

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

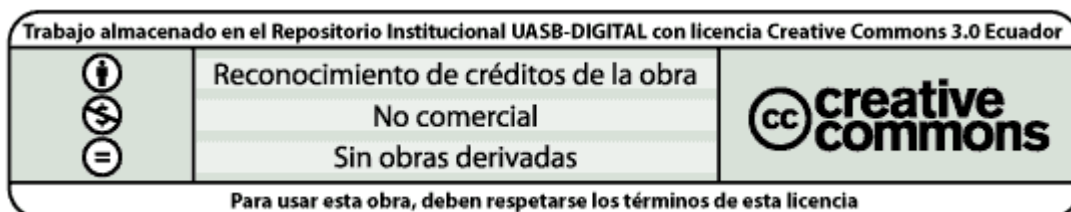
Área de Derecho

**Programa de Maestría en Derecho
Mención en Contratación Pública y Modernización del
Estado**

**Los Contratos Complementarios en referencia a la
Contratación Pública ecuatoriana**

Melania Verónica Fernández Moreta

2014



CLÁUSULA DE CESIÓN DE DERECHO DE PUBLICACIÓN DE TESIS

Yo, Melania Verónica Fernández Moreta, autora de la tesis intitulada “*Los Contratos Complementarios en referencia a la Contratación Pública ecuatoriana*”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magister en Derecho, Mención en Contratación Pública y Modernización del Estado, en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Quito, 18 de septiembre de 2014.

.....

Melania V. Fernández M.

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Programa de Maestría en Derecho

Mención en Contratación Pública y Modernización del Estado

Los Contratos Complementarios en referencia a la Contratación

Pública ecuatoriana

Melania Verónica Fernández Moreta

2014

Tutor: Dr. Marco Albán Zambonino

Quito

RESUMEN

El capítulo VIII de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento General trata sobre los procedimientos, requisitos y documentos a suscribir para la formalización de las modificaciones que en la ejecución del Contrato Administrativo deba realizarse, con el fin de dar cumplimiento al objeto contractual.

Entre las causas principales para la modificación de los Contratos Administrativos, se encuentran entre otras, las producidas por fuerza mayor o caso fortuito, imprevistos de orden técnico, económico.

Las cláusulas exorbitantes con que cuenta el Contrato Administrativo otorga a la Administración, entre otras, la potestad de modificar unilateralmente las condiciones del contrato, dar directivas a su contratista, declarar extinguido el contrato por sí y ante sí, imponer sanciones contractuales.

Los documentos accesorios que los contratantes suscriben para dejar constancia de las modificaciones realizadas en el Contrato Administrativo principal, son los denominados contratos complementarios, órdenes de cambio y órdenes de trabajo, los cuales deben reunir ciertos procedimientos y requisitos normados por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

AGRADECIMIENTO

A Dios por derramar sus bendiciones sobre mi y llenarme de su fuerza para vencer todos los obstáculos en cada etapa de mi vida.

A mi Tutor, Dr. Marco Albán Zambonino, quien con su conocimiento y experiencia como docente ha sido el guía idóneo durante el proceso que ha llevado el realizar esta tesis, me ha brindado el tiempo necesario para que este anhelo llegue a ser felizmente culminado.

A mi madre, quien con su cuidado diario a mis pequeños hijos, me ha brindado la tranquilidad de poderme desenvolver con libertad en mis estudios superiores y en mis actividades laborales.

DEDICATORIA

Al Amor de mi vida, mi esposo y por siempre compañero de estudios, Darwin, por tu apoyo y amor incondicional que me hacen sentir con la libertad de alcanzar las metas que me proponga, contigo me lleno de fuerzas para conseguir el equilibrio que me permite dar el máximo de mí.

A mis hijos Alejandro y Rafaela, que son el motivo y la razón que me han llevado a seguir superándome día a día para alcanzar mis más apreciados ideales, a quienes quiero dejar como enseñanza que cuando se quiere alcanzar algo en la vida, no hay tiempo ni obstáculo que lo impida para poder lograrlo.

A mi amiga incondicional, mi madre Emilia, por brindarme todo el amor, la comprensión, el apoyo y la confianza en cada momento de mi vida y sobre todo en mis estudios universitarios.

A mi ángel del cielo Gabriela, a quien, con el cumplimiento de este sueño, me ratifico en nuestra promesa, aunque no estés físicamente siempre te llevaré en mi corazón.

TABLA DE CONTENIDO

| | |
|---------------------------|----------|
| INTRODUCCION | 9 |
|---------------------------|----------|

CAPÍTULO I

| | |
|---|-----------|
| ASPECTOS GENERALES DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO..... | 11 |
| 1.1 Antecedentes históricos | 12 |
| 1.2 Definición del Contrato Administrativo | 15 |
| 1.3 Características especiales de los Contratos Administrativos | 20 |
| 1.4 Condiciones para su validez, requisitos y formalización del Contrato Administrativo | 41 |

CAPÍTULO II

| | |
|---|-----------|
| MODIFICACIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO | 43 |
| 2.1 Causas para modificar los Contratos Administrativos | 44 |
| 2.1.2 Causas para modificar los contratos de ejecución de obras | 49 |
| 2.2 El principio de mutabilidad | 51 |
| 2.3 La fuerza mayor o caso fortuito | 53 |

CAPÍTULO III

| | |
|--|-----------|
| ASPECTOS MATERIALES Y FORMALES DE LAS MODIFICACIONES DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS | 57 |
| 3.1 El contrato complementario | 58 |
| 3.2 Rubros nuevos | 62 |

| | | |
|-----|--|-----------|
| 3.3 | Diferencias de cantidades de obra | 64 |
| 3.4 | Normativa para la aplicación de contratos complementarios, órdenes de cambio y órdenes de trabajo | 67 |
| 3.5 | Requisitos necesarios para la suscripción de documentos que legalicen las modificaciones contractuales | 73 |

CAPÍTULO IV

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

| | | |
|-----|-----------------------|-----------|
| 4.1 | Conclusiones | 76 |
| 4.2 | Recomendaciones | 77 |

BIBLIOGRAFIA

79

ANEXO 1

83

Ministerio de Transporte y Obras Públicas, Acuerdo Ministerial No. 012 de 30 de enero de 2013, registro oficial 896 de 21 de febrero de 2013

ANEXO 2

89

Procuraduría General del Estado, oficio no. 047 de 15 de diciembre de 2010

ANEXO 3.....

99

Instituto Nacional de Contratación Pública, Resolución No. RE-2013-088 de 18 de junio de 2013

ANEXO 4.....

104

Decreto 451, publicado en el Registro Oficial 259 de 18 de agosto de 2010, reformado mediante Decreto 711, publicado en el Registro Oficial 424 de 11 de abril de 2011.

INTRODUCCION

El contrato administrativo en su ejecución puede hallarse sujeto a modificaciones necesarias para el cumplimiento del objeto contractual, las que deben ser analizadas dentro de la normativa que menciona el capítulo VIII de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento General, que involucran diferentes conceptos, estipulaciones y trámites a ser cumplidos para su formalización, cuya normatividad no es clara al momento de identificar el documento a ser elaborado para su legalización, por lo que he visto la necesidad de investigar qué casos, condiciones, requisitos y límites se requieren para estructurar el documento oportuno a ser suscrito para formalizar las modificaciones a realizarse en los contratos públicos.

Es así que a lo largo de la presente tesis, se conocerán los procedimientos y documentos a suscribir para la formalización de las modificaciones según las condiciones, requisitos y límites establecidos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y en la doctrina jurídica relacionada con la modificación de los contratos públicos, así mismo se llegará a identificar los eventos probables que en procura del cumplimiento del objeto contractual, pueden acaecer y conllevar a la modificación contractual.

Para comenzar el estudio, en el primer capítulo, se abarcarán los fundamentos del contrato administrativo, es decir antecedentes históricos, conceptos generales, características y condiciones para su validez y formalización.

En el segundo capítulo se conocerá sobre las causas que conllevan a la modificación de los contratos administrativos, se tratará sobre el principio de mutabilidad, la fuerza mayor y caso fortuito. En este capítulo el propósito es abarcar todas las posturas doctrinarias que sean posibles, de tal forma que se pueda extraer un criterio amplio en base a todas las tesis existentes.

Una vez introducido el tema, me inmiscuiré más a fondo en lo que implica los contratos complementarios en la Contratación Pública del Ecuador, describiendo cada uno de los documentos de legalización necesarios para modificar este tipo de contratos.

En consecuencia, se llegará a establecer conclusiones y recomendaciones que dejará un claro entendimiento de lo que son los contratos complementarios en la contratación pública del Ecuador.

CAPITULO I

ASPECTOS GENERALES DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

Debido a la gran cantidad y diversidad de cuestiones que maneja el Estado por la vía de la función administrativa, la Administración Pública tiene la necesidad de realizar contratos que le permitan efectuar acciones que la habiliten para el logro de sus fines, para lo cual es indispensable que entable relaciones con los particulares, ya que necesita de éstos en virtud de que el Estado no tiene a su alcance todos los bienes o servicios que requiere.

Este capítulo está encaminado a la revisión de los aspectos generales del contrato administrativo, por lo que inicialmente partiré con sus antecedentes históricos con el fin de conocer los orígenes del mismo, seguidamente citaré varios conceptos de tratadistas administrativos lo cual permitirá el análisis y entendimiento de lo que es un contrato administrativo.

Realizaré una breve referencia a los elementos característicos, propios del contrato administrativo, lo que permitirá diferenciar de las demás clases de contratos, y finalmente señalaré los requisitos fundamentales para su validez y formalización.

1.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

"En el pasado, las actuaciones administrativas se encontraban en extremo extendidas, las potestades de supremacía se consideraban otorgadas al Estado por su carácter de soberano sin mayor restricción, en consecuencia sólo podían establecerse relaciones jurídicas con los particulares a través de una relación de poder o de *imperium* entre el Estado y sus súbditos"¹.

Históricamente, la Administración Pública funciona más bien como un aparato meramente represor y al servicio del monarca absoluto, sin someterse a las normas jurídicas en su funcionamiento.

"A partir de la Revolución Francesa en el año 1789, la soberanía de un país deja de residir en el monarca y pasa a ser ostentada por el pueblo, y ello, con una consecuencia fundamental: la Administración pasa a estar al servicio del ciudadano y su funcionamiento queda sujeto a normas jurídicas"².

Sin embargo, el núcleo esencial de esa primera Administración seguía girando, fundamentalmente, en torno a unas actividades específicamente públicas, sin correspondencia posible con la actividad de los particulares, por lo que las normas jurídicas destinadas a regular su funcionamiento tenían que ser, necesariamente, de exclusiva aplicación a la Administración.

1 Rafael Entrena Cuesta, "Curso de Derecho Administrativo", Barcelona, 1998, página 151

2 Luis Manosalvas, Apuntes de la cátedra de Derecho Administrativo, Escuela de Derecho, Universidad Central del Ecuador, año 2005.

"Estas normas específicamente públicas, al irse desarrollando e incrementando, con el tiempo dieron lugar al nacimiento de una rama especial del Derecho, el Derecho Administrativo, en cuanto Derecho regulador del funcionamiento y de los derechos y obligaciones de la Administración Pública, diferenciado del Derecho Privado, cuyo ámbito queda circunscrito exclusivamente a las relaciones entre particulares"³.

En aquellos primeros momentos del Derecho Administrativo, no existían los contratos administrativos como figura jurídica peculiar, ya que el aparato administrativo era autosuficiente para atender por sí mismo las necesidades de la sociedad.

Para el nacimiento de los contratos administrativos como contratos dotados de una regulación distinta a la de los contratos privados, fue necesario que se produjera un proceso de profunda evolución en el que, partiendo inicialmente de un grado muy reducido de intervención administrativa, se va evolucionando hacia un volumen muy elevado de actuaciones públicas en todas las áreas que afectan al funcionamiento de la sociedad.

Inicialmente, el Estado moderno nacido de la Revolución Francesa era acérrimamente liberal, lo cual suponía la menor injerencia posible de la Administración en los asuntos privados de los ciudadanos. Esto, unido a la Revolución industrial que tuvo lugar a lo largo del siglo XIX, hizo nacer lo que conocemos por capitalismo, que en poco tiempo llevó a extremo la explotación de unos ciudadanos por otros, hasta el punto de generar situaciones sociales insostenibles.

³ Luis Manosalvas, Apuntes de la cátedra de Derecho Administrativo, Escuela de Derecho, Universidad Central del Ecuador, año 2005.

"El resultado de aquel proceso provocó en la mayoría de países europeos, el surgimiento de focos prerrevolucionarios que, reaccionando contra el liberalismo capitalista, propugnaban el predominio absoluto de los intereses de la sociedad, de lo colectivo y, por tanto, del Estado sobre los intereses particulares de cada individuo"⁴

Tras estos estallidos revolucionarios, la concepción del Estado empieza a evolucionar hacia lo que hoy conocemos como Estado Social de Derecho, es decir, un Estado preocupado por el bienestar medio de la mayoría de los ciudadanos y que, para conseguir tal objetivo, fomenta, por una parte, la actividad económica privada, fortaleciendo las infraestructuras y el entramado económico y social del país y, por otra parte, interviene corrigiendo desigualdades y prestando un mayor número de servicios a los ciudadanos.

Este progresivo e importante incremento de las actuaciones del Estado provoca que la Administración Pública necesite utilizar, cada vez más, la contratación con particulares para hacer frente a la realización de determinados servicios y, por fin, cuando tales contrataciones se generalizan, surgen definitivamente los contratos administrativos, diferenciados de los contratos civiles, con una regulación específica propia, determinada por una doble exigencia: las particularidades funcionales de la Administración como organización y las derivadas del interés público y de la posición dominante de la Administración.

⁴ Luis Manosalvas, Apuntes de la cátedra de Derecho Administrativo, Escuela de Derecho, Universidad Central del Ecuador, año 2005.

1.2 DEFINICIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

Al Estado, al igual que a los particulares, se les reconoce la capacidad necesaria para la suscripción de contratos administrativos.

El tratadista español Rafael Entrena Cuesta, en su obra "*Curso de Derecho Administrativo*" señala: "La supremacía del interés público, que es el soporte de la relación jurídica administrativa, la cual adquiere esta naturaleza por la intervención de la administración pública"⁵

Es claro que el fin doctrinal que persigue el Estado al emprender un negocio jurídico contractual, es satisfacer el "interés general"⁶, por lo que actuará revestido de potestad pública, que asegura la supremacía del interés público en el resultado de la negociación. En este sentido el tratadista mexicano Alejandro Castillo, en su obra "*Génesis y Evolución de la Administración Pública en México*" dice que "...toda forma de gobierno presupone igualmente la existencia de una instancia, órgano o poder encargado de satisfacer las necesidades colectivas, adoptando las decisiones políticas en beneficio del interés general"⁷

Las entidades públicas tienen como fin el cumplir con el objeto para el cual fueron creadas, según su naturaleza, siempre encaminadas a satisfacer las necesidades de la sociedad, y una de las formas para su cumplimiento es mediante la suscripción de contratos administrativos.

5 Rafael Entrena Cuesta, "*Curso de Derecho Administrativo*", Barcelona, 1998, página 152

6 Guillermo Cabanellas en su *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, lo define como "el bien público, la conveniencia de la mayoría frente al egoísmo de cada cual, que ha de prevalecer en caso de conflicto de intereses entre el individuo y la sociedad, entre el particular y el Estado como entidad de Derecho Público" y al Interés Público como la utilidad, conveniencia o bien de los más antes los menos, de la sociedad ante los particulares, del Estado sobre los súbditos. Debe constituir el alma de las leyes y el criterio del gobierno

7 Alejandro Castillo, "*Génesis y evolución de la Administración Pública en México*", 2001, México : Instituto de Administración Pública de Michoacán, página 12

Con el objetivo de enmarcar una definición que abarque los aspectos más primordiales del contrato administrativo, a continuación mencionaré ciertos conceptos de autores con nociones variadas pero que conservan algunas similitudes entre ellas.

El tratadista argentino José Luis Correa, afirma que el contrato administrativo es: “Una especie dentro del género de los contratos, caracterizados por elementos especiales tales como que una de las partes intervinientes es una persona jurídica estatal, que su objeto está constituido por un fin jurídico o propio de la administración”⁸, así mismo señala que se ha definido al contrato administrativo como el que “la Administración celebra con otra persona pública o privada, física o jurídica y que tiene por objeto una prestación de utilidad pública”⁹

Sin duda alguna, el contrato administrativo tiene características que lo singularizan de los contratos privados, cumple con ciertos requisitos y goza de prerrogativas que lo particularizan, lo cual lo analizaré más adelante.

Para el tratadista colombiano Franco Gutiérrez Omar el contrato administrativo “es un acuerdo que se celebra entre la Administración y un particular, tendiente a que este dé, haga algo o se abstenga de hacer algo a favor de la Administración, previo el cumplimiento de ciertos requisitos y teniendo en cuenta que la Administración obra en nombre del Estado”¹⁰

8 José Luis Correa, "Contratos Administrativos",. Versión Clásica - Ismael Farrando - Contratos Administrativos, Buenos Aires: LexisNexis. Abeledo-Perrot, 2002, página 383

9 José Luis Correa, "Contratos Administrativos",. Versión Clásica - Ismael Farrando - Contratos Administrativos, Buenos Aires: LexisNexis. Abeledo-Perrot, 2002, página 383

10 Omar Franco Gutiérrez, “La contratación Administrativa: Definiciones”, Primera Edición - Biblioteca Jurídica Dike, Colombia, 1989, páginas 21-23

Los contratos administrativos deben dar cumplimiento de ciertos requisitos, en nuestro país estos requisitos se encuentran normados por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 395 de 4 de agosto de 2008, que más adelante trataré. Con esta Ley se crea un Sistema de Contratación Pública que tiene como objetivo articular y armonizar a todas las instancias, organismos e instituciones en los ámbitos de planificación, programación, presupuesto, control, administración y ejecución de las adquisiciones de bienes y servicios así como en la ejecución de obras públicas que se realicen con recursos públicos. Con el Sistema de Contratación Pública, la contratación administrativa se realiza mediante procedimientos públicos que facilitan las labores de control tanto de las Entidades Contratantes como de los propios proveedores de obras, bienes y servicios; y, de la ciudadanía en general.

El tratadista argentino Juan Carlos Cassagne, se refiere al contrato administrativo como “categoría jurídica peculiar del derecho público, es una creación del Consejo de Estado francés y responde a la idea de que los particulares colaboren con la misión que persigue la Administración mediante el contrato, que correlativamente le garantiza al contratista privado, la integridad de sus derechos económicos”¹¹.

Frente a esta aseveración queda claro que las partes, tanto la entidad contratante como el contratista, persiguen intereses que benefician a cada uno, siempre encaminados a la satisfacción de los intereses generales de la comunidad.

11 Juan Carlos Cassagne, "El contrato administrativo: Conceptos y diferencias con los contratos civiles", Segunda Edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2005, página 21

Para el tratadista Roberto Dromi el contrato administrativo es “toda declaración bilateral, o de voluntad común, productora de efectos jurídicos, entre dos o más personas de las cuales al menos una está en ejercicio de funciones administrativas.”¹² A este concepto puedo manifestar que al señalar que es una declaración bilateral, está dejando claro que la voluntad es de las dos partes, creyendo así que las partes han llegado a un acuerdo mutuo de las condiciones contractuales planteadas y aceptadas, sin embargo pienso que la voluntad del contratista se encuentra sometida a la aceptación de todo lo que la contratante le ha impuesto en las cláusulas contractuales, cláusulas que son propias de esta clase de contratos y que dan un toque significativo de decisión unilateral de la entidad contratante sobre las condiciones impuestas.

El tratadista Gastón Jéze, por su parte, menciona que los contratos administrativos son los “celebrados por la administración con el fin de asegurar el funcionamiento de un servicio público, siempre que aparezca manifiesta la voluntad de las partes de someterse a normas especiales de derecho público”¹³. Cabe mencionar que el contrato administrativo goza de varias cláusulas especiales que se caracterizan por ser "exorbitantes"¹⁴, y que colocan a las partes contratantes en un plano desigual. En los contratos administrativos desaparece el principio de igualdad entre las partes, que es uno de los elementos básicos de los contratos civiles.

12 José Roberto Dromi, "Derecho Administrativo", Buenos Aires - Argentina, 2001, página 71

13 Gastón Jéze, "Derecho Administrativo", Bogotá, Publicaciones CEIDA, 1970, página 313

14 Juan Carlos Cassagne, "El Contrato Administrativo", Tercera Edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, página 19. La insuficiencia que, según alguna doctrina, portaba la teoría del servicio público para configurar el criterio determinante de la noción de contrato administrativo provocó, en la doctrina y jurisprudencia francesas, la aparición de una corriente que, al advertir la presencia en los contratos administrativos de cláusulas exorbitantes al derecho común, creyó encontrar en tal característica la solución al problema que planteaba su categorización.

En el contrato administrativo la Administración Pública aparece en una situación de superioridad jurídica respecto del contratista y esto se debe a que las cláusulas contractuales están dirigidas al cumplimiento de las finalidades públicas y por ende van encaminadas a la satisfacción de los servicios públicos que responden al interés general de los administrados, por lo que las condiciones contractuales deben proteger a la Administración, por cuanto los recursos utilizados para estos contratos pertenecen al soberano. Es así que el tratadista Roberto Dromi con mayor grado de precisión señala que: “Cuando se habla de los servicios públicos, se está haciendo referencia a prestaciones de interés comunitario que explicitan las funciones y fines del Estado, de ejecución por sí o por terceros, bajo fiscalización estatal”¹⁵ además manifiesta que “Si bien el actuar administrativo tiene por finalidad el bien común, es en la actividad administrativa contractual donde se evidencia y con mayor fuerza la finalidad del interés general”¹⁶. El contrato administrativo, es una de las formas jurídicas por las que se exterioriza la actividad administrativa, es una especie dentro del género contrato, cuya especificidad está dada por la singularidad de sus elementos, caracteres y efectos.

De las concepciones expuestas, se entiende al contrato administrativo como el acuerdo de voluntades, generador de obligaciones y derechos que tiene características especiales, por las cuales la Administración Pública en ejercicio de las funciones administrativas debe encaminar al cumplimiento del interés general o colectivo.

15 José Roberto Dromi, "Derecho Administrativo", Sexta Edición, Imprenta Paresco, Argentina, 1997, página 303

16 José Roberto Dromi, "Licitación Pública, Administración y Contratación", Imprenta Paresco, Argentina, 1999, página 120

1.3 CARACTERÍSTICAS ESPECIALES DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Los contratos administrativos, se caracterizan por varias directrices que le darán la naturaleza administrativa al acto contractual, analizada la doctrina para este tipo de contratos, coincide que ha mantenido como elementos esenciales de los que resultan las características especiales del contrato administrativo a los siguientes:

- El Objeto
- Los Sujetos
- El Consentimiento
- La Adhesión
- La Causa
- Las Prerrogativas Especiales
- Las Solemnidades o Formalidades

Objeto del Contrato Administrativo.-

El tratadista Ismael Farrando en su obra denominada “*Contratos Administrativos*”, manifiesta que el objeto en el contrato administrativo es “La prestación, que puede ser una obligación de dar, de hacer o de no hacer y debe ser cierto, física y jurídicamente posible, determinable y lícito”¹⁷

¹⁷ Ismael Farrando, "Contratos Administrativos", Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2002, página 412.

El objeto del contrato administrativo debe ser cierto, posible, determinado o determinable, lícito, y ético. El contrato que tenga un objeto ilícito será nulo; por ejemplo la construcción de una plaza de toros estando prohibidas las corridas.

Por otro lado, lo que nos recuerda la necesidad de tener presente lo que dice el Código Civil ecuatoriano¹⁸ al respecto, que el contrato debe tener objeto lícito, elemento que no deja de ser necesario en el contrato administrativo.

En razón a su contenido, la doctrina diferencia al contrato administrativo de los de demás contratos de derecho común, ya que al hablar del objeto del contrato administrativo se puede mencionar una obra o servicio público y cualquier otra prestación que tenga por propósito el fomento de los intereses generales y la satisfacción de las necesidades habituales de la comunidad.

El objeto de éstos contratos ha de ser desde la ejecución de obras hasta la gestión de servicios al Estado o la prestación de suministros al mismo; el elemento objetivo del contrato viene a estar determinado por todas las finalidades comprendidas dentro de la competencia de la administración y que quedará asegurada la validez de un contrato celebrado por un organismo administrativo, en lo que al objeto corresponde, siempre que dicho organismo sea competente por razón de la materia, para llevar a cabo la actividad a cuyo desarrollo se contrata.

18 Ecuador, Codificación del Código Civil, artículo 1463.- (Reformado por la Disposición Reformativa 11 de la Ley s/n, R.O. 796-S, 25-IX-2012), artículo 1476.- Toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas que se trata de dar, hacer o no hacer. El mero uso de la cosa o su tenencia puede ser objeto de la declaración.

Art. 1477.- No sólo las cosas que existen pueden ser objeto de una declaración de voluntad, sino las que se espera que existan; pero es menester que las unas y las otras sean comerciables, y que estén determinadas, a lo menos en cuanto a su género. La cantidad puede ser incierta con tal que el acto o contrato fije reglas o contenga datos que sirvan para determinarla. Si el objeto es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible. Es físicamente imposible el contrario a la naturaleza, y moralmente imposible el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público.

Según el tratadista Miguel Marienhoff, “se trata de un objeto de contrato administrativo cuando su contratación pertenece a las “funciones esenciales” del Estado o sus “fines públicos específicos”¹⁹ estos fines pueden ser llevados a cabo según el mismo autor bajo dos modalidades, como contrato de colaboración y contrato de atribución. “Lo que caracteriza como tal el objeto de un contrato de atribución es que la prestación del contrato es llevada a cabo por la misma administración. Mientras que el contrato de colaboración es aquel que pone la prestación estatal a cargo de un concesionario que con su actividad satisface necesidades de interés general”²⁰

El objeto del contrato administrativo tiene como fin describir una obra, servicio o bienes a ser suministrados para satisfacción de las necesidades de la comunidad, objeto que se encuentra dentro de los parámetros legales y de competencia de la entidad pública que va a contratar.

Los Sujetos del Contrato Administrativo.-

Los sujetos del contrato administrativo son, por una parte, la Administración Pública que pretende celebrar un contrato, entendiendo por ésta toda autoridad estatal actuando en el ejercicio de la función Administrativa; y, por la otra un particular.

19 Miguel Marienhoff, “Tratado de Derecho Administrativo”, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000, página 57

20 Miguel Marienhoff, “Tratado de Derecho Administrativo”, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000, página 57

La Administración Pública.-

En todo contrato administrativo una de las partes ha de ser necesariamente el Estado. La presencia subjetiva de la Administración Pública es un requisito *sine qua non* de estos contratos.

El artículo 225 de la Constitución de la República del Ecuador, señala que son parte de la Administración Pública, los siguientes:

1. “Los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social.
2. Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado.
3. 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.
4. Las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos.”²¹

Seguidamente el artículo 226 de la Constitución de la República del Ecuador dispone que “las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el

²¹ Ecuador, Constitución de La República, artículo 225

deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución”²².

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en su artículo 1²³ determina quienes pueden contratar a nombre del Estado, mediante el Sistema Nacional de Contratación Pública y son los siguientes:

1. Los Organismos y dependencias de las Funciones del Estado.
2. Los Organismos Electorales.
3. Los Organismos de Control y Regulación.
4. Las entidades que integran el Régimen Seccional Autónomo.
5. Los Organismos y entidades creados por la Constitución o la Ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado.
6. Las personas jurídicas creadas por acto legislativo seccional para la prestación de servicios públicos.
7. Las corporaciones, fundaciones o sociedades civiles en cualquiera de los siguientes casos: a) estén integradas o se conformen mayoritariamente con cualquiera de los organismos y entidades señaladas en los números 1 al 6 o en general por instituciones del Estado; o, b) que posean o administren bienes, fondos, títulos, acciones, participaciones, activos, rentas, utilidades, excedentes, subvenciones y todos los derechos que pertenecen al Estado y a sus instituciones, sea cual fuere la fuente de la que procedan, inclusive los provenientes de préstamos, donaciones y entregas que, a

²² Ecuador, Constitución de la República , artículo 226

²³ Ecuador, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, artículo 1.

cualquier otro título se realicen a favor del Estado o de sus instituciones; siempre que su capital o los recursos que se le asignen, esté integrado en el cincuenta (50%) por ciento o más con participación estatal; y en general toda contratación en que se utilice, en cada caso, recursos públicos en más del cincuenta (50%) por ciento del costo del respectivo contrato.

8. Las compañías mercantiles cualquiera hubiere sido o fuere su origen, creación o constitución que posean o administren bienes, fondos, títulos, acciones, participaciones, activos, rentas, utilidades, excedentes, subvenciones y todos los derechos que pertenecen al Estado y a sus instituciones, sea cual fuere la fuente de la que procedan, inclusive los provenientes de préstamos, donaciones y entregas que, a cualquier otro título se realicen a favor del Estado o de sus instituciones; siempre que su capital, patrimonio o los recursos que se le asignen, esté integrado en el cincuenta (50%) por ciento o más con participación estatal; y en general toda contratación en que se utilice, en cada caso, recursos públicos en más del cincuenta (50%) por ciento del costo del respectivo contrato. Se exceptúan las personas jurídicas a las que se refiere el numeral 8 del artículo 2 de esta Ley, que se someterán al régimen establecido en esa norma.

El Contratista.-

Pueden ser contratistas de la Administración Pública, las personas privadas físicas o jurídicas, nacionales o extranjeras, domiciliadas dentro o fuera del territorio nacional y las instituciones públicas.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública define al Contratista como “la persona natural o jurídica²⁴, nacional o extranjera, o asociación de éstas, contratada por las Entidades Contratantes para proveer bienes, ejecutar obras y prestar servicios, incluidos los de consultoría”²⁵.

Según la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, las inhabilidades generales²⁶, por las que no podrán ser contratistas del Estado, son:

1. Quienes se hallaren incurso en las incapacidades²⁷ establecidas por el Código Civil, o en las inhabilidades generales establecidas en la Ley;
2. El Presidente, el Vicepresidente de la República, los ministros y secretarios de Estado, el Director Ejecutivo y demás funcionarios del Instituto Nacional de Contratación Pública, los legisladores, los presidentes o representantes legales de las Entidades Contratantes previstas en esta Ley, los prefectos y alcaldes; así como los cónyuges o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, de los dignatarios, funcionarios y servidores indicados en este numeral;

24 Mediante Decreto Ejecutivo No. 1793, publicado en el Registro Oficial No. 621-S de 26 de junio de 2009, se dispone que el requisito previo a la calificación y habilitación de una persona jurídica como oferente será la plena identificación de las personas naturales que intervienen en calidad de accionistas de la empresa; al ser accionistas de otras compañías, se requiere determinar las personas naturales que participan de la misma, con la finalidad de establecer las inhabilidades determinadas en los Arts. 62, 63 y 64 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; en cuanto al domicilio de las personas jurídicas, se establece que las compañías radicadas en los "paraísos fiscales" determinados por el SRI, serán descalificadas. La falta de notificación a la institución contratante y de aceptación de ésta, de la transferencia, cesión, enajenación, bajo cualquier modalidad, de las acciones, participaciones que sea igual o más del 25% del capital; será causal de terminación unilateral y anticipada del contrato prevista en el Art. 78 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

25 Ecuador, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, artículo 6, numeral 6.

26 Ecuador, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, artículo 62

27 Ecuador, Codificación del Código Civil, artículo 1463.- (Reformado por la Disposición Reformativa 11 de la Ley s/n, R.O. 796-S, 25-IX-2012).- Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y la persona sorda que no pueda darse a entender de manera verbal, por escrito o por lengua de señas. Sus actos no surten ni aún obligaciones naturales, y no admiten caución. Son también incapaces los menores adultos, los que se hallan en interdicción de administrar sus bienes, y las personas jurídicas. Pero la incapacidad de estas clases de personas no es absoluta, y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos aspectos determinados por las leyes. Además de estas incapacidades hay otras particulares, que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos.

3. Los servidores públicos, esto es, funcionarios y empleados, que hubieren tenido directa o indirectamente vinculación en cualquier etapa del procedimiento de contratación o tengan un grado de responsabilidad en el procedimiento o que por sus actividades o funciones, se podría presumir que cuentan con información privilegiada;
4. Quienes consten suspendidos en el RUP;
5. Los que, no habiendo estado inhabilitados en el procedimiento precontractual, al momento de celebrar el contrato, lo estuvieren; y,
6. Los deudores morosos del Estado o sus instituciones.

Así mismo, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública es explícita al señalar quienes tienen inhabilidad especial²⁸, por la que no podrá celebrar contratos con la Entidad Contratante y son:

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

²⁸ Ecuador, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, artículo 63

3. Los miembros de directorios u organismos similares o de la Comisión Técnica de la entidad convocante, sus cónyuges o parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad;
4. Los funcionarios, servidores o empleados que hayan intervenido en la etapa precontractual o contractual y que con su acción u omisión pudieren resultar favorecidos, su cónyuge o sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, así como las personas jurídicas de derecho privado o sociedades de hecho en las que los indicados funcionarios, servidores o empleados, su cónyuge o sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad tengan participación, aún en el caso de que los referidos funcionarios, servidores o empleados hubieren renunciado a sus funciones; y,
5. Los que de manera directa hayan estado vinculados con la elaboración, revisión o aprobación de los pliegos, relacionados con el contrato a celebrarse.

Para ser contratistas del Estado, deben ser legalmente capaces y no estar inmersos en alguna de las inhabilidades generales y especiales que señala la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y las personas jurídicas deben dar estricto cumplimiento a lo que dispone el Decreto Ejecutivo No. 1793, publicado en el Registro Oficial No. 621-S de 26 de junio de 2009, el cual señala que el requisito previo a la calificación y habilitación de una persona jurídica como oferente será la plena identificación de las personas naturales que intervienen en calidad de accionistas de la empresa; al ser accionistas de otras compañías, se requiere determinar las personas naturales que participan de la misma, con la finalidad de establecer las inhabilidades determinadas en los Arts. 62, 63 y 64 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; en cuanto al domicilio de las

personas jurídicas, se establece que las compañías radicadas en los "paraísos fiscales" determinados por el SRI, serán descalificadas. La falta de notificación a la institución contratante y de aceptación de ésta, de la transferencia, cesión, enajenación, bajo cualquier modalidad, de las acciones, participaciones que sea igual o más del 25% del capital; será causal de terminación unilateral y anticipada del contrato prevista en el Art. 78 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

El Consentimiento en el Contrato Administrativo.-

Para que haya contrato administrativo se requieren dos voluntades válidas y opuestas que concurren a su formación, una de ellas es la de la Administración y la otra la del particular, es decir, que se exige para la validez del contrato, por un lado, la competencia del órgano que ejerce la función administrativa, y por otro, la capacidad del contratista.

El Código Civil ecuatoriano, señala en su artículo 1461 “Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario: que sea legalmente capaz; que consienta en dicho acto o declaración, y su consentimiento no adolezca de vicio²⁹; que recaiga sobre un objeto lícito; y, que tenga una causa lícita”³⁰. Requisitos fundamentales para la validez del contrato administrativo.

Puede ser que el consentimiento resulte de la libre discusión entre la Administración y el contratista, pero las modalidades propias del derecho administrativo y la finalidad de la actividad de la Administración Pública, hacen que la unión de voluntades generalmente

29 Ecuador, Codificación del Código Civil, artículo 1467.- Los vicios de que puede adolecer el consentimiento son: error, fuerza y dolo.

30 Ecuador, Codificación del Código Civil, artículo 1461

opere adhiriéndose el contratista a cláusulas prefijadas por el Estado para los respectivos casos.

Para el tratadista Roberto Dromi, “El consentimiento es la conjunción de la declaración o exteriorización de la voluntad unilateral de cada uno de los contratantes; es la declaración de voluntad común o negocial”³¹.

El tratadista hace referencia al nexo de voluntades, lo cual en la práctica opera sin discusión, por adhesión del administrado, quien se limita a "aceptar" las cláusulas contractuales preparadas y redactadas por el Estado.

“La entidad contratante debe contar con la respectiva capacidad para hacerlo, entonces, su consentimiento está subordinado a ciertas formas especiales de Derecho Público, provenientes de un procedimiento administrativo reglado”³². En el aspecto administrativo, la capacidad de una persona de Derecho Público se la denomina competencia. La competencia de un funcionario o de una entidad contratante es determinada por la ley y sólo puede ser ejercida de acuerdo a sus disposiciones.

La validez de este consentimiento deriva de lo que se conoce como administración reglada³³, lo que quiere decir que “la administración debe sujetarse a la ley con el fin de

31 Roberto Dromi, "Derecho Administrativo", Buenos Aires, Hispania Libros, 2009, página 455

32 Daniel Gómez Sanchis, "Contratos Administrativos", Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2002, página 414

33 Ecuador, Constitución de la República, artículo 226.- Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución.

evitar arbitrariedades por parte de las autoridades ejecutivas al resolver cada caso, estableciendo prescripciones generales y normas jurídicas de general aplicación”³⁴

Por otra parte, en cuanto a los particulares, para expresar su consentimiento deben contar con capacidad legal para que el acto o contrato celebrado sea válido. En el caso de personas naturales, la regla general es sencilla, pues toda persona, salvo los declarados incapaces por el Código Civil³⁵, tiene la capacidad para contratar y obligarse.

En cuanto a “personas jurídicas”³⁶, la expresión de consentimiento enuncia un poco más de complejidad. El derecho, reconoce como personas jurídicas a una ficción que recae sobre un conjunto de personas organizadas de tal manera que un representante actúe por ellas expresando la voluntad colectiva. No obstante, tal como lo establece el Código Civil en el tercer inciso del artículo 1463, son incapaces las personas jurídicas, pero la incapacidad de esta clase de personas no es absoluta, y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes, es decir que tienen capacidad relativa frente al hecho de ejercer derechos y contraer obligaciones en forma relativa.

34 Juan Carlos Cassagne, “El Contrato Administrativo” Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1999, página 20

35 Ecuador, Codificación del Código Civil, artículo 1463.- Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y la persona sorda que no pueda darse a entender de manera verbal, por escrito o por lengua de señas. Sus actos no surten ni aún obligaciones naturales, y no admiten caución. Son también incapaces los menores adultos, los que se hallan en interdicción de administrar sus bienes, y las personas jurídicas. Pero la incapacidad de estas clases de personas no es absoluta, y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes.

36 Ecuador, Codificación del Código Civil, artículo 564.- Se llama persona jurídica una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente.

La Adhesión en los Contratos Administrativos.-

Con respecto a lo que se ha denominado como característica de los contratos administrativos como adhesión, es en lo referente a que, en estos contratos, las cláusulas esenciales de los mismos son elaboradas unilateralmente por la entidad contratante, en base a los “formatos”³⁷ expedidos por el SERCOP (Servicio Nacional de Contratación Pública), sin participación alguna de los particulares. La adhesión es una característica propia de los contratos administrativos.

Siendo el contrato administrativo, un contrato de adhesión, es preciso que los pliegos de condiciones establezcan con detalle los requisitos y las formas a que debe sujetarse la oferta para ser admitida; luego ese formalismo se traslada al contrato, dándole sustento fáctico.

La falta de aplicación literal de las condiciones requeridas en los pliegos³⁸, inhabilita la oferta presentada³⁹, o en su caso, produce la nulidad del contrato⁴⁰.

Los contratos administrativos se ajustan al contenido de los pliegos de condiciones, cuyas cláusulas, como parte integrante del conjunto son de obligada observancia, no pudiendo ser

37 Ecuador, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, artículo 27.- "Modelos Obligatorios.- Serán obligatorios los modelos y formatos de documentos precontractuales, y la documentación mínima requerida para la realización de un procedimiento precontractual y contractual, que serán elaborados y oficializados por el Instituto Nacional de Contratación Pública, para lo cual podrá contar con la asesoría de la Procuraduría General del Estado y de la Contraloría General del Estado".

38 Ecuador, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, artículo 6, numeral 24.- "Pliegos.- Documentos precontractuales elaborados y aprobados para cada procedimiento, que se sujetarán a los modelos establecidos por el Instituto Nacional de Contratación Pública".

"Artículo 31.- Los Pliegos contendrán toda la información requerida para participar en un proceso de provisión de obras, bienes o servicios, incluidos los de consultoría. Los Pliegos contendrán toda la información técnica, económica y legal requerida en un proceso como planos, estudios, especificaciones técnicas, condiciones económicas, legales y contractuales. Los Pliegos son públicos y su acceso es gratuito para cualquier persona a través del portal de compras públicas".

39 Ecuador, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, artículo 33, numeral "2.- Por haber sido inhabilitadas las ofertas presentadas por incumplimiento de las condiciones o requerimientos establecidos en los Pliegos";

40 Ecuador, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, artículo 65, numeral "2.- Por haberse prescindido de los procedimientos y las solemnidades legalmente establecidas".

modificadas salvo razones de interés público y siempre que sean debidas a nuevas necesidades o causas imprevistas y justificadas. Estas son precisamente las circunstancias que motivan el presente trabajo.

La Causa en los Contratos Administrativos.-

El tema de la causa no es pacífico en la doctrina, y depende de la legislación nacional, el artículo 1461 del Código Civil ecuatoriana exige que el contrato recaiga sobre una causa lícita.

En los contratos administrativos, la idea de causa o motivo determinante por el que se llevará a cabo la suscripción de un contrato administrativo, presupone el interés público o el objetivo de la Entidad Contratante para llevar a cabo la contratación.

Es lógico pensar que cada uno de los contratantes tenga diversas razones para obligarse, por un lado, el contratista busca obtener un lucro como causa determinante de su actuación, mientras que la Administración tendrá como causa fundamental alcanzar su cometidos o mejor dicho, el interés general de la comunidad.

En cuanto a la Causa, el tratadista Juan Carlos Cassagne en su obra "*El Contrato Administrativo*" señala: "Una tesis sostenida con rigor científico, explica el fenómeno de la contratación administrativa a través de la teoría de la causa fin que representada por el interés público relevante, se incorpora como elemento esencial del contrato y funciona durante toda la ejecución de éste, ejerciendo una influencia decisiva en el campo de la

interpretación y, sobre todo en lo que concierne a la eventual modificación de sus cláusulas. Esta postura distingue los contratos administrativos de los contratos de la Administración regidos por el derecho privado, según que exista en los primeros un interés público relevante, que conlleva a un régimen jurídico especial, típico del derecho público (que no es otra cosa que el denominado régimen exorbitante)"⁴¹

Prerrogativas Especiales de la Administración.-

Los principios de la autonomía de la voluntad (caracterizante de los contratos privados), e igualdad jurídica de las partes, quedan subordinados en el contrato administrativo, debido a que es el interés público el que prevalece sobre los intereses privados o de los particulares.

El tratadista Jéze, sostiene que:

“Es indispensable que las partes contratantes hayan querido someterse a un régimen jurídico exorbitante del derecho civil; al régimen de derecho público, lo que prueba que la eficacia de las cláusulas exorbitantes reside, en primer lugar, en la aceptación voluntaria de las partes. Pero el carácter imperativo de cláusulas de derecho público no se subordina a la aceptación del particular, quien no puede más que aceptarlas, so pena de hacer acusable el contrato de nulidad absoluta”⁴²

La Administración aparece investida de una posición de superioridad jurídica y de prerrogativas en cuanto a interpretación, modificación y resolución del contrato, en virtud de las cláusulas exorbitantes, que éste contiene.

41 Juan Carlos Cassagne, “El Contrato Administrativo” Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009, páginas 25-26

42 Gastón Jéze, Principios Generales de derecho administrativo, vol. 6, t. III, Buenos Aires, Depalma, 1950, pág. 313

Para el tratadista Eduardo García Enterría

“...en los contratos administrativos las partes se reconocen desiguales, en la medida en que una de ellas representa el interés general, el servicio público, y la otra solamente puede exhibir su propio y particular interés. La presencia del interés público determinará entonces que el contratante de la Administración titular del servicio público, no esté obligado solamente a cumplir su obligación como lo haría un particular con otro particular, sino que, por extensión, lo esté también a todo lo que sea absolutamente necesario para asegurar el funcionamiento regular y continuo del servicio público, con el cual consiente en colaborar; la Administración, por su parte, lo estará igualmente, más allá de lo que es propio del Derecho común, a indemnizar al contratista en el caso de que la ampliación de sus obligaciones cause a éste un perjuicio anormal, que no podía prever en el momento de contratar”⁴³

En los contratos administrativos una de las partes es un *potentior personae*, es decir, un sujeto privilegiado, revestido de un poder especial que le otorga el ordenamiento jurídico para poder concretar el interés general. Debido a estas particularidades, es que estos contratos tendrán la configuración de administrativos, es decir, unos caracteres propios y específicos regulados por el Derecho Administrativo.

El tratadista argentino Gastón Jéze, considera que “todas las prerrogativas de que dispone la Administración como inherentes a un contrato administrativo, tienden precisamente a lograr que el contratista cumpla a cabalidad su obligación esencial”⁴⁴

Estas cláusulas exorbitantes que caracterizan a los contratos de la Administración, aunque no aparezcan escritas en el texto del contrato, existirán siempre en forma implícita como resultante de la índole misma del contrato.

43 Eduardo García de Enterría, Tomás Ramón Fernández, “Curso de Derecho Administrativo”, Tomo I, Cuarta Edición - Editorial Civitas, Madrid, 1963, página 630.

44 Gastón Jéze, "Principios Generales de Derecho Administrativo", Buenos Aires – Argentina, 1948, página 289

Son cláusulas derogatorias del derecho común, inadmisibles en los contratos privados, porque rompen el principio esencial de la igualdad de los contratantes y de la libertad contractual que prima en la contratación civil.

En otros términos, son cláusulas inusuales en el derecho privado, o que incluidas en un contrato de derecho común resultarían "ilícitas", por exceder el ámbito de la libertad contractual y contrariar el orden público.

Para el tratadista Miguel Ángel Bercaitz, en su obra "*Teoría General de los Contratos Administrativos*" señala:

“En los contratos administrativos existen dos clases de cláusulas: las que provienen del acuerdo de las partes y las que se derivan de la ley, en la medida que obligan a su inclusión en el contrato; las primeras son las típicas cláusulas contractuales, ya que su naturaleza está determinada por la voluntariedad de quienes intervienen en el contrato administrativo y que están referidas principalmente al objeto del contrato y a la ejecución del mismo y las segundas se determinan por las potestades de la Administración; que si tenemos en cuenta, y como lo hemos afirmado, dependen de la ley, por lo que en estricto sentido no constituirían cláusulas del contrato, sino requisitos del mismo”⁴⁵

Existen varias condiciones que demuestran el poder o el garantismo del contrato administrativo, por ejemplo la cláusula de terminación unilateral⁴⁶ y anticipada del

45 Miguel Ángel Bercaitz, "Teoría General de los Contratos Administrativos", Segunda Edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires Argentina, 1980, página 437

46 Ecuador, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, artículo 94.- "Art. 94.- Terminación unilateral del contrato.- La Entidad Contratante podrá declarar terminada anticipada y unilateralmente los contratos a que se refiere esta Ley, en los siguientes casos: 1. Por incumplimiento del contratista; 2. Por quiebra o insolvencia del contratista; 3. Si el valor de las multas supera el monto de la garantía de fiel cumplimiento del contrato; 4. Por suspensión de los trabajos, por decisión del contratista, por más de sesenta (60) días, sin que medie fuerza mayor o caso fortuito; 5. Por haberse celebrado contratos contra expresa prohibición de esta Ley; 6. En los demás casos estipulados en el contrato, de acuerdo con su naturaleza; y, 7. La Entidad Contratante también podrá declarar terminado anticipada y unilateralmente el contrato cuando, ante circunstancias técnicas o económicas imprevistas o de caso fortuito o fuerza mayor, debidamente comprobadas, el contratista no hubiere accedido a terminar de mutuo acuerdo el contrato. En este caso, no se ejecutará la garantía de fiel cumplimiento del contrato ni se inscribirá al contratista como incumplido. En este último caso, el contratista tiene la obligación de devolver el monto del anticipo no amortizado en el término de treinta (30) días de haberse notificado la terminación unilateral del contrato en la que constará la liquidación del anticipo, y en caso de no hacerlo en término señalado, la entidad procederá a la ejecución de la garantía de Buen Uso del Anticipo por el monto no devengado. El no pago de la liquidación en el

contrato, que rompe y vulnera el principio de igualdad entre las partes, y que, faculta únicamente a la Administración a tomar una decisión en su favor, sin previo consentimiento o aceptación del contratista.

En virtud de estas cláusulas, la Administración puede ejercer sobre su contratista un control de alcance excepcional, modificar unilateralmente las condiciones del contrato, dar directivas a la otra parte, declarar extinguido el contrato por sí y ante sí, imponer sanciones contractuales, etcétera.

Las cláusulas exorbitantes se pueden presentar de manera implícita o expresa; ejemplo de las primeras son las que autorizan a la Administración a modificar unilateralmente el contrato, a dirigir y controlar su ejecución. En cuanto a las cláusulas expresas son las incluidas concretamente en el texto de un contrato, como por ejemplo las que señalan las causas para la imposición de multas al contratista, así como las causales en las que éste incurrirá para resolver la terminación unilateral del contrato administrativo.

El acto administrativo de interpretación, modificación o terminación unilateral, o de caducidad administrativa del contrato, será controlado mediante los recursos que la Ley prevea, a posteriori, lo será ante el Juez competente.

El tratadista Pedro Lamprea Rodríguez cita en su libro "*Contratos Estatales*" al francés André de Laubadère, quien manifiesta en su obra "*Traité théorique et pratique des contrats administratifs*", lo siguiente:

término señalado, dará lugar al pago de intereses desde la fecha de notificación; intereses que se imputará a la garantía de fiel cumplimiento del contrato".

“La exigencia de esta condición (procedimiento de derecho público), reposa en la idea de que el carácter administrativo del contrato proviene de estipulaciones que desbordan el derecho privado; causan la competencia del juez administrativo e imponen la aplicación de principio y preceptos de fondo diferentes a las del derecho privado. El empleo de tales procedimientos de derecho público es lo que constituye el elemento exorbitante del contrato administrativo”⁴⁷.

Las cláusulas exorbitantes son propias del contrato administrativo, son potestades que goza la Administración Pública para ejercer el control del contrato administrativo, aplicar las medidas necesarias para el cumplimiento del objeto contractual y por ende salvaguardar el interés general de la comunidad

Las Solemnidades o Formalidades del Contrato Administrativo.-

Los actos previos a la celebración del contrato y el contrato mismo, deberán cumplir con las formas y procedimientos establecidos para el tipo de contrato que corresponda según la normativa nacional en nuestro caso, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Existen varias clases de “procedimientos precontractuales”⁴⁸ que deben cumplirse según el tipo de contratación, para lo cual la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, establece los siguientes:

47 Pedro Lamprea, "Contratos Estatales", Editorial Temis S.A., Bogotá Colombia 2007, página 58

48 Ecuador, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento General, Título III

- Procedimientos de contratación para la ejecución de obras, adquisición de bienes y prestación de servicios
- Procedimiento para la contratación de consultoría
- Procedimientos dinámicos de contratación, como son compras por catálogo y subasta inversa
- Procedimientos de contratación de licitación
- Procedimiento de contratación de cotización y menor cuantía
- Procedimiento de contratación de ínfima cuantía
- Procedimientos especiales de contratación como son la contratación integral por precio fijo, contrataciones en situación de emergencia y contratación para la adquisición de bienes inmuebles.
- Procedimiento de contratación mediante feria inclusiva.

En cuanto al contrato y su perfeccionamiento, este dependerá de lo que para cada caso se establezca, el cual debe regirse a la normativa establecida en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública⁴⁹ que establece disposiciones de estricto cumplimiento, relacionadas con lo siguiente:

- Capacidades, inhabilidades o nulidades
- Requisitos y forma de los contratos
- Garantías solicitadas para los contratos administrativos
- Cesión y subcontratación
- Administración del contrato

⁴⁹ Ecuador, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento General, Títulos IV, V y VI

- Recepciones y liquidación del contrato
- Reajuste de precios
- Contratos complementarios
- Terminación de los contratos
- Responsabilidades de las partes contractuales
- Reclamos y controversias
- Infracciones y Sanciones

Los procedimientos y disposiciones emanadas por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública obedecen al cumplimiento de formalidades y principios estructurales sobre los cuales descansa la gestión contractual de la Administración del Estado como son los procedimientos públicos e idóneos y la transparencia para la formalización de un contrato.

Se debe distinguir entre formalidades y forma. Las formalidades son los recaudos que han de observarse para la celebración del contrato. Pueden ser anteriores (pliego de condiciones), concomitantes (acto de adjudicación) o posteriores (disposición de elaboración del contrato).

La forma es uno de los elementos esenciales, se refiere al modo concreto de cómo se materializa, exterioriza o instrumenta el vínculo contractual. Por ejemplo puede consistir en una escritura pública. Si la normativa establece que el contrato de la Administración conste por escrito, la forma escrita debe reputarse indispensable y condiciona su validez.

El efecto de su incumplimiento es la nulidad, tal como lo establece el artículo 65 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

1.4 CONDICIONES PARA SU VALIDEZ, REQUISITOS Y FORMALIZACION DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

Los principios de publicidad (comunicar la Administración su necesidad de contratar una obra, un servicio, etc.), el de concurrencia (facilitar la participación a todas las personas que puedan estar interesadas en la contratación), el de igualdad, engloban el carácter de toda la naturaleza del contrato administrativo.

Toda actuación de la Administración requiere la apertura de un expediente administrativo, entendiéndose por tal un conjunto de actos (documentos) a través de los cuales la entidad contratante elabora y especifica el tipo de contratación que se realizará.

Los documentos que forman parte del expediente están, entre otros, los correspondientes pliegos de condiciones, resolución de inicio de proceso, certificación presupuestaria, calificación a los oferentes y resolución de adjudicación de contrato.

Con la adjudicación se culmina el proceso de selección del contratista, por lo que a partir de la misma, las partes quedan obligadas a su cumplimiento.

Para el perfeccionamiento de los contratos administrativos, se debe cumplir con lo siguiente:

- la manifestación recíproca de voluntad de los contratantes;

- la notificación o comunicación fehaciente de la aceptación, adjudicación, por parte de la Administración;
- la formalización escrita o instrumentación,

La formalización es un requisito necesario para la celebración de los contratos, pero el contrato ya existe desde su perfección.

Según el artículo 69 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, la formalización del contrato en escritura pública es un acto que se realiza en los contratos cuya cuantía sea igual o superior a la base prevista para la licitación; las contrataciones que se realicen por el sistema de catálogo se formalizarán con la orden de compra y el acta de entrega; y, las contrataciones de menor cuantía se instrumentarán con la factura correspondiente. Los demás contratos se otorgarán por documento suscrito entre las partes sin necesidad de escritura pública.

Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y ellos obligan no exclusivamente a lo constante en el contrato, sino también a aquello que emana de la naturaleza de la obligación, siguiendo en este sentido la teoría general de los contratos.

Con esta breve descripción hemos enmarcado, en forma general el tema específico de nuestro trabajo, por lo que es importante dejar enmarcado como conclusión de nuestro primer capítulo que el contrato administrativo es el celebrado entre la Administración y un particular, el cual debe obedecer a varias características propias de esta clase de contratos, en miras a la satisfacción de los intereses de la sociedad.

CAPÍTULO II

MODIFICACION DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

Si hacemos un símil, podemos decir que el contrato administrativo tiene vida propia, más se desarrolla y se extingue, haciendo su propia historia.

A lo largo de la historia del contrato administrativo, se analizan hechos o circunstancias presentadas en la ejecución del objeto contractual, lo que ha conllevado a que la entidad contratante necesite suscribir documentos que legalicen las modificaciones que deban realizarse en pro del cumplimiento contractual.

El *Ius Variandi* o modificaciones contractuales en los contratos administrativos son prerrogativas de las que goza la Administración Pública en el ejercicio de su actividad contractual sometida a Derecho Administrativo, tal como vimos en el Capítulo I cuando hablamos de las "Prerrogativas Especiales de la Administración".

Las cuestiones esenciales que debe acreditar debidamente la Administración en la tramitación de modificaciones de un contrato es la concurrencia de razones de interés público que justifiquen la adopción de dichas medidas.

En este capítulo haré un análisis sobre la doctrina existente para la modificación de los contratos administrativos, sus causas, así como haré un breve análisis sobre el principio de mutabilidad y las circunstancias en que existe fuerza mayor o caso fortuito, lo que

encaminará a tener una clara percepción de las causas que conllevan a modificar los contratos administrativos.

2.1 CAUSAS PARA MODIFICAR LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

El *Ius Variandi* o modificaciones contractuales en los contratos administrativos son una serie de prerrogativas en el ámbito de la contratación administrativa que en el seno de la contratación privada son prácticamente desconocidas, pues constituyen privilegio o situación de prevalencia de una de las partes frente a la otra, prerrogativas de las que goza la Administración Pública en el ejercicio de su actividad contractual sometida al Derecho Administrativo.

Para el autor colombiano Jairo Ramos Acevedo, en su libro *Cátedra de Derecho Administrativo General y Colombiano*, manifiesta que "... los contratos Estatales pueden ser modificados, y se refiere a las alteraciones o sustituciones de calidades, componentes o número de las obras, bienes y servicios, pero no significa la sustitución del objeto del contrato por otro de género igual o diferente"⁵⁰

En este sentido, la normativa española en su Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, en materia de contratos públicos, el artículo 194 enumera las principales prerrogativas de las que gozan las Administraciones Públicas en el ejercicio de su actividad contractual sometida a Derecho Administrativo, indicando su tenor literal que: "Dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley, el órgano

⁵⁰ Jairo Ramos Acevedo, "Cátedra de Derecho Administrativo General y Colombiano", Editorial Jurídica Gustavo Ibáñez Ltda., Bogotá – Colombia, 2003, página 225

de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, acordar su resolución y determinar los efectos de ésta."⁵¹

De las citadas prerrogativas, la de modificar los contratos por razones de interés público es la facultad que tiene la Administración Pública para modificar unilateralmente el contrato, potestad que reconoce el artículo 85⁵² de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Para el tratadista Juan Carlos Cassagne “El ordenamiento puede atribuir de un modo expreso a la Administración, para introducir modificaciones en forma unilateral a lo pactado en los contratos administrativos; poder que deberá ejercerse razonablemente dentro de los límites establecidos en cada ordenamiento especial y a condición de que no se altere el fin del contrato ni las obligaciones esenciales y que se efectúe la pertinente compensación económica, que permita mantener el equilibrio financiero del contrato”⁵³

Es necesario tener claro que las prerrogativas que el Derecho Administrativo da a la Administración Pública para modificar las condiciones del contrato, deben estar enmarcadas en primera instancia por salvaguardar el interés general de la comunidad, es decir que deberá contar con los justificativos que evidencien la necesidad del cambio, en pro del cumplimiento del objeto contractual para el cual se llevó a cabo la contratación.

51 España, Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público

52 Ecuador, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, artículo 85.- En el caso de que fuere necesario ampliar, modificar o complementar una obra o servicio determinado por causas imprevistas o técnicas, debidamente motivadas, presentadas con su ejecución, el Estado o la Entidad Contratante podrá celebrar con el mismo contratista, sin licitación o concurso, contratos complementarios que requiera la atención de las modificaciones antedichas, siempre que se mantengan los precios de los rubros del contrato original, reajustados a la fecha de celebración del respectivo contrato complementario

53 Juan Carlos Cassagne, “El contrato administrativo: El poder modificatorio de la Administración en los contratos administrativos”, Segunda Edición - Lexis Nexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2005, página 46.

El art. 202 de la Ley española 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, en su apartado primero, dispone que: "Una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones en el mismo por razones de interés público y para atender a causas imprevistas, justificando debidamente su necesidad en el expediente. Estas modificaciones no podrán afectar a las condiciones esenciales del contrato."⁵⁴ De la lectura de este artículo se puede deducir que esta prerrogativa de la Administración no es ejercida libremente por ésta, sino que encuentra su fundamentación en las razones de interés público que amparen la adopción de la misma. Como es bien sabido, el concepto "interés público" es un concepto jurídico indeterminado, con el que juega la Administración en cada momento para justificar su actuación, recordando a este respecto que la consecución de dicho interés es lo que debe orientar su actuación. Por otro lado, el elemento esencial a considerar es que existan "causas imprevistas"

Así pues, parece evidente que una de las cuestiones esenciales que debe acreditar debidamente la Administración en la tramitación de modificaciones de un contrato es la concurrencia de razones de interés público que justifiquen la adopción de dicha medida. Lo que en inicio parece reprobable, pero al mismo tiempo característico del contrato administrativo, es que la modificación obedezca única y exclusivamente a un interés particular del contratante. La modificación debe estar amparada en la atención de causas imprevistas, lo cual debe quedar debidamente justificado.

⁵⁴ España, Ley 30/2007, de 30 de octubre de Contratos del Sector Público

Para el tratadista Juan Carlos Cassagne, “el poder modificatorio de la Administración constituye una potestad que, como tal, es irrenunciable y que tiene sus límites racionales como el que no permite afectar la sustancia o esencia del contrato. Esto no excluye la facultad de pactar cláusulas inherentes al ejercicio de la potestad. De excederse tales límites se reconoce pacíficamente el derecho del contratista a rescindir el contrato”⁵⁵

Deben rechazarse las modificaciones que escondan cambios tan sustanciales que nos llevaran a considerar que estamos realmente ante un objeto contractual distinto al inicialmente previsto.

No se debe confundir lo que es en la práctica la potestad de modificación con que cuenta la Administración Pública, ya que ésta no es una atribución legal indiscriminada que le permita a su libre criterio la novación del contenido de los pliegos que sirvieron de base a la contratación, sino se debe dejar claro que es una facultad reglada que solo puede ejercitarse cuando la aparición de nuevas necesidades materiales, no contempladas antes de la perfección del contrato, lo hagan indispensable para el mejor servicio del interés público.

En definitiva, se considera que, como ocurre en cualquier supuesto de ejercicio de potestades exorbitantes, la Administración debe utilizarlas de forma reglada y coherente, asumiendo las pautas y límites legales y valorando las circunstancias del caso concreto.

El tratadista Miguel Marienhoff afirma que:

⁵⁵ Juan Carlos Cassagne, "El contrato administrativo: Conceptos y diferencias con los contratos civiles", Segunda Edición - Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2005, página 16

“la Administración durante el lapso de ejecución del contrato puede introducir todas las modificaciones requeridas por los intereses públicos. Esta potestad de la administración va incluida en todo contrato administrativo al extremo de que la vigencia de tal potestad no requiere estipulación expresa alguna, pues esta sobreentendida. Esto permite que la administración introduzca modificaciones a los contratos ante el cambio de circunstancias para cumplir con la finalidad perseguida, siempre que sean absolutamente necesarios”⁵⁶.

Se puede considerar que el régimen de modificación de los contratos con posterioridad a su adjudicación, pueden infringir los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia. Cuando así se haya previsto en los pliegos, para la operatividad de esta modificación, no basta con que se haya advertido expresamente en el documento, sino que es preciso, además, que se haya detallado, de forma clara, precisa e inequívoca, las condiciones en que puede hacerse uso de dicha posibilidad, así como el alcance y límites de los cambios contractuales.

El tratadista ecuatoriano Dr. Marco Idrobo Arciniega, con relación a las modificaciones del contrato, señala lo siguiente: “Sin embargo es necesario señalar que se debe mantener el objeto original del contrato ya que no es aceptable que, una vez celebrado el contrato o durante la vigencia del mismo, la contratante exija un cambio de objeto...”⁵⁷ Es decir que las causas que justifican la ejecución de modificaciones contractuales deben estar relacionadas con el cumplimiento del objeto contractual en pro del interés general, sin deslindarse de la razón que conllevó a la suscripción del contrato.

56 Miguel Marienhoff, “Tratado de Derecho Administrativo”. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000, página 55

57 Marco Idrobo Arciniega, “La Contratación Administrativa en el Ecuador”, Ira. edición - Editorial Época, Quito, 1984, página 238

2.1.2 Causas para modificar los contratos de ejecución de obras.- En cuanto a los contratos de obras, una de las causas principales para que se realicen modificaciones al contrato principal es la falta de objetividad en los estudios aprobados, lo que afecta, desequilibra y desfinancia el presupuesto establecido para el proyecto, conllevando a la paralización de los trabajos o incluso la terminación del contrato, ya que en esta clase de contratos el contratista se sujeta obligatoriamente a los estudios y planos aprobados, los cuales al no estar acorde con la realidad del proyecto causa la inejecutabilidad del mismo.

Estas causas pueden producir la terminación irregular del contrato, pero las partes pueden también modificarlo a fin de prevalecer el interés público.

El artículo 92 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública señala en su numeral 2, como forma de terminación de los contratos a la "terminación por mutuo acuerdo de las partes"⁵⁸, la cual se da como efecto de la presencia de circunstancias imprevistas, técnicas o económicas, o causas de fuerza mayor o caso fortuito, en la ejecución del contrato.

A continuación, describiré un ejemplo claro de que por la falta de veracidad en los estudios y planos aprobados se ve afectado la ejecución de un contrato de obra, conllevando así a la terminación por mutuo acuerdo de las partes, en vista de que no cabe la modificación del contrato, por cuanto ésta conllevaría a cambiar totalmente las condiciones contractuales, lo cual no es conveniente para los intereses de las partes contratantes.

58 Ecuador, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, artículo 93.- Terminación por mutuo acuerdo.- Cuando por circunstancias imprevistas, técnicas o económicas, o causas de fuerza mayor o caso fortuito, no fuere posible o conveniente para los intereses de las partes, ejecutar total o parcialmente, el contrato, las partes podrán, por mutuo acuerdo, convenir en la extinción de todas o algunas de las obligaciones contractuales, en el estado en que se encuentren. La terminación por mutuo acuerdo no implicará renuncia a derechos causados o adquiridos en favor de la Entidad Contratante o del contratista. Dicha entidad no podrá celebrar contrato posterior sobre el mismo objeto con el mismo contratista.

- El contrato suscrito el 4 de diciembre de 2006, entre el Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones (actual Ministerio de Transporte y Obras Públicas), y el Consorcio RM-S, cuyo objeto es “Realizar la estabilización de taludes del Paso L lateral de Ambato...”, por un valor de USD. 736.632,23 y un plazo de 4 meses, contados a partir de la entrega del anticipo. El anticipo fue entregado el 14 de mayo de 2007.

Mediante oficio No. 72-DPT-F de 6 de noviembre de 2007, suscrito por el Fiscalizador del Proyecto y por el Director Provincial de Tungurahua del MOP, indican que una vez iniciados los trabajos por parte del contratista, se presentaron una serie de inconvenientes que incidieron directamente en el desarrollo normal de la obra, por lo que revisados los planos y comparados con los requerimientos en el sitio, se encontraron incongruencias tales como:

- Las alturas de los taludes a estabilizar son mayores a las del estudio
- En varias abscisas no se encuentran las bermas descritas
- La preparación de la superficie antes del lanzamiento del mortero, implica mayor cantidad de mano de obra
- Los anclajes contratados no cumplen a cabalidad con la función requerida.
- Resultados negativos para la colocación de geomantos biodegradables.

Por estas razones solicitan la suspensión temporal de los trabajos hasta que se realicen los estudios complementarios a fin de que haya una solución definitiva.

El 31 de octubre de 2008, se procedió a la Terminación por Mutuo Acuerdo del contrato, por cuanto el proyecto se volvió inejecutable, debido a que los estudios aprobados no coincidieron con la realidad de la obra, y para su ejecución se requería una mayor asignación presupuestaria.

Del ejemplo expuesto, se deduce la importancia de contar con los estudios técnicos adecuados y aprobados, pero que tengan un margen mínimo de error, lo cual no afecte en gran magnitud al desarrollo del proyecto. Es así que las entidades contratantes deben dar cumplimiento al Art. 23 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que señala “Estudios.- Antes de iniciar un procedimiento precontractual, de acuerdo a la naturaleza de la contratación, la entidad deberá contar con los estudios y diseños completos, definitivos y actualizados, planos y cálculos, especificaciones técnicas, debidamente aprobados por las instancias correspondientes, vinculados al Plan Anual de Contratación de la entidad”⁵⁹

2.2 EL PRINCIPIO DE MUTABILIDAD

Para el tratadista Benjamín Herrera Barbosa, en su obra "*Contratos Públicos: Mutabilidad*", manifiesta que "La mutabilidad del contrato es una potestad que tiene el Estado, expresión de la condición de subordinación jurídica en que se halla el contratista frente a la Administración, atribuyéndole así un carácter específico y propio a estos contratos"⁶⁰, aseveración que coincide con lo expuesto por el tratadista Eduardo García de Enterría, quien señala que la mutabilidad es una "potestad que radica en la decisión que

⁵⁹ Ecuador, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, artículo 23

⁶⁰ Benjamín Herrera Barbosa, "*Contratos Públicos: Mutabilidad*". Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda., Bogotá, 2004, página 44

toma el Estado en forma unilateral y ejecutoria sin requerir la intervención de una autoridad judicial”⁶¹.

De los conceptos dados por los tratadista mencionados, se puede describir a la mutabilidad como un principio peculiar de los contratos administrativos, la cual por motivos de interés público se puedan dar y justificar modificaciones en sus cláusulas, lo que permite que el ente público tenga una amplitud y flexibilidad en sus relaciones contractuales, situación que no es posible en los contratos de Derecho Privado.

El doctor Hernán Jaramillo Ordóñez, tratadista del Derecho Administrativo explica que “La Administración Pública para satisfacer necesidades generales y lograr una más eficiente justicia distributiva puede modificar unilateralmente los términos del contrato y consiguientemente variar el plazo, la forma, el modo y las condiciones de su ejecución”⁶²

La contratación administrativa, siempre se encuentra asociada a la naturaleza pública de las prestaciones y de los fines que ellas persiguen satisfacer. De ahí entonces, que los contratos que celebre la Administración también deben permitir su adecuación a los cambios que esas necesidades puedan experimentar durante su ejecución.

La mutabilidad del contrato o *Ius Variandi* corresponde a una de las características más sobresalientes del contrato administrativo, ya que su existencia descansa en el interés público directamente involucrado.

61 Eduardo García de Enterría, Tomás Ramón Fernández, “Curso de Derecho Administrativo”, Tomo I - Cuarta Edición - Editorial Civitas, Madrid, 1963, página 630.

62 Hernán Jaramillo Ordoñez,, " Manual de Derecho Administrativo", Editorial de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Loja, Loja – Ecuador, 1999, página 225

Para el tratadista Miguel Bercaitz “El principio de la mutabilidad encuentra sus límites en el objeto del contrato y en la finalidad que motivó la contratación: la satisfacción del interés público y el beneficio previsto por el contratista”⁶³. Es decir que la mutabilidad del contrato debe compatibilizarse con el derecho del contratista a exigir la salvaguarda de sus derechos contractuales.

En el artículo 14 del Reglamento General de Contratación Administrativa de Costa Rica señala en cuanto a la mutabilidad en los contratos administrativos que “Este principio opera, pues la Administración cuenta con los poderes y prerrogativas necesarios para introducir modificaciones a los contratos, con el objeto de que cumplan con el fin público asignado que debe proteger y realizar...”⁶⁴

El principio de la mutabilidad que es una condición exorbitante, no necesita ser incluido expresamente en los contratos administrativos para que tenga plena existencia; debe considerárselo siempre implícitamente incluido.

2.3 LA FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO

Para llegar a un entendimiento veraz de lo que es la fuerza mayor y el caso fortuito, es menester transcribir la norma del Art. 30 del Código Civil ecuatoriano que señala:

63 Miguel Bercaitz, “Teoría general de los Contratos Administrativos”, Segunda Edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1980. páginas 55, 56

64 Costa Rica, Reglamento General de Contratación Administrativa, Artículo 14, Decreto Ejecutivo No. 25038-H del 7 de marzo de 1996

“se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público”⁶⁵

La fuerza mayor y el caso fortuito en general son eximentes de responsabilidad, son causas de justificación para que el contratista haya incurrido en el incumplimiento de la obligación, sin responsabilidad para los contratantes ya que contra los eventos señalados en la disposición transcrita, es evidente que la ejecución contractual se torna imposible de ser cumplida, al menos en las condiciones pactadas, lo cual puede conllevar a la extinción de las obligaciones mutuamente acordadas.

Los conceptos según el Diccionario de la Lengua Española:

“Caso Fortuito.- Suceso por lo común dañoso, que acontece por azar, sin poder imputar a nadie su origen. Suceso ajeno a la voluntad del obligado, que excusa el cumplimiento de obligaciones”.⁶⁶

“Fuerza Mayor.- La que, por no poderse prever o resistir, exime del cumplimiento de alguna obligación. La que procede de la voluntad de un tercero”.⁶⁷

La fuerza mayor y el caso fortuito constituyen circunstancias que exime de la responsabilidad al contratista frente al incumplimiento o inejecución parcial, total, provisional (dilatatorios), definitivo (resolutorios), o por retardo en su cumplimiento.

El tratadista Roberto Dromi considera en su obra "*Derecho Administrativo*", que la fuerza mayor o caso fortuito son “los acontecimientos que liberan de responsabilidad y a los

65 Ecuador, Codificación del Código Civil, artículo 30

66 Diccionario de la Lengua Española, Vigésima Primera Edición, página 306

67 Diccionario de la Lengua Española, Vigésima Primera Edición, página 708

cuales son ajenas las personas obligadas, ... estas circunstancias imposibilitan cumplir, o cumplir en el término, las prestaciones contractuales”⁶⁸

Para que se constituya fuerza mayor o caso fortuito, los hechos deben cumplir con ciertas características y como efecto debe eximir de responsabilidad al obligado.

Como características se puede señalar que el acontecimiento será ajeno a la persona que la invoca y a su voluntad, será un hecho que no ha sido considerado por el contratante en el momento de suscribir el contrato ya que es un acontecimiento extraordinario o anormal, además debe ser inevitable, irresistible o insuperable por el contratante, y debe darse en el momento actual de la ejecución del objeto contractual.

La fuerza mayor o caso fortuito constituyen hechos o acontecimientos provocados por la naturaleza o por las acciones del hombre.

El caso fortuito está dirigido a los acontecimientos provocados por la naturaleza, como por ejemplo el invierno, el cual se puede justificar con los reporte del INHAMI; en cambio la fuerza mayor son los hechos o acciones producidas por un tercero, como por ejemplo la falta de entrega de los estudios y planos aprobados por parte de la Entidad Contratante.

Tanto en la doctrina, como en la práctica, no es sencillo tener una clara distinción entre los dos conceptos, por lo que la tendencia es a usarlos conjuntamente.

68 Roberto Dromi, "Derecho Administrativo", Séptima Edición Actualizada, Editorial de Ciencia y Cultura, Buenos Aires – Argentina, página 404

Un claro ejemplo es la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia⁶⁹, relacionado con el recurso de casación sobre el pago de reajuste de precios, no contemplado en el contrato, en el que se tratan circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito presentadas en la ejecución de un contrato, para lo cual en la motivación de la sentencia no hace diferencia alguna entre fuerza mayor o caso fortuito.

Revisado los temas concernientes a este capítulo, podemos concluir señalando que la modificación de los contratos administrativos obedece a circunstancias de orden técnico, económico, fuerza mayor o caso fortuito, presentadas en la ejecución del contrato, modificaciones que deben enmarcarse en los límites establecidos en nuestra Ley y deben estar encaminados al cumplimiento del objeto contractual.

69 Ecuador, Sentencia Corte Suprema de Justicia - Sala de lo Contencioso Administrativo - Reajuste de Precios, expediente 332-07, Registro Oficial 635 de 16 de julio de 2009.

CAPITULO III

ASPECTOS MATERIALES Y FORMALES DE LAS MODIFICACIONES DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública dedica su Capítulo VIII a normar las emisión de contratos complementarios y es clara al señalar que las modificaciones que se realizan a los contratos administrativos, surgen a consecuencia de la complejidad en la ejecución de obras y servicios que presentan factores imprevistos, así mismo indica en su normativa que “no procede la celebración de contratos complementarios para adquisición de bienes, ni para contratos integrales por precio fijo”⁷⁰.

Debido a causas imprevistas o técnicas, debidamente motivadas, presentadas con la ejecución de la obra o servicio, la entidad contratante, toma la decisión de legalizar con el mismo contratista, sin necesidad de suscribir un nuevo contrato, el documento necesario para ampliar modificar o complementar una obra o servicio, así como para la creación de rubros nuevo o diferencia en cantidades de obra.

En este capítulo describiré los aspectos materiales y formales necesarios para la legalización de las modificaciones presentadas en la ejecución de los contratos de obras y servicios, con el objeto de determinar los porcentajes que se deben aplicar en cada caso, para evitar confusiones en los porcentajes máximos que permite la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento, pues su falta de claridad podría

⁷⁰ Ecuador, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, artículo 87.

acarrear la emisión desmedida de documentos que modifiquen las condiciones contractuales.

3.1 EL CONTRATO COMPLEMENTARIO

La ley ecuatoriana no define con claridad cuando se trata de ampliación, modificación o complementación del contrato administrativo, por lo que este tema, me permito plantearlo con el siguiente ejemplo:

Se contrata la construcción de una carretera de 20km de longitud que une a dos poblaciones en una misma provincia:

Habrà ampliación si dentro de la fase de ejecución de la obra, debido a una situación técnica imprevista, la entidad contratante decide que la carretera debe extenderse 1 kilómetro más, entonces estamos frente a un contrato complementario ampliatorio.

Habrà modificación, si la entidad, en la construcción de la obra, se encuentra frente a un imprevisto geográfico en el terreno sobre el que se construye el camino y decide por tanto, desviarlo por otro diferente al inicialmente trazado en los planos del contrato, entonces estamos frente a un contrato complementario modificadorio.

Habrà complementación, si al construir la carretera, se decide la construcción de una obra adicional, no prevista en el contrato original, con la cual la sustentación técnica o la utilidad

de la obra mejorarían notablemente, por ejemplo la construcción de puentes peatonales, intercambiadores, pasos peatonales.

El contrato complementario es una posibilidad que tiene la entidad contratante y el contratista de llegar a un nuevo acuerdo de voluntades para el cumplimiento del objeto de contrato principal.

Los contratos complementarios como su nombre lo indica, complementan al contrato original, son una posibilidad que tiene la Entidad Contratante de modificar varias condiciones contractuales, sin llegar a alterar el objeto contractual, estas modificaciones deben provenir necesariamente de una razón imprevista o técnica suficientemente firme o justificarse en razones de interés público para que se lleve a cabo el uso de esa prerrogativa por parte del ente contratante.

Por tanto, podemos inferir las siguientes características:

- Existencia de un contrato previo
- No modifica el objeto del contrato principal
- Debe celebrarse entre las mismas partes contractuales
- Modificación de condiciones contractuales por razones imprevistas o justificaciones de interés público.

El jurista colombiano Pedro Lamprea, al estudiar los contratos adicionales, también llamados por él complementarios o accesorios, manifiesta que

“...son los que constituyen ampliación de contratos administrativos en la ejecución de obras o elaboración de estudios; pero que solo pueden efectuarse por reajuste de precios, cambio de especificaciones y por otras causas imprevistas, siempre y cuando tales modificaciones determinen la necesaria variación del valor o del plazo del contrato original. Tales contratos tienen el carácter de accesorios del primero. En estas características deduce el Consejo del Estado que no se trata de un nuevo contrato, independiente o separado del primero, sino continuación o variación de aquél, que busca modificar la estipulación primitiva del precio o el término de duración del contrato que se reforma, pero nunca su objeto, esto es, el asunto cuya ejecución se contrata”⁷¹ .

En nuestra legislación el capítulo VIII de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública describe los casos en que necesariamente debe suscribirse un contrato complementario, dejando siempre constancia que éste se ha de llevar a cabo con el fin de encaminar el cumplimiento efectivo del objeto contractual.

El contrato complementario no es un nuevo contrato, independiente o separado del primero, o sea del contrato principal, sino es la continuación o variación de aquél, que busca modificar las condiciones contractuales, sin alterar el objeto contractual.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de contratación Pública, norma la modificación de los contratos, señalando que: “En el caso de que fuere necesario ampliar, modificar o complementar una obra o servicio determinado por causas imprevistas o técnicas, debidamente motivadas, presentadas con su ejecución, el Estado o la Entidad Contratante podrá celebrar con el mismo contratista, sin licitación o concurso, contratos complementarios que requiera la atención de las modificaciones antedichas, siempre que se

71 Pedro Antonio Lamprea Rodríguez, “Contratos Estatales”, Editorial Temis, Bogotá - Colombia, 2007, página 346.

mantengan los precios de los rubros del contrato original, reajustados a la fecha de celebración del respectivo contrato complementario”⁷²

Es importante no olvidar que, la celebración de un contrato complementario no es una facultad discrecional de la administración, pues requiere que existan los presupuestos objetivos que determina la Ley, entre otros, se debe presentar dentro de la ejecución del contrato una causa imprevista, es decir que no conste en el contrato, y que haga forzosa su modificación para mantener el equilibrio ó *status quo*, no solo del área financiera del contrato, sino de todos aquellos aspectos, inicialmente convenidos (cantidad de rubros contratados, especificaciones técnicas, plazos)

El tratadista Franco Gutiérrez Omar, en cuanto a los contratos complementarios o adicionales como él los llama, señala que “Adicionar un contrato, es aumentar algunas cosas que no se tuvieron en cuenta al suscribir el contrato inicial, incrementando por ende el valor del mismo y en muchos casos la ampliación del plazo, para que las nuevas cosas puedan ser dadas o ejecutadas”⁷³

Por tanto, se trata de un contrato de naturaleza accesorio del contrato complementario, según el autor antes citado, se fundamenta adicionalmente en los siguientes elementos:

- a) “Continuidad.- porque hace viable la ejecución del contrato principal, permite agilizar su cumplimiento, ya que se trata del mismo objeto que por causas imprevistas o técnicas requiere una variación.
- b) Dependencia.- porque no puede nacer, ni subsistir por sí mismo, para ellos necesita del contrato principal.

72 Ecuador, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, artículo 87

73 Omar Franco Gutiérrez, “La contratación administrativa: La adición al contrato inicialmente pactado de los contratos adicionales”, Biblioteca Jurídica Dike. Primera Edición, Colombia, 1989, página 373

- c) Subordinación.- Porque el contrato complementario no se puede estipular libremente la cuantía, ya que esta debe guardar relación con la cuantía del contrato principal.
- d) Condicionamiento.- Porque no hay libertad discrecional para celebrarlos, sino que debe obedecer a causas legalmente previstas⁷⁴.

3.2 RUBROS NUEVOS

En la ejecución del contrato administrativo se puede presentar la necesidad de modificar las condiciones contractuales mediante la suscripción de un documento en el que se haga constar rubros que no fueron contemplados inicialmente pero que son necesarios para el cumplimiento del objeto contractual. La creación de rubros nuevos es una decisión que toma la entidad contratante en base a las necesidades presentadas en la ejecución del contrato, lo cual debe estar enmarcado en los límites que la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública establece para el efecto y debe ser aceptado por el contratista.

Al respecto, el tratadista Juan Carlos Cassagne señala: "... la prerrogativa modificatoria que puede ejercer la Administración, en forma unilateral, dentro de ciertos límites cuantitativos establecidos por el derecho positivo, es susceptible de serle impuesta al contratista"⁷⁵

La mencionada modificación contractual relacionada con la creación de rubros nuevos se encuentra normada en el artículo 86 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, el cual señala:

⁷⁴ Luis Manosalvas, Apuntes de la cátedra de Derecho Administrativo, Escuela de Derecho, Universidad Central del Ecuador, año 2005.
⁷⁵ Juan Carlos Cassagne, "El Contrato Administrativo", Tercera Edición - Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009, página 93

“Si para la adecuada ejecución de una obra o prestación de un servicio, por motivos técnicos, fuere necesaria la creación de nuevos rubros, podrá celebrarse contratos complementarios dentro de los porcentajes previstos en el artículo siguiente”⁷⁶. El artículo 89 de la misma ley señala que “La Entidad Contratante podrá disponer, durante la ejecución de la obra, hasta del diez (10%) por ciento del valor actualizado o reajustado del contrato principal, para la realización de rubros nuevos, mediante órdenes de trabajo y empleando la modalidad de costo más porcentaje. En todo caso, los recursos deberán estar presupuestados de conformidad con la presente Ley. Las órdenes de trabajo contendrán las firmas de las partes y de la fiscalización.”⁷⁷

Es frecuente, por ejemplo la necesidad de incorporar rubros nuevos cuando los estudios de prefactibilidad, los diseños o los planos contienen algún error de apreciación, o porque un detalle técnico pasó inadvertido, lo cual a mi opinión no debería darse por cuanto se debe dar aplicación a lo que dispone el artículo 23 de la Ley Orgánica misma ley, antes de iniciar un procedimiento precontractual, las entidades tienen la obligación de “contar con los estudios y diseños completos, definitivos y actualizados, planos y cálculos, especificaciones técnicas”⁷⁸ en los que deben constar los detalles y características de la obra, objeto de la futura contratación.

Una orden de trabajo es aquella que se emite para la creación de rubros nuevos, hasta el porcentaje establecido por la ley del valor actualizado⁷⁹ del contrato, sin informe previo y empleando la modalidad del costo más porcentaje⁸⁰.

76 Ecuador, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, artículo 86

77 Ecuador, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, artículo 89

78 Ecuador, Procuraduría General del Estado, oficio No. 047 de 15 de diciembre de 2010

79 Para obtener el valor actualizado o reajustado del contrato principal, el artículo 87 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública señala: "... Esta actualización se hará aplicando la fórmula de reajuste de precios que consten en los respectivos contratos principales..."

80 El procedimiento para la aplicación de la modalidad de costo más porcentaje que sirve para establecer los costos reales y efectivos de las obras, se encuentra normada en el artículo 145 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

3.3 DIFERENCIAS DE CANTIDADES DE OBRA

La diferencia de cantidades de obra son las que se producen en la ejecución de una obra, entre las cantidades reales ejecutadas y las que constan en el cuadro estimado del contrato.

No se podrá variar la naturaleza del contrato principal, con la supresión o sustitución de rubros sustanciales que desconfiguren el objeto del mismo; entendiéndose como tales aquellos de mayor significación porcentual, es decir que sumados constituyan valores mayores del 25% del monto del contrato.

Nuestra Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, señala en su artículo 88, lo siguiente:

“Si al ejecutarse la obra de acuerdo con los planos y especificaciones del contrato se establecieren diferencias entre las cantidades reales y las que constan en el cuadro de cantidades estimadas en el contrato, la entidad podrá ordenar y pagar directamente sin necesidad de contrato complementario, hasta el veinticinco (25%) por ciento del valor reajustado del contrato, siempre que no se modifique el objeto contractual. A este efecto, bastará dejar constancia del cambio en un documento suscrito por las partes. Si se sobrepasa el mencionado porcentaje será necesario tramitar un contrato complementario”⁸¹

La ley ha previsto que de producirse diferencias en las cantidades contratadas, no será necesaria la celebración de un contrato complementario, sino solo dejar la constancia del cambio en un documento suscrito por las partes, dicha salvedad se entiende justificada, cuando por ejemplo, en el contrato se ha previsto la utilización de una tonelada métrica de hormigón, para levantar un muro, necesario para la construcción de un puente, pero llegado el momento de ejecutar la obra, se advierte que dicha cantidad es insuficiente; estaría por

81 Ecuador, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, artículo 88

demás la celebración de un contrato complementario, pues el objeto del contrato original no ha variado o modificado, lo que ha sucedido es que la cantidad de un rubro previsto y contratado ha aumentado.

Detectadas las diferencias, se las hará constar en un documento expedido por la máxima autoridad de la entidad contratante y aceptado por el contratista, mismo que se lo conoce con el nombre de "Órdenes de Cambio".

La orden de cambio es la disposición escrita, expedida por el contratante, autorizando cantidades de obra, cambio dentro del alcance y contenido del contrato, dentro del aspecto técnico.

Actualmente, a través de las órdenes de cambio también se hace las ampliaciones de plazo, lo que conlleva a que un contrato reciba tres, cinco y más prórrogas del plazo inicial, causando que el contrato se realice en el doble o triple del tiempo programado, sin que exista contrato complementario.

Como ejemplo de la emisión desmedida de órdenes de cambio me refiero al contrato suscrito el 14 de julio de 2005 entre el Ministerio de Obras Públicas y Comunicaciones (actual Ministerio de Transporte y Obras Públicas) y la compañía Riascos & Riascos Cía. Ltda., cuyo objeto es la Rehabilitación de la carretera Guaranda – Río Blanco, ubicada en la provincia de Bolívar, por un monto de USD. 3'310.569,68 y un plazo de 10 meses.

Este contrato tiene las siguientes órdenes de cambio:

- Orden de Cambio 1.- Se amplía el plazo en 91 días por temporada invernal.
- Orden de Cambio 2.- Se amplía el plazo en 180 días por retraso en los pagos por parte de la entidad contratante.
- Orden de Cambio 3.- Se amplía el plazo en 55 días por incremento en cantidades de obra.
- Orden de Cambio 4.- Se amplía el plazo en 108 días por retraso en los pagos por parte de la entidad contratante.
- Orden de Cambio 5.- Se amplía el plazo en 170 días para concluir la obra
- Orden de Cambio 6.- Se amplía el plazo en 204 días por situaciones climáticas y para concluir la obra.

De tal forma que del contrato inicial de 10 meses (300 días), pasamos a tener un contrato modificado para 26 meses (808 días).

Este es un claro ejemplo que las órdenes de cambio no solo se realizan por aumento de cantidades de obra, sino por ampliación de plazo por diferentes causas no imputables al contratista.

Es importante mencionar que para la regulación del documento denominado "Órdenes de Cambio", en el Ministerio de Transporte y Obras Públicas se expidió el Instructivo para la elaboración y trámite de Órdenes de Cambio para el incremento de cantidades y ampliación de plazo contractual, mediante Acuerdo Ministerial No. 12 de 30 de enero de 2013, publicado en el Registro Oficial No. 896 de 21 de febrero de 2013 (Anexo 1), en cuyo documento se señala lo siguiente:

- 1) “Las Órdenes de Cambio para modificación de las cantidades de obra de los rubros de los contratos únicamente servirán para formalizar diferencias en cantidades de obra bajo las premisas del artículo 88 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; esto es:
 - a) Cuando la diferencia se produzca al aplicarse los planos y diseños definitivos;
 - b) La ejecución de la diferencia de cantidades de obra, no implique modificación del objeto contractual; y,
 - c) La cuantía de las diferencias no supere el 25% del valor del contrato principal reajustado.
En consecuencia, si la diferencia se ha producido exclusivamente al aplicarse los planos y diseños definitivos del proyecto y la ejecución de la diferencia no involucra modificación del objeto contractual, ello deberá en todos los casos justificarse con respaldo documental y hacer constar en el texto de la Orden de Cambio, bajo el epígrafe Descripción del Cambio.

- 2) Las Órdenes de Cambio para ampliación de plazo deberán adecuarse a lo previsto en las Especificaciones generales para la Construcción de Caminos y Puentes MOP-001-F-2002, en la Sección 103 EJECUCIÓN DEL CONTRATO de las Disposiciones Generales, en el numeral 103-1.03 relativo a PLAZOS que prevén la ampliación del plazo contractual por motivos relevantes y debidamente justificados; utilizando para el efecto el documento administrativo denominado "Orden de Cambio para Plazos"⁸².

3.4 NORMATIVA PARA LA APLICACIÓN DE CONTRATOS COMPLEMENTARIOS, ÓRDENES DE CAMBIO Y ÓRDENES DE TRABAJO

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en su artículo 87 establece las normas comunes a los contratos complementarios, señalando que “La suma total de las cuantías de los contratos complementarios referidos en los artículos 85 y 86, excepto en los contratos de consultoría y del sector hidrocarburífero, no podrá exceder del treinta y cinco (35%) por ciento del valor actualizado o reajustado del contrato principal a la fecha en que la Entidad Contratante resuelva la realización del contrato complementario. Esta actualización se hará aplicando la fórmula de reajuste de precios que consten en los respectivos contratos principales. El valor de los contratos complementarios de consultoría

⁸² Ecuador, Acuerdo Ministerial No. 012 de 30 de enero de 2013, Registro Oficial 896 de 21 de febrero de 2013

no podrá exceder del setenta (70%) por ciento del valor actualizado o reajustado del contrato principal...”⁸³

El artículo transcrito no es claro, ya que en su aplicación ha existido mucha confusión, y se plantean varias incógnitas, que en su oportunidad, fueron aclaradas por la Procuraduría General del Estado, tal como se hace con el oficio No. 047 de 15 de diciembre de 2010⁸⁴, suscrito por el señor Procurador General del Estado (Anexo 2).

En el mencionado oficio se presenta consultas realizadas por el Director General del IESS, mediante oficios Nos. 64000000-3073 de 30 de agosto de 2010 y 64000000-4550 de 23 de noviembre de 2010, quién plantea las siguientes preguntas:

- ¿Si es procedente aplicar simultáneamente en un contrato lo previsto para diferencia de cantidades de obra (hasta el 25%) y creación de rubros (hasta el 10%), sin exceder del límite del 35% ?

- ¿Si cabe la posibilidad de aplicar de modo separado los porcentajes: en el contrato complementario hasta el 35%, adicionalmente a ello, diferencias de cantidades de obra hasta el 25% y creación de rubros nuevo hasta el 10%, del valor actualizado o reajustado de un mismo contrato principal, sin tomar en cuenta que la suma de estos excede el límite señalado por la ley del 35% para contratos complementarios?.

83 Ecuador, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, artículo 87

84 Ecuador, Procuraduría General del Estado, oficio No. 047 de 15 de diciembre de 2010

- ¿Si se sobrepasa el porcentaje mencionado para diferencia en cantidades de obra (25%), es necesario tramitar un contrato complementario, en virtud de las normas comunes a estos contratos, cabe aplicar el límite establecido del 35% cuando se refiere únicamente a la suma total de las cuantías de los contratos complementarios y órdenes de trabajo?

De la respuesta emitida por la Procuraduría General de Estado, transcribo sus conclusiones que a mi parecer tienen mayor relevancia:

Los artículos 88 y 89 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, regulan los casos de ejecución de diferencias de cantidades de obra de acuerdo con lo previsto en el contrato hasta por un 25% del valor reajustado del contrato, así como la ejecución de rubros nuevos mediante órdenes de trabajo, hasta por un 10% del valor actualizado o reajustado del contrato. En esos dos casos no se requiere de la suscripción de contratos complementarios; sin embargo, si las diferencias de cantidades de obra, o los rubros nuevos exceden la cuantía determinada en esas normas, entran a otro nivel, en el cual, esa Ley exige la celebración de un contrato complementario y en tales circunstancias se aplica el límite establecido en el artículo 87 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que determina que la cuantía de los contratos complementarios no podrá exceder del 35% del valor actualizado o reajustado del contrato principal.

Del análisis que precede se concluye que de conformidad con la disposición expresa del artículo 87 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que contiene normas comunes aplicables a todos los casos regulados por el Capítulo VIII de su Título

IV, entre los que están tanto aquellos eventos en los que procede celebrar contratos complementarios (artículos 85 y 86 de la Ley); como los casos en los que no es necesaria la suscripción de un contrato complementario (artículos 88 y 89 de la Ley), la cuantía total por todos estos conceptos no se puede acumular.

En otras palabras no pueden aplicarse simultáneamente o acumularse los incrementos determinados en los artículos 86 (creación de rubros nuevo), 88 (diferencia en cantidades de obra) y 89 (órdenes de trabajo) de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; y, de conformidad con los artículos 88 y 89 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, la ejecución de diferencias de cantidades de obra, pueden realizarse hasta por un 25% del valor reajustado del contrato; y, la ejecución de rubros nuevos mediante órdenes de trabajo, hasta por un diez por ciento del valor actualizado o reajustado del contrato.

En el evento de que en la ejecución de los contratos que motivan la consulta, sobrevinieron otras obras que no estuvieron considerados en el estudio inicial, y sobrepasan el 35% establecido para los contratos complementarios por el artículo 87 de la LOSNCP, las obras que se realicen deberán ser objeto de un contrato independiente.

De los antecedentes expuestos en la consulta, así como de la documentación adjunta, se observa la falta de previsión en los estudios técnicos que sirvieron de base para la celebración de los mencionados contratos.

Por lo tanto, para futuras contrataciones que realice el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, se deberá tener en cuenta las razones o causas técnicas a las que aluden los citados artículos 85 y 86 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, como justificativos para la suscripción de contratos complementarios, no pueden ser inteligenciadas sino en armonía con la razón que motiva la celebración de dichos contratos complementarios, que no puede ser otra que la necesidad de ampliar, modificar o complementar una obra o servicio determinado; o crear rubros nuevos, para ejecutar la obra en la forma en que ha sido diseñada. La entidad contratante debe tener en cuenta que, al tenor del artículo 23 de la misma ley, antes de iniciar un procedimiento precontractual, las entidades tienen la obligación de “contar con los estudios y diseños completos, definitivos y actualizados, planos y cálculos, especificaciones técnicas” en los que deben constar los detalles y características de la obra, objeto de la futura contratación.⁸⁵

Frente a la necesidad de aclarar la aplicación de las normas concernientes a los contratos complementarios, el Instituto Nacional de Contratación Pública, (actual SERCOP, Servicio Nacional de Contratación Pública) emitió la Resolución No. RE-2013-088 de 18 de junio de 2013 (Anexo 3) en la que resuelve expedir las regulaciones sobre Ordenes de Trabajo, Ordenes de Cambio y Contratos Complementarios.

Al respecto, dispone lo siguiente:

Art. 2.- Ordenes de Trabajo.- Solo en el caso de que se hayan ejecutado rubros nuevos por un monto equivalente al 10% del valor del contrato reajustado y se requiere realizar

⁸⁵ Ecuador, Procuraduría General del Estado, oficio No. 047 de 15 de diciembre de 2010

más rubros de esta naturaleza, la entidad contratante deberá suscribir uno o más contratos complementarios sin que en ningún caso el contrato o la suma de aquellos superen el 35% del valor reajustado principal.

Art. 3.- Diferencia en cantidades de obra.- Si las entidades contratantes requieren ejecutar más incrementos en cantidades de obra que supere el porcentaje señalado en el primer inciso, podrán hacerlas mediante la celebración de uno o más contratos complementarios, siempre que no se supere el 35% del valor reajustado del contrato principal, a la fecha de suscripción de cada contrato complementario.

Art. 4.- De ser necesario las entidades contratantes podrán realizar en el mismo contrato, la ejecución de obras utilizando órdenes de trabajo, órdenes de cambio por diferencia de cantidades y contratos complementarios; dentro de los límites porcentuales y con las formalidades previstas para cada modalidad para modificar, ampliar o complementar la obra contratada. Para el efecto, las órdenes de trabajo y la diferencia en cantidades de obra, serán requeridas hasta el 10% y hasta el 25%, respectivamente, sin necesidad de la suscripción de un contrato complementario. Sin embargo, en caso que se requiera que la obra sea ampliada, modificada o complementada por encima de los porcentajes señalados anteriormente, las entidades contratantes podrán celebrar uno o más contratos complementarios. En ningún caso la suma total de las cuantías en los contratos complementarios podrán exceder del 35% del valor actualizado o reajustado del contrato

principal a la fecha en que la Entidad Contratante resuelva la realización del contrato complementario.⁸⁶

Queda claro que las entidades contratantes deben respetar los porcentajes establecidos por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública para contratos complementarios, con ello se evitarán la reiterada y desmedida ejecución de modificaciones, lo cual finalmente tendrá por resultado evitar el incremento excesivo del presupuesto del contrato, sin embargo, nuestra Ley no señala límites para la ampliación del plazo contractual, dejando así a potestad de la entidad contratante para que en proporción a las modificaciones realizadas se otorgue la ampliación de plazo que sea necesaria para el cumplimiento del objeto contractual.

3.5 REQUISITOS NECESARIOS PARA LA SUSCRIPCIÓN DE DOCUMENTOS QUE LEGALICEN LAS MODIFICACIONES CONTRACTUALES

Nos vamos a referir a un tema muy práctico, para lo cual debo mencionar que del ejercicio profesional en el área de contratación pública que he llevado en el Ministerio de Transporte y Obras Públicas, así como en el Ministerio de Desarrollo Urbano y Vivienda, tengo a bien manifestar que para la emisión de los documentos tales como: contrato complementario, orden de cambio, orden de trabajo, se requiere cumplir con varios requisitos, entre ellos:

- 1** Solicitud del contratista dirigida al Fiscalizador del proyecto con todos los justificativos técnicos que respalden el pedido.

86Ecuador, Instituto Nacional de Contratación Pública, (actual SERCOP, Servicio Nacional de Contratación Pública), Resolución No. RE-2013-088 de 18 de junio de 2013.

- 1.1 En caso de que la modificación sea para la ampliación del plazo, se deberá adjuntar los justificativos que haya ocasionado la demora, en el caso que ésta sea causada por incumplimiento por parte de la Entidad Contratante en el pago de las planillas de trabajos conforme lo estipulado en el contrato, se adjuntará la certificación de fechas de pago emitida por la Dirección Financiera con la indicación manifiesta del número de días de mora, las causas que la motivaron; y, las gestiones realizadas para conseguir los recursos;
- 2 Informe técnico del Fiscalizador del proyecto sobre tales justificativos, que incluirá el presupuesto económico.
 - 3 Certificación presupuestaria, emitida por el Director Financiero institucional, sobre la existencia de los recursos económicos suficientes para cubrir el incremento del valor del contrato, incluido el reajuste de precios, si lo hubiere; (este requisito no es necesario para ampliaciones de plazo).
 - 4 Garantías de fiel cumplimiento por el 5% del incremento, que deberá otorgar el contratista, en las formas establecidas en el Art. 73 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, respaldada obligatoriamente con el respectivo reaseguro; la Aseguradora deberá hallarse calificada en la Superintendencia de Bancos y Seguros como triple A. (este requisito no es necesario para ampliaciones de plazo).

- 5 El Acta en la cual la Comisión designada en el artículo 1 del Decreto 451 (Anexo 4), en la que haya autorizado las modificaciones.

El artículo 1 del Decreto Ejecutivo 451 señala: “En todo contrato de ejecución de obra pública vial deberá constituirse una comisión que resuelva los problemas que surjan de la ejecución. Esta Comisión estará conformada por delegados del contratista, del Ministerio de Transporte y Obras Públicas, del Fiscalizador y del Presidente de la República. Y será coordinada por el Ministerio”.⁸⁷

- 6 Los documentos antes mencionados, luego de las acciones de coordinación correspondientes, deberán remitirse para la aprobación de las autoridades competente, con informe razonado en el que se expresará que los incrementos se han producido al aplicarse los planos y diseños definitivos, y el objeto contractual no se modifica, previa aprobación de la Comisión referida en el Art. 1 del Decreto Ejecutivo No. 451, la Coordinación General Jurídica informará a la Máxima Autoridad Ministerial para su aprobación.

Luego de la revisión de los aspectos materiales y formales de las modificaciones de los contratos administrativos, ha quedado claro que los documentos para dejar constancia de dichas modificaciones son los contratos complementarios, órdenes de trabajo, órdenes de cambio, según corresponda al cambio que se deba realizar, dichos documentos deberán cumplir con las formalidades establecidas por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

⁸⁷ Ecuador, Decreto Ejecutivo 451, publicado en el Registro Oficial 259 de 18 de agosto de 2010, reformado mediante Decreto 711, publicado en el Registro Oficial 424 de 11 de abril de 2011.

CAPITULO IV

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

4.1 CONCLUSIONES

- El Contrato Administrativo tiene características especiales que lo diferencia de los contratos civiles, entre ellas se encuentran las prerrogativas que goza la Administración, que es un *potentior personae*, es decir un sujeto privilegiado, revestido de un poder especial que le otorga el ordenamiento jurídico para poder concretar el interés general.
- El Contrato Administrativo cuenta con cláusulas exorbitantes, mediante las cuales, la Administración puede ejercer sobre su contratista un control de alcance excepcional, modificar unilateralmente las condiciones del contrato, dar directivas a la otra parte, declarar extinguido el contrato por sí y ante sí, imponer sanciones contractuales, entre otras.
- El Contrato Administrativo debe cumplir con formalidades, solemnidades y procedimientos establecidos, en el caso ecuatoriano, por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, el efecto de su incumplimiento, es la nulidad.

- La modificación en los Contratos Administrativos obedece a circunstancias o imprevistos de orden técnico, económico, fuerza mayor o caso fortuito, presentadas en la ejecución del contrato, modificaciones que deben enmarcarse en los límites establecidos en nuestra Ley y deben estar encaminados al cumplimiento del objeto contractual.
- Los contratos complementarios, órdenes de cambio y órdenes de trabajo son documentos accesorios, en los que se deja constancia de las modificaciones realizadas al contrato principal y que se caracterizan por lo siguiente: su existencia depende de un contrato previo; no modifica el objeto del contrato principal; debe celebrarse entre las mismas partes contractuales; la modificación de condiciones contractuales se dan por razones imprevistas o justificaciones de interés público.
- Nuestra Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública regula las modificaciones de orden económico que se realizan a los Contratos Administrativos, sin limitar las ampliaciones de los plazos contractuales, los cuales en la práctica se aumentan en muchos casos de forma desmedida.

4.2 RECOMENDACIONES

- La Administración en uso de las prerrogativas especiales que goza, debe enmarcar su actuación dentro de los parámetros legales contemplados para los procedimientos precontractuales y contractuales, de esta manera evitar abusos de poder.

- La Administración debe dar cumplimiento a las formalidades, solemnidades y procedimientos establecidos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y evitar de esta manera la nulidad del contrato.
- La Administración no debe usar como justificativo de orden técnico o económico, la inaplicabilidad de los estudios previamente aprobados, se debe responsabilizar del perjuicio económico que ocasionan al Estado, a quienes elaboraron y aprobaron los estudios.
- La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública debe regular las ampliaciones de los plazos contractuales, para evitar que la ejecución del contrato se extienda en forma excesiva.

BIBLIOGRAFIA

- BERCAITZ, Miguel Ángel, "Teoría General de los Contratos Administrativos", Segunda Edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires Argentina, 1980.
- CABANELLAS, Guillermo, "Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual", Editorial Heliasta, 1979
- CASSAGNE, Juan Carlos, "El Contrato Administrativo: El Poder Modificadorio de la Administración en los Contratos Administrativos", Segunda Edición, Lexis Nexis Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2005.
- CASSAGNE, Juan Carlos, "El Contrato Administrativo" Buenos Aires, Segunda Edición: Abeledo Perrot, 1999.
- CASSAGNE, Juan Carlos, "El Contrato Administrativo" Buenos Aires, Tercera Edición: Abeledo Perrot, 2009.
- CASSAGNE, Juan Carlos, "El contrato administrativo: Conceptos y Diferencias con los Contratos Civiles", Segunda Edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2005.
- CASTILLO, Alejandro, "Génesis y Evolución de la Administración Pública en México", México: Instituto de Administración Pública de Michoacán, 2001.
- CORREA, José Luis, "Contratos Administrativos" Versión Clásica, FARRANDO Ismael, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2002.
- DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Vigésima Primera Edición.
- DROMI, José Roberto, Derecho Administrativo, Buenos Aires - Hispania Libros, 2009. páginas 455.
- DROMI, José Roberto, "Derecho Administrativo", Séptima Edición Actualizada, Editorial de Ciencia y Cultura, Buenos Aires – Argentina, 2001.

- DROMI, José Roberto, "Licitación Pública, Administración y Contratación", Imprenta Paresco, Argentina, 1999.
- ENTRENA, Cuesta Rafael, "Curso de Derecho Administrativo", Barcelona, 1998.
- FARRANDO, Ismael, "Contratos Administrativos, Buenos Aires: Abeledo - Perrot, 2002.
- FRANCO, Gutiérrez Omar, "La Contratación Administrativa: La Adición al Contrato Inicialmente Pactado de los Contratos Adicionales", Biblioteca Jurídica Dike, Primera Edición, Colombia, 1989.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, FERNÁNDEZ Ramón Tomás, "Curso de Derecho Administrativo", Tomo I, Cuarta Edición, Editorial Civitas. Madrid, 1963.
- GOMEZ, Sanchis Daniel, "Contratos Administrativos", Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2002.
- HERRERA, Barbosa Benjamín, "Contratos Públicos: Mutabilidad". Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda., Bogotá, 2004.
- IDROBO, Arciniega Marco, "La Contratación Administrativa en el Ecuador", Primera Edición, Editorial Época, Quito, 1984.
- JARAMILLO, Ordoñez Hernán, "Manual de Derecho Administrativo", Editorial de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Loja, Loja – Ecuador, 1999.
- JÉZE, Gastón, "Principios Generales de Derecho Administrativo", Buenos Aires – Argentina, 1948.
- JÉZE, Gastón, "Principios Generales de Derecho Administrativo", Volumen 6, Tomo III, Buenos Aires, Depalma, 1950.
- JÉZE, Gastón, "Derecho Administrativo", Bogotá, Publicaciones CEIDA, 1970.

- LAMPREA, Rodríguez Pedro Antonio, “Contratos Estatales”, Editorial Temis, Bogotá - Colombia, 2007.
- MANOSALVAS, Luis, "Apuntes de la cátedra de Derecho Administrativo", Escuela de Derecho, Universidad Central del Ecuador, años 2005.
- MARIENHOFF, Miguel, “Tratado de Derecho Administrativo”, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000.
- RAMOS, Acevedo Jairo, "Cátedra de Derecho Administrativo General Y Colombiano", Editorial Jurídica Gustavo Ibáñez Ltda., Bogotá – Colombia, 2003.

NORMATIVA LEGAL

- Costa Rica, Decreto Ejecutivo No. 25038-H del 7 de marzo de 1996, Reglamento General de Contratación Administrativa.
- Ecuador, Ministerio de Transporte y Obras Públicas, Acuerdo Ministerial No. 012 de 30 de enero de 2013, publicado en el Registro Oficial No. 896 de 21 de febrero de 2013.
- Ecuador, Codificación del Código Civil.
- Ecuador, Constitución de la República del Ecuador.
- Ecuador, Decreto Ejecutivo 451, publicado en el Registro Oficial 259 de 18 de agosto de 2010.
- Ecuador, Decreto Ejecutivo No. 1793, publicado en el Registro Oficial No. 621-S de 26 de junio de 2009.

- Ecuador, Instituto Nacional de Contratación Pública, (actual SERCOP, Servicio Nacional de Contratación Pública), Resolución No. RE-2013-088 de 18 de junio de 2013.
- Ecuador, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.
- Ecuador, Procuraduría General del Estado, oficio No. 047 de 15 de diciembre de 2010.
- España, Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

ANEXO 1

Ministerio de Transporte y Obras Públicas, Acuerdo Ministerial No.
012 de 30 de enero de 2013, registro oficial 896 de 21 de febrero de
2013



ACUERDO No. 012

LA MINISTRA DE TRANSPORTE Y OBRAS PÚBLICAS

Considerando:

Que la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en su Artículo 88 determina que si al ejecutarse la obra de acuerdo con los planos y especificaciones del contrato, se establecieren diferencias entre las cantidades reales y las que consten en el cuadro de cantidades estimadas en el contrato, la entidad podrá ordenar y pagar directamente sin necesidad de contrato complementario, hasta el 25% del valor reajustado del contrato, siempre que no se modifique el objeto del contrato;

Que el Decreto Ejecutivo No.451 publicado en el Registro Oficial No. 259 de 18 de agosto de 2010, en el Art. 1 establece normas para la integración de una Comisión, para que resuelva los problemas que surjan en la ejecución de obra pública;

Que el Art. 8 del referido Instrumento determina que la Comisión conformada por delegados de los contratistas, del Ministerio de Transporte y Obras Públicas, del Fiscalizador y del Presidente de la República, es la encargada de aprobar toda ampliación de plazo o aumento del monto del contrato;

Que las Especificaciones Generales para la Construcción de Caminos y Puentes MOP-001-F-2002, en la Sección 103 EJECUCIÓN DEL CONTRATO de las Disposiciones Generales, en el numeral 103-1.03 relativo a PLAZOS prevén la ampliación del plazo contractual por motivos relevantes y debidamente justificados; utilizando para el efecto el documento administrativo denominado "Orden de Cambio para Plazos";

Que es necesario establecer un procedimiento que permita actuar con agilidad y transparencia, así como dar seguimiento y cumplimiento a las recomendaciones determinadas por la Contraloría General del Estado en el Informe DIAPA-0014-2010, relacionado con el Examen Especial, principalmente a la Recomendación No. 2, referente a la revisión y actualización del Instructivo para la elaboración y trámite de Ordenes de Cambio en el MTOP;

Que el Instructivo para la elaboración y trámite de las Ordenes de Cambio en el MTOP, tiene fundamento en las disposiciones del Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por Procesos y sus reformas aprobadas por el Ministerio de Relaciones Laborales, conforme consta del Acuerdo Ministerial No. 036 de 9 de septiembre de 2010, publicado en la Edición Especial No. 93-2 del Registro Oficial de 30 de noviembre de 2010, por lo que es necesario que la Coordinación General Jurídica dé cumplimiento a la recomendación de la Contraloría General del Estado y a lo dispuesto por el señor Presidente de la República en el Decreto Ejecutivo No. 195 de 29 de diciembre de 2009;

Que mediante Acuerdo Ministerial No. 032 de 18 de mayo de 2012 se codifica y expide el Reglamento que regula las facultades, alcances y aclaraciones de las delegaciones de las obligaciones determinadas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y la Ley de Modernización del Estado, a los Subsecretarios Zonales y Directores Provinciales, para que ejerzan las actividades inherentes a esta Secretaría de Estado, en el ámbito de sus respectivas jurisdicciones y competencias, de conformidad con la ley y el presente Instructivo;



Que el artículo 80 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública que se refiere al "responsable de la administración del contrato", establece que tanto el supervisor como el fiscalizador deben tomar las medidas necesarias para la adecuada ejecución del contrato y el cumplimiento de sus disposiciones; y,

En uso de las atribuciones que le confiere la ley y acatando las recomendaciones formuladas por la Contraloría General del Estado;

Acuerda:

Expedir el Instructivo para la elaboración y trámite de Órdenes de Cambio para el incremento de cantidades y ampliación de plazo contractual en el Ministerio de Transporte y Obras Públicas:

1. ÓRDENES DE CAMBIO PARA MODIFICACIÓN DE LAS CANTIDADES DE OBRA DE LOS RUBROS DE LOS CONTRATOS.

Las Órdenes de Cambio sólo procederán respecto de los contratos tramitados al amparo de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Estas únicamente servirán para formalizar diferencias en cantidades de obra bajo las premisas del artículo 88 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; esto es:

- a) Cuando la diferencia se produzca al aplicarse los planos y diseños definitivos;
- b) La ejecución de la diferencia de cantidades de obra, no implique modificación del objeto contractual; y,
- c) La cuantía de las diferencias no supere el 25% del valor del contrato principal reajustado.

En consecuencia, si la diferencia se ha producido exclusivamente al aplicarse los planos y diseños definitivos del proyecto y la ejecución de la diferencia no involucra modificación del objeto contractual, ello deberá en todos los casos justificarse con respaldo documental y constan en el texto de la Orden de Cambio, bajo el epígrafe "Descripción del Cambio".

DOCUMENTACIÓN SUSTENTATORIA.-

Los documentos de soporte, en originales que se agregarán para tramitar Órdenes de Cambio cuando existan diferencias en las cantidades de obra, son:

- 1.1 Solicitud del contratista dirigida al Fiscalizador del proyecto con todos los justificativos técnicos que respalden la modificación de las cantidades contractuales;
- 1.2 Informe técnico del Fiscalizador del proyecto sobre tales justificativos, que incluirá el presupuesto con el respectivo reajuste de precios (cuadro de cantidades de obra debidamente justificadas, con las cantidades que aumenten

o disminuyan y resumen general aprobado por el Supervisor asignado y/o Subsecretario Zonal o Director Provincial). En ese informe se consignará expresamente la certificación de que el incremento de cantidades de obra o de los rubros del contrato, no modifica el objeto del contrato principal;

- 1.3 Certificación presupuestaria, emitida por el Director Financiero institucional o Supervisor Financiero provincial según corresponda, sobre la existencia de los recursos económicos suficientes para cubrir el incremento del valor del contrato, incluido el reajuste de precios, si lo hubiere;
- 1.4 Garantía de fiel cumplimiento por el 5% del incremento, que deberá otorgar el contratista, en las formas establecidas en el Art. 73 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, respaldada obligatoriamente con el respectivo reaseguro; la Aseguradora deberá hallarse calificada en la Superintendencia de Bancos y Seguros como triple A.
- 1.5 Nombramiento del Representante Legal de la compañía para el caso de contratistas personas jurídicas o documentos de identificación cuando se trate de personas naturales;
- 1.6 El Acta en la cual la Comisión designada en el artículo 1 del Decreto 451, haya autorizado el incremento de cantidades de obra;
- 1.7 Los documentos antes mencionados, luego de las acciones de coordinación correspondientes, deberán remitirse para la aprobación del Subsecretario de Infraestructura del Transporte, quien conjuntamente con el Director de Construcciones del Transporte o el Director de Conservación del Transporte, con informe razonado en el que se expresará que los incrementos se han producido al aplicarse los planos y diseños definitivos, y el objeto contractual no se modifica, previa aprobación de la Comisión referida en el Art. 1 del Decreto Ejecutivo No. 451, la Coordinación General Jurídica informará a la Máxima Autoridad Ministerial para su aprobación.
- 1.8 En provincias se estará a lo dispuesto en el artículo 6 del Acuerdo Ministerial No. 032 de 18 de mayo de 2012, publicado en el Registro Oficial No. 720 de 8 de junio de 2012, previa aprobación de la Comisión referida en el Art. 1 del Decreto Ejecutivo No. 451.

2.- ÓRDENES DE CAMBIO PARA AMPLIACIÓN DE PLAZO.

Estos documentos deberán adecuarse a lo previsto en las Especificaciones Generales para la Construcción de Caminos y Puentes MOP-001-F-2002, referidas en los considerandos.

Para tramitar Órdenes de Cambio atinentes a la ampliación del plazo, se adjuntará la siguiente documentación:

- 2.1 Solicitud del contratista dirigida al Fiscalizador de la obra con todos los justificativos en originales, que respalden la ampliación del plazo;
- 2.2 Informe técnico razonado con respaldo documental del Fiscalizador de la obra, con la justificación de lo solicitado y la determinación del número de días que constituirá la ampliación del plazo;

- 2.3 En caso de que el motivo de la ampliación del plazo sea la demora o incumplimiento por parte del Ministerio de Transporte y Obras Públicas en el pago de las planillas de trabajos conforme lo estipulado en el contrato, se adjuntará la certificación de fechas de pago emitida por la Dirección Financiera o Supervisión Financiera en provincias con la indicación manifiesta del número de días de mora, las causas que la motivaron; y, las gestiones realizadas para conseguir los recursos;
- 2.4 La documentación que antecede, luego de las acciones de coordinación correspondientes, deberá remitirse para aprobación del Subsecretario de Infraestructura del Transporte, quien conjuntamente con el Director de Construcciones del Transporte o el Director de Conservación del Transporte, con informe razonado, previa aprobación de la Comisión referida en el Art. 1 del Decreto Ejecutivo No. 451, la Coordinación General Jurídica informará a la Máxima Autoridad Ministerial para su aprobación.
- 2.5 En provincias se procederá conforme lo previsto en el numeral 1.8, del número 1 de este Acuerdo.

3.- LEGALIZACIÓN DE LAS ÓRDENES DE CAMBIO.

El trámite de legalización de las Órdenes de Cambio, será el siguiente:

- 3.1 Elaboración y revisión del documento por parte de la Unidad a cargo de la administración del contrato, siguiendo el formato que se adjunta a este instructivo;
- 3.2 Aceptación por parte del contratista o del representante legal, en el caso de personas jurídicas, avalando con su firma o rúbrica el documento de Orden de Cambio;
- 3.3 Visto bueno o conformidad del Subsecretario de Infraestructura del Transporte y del Coordinador Jurídico Regional;
- 3.4 Aprobación de la Comisión referida en el Art. 1 del Decreto Ejecutivo No. 451;
- 3.5 Aprobación por parte de la Máxima Autoridad;
- 3.6 Distribución del documento por parte de la Dirección de Construcciones del Transporte o Dirección de Conservación del Transporte;
- 3.7 En provincias se observará el órgano regular.

4.- NORMAS GENERALES.

- El trámite de Órdenes de Cambio será oportuno; por lo tanto, deberá iniciarse por lo menos con 30 días de anticipación al vencimiento del plazo vigente. En consecuencia, la Coordinación General Jurídica, o los Coordinadores Jurídicos Regionales no admitirán a trámite por ningún concepto, proyectos de Órdenes de Cambio cuyo plazo hubiere vencido.
- Los servidores o servidoras responsables del retraso en el trámite de este documento, serán sancionados de conformidad con las disposiciones determinadas en la Ley Orgánica de Servicio Público.



- Si en lo posterior se produjeren enmiendas a las normas legales; o reglamentarias en esta materia o se modificare la Estructura Orgánica del Ministerio, se entenderán incorporadas en el presente Instructivo, en lo que fuere pertinente.
- En las Subsecretarías Regionales, los formatos que para tal efecto se remiten adjuntos al presente instructivo, serán objeto de adecuación.

El presente instructivo entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial, póngase en conocimiento de todas las unidades Administrativas, Financieras y Técnicas, Subsecretarías Zonales y Direcciones Provinciales del Ministerio de Transporte y Obras Públicas, a través de la Dirección Administrativa.

Comuníquese y publíquese.- Dado en la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, a los 30 ENE 2013

7

Arq. María de los Ángeles Duarte Pesantes
MINISTRA DE TRANSPORTE Y OBRAS PÚBLICAS

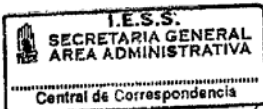
[Handwritten mark]

ANEXO 2

Procuraduría General del Estado, oficio no. 047 de 15 de diciembre
de 2010



16 DIC. 2010



Procuraduría General
AM 28291
S.G.

Oficio No. 00047

Quito, 15 DIC 2010

Señor economista
Fernando Guijarro Cabezas
DIRECTOR GENERAL DEL IESS
Ciudad

Dr. Guijarro
5-01
17/11
17/11
Dr. Fernando Guijarro Cabezas
DIRECTOR GENERAL

22-1417-*Procuraduría*
(Gr. - - -)
Travis una respuesta
para el día 17 de
Ene 11

Señor Director General:

Me refiero a su oficio No. 64000000-4550 de 23 de noviembre de 2010, por el que remite la documentación que esta Procuraduría le solicitara mediante oficios Nos. 16012 y 17296, de 20 de agosto y 27 de octubre de 2010, en su orden, relacionada con el oficio 64000000-3073 de 17 de agosto de 2010, que contiene las siguientes consultas:

"1. ¿Si es procedente aplicar simultáneamente, en un contrato de ejecución de obras lo previsto en los artículos 87, 88 y 89, sin exceder del límite del 35%?"

"2. ¿Si cabe la posibilidad de aplicar, de modo separado, los porcentajes: en un contrato complementario de hasta el 35% (Art. 85, 86 y 87) y adicionalmente a ello, diferencias en cantidades de obra de hasta el 25% (Art. 88) y órdenes de trabajo de hasta el 10% (Art. 89) del valor actualizado o reajustado de un mismo contrato principal de ejecución de obra, siempre que no se modifique el objeto contractual, sin tomar en cuenta que excede del límite señalado por la Ley para los contratos complementarios, esto es el 35%?"

"3. ¿Si se sobrepasa el porcentaje mencionado en el artículo 88 de la LOSNCP, es necesario tramitar un contrato complementario, en virtud de las normas comunes a estos contratos, cabe aplicar el límite establecido en el artículo 87 ibidem (35%) cuando se refiere únicamente a la suma total de las cuantías de los contratos complementarios referidos en los artículos 85 y 86?"

Mediante oficio No. 64000000-3072 de 17 de agosto de 2010, el Procurador General del IESS, emite su criterio jurídico sobre la materia consultada, y manifiesta que de conformidad con los artículos 85, 86, 87 y 88 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, "el contrato complementario procede cuando excede el cálculo de las diferencias entre las cantidades reales y las que constan estimadas en el contrato, así como la realización de nuevos rubros, en los porcentajes determinados en los artículos 88 y 89 respectivamente, pero sin sobrepasar el 35% del valor actualizado o reajustado del contrato principal".

Se agrega en dicho informe, que: "no obstante, no cabe que una vez realizado el cálculo por órdenes de trabajo de hasta el 25% y también por rubros nuevos de hasta el 10%, conforme a los artículos 88 y 89 de la Ley Orgánica del Sistema

INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL
RECIBO EN PROCURADURÍA GENERAL DEL IESS
08 01 2011
MARIVEL ARMIJOS BARRETO



IESS
17908-2010
Página No. 2

00047

Nacional de Contratación Pública, se trate de efectuar adicionalmente un contrato complementario con las mismas condiciones, puesto que se estaría excediendo el límite establecido en el artículo 87 ibídem (35%). En caso contrario, tampoco procede, agotado el 35% a través de un contrato complementario, pretender aplicar adicionalmente lo preceptuado en los artículos 88 y 89, cuyo resultado sería excedentario al porcentaje permitido por la Ley".

Entre la documentación que ha sido remitida por pedido de esta Procuraduría, constan las copias de los siguientes contratos suscritos por el IESS y diferentes contratistas para la ejecución de las siguientes obras:

1. Contrato de ejecución de obra para la remodelación del área de Urgencias del Hospital Carlos Andrade Marín de la ciudad de **Quito**.
2. Contrato de ejecución de obra para la construcción del Centro Obstétrico y Neonatología del Hospital Manuel Y. Monteros V. de la ciudad de **Loja**.
3. Contrato de ejecución de obra para la construcción del Centro de la Unidad de Atención Ambulatoria de la ciudad de **Azogues**.
4. Contrato de ejecución de obra para la construcción de la Unidad de Atención Ambulatoria de la ciudad de **Sucúa**.
5. Contrato de ejecución de obra para la terminación de las obras de remodelación integral y adecuación del Centro de Atención Ambulatoria de **Zamora**.
6. Contrato para la ejecución de obra para la construcción del Centro de Atención Ambulatoria de la ciudad de **Tena**.

ANTECEDENTES

1. Con respecto a la remodelación del área de Urgencias del Hospital Carlos Andrade Marín de la ciudad de Quito, el contrato fue suscrito el 20 de mayo de 2009, por un monto de USD. 721.494,31, a un plazo de cuatro meses, contados a partir de la fecha de entrega del anticipo.

La Cláusula Décimo Sexta del citado contrato, relativa a los Contratos Complementarios, ha recogido lo dispuesto en los artículos 85 y siguientes de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, con respecto a: 1) Contratos Complementarios; 2) Creación de nuevos rubros (hasta el 35% del valor actualizado o reajustado del contrato principal u original).

Mediante comunicación s/n de 10 de junio de 2010, dirigido a la Directora del Hospital Carlos Andrade Marín, el fiscalizador de la obra manifiesta que en reuniones de trabajo se detectaron aspectos técnicos que no se incluyeron en el proyecto original de la construcción de la obra en referencia, aspectos tales como (alimentadores eléctricos, tapa ductos, accesorios del sistema de agua, mantenimiento de estructura metálica y cambio de cubierta en el área de diagnóstico); y, se agrega que se crearon además espacios necesarios para la funcionalidad de áreas tales como: Laboratorio y Área de Recuperación, así como se tuvo que considerar la ejecución de rubros nuevos y extensión de



IESS
17908-2010
Página No. 3

00047

algunos rubros contractuales de acuerdo a necesidades reales detectadas en el transcurso del avance de la obra.

2. En el caso de la construcción del Centro Obstétrico y de Neonatología del Hospital Manuel Y. Monteros V, de la ciudad de **Loja**, consta el contrato suscrito el 4 de septiembre de 2009, por el valor de USD. 174.646,36, por un plazo de ocho meses contados a partir de la notificación de la disponibilidad del anticipo.

La Cláusula Décima Quinta del referido contrato, referida a los contratos complementarios, recoge lo establecido en los artículos 85 y siguientes de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, con respecto a los parámetros a seguir en el caso de la suscripción de: **1) Contratos Complementarios; 2) Creación de rubros nuevos (dentro de los porcentajes establecidos en el Art. 87 de la LOSNCP); 3) Diferencia de Cantidades de obra,** (cuyo porcentaje no podrá superar el 25% del valor reajustado del contrato); y, **4) Órdenes de Trabajo (hasta el 10% del valor actualizado o reajustado del contrato principal).**

La Cláusula 15.07 del referido contrato, expresamente dispone que: "La suma total de las cuantías de los contratos complementarios referidos en los artículos 85 y 86 de la LOSNCP, no podrá exceder del TREINTA Y CINCO POR CIENTO (35%) del valor actualizado o reajustado del contrato principal a la fecha en que la Contratante resuelva la realización del contrato complementario. Esta actualización se hará aplicando la fórmula de reajuste de precios que consten en los respectivos contratos principales. El Contratista deberá rendir garantías adicionales de conformidad con la Ley".

Cabe señalar, que con respecto al referido contrato, han sido remitidos los oficios Nos. U.F.H.L-026; U.F.H.L 048; U.F.H.L.049, de 8 de marzo; 23 de abril; y, 4 de mayo de 2010, suscritos por el Fiscalizador de obras del IESS, dirigido el primero al Director del Hospital Manuel Y. Monteros V, y los otros dos al Coordinador de Infraestructura Hospitalaria del IESS. En el primer oficio el fiscalizador concluye que: "**En la construcción del centro médico, se deberán ejecutar rubros nuevos y diferencias de cantidades, trabajos indispensables para que la obra pueda concluirse y funcione adecuadamente.**"

En el segundo oficio se menciona que: "**Por concepto de rubros nuevos se ejecutará un porcentaje mayor al previsto en el artículo 89 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y que por diferencia de cantidades se ejecutará un porcentaje inferior al 25% del valor del contrato principal, por lo que, es indispensable la suscripción de un contrato complementario, que no sobrepasa el monto del 35% del valor actualizado o reajustado del contrato principal.**"

Finalmente en el tercer oficio en mención se manifiesta: "**Con estos antecedentes la Fiscalización de Obra conjuntamente con la Administración del contrato definieron que para la conclusión de la obra se debe tramitar un contrato complementario en el que se incluya cantidades en diferencias de**



IESS
17908-2010
Página No. 4

00047

volúmenes, así como rubros nuevos, que cuantificados económicamente corresponden al valor de US. 57.974,50 que representa el 31,40% del valor del contrato reajustado”.

3. Con respecto al contrato de ejecución de la construcción del Centro de Atención Ambulatoria del IESS en la ciudad de **Azogues**, éste fue suscrito el ocho de enero de 2009, por el valor de USD. 1'955.459,01, a un plazo de dieciocho meses contados a partir de la fecha de entrega del anticipo.

En la Cláusula Décimo Sexta, relativa a los contratos complementarios, se ha recogido lo dispuesto en los artículos 85 y siguientes de la LOSNCP, en lo relativo a: **1)** Contratos complementarios; y, **2)** Creación de nuevos rubros (por un valor máximo del 35% del valor actualizado o reajustado del contrato principal u original).

Entre la documentación que ha sido adjuntada, consta el oficio No. 065-2010-fsa de 20 de mayo de 2010, suscrito por el fiscalizador de la obra, que señala que la empresa contratista ha solicitado ampliación del plazo, de 7 meses debidamente justificados para la construcción de rubros en exceso de volúmenes, rubros nuevos, mediante la modalidad de costo más porcentaje que han sido ejecutados por circunstancias no previstas dentro de la planificación del contrato original y los rubros del contrato complementario de acuerdo a lo previsto en los artículos 85, 86, y 87 de la LOSNCP.

Del mismo modo, consta el oficio No. MF.CAA.068 de 6 de mayo de 2010, suscrito por el Superintendente de obra dirigido al Fiscalizador de la construcción, en el cual se manifiesta que: “durante el transcurso de la obra se ha venido realizando la construcción de rubros alternos en excesos, principalmente ocasionados por la ejecución de muros de hormigón armado para la contención de talud posterior, y por la ejecución de movimiento de tierras y rellenos por un monto de US. 468.733,57, que corresponde al 23,97% del monto contractual, y que además se ha ejecutado rubros no contemplados en la modalidad de costo más porcentaje por un monto de USD 125.472, 13, que corresponde al 6,42% del monto contractual. Por último se manifiesta que “son rubros a ejecutarse antes de los contractuales por encontrarse dentro de una ruta crítica”.

4. Con respecto a la construcción del Centro de Atención Ambulatoria del IESS en la ciudad de **Sucúa**, este contrato fue suscrito el 6 de octubre de 2009, por el valor de USD. 509.454,89, a un plazo de ciento ochenta días, contados a partir de la notificación de la disponibilidad del anticipo.

La Cláusula Décima Quinta del referido contrato, relativa a los Contratos Complementarios, ha recogido lo establecido en los artículos 85 y siguientes de la LOSNCP, referentes a: 1) Contratos complementarios; 2) Creación de rubros nuevos; 3) Diferencia entre cantidades de obra (hasta el 25% del valor reajustado del contrato); 4) Órdenes de trabajo.



I.E.S.S.
17908-2010
Página No. 5

00047

La Cláusula 15.07 del referido contrato, dispone expresamente que: "La suma total de las cuantías de los contratos complementarios referidos en los artículos 85 y 86 de la LOSNCP, no podrá exceder del TREINTA Y CINCO POR CIENTO (35%) del valor actualizado o reajustado del contrato principal a la fecha en que el IESS resuelva la realización del contrato complementario. Esta actualización se hará aplicando la fórmula de reajuste de precios que consten en los respectivos contratos principales".

Mediante oficio No. S.A.A.S -032 de 21 de mayo de 2010, dirigido al Coordinador de Infraestructura Hospitalaria del IESS, el fiscalizador de la obra manifiesta que: "De acuerdo a la valoración técnica económica ejecutado por la fiscalización de la obra se establece que por concepto de rubros nuevos se ejecutarán en el proceso constructivo un porcentaje del 17,35 % que es mayor al previsto en el artículo 89 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública por lo que es indispensable la suscripción de un contrato complementario cuyo presupuesto referencial es de \$ 37.572,54 que no sobrepasa el monto del 35% del valor actualizado o reajustado del contrato principal".

5. Con respecto a la construcción del Centro de Atención Ambulatoria del IESS en la ciudad de **Zamora**, el contrato fue suscrito el 9 de diciembre de 2009, por la suma de USD. 459.723,37, a un plazo de 120 días contados a partir de la notificación de la disponibilidad del anticipo.

La Cláusula Décimo Quinta del referido contrato, relativa a los contratos complementarios, recoge lo establecido en los artículos 85 y siguientes de la LOSNCP, con respecto a: 1) Contratos complementarios; 2) Creación de nuevos rubros; 3) Diferencia de Cantidades de Obra (hasta el 25% del valor reajustado del contrato); 4) Órdenes de Trabajo.

La Cláusula 15.07 del referido contrato dispone: "La suma total de las cuantías de los contratos complementarios referidos en los artículos 85 y 86 de la LOSNCP, no podrá exceder el 35% del valor actualizado o reajustado del contrato principal a la fecha en que el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social resuelva la realización del contrato complementario. Esta actualización se hará aplicando la fórmula de reajuste de precios que consten en los respectivos contratos principales".

Mediante oficio No. S.C.A.A.-Z.-026.10 de 21 de junio de 2010, dirigido al Director del Centro de Atención Ambulatoria de Zamora Chinchipe, el fiscalizador de la obra, con respecto al mencionado contrato manifiesta que: *"...en los estudios y diseños para la terminación del edificio del Centro de Atención Ambulatoria, no se han considerado volúmenes reales y rubros necesarios para la culminación del edificio en los capítulos referentes a obra civil y estructura, sistemas hidráulico y sanitario, instalación de gases médicos, instalación de aire acondicionado e instalaciones eléctricas de acuerdo a normativas establecidas por la Empresa Eléctrica de Loja y la Ilustre Municipalidad de la ciudad de Zamora que de acuerdo a la valoración técnica volumétrica ejecutada por la fiscalización de obra y de acuerdo a lo previsto en*



IESS
17908-2010
Página No. 6

00047

el acápite segundo del artículo No. 86 (sic) de la LOSNCP, se establece que requiere la suscripción de un contrato complementario por el valor de \$ 168.821,22". En el referido oficio se añade que por razones técnicas amerita la suscripción de un contrato complementario, por lo que se actualiza el contrato principal y se define el monto del contrato complementario que es inferior al 25% del valor actualizado reajustado del contrato principal.

6. Con respecto a la construcción del Centro de Atención Ambulatoria del IESS en la ciudad de **Tena**, el contrato fue celebrado el 17 de febrero de 2009, por la suma de USD. 1.780.356,16, a un plazo de dieciocho meses contados a partir de la entrega del anticipo.

La Cláusula Décimo Sexta del referido contrato, referente a los contratos complementarios, ha recogido lo dispuesto en los artículos 85 y siguientes de la LOSNCP, en lo referente a: 1) Contratos complementarios; y, 2) Creación de nuevos rubros.

Mediante oficio No. 21000000-392-fea de 14 de julio de 2009, dirigido al Director del Seguro General de Salud Individual y Familiar del IESS, el ingeniero Franklin Espinosa, en calidad de funcionario de la Dirección SGSIF Supervisión de la Obra, solicita la aprobación del Contrato Complementario de la obra en referencia, y manifiesta la existencia de incrementos en las cantidades de obra a realizar en diferentes rubros (diferencia de cantidades de obra) el valor que se incrementa es de \$ 525.433, 80 USD para rubros nuevos (órdenes de trabajo) el valor de \$ 269.167,24 USD; dando un monto total del contrato complementario sin IVA DE \$ 794.601,24.

Con estos antecedentes, procedo a contestar la primera consulta en los siguientes términos:

El Capítulo VIII del Título IV de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, a partir del artículo 85, dispone:

"Art. 85.- Obras y Servicios Complementarios.- En el caso de que fuere necesario ampliar, modificar o complementar una obra o servicio determinado por causas imprevistas o técnicas, debidamente motivadas, presentadas con su ejecución, el Estado o la Entidad Contratante podrá celebrar con el mismo contratista, sin licitación o concurso, contratos complementarios que requiera la atención de las modificaciones antedichas, siempre que se mantengan los precios de los rubros del contrato original, reajustados a la fecha de celebración del respectivo contrato complementario."

En concordancia, el artículo 86 de la misma Ley, establece también como causa que justifica la celebración de contratos complementarios, la creación de rubros nuevos, en los siguientes términos:

"Art. 86.- Creación de Rubros Nuevos.- Si para la adecuada ejecución de una obra o prestación de un servicio, por motivos técnicos, fuere necesaria la



IESS
17908-2010
Página No. 7

00047

creación de nuevos rubros, podrá celebrarse contratos complementarios dentro de los porcentajes previstos en el artículo siguiente...

De las disposiciones citadas, se infiere que las causas por las que se pueden celebrar contratos complementarios, son las establecidas en los artículos 85 y 86 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, es decir: **1)** cuando fuere necesario ampliar, modificar o complementar una obra o servicio determinado por causas imprevistas o técnicas, debidamente motivadas, presentadas con su ejecución; o, **2)** para la creación de rubros nuevos, también motivada en causas técnicas.

Con relación a **la cuantía de los contratos complementarios**, el artículo 87 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; y, 132 inciso segundo de su Reglamento de aplicación, disponen en iguales términos lo siguiente:

*"La suma total de las cuantías de los contratos complementarios referidos en los artículos 85 y 86, excepto en los contratos de consultoría y del sector hidrocarburífero, **no podrá exceder del treinta y cinco (35%) por ciento del valor actualizado o reajustado del contrato principal a la fecha en que la Entidad Contratante resuelva la realización del contrato complementario. Esta actualización se hará aplicando la fórmula de reajuste de precios que consten en los respectivos contratos principales. El valor de los contratos complementarios de consultoría no podrá exceder del setenta (70%) por ciento del valor actualizado o reajustado del contrato principal...**" (Lo resaltado me corresponde).*

Atento el contenido de los citados artículos, se desprende que la cuantía de los contratos complementarios, no puede exceder del treinta y cinco por ciento del valor actualizado o reajustado del contrato principal; y, que dicha disposición, constituye una "norma común", aplicable por tanto a todos los casos regulados por el Capítulo VIII del Título IV de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Por su parte, el artículo 88 del Capítulo VIII de la Ley ibidem, establece:

*"Art. 88.- Diferencia en Cantidades de Obra.- Si al ejecutarse la obra de acuerdo con los planos y especificaciones del contrato se establecieren diferencias entre las cantidades reales y las que constan en el cuadro de cantidades estimadas en el contrato, la entidad podrá ordenar y pagar directamente sin necesidad de contrato complementario, hasta el **veinticinco (25%) por ciento del valor reajustado del contrato, siempre que no se modifique el objeto contractual.** A este efecto, bastará dejar constancia del cambio en un documento suscrito por las partes. Si se **sobrepasa el mencionado porcentaje** será necesario tramitar un contrato complementario." (El resaltado me corresponde).*

El artículo citado prevé el caso en que durante la ejecución de la obra, sin que exista modificación del contrato, las cantidades reales de obra fueren superiores a las estimadas en el contrato, evento en el que si la cuantía de



IESS
17908-2010
Página No. 8

00047

dicha diferencia es de hasta el 25% del valor reajustado del contrato, procede su pago sin que sea necesario suscribir un contrato complementario.

Finalmente, el artículo 89 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, dispone:

"Art. 89.- Ordenes de Trabajo.- La Entidad Contratante podrá disponer, durante la ejecución de la obra, hasta del diez (10%) por ciento del valor actualizado o reajustado del contrato principal, para la realización de rubros nuevos, mediante órdenes de trabajo y empleando la modalidad de costo más porcentaje. En todo caso, los recursos deberán estar presupuestados de conformidad con la presente Ley..." (El resaltado me corresponde).

Del artículo transcrito se desprende que para la realización de rubros nuevos, esto es, no previstos en el contrato suscrito entre las partes, la Entidad Contratante podrá disponer su ejecución por un valor de hasta el 10% del valor actualizado o reajustado del contrato, mediante órdenes de trabajo.

Los artículos 88 y 89 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, regulan los casos de ejecución de diferencias de cantidades de obra, de acuerdo con lo previsto en el contrato hasta por un 25% del valor reajustado del contrato, así como la ejecución de rubros nuevos mediante órdenes de trabajo, hasta por un diez por ciento del valor actualizado o reajustado del contrato. En esos dos casos no se requiere de la suscripción de contratos complementarios; sin embargo, si las diferencias de cantidades de obra, o los rubros nuevos exceden la cuantía determinada en esas normas, entran a otro nivel, en el cual, esa Ley exige la celebración de un contrato complementario y en tales circunstancias se aplica el límite establecido en el artículo 87 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que determina que la cuantía de los contratos complementarios no podrá exceder del treinta y cinco por ciento del valor actualizado o reajustado del contrato principal.

Del análisis que precede se concluye que de conformidad con la disposición expresa del artículo 87 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que contiene normas comunes aplicables a todos los casos regulados por el Capítulo VIII de su Título IV, entre los que están tanto aquellos eventos en los que procede celebrar contratos complementarios (artículos 85 y 86 de la Ley); como los casos en los que no es necesaria la suscripción de un contrato complementario (artículos 88 y 89 de la Ley), la cuantía total por todos estos conceptos **no se puede acumular**.

En otras palabras no pueden aplicarse simultáneamente o acumularse los incrementos determinados en los artículos 86 (creación de rubros nuevos), 88 (diferencia en cantidades de obra) y 89 (órdenes de trabajo) de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; y, que de conformidad con los artículos 88 y 89 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, la ejecución de diferencias de cantidades de obra, pueden realizarse hasta por un 25% del valor reajustado del contrato; y, la ejecución de rubros



IESS
17908-2010
Página No. 9

00047

nuevos mediante órdenes de trabajo, hasta por un diez por ciento del valor actualizado o reajustado del contrato.

En el evento de que, en la ejecución de los contratos que motivan la presente consulta, sobrevinieron otras obras que no estuvieron considerados en el estudio inicial, y sobrepasan el 35% establecido para los contratos complementarios por el artículo 87 de la LOSNCP, las obras que se realicen deberán ser objeto de un contrato independiente.

En similares términos emití los pronunciamientos contenidos en los oficios Nos. 16244 y 17705, de 31 de agosto y 30 de noviembre de 2010, en su orden, en contestación a las consultas planteadas por el Prefecto Provincial de Santo Domingo de los Tsáchilas; y, por el Rector del Instituto de Altos Estudios Nacionales, IAEN, respectivamente.

De los antecedentes expuestos en la consulta, así como de la documentación adjunta, se observa la **falta de previsión en los estudios técnicos** que sirvieron de base para la celebración de los mencionados contratos.

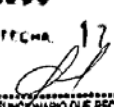
Por lo tanto, para futuras contrataciones que realice el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, se deberá tener en cuenta que las razones o causas técnicas a las que aluden los citados artículos 85 y 86 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, como justificativos para la suscripción de contratos complementarios, no pueden ser inteligenciadas sino en armonía con la razón que motiva la celebración de dichos contratos complementarios, que no puede ser otra que la necesidad de ampliar, modificar o complementar una obra o servicio determinado; o, crear rubros nuevos, para ejecutar la obra en la forma en que ha sido diseñada. La entidad contratante debe tener en cuenta que, al tenor del artículo 23 de la misma Ley, antes de iniciar un procedimiento precontractual, las entidades tienen la obligación de "contar con los estudios y diseños completos, definitivos y actualizados, planos y cálculos, especificaciones técnicas" en los que deben constar los detalles y características de la obra objeto de la futura contratación.

Atentamente,


Dr. Rafael Parrero Navas
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO, SUBROGANTE

RECIBO DE ENTREGA DE DOCUMENTOS

FECHA: 17 DIC 2010 10:50 HORAS

FUNCIONARIO QUE RECIBE: 

CON ANEXOS
SIN ANEXOS

Proc. art. 23 (17)
Hydia Muroso A

ANEXO 3

Instituto Nacional de Contratación Pública, Resolución No. RE-
2013-088 de 18 de junio de 2013

RESOLUCIÓN INCOP No. RE-2013- 0000088

EL DIRECTOR EJECUTIVO
INSTITUTO NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

CONSIDERANDO:

- Que, el artículo 10 de la Ley Orgánica de Sistema Nacional de Contratación Pública, dispone en su numeral 9, que es atribución del Instituto Nacional de Compras Públicas –INCOP–, el dictar normas administrativas, manuales e instructivos relacionados con la mencionada Ley; y, que el numeral 4 del artículo 7 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública establece como atribución de Director Ejecutivo del INCOP, el emitir la normativa que se requiera para el funcionamiento del Sistema Nacional de Contratación Pública;
- Que, en el Capítulo VIII del Título IV denominado “De los Contratos” de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, se regula no solamente lo concerniente a los contratos complementarios (arts. 85, 86 y 87), sino los aumentos o diferencias en cantidades de obra y las ordenes de trabajo por rubros nuevos (arts. 88 y 89 *ibidem*), modalidades éstas que no requieren de la suscripción de un contrato adicional, sino que implican la gestión eficiente de las actividades de fiscalización y supervisión a fin de lograr el objetivo de cabal cumplimiento del proyecto constructivo.
- Que, en ciertas circunstancias es posible aplicar todas estas modalidades en un contrato de ejecución de obra, sin que sea contrario a la naturaleza y límites de cada una de ellas.
- Que, el artículo 87 de la citada Ley, señala que la suma total de las cuantías de los contratos complementarios referidos en los artículos 85 y 86, excepto en los contratos de consultoría y del sector hidrocarburífero, no se podrá exceder del treinta y cinco por ciento (35%) del valor actualizado o reajustado del contrato principal a la fecha en que la Entidad Contratante resuelva la realización del contrato complementario. Esta actualización se hará aplicando la fórmula de reajuste de precios que consten en los respectivos contratos principales. El valor de los contratos complementarios de consultoría no podrá exceder del setenta por ciento (70%) del valor actualizado o reajustado del contrato principal;
- Que, se han presentado una serie de preocupaciones por parte de las entidades contratantes respecto a la debida aplicación, en los contratos de ejecución de obra,

respecto a los montos para la suscripción de contratos complementarios, emisión de órdenes de trabajo y órdenes de cambio; por lo que corresponde al INCOP emitir las normas generales a fin de viabilizar la correcta aplicación.

- Que, el numeral 27 del artículo 6 de la norma *in supra* define al presupuesto referencial como el monto del objeto de contratación determinado por la entidad contratante al inicio de un proceso precontractual;
- Que, el artículo 24 de la LOSNCP determina que previamente a la convocatoria, las entidades contratantes deberán certificar la disponibilidad presupuestaria y la existencia presente o futura de recursos suficientes para cubrir las obligaciones derivadas de la contratación;
- Que, las entidades contratantes utilizan distintos criterios para establecer el monto del presupuesto referencial para los procedimientos de contratación de obras y consultoría; así como de bienes y servicios no normalizados, que utilizan la cuantía, por lo que el INCOP en ejercicio de la rectoría y regulación debe establecer las reglas del Sistema Nacional de Contratación Pública conforme la ley, y;

En uso de las atribuciones conferidas por la normativa vigente,

RESUELVE:

EXPEDIR LAS SIGUIENTES REGULACIONES SOBRE ÓRDENES DE TRABAJO, ÓRDENES DE CAMBIO Y CONTRATOS COMPLEMENTARIOS; Y MONTO DEL PRESUPUESTO REFERENCIAL PARA EL INICIO DE PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

Art. 1.- Ámbito de Aplicación.- Las disposiciones de la presente resolución serán de uso y aplicación obligatoria para las entidades contratantes previstas en el artículo 1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Capítulo I

De las órdenes de trabajo, órdenes de cambio y contratos complementarios

Art. 2.- Órdenes de Trabajo.- Las entidades contratantes en la ejecución de un contrato de obra, podrán requerir una o más órdenes de trabajo para realizar rubros nuevos hasta el diez por ciento (10%) del valor actualizado o reajustado del contrato principal reajustado, sin que se deba suscribir contrato complementario alguno; empleando la modalidad de costo más porcentaje.

Solo en el caso de que se hayan ejecutado rubros nuevos por un monto equivalente al diez por ciento (10%) del valor del contrato reajustado y se requiriere realizar más rubros de esta

naturaleza, la entidad contratante deberá suscribir uno o más contratos complementarios, sin que en ningún caso el contrato o la suma de aquellos superen el treinta y cinco por ciento (35%) del valor reajustado del contrato principal.

Art. 3.- Diferencia en cantidades de obra.- Las entidades contratantes en la ejecución de un contrato de obra, podrán ejecutar diferencias en cantidades de obra, entre las cantidades reales y las que constan en el cuadro de cantidades estimadas del contrato principal, a través de órdenes de cambio, sin necesidad de suscribir un contrato complementario, siempre que no se supere el veinte y cinco por ciento (25%) del valor reajustado del contrato a la fecha en que, a través de la respectiva disposición u orden emanada de conformidad con lo previsto en el contrato, se disponga ejecutar tales diferencias.

Si las entidades contratantes requirieran ejecutar más incrementos en cantidades de obra que supere el porcentaje señalado en el primer inciso, podrán hacerlas mediante la celebración de uno o más contratos complementarios, siempre que no se supere el treinta y cinco por ciento (35%) del valor reajustado del contrato principal, a la fecha de suscripción de cada contrato complementario.

Art. 4.- Aplicación de las distintas modalidades.- De ser necesario las entidades contratantes podrán realizar en el mismo contrato, la ejecución de obras utilizando órdenes de trabajo, órdenes de cambio por diferencia de cantidades, y contratos complementarios; dentro de los límites porcentuales y con las formalidades previstos para cada modalidad, para modificar, ampliar o complementar la obra contratada.

Para el efecto, las órdenes de trabajo y la diferencia en cantidades de obra, serán requeridas hasta el diez por ciento (10%) y hasta el veinte y cinco por ciento (25%), respectivamente; sin necesidad de la suscripción de un contrato complementario. Sin embargo, en caso que se requiriera que la obra sea ampliada, modificada o complementada por encima de los porcentajes señalados anteriormente, las entidades contratantes podrán celebrar uno o más contratos complementarios.

En ningún caso la suma total de las cuantías en los contratos complementarios podrán exceder del treinta y cinco por ciento (35%) del valor actualizado o reajustado del contrato principal a la fecha en que la Entidad Contratante resuelva la realización del contrato complementario.

Capítulo II **Presupuesto referencial para la determinación de procedimientos de contratación pública**

Art. 5.- Monto del presupuesto referencial.- El presupuesto referencial que se utilizará para determinar el procedimiento de contratación que se seguirá conforme a la LOSNCP, cuando éste dependa de su cuantía, deberá considerar exclusivamente el costo directo e


indirecto (precio) de los rubros objeto de la contratación, sin incluir el porcentaje del impuesto al Valor Agregado.

Art. 6.- Monto de la certificación presupuestaria.- Las entidades contratantes para la emisión de la certificación de disponibilidad presupuestaria deberán agregar al monto total del presupuesto referencial el porcentaje del impuesto al Valor Agregado, a fin de contar con los recursos económicos para el cumplimiento de las obligaciones contractuales.

DISPOSICIÓN FINAL.- La presente resolución entrará en vigencia a partir de su otorgamiento, sin perjuicio de su publicación en el Registro Oficial y el portal COMPRASPUBLICAS.

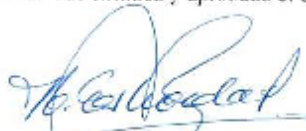
Comuníquese y publíquese.

Dado en la ciudad de San Francisco de Quito, DM, a **18 JUN 2013**.



Dr. Juan Aguirre Ribadeneira
DIRECTOR EJECUTIVO

Certifico que la presente Resolución fue firmada y aprobada el día de hoy, **18 JUN 2013**



Dr. Hugo Estrada Proaño
**DIRECTOR NACIONAL DE SECRETARÍA GENERAL
INSTITUTO NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA**



ANEXO 4

Decreto 451, publicado en el Registro Oficial 259 de 18 de agosto de 2010, reformado mediante Decreto 711, publicado en el Registro Oficial 424 de 11 de abril de 2011.

Nº 451

RAFAEL CORREA DELGADO

PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA

CONSIDERANDO

Que la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública fue promulgada por la Asamblea Nacional Constituyente, el 4 de agosto de 2008 y sustituyó a la anterior Ley de Contratación Pública, cuya codificación fue publicada en el Registro Oficial de 22 de febrero de 2001;

Que, luego de dos años de aplicación, se ha demostrado la agilidad que dicha Ley le ha dado a los Sistemas de Contratación Pública en el Ecuador, que ha vuelto más eficiente a la acción del Estado;

Que, no obstante lo anterior, persisten antiguos atavismos en las diferentes instancias de la Administración Pública Central e Institucional, originados en costumbres antiguas y perniciosas, que van en perjuicio de la eficacia del propio Estado;

Que, por lo tanto, se hace necesario dictar normas para optimizar al máximo nivel la contratación pública en el Ecuador; y,

En ejercicio de la facultad que me confiere el numeral 3 del artículo 147 de la Constitución de la República,

DECRETA:

LAS SIGUIENTES NORMAS QUE DEBERÁN APLICAR, EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE EJECUCIÓN VIAL, LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA CENTRAL E INSTITUCIONAL:

Artículo 1.- En todo contrato de ejecución de obra pública vial deberá constituirse una comisión que resuelva los problemas que surjan de la ejecución. Esta Comisión estará conformada por delegados del contratista, del Ministerio de Transporte y Obras Públicas, del fiscalizador y del Presidente de la República. Y será coordinada por el Ministerio.

Artículo 2.- Los documentos precontractuales deberán contar, además de los estudios y diseños completos, definitivos y actualizados, planos, cálculos, especificaciones técnicas y

RAFAEL CORREA DELGADO

PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA

presupuestos referenciales, bajo el concepto de "Proyecto Integral" las siguientes actividades y obras esenciales:

1. Cantidad y costos de expropiaciones, si fuere del caso.
2. Certificación de que las minas escogidas como aptas para explotación por el consultor se encuentran disponibles.
3. Iluminación en caso de puentes y/o túneles.
4. Accesos de hasta dos kilómetros para cada población.
5. Estabilización de taludes, de ser el caso.
6. Medidas de seguridad tales como guardavías, tachas reflectivas, delineadores de carreteras y chevroneos de curvas.
7. Señalización horizontal y vertical.
8. Señalización preventiva, informativa y turística.
9. Pasos peatonales en casos de atravesar poblaciones, proximidad de escuelas y centros de educación.
10. Arborización, de ser el caso.
11. Cambio de tuberías de agua y redes de alcantarillado que sea necesario hacer, así sean de competencia de Gobiernos Seccionales y sin perjuicio de la coordinación respectiva.
12. Letreros que informen a la ciudadanía respecto del proyecto a construirse, plazo, cuantía, obras esenciales y partes contratantes.
13. Trabajo por tres turnos diarios, siete días a la semana, y con al menos dos frentes de trabajo en caso de vías y puentes.
14. Construcción de puentes o ensanchamiento de puentes de ser el caso.
15. Si el plazo del contrato es de más de seis meses, deberá incluir la determinación de una suspensión por invierno, tomando el promedio de precipitación pluvial por los últimos cinco años, en la zona del contrato.
16. Costos de relocalización de redes de energía eléctrica y redes telefónicas.

Artículo 3.- Los estudios viales deberán contener un concepto de homologación, de tal manera que las vías se las considere, además del concepto de "Proyecto Integral" como parte del desarrollo de una determinada zona del país, por lo que tendrá que existir continuidad en el empuje de una obra por ejecutarse con una ya ejecutada, en cuanto a la amplitud y demás características técnicas.

RAFAEL CORREA DELGADO

PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA

Artículo 4.- Toda consultoría que se refiera a estudios y diseños definitivos de obras señalados en el artículo 2 deberá rendir, al momento de recibirse los estudios respectivos, una garantía incondicional, irrevocable y de cobro inmediato emitido por un banco o compañía de seguros autorizada, equivalente al 100% del estudio contratado, por un plazo de 5 años, para asegurar que los estudios hayan sido bien realizados una vez contratada la obra.

Artículo 5.- Los presupuestos referenciales no podrán incluir el rubro de piedra si ésta es suministrada por el Estado a través de sus canteras, ni se pagará por concepto de adquisición o alquiler de activo fijo alguno para el respectivo campamento.

Artículo 6.- La entidad contratante estará obligada a ejercer la acción de responsabilidad civil contra cualquier persona natural o jurídica que retrase la obra culposa o dolosamente, por cualquier motivo.

Artículo 7.- Los estudios de impacto ambiental del proyecto deberán obligatoriamente prever todas las posibilidades de conflictividad social por razones ambientales.

Artículo 8.- Toda ampliación de plazo o aumento del monto de contrato deberá ser aprobada por la Comisión señalada en el artículo 1.

Artículo 9.- En todo contrato de fiscalización debe incluirse la responsabilidad del fiscalizador de informar al supervisor del contrato de los eventuales retrasos del contratista, estableciendo que la falta de cumplimiento de esta obligación será sancionada con multa y, en caso de reincidencia, con la terminación unilateral del contrato de fiscalización.

En caso de existir cualquier caso de conflictividad social que retrase la obra, se tendrá que informar por escrito a la Comisión en un plazo no mayor de 48 horas, para registrar el retraso respectivo. La Comisión se responsabilizará de solucionar el conflicto en el menor tiempo posible. De resultar la conflictividad resultado de acción indebida u omisión del contratista, no podrá utilizarse como justificación.

En el caso de derrumbes y otros eventos fortuitos que puedan retrasar la obra, de no informarse a la Comisión por escrito hasta después de 48 horas de ocurrido el evento, no podrán utilizarse como justificativo para incrementar el plazo o el monto del contrato.

RAFAEL CORREA DELGADO

PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA

Todo evento no contemplado en el presente decreto y que genere atraso en la entrega de la obra, deberá ser informado a la Comisión en el plazo de 48 horas para que pueda ser usado como justificación de ampliación de plazo.

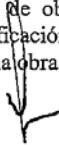
Artículo 10.- Al presentar su oferta, el oferente y, posteriormente el contratista y el fiscalizador deben certificar haber revisado los estudios de la obra y encontrarse conforme con ellos, de tal manera que, exceptuando imponderables, no se permitan incrementos de montos ni de plazos argumentando errores en los estudios. En caso de supuestos imponderables, la Comisión tendrá que certificar que era imposible para el contratista y el fiscalizador detectar el respectivo error en el estudio, y sólo entonces se podrá extender el plazo y monto de los mismos.

Artículo 11.- Sólo por incremento de obras decididas por la entidad contratante, y no imputables a falencias en los estudios, o por motivos de fuerza mayor debidamente calificados por la Comisión, se podrá otorgar ampliación de montos y plazos de contrato u órdenes de cambio. Sólo se podrá argumentar "exceso de lluvias", con un certificado el Instituto Nacional de Meteorología que el promedio de lluvias ha sido al menos 30% superior al establecido en el contrato, por los últimos cinco años, en la zona del contrato por los meses de la respectiva ejecución.

Artículo 12.- En todo contrato se deberá establecer multas por incumplimientos de plazos y cronogramas mensuales. El fiscalizador deberá cotejar mensualmente dicho cronograma y, en caso de retraso, aplicar la multa diaria correspondiente por incumplimiento de plazos parciales.

Artículo 13.- Se deja claro que es responsabilidad de la entidad contratante realizar oportunamente las expropiaciones para un contrato de ejecución de obra neta; por lo tanto se prohíbe expresamente a la Administración Pública Central e Institucional suscribir contrato alguno si antes no se han establecido los correspondientes derechos de vía, de conformidad con la ley. La omisión de esta obligación deberá ser sancionada.

Artículo 14.- El pago de los contratos de fiscalización de obra vial se efectuará en directa proporción con el avance de obra fiscalizada y en los respectivos pliegos se deberán establecer puntajes de calificación adicional a favor de los oferentes de fiscalización que hayan sido diseñadores de la obra que se va a fiscalizar.



Nº 451

RAFAEL CORREA DELGADO

PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA

Artículo 15.- El Ministerio de Transporte y Obras Públicas podrá autorizar habilitaciones parciales de las vías al tránsito vehicular, con todos los servicios descritos en el artículo 2, sin esperar la recepción provisional de la obra.

Artículo 16.- Se dispone al Instituto Nacional de Contratación Pública reglamentar el alcance de cada una de las etapas de contratación, en coordinación con la Contraloría General del Estado, que ha dictado normas de control interno sobre la materia, publicadas en el Registro Oficial No. 87 de diciembre 14 de 2009, e incluir las disposiciones de este Decreto, según correspondan.

En especial, se dispone cumplir estrictamente en el manejo del libro de obra, conforme dispone el acápite 408-21 a la referida norma.

Artículo 17.- Notifíquese con este Decreto Ejecutivo a los señores Contralor General del Estado y Procurador General del Estado, para el mejor cumplimiento de sus facultades de control, de conformidad con la Constitución y la Ley.

Artículo Final.- De la ejecución de este Decreto, que entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial, encárguese al Ministerio de Transporte y Obras Públicas y al Director Ejecutivo del Instituto Nacional de Contratación Pública.

Dado en el Palacio Nacional, en Quito, a 4 de agosto de 2010



Rafael Correa Delgado
PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA

Nº 711

RAFAEL CORREA DELGADO

PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA

CONSIDERANDO:

Que mediante Decreto Ejecutivo No. 451, de 4 de agosto de 2010, publicado en el Registro Oficial No. 259 de 18 de agosto de 2010, se emitieron diferentes normas para ser aplicadas por parte de la Administración Pública Central e Institucional, en materia de Contratación Pública de Ejecución Vial;

Que en el artículo cuatro del Decreto antes mencionado, se estableció la obligación de que en toda consultoría que se refiera a estudios y diseños definitivos de obras, el Consultor debe rendir al momento de recibirse los estudios respectivos, una garantía incondicional, irrevocable y de cobro inmediato;

Que el monto de la garantía establecida en dicha disposición ha limitado la participación de las empresas consultoras y de los consultores independientes en los diversos procesos de contratación convocados por las diferentes instituciones del Sector Público, por lo que amerita una reforma; y,

En uso de las atribuciones que le confiere el numeral 3 del Artículo 147 de la Constitución de la República del Ecuador;

DECRETA:

REFORMAS DEL DECRETO EJECUTIVO NO. 451 PUBLICADO EN EL REGISTRO OFICIAL NO. 259 DE 18 DE AGOSTO DE 2010

ARTÍCULO 1.- Refórmese el artículo cuatro del Decreto Ejecutivo No. 451 publicado en el Registro Oficial No. 259 de 18 de agosto de 2010, de la siguiente manera:

“ **Artículo 4.-** Toda consultoría que se refiera a estudios y diseños definitivos de obras señalados en el artículo 2 deberá rendir, al momento de recibirse los estudios respectivos, una garantía incondicional, irrevocable y de cobro inmediato emitido por un banco o compañía de seguros autorizada, equivalente al 5% del valor total de los estudios contratados, por un plazo de 5 años, para asegurar que los estudios hayan sido bien realizados una vez contratada la obra; esto sin perjuicio de las responsabilidades de los Consultores, contenidas en los artículos 23 y 100 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación.”

Nº 711

RAFAEL CORREA DELGADO

PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA

ARTICULO 2.- De la ejecución del presente Decreto que entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial, encárguese el Instituto Nacional de Contratación Pública,

DADO, en el Palacio Nacional, en la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, el 28 de marzo de 2011



Rafael Correa Delgado
PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPUBLICA