspondiente, y aprobados por ella, con la programación total, los presupuestos y demás documentos que se consideren necesarios, según la naturaleza del proyecto. Así mismo, el certificado de existencia de recursos financieros suficientes para atender las obligaciones que emanen del contrato, es también un requisito indispensable para estos contratos, según lo establece el último inciso del artículo

15 de la Codificación de la Ley de Contratación Pública, concordante con el 58 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control.

Es necesario además cuando se realice el proceso de selección, contar con documentos precontractuales que detallen el alcance del contrato y que incluyan principios y criterios para valorar las ofertas.

En los procesos de selección que se tramiten por los contratos enumerados por el artículo 6 de la Ley de Contratación Pública, los oferentes deberán presentar, con su propuesta, el original de la garantía de seriedad de la misma, equivalente al siete por ciento del valor de la oferta, art. 72 de la Codificación de la Ley de Contratación Pública.

DETERMINACIÓN

Es responsabilidad de la máxima autoridad de la entidad analizar si existen los hechos, las causas, la verdad material que configuran y que dan lugar a que se proceda a exonerar de los procedimientos comunes a una contratación. En este sentido el inciso final del artículo 6 de la Codificación de la Ley de Contratación Pública dice: “ la máxima autoridad del ministerio o los representantes legales de la entidad serán responsables por la celebración de los contratos a que se refiere este artículo, tanto en la observancia de los requisitos legales para su perfeccionamiento y ejecución, incluidos los previstos en el artículo 60 de esta Ley, como en la determinación de la causa para la celebración del contrato sin licitación ni concurso, de conformidad con los literales que anteceden. Cuidará que el contratista tenga solvencia legal, técnica y económica, rinda garantías

suficientes, de acuerdo con esta ley, así como que el contrato convenga a los intereses nacionales e institucionales.”

CALIFICACIÓN

Tiene similitud con lo que es el procedimiento de la determinación cuyo factor importante es la motivación ya que, la máxima autoridad, al tomar la decisión de llevar un procedimiento de excepción no puede obrar arbitrariamente, sino dentro de los límites legales que le impone.

En el capítulo I De los Procedimientos precontractuales, Reglamento sustitutivo del Reglamento General de la Ley de Contratación Pública dice:

“Art. 1 Calificación de causas de exoneración de procedimientos precontractuales.- La calificación de la causa para que la entidad u organismo contratante pueda acogerse a las excepciones previstas en el artículo 6 de la ley competará al Presidente de la república, en los casos de las letras c) y g), y, al Ministro o al representante legal de la entidad y organismo, en los casos de las letras restantes.

La determinación de la causa antedicha deberá expresarse en el decreto, acuerdo o resolución, en forma fundamentada.

En todo caso, será necesario contar con la certificación sobre la disponibilidad de los recursos financieros para la celebración de cualquiera de los contratos a que se refiere el artículo 6 de la ley. “

ADJUDICACIÓN

La máxima autoridad es quien determina el procedimiento a seguir en las contrataciones exoneradas de los requisitos precontractuales. Al respecto el artículo 7 del Reglamento Sustitutivo del Reglamento General de la Ley de Contratación Pública establece que es de la máxima autoridad la decisión de celebrar el contrato con determinada persona bajo su responsabilidad; no obstante, dice se escogerá la propuesta que sea considerada la más conveniente para los intereses de la administración. Por lo que, para la tramitación puede establecerse comisiones técnicas de apoyo o comités que se encarguen de llevar adelante el procedimiento y de informar sobre las ofertas presentadas pero la resolución de adjudicación corresponde, única y exclusivamente, a la máxima autoridad.

La contratación por excepción tiene que ser ágil pero ello no significa que en ciertos casos se pueda realizar una selección de las propuestas. Este proceso si bien es por una emergencia que amerita actuaciones inmediatas, no significa que se contrate con la persona menos indicada. En otros casos será necesario solucionar la emergencia pero no de manera inmediata lo cual hace posible contar con varias ofertas para comparar entre ellas y escoger la más adecuada.

INFORMES PREVIOS DE LEY

Art. 60 de la Codificación de la Ley de Contratación Pública:

“INFORMES.- En forma previa a su celebración, los contratos que hubieren sido adjudicados siguiendo los trámites de licitación o concurso público de ofertas, requerirán los informes del Contralor General del Estado y del Procurador General del Estado.

Los mismos informes serán necesarios para la suscripción de los contratos cuyo monto iguale o exceda la base para el concurso público de ofertas, aunque no hubieren sido licitados o concursados.

Si el contrato implica egresos públicos, con cargo al Presupuesto del Gobierno Nacional, se requerirá, además, el informe del Ministro de Economía y Finanzas.”

El Reglamento de la Ley ibidem, dice: “Cuando se soliciten los informes del Contralor General del Estado y del Procurador General del Estado, que contemplan los artículos 60 de la ley y el 66 de este Reglamento, la entidad remitirá los siguientes documentos, debidamente certificados:”

Art. 68 del mismo reglamento trata sobre el “Alcance de los informes.- Los informes del Contralor General del Estado, del Procurador General del Estado y del Ministro de Economía Finanzas se sujetarán al ámbito de su respectiva competencia.

Para el informe del Contralor general del Estado se estará a lo previsto en la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, debiéndose tener en cuenta lo dispuesto en el Art. 55 de la ley.”

Los contratos exceptuados no obstante de encontrarse exentos de los procedimientos precontractuales, no se encuentran exonerados de los informes previos a los proyectos de contrato conforme la naturaleza del contrato y a las

disposiciones antes anotadas; disposiciones que, concuerdan con lo dispuesto los artículos 60 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, 3 letra f) de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, 31 num. 16 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.

Lo informes constituyen requisito previo para la celebración de los contratos adjudicados conforme a los trámites de licitación o concurso público de ofertas, o iguale o exceda la base de este último, aunque no hubieren sido licitados o concursados. El artículo 8 del Reglamento dice que para la emisión de los informes requeridos para los contratos señalados en el artículo 6 se deberá acompañar a la solicitud del informe el proyecto de contrato y todos los requisitos señalados en el numeral 2 del artículo 67 del Reglamento.

Respecto a la obligatoriedad de los informes mencionados, el artículo 58 de la Codificación de la Ley de Contratación Pública, al tratar sobre la Nulidad dice que serán nulos los contratos cuando no se hubieren solicitado los informes requeridos por la Ley, cuando solicitados los informes, se hubiere celebrado el contrato sin uno o varios de ellos antes de que el término para su expedición haya vencido, si no se recogen las observaciones realizadas por los funcionarios informantes; y, cuando se celebren pese a la existencia de uno de los informes fuere negativo.

CAPITULO III

LA FUNDAMENTACIÓN LEGAL

La contratación por excepción está exonerada del procedimiento precontractual pero tiene que cumplir con otros requisitos que la Ley prevé.

Para que una contratación sea exonerada de los procedimientos comunes, es necesario que el hecho derive de la emergencia y que el objetivo sea solucionar es tal como lo señala el artículo 6, letra a) de la Codificación de la Ley de Contratación Pública que dice que se exceptúan de los procedimientos precontractuales los que sean necesarios para superar emergencias graves que provengan de fuerza mayor o caso fortuito y que solamente sirvan para solucionar los daños producidos o los que puedan suscitarse.

Así mismo, Se presentan casos en que sin existir la declaratoria de emergencia local o nacional amerite la celebración de contratos bajo estas premisas.

La fundamentación, la formalidad, son aspectos que deben observarse en estos procesos. Los órganos del Estado tienen que asumir las situaciones de excepción ceñidos a la Constitución y demás Leyes que rijan en cada caso.

La fundamentación es el hecho de tomar decisiones conforme a la Constitución y las leyes, por parte de los órganos del Estado estas decisiones pueden variar desde una simple declaración hasta la aprobación de normas legales y administrativas. Una situación de excepción altera el principio regulador común siendo necesaria la adopción de nuevos mecanismos del

Estado de Derecho.

3.1 LA EXCEPCIÓN COMO BASE LEGAL PARA CONTRATAR LA CONCLUSIÓN DE OBRAS.

El cumplimiento de las obligaciones hace que un contrato termine, el contratista ha realizado las obras y el contratante las recibe.

Las disposiciones de los artículos 102,103,104,107,108,109 de la Codificación de la Ley de Contratación Pública concordante con el 113, 114,115,116,117 del Reglamento Sustitutivo del Reglamento General de la Ley de Contratación Pública norma las distintas maneras de extinguir los contratos sujetos a dicho marco legal, Varias son las maneras en que un contrato puede llegar a su conclusión. La forma más natural es en virtud de que se ha agotado su cumplimiento, se ha concluido con el objeto inicialmente propuesto, las otras formas son cuando esta conclusión se produce antes del cumplimiento de lo previsto, por lo que el contrato termina de una manera anormal. No se produce el agotamiento del objeto del contrato, su cumplimiento total, se interrumpe la relación contractual.

En el caso de la terminación normal de los contratos no solo se toma en cuenta el cumplimiento del objeto del contrato, es decir la conclusión de la obra pública, o la entrega del suministro o prestación del servicio, sino que al concluir con las obligaciones, desaparece el vínculo jurídico entre las partes.

En otros casos en los que se toma en cuenta el mantenimiento de determinada situación, es decir, la prestación de un servicio público durante un lapso determinado, lo importante y relevante es el plazo de duración y las partes no reclamarán nada mientras el contrato concluya pacíficamente hasta alcanzar el resultado requerido.

En ocasiones el Contratista continúa realizando prestaciones cuando ha expirado el término contractual esto no debe darse porque ya que no existe ningún vínculo contractual escrito; de producirse, habrá que analizar si fueron realizadas de buena fe y que esta hayan sido de utilidad para la administración pública, en este caso se podría pensar en una compensación.

Los contratos pueden concluir de manera anormal, puede ser en virtud de una rescisión convencionalmente acordada por las partes es decir de mutuo acuerdo, revocarlos por las causas autorizadas por la Ley, o cuando desaparezca el objeto mismo de la relación contractual, puede terminarse cuando se origine en un hecho de la naturaleza, en este caso la parte Contratista queda liberada de sus obligaciones y la Contratante liberada de reconocerle indemnización.

Las partes Contratante o Contratista tienen el derecho de dar por terminado un Contrato cuando así los faculta lo estipulado mediante las cláusulas y las disposiciones legales aplicables. Cuando se hace imposible la ejecución de un contrato es procedente llegar a la rescisión de este, en este aspecto la administración pública tiene ciertos privilegios ya que puede declarar por sí y ante sí, la rescisión de un contrato, al contrario del particular quien debe solicitar ante el juez correspondiente.

En cuanto al resarcimiento de los daños y perjuicios las partes, tienen igual derecho; ahora, si el particular contratista es afectado por un acto de la administración por razones de interés público, el resarcimiento de los daños y perjuicios es completa y total ya que el particular no ha tenido ninguna responsabilidad frente a tales hechos y debe legítimamente ser compensado.

El equilibrio económico – financiero de un contrato, es un tema en el que se considera al contrato como un todo en el cual las partes se condicionan, por un lado el interés de la administración en satisfacer el interés público y por el otro el del particular que también busca un beneficio económico calculado inicialmente, no obstante, este equilibrio puede ser afectado por causas imputables o no a las partes estas son las causas sobrevivientes imprevisibles, y por lo tanto no fueron tomadas en cuenta al momento de contraer las obligaciones.

“Al producirse estas situaciones, surge la interrogante de cómo reestablecer el equilibrio económico quebrado para si no se reestablece por lo menos resarcir los perjuicios, en estas circunstancias resulta justo que exista una equivalencia honesta, de modo que ni el Contratante ni el particular Contratista salga sacrificado”⁵.

En el momento en que se dan estos imprevistos es importante señalar que el Contratista a pesar del trastorno producido, no suspenda por sí la ejecución de la obra, y el Estado tenga la posibilidad de terminar el contrato de mutuo acuerdo, para luego proceder a contratar la conclusión de las obras.

⁵ Escola, Héctor Jorge.- Tratado Integral de los Contratos Administrativos; Volumen I; Ediciones de Palma Buenos Aires 1977 p.p. 476.

La imprevisibilidad debe ser un hecho sorpresivo con efectos sobre la economía del contrato debe romper el equilibrio económico financiero, es una circunstancia que sobrepasa los cálculos e intereses contractuales iniciales, el hecho reclamado y el efecto producido debe estar correlacionado y debe ser independiente de la voluntad de las partes. Otra característica de la imprevisión es la temporalidad es decir que se produzca en la ejecución del contrato y que se encuentre inconcluso.

Puede darse la imprevisión en contratos de duración o cumplimiento inmediato, como fruto de la imprevisión el contratista no debe esperar ganancias, sino la solvencia necesaria para poder concluir el contrato.

Para Canasi ⁶ “La Teoría de la Imprevisión se ha ideado para evitar la interrupción en el funcionamiento del servicio público, es de orden financiero. No puede admitir ninguna aplicación, en lo que concierne a plazos de cumplimiento, las circunstancias que alteran la economía del contrato desde el punto de vista financiero (alza de las materias primas, por ejemplo) no impide que el contratante cumpla en los plazos fijados; entrañan simplemente nuevas cargas pecuniarias para el contratista”

3.2.- LA IMPORTANCIA DE LA MOTIVACIÓN EN LA CONTRATACIÓN DE EXCEPCIÓN

La motivación como la causa, el motivo, la razón y fundamento de un acto. Todos los actos inclusive los delictivos tienen que obedecer a una motivación;

⁶ CANASI, José .- Derecho Administrativo, Tomo II.- Ediciones de Palma.- Buenos Aires 1974

es así que la motivación es importante y necesaria en la investigación penal, en la interpretación de los contratos y también para la declaración judicial de un derecho.

No se debe perder de vista la motivación y esta debe ser plena, es decir, que debe abarcar todos los aspectos que rodean al caso lo cual da origen a un nuevo acto jurídico, la motivación es un factor que da seguridad a la resolución tomada se lo puede llamar a este hecho como la seguridad jurídica.

Cabe citar varias disposiciones en la normativa ecuatoriana que se refieren a la motivación:

El artículo 24 numeral 13 de la Constitución Política de la República del Ecuador señala:

Las resoluciones de los poderes públicos que afecten a las personas, deberán ser motivadas. No habrá tal motivación si en la Resolución no se enunciaren normas o principios jurídicos en que se haya fundado, y si no se explicare la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Al resolver la impugnación de una sanción, no se podrá empeorar la situación del recurrente.

El artículo 31 de la Ley de Modernización del Estado dispone que:

Todos los actos emanados de los órganos del Estado, deberán ser motivados. La motivación debe indicar los presupuestos de hecho y las razones jurídicas que han determinado la decisión del órgano, en relación con los resultados del procedimiento previo. La indicación de los presupuestos de hecho no será necesaria para la expedición de actos reglamentarios.” Artículo 20 del Reglamento dice: “De conformidad con el artículo 38 de la Ley de Modernización los actos que emanen de un órgano del Estado y que no se

encuentren debidamente motivados se considerarán como actos violatorios de la Ley.

La motivación de una decisión, resolución o fallo debe comprender tanto los antecedentes o presupuestos de hecho y las razones jurídicas que la determinaron. Tanto los unos como los otros deberán constar en el documento u oficio en que se materialice la decisión de manera que los interesados los puedan conocer directamente.” Cabe anotar que en este artículo se cita el 38 de la ley De Modernización, siendo lo correcto el artículo 31.

En el Reglamento de Contrataciones Menores del IEPI publicado en el R.O. 076 de 7 de mayo de 2003, Del Concurso Interno dentro del trámite para la contratación interna artículo 7 num. 7.16.1 dice:

Antecedentes de la Contratación con la motivación de la adjudicación:

En el Reglamento para el Control de la Discrecionalidad.- Decreto Ejecutivo 3179, publicado en el R. O. 686, de 18 de octubre de 2002 en el artículo 4 dice:

DE LA MOTIVACIÓN.- Siempre que la administración dicte actos administrativos es requisito indispensable que motive su decisión, en los términos de la Constitución y este reglamento.

La motivación no es un requisito de carácter meramente formal, sino que lo es de fondo e indispensable, porque solo a través de los motivos pueden los interesados conocer las razones que justifican el acto, porque son necesarios para que pueda controlarse la actividad de la administración, y porque sólo expresándoles puede el interesado dirigir contra el acto las alegaciones y pruebas que correspondan según lo que resulte de dicha motivación que, se

omite, puede generar la arbitrariedad e indefensión prohibidas por la Constitución

La motivación se constituye como la necesaria justificación de la discrecionalidad reglada administrativa, que opera en un contexto diferente al de la propia decisión. Aquella será atacable en materialidad a través de la desviación de poder o la falta de causa del acto administrativo, pero en el caso de los actos discrecionales encontrará su principal instrumento de control en la justificación, precisamente por la atenuación de la posible fiscalización sobre los otros elementos del acto administrativo.”

El Reglamento de Contrataciones del Frente Social Resolución .9 publicada en el R.O. 621 de 18 de julio d 2002 dice: en el artículo 7 dice:

Resoluciones: Las resoluciones del comité se adoptarán por mayoría simple. Los votos se expresarán siempre en sentido positivo o negativo con la debida motivación. En caso de empate el presidente tendrá voto dirimente.

La Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado emitida mediante Ley 73, publicada en el R.O. S. 595, de 12 de junio de 2002, respecto a las la determinación de responsabilidades, en el artículo 39 inciso segundo dice :

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

El Reglamento de Contrataciones de Petroecuador y sus Empresas Filiales emitido mediante Decreto Ejecutivo No. 2598 publicado en el R. O. 570 de 7 de mayo de 2002, en el artículo 34 segundo inciso respecto a los recursos y reclamos dice:

Para el evento de que los oferentes o adjudicatarios presenten reclamos relacionados con su oferta, respecto del proceso de contratación o con el resultado de la adjudicación, deberán presentar junto a su reclamo, una garantía incondicional, irrevocable y de cobro inmediato, con vigencia mínima de 70 días, por un monto equivalente al 2% de la oferta. Si la resolución del reclamo, que deberá reunir los requisitos de motivación previstos en la Constitución, luego del cumplimiento de las garantías del debido proceso, determinare que el reclamo fue infundado o malicioso, y no se presentare acción contencioso administrativa antes del vencimiento de la garantía, ésta se hará efectiva, sin que por tal hecho pueda interponerse ninguna acción en vía administrativa. Queda salvo el derecho de los reclamantes para deducir las acciones judiciales que la ley contempla.

El Reglamento a la Ley de Control Cívico de la Corrupción Decreto Ejecutivo, 1328, R.O. 295 de 11 de octubre de 1999 en el artículo 22 dice:

Toda resolución que adopte el Tribunal Supremo Electoral o los colegios designadores, en el marco del procedimiento para la designación de miembros de la Comisión de Control Cívico de la Corrupción, deberán ser suficientemente motivadas.

En la Gaceta Judicial Año C. Serie XVII. No. 2 pag. 383 dice respecto de la motivación que es un presupuesto del control casacional del razonamiento

probatorio. La articulación de un razonamiento justificativo en la sentencia representa el fundamento de toda motivación. Desde una perspectiva psicológica la motivación, designa a aquellos factores o determinantes internos, más que externos, al sujeto que desde dentro le incitan a un acción. Así, cuando un órgano jurisdiccional entra en la apreciación de las pruebas debe, no solo establecer el aspecto justificativo de la misma. La seguridad jurídica depende el tal alto grado de su esencialidad que algún autor ha pretendido ver en la omisión voluntaria de una motivación. En este sentido, puede afirmarse que el poder de convicción de la sentencia es proporcional al rigor con que se examine y concrete el hecho y el derecho aplicable al caso, así como a la claridad con la que sea capaz de exponerlos explicando su conexión con el ordenamiento jurídico. Así, se afirma que las resoluciones se motivan con más cuidado y precisión cuando su trascendencia es mayor y cuanto más imprecisa o abstractas sean las normas aplicables. La motivación es, en todo caso, uno de los elementos fundamentales en el control de la arbitrariedad. Por consiguiente, actúa como un elemento de prevención y frente a la arbitrariedad. La falta de motivación es un expediente de hipocresía formal establecido, por así decirlo, para otorgar disfraz lógico a la voluntad nacida de otros móviles, que pueden ser inclusive la arbitrariedad y la justicia. La motivación sirve para demostrar que el fallo es justo y porqué es justo, y para persuadir a la parte vencida que su condena ha sido el necesario punto de llegada de un meditado razonamiento y no el fruto improvisado de la arbitrariedad y de la fuerza.

RECURSO DE AMPARO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, SALA 2-C

MOTIVACIÓN DEL ACTO DE LA ADMINISTRACIÓN

Una de las importantes innovaciones de nuestro actual ordenamiento constitucional es el que establece la necesidad de que los actos de los poderes públicos se encuentren debidamente motivados. Y como lo ha expresado Manuel María Díez, 1976 "Debe tomarse la expresión de las razones que han llevado al órgano administrativo a dictar el acto, como también a la expresión de los antecedentes de hecho y de derecho que proceden y lo justifican. Un acto administrativo no es formalmente perfecto y por lo tanto intangible, si no está motivado, pues la circunstancia de que la administración no obra arbitrariamente, sino en los límites que el ordenamiento jurídico legal le impone, hace imposible que sus decisiones expresen los motivos de hecho y de derecho que concurren para determinar su legitimidad". La Constitución del Ecuador así lo ha ordenado en el art. 24 numeral 13. La violación de este deber jurídico hace ilegítimo al acto y acarea no solo la nulidad del acto, por no acatamiento a la ley, sino que además hace responsable civilmente al Estado por los perjuicios que se ocasionaren, por expreso mandato del Art. 22 de la Constitución.

El artículo 5 del Reglamento Sustitutivo del Reglamento General De La Ley De Contratación Pública.- Dice:

Selección de los Proponentes.- La adjudicación de los contratos referidos en el artículo 6 de la Ley se realizará previo el proceso de selección que considere adecuado el Ministro o el representante legal de la entidad contratante, según

las circunstancias de la contratación , salvo en los casos en que tal proceso de selección no fuere posible. En las bases del proceso de selección se incluirán principios y criterios para la valoración de las ofertas.

En el Literal j) del numeral 2 del artículo 67 del Reglamento Sustitutivo del Reglamento General de la Ley de Contratación Pública dice: Únicamente para los contratos tramitados al amparo de la letra a) del artículo 6 de la Ley, y de conformidad con lo previsto en el artículo 5 de este reglamento, los justificativos técnicos que sirvieron de base para la designación del contratista.

3.3. PRONUNCIAMIENTOS DE LA PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO SOBRE EL TEMA

2 CASOS:

Procedencia de la Contratación de Emergencia sin existir Decreto Presidencial
5 de Diciembre de 2001

Oficio 20935

En el marco jurídico se analiza el artículo 6 de la ley de Contratación Pública y de las causas de exoneración de los procedimientos precontractuales

Análisis y Opinión.-

De conformidad con el último inciso del artículo 6 de la Codificación de la Ley de Contratación Pública y artículo 3 de su Reglamento General, la máxima autoridad del Ministerio o los representantes legales de la entidad, les compete la determinación de la causa para la celebración de los contratos sin licitación ni concursos, así como la exoneración de los procedimientos precontractuales comunes de dichas contrataciones.

La resolución del Presidente de la República que exonera los procedimientos precontractuales, sólo es necesaria para la celebración de contratos previstos en las letras c) y g) de la Codificación de la Ley de Contratación Pública, es decir para aquellos contratos calificados por aquel como necesarios para la seguridad interna y externa del Estado y cuya ejecución esté a cargo de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional, así como aquellos contratos cuyo proceso precontractual establecido en la Ley de Contratación Pública fuere declarado desierto después de la reapertura y fueren calificados como urgentes por el Presidente de la República, salvo lo previsto en el literal d) del artículo 29 de esta Ley.

Por lo expuesto, esta Procuraduría considera que, para la celebración de los contratos exonerados de los procedimientos precontractuales previstos en las letras a),b),d),e),1), h),i),j),y k) del artículo 6 de la Codificación de la ley de Contratación Pública se requiere de la RESOLUCION de la máxima autoridad del Ministerio o de los representantes legales de las entidades del sector público. Para el caso de la presente consulta, dicha resolución debe ser dictada por quienes ejercen la representación legal de los Consejos Provinciales de acuerdo a la Ley que los regula; sin que sea menester que medie Decreto del Presidente de la República, declarando el estado de emergencia.

Para exonerar de los procedimientos precontractuales a los contratos previstos con la letra a) del Artículo 6 de la Ley citada, es decir, los contratos necesarios para superar emergencias graves que provengan de fuerza mayor o caso fortuito que solo sirvan para solucionar los daños que dichas emergencias hayan producido o prevenir los que puedan suscitar, se requiere, de los

representantes legales de la entidad del sector público la RESOLUCION por la que se declare la emergencia en la construcción de la obra, o la adquisición de bienes, o la prestación de servicios necesarios para superarla, exonerando de los procedimientos precontractuales comunes. Se aclara que, la exoneración es solo de los procedimientos precontractuales comunes, más no de la sujeción a la Ley de Contratación Pública.”

Quito, 03/02/2004

Oficio No. 06311

Consulta del FISE CAI 001 2004 del 8 de enero del 2004, ingresado con al día siguiente con el número 06607, mediante el cual solicita el pronunciamiento de esta Procuraduría sobre lo siguiente:

Es necesario anotar que al oficio que contesto no se acompañan los documentos relativos al referido proyecto, sino cierta documentación referente al proyecto de Agua Potable “Línea de conducción de la vertiente San Juan de Amagüaña”.

Si los procedimientos precontractuales aplicados en la referida negociación están enmarcados dentro de la normativa para que las entidades públicas puedan contratar bajo la modalidad de financiamiento y capacidad ejecutora ofrecida por empresas como la compañía THE UMINO GROUP, a fin de continuar con el proceso iniciado, al tenor de las excepciones previstas en el artículo 6 de la Codificación de la Ley de Contratación Pública.

Por lo expuesto, es criterio de esta Procuraduría que el contrato para la construcción del Mercado “El Turismo” de Sangolquí, a suscribirse con THE UMINO GROUP con financiamiento de dicha compañía, constituye deuda pública externa ecuatoriana; y por consiguiente la contratación del crédito debe sujetarse a lo previsto en los artículos 121 y siguientes de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, en concordancia con los artículos 10 de la Ley Orgánica de Responsabilidad, Estabilización y Transparencia Fiscal y 36 de su Reglamento.

Así mismo, la Codificación de la Ley de Contratación Pública es el marco legal aplicable para que la Municipalidad de Rumiñahui pueda contratar la ejecución de obras de interés social a financiarse y ejecutarse por parte de la compañía THE UMINO GROUP, al tenor de la excepción prevista en los artículos 6, literal b), y 15, inciso final, de la Ley ibídem, y 1, 4, 7 y 8 de su Reglamento Sustitutivo.

21/02/2006

Oficio No. 23032

DIRECCION NACIONAL DE TRANSITO

Me refiero a su oficio No. 2006-094-DNT de 13 de enero del 2006, por el cual formula dos consultas las mismas que las absuelvo en el orden en que han sido planteadas:

1.-“Si la Dirección Nacional de Tránsito y Transporte Terrestres, al ser un organismo del sector público, está en capacidad de conformar una compañía de economía mixta”.

El artículo 308 de la Codificación de la Ley de Compañías establece que el Estado, las municipalidades, los consejos provinciales y las entidades y organismos del sector público, podrán participar conjuntamente con el capital privado, en el capital y en la gestión social de una compañía.

Por su parte, el Art. 309 del referido cuerpo legal, dispone que la facultad a la que se refiere al Art. 308 corresponde a las empresas dedicadas al desarrollo y fomento de la agricultura y de las industrias convenientes a la economía nacional y a la satisfacción de necesidades de orden colectivo; a la prestación de nuevos servicios públicos o al mejoramiento de los ya establecidos.

De conformidad con lo dispuesto en el Art. 27 de la Ley de Tránsito y Transporte Terrestres, la Dirección Nacional de Tránsito y Transporte Terrestres es un organismo del sector público con personería jurídica, presupuesto y patrimonio propios, de organización, planificación, ejecución y control de las actividades de tránsito y transporte terrestre a nivel nacional, a excepción de la Provincia del Guayas.

De las disposiciones legales invocadas, se concluye que la Dirección Nacional de Tránsito y Transporte Terrestres, como entidad del sector público, previa autorización y delegación del Consejo Nacional de Tránsito, puede integrar una compañía de economía mixta, siempre que dicha empresa se dedique a las actividades señaladas taxativamente en el artículo 309 de la Ley de Compañías.

En este sentido se ha pronunciado la Procuraduría General del Estado en ocasiones anteriores.

1. “Si la Compañía de Economía Mixta ha (sic) conformarse, siendo socio la Dirección Nacional de Tránsito, con el 70% del capital social, y en cumplimiento a la causal de excepción de los procedimientos precontractuales establecidos en el literal k) del Art. 6 de la Ley de Contratación Pública vigente, puede contratar directamente la Dirección Nacional de Tránsito con la Compañía de Economía Mixta ha (sic) constituirse.”

De conformidad con lo previsto en la letra k) del Art. 6 de la Codificación a la Ley de Contratación Pública, los contratos que celebre el Estado con entidades del sector público, éstas entre sí, o aquel o éstas con empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos las dos terceras partes, a entidades de derecho público o de derecho privado con finalidad social o pública, se encuentran exceptuados de los procedimientos precontractuales comunes.

Lo anterior implica que la Ley contempla la posibilidad de que una entidad del sector público contrate con una empresa cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos las dos terceras partes, a una entidad de derecho público, sin que se haga distingo respecto a que dicha empresa sea de propiedad, en las condiciones anotadas, de la misma entidad contratante o de una entidad diferente.

Por lo expuesto, si se llegare a constituir la compañía de economía mixta y la Dirección Nacional de Tránsito y Transporte Terrestres fuera propietaria del 70% de su capital suscrito, sería factible que contrate directamente con éste, al amparo de lo previsto en la mencionada disposición legal.

En todo caso, considero necesario acotar que la intención de constituir una compañía de economía mixta requiere como antecedentes una serie de análisis de índole financiera, administrativa, de mercado, etc., y que la posibilidad de contratar directamente con ella debe ser sólo una consecuencia y no la finalidad como tal.

3.4. CONTROL DE LA EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS POR EXCEPCIÓN.

Dentro de este tema, he considerado importante analizar el papel que cumple la Procuraduría General del Estado como ente de control. El Objetivo de la Procuraduría General del Estado como Organismo de Control orientado a fortalecer y cumplir el ordenamiento jurídico ecuatoriano emite los pronunciamientos con carácter obligatorio o vinculante aclara y precisa cuando hay dudas en la aplicación e interpretación de la Ley en la diversidad de casos que diariamente son consultados.

Conforme a la Codificación de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, las funciones del Procurador General del Estado entre otras es la de absolver, consultas y asesorar a los organismos y entidades del sector público, así como a las personas jurídicas de derecho privado con finalidad social o pública, sobre la inteligencia o aplicación de las normas constitucionales, legales o de otro orden jurídico. El pronunciamiento será obligatorio para la Administración Pública, sobre la materia consultada, en los términos que se indican en esta Ley.

Previo a cumplir con esta función la Procuraduría realiza un estudio de los diferentes códigos, leyes y reglamentos con el fin de que los pronunciamientos sean una guía legal en temas controvertidos generados en el sector público.

El cumplimiento de esta función por parte de la Procuraduría General del Estado conlleva una gran responsabilidad respecto a la correcta aplicación de la Ley como mecanismo de fortalecimiento de la seguridad jurídica en el país.

La gestión de la Contratación Pública realizada por las entidades estatales, con la colaboración de los particulares con un fin, el de satisfacer las necesidades de interés general, estos pronunciamientos de la Procuraduría General del Estado constituyen un apoyo para la administración pública.

Pronunciamientos que siempre tendrán vigencia ya que son fruto de un análisis y estudio respecto a las modificaciones introducidas por las leyes.

La Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado en su artículo 3, letra g) dice que se deberán supervisar el cumplimiento de los contratos y proponer o adoptar las acciones judiciales necesarias en defensa del patrimonio nacional y del interés público. Esta disposición se refiere a los contratos cuya cuantía superen la base para el concurso público de ofertas, así como los contratos sujetos a la Ley de Modernización del Estado.

Es necesaria la implementación de un sistema electrónico lo cual daría como resultado un control mas directo, rápido y más completo, con información relevante como son datos de las partes contratantes, plazo, objeto, precio y forma de pago.

Es preciso señalar que el control de los contratos debe ser considerado una fase importante en todo proceso administrativo ya que es un elemento más de este proceso lo que garantiza que todas las actividades sean coordinadas y coincidan con los objetivos reales buscados.

CONCLUSIONES

- En los contratos exceptuados o exonerados de los procedimientos precontractuales es necesario que exista un procedimiento mínimo de selección regulado por la Ley y no dejar la responsabilidad en manos de la máxima autoridad de la entidad contratante.
- Amerita contar con datos mínimos para proceder a la contratación de excepción.
- Es necesario tener presente para la adjudicación la solvencia económica, técnica y legal del contratista.
- El objeto de la contratación por excepción sirva para solucionar el evento emergente.
- Las entidades se acogen al estado de emergencia de una zona para hacer obras exoneradas de los procedimientos precontractuales que no tienen nada que ver con el hecho ocurrido.
- Salvo casos especiales como motivos de fuerza mayor o caso fortuito, ninguna de las partes puede alterar las obligaciones nacidas de un contrato.
- La administración no puede modificar, o revocar una estipulación sin que medie una indemnización justa al particular afectado.
- El cumplimiento de lo pactado inicialmente por las partes contratantes es clave en el equilibrio económico. Rousseau decía que los contratos obligan porque expresamente se había pactado que así fuera por lo que exigir el cumplimiento de lo pactado es respetar la misma voluntad del obligado.

- Lo estipulado en los contratos es ley para las partes, ésta les ha concedido el carácter y la fuerza obligatorias, y esta fuerza obligatoria hace que en este tipo de transacciones exista la seguridad como base esencial del desenvolvimiento comercial de una sociedad, al no haber esta obligatoriedad y a la vez seguridad se afectaría todo el desarrollo económico de los pueblos. Interés mutuo y conveniencia mutuas.

- El evitar ocasionar perjuicios económicos al Estado es el objetivo, es el fin, para ello es importante que las entidades responsables de realizar los diferentes procesos tomen en cuenta las etapas de prefactibilidad, factibilidad, evaluación, financiamiento, diseño, modalidad de ejecución y construcción.

- Escola en su obra Tratado de los Contratos Administrativos hace alusión a una afirmación de La Faille y dice respecto a la obligatoriedad de los contratos y a la fuerza obligatoria de estos, que si los contratos dejarían de ser obligatorios reinaría el caos en las transacciones, desaparecería la seguridad, que es una de las bases esenciales del comercio y quedaría profundamente afectado el progreso de los pueblos.

- Para el Derecho Canónico el cumplimiento de los contratos son las razones éticas y religiosas.

Bercaitz dice todo compromiso libremente pactado es justo,"y por tanto debe ser sancionado por el derecho positivo".

- El contrato debe adaptarse a los nuevos requerimientos sin que ello implique ningún cambio en sus caracteres esenciales, sus atributos principales.

-Es lógico que aparezcan nuevas figuras, que amplían el campo de acción contractual.

- En toda contratación debe haber equilibrio, la libertad e igualdad de las partes que concurren a la formación de los contratos cuya ruptura nos haría ver la inexistencia de una verdadera libertad y autonomía de la voluntad individual.
- Al no existir un equilibrio, una libertad, una verdadera voluntad del individuo afecta la economía de la contratación.
- En cuanto al estado de Subordinación que existe en un contrato Bercaitz dice que la -desigualdad jurídica, en que se halla con respecto a la administración quien celebra con ella un contrato administrativo “tiene su origen en la desigualdad de propósitos perseguidos por las partes en el contrato”; y agrega: “El contratante de la administración persigue evidentemente un fin económico privado: busca una colocación productiva para su capital, la administración, en cambio, vela por el interés público, por las necesidades colectivas: trata de que se satisfagan o de que no se creen obstáculos para su satisfacción”.
- El contrato debe tener un fin y este es el servicio público en un sentido general la satisfacción de las necesidades colectivas fuera de consignas partidistas.
- Es importante el determinar que esquemas son los apropiados frente a los casos de contratos inconclusos y de excepción
- La violación de las formas previstas en las leyes o en los reglamentos determina la invalidez de los actos y acuerdos administrativos como principio general y acarrea su nulidad.
- El principio sinalagmático es la obligación de cada una de las partes la una tiene como causa la obligación de la otra parte.

RECOMENDACIONES

- Debe existir un ente regulador encargado de supervisar todos los procesos bajo la normativa de excepción.
- El Estado debe contar con los recursos suficientes previo a contratar por emergencia, lo cual aseguraría cumplir con los proyectos y los objetivos que son solucionar los problemas de manera ágil.
- En cada entidad debería existir un área especializada para los procedimientos de contratación por excepción ya que el contar con este tipo de unidades disminuiría la comisión de errores en la celebración y ejecución de los contratos.
- Es necesaria la existencia de una reglamentación especializada para este tipo de contrataciones con el propósito de orientar a las entidades y contratistas.
- Si la entidad tiene autonomía de gestión y cuenta con un estatuto aprobado y por consiguiente en vigencia, debe manejarse de acuerdo a estos instrumentos o mecanismos, sin estar recurriendo constantemente a Decretos Supremos.
- Es urgente e importante que la entidad se desenvuelva dentro de su marco institucional propio. Esto es, si no el único, por lo menos el medio más idóneo para sustraer al proyecto de la maraña de intereses políticos que constantemente tratan de capturarlo.

- Un Directorio que no ejercite sus funciones y asuma sus responsabilidades como tal, es un ente meramente decorativo y por lo tanto inútil.
- Lo importante en situaciones de excepción es, cumplir con los requisitos existentes en la legislación, y contratar en base a los recursos disponibles.
- Se deberían auditar todas estas contrataciones para demostrar que han cumplido con el objetivo y que ha sido beneficioso para los intereses estatales. Comparar costos y beneficios.
- La emergencia debe durar mientras permanezca el hecho que produjo la declaratoria, y debe considerarse que no se haya declarado anteriormente un estado similar bajo las mismas condiciones.

La emergencia debe ser declarada no solo para atenuar o aliviar un daño existente sino evitar uno inminente.
- El régimen de excepción debe ser analizado solamente como un mecanismo extremo para mantener la estabilidad de un régimen y para solucionar problemas de índole extraordinario.
- Se acude al régimen de excepción, en tanto las medidas y circunstancias existentes en el momento son claramente insuficientes para resolver el problema las catástrofes o graves circunstancias que afecten la vida de la población.

- Es una medida transitoria, es decir, tiene un plazo determinado, es una medida temporal y no debe ser casi indefinida como ocurre en la práctica.
- El invertir prioritariamente los fondos públicos para la ejecución de estos contratos, encierra también la responsabilidad de un control eficiente de los mismos.
- Debe prestarse más atención a la fundamentación para expedir las resoluciones de contratar por excepción
- A más del marco jurídico que brinda la Codificación de la Ley de Contratación Pública es necesaria una reglamentación única y obligatoria para todas las entidades públicas.

BIBLIOGRAFÍA

- Archivos de la Procuraduría General del Estado
- Boletín Jurídico de la Procuraduría General del Estado
- CABANELAS, Guillermo.- Diccionario de Derecho Usual, Tomo IV, 1997
Editorial Heliasta S.R.L.; Buenos Aires
- CANASI, José .- Derecho Administrativo, Tomo II.- Ediciones de Palma.-
Buenos Aires 1974
- Codificación de la Ley de Contratación Pública y Reglamento.
- Consorcio Justicia Viva IDL Perú, junio de 2003.
- Constitución Política de la República del Ecuador
- DIEZ, Manuel María.- Derecho Administrativo; Tomo II; Editorial
Bibliográfica OMEBA; 1965; Buenos Aires.
- DIEZ, Manuel María.- Derecho Administrativo; Tomo II; Editorial
Bibliográfica OMEBA; 1965; Buenos Aires; p.p. 544-547
- ESCOLA, Hector Jorge .- Tratado Integral de los Contratos
Administrativo; Volumen I; Ediciones de Palma Buenos Aires 1997
- Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva
- FIORINI, Bartolomé.- Derecho Administrativo.- Tomo I; Ed. Abeledo
Perrot; 1996; Buenos Aires.- p.p. 611-612
- Gaceta judicial Año C. Serie XVII. No. 2
- Iberoamérica la Insignia 7 de junio de 2003

- Ley de Modernización del Estado
- Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado
- Manuel María Díez, 1976 (Derecho Administrativo. Tomo II, editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1976, Pág. 258)
- MARIENHOF, Miguel.- Tratado de Derecho Administrativo; Tomo III A; Ediciones Abeledo Perrot; 1978; Buenos Aires
- MARIENHOF, Miguel.- Tratado de Derecho Administrativo; Tomo III A; Ediciones Abeledo Perrot; 1978; Buenos Aires; p.p. 356
- REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Vigésima Segunda Edición, 2001, Madrid
- Reglamento a la Ley de Control Cívico de la Corrupción
- Reglamento de Contrataciones de Petroecuador y sus Empresas Filiales
- Reglamento de Contrataciones del Frente Social
- Reglamento de Contrataciones Menores del IEPI
- Reglamento para el Control de la Discrecionalidad